



T. C.

**BURSA ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI
İSLAM HUKUKU BİLİM DALI**

İSLAM HUKUKUNDA ŞEKİLCİLİK

(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

Rüveyda SEVİNDİK

BURSA 2020



T. C.
BURSA ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI
İSLAM HUKUKU BİLİM DALI

İSLAM HUKUKUNDA ŞEKİLCİLİK

(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

Rüveyda SEVİNDİK

Danışman:

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Salih KUMAŞ

BURSA 2020

TEZ ONAY SAYFASI

T. C.

BURSA ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı, İslam Hukuku Bilim Dalı'nda 701223031 numaralı Rüveyda SEVİNDİK'in hazırladığı "İSLAM HUKUKUNDA ŞEKİLCİLİK" konulu Yüksek Lisans Tezi ile ilgili tez savunma sınavı, 03.02/2020 günü 13:00-14:30 saatleri arasında yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin/çalışmasının başarılı (başarılı/ başarısız) olduğuna oy çokluğu (oybirliği / oy çokluğu) ile karar verilmiştir.

Üye

(Tez Danışmanı ve Sınav Komisyonu
Başkanı)

Dr. Öğr. Üyesi M. Salih KUMAŞ
Bursa Uludağ Üniversitesi



Üye

Dr. Öğr. Üyesi Eren GÜNDÜZ

Bursa Uludağ Üniversitesi



Üye

Doç. Dr. Mehmet ÖZKAN

Balıkesir Üniversitesi



03/02/ 2020



SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS/DOKTORA İNTİHAL YAZILIM RAPORU
BURSA ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
İSLAM HUKUKU ANABİLİM DALI BAŞKANLIĞI'NA

Tarih: 30/12/2019

Tez Başlığı / Konusu: İslam Hukukunda Şekilcilik

Yukarıda başlığı gösterilen tez çalışmamın a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 105 sayfalık kısmına ilişkin, 30/12/2019 tarihinde şahsım tarafından Turnitin adlı intihal tespit programından (Turnitin)* aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan özgünlük raporuna göre, tezimin benzerlik oranı % 16'dır.

Uygulanan filtrelemeler:

- 1- Kaynakça hariç
- 2- Alıntılar hariç
- 3- 5 kelimeden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Özgünlük Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları'nı inceledim ve bu Uygulama Esasları'nda belirtilen azami benzerlik oranlarına göre tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini saygılarımla arz ederim.

10.02.2020

Tarih ve İmza

Adı Soyadı:	Rüveyda SEVİNDİK
Öğrenci No:	701223031
Anabilim Dalı:	Temel İslam Bilimleri
Programı:	İslam Hukuku
Statüsü:	Yüksek Lisans

Danışman

Dr. Öğr. Üyesi M. Salih KUMAŞ

30/12/2019

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans/ Doktora tezi olarak sunduğum “İSLAM HUKUKUNDA ŞEKİLCİLİK” başlıklı çalışmanın bilimsel araştırma, yazma ve etik kurallarına uygun olarak tarafımdan yazıldığına ve tezde yapılan bütün alıntıların kaynaklarının usulüne uygun olarak gösterildiğine, tezimde intihal ürünü cümle veya paragraflar bulunmadığına şerefim üzerine yemin ederim.

10.02.2020

Tarih ve imza



Adı Soyadı : Rüveyda SEVİNDİK

Öğrenci No : 701223031

Anabilim Dalı : Temel İslam Bilimleri

Programı : İslam Hukuku

Statüsü : Yüksek Lisans

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans/ Doktora tezi olarak sunduğum “İSLAM HUKUKUNDA ŞEKİLCİLİK” başlıklı çalışmanın bilimsel araştırma, yazma ve etik kurallarına uygun olarak tarafımdan yazıldığına ve tezde yapılan bütün alıntılarının kaynaklarının usulüne uygun olarak gösterildiğine, tezimde intihal ürünü cümle veya paragraflar bulunmadığına şerefim üzerine yemin ederim.

Tarih ve imza

Adı Soyadı : Rüveyda SEVİNDİK
Öğrenci No : 701223031
Anabilim Dalı : Temel İslam Bilimleri
Programı : İslam Hukuku
Statüsü : Yüksek Lisans

ÖZET

Yazar Adı ve Soyadı	: Rûveyda SEVİNDİK
Üniversite	: Bursa Uludağ Üniversitesi
Enstitü	: Sosyal Bilimler Enstitüsü
Anabilim Dalı	: Temel İslam Bilimleri
Bilim Dalı	: İslam Hukuku
Tezin Niteliği	: Yüksek Lisans Tezi
Sayfa Sayısı	: xiii+113
Mezuniyet Tarihi	: / / 2019
Tez Danışmanları	: Dr. Öğr. Üyesi M. Salih KUMAŞ

İSLAM HUKUKUNDA ŞEKİLCİLİK

İslam hukuku şekilci bir hukuk sistemidir. Özellikle şekilciliğin en fazla ön plana çıktığı alan ibadet ve muâmelât alanıdır. Bu amaçla İslam hukukunda; ibadet, muâmelât ve ukûbat alanında kişilerin nassa bağlı olarak ortaya koyduğu davranışlarını şekilcilik bağlamında araştırdık. Bu araştırmamızı yaparken medeni hukuktaki şekilcilikten başlayarak genelden özele doğru bir araştırma yöntemi izledik.

İslam hukukunda şekilciliği üç aşamada değerlendirdik. Birinci aşama, kanun koyucunun emrettiği şekilcilik diye isimlendirdiğimiz kısımdır. Burada bir ibadet veya akdin geçerli olmasındaki şekilcilikten bahsedildi. İkinci aşama, kanun koyucunun iradesine aykırı olmayan daha çok, ortaya çıkan bir problemin çözümüne yönelik olan şekilcilikle ilgili konular ele alındı. Üçüncü aşamada ise, kanun koyucunun iradesine aykırı olan şekilcilik, Hîle-i Şer’iyye ile birlikte değerlendirildi.

Hîle-i Şer’iyye’nin, kanun koyucunun amaçlamadığı, şeklen meşru bir işlem gibi görünse de, aslında kişileri dinen yasaklanan bir şeye götürdüğü sonucuna varıldı. İslam hukukunda şekilcilik, kişilerin ortaya koymuş oldukları davranışların hangisinin kanun koyucu tarafından emredilen, hangisinin kanun koyucu tarafından amaçlanmayan davranışlar olduğunun ortaya konulması açısından önemlidir.

Anahtar Kelime: İslam Hukuku, Formalizm, Şekilcilik, Biçimcilik, Hukuk, Hukukî Yorum, Hukukî Belirsiz, Hîle, Çare.

ABSTRACT

Name and Surname : R veyda SEV ND K
University : Bursa Uludağ University
Institution : Institute of Social Science
Field : Basic Islamic Sciences
Branch : Islamic Law
Degree Awarded : Master of Arts (MA)
Page Number : xiii+113
Degree Date : / / 2019
Supervisor : Dr. M. Salih KUMAŞ

FORMALISM IN ISLAMIC LAW

Islamic Law is a formalist legal system. In particular, formalism is the most prominent area of worship and treatment. For this purpose, in Islamic Law; we investigated the behavior of people in the field of worship, treatment and uk bat in the context of formalism. While conducting this research, we have followed a general to private research method starting from formalism in civil law.

We evaluated formalism in Islamic Law in three stages. The first stage is what we call the formalism ordered by the legislator. In this stage, it is mentioned that there is a formalism which makes the worship and contract valid. In the second stage, issues related to formalism, which are not contrary to the will of the legislator were addressed. In the third stage, formalism which was contrary to the will of the legislator was evaluated together with H le-i Şer'iyye.

It was concluded that H le-i Şer'iyye took people to something that was forbidden by religion, even though it may seem like a legitimate process, which the legislator did not aim for. In Islamic law, formalism is important in terms of revealing which behaviors of individuals are ordered by the legislator and which are not intended by the legislator.

Key Words: Islamic Law, Formalism, Formalism, Formalism, Law, Legal Interpretation, Legal Uncertain, Chill, Remedy.

ÖNSÖZ

İslam hukuku şekilci (formalist) bir hukuk sistemine sahiptir. Özellikle ibadet alanı şekilciliğin en fazla olduğu alandır. Namaz, abdest, oruç ve hacda ibadetin geçerli olması için yapılan her şey şekilcilik kapsamına girmektedir. Ancak bu formalist yapı sadece İslam hukukunda değil, çeşitli hukuk sistemlerinde de bulunmaktadır. Roma hukukunda yapılan satım, evlenme vb. akitlerin her biri için yapılan çeşitli şekil ve merasimler de akdin geçerli olabilmesi için geçerli olan şekilciliktir. Eski Türk devletlerinde ve cahiliye döneminde de aynı şekilde akitlerin gerçekleşmesi için sıkı şekil şartları uygulanırdı.

Şekilcilik her zaman kanun koyucunun iradesine uygun bir şekilde meydana gelmemektedir. Bazen hukuki bir meselenin çözümüne yönelik olarak karşımıza çıkmaktadır. Bazen de hukuki bir mesele çözüme ulaştırılırken dinen yasaklanan bir sonuca ulaşma söz konusu olur. Bu, kanun koyucunun amaçlamadığı onun iradesine aykırı olan bir durumdur.

Bu çalışmamızda kişilerin fiillerini gerçekleştirirken onların dışı yansıyan davranışlarının hangisinin kanun koyucunun iradesine uygun olan şekilcilik, hangisinin kanun koyucunun iradesine aykırı olan şekilcilik (Hile-i Şer'iyye) olduğunu belirlemeye çalıştık.

Bu tezin hazırlanması sürecinde benden ilmini, bilgi birikimi ve yardımlarını esirgemeyen, bana vakit ayırıp çalışmamın nihayete ermesinde büyük katkısı olan çok değerli tez danışmanım Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Salih KUMAŞ'a, yine kıymetli hocalarım Prof. Dr. Recep CİCİ'ye, Prof Dr. Bilal AYBAKAN'a, bu yolda her zaman birbirimize destek olduğumuz kıymetli arkadaşım Meryem MANAV'a ve onun kıymetli ailesine teşekkürü bir borç bilirim. Bu uzun süreçte her zaman yanımda olan, destek veren kıymetli aileme de teşekkür ederim.

Gayret bizden tevfik Allah'tan...

Rüveyda SEVİNDİK

2020

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI.....	ii
YÜKSEK LİSANS/DOKTORA İNTİHAL YAZILIM RAPORU	iii
YEMİN METNİ	iv
ÖZET	v
ABSTRACT.....	vi
ÖNSÖZ	vii
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR	xii
GİRİŞ.....	1
1. ARAŞTIRMANIN KONUSU VE ÖNEMİ	1
2. ARAŞTIRMANIN AMACI VE METODU	1
3. KAYNAKLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	2

BİRİNCİ BÖLÜM

HUKUKTA ŞEKİLCİLİK (FORMALİZM)

1. ŞEKİLCİLİĞİN TANIMI VE ÇEŞİTLERİ.....	5
1.1. Şekil- Şekilcilik (Formalizm) Kavramı	5
1.2. Şekilciliğin Çeşitleri	6
1.2.1. Amaçlarına Göre Şekilcilik	6
1.2.2. Yapılış Tarzına Göre Şekilcilik	8
1.2.2.1. Sözlü Şekil	8
1.2.2.2. Yazılı Şekil.....	8
1.2.2.3. Resmi Şekil	10
2. ŞEKİLCİLİĞİN FAYDALARI	10
3. ŞEKİLCİLİĞİN ZARARLARI.....	11
4. ÇEŞİTLİ HUKUK SİSTEMLERİNDE GÖRÜLEN ŞEKİLCİLİK	11
4.1. Roma Hukukunda Şekilcilik.....	11
4.2. Eski Türk Hukukunda Şekilcilik	15

4.3. Türk Medenî Hukukunda Şekilcilik	16
5. ŞEKİLCİLİK BAĞLAMINDA HUKUK NORMU	18
6. ŞEKİLCİLİK BAĞLAMINDA NORM-AMAÇ İLİŞKİSİ	19
7. HUKUKTA NORMATİFLİK VE ŞEKİLCİLİK (FORMALİZM)	20
8. HUKUK GÜVENLİĞİ VE ŞEKİLCİLİK	21
9. ŞEKİLCİLİK BAĞLAMINDA HUKUK-AHLÂK İLİŞKİSİ.....	24
10. HUKUKÎ ŞEKİLCİLİK (FORMALİZM)	25

İKİNCİ BÖLÜM

KANUN KOYUCUNUN İRADESİNE AYKIRI OLMAYAN ŞEKİLCİLİK

1. KANUN KOYUCUNUN EMRETTİĞİ ŞEKİLCİLİK	28
1.1. Abdestte ve Namazda Şekilcilik.....	28
1.2. Teyemmümde Şekilcilik.....	30
1.3. Mest Üzerine Mesh Konusunda Şekilcilik	32
1.4. Kıblenin Tayininde Şekilcilik.....	33
1.5. Lâhik İle Mesbûkun Durumunda Şekilcilik	35
2. KANUN KOYUCUNUN İRADESİNE UYGUN ŞEKİLCİLİK	36
2.1. İbadet Ve Muâmelât Alanında Şekilcilik	36
2.1.1. Oruçta Şekilcilik	36
2.1.2. Hacda Şekilcilik.....	38
2.1.3. Zekâta Şekilcilik	39
2.1.4. Nikâhta Şekilcilik	40
2.1.5. Talâhta Şekilcilik	41
2.1.6. Muhâleada Şekilcilik	42
2.1.7. Yeminde Şekilcilik	44
2.1.8. Vakıflarda Şekilcilik	46
2.1.9. Şirketlerde Şekilcilik.....	46
2.1.10. Mudârebede Şekilcilik	48
2.1.11. Alış Verişlerde Şekilcilik.....	49
2.1.12. Muhayyerlikde Şekilcilik.....	50
2.1.13. Hibede Şekilcilik.....	50
2.1.14. Borçta Şekilcilik	51

2.1.15. İcârede Şekilcilik	52
2.1.16. Vekâlette Şekilcilik.....	53
2.1.17. Rehinde Şekilcilik.....	54
2.1.18. Gaspta Şekilcilik	55
2.1.19. Vasiyet Konusunda Şekilcilik.....	55
2.1.20. İstihsan Bağlamında Şekilcilik	56
2.2. UKÛBÂT ALANINDA ŞEKİLCİLİK	58
2.2.1. Ta'zîr ve Had Cezalarında	58
2.2.2. Kısas ve Diyeti Gerektiren Suçlarda.....	59

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KANUN KOYUCUNUN İRADESİNE AYKIRI OLAN ŞEKİLCİLİK (HÎLE-İ ŞER'İYYE)

1. HÎLE-İ ŞER'İYYE VE ŞEKİLCİLİK	62
1.1. Hîle Kavramı	62
1.2. İstilahta Hîle Kavramı	63
1.3. Hîleyi Ortaya Çıkaran Sebepler.....	64
1.4. Hîle-i Şer'iyye ve Şekilcilik İlişkisi	66
2. İSLÂM HUKUKÇULARININ HÎLE-İ ŞER'İYYE KONUSUNDAKİ GÖRÜŞLERİ	70
2.1. Hanefî Mezhebi	70
2.2. Şafî Mezhebi.....	70
2.3. Hanbelî Mezhebi	71
2.4. Malikî Mezhebi	72
3. ŞEKİLCİLİK BAĞLAMINDA HÎLE-İ ŞER'İYYE	73
3.1. Bey'u'l-İne Bağlamında Şekilcilik.....	73
3.2. Bey'bi'l-Vefâ Bağlamında Şekilcilik	76
3.3. Selem Akdi Bağlamında Şekilcilik	78
3.4. Şüf'a Akdi Bağlamında Şekilcilik.....	81
3.5. Teverruk Bağlamında Şekilcilik.....	84
3.6. Hülle Bağlamında Şekilcilik.....	85
3.7. Müt'a Nikâhı Bağlamında Şekilcilik.....	89

3.8. Telcie Bağlamında Şekilcilik	90
3.9. Sedd-i Zerâi' Bağlamında Şekilcilik	91
3.10. Zekât Bağlamında Şekilcilik	93
3.11. Musarrât.....	95
SONUÇ	98
KAYNAKLAR	101



KISALTMALAR

a.g.e.	:Adı Geçen Eser
a.g.m.	:Adı Geçen Makale
a.g.t.	:Adı Geçen Tez
AÜHFD.	:Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	:Baskı/Basım
BK.	:Borçlar Kanunu
Bkz. /bkz.	:Bakınız
C.	:Cilt
c.c.	:Celle Celâlühü
çev.	:Çeviren
DEM.	:Değerler Eğitimi Merkezi
der.	:Derleyen
DİB.	:Diyanet İşleri Başkanlığı
EAÜHFD.	:Erzurum Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
EAÜİFD.	:Erzurum Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi
ed.	:Editör
h.	:Hicrî
haz.	:Hazırlayan
HUMK.	:Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu
HMK.	:6100 Sayılı Hukuk Mahkemeleri Kanunu
SDÜİF	:Süleyman Demirel Üniversitesi İlahiyat Fakültesi
İBD.	:İstanbul Barosu Dergisi
İGİAD.	:Türkiye İktisadi Girişim ve İş Ahlakı Derneği
İHAD.	:İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi
İÜHFM.	:İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

İÜİFD.	:İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi
md.	: Madde
M.Ö.	:Milattan Önce
M.S.	:Milattan Sonra
S.	:Sayı
s.	:Sayfa
sad.	:Sadeleştiren
sav.	:Sallallâhü Aleyhi ve Sellem
ss.	:Sayfadan sayfaya
şrh.	:Şerh eden
TDV.	:Türkiye Diyanet Vakfı
THTAD	:Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi
telf.	:Telif eden
ter.	:Tercüme eden
thk.	:Tahkik eden
thrc.	:Tahric eden
ts.	:Yayım tarihi yok/tarihsiz
vb.	:Ve benzeri
vd.	:Ve devamı
vs.	:Vesaire
www.	:World Wide Web
yay. haz.	:Yayına hazırlayan
YD.	:Yargıtay Dergisi
y.y.	:Yayım yeri yok

GİRİŞ

1. ARAŞTIRMANIN KONUSU VE ÖNEMİ

Ahirete iman düşüncesi insanlarda hesap verme endişesini de beraberinde getirmektedir. Kur'an-ı Kerim'de insanların yapmış oldukları her bir fiilin karşılığı olduğu vurgulanmaktadır. Bu bakımdan herkes yapmış olduğu fiillerinin hukuka uygun olmasını ve herhangi bir ihtilafla karşı karşıya kalındığında da bunlar için bir çıkış yolu bulmayı ve bu fiillerine meşruiyet kazandırmayı ister. İnsanların bu gibi durumlarda baş vurmuş oldukları bu “çare ve çözümler” hakiki manada onların bu fiillerini, dinen meşru bir hale mi getiriyor, yoksa dinen yasaklanan fiillere şekil olarak bir meşruiyet, geçerlilik mi sağlıyor? İşte bu soru bizim araştırmamızın konusunu oluşturmaktadır.

Şekil bakımından hukuka uygun olan bir meseleyi vasıta kılarak yasaklanmış bir sonucu elde etmek için yapılan her türlü işlemler ‘Hile-i Şer’iyye’ olarak İslam hukuk tarihinde yerini almıştır. Bu yöntem zor durumda kalan bir kimseyi bulunduğu durumdan kurtarmasına ve onun ortaya koymuş olduğu davranışını meşru hale getirmesine yardımcı olan çare ve tavsiyeleri içermektedir. Bu çareler, şeklen hukuka uygun gibi görünse de aslında kanuna karşı bir hiledir. Bu yönüyle şekilcilik olarak karşımıza çıkmaktadır. Çünkü şekilcilikte kişilerin irade beyanlarının dış dünyaya yansımaları esastır.

2. ARAŞTIRMANIN AMACI VE METODU

İslam hukuku şekilci bir özelliğe sahiptir. Gerek ibadet gerek muâmelât alanında yapılan işlemlerin birçoğu sıkı şekil şartlarına bağlıdır. Bu amaçla, İslam hukukunda uygulanan bu şekilciliği genelden özele doğru araştırarak ortaya koymaya çalıştık.

Çalışmamızda öncelikle, hukukta şekilcilik (formalizm) hangi alanda bulunmaktadır? Bu soruya cevap bulmaya çalıştık. Bu bağlamda, özel hukuk alanına giren borçlar hukukunda şekle bağlı sözleşmelerdeki şekilciliği ele alıp inceledik. Çeşitli hukuk sistemlerinde görülen hukuk-şekilcilik ilişkisi nasıldır? Bu hukuk sistemlerinde şekilcilik hangi alanlarda uygulanmıştır?

Hukuk normu, norm-amaç ilişkisi, hukukta normatiflik ve formalizm, hukuk güvenliği, hukuk-ahlak ilişkisi, hukukî şekilcilik (formalizm) konularını, günümüz hukukundaki formalizmle ilgisi olması açısından değerlendirdik.

Çalışmamızın ikinci ve üçüncü bölümlerinde ise, İslam hukukundaki şekilciliği işledik. İkinci bölümde kanun koyucunun maksadına uygun olan şekilcilik konusu, üçüncü bölümde ise kanun koyucunun iradesine aykırı olan şekilcilik (Hile-i Şer'iyye) arasındaki ilişki araştırıldı.

3. KAYNAKLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Bu çalışmamızda konu ile ilgili İslam hukukunun klasik eserleri olan Hanefi fıkıh alimi İmam Serahsî'nin (v. 490 h./1097m.), *Mebhut*, Şâtıbî (ö.790/v.1388)'nin *el-Muvâfakât*, Mevsilî(ö. 683/ 1284)'nin *el-İhtiyâr Li'tâlîl'l-Muhtâr*, İbn Abidin'nin (v.1251h./1836m) *Reddû'l Muhtar*, İbn Rüşd (ö. 595/1198)'ün "*Bidâyetü'l Müçtehid ve Nihâyetü'l Muktesid*", İbn Kayyim el-Cevziyye (ö. 751/1350)'nin "*İ'lâmu'l-Muvakkîn an rabbi'l-alemîn*", İbn Teymiyye (ö. 728/1328)'nin "*el-Fetava'l kübra*", Kasani(ö. 587/1191)'nin "*Bedâiu's-Senâi' fî Tertibi's-Şerâi'*", Şafii fıkıh alimi Eş Şirbini'nin (v.977h./1570m), *Muğni'l-Muhtâc'ı* İbn Kesir (ö. 774/1373)'in *İbn Kesîr Tefsiri*, Fahrettin Atar'ın *Fıkıh Usulü*, Mehmet Erdoğan'ın *İslam Hukukunda Ahkâmın Değişmesi*, Hayreddin Karaman'ın *İslam Hukuk Tarihi*, Vehbe Zuhayli'nin *Fıkıh Usulü*, Mehmet Erdoğan'ın *Fıkıh İlmine Giriş* ve fıkıhî terimlerin araştırılmasında Mehmet Erdoğan'ın *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*'nden faydalanılmıştır.

Hadislerin incelenmesi noktasında Buharî (v.256h./870m.) *el-Câmiu's-Sahih*, Müslim (v.261h./875m.) *el-Câmiu's-Sahih*, Tirmizi (v.279h./892m.) *Sünen*, İbn Mace (v.273h./887m.) *Sünen*, Nesai (v.303h./915m.) *Sünen*, Ahmet b. Hanbel (v.241h./855m.) *el-Müsned* kitaplarından istifade edilmiştir. Ayrıca Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi'nden de yararlanılmıştır.

Kur'an-ı Kerim'in mealinde Türkiye Diyanet İşleri Başkanlığının çalışması esas alınmıştır. Ayrıca araştırmamızla ilişkisi bağlamında İslam hukuku alanındaki çok sayıda akademik tez ve makaleler taranıp incelenmiştir. Bunun dışında medeni hukukta da konumuzla ilişkili olan akademik tez, makale ve kitaplardan da faydalanılmıştır. Özellikle hukuk düzeni ve formalizm konularının araştırılmasında Vecdi Aral'ın iki

kitabından; *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine* ile *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, Kemal Gözler'in *Anayasa Hukuku'nun Genel Teorisi* adlı kitabından istifade edilmiştir.



BİRİNCİ BÖLÜM
HUKUKTA ŞEKİLCİLİK (FORMALİZM)

1. ŞEKİLCİLİĞİN TANIMI VE ÇEŞİTLERİ

1.1. Şekil- Şekilcilik (Formalizm) Kavramı

Şekilcilik (Formalizm) kelime olarak biçimcilik, biçimi özden üstün tutan anlayış anlamında kullanılmaktadır.¹ Hukukî olarak ise, akitlerin kanunun belirlediği ölçüde yapılması, hakların belirlenen zaman diliminde kullanılması ve sonuçlarının ortaya çıkarılmasını öngören bir düşünce akımıdır.²

Hukukî Formalizmi, Rudolf Stamler (ö.1938) ortaya çıkarılmıştır. Ancak hukukî Formalizm günümüzde yenikantçılıkla bağlantılı ya da ondan ayrı bir şekilde hukukun çeşitli alanlarında kullanılan ortak bir kavram haline gelmiştir.³ Hukukun genel teorisinin yapılabilmesi ortak prensiplerin varlığına bağlıdır. Bu prensipler ise hukukun şekli yönünü anlamak ve birtakım şekli tespitlerde bulunmaktan ibarettir. Bundan dolayı bir hukuk sisteminde hukukun dallarına göre içerik değişse bile, şekli yönü sabit kalır. Hukukun genel teorisi ancak şeklî (formel) bir teori olabilir.⁴ Hukukî anlamda şekil ise, hukukî bir işlemin ya da belirli bir iradenin dışa yansımalarıdır.⁵

Şekilciliğin dar ve geniş iki anlamı vardır. Dar anlamda şekil, kişilerin hedefledikleri hukukî işlemlerin kurulması, ispatı için, iradelerini kanunun öngördüğü şekilde açıklamalarıdır.⁶ Geniş anlamda şekil ise, kişilerin irade beyanlarının dış dünyaya yansıtılması esnasında kullanılan her türlü söz, fiil ve araç gereçlerdir.⁷ Bu anlamıyla tüm irade beyanları şekle dayanır diyebiliriz.⁸

¹ Ejder Yılmaz, *Hukuk Sözlüğü*, 9. b., Ankara: Yetkin yayınları, 2005, s. 758.

² Mustafa Reşit Belgesay, “Formalizm ve Ticari Defterlerin İspat Kuvveti”, *İstanbul, İ.B.D.*, 1957, s. 61.

³ Zeki Hafizoğulları, “*Hukuk ve Ceza Hukuku Biliminin Konusu ve Sınırları Sorunu*”, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/307/2925.pdf>, (24.08.2019).

⁴ Muvaffak Akbay “Kelsen’in Hukuk ve Devlet Teorisi”, *Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.IV, S. 1 (1947), s. 32.

⁵ Hüseyin Altaş, *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi*, Ankara: Yetkin Yayınları, 1998, s. 61; Seyithan Deliduman, *Medeni Usul Hukukunda Senet ve Senetle Yazılı Şekil Arasındaki İlişki*, <http://www.geocities.ws/hukukakademisi/Senet-makale.htm>, (25.08.2019).

⁶ Adnan Tuğ, *Türk Özel Hukukunda Şekil*, Konya: Mimoza Yayınları, 1994, s. 44; Altaş, a.g.e., s.61.

⁷ Kenan Tunçomağ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Genel Hükümler)*, C. I, 3. b., İstanbul: Sermet Matbaası, 1968, s. 140; Necmi Kocayusufoğlu, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2008, s. 270; M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, 10. b., İstanbul: Filiz Kitabevi, 2012, s. 140; Hüseyin Hatemi, Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 2. b., İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012, s. 42; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 14 b., Ankara: Beta Yayıncılık, 2012, s. 264; Adnan Tuğ, *Türk Özel Hukukunda Şekil*, 2. b., Konya: Mimoza Basımevi, 1994 s. 3; Altaş, a.g.e., s. 60; Gökhan Antalya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul: Beta Basım Yayın, 2012, s. 324;

Hukuk sistemlerinde kişilerin iradelerini açıklamak üzere kullanılan araç, dış kalıp ya da biçim “şekil” olarak isimlendirilir. Her irade beyanının, dolayısıyla akitlerin ve diğer hukukî işlemlerin şekli vardır. Bundan dolayı şekli olmayan bir irade beyanından söz etmek mümkün değildir. Eğer herhangi bir irade beyanının şekle bağlı olmadığından bahsedilirse, bunun anlamı şekilsizlik değil, şekil serbestisidir. “Şekil serbestisi” sözünden, bir irade beyanının, akdin ya da hukukî işlemin geçerliliğinin herhangi bir şekle bağlı olmadığı yani yazılı, sözlü, resmî şekillerden herhangi biriyle yapılabileceği anlaşılmaktadır. “Şekil şartı” yani “şekle bağlılık” sözünden ise, hukukî işlemin geçerli olarak sonuçlarını meydana getirebilmesi için, belli şartlara ve kanuna uygun olmasına bağlı olduğu anlaşılmaktadır. Söz konusu iradeyi açıklama aracı olarak kullanılan şekil, yazılı ya da sözlü kelimelerden oluşabilir. Diğer yandan, her hangi bir işaret ya da bazı durumlar da susma dahi şekil olarak karşımıza çıkmaktadır.⁹

1.2. Şekilciliğin Çeşitleri

Bu başlık altında Borçlar hukuku alanındaki sözleşmelerde bulunan şekilcilik çeşitlerinden bahsedeceğiz. Bu anlamda şekil, öncelikle “amaçlarına” ve “yapılış tarzına” göre ayrıma tâbi tutulmuştur. Aşağıda değinileceği üzere şekil, amaçları bakımından iki kısma ayrılmaktadır. Bunlar, “geçerlilik şartı olarak şekil” ve “ispat şartı olarak şekil” dir. Geçerlilik şartı olarak şekil, “kanunî şekil” ve “iradi şekil” olarak ikiye ayrılır. Yapılış tarzına göre şeklin kısımları şunlardır: yazılı şekil, sözlü şekil ve resmi şekil’dir.

1.2.1. Amaçlarına Göre Şekilcilik

Amaçları göre şekil iki kısma ayrılmaktadır. Bunlar, “geçerlilik şartı olarak şekil” ve “ispat şartı olarak şekil” dir. Geçerlilik şartı olarak şekil de kendi içinde “kanuni şekil” ve “iradi şekil” olarak ikiye ayrılmaktadır.

Safa Reisoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. b., İstanbul: Beta Basım, 2012, s. 78-79; Ahmet M., Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 16. b., Ankara: Turhan Kitabevi, 2012, s. 102.

⁸ Altaş, a.g.e., s. 60.

⁹ Andreas Von Tuhr, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı*, çev. Cevat Edege, C. I-II, Ankara: Yargıtay Yayınları, 1983, s. 228-229; Kılıçoğlu, a.g.e., s. 70; Eren, a.g.e., s. 236.

Akitlerin geçerli olabilmesi için herhangi bir şekle uyulmasının zorunlu olduğu durumlarda, artık bu şekil “geçerlilik şartı (*forme solonelle*)”dır. Geçerlilik şartı olarak şekil ise, Türk Borçlar Kanunu’nun 11. maddesinde düzenlenmiştir.¹⁰ Bu kanun, hukukî işlemlerin nasıl bir şekle bağlandığını açıkça ortaya koyar.¹¹ Bazı yazarlara göre geçerlilik şekli, şekil serbestisinin istisnası olarak karşımıza çıkmaktadır.¹²

Geçerlilik şartına ilişkin kurallar emredici hukuk kurallarıdır, yani taraflar iradeleriyle bu kurallara aykırı davranamazlar. Taraflar, hukukî işlemlerde ispat şartına bağlı kalınacağını aralarında serbest iradeleriyle kararlaştırabilirler, bu durumda ispat şartı yeniden başka bir akit ile bertaraf edilebilir.¹³ İspat şartı olarak şekil, maddi hukuka ait bir kural olmaktan çok, bir Usul Hukuku kuralıdır.¹⁴

Ancak HUMK.’nın, özellikle bazı Usul Hukuku sözleşmelerinde, geçerlilik şartı olarak şekli kabul ettiği durumlar da vardır. HUMK. m.287/II’ ye göre delil sözleşmesiyle ilgili şekil şartının geçerlilik şartı olduğu, doktrinde de kabul gören bir görüştür.¹⁵

Akdin sahih olabilmesi için gerekli olan şartlara “geçerlilik şartları” denir ve iki kısma ayrılır. Birincisi kanunun öngördüğü şekil olan “kanuni şekil” diğeri ise, kanunen şekle bağlanmamış bir hukukî işlemin taraflarca kabul edilen “iradi şekil”dir.¹⁶

Geçerlilik şartı olan şekil “kanuni şekil” olarak tanımlanmaktadır. Kanuni şekle, uyulmadan yapılan bir hukukî işlem geçersiz kabul edilir. Kanun tarafından, hukukî işlemlerin bir kısmı ya da tamamı için geçerlilik şartı olarak şekil kabul edilebilir.¹⁷

Kanunun öngördüğü şekil şartına uyulmadan yapılan bir sözleşme geçerli kabul edilemez. Kanun, geçerlilik şartı olan şekli ya sözleşmenin veya hukuki işlemin tamamı ya da bunun sadece bir bölümü için öngörür. Birincisi bağımsız bir işlem, ikincisi ise

¹⁰ Reisoğlu, a.g.e., s. 66-67; Eren, a.g.e., s. 240.

¹¹ İrfan Baştuğ, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Manisa: Şafak Basım Yayınevi, 1984, s. 89,

¹² Kılıçoğlu, a.g.e., s. 70-71.

¹³ Selahattin Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu, Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. b., İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993, s. 102.

¹⁴ Ahmet Naim İnan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984, s. 132.

¹⁵ Ali Cem Budak, *Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı*, İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2009, s.183.

¹⁶ Andreas Schwarz, *Borçlar Hukuku Dersleri*, çev. Bülent Davran, C. I, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1948, s. 241-242.

¹⁷ Elvan Sütken, *Roma Hukukunda Şekil*, (Doktora Tezi), Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010, s. 12-13.

bağımlı bir işlemdir. Örneğin taşınmaz satım sözleşmelerinin geçerli olabilmesi için bunun resmi şekilde yapılması gerekir.¹⁸

1.2.2. Yapılış Tarzına Göre Şekilcilik

Yapılış tarzına göre şekil üç kısma ayrılmaktadır. Bunlar; sözlü şekil, yazılı şekil ve resmi şekildir.

1.2.2.1. Sözlü Şekil

Bazı hukukî işlemlerin geçerliliği bunların mutlaka sözlü olarak yapılmış olmalarına bağlıdır.¹⁹ Türk Medeni Kanunu'na göre, evlenme akdi ve bazı özel durumlarda yapılabileceği kabul edilen sözlü vasiyet, geçerli bir sonuç ortaya çıkarabilmeleri için sözlü şekilde yapılması gereken akitlerdendir.²⁰

Borçlar Kanununda sözlü şeklin geçerlilik şartı olarak kabul edildiği bir sözleşme türü yoktur. Medenî Kanun madde 155'te "resmî memur önünde yapılmış olan bir evliliğin Medenî Kanunun öngördüğü diğer şekil kurallarına uyulmaması sonucunda geçersizliğine karar verilemeyeceğini" hükme bağlamıştır. Örneğin, resmî memur önünde her iki taraf 'evet' anlamında başlarını sallasalar, şekil kurallarına aykırılığından dolayı bu evlilik geçerli olmaz. Çünkü evlenme akdi sözlü şekilde yapılması geçerli olan akitlerdendir.²¹

1.2.2.2. Yazılı Şekil

Yazılı şekil ise, irade beyanında bulunacak olan kimsenin imzasının yeterli olması veya senedin resmi şekilde düzenlenmesinin ya da irade beyanında bulunan kimsenin yalnızca imzasının onanması bakımından çeşitli kısımlara ayrılmaktadır. Adi yazılı şekil, TBK md. 13 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Taşınmaz satımına ilişkin resmi şekil zorunluluğu TBK md. 237'de düzenlenmiştir. TBK'nın çeşitli hükümlerinde

¹⁸ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 13. b., İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 241.

¹⁹ Mehmet Remzi, Sezer Aydın, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 6. b., İstanbul: İkinci Sayfa Yayınları, 2012, s. 129.

²⁰ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 74; Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, a.g.e., s. 113.

²¹ Ermenek, a.g.m., s. 7.

diğer yazılı şekil türleriyle ilgili düzenlemeler bulunmaktadır. TBK md. 13 vd. hükümlerinde adi yazılı şeklin tanımına yer verilmemiştir.²²

Adi yazılı şekil, “metin” ve “imza” dan meydana gelmektedir. Metin, hukukî işlemlerde kişi ya da kişilerin uygun şekilde ortaya koymuş oldukları beyanlarını içeren yazılı belgelerdir. Borçlar Hukuku’na göre, kefâlet akdi, patent üzerindeki haklarla ilgili akitler, tüketici kredisi akdi, adi yazılı şekil ile yapılabilen akitlerdendir.²³

Yazılı düzenlenmesi gereken bir hukuki işlem ya da sözleşmenin mutlaka el yazısı ile yazılmış olması şart değildir. El yazısıyla düzenlenmesi gereken metni, eli olmayan ya da elini kullanamayan bir kimse bu durumda farklı bir organıyla mesela, ağız veya ayaklarıyla da yazabilir.²⁴

Kural olarak imzanın el yazısı ile olması BK. m. 14/I’ e göre imza, borçlu olan kimsenin el yazısıyla olmalıdır. İmza genellikle ad ve soy isimden oluşur. Ancak ikisinin de bulunması zorunlu değildir. İmzanın el yazısıyla olması gerektiğindeki amaç, imzalayan kimsenin imzayı bizzat ve şahsen atmasıdır. Bir kişinin eli zorla tutularak imza attırılmışsa, bu imza onun fiili iradesini ve şahsını ortaya koymadığı için geçerli sayılmaz. Ya da bir yardımcı vasıtasıyla elin hareket ettirilerek imza attırılmasında da durum aynı şekildedir.²⁵

Nitelikli yazılı şekil ise aslında kanuni bir yazılı şekildir. Ancak buradaki şekil, bir hukuki işlem veya sözleşmenin adi yazılı şekle oranla ya bütünü ya da imza ile beraber bazı kısımlarını içermektedir. Örneğin el yazısıyla vasiyetnamenin geçerli sayılabilmesi için sadece imza değil aynı zamanda vasiyetnamenin tamamının başından sonuna kadar vasiyet eden kişinin el yazıyla yazılmış olması şarttır.²⁶ Medeni kanunun 542. maddesine baktığımızda daha önceki vasiyetname şekillerinden herhangi birisine bağlı kalınarak ilk vasiyetnameden dönülebilir.²⁷

Ancak kanun, bu şekil türü ile yapılması gereken akitlerin yazılı olarak yapılması gerektiğini belirtmekle birlikte, yazılı akdin kapsamına dair bazı şartlar da

²² Esra Hamamcıoğlu, Argun Karamanlıoğlu, “Adi Ortaklık Sözleşmelerinde Şekil”, *İstanbul, M.Ü.H.F.D.*, C.XXII, S. 3 (2016), s. 1308.

²³ Kılıçoğlu, a.g.e., s. 75,

²⁴ Eren, a.g.e., s. 245.

²⁵ Eren, a.g.e., s. 246.

²⁶ Eren, a.g.e., s. 253.

²⁷ İbrahim Ermenek, “Medenî Usul Hukukunda Şekilcilik”, *Ankara, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.IV, S. 1-2 (2000), s. 8.

ileri sürmüştür. Örneğin, Borçlar Kanunu'nun 484. maddesine göre, kefâlet akdi yazılı geçerlilik şartına bağlıdır. Ancak kefâlet akdinin geçerliliği için yazılı şekil yeterli olmayıp, kefâlet senedinde kefilin imzasından başka, kefâlet miktarının da yazıyla belirtilmiş olması şarttır. Buna göre kefâlet akdinin nitelikli yazılı şekilde yapılması gerekir.²⁸

1.2.2.3. Resmi Şekil

Resmi şekil, kanunun öngördüğü ve kanun tarafından görevlendirilmiş resmi memurlar aracılığıyla resmi şekli gerçekleştirmek için kanunda düzenlenen usule göre gerçekleştirilen şekil olarak tanımlanmaktadır. Resmi şekil içeriği bakımından adi yazılı şekildeki gibi, metin ve imzadan oluşur. Resmi şekil, şekil şartının resmi makamlar aracılığıyla gerçekleştirilmesi bakımından bu noktada adi yazılı şekilden ayrılır.²⁹

Hukukî işlemlerin geçerli sayılabilmesi için bunların resmi şekilde yapılmış olması gerekir. Yetkili resmi makamın (noter, tapu memuru) önünde, kanunların öngördüğü usule ve şartlara uyularak yapılması gereken hukukî işlemlere uygulanan şekil, resmi şekildir. Örneğin, gayrimenkullerin alım satımına ilişkin akitler, ancak tapu sicil memuru tarafından düzenlenirse geçerli sayılır. Resmi şekle tâbi olan akitlerde yapılan değişikliklerin de resmi şekilde yapılması gerekir.³⁰

2. ŞEKİLCİLİĞİN FAYDALARI

Hukukta her şeklin bir amacı vardır. Ayrıca her şekil kuralı her zaman aynı amacı taşımaz. Mesela, kefâlet sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmasıyla güdülen amaç burada kefil olan kişiyi muhafaza etmek ve o kişiyi sözleşme esnasında yeniden düşünmeye sevk etmektir.³¹ Hukuki bir işlemde gerçekleştirilen şeklin faydalarını şu şekilde sıralayabiliriz:

1-Her iki tarafın rastgele davranmamasını ve bir olayı gerçekleştirirken doğru karar vermesini sağlamak.

²⁸ Eren, a.g.e., s. 253; Kılıçoğlu, a.g.e., s. 75.

²⁹ Hamamcıoğlu, Karamanlıoğlu, a.g.e., s. 1309.

³⁰ Öz, a.g.e., s. 117; Reisoğlu, a.g.e., s. 78.

³¹ Ahmet Kılıçoğlu, “Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları Işığında Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötüye Kullanılması”, *Ankara, Yargıtay Dergisi Özel Sayı*, (1989), s. 291.

- 2-Şekil, ortaya konulan hukuki işlemi belirgin hale getirir.
 - 3-Hâkimin hukuki bir işlemde daha rahat bir görüş ortaya koymasını sağlar.
 - 4-Hukuki bir işlemin açığa kavuşturulmasını sağlar.
 - 5-Tarafların birbirlerini aldatmasının ve birtakım hilelerin önüne geçilmesini sağlar.
 - 6-Şekil kuralları ispat kolaylığı sağlar. Bu durum da yargılamayı kolaylaştırır.³²
- Ayrıca şekil, hayatın birçok evresinde yapılan işlemlerden haberdar olunmasını sağlar. Şekil, aynı zamanda akitlerin yorumunu da kolaylaştırır.³³

3. ŞEKİLCİLİĞİN ZARARLARI

Şekilciliğin yukarıda anlatılan yararlarının yanında, birtakım zararları da bulunmaktadır. Zararlarını ise şu şekilde sıralamak mümkündür.

- 1-Şekilcilik ekonomik ve ticari hayatı yavaşlatır.
- 2-Hukuki işlemlerin yapılmasını zorlaştırır. Ve bazen bu kişilerin hukuki işleminden vazgeçmelerine sebep olabilir.
- 3-Şekil bazı durumlarda ispatı kolaylaştırdığı halde bazı durumlarda ise ispatı zorlaştırarak maddi hukukun tanımış olduğu hakka ulaşılmasına engel olur.
- 4-Şekilcilik, aynı zamanda yapacağı işlemler hakkında bilgisi olmayan kimseler için tehlike oluşturabilir.³⁴

4. ÇEŞİTLİ HUKUK SİSTEMLERİNDE GÖRÜLEN ŞEKİLCİLİK

4.1. Roma Hukukunda Şekilcilik

Roma hukuku alanında şekilciliğin en fazla hakim olduğu alan Roma Usul Hukuku'dur. Roma'da adlî teşkilat akitlerde olduğu gibi, gereksiz formalitelere

³² Ermenek, a.g.m., s. 5.

³³ Kenan Tunçomağ, a.g.e., s. 216; Erhan Türker, "Akitlerde Şekil", *Eskisehir, İktisâdî ve Ticarî İlimler Akademisi Dergisi*, C.VIII, S. 1 (1972), s. 244-245; Ali Naim İnan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1984, s. 124.

³⁴ Ermenek, a.g.m., s. 6.

boğulmuş bir kaza mekanizması özelliğindedir.³⁵ Roma hukukunda sıkı şekilci anlayış hakimdir. Günümüz hukukunda ise hakim olan anlayış şekil serbestisidir.

Roma hukukunda, günümüz hukukunun aksine şekil mecburiyeti kural, şekil serbestisi istisna olarak kabul edilmiş, buna bağlı olarak da tarafların iradelerinin uyuşması yeterli görülmemiştir. Ayrıca irade beyanının akdin çeşidine bağlı olarak bazı sözlü şekillerde yapılma zorunluluğu getirilmiştir. Belirli sözcükleri belirli sıra içerisinde kullanmayı zorunlu hale getirmiştir.³⁶ Sonuç olarak şekil, özün veya irade açıklamalarının önüne geçmiş ve şekle uymadan yapılan sözleşme, “yok” hükmünde kabul edilmiştir.³⁷

Hakların korunması konusunda, günümüzdeki uygulamaya karşılık, Roma hukukunda farklı bir uygulama söz konusudur. Roma hukukunda kişiler ortaya çıkan problemleri devlet eliyle değil zarar gören kimselerin kendileri çözüme kavuşturuyordu. Diğer bir ifadeyle, ihkâk-ı hakkı yani zor kullanarak kişilerin haklarını kendi kendilerine almalarını meşru kılan bir “özel koruma düzeni” olduğu söylenmiştir. Bu koruma düzeni, taraflar arasında anlaşmazlıklara neden olmuştur. Zamanla ortaya çıkan çatışmaları engellemek için devlet bu düzene müdahale etti. Bu müdahale sonucunda ise, bazı objektif kıstaslar uygulanmaya başlandı. Devlet bu kıstaslara belli ölçü ve kısıtlamalar getirmiştir. Ancak yine anlaşmazlıkların, çatışmaların önüne geçilememiştir. Bu nedenle taraflar, toplumda örf adeti iyi bilen güvenilir kimseleri hakem olarak seçip, aralarındaki anlaşmazlıkları gidermeye çalışmışlardır. Zamanla hakem de anlaşmazlıkları çözümlemede yeterli olamayınca devlet, memur statüsündeki temsilcileri anlaşmazlıkları çözümlemekle görevlendirmeye başlamıştır. Buna göre devlet, diğer görevleri yanında yargıyı da üstlenmiş ve Roma Usul Hukuku’nun temeli böylece atılmıştır.³⁸

Devletin yargılama görevini üstlenmesiyle birlikte hukuktaki şekilcilik zorunlu olarak ortaya çıkmaya başlamıştır. Oldukça uzun bir zaman diliminde gelişme gösteren

³⁵ Şakir Berki, “İslâm Hukukunun Ehemmiyeti”, *Ankara, Ankara Üniversitesi İslâm İlimleri Enstitüsü Dergisi, Üniversitesi İlahiyat Fakültesi*, S. 1 (1959), s. 6.

³⁶ Şahin Akıncı, *Roma Borçlar Hukuku*, Konya: Sayram Yayınları, 2013, s. 13.

³⁷ Akıncı, a.g.e., s. 13; Bülent Tahiroğlu, Belgin Erdoğan, *Roma Usul Hukuku*, İstanbul: Der Yayınları, 1997, s. 124; Belgin Erdoğan, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*, İstanbul: Der Yayınları, 2012, s. 48-49.

³⁸ Ziya Umur, *Roma Hukuku, Tarihi Giriş, Kaynaklar, Umumi Mefhumlar, Hakların Himayesi*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1984, s. 499 vd.

Roma Usul Hukuku (Proses), hukuktaki şekilciliğin temellerini oluşturmuştur. Günümüz hukuk düşüncesinin gelişimine büyük katkısı olan Roma Usul Hukuku'nun temellerini (actiolar) atmıştır. Bu gelişim, günümüz hukukuna büyük fayda sağlamıştır. Roma Usul Hukuku'nun temelini *actio*'lar (davalar) oluşturmaktadır. “Roma Usul Hukuku’nu ele alan kaynaklara göre, Roma’da iki ayrı usul ve icra sistemi vardır. Bu sistemler, “Özel yargılama sistemi (*Ordo iudiciorum privatorum*)” ve “Sistem dışı yargılama (*Cognitio extra ordinem*)” sistemi yöntemidir. Her iki yargılama yöntemi de bazı şekil kuralları koymuştur. Kendine özel şekil kuralları koymuş ve uzun yıllar hukuk biliminin gelişimine önemli katkılar sunmuştur.³⁹

Roma hukukunda satım, evlenme vb. akitlerin her biri için belirli şekil ve merasimler vardı; bunlara uyulmadığı sürece akit geçerli sayılmazdı. Satım akdinde “mancipatio (beş tanığın hazır bulunmasıyla yapılan, mülkiyetin değişimindeki aleniyeti sağlayan bir işlem)” veya “bakır ve terazi” usulü denilen şekil bunlardan birisidir; buna göre terazinin taşınması ve akit esnasında bakır paranın ona vurulması gerekmektedir. Ancak menkul mallar satım akdinde konu teşkil edebilirdi ve satılan şeyin akit meclisinde akit anında bulunması şarttı. Arazi satışı kabul edilince mancipatio akdinde, araziye temsilen bir parça toprağın satım meclisinde bulundurulması -başlangıçta- şarttı. Kısacası akitler bir takım maddî ve ilkel şekillere bağlı olarak yapılmaktaydı.⁴⁰

Roma hukukunun şekle bağlılığı, hukuk kurallarının başlangıçta dini temele dayanmasından kaynaklanmaktadır. Her ne kadar, hukuk kuralları daha sonra dini temelden ayrılmış ve laik bir nitelik kazanmış olsa da, Roma hukukunun dini kurallarda görülen şekillerden ayrılması uzun bir zaman almıştır. Günümüz hukukunda, yazılı şekil esas olmasına rağmen, Roma hukukunda asıl olan, kural olarak kalıplaşmış soru ve cevaptan oluşan bir sözlü şekildir.⁴¹

Örneğin, alacaklı kişi tarafından belirli kelimeler kullanılarak borçlu olan kişiye sözle yöneltilen soruya, borçlu tarafından aynı kelimelerle sözlü ve olumlu olarak cevap

³⁹ Ziya Umur, *Roma Hukuku Lügatı*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1983, s. 2; Gökçe Türkoğlu Özdemir, “Roma Usul Hukukunda “*Plus Petitio*” Yasağı ve Medeni Usûl Hukukundaki Davayı Genişletme ve Değiştirme Yasağına Olan Etkileri”, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 19, vd.

⁴⁰ Hayrettin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, C. II, İstanbul: İz Yayıncılık, 2001, s. 51.

⁴¹ Erdoğan, a.g.e., s. 125.

verilmek suretiyle sözlü şekil oluşturulurdu.⁴² Borç ilişkilerinde (stipulatio) tanık huzurunda yapılma şartı da aranmamıştır. Ancak ispat zorluklarını ortadan kaldırmak için sözleşmeler bazen tanık huzurunda yapılmış bazen de belgeler düzenlenmiştir.⁴³

M.S. 472'den sonra, stipulatio'nun⁴⁴ daha kolay bir şekilde kullanılmasını sağlamak için, Iustinianus (Roma) hukukunda, akdin oluşumu sırasında kullanılan soru-cevap zorunluluğu kaldırılmış ve tarafların sözlü olarak karşılıklı irade açıklamalarını gerçekleştirmeleri sözlü şekil için yeterli kabul edilmiştir.⁴⁵ Ayrıca Iustinianus (Roma) hukukunda sonradan taraflara sözleşmenin yapıldığı tarihte aynı yerde ve zamanda hazır bulunmadıklarını ortaya çıkarmak amacıyla stipulationun geçersiz olduğunu iddia etmek ve kanıtlamak imkânı da tanınmıştır.⁴⁶

Günümüz medeni hukukunda ifa, bazı durumlar dışında, herhangi bir geçerlilik şartına bağlanmamıştır. Ancak Roma hukukunda ifa (solutio) kural olarak şekle bağlıydı, bu sebeple kişiler borçlarının çoğunu ancak bazı şekillere uymak şartıyla yerine getirebiliyordu. Borç ilişkisini doğuran işlemin tabi olduğu şeklin aksine bir sözlü işlemi gerçekleştirmeleri gerekmekteydi. Örneğin borç doğuran işlem, stipulatio ile gerçekleştirilmişse, borcun ifası da ancak stipulatio şeklinde gerçekleştirilen bir ibra işlemiyle oluyordu.⁴⁷

Günümüz hukukunda ise yazılı şekle bağlı işlem veya sözleşmelerde yazılı şekil, genel olarak, borç altına giren tarafların irade açıklamalarının bir metin haline getirilmesi ve bu metnin borç altına girenler tarafından imzalanması şeklinde gerçekleştirilmekteydi. Roma hukukunda sözleşmelerin yazılı yapılması, bir geçerlilik şeklini gerçekleştirmek için değil, sözleşmelerin kanıtlanmasını sağlamak yani ispat şekli içindi.⁴⁸

Roma hukukunda da bazı aile reislerinin ailelerinin alacak ve borçlarını veya masraflarını tuttıkları bir deftere yazdıkları bilinmektedir. Bu defterlere geçirilen

⁴² Daha fazla bilgi için bkz. Andreas Schwarz, *Borçlar Hukuku Dersleri*, çev. Bülent Davran, C.I, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, s. 234-235; Türkan Rado, *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 2006, s. 90-92; Erdoğan, a.g.e., s. 64.

⁴³ Rado, a.g.e., s. 92; Tuğ, a.g.e., s. 40; Tahiroğlu, a.g.e., s. 134-137.

⁴⁴ Stipulatio: Roma hukukunda en eski, sözlü biçimde yapılan sözleşme.

⁴⁵ Erdoğan, a.g.e., s. 65; Tahiroğlu, a.g.e., s. 136.

⁴⁶ Tahiroğlu, a.g.e., s. 137.

⁴⁷ Bkz. Şahin Akıncı, *Roma Borçlar Hukuku*, Konya: Sayram Yayınları, 2013, s. 64.

⁴⁸ Tahiroğlu, a.g.e., s. 184; Erdoğan, a.g.e., s. 65.

kayıtlar, bazen tarafların alacak ve borçlarının kanıtlanması için de kullanılırdı. Bir süre sonra taraflarca sözleşmelerin, karşı tarafın onayı ile defter kayıtlarına geçirilmesine sözleşmeleri doğurma işlevi verilmek şartıyla defter kayıtları, hem geçerlilik hem de ispat şekilleri için kullanılmıştır. Aile reislerinin beş yılda bir yapılan sayımlarda ortaya koydukları defterlerin içerdiği hesaplarını hilesiz bir şekilde tuttuklarına dair onların yemin etmeleri, defter kayıtlarına olan güveni arttırmış ve defter kayıtlarıyla sözleşmelerin kurulması ve kanıtlanmasını daha yaygın hale getirmiştir. Ancak Iustinianus (Roma) hukukunda bu uygulamaya bağlanan hukukî sonuçlar ortadan kaldırılmıştır.⁴⁹

4.2. Eski Türk Hukukunda Şekilcilik

Eski Türk devletlerinden olan Uygurlarda hukukî işlemlerde sıkı bir şekilciliğin hâkim olduğu ve hukukî işlem veya sözleşmelerin belirli biçimlerde düzenlenmiş oldukları; Göktürklerde ise hukukî işlemlerin levhalar üzerine yazıldığı ve imza olarak mızrak ucu ile yapılan işaretlerin kullanıldığı; hukukî işlemler düzenlenirken en başta, irade açıklamasında bulunan kişinin isminin bulunduğu, daha sonra yapılmak istenen ya da amaçlanan işlemin sebebi ve bu sebeple gerçekleştirilen irade açıklamaları ve sonda ise tanık isimlerinin metne yazılmak suretiyle yazılı şeklin gerçekleştirilmiş olduğu görülmektedir.⁵⁰

Osmanlı Devleti'nde günümüzün tapu sicilinin temelini oluşturan “Defterhane-i Amire Kalemi”nin ortaya çıkmasından kısa bir süre sonra mülk araziler oluşturuldu. Mülk araziler, köy ve şehir içerisinde bulunan arsalar ve bunların bitişiğinde bulunan yarımşar dönümlük yerlerin miri araziden bölünerek temlik edilmeleri sonucunda ortaya çıktı. Bu arazilerle ilgili işlem ve anlaşmazlıkların çözümü ise Şer’iye mahkemelerine verilmişti. Mülk arazilerin mülkiyet hakkı, bu mahkemeler tarafından verilen ve “Hüccet” diye adlandırılan yazılı belgelerle kanıtlanırdı. Osmanlı hukukunda tapuda yapılmamış bulunan taşınmaz üzerindeki tasarruf işlemleri hükümsüz sayılmamış, ancak ihtilaf halinde bu tür işlemler, sadece hüccet denen belgelerle kanıtlanmıştı.⁵¹

⁴⁹ Tahiroğlu, a.g.e., s. 184-185; Erdoğan, a.g.e., s. 69-70.

⁵⁰ Yalçın Kavak, *Borçlar Hukukunda Yazılı Şekil*, (Doktora Tezi), İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015, s. 67.

⁵¹ Kavak, a.g.e., s. 68.

4.3. Türk Medenî Hukukunda Şekilcilik

Tanzimat'tan bu yana Osmanlı Devleti'nde kanunlaştırma hareketleri içerisinde büyük değişiklikler yapılmıştır. Öncelikle borçlar hukuku, eşya hukuku ve şahıs hukuku hükümleri 1868-1876 yıllarında Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, ardından aile hukuku hükümleri 1917'de Hukuku Aile Kararnamesi ismiyle kanunlaştırılmıştır. Her iki kanun da İslam hukukuna bağlı ilk kanunlardır. Ve bu yüzden gerek Osmanlı gerekse de İslam hukukuna kaynaklık teşkil etmiştir.⁵²

1926 yılında henüz daha Türk Medenî Kanunu kabul edilmeden önce 1868-1876 tarihleri arasında hazırlanmış olan Mecelle borçlar, eşya ve yargılama hukukuyla ilgili esasları kapsayan Medenî Kanun olarak kullanılmaktaydı.⁵³ Mecelle, İslam hukuku temel alınarak hazırlanmıştır. İslam hukukunda hukukî işlemler belli şekil şartlarına bağlı olarak yapılmamaktaydı. Örneğin İslam hukukunda gerek akitlerin, gerekse vasiyetnamelerin geçerli sayılabilmesi için bunların belli şekil kurallarına bağlı olarak yapılmış olması gerekmemekteydi. Modern hukukta bir hakkın ortaya çıkması, bir hukukî işlemin geçerli olabilmesi, bir hakkın var olduğunun ispat edilebilmesi için aranan yazılı, bazen de resmi şekil şartı, Mecelle'de aranmamaktaydı. Örneğin, Mecelle'nin 1609. vd. maddelerinde yer alan düzenlemeye göre, senette imza yerine mühür kullanılması serbesttir. Ayrıca, Mecelle'deki "irade ya da rıza beyanının yazı ile de olabileceği" düzenlemesinden çıkan sonuç, yazılı beyanın şekil şartı olarak aranmadığıdır. Mecelle'nin 1607. maddesindeki düzenlemeye göre ise, başkasına yazdırıp da imza edilen senet, yazdırandan çıkmış gibi kabul edilmektedir.⁵⁴

Günümüzde Borçlar Hukuku'nda ise "şekil serbestisi" benimsenmiştir. "Şekil şartı" ise örneğin; resmi vasiyetname, taşınmaz satışı, alacağın temliki, bağışlama vaadi gibi kanunda açıkça belirtilen istisnai durumlarda görülmektedir. Tarafların kendi iradeleriyle öngörülen hallerde ancak şekil şartı söz konusu olabilir. Taraflar,

⁵² Mehmet Akif Aydın, "Mecelle-i Ahkâm-ı Sultâniye", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi (DİA)*, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı İslam Araştırmaları Merkezi (İSAM), 2003, C. 28, s. 543.

⁵³ Aydın, a.g.e., s. 543.

⁵⁴ Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku*, 4. b., Ankara: Turhan Kitabevi, 2002, s. 52- 53; Osman Kaşıkçı, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, İstanbul: Osmanlı Araştırma Vakfı Yayınları, 1997, s. 1; Ali Himmet Berki, *Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye)* İstanbul: Hikmet Yayınları, 1997, s. 346-347.

kararlaştırılan şekil şartı gerçekleşmediği sürece akde bağlı olamazlar.⁵⁵ Taraflar iradeleriyle, kanunen geçerlilik şartına bağlı olan şekli, ancak daha ağır bir şekil şartı getirerek ortadan kaldıracılabirler.⁵⁶

Türk Borçlar Kanunu’nun 11. maddesinin ilk fıkrası: “Akcin sıhhati, kanunda sarahat olmadıkça, hiçbir şekle tâbi değildir” şeklindedir. Buradan anlaşılan ise Borçlar Kanunu, iradenin açıklanmasını yeterli bulmayan, bunun yanında iradelerin özel bir şekle tâbi tutulmasını da gerektiren şekilci sisteme karşı, belirli bir şekli gerektirmekte, şekil serbestisini kabul etmektedir. Günümüzde uygulanan sisteme göre, akitlerin mümkün olduğu kadar çabuk yapılması gerekmektedir. Buradan anlaşılan şey ise pratiklik sağlamak amacıyla, Borçlar Kanunu’nun 11. maddesi şekil serbestisini öngörmüştür denebilir.⁵⁷

Kanunu’nun 11. maddesinin ikinci fıkrası şöyledir: “Kanunun emrettiği şeklin tesiri, derecesi hakkında başka bir hüküm ortaya konulmamış ise akit, bu şekle riayet edilmedikçe sahih olmaz.” Buradan anlaşılan husus ise, kanunun öngördüğü şekli, eğer bu şeklin kapsamı ve sonuçlarıyla ilgili olarak kanunen başka bir düzenleme yapılmamışsa, bu durumda artık bu şekle uymak şarttır, uyulmadığı taktirde akit geçersiz sayılacaktır.⁵⁸

Demek ki, kanunun öngördüğü şekil geçerlilik şartıdır, eğer bu şart yerine getirilmezse, butlan sebebiyle akit sonuçlarını doğurmayacaktır.⁵⁹ Bununla ilgili belirtmemiz gereken önemli bir nokta da, günümüz hukukunda şekle aykırılığın olumsuz sonuçlarının ortadan kaldırılmasının mümkün olduğudur.⁶⁰ Modern görüşlere göre şekle aykırılık nedeniyle geçersizliğin olumsuz sonuçları, şeklin koruma amacıyla ve hakkın kötüye kullanılması yasağıyla düzeltilebilir ve böylelikle, şekle aykırı akitlerin geçerliliği sağlanabilir.⁶¹

⁵⁵ öz, a.g.e., s. 106.

⁵⁶ Eren, a.g.e., s. 241-242.

⁵⁷ Tuğ, a.g.e., s. 128.

⁵⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz.: z, a.g.e., s. 123-124; Reisoğlu, a.g.e., s. 66 vd.; Tunçomağ, a.g.e., s. 237; İnan, a.g.e., s. 137.

⁵⁹ Tuğ, a.g.e., s. 10 vd.; Eren, a.g.e., s. 259-260.

⁶⁰ Cengiz Kostakoğlu, *İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri*, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2006, s. 119-120.

⁶¹ Altaş, a.g.e., s. 147. ; Eren, a.g.e., s. 260 vd.; Tunçomağ, a.g.e., s. 236 vd.

5. ŞEKİLCİLİK BAĞLAMINDA HUKUK NORMU

Norm kelimesi batı dillerinde “kural, kanun, ilke, düstur, model, tip” anlamlarında kullanılmaktadır. Sosyal bilimlerde ise ‘davranış kuralı’, yani ‘davranışın kabul edilip edilmemesi bakımından kendisiyle bir yargıya varılan, emredici/bağlayıcı ifade’ anlamına gelir.⁶²

Hukuk normu ise, belirli bir hukuksal ilişkiyi düzenlemek amacıyla devlet eliyle belli bir biçimde ortaya konulan ve yaptırım gücüyle kuvvetlendirilen kural demektir. Hukukun hemen hemen büyük bir kısmı normlardan meydana gelmiştir. Bu nedenle hukuk normatif olarak kabul edilir. Kanunların ve hukukun ortaya koymuş diğer kurallar temelde birer hukuk normudur.⁶³

Ancak kanun ve norm mefhumlarını birbirinden farklı tutmak gerekir. Çünkü “kanun” hukuk bilimi ile doğa bilimlerinde birbirinden çeşitli anlamlarda kullanılır. Norm, “olması gereken” i gösterir. Doğa kanunu ise “olması gereken” i değil, “olan”ı gösterir. Bu farklılık en güzel şekilde şu iki yargıda aktarılabilir: ‘Bütün insanlar ölür’, ‘Kimseyi öldürmemelisin’. Bunlardan ilki, kaçınılmaz bir gerçeklikle doğa kanununu, gerçek bir olayı aktarır. Burada doğa kanunundan kaçış veya ona aykırı davranma söz konusu olamaz. Örneğin, bir kimsenin doğa kanunlarına aykırı davranması halinde, bu durumun zararlı olan sonuçları nedensellik bağı içerisinde er ya da geç ortaya çıkar. Eğer doğada meydana gelmiş olan bir olay daha önceden kabul görmüş olan bir doğa kanununa aykırı olarak ortaya çıkıyorsa, artık o kanun geçerliliğini yitirir ve ortadan kalkar. Fakat normlar bu şekilde değildir. Onlar nedensellik ilkesine göre ortaya çıkan şeyleri zorunlu olarak bildirmezler, yapılması ya da yapılmaması lazım olan şeyleri ortaya koyarlar. Normun yapılmasını veya yapılmamasını dilediği şeyin, gerçekleşmeme ihtimali bulunur. Çünkü normun bildirdiği “olması gereken”i yerine getirecek olan insan bunlardan herhangi birine yönelmekte serbesttir.⁶⁴

Kelsen ise, hukuk normunu hukuk kuralının anlamı olarak ortaya koyar. Hukuk kuralının kullandığı dil ne şekilde olursa olsun, hukukun bir “olması gereken”e

⁶² Talip Türkan, *İslam Hukuk Biliminde Hukuk Normu Kavramsal Analiz ve Geçerlilik Sorunu*, 2. b., Ankara: Ankara Okulu Yayınları, 2016, s. 57.

⁶³ Anıl Çeçen, “Hukuk’ta Norm ve Adalet”, *Ankara, A.Ü.H.F.D., C.XXXII, S. 1* (1975), s. 80.

⁶⁴ Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, 7. b., İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2012, s. 53.

yöneltiğine vurgu yapar.⁶⁵ Kelsen’e göre “bir hukuk normunu diğer normlardan ayırt eden şey onun muhtevası değil zecrî (zorlayıcı) oluşudur”. Hukuk normunun herhangi bir muhtevaya sahip olmasının bir önemi bulunmaz. Bir norma hukukîlik vasfını veren şey onun zorlayıcı bir özelliğe sahip olmasıdır.⁶⁶

Sonuç olarak hukuk normları, insan fiillerini karşılıklı ilişki esasına dayalı olarak düzenleme maksadından dolayı, toplumsal düzenle ilgili kuralların bir parçasını oluşturur. Hukuk normu ancak kendisine uyulması durumunda sonuç alınabilecek bazı formlar öngörür. Bu, aynı zamanda, ‘olması gereken’e yönelik bir değerlendirme anlamı taşır. Dolayısıyla hukuk normu ve hukuk, formel (biçimsel) ve normatif bir nitelik taşır.⁶⁷

Şekilcilik açısından norm, ‘olması gereken’i göstermesi bakımından şekilciliğin özünü oluşturur. Doğa kanunu ise ‘olan’ı gösterir. Bu yönüyle şekilciliğin dışa yansıyan yönünü, biçimi ortaya koyar.

6. ŞEKİLCİLİK BAĞLAMINDA NORM-AMAÇ İLİŞKİSİ

Her bir hukuk normu ‘biçim ve talep’ unsurlarından oluşmaktadır. Hukuk normlarında bulunan talep, belli bir biçim içerisinde ortaya çıkar. Biçim ve talep bir normu oluşturan unsurlardır. Beşeri davranışlara bağlı olarak bulunan bir talep, biçimden ayrı olarak düşünülemez.⁶⁸

Bir hukuk normunun ‘etkililik ve geçerlilik’ özelliğine sahip olması gerekmektedir. Hukuk normlarının biçimsel yapısıyla toplumda bulunan düzen olgusu arasında birbirinden bağımsız olmayan tarzda bir ilişki bulunmaktadır. Eğer bir hukuk normu öngörüldüğü şekilde uygulama alanı bulabilirse, beşeri ilişkiler ve farklı bir faaliyete ihtiyaç duymadan bir düzen içerisinde ortaya çıkar. Fakat normun biçimsel yapısı, toplumdaki düzen olgusunun tersine, toplumun ihtiyacı olan şeylerin karşılanmasını ve toplumda adaletin gerçekleşmesini her daim sağlamaz. Burada esas vurgulanmak istenen durum, hukuk normu biçimsel yapısıyla ilgili olan işlevlerini

⁶⁵ Ertuğrul Uzun, “Hukuk Normu Üzerine Bir Not, Hukuk Kuramı”, C.I, S. 6 (2014), s. 39.

⁶⁶ Muvaffak Akbay, “Kelsen’in Hukuk ve Devlet Teorisi”, Ankara, A.Ü.H.F.D., C.IV, S. 1 (1947), s. 33.

⁶⁷ Türcan, *İslam Hukuk Biliminde Hukuk Normu Kavramı Kavramsal Analiz ve Geçerlilik Sorunu*, s. 63.

⁶⁸ Talip Türcan, *İslam Hukuk Biliminde Norm-Amaç İlişkisi*, 1.b., Ankara: Ankara Okulu Yayınları, 2009, s. 105.

yerine getirirken, amaç kavramıyla ilgili olan işlevini her daim yerine getiremeyeceği konusudur. Norm-amaç ilişkisi söz konusu olduğunda ilk anlaşılması gereken mesele, hukuk normunun biçimsel yapısının, toplumun ihtiyacı olan şeyleri gerçekleştirecek ve toplumda adaleti sağlayacak özellikte olmasıdır.⁶⁹

Norm-amaç ilişkisi, ikinci olarak, hukuk normunun biçimsel yapısının doğal ve sosyal olgularla uyumlu olması ve bu olgularla herhangi bir çatışmanın bulunmaması kavramını da temsil eder.⁷⁰

Sonuç olarak şunları söyleyebiliriz ki, bir hukuk normunun geçerlilik kazanmış olması, toplumsal düzenin gerçekleşmesi için yeterli sayılmaz; aynı zamanda hukuk normunun uygulanabilir nitelikte olması da gerekir. Toplumun ihtiyacına yönelik olarak ortaya konulan çözümler bu bağlamda bir hukuk normunun biçimsel yapısıyla ilgilidir.

7. HUKUKTA NORMATİFLİK VE ŞEKİLCİLİK (FORMALİZM)

Bir önerme ya da yargının hukukî norm olarak kabul edilebilmesi için normatif özellikte olması gerekmektedir. Normatiflik ise, bu işlemin bir “olması gereken” i açığa çıkarması olarak tanımlanmaktadır. Normatif yargı ‘ya bir şeyi emretmeli veya bir şeye izin yahut da yetki vermelidir’.⁷¹

Kelsen’e göre bir bilim dalına normatif demekle ona iki anlam yüklemiş oluruz. Bir bilim dalı, meydana gelen olayları nedensellik olgusuyla araştırarak var olan dünyayı kurallarla açıklamaya çalışmaktadır. Bazı bilim dalları normatif diye isimlendirilir. Bu bilim dalları da normlarla ilgilenmenin yanı sıra olanın değil, olması gereken şeylerin biçimsel (şekilci) yönünü ortaya koymaya çalışmaktadırlar. Bu bilim dallarının konusu, kuralların içeriği değil de, belirli olan bir emri şekillendirmeyi sağlayan kuralların yapısıdır.⁷²

Hukuk, toplumsal hayatta düzenin kurulabilmesi için vardır. Fakat toplumsal düzen sağlanırken sadece hukuk değil; din-ahlak, örf-adet ve görgü kurallarının da işlevi

⁶⁹ a.g.e., s. 106.

⁷⁰ a.yer.

⁷¹ Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, C. I, 1. b., Bursa: Ekin Yayıncılık, 2011, s. 144.

⁷² Çeçen, a.g.e., s. 85.

vardır. Toplumsal yaşamın hukuk normlarıyla düzenlenen bölümüne hukuk düzeni adı verilmektedir.⁷³

Hukuk düzeni ise, bir biçim içerisinde ve biçimle gerçeklik kazanabilir. Çünkü toplumdaki insanların davranışlarını düzenlemek demek, onları belli bir biçime sokmak demektir. Bu durumda hukuk düzen olduğunu düzenin de biçimlendirmeyi gerektirdiğini söyleyebiliriz. Bu anlamda formalizmin hukukta kaçınılmaz olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Öze yahut içeriğe değil de, biçime önem veren formalizme bağlı olarak hukuk, bireylerin fiillerini ayrı ayrı ve özellikleri bakımından değil de, daha çok dış görünüşleri ve biçimleri bakımından bir düzene koyar.⁷⁴

Hukuk düzeni biçimsel bir yapıdan oluşur. Her bir hukuk normu, bireylerin belli bir yönde davranmalarına yönelik bir talep barındırır. Buna da hukukun normatifliği denilir. Hukukun normatif özelliği ile biçimsel yönü arasında birbirleriyle bağlantılı ve zorunlu bir ilişki vardır. Hukuki talep, ancak belli bir biçim (form) içerisinde gerçekleşir.⁷⁵

8. HUKUK GÜVENLİĞİ VE ŞEKİLCİLİK

Toplumsal düzenin sağlanabilmesi için, bir hukuk düzeninin kurulması zorunlu olduğu gibi, oluşturulan bu hukuk düzeninin devam ettirilmesi de onun korunmasına bağlıdır. Hukuk düzeni kavramı, hukukun biçimsel yapısıyla ilgilidir. Buna göre toplumsal düzenin sağlanması öncelikle hukukun biçimsel yapısının korunmasına bağlıdır. Hukukun biçimsel yapısının muhafaza edilebilmesi ise hukukî biçime uyumun, gerçekleştirilen iş veya eylemin geçerlilik şartı olarak kabul edilmesi ve onun yorumla aşılmasına izin verilmemesi ile mümkündür. Hukukun toplumsal ihtiyaç veya adalete ters düşme durumu söz konusu olsa bile, yetkili organ eliyle değiştirilinceye kadar biçimsel yapısının gözetilerek muhafaza edilmesine hukuk güvenliği (hukukî emniyet) adı verilmektedir.⁷⁶

⁷³ Türcan, *İslam Hukuk Biliminde Norm-Amaç İlişkisi*, s. 29.

⁷⁴ Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, s. 17-18.

⁷⁵ Türcan, a.g.e., s. 29.

⁷⁶ Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, s. 23-25; Türcan, *İslam Hukuk Biliminde Norm-Amaç İlişkisi*, s. 63,64.

Hukuk güvenliği, ‘hukuk normlarının geçerlilik (yürürlük), biçimcilik ve süreklilik, kavramlarda kesinlik ve açıklık niteliklerine sahip olmalarına bağlıdır’.⁷⁷

-Geçerlilik, bir hukuk normunun pozitif alanda bağlayıcılık özelliğine sahip olması demektir.⁷⁸ Yani bir hukuk normunun geçerliliğini sürdürebilmesi onun anayasa ile uyumlu olmasına bağlıdır. “Kelsen’e göre, normatif bir yapı olarak hukuk bizzat kendi oluşturulma sürecini de düzenler. Bir hukuk normu diğer bir hukuk normunun oluşturulma tarzını: hatta belli bir dereceye kadar muhtevasını da belirler. Bir hukuk normu, diğer bir hukuk normu tarafından belirlenen tarzda oluşturulduğu için geçerlidir. Oluşturulma tarzını belirleyen norm, oluşturulan normun geçerliliğinin sebebini teşkil eder. Dolayısıyla, belirleyici norm ile oluşturulan norm arasında hiyerarşik bir ilişki mevcuttur. Söz konusu hiyerarşik yapının en üstünde, tüm hukuk normunun geçerliliğini ve birliğini temin eden en yüksek norm, yani temel norm (basic norm) bulunmaktadır.”⁷⁹ Her bir hukukî normun geçerliliğini devam ettirebilmesi, anayasaya aykırı olmamasına bağlıdır.

-İslam hukukunda Mecelle’ye kadar geçen süre içerisinde herhangi bir tedvin işleminin bulunmayışı hukukun pozitif düzeyde anlaşılmadığı anlamına gelmemelidir. Geçerli olan hukuk kavramı, İslam hukukunda kendisine ait biçimsel yapısı içerisinde yer bulmuştur. Mezheplerin oluşumunun tamamlanmasına kadar, yasama yetkisine sahip olan devlet başkanı, müçtehid olan hâkime, bir meseleyle karşı karşıya kalınması durumunda neye göre hüküm vereceği konusunda emretme hakkının bulunmayışı ilkesi gereği, geçerli olan hukuku yargı kararı sağlamıştır. Yargının ortaya koyduğu kararlar, icmâ’ ya ters düşmezse eğer geçerli kabul edilmiştir. İcmâ, geçerlilik hususunda nihai bir kriter olarak kabul edilmektedir.⁸⁰

-Hukuk normlarının açıklanmasında kendilerine başvuru kelime ve terimlerin anlam ya da kavramsal içeriklerinin herkes tarafından aynı şekilde anlaşılabilirlik ölçüde kesin ve açık olması da hukuk güvenliği açısından gereklidir. Ayrıca hâkime tanınan takdir yetkisi hukuk güvenliğini tehlikeye düşürmemelidir. Bu durum, kişilerin bireysel özgürlüklerine müdahale etmeden beşeri ilişkilerin hukuk normları aracılığıyla

⁷⁷ Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, s. 23-25.

⁷⁸ Türçan, *Talip İslam Hukuk Biliminde Norm-Amaç İlişkisi*, s. 64.

⁷⁹ Talip Türçan, “İslam Hukukunda Yasamanın Yargı Yoluyla Denetlenmesi”, *Konya, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S. 3 (2004), s.149.

⁸⁰ Türçan, *İslam Hukuk Biliminde Norm-Amaç İlişkisi*, s. 64, 65.

boşluk bırakmaksızın tanımlanması ile sağlanabilir. Peygamber Efendimiz(sav)'ın yaşadığı dönemin dışında Kitap ve Sünnet nasları geçerli bir hukuk normu olarak doğrudan uygulamaya konulamamıştır. Bunun sebebi Kitap ve Sünnet naslarının yorumunda ve anlaşılmasında ortaya çıkan görüş farklılıklarıyla ilgilidir. Kitap ve Sünnet, Hz Peygamber döneminden sonra sahabe döneminde yürürlük kaynağı özelliğini yitirmiş, değer kaynağı özelliğine sahip olmuştur. Ancak, her bir hükmün doğrudan veya dolaylı olarak ilahi iradeye bağlı olan Kitap ve/veya Sünnet' e dayanması gerekliliğini öngören şer'îlik ilkesi Şâfiî⁸¹ tarafından formüle edilmiştir.⁸²

-Biçimcilik (Formalizm) hukuk güvenliği kavramının temel unsurlarından biri olarak kabul edilir. Beşeri fiilleri tanımlarken biçimsel kriterlerin esas alınması, hukuk güvenliği için zorunludur. Bundan dolayı hukuk düzenlerinde kendilerine hukukî bir sonuç bağlanan tüm davranış ve olgular biçimsel kriterlerle tanımlanmaktadır. Maksada uygunluk ve adaletin sağlanması maksadıyla kişiden kişiye göre değişebilen niteliklerin bağlandığı biçimsel kriterlerden aksi kanıtlanabilir bir karine olarak düzenlenebilmektedir. Örneğin, İslam hukukuna göre bir kimse buluştan önce rüşd iddiasında bulunamaz. Bu, ehliyetin tanımlanmasında biçimsel bir kritere dayanma zorunluluğundan kaynaklanmaktadır. Günümüzde rüşd için herkes tarafından kabul edilebilecek geçerli ortak bir yaş sınırının belirlenmiş olması, belirtilen konuya daha açık bir örnek niteliğindedir.⁸³

-Hukuk normlarının süreklilik özelliği de, hukuk güvenliği açısından gerekli olan kavramlardan bir tanesidir. Hukuk normlarının sürekliliği, onların kesin değişmez bir özellik taşıdığı anlamına gelmemelidir. Toplumsal ihtiyaçların değişimlerine bağlı olarak, hukuk normlarında da bazı değişiklikler ortaya çıkacaktır. Bununla beraber, hukuk normlarında ortaya çıkan değişim, toplumsal değişimler ile paralellik içerisinde, hukuka ve toplumsal düzene olan güveni zedelemekten ortaya konulmalıdır. Çünkü hukuk normları, toplumsal ilişkileri karşılıklı olarak bir hak-vecibe dengesi kurarak tanımlar. Hukuk düzenindeki ani olarak ortaya çıkan değişimler kişilerin sahip olduğu

⁸¹ Şâfiî, hiçbir beşeri davranışın Allah'ın hükmü dışında kalmayacağını ve hiçbir kimsenin Kitap, Sünnet, İcmâ ve Kıyas'a dayanmaksızın hiçbir şey hakkında helal veya haram diyemeyeceğini açıkça tespit eder. Ona göre, İcmâ ancak Kitap, Sünnet veya Kıyas yoluyla elde edilen bir hüküm üzerinde gerçekleşebilir. Yani İcmâ'nın senedi şer'î olmak zorundadır. İctihad ile de sadece Kıyas'ı kastetmektedir ki, o da Kitap ve Sünnet nasları esas alınarak yapılmalıdır. (bkz. eş-Şâfiî, er-Risâle, s. 25, 39, 471-476,477.)

⁸² Türcan, *Talip İslam Hukuk Biliminde Norm-Amaç İlişkisi*, s. 66.

⁸³ Türcan, a.g.e., s. 67.

haklarını kaybetmeden yükümlülük altına girmelerine sebep olur ki, bu da toplumsal düzene olan güveni sarsar.⁸⁴

9. ŞEKİLCİLİK BAĞLAMINDA HUKUK-AHLÂK İLİŞKİSİ

Hukuk hükümleri esasında ahlâk hükümlerinin formel (biçimsel) bir şeklidir. Ahlâk alanında olduğu gibi hukuk alanında da her bir norm, belirli bir durumun varlığı söz konusu olduğunda, belirli bir biçimde davranılmasını gerektirir. Herhangi bir durum söz konusu olduğunda ahlâk ve hukuk normuna göre davranmak, insan için bir ödev ve aynı zamanda bir sorumluluktur. Ahlâk ve hukuk normları arasında biçimsel nitelik ve içerik bakımından benzerlik bulunmaktadır. Ahlâk, bireyin kendisine karşı sorumluluklarından söz ettiği zaman hukuktan ayrılır. Hukuk ise, insanların bir arada bir şeyler yapmak zorunda oldukları yerde anlam kazanır.⁸⁵

-Hukuk ve ahlâk normlarını birbirinden ayrı tutmak için bazı kriterler getirilmiştir. Bu kriterlere göre hukuk dışı, ahlâk ise içe dönüktür. Her iki norm da insan davranışlarını ele alır. Hukuk normları insan fiillerinin dışarı yansıyan formel (biçimsel) yanı ile ilgilenirken, ahlâk normları kişilerin niyet ve iradesine yönelik olan içsel davranışlarını ele alır. Ancak burada sonuç olarak hukuk normlarının insan davranışlarının sadece içsel yanı ile ilgilenmediği anlaşılmamalıdır. Mesela hata, hile ve ikrahın dikkate alınmasını buna örnek olarak verebiliriz. Bireyin içsel fiillerinin hukuk normları tarafından düzenlenebilmesi için bu fiillerin mutlaka dışı yansıması ve bu fiillerin tespitini sağlayan açık bir işaretin olması gerekir.⁸⁶

-Hukuk ve ahlâk normlarının farklı olmasındaki bir başka kriter ise hukukun heteronom, ahlâkın ise otonom olmasıdır. Hukukun heteronom olması, bireylerin hukuk normlarına uymalarının, kendi iradelerine göre değil de, onların dışında, siyasi bir iktidarın desteklenmesine bağlı olarak gerçekleşmesidir. Ahlâkın otonomluğu ise, ahlâk normunun kişiyi, onları koyan bireyin kendi vicdani değerlerinden başka bir kanun koyucusu bulunmaz. Bir fiilin ya da davranışın ahlâki olup olmamasına karar verme yetkisi bireyin sadece kendisine aittir.⁸⁷

⁸⁴ Türkan, a.g.e., s. 72.

⁸⁵ Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, s. 69-70.

⁸⁶ Türkan, *İslam Hukuk Biliminde Hukuk Normu Kavramsal Analiz ve Geçerlilik Sorunu*, s. 155-156.

⁸⁷ Türkan, a.g.e., s. 157; Aral, a.g.e., s. 73-74.

Kant'ın ahlâk anlayışı, formalist bir özelliğe sahiptir. Kant'ın ahlâk anlayışına göre: bilginin geçerli olabilmesi nasıl ki insan düşüncesinde bulunan bir apriori (önsel, deneysel önce gelen)'ye bağlı ise, ahlâkın geçerli olabilmesi de aynı şekilde insandaki bir apriori'ye bağlıdır. Bilgi teorisinde form, nasıl ki belirleyici bir unsur olarak kabul ediliyorsa, ahlâk alanında da form, belirleyici bir unsurdur. Bir eylemin ahlâki değerini belirleyen şey, o eylemin kendi kendisiyle uyuşmasına (otnom) bağlıdır. Eğer bizim irademiz yasal bir değer taşıyorsa, davranışımız da ahlâken iyi olarak kabul edilir. Kant'ın bu ahlâk anlayışı ödev ahlakıdır. Aklın niteliğini burada belirleyen unsur değer değil, aklın emrettiği şeyi yapmaktan ibaret olan ödev; içerik değil, sadece formel bir 'olması gereken'dir.⁸⁸

Hukuk normlarının yaptırımı zorlayıcı nitelikte olduğu halde, din ve ahlâk normlarının yaptırımı kişilerin kendi sorumlulukları ile ilgili yani Kant'ın yukarıda da belirttiği gibi ödev ahlakıdır ve manevi düzeydedir. Ahlâk normlarının yaptırımı ise birey ve toplumun vicdanındaki yerine bağlıdır. Hukuk normları bireyin dışı yansıyan davranışlarını formel bir şekilde değerlendirirken, din ve ahlâk normlarının değerlendirme kriteri kişilerin sübjektif niyet ve iradelerini esas alarak bir sonuca varmaktır. Hukuk dışı (heteronom) yönelik, ahlâk ise içe yönelik (otonom) bir disiplindir.⁸⁹

10. HUKUKÎ ŞEKİLCİLİK (FORMALİZM)

Hukuki formalizm, hukuki işlemlerdeki kapalı kalan birlik ve bütünlüğü ortaya çıkarmayı hedefleyen bir hukuk kuramıdır. Hukuki formalizmin başarılı bir sonuca varması, bu bahsettiğimiz birlik ve bütünlüğü ortaya çıkarmasına bağlıdır. Tutarlılık, hukuki formalizmin açığa çıkarmada kullandığı en önemli kavramdır. Ancak bu durumda, pozitif hukukun her zaman tutarlı olacağı söylenemez. Pozitif hukukun geçerli olması bu tutarlılığı gerçekleştirmesine bağlıdır.⁹⁰

⁸⁸ Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, s. 103-105.

⁸⁹ Türcan, *İslam Hukuk Biliminde Hukuk Normu Kavramsal Analiz ve Geçerlilik Sorunu*, s. 163; Saffet Köse,

“Hukuk Mu Ahlak Mı? -İslam Nokta-i Nazarından Din-Ahlak- Hukuk İlişkisi Bağlamında Bir İnceleme-”, *Konya, S.Ü.İ.F.D.*, C.XVII, S. 17 (2011), s. 15.

⁹⁰ Sercan Gürler, “Ernest Weinrib'te Özel Hukuk Felsefesi ve Formalizm”, *İstanbul, İ.Ü.H.F.M.*, C.XVI, S. 2 (2008), s. 133.

Formalizm, bir hukuksal haklılaştırma teorisidir. Hukuk kurallarından hareketle yapılan akıl yürütme sonucu varılan yargısal kararlardır.⁹¹ Hukukun biçimsel yanı, hukuki formalizm olarak anılmaktadır. Hukukun normatif yapısı ile biçimsel yapısı arasında zorunlu bir ilişki vardır. Hukuki talep ise belli bir biçim içerisinde gerçekleşebilir. Hukuki Formalizm, hukukçular tarafından farklı anlamlarda kullanılmaktadır. Bunlardan ilki, hukuk normlarının içeriğini biçimden hareket ederek tanımlayan ‘etik formalizmdir. Bu yaklaşımı benimseyenler hukuk normlarını, içeriği esas alan bir değerlendirmeye tabi tutmayı reddederler. İkincisi ‘bilimsel formalizmdir. Bu yaklaşımda hukuk bilimi sadece biçimsel bir disiplin olarak yalnızca pozitif hukuk normlarını inceler, onları açıklar, sistemleştirir, ihtilafa yol açabilecek durumları hukuk düzeninden hareketle çözüme ulaştırır. Üçüncüsü ise, hukuki yorum teorisiyle ilgilidir. Burada hukuki formalizm denildiğinde bununla hukukun formel yorumu kastedilmektedir. Buna göre hukuk normu tek bir kavramsal içeriğe sahip olmalıdır ve her olayda aynı şekilde uygulanmalıdır.⁹²

Hukukun ayrılmaz bir niteliği olarak ortaya çıkan formalizm, herkesin yapmak zorunda olduğu değil, fakat amaçlarına ulaşmak için bu amaca uygun bir şekilde davranmak zorunda olduğu biçimselliği ifade etmektedir. Bu anlamda formalizm için, hukukun tanımlanmasını sağlayan bir kriterdir diyebiliriz.⁹³

⁹¹ Sururi Aktaş, *Eleştirel Hukuk Çalışmaları*, 2.b., İstanbul: XII Levha Yayınları, 2011, s. 68.

⁹² Türcan, *İslam Hukuk Biliminde Norm-Amaç İlişkisi*, s. 29-33.

⁹³ Türcan, a.g.e., s. 33.

İKİNCİ BÖLÜM

KANUN KOYUCUNUN İRADESİNE AYKIRI OLMAYAN ŞEKİLCİLİK

1. KANUN KOYUCUNUN EMRETTİĞİ ŞEKİLCİLİK

Şekilciliğin en fazla görüldüğü alan ibadet alanıdır. Çünkü ibadetler içtihadın yani aklın en kısıtlı olduğu alanların başında gelmektedir. Ve aklın yetkinliğinin kısıtlı olduğu alanların başında gelmektedir. Bundan dolayı hukukçular ibadetlerde şekilciliğe yani Hz Peygamber ve daha önceki Müslümanların uygulamalarına sıkı bir şekilde bağlı kalmışlardır. Bu konudaki yeni düşünce ve uygulamalar bid'at olarak görülmüş ve İslam toplumlarında tasvip edilmemiştir. Kanun koyucunun emrettiği şekilcilikte meşru vasıtalarla meşru sonuçlara ulaşmak amaçlanmıştır.

1.1. Abdestte ve Namazda Şekilcilik

Abdestin vücûb ve sıhhat şartlarıyla kastedilen şey, bu şartlardan herhangi birinin gerçekleşmemesi halinde alınan abdestin geçerli olmayacağı ve abdest alınsa da alınan bu abdestin sahih olmayacağı demektir. Akıllı olmak, Müslüman olmak, uyku ve gafletin olmaması, Peygamber Efendimiz'in (sav) çağrısının mükellef olan kişiye ulaşmış olması ve son olarak da kadının, adet hali ve nifas, lohusalık hallerinden temizlenmiş olması gerekir. Bu durumdaki kadınlara abdest gerekmez. Abdest almak isteseler ve abdest aldıktan sonra bu nifas, adet, lohusalık gibi hallerden arınmış olsalar bile, bu abdestleri sıhhat şartına uymadığından geçersizdir. Burada adetli bir kadının daima hatırında tutmasından ötürü tüm namaz vakitlerinde abdest alarak önceden namaz kılmış olduğu yerlerde oturması menduptur. Ancak kadının her namaz vaktinden önce abdest alması bir şekil sayılır.⁹⁴

Uzunluğu 10 zira'dan çok olan bir çukurun içerisinde su bulunmaktadır. Ancak bazı alimler bu çukurun eninin 10 zira'dan daha az olması halinde bu çukurdan abdest almanın caiz olmadığını savunmaktadırlar. Buradan abdest alabilmek için yapılacak olan şey: Bu çukurun hemen yanına başka bir çukur açılır. Sonra suyun olduğu çukurdan diğer çukura bir ark kazılır. Böylece su, yeni açılan çukura akmış olur. Bu durumda kişi dilerse arktan dilerse de çukurdan abdestini alabilir.⁹⁵

⁹⁴ Abdullah Cezîri, *Dört Mezhebe Göre İslâm Fıkıhı*, çev. Mehmet Keskin, C. I, 4. b., İstanbul: Çağrı Yayınları, 1993, s. 69-73.

⁹⁵ Saffet Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile*, İstanbul: Birleşik Yayıncılık, 1996, s. 407.

Bu mesele içine necâset düşen su birikintileri ile ilgili bir husustur. Mesele suya düşen necâsetin hükmü, suyun büyük veya küçük olmasına göre değişeceği için böyle bir hîle bulunmuştur.

Mest ya da ayakkabıya bevl veya içki gibi bir necis bir şeyin bulaşması halinde - yaş ya da kuru olsun- farketmez mutlaka yıkanması gerekir. Bu konuda: Necasetin yaş olması durumunda toprak ya da kumda yürüyerek necasetin bir kısmını bu şekilde toprağa bırakmak ve kurutmak daha sonra da yere silmektir. Böylece temizlik sağlanmış olur.⁹⁶

Buradaki örnek bir nevi su bulunmadığı durumlarda yapılan bir temizleme yöntemidir. Temizleme maksadıyla başvuru yöntem şekilcilik kapsamındadır.

Camiye namaza giden bir kimse öğle namazının kılınmış olduğunu sanarak tek başına namazını kılmaya başlasa ve bu kimse üçüncü rekâta iken müezzin kamete kalksa, namazını tamamlayıp imama uyabilir. Ancak bu durumda imamla kıldığı namaz nafîle yerine geçer. Buna engel olmak istiyorsa tek başına kıldığı namazın son oturuşunu terk ederek kıldığı namazı altıya tamamlar ve namazını nafîleye dönüştürmüş olur. Ebû Hanîfe ve Ebû Yusuf'a göre, bu kimsenin kıldığı namaz nafîle namaza dönüşür, imam ile birlikte de farz namazını kılar.⁹⁷

Sabah namazını kılmak için camiye gelen bir kimse eğer sünneti kılması halinde cemaati kaçıracağından korkarsa sünneti terk edip cemaate uyması caizdir. İmam Muhammed'e göre bu kimse sünneti, güneş doğduktan sonra kaza eder. Güneş doğmadan evvel kazasını yapamaz. Farzı kıldıktan sonra ve güneş doğmadan önce sünneti kılabilmesi için çare: Sünneti kılmaya başlar daha sonra sünneti bozarak imama uyar. Namaz bittiğinde de sünneti kılar. Böyle yapması mekruh sayılmaz. Çünkü başlamış olduğu bir namazı bozduğu için onu eda etmesi kişiye vacip olmuştur. Bu vakitte borcu olan bir kimsenin kazası ise mekruh olmaz. Fakat kişi bunu adet haline getirirse bu mekruh olur.⁹⁸

⁹⁶ Abdurrahman el-Hanefî el-Berâvî, *Fetâvâyi Hindîyye(Fetâvâyi Alemgiriyye)*, trc. Mustafa Efe, 1. b., C. XIV, Ankara: Akçağ Yayınları, 1987, s. 280.

⁹⁷ *Fetâvâyi Hindîyye(Fetâvâyi Alemgiriyye)*, C. XIV, s. 281.

⁹⁸ Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile*, s. 407-408.

1.2. Teyemmümde Şekilcilik

Hanefiler'e göre bir kimse, bir teyemmüm ile abdesti bozan herhangi bir durum olmadığı sürece veya hastalık, özür gibi durumlar ortadan kalkmadığı sürece, istediği kadar namaz kılabilir. Yolcu olan kişi de aynı şekilde, abdesti bozulmadığı veya su bulamadığı sürece bu teyemmümü ile istediği kadar namaz kılabilir. Şâfiîler'e göre ise bir kimse, bir teyemmümle istediği kadar nafil namaz kılabilir ancak bir teyemmümle iki farz namazı kılamaz. Şâfiîler'in buradaki dayanağı teyemmümün bir zaruret temizliği olmasıdır. Her farz için zaruret yenileneceğinden bu kişinin abdestini de yenilemesi gerekir. Nafil namazlar ise farzlara tabidir. Şâfiîler'in bu görüşü, özür kanı gören kadının temizliği ile ilgili görüşünün aynısıdır.⁹⁹

Yolcu olan birisi, yakınında suyun olduğunu bilmeden teyemmüm etmiş olsa, onun bu teyemmümü geçerli sayılır. Çünkü suya ulaşma aracı olan bilgiden yoksunluk o kişiyi aciz duruma düşürmektedir. Tıpkı kuyunun başında olup yanında kuyudan su alacak herhangi bir alet bulamayan kimse gibidir. Böyle bir durumdaki kişi de teyemmüm eder.¹⁰⁰

Yolcu olan bir kimse, çamur veya balçık içinde bulunsa, su ve temiz toprak da bulamasa elbisesini veya abâyesini silker ve onların tozu ile teyemmüm yapar. Çamurla teyemmüm yapma emredilmemiştir. Her ne kadar bu kişinin yaptığı şey Ebû Hanîfe'nin (r.a) görüşüne göre geçerli olsa da, böyle bir durumda yüzü kirletme söz konusudur. Bu da kişinin kendisine eziyet etmesi demektir. Bu nedenle o kişi, sırtındaki elbisesini silker, onun tozu ile teyemmüm yapar.¹⁰¹

Bu örnekte ise teyemmüm abdestinin geçerli olabilmesi için bu abdestin temiz bir toprakla alınması gerektiğini görüyoruz. Ancak temiz bir toprak bulunamadığında teyemmüm abdestinin geçerli olabilmesi için Şâri'in maksadına aykırı olmayan bir çözüm getirilmiştir.

Nitekim yolcu olan bir kimse yağmurlu havadan sonra ne su ne de kuru bir toprak bulabiliyor, diğer yandan elbisesinde de toz bulunmuyorsa, böyle bir durumda namaz vakti de geçmek üzereyse bu kimsenin ne yapması gerekir? Öncelikle elbisesine

⁹⁹ Ebû Bekr Şemsüleimme Muhammed b. Ahmed b. Sehl Serahsî, 483/1090, *el-Mebsût*, C. I, Kahire: Matbaatü's-Saade, 1324-1331, s. 205.

¹⁰⁰ Serahsî, a.g.e., C. I, s. 207.

¹⁰¹ Serahsî, a.g.e., C. I, s. 209.

veya eşyasına bir miktar çamur sürerek kurummasını sağlar ve bu kuruyan çamurla teyemmüm yapar. Fakat namaz vakti geçmek üzeredir; elbiseye sürülen çamur bu sürede kurumazsa, Ebû Hanife ve İmam Muhammed'e göre çamurla teyemmüm etmesi caiz olur. Ebû Yusuf burada imâmeyne muhalefet ederek şöyle söylemiştir.¹⁰²

Ebû Yusuf (r.a), "O kimse namazını kılar sonra, ancak su bulduğunda yeniden kılması gerekir." demiştir. Bunun açıklaması şu şekildedir: Bir Müslümanın namaz kılmadan, namaz kılanlara benzemeden bir namaz vaktini geçirmesi doğru değildir. En azından elinden geldiği kadar namaz kılanlara benzemesi gerekir. Tanyeri ağardıktan sonra sahur yapmış kimseye oruç tutanlara benzemek için gün boyunca yemeden içmeden kendini tutması gerektiği gibi abdestsiz namaz kılmak da günahdır. Allah'a (c.c) iman edip itaat edenlere, günah işlemek suretiyle benzetilmez. Tanyeri ağardıktan sonra sahur yapanın yememesi ve içmemesi ise böyle değildir. O günah sayılmaz.¹⁰³

Eşek ve katır artığından başka su bulamayan kimse; onunla abdest alır ve peşinden de teyemmüm eder. Önce teyemmüm yapmış olsa da yine geçerlidir. Ancak İmam Züfer'in görüşüne göre bu geçerli olmaz. Çünkü yanında kullanılması emredilen şey bulundukça teyemmüm yapılamaz. İhtiyat ise sıraya uymakla değil, ikisini birden yapmakla olur. Sıraya uymadığı için de yeniden yapması gerekmez. Bu durumda en uygun olanı öncelikle abdest almasıdır.¹⁰⁴ Burada ise abdestin geçerli olabilmesi için öncelikle su bulursa abdest alması, eğer su bulamazsa da teyemmüm abdesti alması gerektiğini anlıyoruz. Buradaki şekilcilik, bir ibadetin geçerli olabilmesi için geçerli olan şekilciliğidir.

Ebû Hanife ile İmam Muhammed'e göre, bir kimse toprakla teyemmüm yapabildiği halde elbisesinin veya keçesinin tozunu silker ve bu tozla teyemmüm yaparsa bu abdest geçerlidir. Ebû Yusuf'a göre ise, kişinin toprakla teyemmüm yapmaya gücü yetmezse geçerli olur. Ebû Yusuf'un görüşünün açıklaması şu şekildedir: Toz, halis toprak değildir. Hâlbuki halis, temiz toprakla teyemmüm yapılması emredilmiştir. Eğer kişinin gücü yetiyorsa teyemmüm ancak temiz toprakla yapılması gerekir. Gücü yetmiyorsa o zaman tozla caiz olur. Bu durum rükû ve

¹⁰² Yıldırım, a.g.e., C. I, s. 70.

¹⁰³ Serahsî, a.g.e., C. I, s. 209.

¹⁰⁴ Serahsî, a.g.e., C. I, s. 209-210.

secdeden aciz olan kimsenin, îma ile namazını kılması gibidir.¹⁰⁵ Nasıl ki rükû ve secdeyi yerine getiremeyen kimsenin îma ile namaz kılmasına müsaade edilmişse, aynı şekilde kişinin abdest almaya gücü yetmiyorsa bu durumda da temiz bir toprakla teyemmüm yapmasına ruhsat tanınmıştır.

Ebû Hanife ve İmam Muhammed, bu konuda Hz Ömer (r.a) hadisini delil göstermişlerdir. Buna göre Hz Ömer (r.a), arkadaşlarıyla birlikte bir yolculuk yapıyordu. Kuyuya baktılar ve suyun olmadığını gördüler. Hz Ömer (r.a) onlara keçe ve eğerlerine vurarak tozlarıyla teyemmüm etmelerini söyledi. Çünkü toz, toprak demektir. Eğer bir kimse elbisesine bu şekilde vurursa yanındaki arkadaş topaktan rahatsız olur. Çünkü o incedir. Sert toprakla teyemmüm, her durumda caiz olduğu gibi, aynı şekilde ince toprakla da caizdir.¹⁰⁶

Hanefiler'e göre, teyemmümle namazı kıldıktan sonra suyun bulunması durumunda teyemmüm abdesti bozulmuş olur. Namazını eğer bu durumda tamamlarsa temiz olmaksızın tamamlamış olur. Bu ise caiz değildir. Namazın hürmeti (namaz dışı işleri yasaklaması), namaz devam ettiği sürece suyu kullanmaktan alıkoyar. Bahsedilen bu durumda ise namazın hürmeti kalmaz. Çünkü teyemmüm kirliliği ortadan kaldırmaz. Nasıl ki özür kanı gören kadın hakkında vaktin çıkması onun namaza devam etmesine engel bir durum ise, suyun bulunmasıyla da kişi, namaza başlamasından önce var olan abdestsizlik haline geri döner.¹⁰⁷

Abdest temizliktir, teyemmüm ise temizlik olmadığı halde şekli olarak temizlik hükmünde kabul edilmiş olur. Bu da bir nevi şekilciliktir. Teyemmümün su bulunduğu bozulması da bunun kanıtıdır.

1.3. Mest Üzerine Mesh Konusunda Şekilcilik

Meshin sınırı konusunda fukaha ihtilâf etmiştir. İmam Mâlik ve İmam Şâfiî'ye göre "Vacib olan, mestlerin yüzünü mesh etmektir, altını mesh etmek ise sünnet" demişlerdir. İmam Mâlik'in tabilerinden İbn Nâfi'ye göre ise, "Mestlerin hem yüzünü, hem altını mesh etmek vaciptir." İmam Ebû Hanife, İmam Dâvûd, Süfyan Sevrî ve bir

¹⁰⁵ a.g.e., s. 199.

¹⁰⁶ a.yer.

¹⁰⁷ Serahsî, a.g.e., C. I, s. 200.

kısım fukaha ise, mestlerin üstünü mesh etmeyi vacip kabul etmiş ancak altını mesh etmeyi müstehap kabul etmemiştir.¹⁰⁸

Burada mestlerin üzerinin mesh edilmesinde de şekilcilik ön plana çıkmaktadır. Mantikî olarak abdest bir temizlik ise ve mest üzerine mesh vermek de abdestte ayakların yıkanması yerine geçen bir fiil ise en fazla kirlenen kısım olan mestlerin altının mesh edilmesi gerekecektir. Ancak bu konudaki hadis, mestlerin altını değil üstünü mesh etmemiz gerektiği yönündedir. Burada mest üzerine meshin geçerli olabilmesi için mestlerin altının mesh edilmemesi bir şekilciliktir.

Bu konudaki rivayetlerin çelişmesi meshi yıkamanın yerine tercih etmeleri sebebiyledir. Çünkü bu meselede, çelişen iki rivayet bulunmaktadır. Bunlardan ilki Muğire b. Şu'be'nin hadisi diğeri de Hz. Ali'nin rivayet etmiş olduğu hadistir. İlk hadiste; Peygamber (s.a.s) Efendimiz'in mestinin hem yüzünü, hem altını mesh ettiğini söylenmektedir.¹⁰⁹ Diğeri de Hz. Ali (r.a.)'nin “Eğer din akılla olsaydı mestlerin altını mesh etmek, yüzünü mesh etmekten akla daha uyardı. Fakat ben Rasûlullah'ı -mestinin yüzünü mesh eder- gördüm” hadisidir.¹¹⁰

Bu iki hadisten birini tercih edenlerden bazıları Hz. Ali (r.a.)'nin, bazıları da Muğire'nin rivayetine göre amel etmişlerdir. İlk hadisi tercih edenler, ayakları mesh etmeyi yıkamaya kıyas etmişlerdir. Hz. Ali (r.a.) 'nin rivayetine göre amel edenler ise, mesh ile yıkama arasında bir benzerlik kuramadıkları ya da Hz. Ali (r.a.)'nin rivayetini daha sağlam buldukları için onun görüşünü kabul etmişlerdir.

1.4. Kiblenin Tayininde Şekilcilik

Teharrî; bir hükmün gereğini yerine getirirken, onunla bir meselede kesin bilgiye sahip olunamadığında çeşitli araştırmalar yaparak zan derecesinde de olsa bir görüş ortaya çıkarma gayretidir. Bu konudaki en bilinen mesele kibledir. Kiblenin ne taraf olduğunu bilmeyen ancak namaz kılmayı isteyen bir kimse, fakihlerin büyük kısmına göre kendi araştırması sonucu bulduğu yöne doğru namaz kılar. Bu kişi için kible

¹⁰⁸ Ebû'l-Velid Muhammed b. Ahmed b. Muhammed Kurtubi İbn Rüşd, 595/1198, *Bidâyetü'l Müçtehid ve Nihâyetü'l-Muktesid: Mezhepler Arası Mukayeseli İslam Hukuku*, C. I, red. Vecdi Akyüz, trc. Ahmed Meylani, İstanbul: Beyan Yayınları, 1991, s. 171.

¹⁰⁹ Ebû Dâvûd, “Taharet”, 1/63; Tirmizî, “Taharet”, 2/72 ; İbn Mâce, “Taharet” 1/85.

¹¹⁰ İbn Ebî Şeybe, “Musannef”, 1/181; Dârimî, 1/181; Ebû Dâvûd, “Taharet”, 1/63; Dârakutnî, 1/199; Beyhâkî, 1/292.

araştırması sonucunda bulduğu yöndür. Bu durumda namazı sahih olur. Fıkıhta buna teharrî denilir.¹¹¹

Yukarıdaki paragrafta kibleyi başkasından öğrenme imkânı olmayan kimselerin teharrî yapabileceğini söyledik. Bu kimseler bilgi ve tecrübeleri ışığında araştırır ve kible olduğuna inandığı tarafa yönelerek namazlarını kılarlar. Onun için kible, doğruluğuna inandığı yöndür.

Âmir b. Rebia (r.a.) babasından şu şekilde rivayette bulunmuştur: Bir yolculuk sırasında kiblenin hangi taraf olduğunu bilmeden hepimiz farklı bir tarafa yönelerek namaz kıldık. Sabah olunca bu olayı Rasullah(sav)’e anlattık. Bunun üzerine “Siz ne tarafa yönelirseniz Allah’ın rızası oradadır.”¹¹² ayeti nazil oldu.¹¹³ Bu ayet onların teharrîlerinin onaylanmış olduğunu göstermektedir. Ayrıca Peygamber Efendimiz’in bu kimselerin namazlarını tekrar kılmalarını istediğine dair bir delil de yoktur. Hanefî fıkıh kaynaklarında da Hz. Ali (r.a.)’nin “Teharrî yapan kimsenin kiblesi (kible olduğuna kanaat getirip) yöneldiği yöndür” dediği aktarılmaktadır.¹¹⁴

Burada namaz ibadetinin şartı olan kibleye yönelerek namaz kılma şartı şeklen yerine getirilmiştir. Teharrî yapmadan namaz kılan kişinin kibleyi tuttursa bile namazı geçerli olmaz.

Teharrî yapan bir kimsenin namazını kible olduğunu düşündüğü yöne doğru kılması gerekir. Eğer farklı bir tarafa yönelerek namaz kılsa bu kişinin namazı geçersiz olur. Çünkü bu kişinin kiblesi teharrî sonucu ulaştığı yöndür. Teharrî sonucu ulaşmış olduğu yönden farklı bir tarafa yönelerek namaz kılsa, namazın istikbâl-i kible farzı eksik kalır ve namazı geçersizdir. Bu nedenle namazını tekrar kılması gerekir. Ancak Ebû Yusuf kıldığı tarafın kible olduğunun ortaya çıkmasıyla, maksadın gerçekleşmesini göz önünde bulundurarak namazın geçerli sayılacağını söylemiştir.¹¹⁵

¹¹¹ Savaş Kocabaş, “İslam Hukuku’nda Mükellefin İhtihadı (Teharri) ve Bunun İbadet Alanındaki Uygulaması”, *Konya, İ.H.A.D.*, S. 23 (2014), s. 299.

¹¹² el-Bakara, 2/115.

¹¹³ Tirmizî, “Ebvabu’s-Salât”, 345; Dârekutnî, “Salât”, 1065.

¹¹⁴ Kocabaş, a.g.m., s. 309.

¹¹⁵ Kocabaş, a.g.m., s. 310-311.

1.5. Lâhik İle Mesbûkun Durumunda Şekilcilik

Lâhik, namaza imam ile birlikte başladığı halde kendisinde daha sonra ortaya çıkan uyku, gaflet veya abdest bozulması gibi bir durum nedeniyle namazın hepsini ya da bir kısmını imam ile birlikte kılamayan kimseye denilir. Bu kişi kaçırdığı rekâtları, sonradan kendi başına, fakat imam arkasındaymış gibi (okumadan) kılar.¹¹⁶ Burada şeklen sanki tek başına namaz kılan kimse gibidir, ancak cemaatle namaz kılan kimse gibi namazını kılar bu yönüyle şekilciliğe girer. Çünkü bu kişi cemaatle namaz kılma şartını şeklen yerine getirmiştir.

Lâhik, davranışları açısından muktedî gibi sayılır. Nasıl ki Muktedî, imamın arkasında Kur'an okuyamaz, Lâhik de imamdan ayrıldıktan sonra kaçırmış olduğu rekâtları kılarken Kur'an okuyamaz, tamamen onun gibi davranır ve tek kaldığında kılması gereken rekâtlardaki hatalarından dolayı da ona sehiv secdesi gerekmez.¹¹⁷

Mesbûk, imama namazın başında yetişemeyip daha sonradan uyan kişiye denilir. Kaçırdığı kısmı yalnız kılıyormuş gibi tek başına okuyarak tamamlar.¹¹⁸ Mesbûk, kaçırdığı rekâtları kılmaya başladıktan sonra, artık tek başına namaz kılıyor gibidir. Bu durumda kıraatın tüm gerekliliklerini yerine getirmek zorundadır. Çünkü bu kişi namazın başına, dolayısıyla da kıraata yetişememiştir. Mesbûk'un yapması gereken şey kıraatı kaza etmektir. Eğer kıraatı yerine getirmezse namazı fasit olur.¹¹⁹ Burada mesbûk, cemaatle namaz kılma şartını şeklen yerine getirmekle birlikte, tek başına namaz kılan hükmündedir.

İmamı Azam Mesbûk'un Kurban bayramında öncelikle, imama uyup teşrik tekbirlerini getirmesini ve ardından da ayağa kalkıp namazının geri kalan rekâtlarını tamamlaması gerektiğini savunur. Ancak İmâm-ı Âzam'ın görüşüne bakacak olursak, namazı yalnız başına kılan bir kimsenin teşrik tekbirlerini getirme zorunluluğu yoktur. Bu örnekte Mesbûk, yalnız başına kılan gibi değildir. Sanki imama sonradan uyan muktedî gibidir.¹²⁰

¹¹⁶ Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 3. b., İstanbul: Ensar Neşriyat, 2010, s. 324.

¹¹⁷ Ömer Nasuhi Bilmen, *Büyük İslam İlmihali*, sad. Ali Fikri Yavuz, İstanbul: İstanbul Belediyesi Kültür Yayınları, s. 178.

¹¹⁸ Erdoğan, a.g.e., s. 365.

¹¹⁹ Hamdi Döndüren, *Delilleriyle İslam İlmihali*, İstanbul: Erkam Yayınları, 2008. s. 440.

¹²⁰ Bilmen, a.g.e., s. 180.

Mesbûk olan bir kişinin aynı zamanda Lâhik de olması mümkündür. Açıklayacak olursak: İmama namaz başladıktan sonra namaza dâhil olan bir kişi, abdestin bozulmasına sebep olabilecek herhangi bir şey ile karşılaşır ve bundan dolayı da, namazının birkaç rekâtını imama uyup kılamasa bu durumda bu kişi hem mesbûk olur, hem de lâhik olur. Burada öncelikle kaçırdıkları rekâtları bir şey okumadan kazasını yapar, eğer mümkün ise, bundan sonraki kısımda imama tabi olur. İmama uymazdan evvel kaçırdığı rekâtları kıraatla kazasını yapar.¹²¹

2. KANUN KOYUCUNUN İRADESİNE UYGUN ŞEKİLCİLİK

Burada kanun koyucunun iradesine aykırı olmayan ibadet, muâmelât ve ukûbat alanında ortaya çıkan bazı problemlerin çözümüne yönelik olarak uygulanan çözüm yollarından bazılarını şekilcilik bağlamında ele alacağız. Buradaki şekilcilikte kanuna karşı hile kastı bulunmamaktadır.

2.1. İbadet Ve Muâmelât Alanında Şekilcilik

2.1.1. Oruçta Şekilcilik

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi ibadet alanı şekilciliğin en fazla olduğu alandır. Hatta ibadetteki şekilcilik olarak değerlendirilecek birçok husus, dinin bir emri olarak mükelleflerden istenmektedir. Ancak Şari'nin emretmediği halde, mükelleflerin yapması gereken veya akılla tam olarak anlaşılamayan bazı şekilcilik örneklerine de rastlamak mümkündür. Bunlardan bazılarını şu şekilde sıralayabiliriz:

Fukahanın bir kısmı, sabahleyin memleketine varacağını bilen bir yolcunun o gün için oruca niyetlenmesini müstehap olarak görse de bu durumdaki kişinin oruç tutması gerektiğini savunan olmamıştır. Ancak böyle durumdaki bir kişinin yolculuk vasfı kalktıktan sonra yiyip içmeye devam edip edemeyeceği ihtilaf konusu olmuştur. İmam Mâlik ve İmam Şâfiî aksini savunsalar da Ebû Hanîfe ve talebeleri, bu kişinin ramazana hürmeten oruçlu gibi davranması gerektiğini ifade etmektedirler.¹²² Aynı durum gün

¹²¹ Bilmen, a.g.e., s. 181.

¹²² İbn Rüşd, Ebû'l-Velid Muhammed b. Ahmed b. Muhammed Kurtubi, 595/1198, *Bidâyetü'l-Müctehid Nihâyetü'l-Muktasid*, C. II, Mısır: Mektebetu Mustafa, 1975/1395, s. 42-44.

içinde temizlenen hayızlı olan bir kadın, ergenlik çağına ulaşan çocuk, iman eden kâfir için de geçerlidir. Çünkü bu durumda olanların günün başında oruç tutma ruhsatları bulunmamaktadır.¹²³ Buna rağmen bu durumda olan kişiler şeklen de olsa oruçlu gibi davranırlar.

Gün içerisinde hayızlı olan bir kadın temizlenince, seferî kimse yolculuktan dönüp yaşadığı yere gidince, çocuk ergenlik çağına ulaşınca, kâfir olan bir kişi iman edince; günün kalan bölümünde oruçlu gibi davranır. Çocuğun ve kâfirin böyle bir günde oruç tutmaları vacip olmaz. Oruçlu olsalar bile onların bu oruçları sayılmaz. Çünkü onların başlangıçta oruç tutma ruhsatları bulunmamaktadır. Oruç, parçalara ayrılmaz. Fakat seferî olan bir kimse bu hükümden ayrı tutulur. Seferî olan bir kimse günün erken saatlerinde yaşadığı yere varır ve o zaman dilimi boyunca da oruca aykırı bir şey yapmazsa, niyet ederek orucunu tutar. Nedeni ise o kişinin günün başlangıcında oruç tutma ehliyetine sahip oluşu gelir.¹²⁴

Yukarıda sayılan kimselerin Ramazanda gündüzün oruç tutma ehliyetine sahip olmaları halinde günün geri kalan kısmında oruçlu gibi durmaları, başkalarının onları oruç tutmuyorlar diye itham etmemeleri içindir. Bu yönüyle şekilcilik ön plana çıkmaktadır.

Günün ortasında evine ulaşan yolcunun yeme içmeyi sürdürmesinin caiz olup olmadığı konusunda çeşitli ihtilâflar bulunmaktadır. Bu kişiyi, şek günü olmasından dolayı oruçla geçirmeyen ancak günün ortasında Ramazan olduğu bilgisine ulaşan kişiye kıyas etmektedirler. Bunu ona kıyas edenler, “Onun yemekten sakınması nasıl gerekiyorsa, bunun da evine vardıktan sonra oruçluymuş gibi davranması gerekir” diye söylemişlerdir. “Bu, ruhsata binaen bilerek oruç tutmamıştır. Ötekisi ise bilmeyerek tutmamıştır. Bunun için bu iki kimse arasında benzerlik yoktur” diyerek kıyası uygun görmeyenler: “Yeme içmeye devam edebilir” demişlerdir. Hanefiler ise, “Günün ortasında kişinin, Ramazan olduğunu öğrenmesi nasıl artık yemekten sakınmasını gerektiren bir sebep ise, günün ortasında yolcunun evine varması da yemekten sakınmasını gerektirir.” demişlerdir.¹²⁵

¹²³ İbn Rüşd, *Bidayetü'l-Müctehid ve Nihayetü'l-Muktesid*, C. II, s. 42-44.

¹²⁴ Abdullah B. Mahmud El- Mavsılî, *el-İhtiyâr Li Ta'lîli'l-Muhtâr*, trc. Mehmet Keskin, C. I, İstanbul: Çevik Matbaacılık, 2012, s. 275.

¹²⁵ Ebü'l-Velid Muhammed b. Ahmed b. Muhammed Kurtubi İbn Rüşd, 595/1198, *Bidâyetü'l-Müctehid Nihâyetü'l-Muktasid*, C. II, Mısır: Mektebetu Mustafa, 1975/1395, s. 42-43.

Bir adam fakir olmasına rağmen babasının oruç ve namaz borçlarına karşılık fidye vermek isterse: Fidyeye miktarını bir fakire verir sonra o adamdan kendisine hibe etmesini söyler, hibe olarak aldıktan sonra tekrar fakir olan adama geri verir. Bu şekilde fidye miktarı tamamlanana kadar devam eder. Bir adam Ramazanda oruç tutmayacağına dair üç talâk üzere yemin etse, yemininden kurtulabilmek için: Önce sefere çıkar ve seferde bulunduğu süre içerisinde oruç tutmaz.¹²⁶

2.1.2. Hacda Şekilcilik

Fıkıh kaynaklarında ağırlıklı olan görüşe göre, konuşabilen veya yazmayı bilen kişinin hukukî işlemlerde işareti kabul edilmemektedir. Ancak diyelim ki farklı bir yöntemle beyanını ifade etme imkânı elde edemeyen, dilsiz olan kişinin işareti, tüm hukukî işlemlerde kural olarak kendisini sözlü olarak ifade eden gibi kabul edilmiştir. Bu konu Mecelle’de. “ Dilsizin alışlagelmiş (ma’hûd) işareti lisan ile beyan gibidir.” denilmiştir.¹²⁷

İhrama giren bir kimsenin kalbiyle niyet etmesi yeterlidir. Çünkü kalben niyet etmekle de maksat yerine gelmiş olur. Ancak dil ile de: “ Allah’ım! Ben hacetmek istiyorum. Onu bana kolaylaştır ve benden kabul buyur.” şeklinde niyet etmesi de daha güzel olur. Ancak Ahras olan bir kimse niyet için dilini oynatır.¹²⁸

Dilsizin ihrama girişi: Dilsiz olan bir kimse abdest alsa ve ihramını giyse ve iki rekât namaz kılsa, sonra kalbiyle ihrama girmeye niyet etse ve dilini oynatsa ihrama girmiş sayılır. Dilsiz yapabileceği şeyi yerine getirmiştir. Ondan daha fazlası beklenmez. Nitekim dilsizin, namaza başlarken niyetle birlikte dilini oynatmasının geçerli olması da bunun bir gereğidir.¹²⁹

Hacda ihramdan çıkmak için tıraş olmak gerekir. Ancak herhangi bir özel durumundan dolayı başında saç bulunmuyorsa bu durumda usturayı başının üzerinde dolaştırması yeterlidir. Bu bazı fakihlere göre de vaciptir. İmam Muhammed’e göre

¹²⁶ Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile*, s. 409.

¹²⁷ Muharrem Önder, *Sükûtin Delâleti (Yasama Sükûtu)*, İstanbul: İlimyurdu Yayıncılık, 2013, s. 6.

¹²⁸ Mavsîlî, a.g.e., C. I, s. 293.

¹²⁹ Serahsî, a.g.e., C. IV, s. 350.

hastalık gibi bir sebepten dolayı yukarıda söylediğimiz işlemi gerçekleştirmesi mümkün olmayan kişinin bunu düşünmesi bile yeterlidir ve bu vaciptir.¹³⁰

Bir kimse kendisi adına hac yapılmasını vasiyet ederse bu haccın onun yaşadığı bölge/ ülke esas alınarak yapılması gerekir. Çünkü bu kişi bizzat hac yolculuğuna çıkacak olsaydı kendi ülkesinden hareket edecek ve hac hazırlıklarını kendi ülkesinde tamamlayacaktı. İşte bu durumda vasiyet edenin ölümünden sonra kendisi adına hacca gidilmesi için vasiyette bulunması da aynı amacı taşır. Yani vasiyet edilen kişi hac hazırlıklarını onun yaşadığı ülkeyi esas alarak tamamlamalıdır. Bu kimse ticaret yapmak amacıyla yolculuğa çıktığı halde yolda ölürse, onun adına yapılacak hac yine yaşadığı ülke esas alınarak yapılması gerekir. Fakat hacca gitmek amacıyla yola çıkmış ve ölmüşse bu durumda öldüğü yer esas alınarak onun adına tamamlanır.¹³¹

2.1.3. Zekâtta Şekilcilik

Bir adamın fakir birisinde alacağı vardır. Bu adam fakir kişideki bu alacağını zekâtının yerine saymak istediğinde buna nasıl bir çare bulmalıdır? Hanefi mezhebinin görüşüne göre, zekât vermekle mükellef olan kimse, malının zekâtını borç olarak bir başkasına veremez. Böyle bir durumda yapması gereken şey: Bu adam alacağı kadar olan malı fakir olan adama verir. Bu fakir olan kişi de adamın verdiği o malı alır ve tekrar borcun karşılığı olarak ona geri verir. Böyle yapması caizdir. İmam Muhammed bu konuda bunun bir başkasına zekât verilmesinden daha faziletli olduğunu bildirmiştir.¹³²

Yemin kefâreti bulunan bir adamın yanında yemin kefâretine yetecek kadar yiyeceği bulunuyorsa, kefâret olarak oruç tutması geçerli olmaz. Ancak buna rağmen o kişi on fakiri doyurmak yerine oruç tutmak istiyorsa bir çözüm (hile) olarak önce o yiyeceği tüketir sonra da yeminine kefâret karşılığı olarak oruç tutar. Bu yöntem İmâm Muhammed (r.a)’e göre caizdir.¹³³

Şekilciliğe bir başka örnek de zekât hususunda görülmektedir. Bilindiği gibi

¹³⁰ Celal Yıldırım, *Kaynaklarıyla İslam Fıkhı İbâdât Muâmelât Ferâiz*, C. II, 2. b., Ankara: Uysal Kitabevi, ts., s. 335.

¹³¹ Serahsî, a.g.e., C. XXVII, s. 240.

¹³² Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile*, s. 409.

¹³³ Fetâvâyi Hindiyîye (Fetâvâyi Alemgiriyîye), C. XIV, s. 284.

zekâtta temlik esastır ve temlik ancak yaşayan kişilere yapılabilir. Buna rağmen bir kişi zekât malından ölü birinin kefenini almak isterse, ölen kişinin ailesinden birisine o kadar meblağı tasadduk eder, o da ölen kimseye kefen alır. Bu şekilde kişi hem amacını gerçekleştirmiş olur hem de zekât borcunu ödemiş olur.¹³⁴

Bir kimsenin zekât borcu olduğu halde, ölen bir kimseyi o zekât malından kefenlemek isterse bu caiz olmaz. Kefenleme işleminin caiz olabilmesi için çare: Bu kimse, ölen kişinin ailesinden birisine o kefeni tasadduk eder; sonra da o kimse, onunla ölen kimseyi kefenler. Bu durumda mal sahibi olan kişiye sadaka sevabı vardır.¹³⁵

2.1.4. Nikâhta Şekilcilik

Şekilciliğin karşımıza çıktığı alanlardan biri de aile hukuku alanında karşımıza çıkmaktadır. Örneğin evlendiğini yakınlarının duymasını istemeyen kadının, nikâh hususunda evleneceği kişiye vekâlet verir ve adam kadının gıyabında nikâh kıyar. Eğer erkek, evlendiği kadının kim olduğunu şahitlere bildirmeyi istemezse, bu durumda, “Bana nikâh hususunda yetki veren kadını, şu kadar mehir ile kendime nikâhladığıma sizi şahit tutuyorum.” der ve böylece, o kadın ile -aralarında küfûv (denklik) varsa- nikâh akdi yapılmış olur.¹³⁶

Bir başka mesele de şöyle gerçekleşmiştir: “İkiz kız kardeşle nikâhlanan ikiz erkek kardeş, yanlışlıkla kardeşlerinin nikâhlısı olan kişiyle zifafa girmişler ve bu mesele sabahleyin ortaya çıktığında durumu Ebû Hanife’ye bildirmişler. Ebû Hanife de eşlerin birbirinden memnun olup olmadıklarını belirledikten sonra erkeklerden eski nikâhlılarını birer talâkla boşamalarını ve zifafa girmiş oldukları kadınlarla da nikâhlanmalarını söylemiştir.”¹³⁷

Bir başka örnek ise, Kûfe’de evlenmeyeceğine dair yemin eden kimse, çare olarak evlenecek olduğu kişiyi de yanına alarak seferilik miktarı bir mesafeye gitmeye niyetlenerek Kûfe’den uzaklaşır ve nikâh kıyarlar. Çünkü Kûfe’de yaşayan bir kimse,

¹³⁴ a.g.e., s. 286.

¹³⁵ a.g.e., s. 285-286.

¹³⁶ Fetâvâyi Hindiyye(Fetâvâyi Alemgiriyye), C. XIV, s. 292.

¹³⁷ Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile*, s. 109.

yolculuk amacıyla Kûfe'den çıkınca yolcu sayılır. Bu durumda namazlarını kısaltarak kılabilmesine göre, orada evlenmek de Kûfe'de evlenmek sayılmaz.¹³⁸

Bu örnekte görüldüğü gibi nikâhla ilgili bir problemin çözümünde meşrû bir hükmün uygulanması söz konusudur. Kanun koyucunun iradesine aykırı bir durum söz konusu değildir.

2.1.5. Talâkta Şekilcilik

Bir adam kardeşiyle konuşmayacağına dair üç talâk üzerine yemin etse kardeşiyle konuşabilmesi için, karısına karşı öncelikle bir talâk hakkını kullanır, kadının iddet süresini tamamlamasının ardından kardeşiyle konuşabilir ve yeniden karısıyla evlenebilir.¹³⁹ Buradaki çare, iddet bittikten sonra yeniden karısını boşama hakkı olamayacağı içindir.

Bir adam karısına; “şayet senin bana söyleyecek olduğun bir sözün aynısını ben sana söylemezsem, sen üç talâk ile boş ol” demesinin ardından karısı: “Sen üç talâk ile boş ol” demiş olsa bu konuda çare: Adam karısının söylemiş olduğu o sözü hikâye şekline dönüştürerek: “Sen bana üç talâk ile boşsun dedin” demesi şeklindedir. Böylelikle talâk gerçekleşmez. Çünkü adam karısının söylemiş olduğu sözü hikâye ederek söylemiştir.¹⁴⁰

Bir adam, karısını bâin talâk ile boşadığını inkâr ederse, bu durumda çare şu şekilde bulunabilir: Kadın kocasının bulunduğu eve girer ve kocaya: “Gerçekten sen, bu evde olan kadını nikâhladın.” denilir. Koca da: “Bu evde, benim için kadın yoktur.” der ve ona “Bu evde olan kadınlar senindir” denir. Bu durumda kadın, bâin talâk ile boşanmış olur. Adamın yemin etmesi durumunda kadın ona gösterilir ve böylece talâk ortaya çıkmış olur. Bir kimse, başkası ile konuşmamak üzere üç talâk ile yemin ederse çare şudur: Bu adam, karısını bir bâin talâk ile boşar. Kadın iddeti sona erene kadar adamı terk eder. Adam kadın ile konuşur ve sonra da kadını tekrar nikâhlar.¹⁴¹

¹³⁸ Serahsî, a.g.e., C. XXX, s. 301.

¹³⁹ a.g.e., s. 209.

¹⁴⁰ Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile*, s. 410.

¹⁴¹ Fetâvâyi Hindiyye(Fetâvâyi Alemgiriyye), C. XIV, s. 297-298.

Talâkın, ileride kıyılacak olan nikâha işaret etmesi de mümkündür. Mesela; bir kimse; “Eğer filanca kadınla evlenirsem o boş olsun” derse, sonra da onunla evlenirse kadın, boş olur.¹⁴²

Bir adam karısına, “eğer evimden çıkarsan üç talâkla boşsun” derse, bu sözünden dönmesinin yolu nedir?” Önce hanımını bir talâkla boşar. Kadın iddetini bitirdikten sonra evden çıkar. Sonra kadın eski kocası ile yeniden evlenir. Böylece eski boşamanın bir anlamı kalmaz. Üç boşama yerine bir boşamayla yemininden kurtulmuş olur.¹⁴³ Eğer yeminle ilgili olan konuya dikkat edilmezse o zaman aile hayatı sona erer. Ailenin tekrar birleşebilmesi için de meşru bir çare arayışına gidilmektedir.¹⁴⁴

Bir adam, karısına eğer beni kardeşine şikâyet edersen üç talâkla boş ol derse ve karısının kardeşi de yanında küçük bir çocukla oraya gelmiş olursa bu konuda çare şudur: kadın kardeşinin yanındaki çocuğu muhatap alarak kocam bana şöyle şöyle yaptı der. Ve böylece kardeşi de bunu duyar. Kadın boşanmaksızın kocasını kardeşine söylemiş olur.¹⁴⁵

Kızgınlık halinde verilen boşama kararı konusu, günümüzde özellikle de toplumumuzda çözüm için sıkça başvurulmuş konular arasında yer almaktadır. Dış iradeyi esas alan yaklaşımlar temel alınarak yapılan boşamaların hakim olduğu ve dönüşün olmayacağı ifade edildiğinde taraflar (eş ve yakınları), İslam hukukunun dini niteliğini ve dini boyutunu da esas alarak ya bu doğrultudaki görüşlere boyun eğmekte veya İslam'ın kesinlikle yasakladığı ve ruhuyla da asla bağdaşmadığı muvazaalı ve hileli-şekilci yöntemlere başvurarak böylece kendilerini Allah huzurunda sorumluluktan kurtarmış oldukları düşüncesine kapılmaktadırlar.¹⁴⁶

2.1.6. Muhâleada Şekilcilik

Sözlükte “elbiseyi çıkarmak, soyunmak; ayırmak” gibi anlamlara gelen hul', fıkıhta kadının belli bir bedel karşılığında kocasından ayrılmaya razı olmasıyla evlilik

¹⁴² Ekrem Doğanay, *İslâm'da Talak'ın Hükümü ve Hikmetleri*, İstanbul: Gonca Yayınları, ts., s. 12.

¹⁴³ Mustafa Baktır, “İslam Hukukunda Hile-i Şer'iyye”, *İslâmî Araştırmalar Dergisi*, S. 2 (1986), s. 84.

¹⁴⁴ Kâşif Hamdi Okur, “İslam Hukukunda Boşama Yemini (Talâka Yemin) Meselesi”, *Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C.VIII, S. 15 (2009), s. 22.

¹⁴⁵ Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile*, s. 411.

¹⁴⁶ Sabri Erturhan, “İslâm Hukuku Açısından Öfkeli Şahsın Talakı”, *Sivas, Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, S. 6 (2002), s. 13.

birliğinin sona ermesini ifade eder. Karşılıklı anlaşmaya dayalı olmasından dolayı bu işleme muhâlea adı verilmektedir.¹⁴⁷

İslam hukuku erkeğe tek taraflı olarak kadını boşama hakkı vermiştir. Özellikle eşler arasındaki anlaşmazlık hallerinde kadına da kocasıyla anlaşarak, kocaya bir bedel vermesi karşılığında evliliği bitirme hakkı sağlamıştır. Karı-koca her ikisi de evliliği sonlandırmayı diledikleri vakit, boşama akdini gerçekleştirirler. Ancak bu akit esnasında kocanın kullandığı sözlere göre bu boşanmalar bedele göre boşanma (talâk alâ ıvaz) veya muhâlea (hul') adı verilmektedir.¹⁴⁸ Allah(c.c.) Kur'an-ı Kerim'de: "Onlar sizin için bir elbise, siz de onlar için birer elbisesiniz." buyurarak ikisini birbirinden sorumlu tutmuştur.¹⁴⁹

"Ebû Hanife'ye bu konuyla ilgili şu şekilde bir mesele soruldu:

Bir adam karısına eğer bana hul' teklif edersen ve ben de senin bu teklifini kabul etmezsem üç talakla boş ol diye söyledi. Kadın da bu gecedan önce hul' teklif etmediği taktirde bütün kölelerinin azad ve mallarının sadaka olacağına dair yemin etti. Sonra Ebû Hanife'ye gelip olayı anlatırlar. Ebû Hanife kadına 'hul' iste' der ve kadın da, 'bana hul teklif etmeni istiyorum' der. Ebû Hanife bu defa kocaya dönerek: 'Sana 1000 dirhem karşılığında hul' teklif ediyorum' de, diye buyurur. Kocası da bunu yerine getirir. Bu defa Ebû Hanife kadına kabul etmemesini söyler ve kadın da kabul etmez. Bunun üzerine Ebû Hanife, 'Haydi kocanla beraber git. İkinizde yemininizi yerine getirdiniz.' buyurur".¹⁵⁰

Bir kadın kölelerinin azad edilmesine ve malının da sadaka olmasına dair bir yeminde bulunursa buna çare: Kölelerini ve malının tamamını güvenilir bir kişiye satar. O gün geçince de elinde bir şey kalmadığından, yemini bozulmuş olur ve kadına bir ceza gerekmez. Kadın daha sonra da bu satışından döner.¹⁵¹

¹⁴⁷ Fahrettin Atar, "Muhâlea", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (DİA)*, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı İslam Araştırmaları (İSAM), 2005, C.30, s. 399.

¹⁴⁸ Mehmet Ali Yargı, "Bedel Karşılığında Boşanma ve Muhâlea Uygulamaları: Suudi Arabistan'da Bir İnceleme", *İstanbul, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, S. 42 (2012), s. 141-172.

¹⁴⁹ Kur'an-ı Kerim'de şöyle buyrulmaktadır: "Onlar sizin için birer elbise, siz de onlar için birer elbisesiniz." el-Bakara, 2/187.

¹⁵⁰ Serahsî, a.g.e., C. XXX, s. 242.

¹⁵¹ Fetâvâyi Hindiyeye(Fetâvâyi Alemgiriyeye), C. XIV, s. 300.

2.1.7. Yeminde Şekilcilik

Bir kimsenin evine ayak basmayacağına ve oraya girmeyeceğine dair yemin eden kişi, ayağını evin zeminine basmadan, ayağında mest veya ayakkabı olduğu halde veya bir şeye binerek o eve girmiş olsa yemini bozulmaz. Eğer bu yemini ederken gerçek anlamda ayağını basmamaya niyet etmişse içeri girmekle yemin bozulur. Çünkü burada örfе göre kişinin bu sözünden amaç eve girmektir. Söz mutlak söylendiğinde bu şekilde yorumlanacaktır. Bu kişi ister yürüyerek ister binitli ister yalın ayak ister ayakkabıyla girsın, içeriye girmiş sayılır. Fakat yemin ederken ayak basmamaya niyet etmişse bu durumda sözünün gerçek anlamı için yemin etmiştir. Bir şeye binitli olarak veya ayağında ayakkabı varken girdiği zaman bu anlam gerçekleşmez.¹⁵²

Bir kimse; “karım düğüne gelmeyecektir” diye yemin eder de, bu kadın düğün başlamadan oraya gider ve düğün başlayıp tamamlanıncaya kadar orada kalırsa, bu kişinin yemini bozulmaz. Çünkü karısı düğüne gitmemiş, düğün onun karısına gelmiştir.¹⁵³

Bir adam, evini fakirlere kiraya vermeyeceğine dair yemin etmiş olsa ancak daha sonra evini kiraya vermesi gerekse bu konudaki çare: Adam öncelikle evini başka bir kimseye satar. Evi satmış olduğu adam da malın sahibini (satın aldığı) vekil olarak tayin eder. Evin sahibi de böylece evi kiraya verir. Sonra evini sattığı kimseden geri satın alarak bu yemininden kurtulmuş olur.¹⁵⁴

Şekil olarak burada meşru bir işlem bulunmaktadır. Adamın, evini kiraya vermeyeceğine dair etmiş olduğu yemininden dönebilmesi için evini bir başkasına satması, yeminden dönmede bir şekil olarak kabul edilir.

Bir kimse eşine; “eğer iznim olmadan babanın evine girersen sen boşsun” diyen birinin eşinin boş olmaması için çare şudur: Adam önce eşine, “şu eve her istediğinde girmene izin verdim” der ve böylece kadın her istediğinde oraya girebilir. Bu şekilde kocasının da yemini bozulmuş olmaz. Çünkü adam, eşinin babasının evine girmesini yeminden ayrı tutmuştur. İzin verirken “her istediğinde” deyince bu, tekrar yasaklama

¹⁵² Serahsî, a.g.e., s. 306-307.

¹⁵³ Mavsılî, a.g.e., C. III, s. 395.

¹⁵⁴ Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile*, s. 412.

bulunmadığı sürece birden çok girmeye izin verilmiş anlamına gelmektedir. Dolayısıyla bu durumda kadın babasının evine her girişinde eşinin izni ile girmiş sayılır.¹⁵⁵

Bir döşekte yatmayacağına dair yemin eden birisi şayet onun üstüne farklı bir döşek koyup uyursa, yemini bozulmuş sayılmaz. Fakat çarşaf koyup uyursa, yemini bozulmuş olur: Çünkü çarşaf ve nevresim döşeğe tâbi ve ona ait olan şeylerdir. Yerde oturmayacağına dair yemin eden bir kimse kendisini yerden ayıran bir şeyin üzerinde oturursa, yerin üzerinde oturmuş sayılmaz. Ancak kendi elbisesinin üzerine oturursa, yemini bozulmuş olur. Elbisesi her ne kadar onu yerden ayırsa da, elbisesi kendisine ait olduğundan, ayırıcı bir engel olarak kabul edilmez.¹⁵⁶

Bir kimse filanca bir kimsenin dokumuş olduğu bir kıyafeti giymeyeceğine dair yemin etse, o yemin ettiği kişi de yanına bir kimseyi alarak onunla birlikte elbiseyi dokusa ve yemin eden adam da bu elbiseyi giyse yeminini bozmuş sayılmaz.¹⁵⁷ Bu örneğimizde yeminden dönmek için yapılan işlem şekilcilikle ilgilidir.

Bir adam falan kişinin evine girmeyeceğine, eğer girerse bütün mallarının fakirlere sadaka olacağına dair yemin etmiş olsa, sonra da o yemin etmiş olduğu eve girmeyi istese ancak yeminini de bozmak istemese çare şu şekildedir: Önce tüm mallarını güvendiği bir kimseye tasadduk eder. Sonra yemin etmiş olduğu o eve girer. Böylelikle yemini bozulmuş olmaz. Bu adamın tasadduk ettiği o malları kendisine hibe olarak iade edilirse yemini bozulmuş olmaz. Bundan sonra girmeyeceğine dair yemin ettiği o eve girişlerinde de yemini bozulmamış olur.¹⁵⁸

Bu örnekte de kişinin yeminini bozmadan istediği şeyi gerçekleştirmek için yapmış olduğu tasadduk işlemi meşrudur. Ve bu işlemi gerçekleştirmesi onun yemininden dönmesine sebep olmaz. Sonuç olarak şunu söyleyebiliriz ki yeminden dönmek için ya da yeminden dönmeden amaçlanan hedefe ulaşmak için yapılan her türlü işlem şekilcilik bağlamındadır.

¹⁵⁵ Serahsî, a.g.e., C. XXX, s. 307.

¹⁵⁶ Mavsılî, a.g.e., C. II, s. 398.

¹⁵⁷ Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile*, s. 413.

¹⁵⁸ a.yer

2.1.8. Vakıflarda Şekilcilik

Bir kimsenin miras bırakacak kimsesi bulunmamaktadır. Ancak onun sürekli gelir getiren türden malları vardır ve onları bir kimseye ya da topluluğa bu yerlerin gelirlerini sahiplenmeleri karşılığında vakfetmek isterse çare: “Bu adam, “o yeri, filana, filana ve filana sahih bir vakıf ile vakf eylediğini” söyler. Adam vakfın şartlarını da sıralar. Burada mevcut olan bir şeyin ikrar edilmesi yeterlidir. Eğer miras bırakacak kimsesi olan bir kişi, sahip olduğu tüm akarlarını vakfetmek isterse; yukarıda anlattığımız şekilde dile getirir ve elinde kalan diğer malları da açıklanan şekilde vakfeder. Bu noktada varislere bir şey gerekmez. Çünkü kendisine miras bırakılan kişi, miras bırakanı ölürken onun elinde olana mirasçısıdır.¹⁵⁹

Evinin gelirini sadaka olarak bırakmak isteyen bir kimse, onu yazıya geçirip bunun hâkim tarafından daha sonradan bozulmasından endişe duyarsa ona bir çare arar. Bulduğu çarenin hâkim tarafından iptal edilmemesini isterse: Bu kimse hayatta iken ve ölümünden sonra da evinin gelirini vakfeder ve bunu yazıda belirtir. Eğer bunu hâkim reddederse, o zaman ev satılarak elde edilen para fakirlere tasadduk edilir. Böylece güvenlik sağlanmış olur. Bu yapılan sadakaya “caiz değildir” diyen kimse yoktur.¹⁶⁰

Ebû Hanîfe’ye göre vakıf bağlayıcı olmaz. Evini, tarlasını vakfetmeyi dileyen bir kimse için çare: Bunları hayatının sonuna kadar vakfettiğini söyler, ölümünden sonrası için vasiyette bulunur. Bu vasiyeti malının 1/3’ü için geçerlidir.¹⁶¹

Vakıflarda vakfedilen bir malın gelirinin daha sonradan bozulmasından endişe duyulması halinde, vakfın yazıya geçirilerek vasiyette bulunulması vakıftan dönülmemesi adına bir çeşit şekildir.

2.1.9. Şirketlerde Şekilcilik

Birisinin 1000 dirhemi, diğerinin 2000 dirhemi olan iki kişi, kâr ve zararı yarı yarıya paylaşmak isterlerse buna çare olarak: 2000 dirhemi olan kişi, 500 dirhemini diğerine ödünç olarak verir. Böylece sermayeleri ortak ve eşit olmuş olur. Ve bu durumda kârına da eşit şekilde ortak olurlar. Benzer şekilde sermaye ortaklığı yapmak

¹⁵⁹ Fetâvâyi Hindîyye(Fetâvâyi Alemgiriyye), C. XIV, s. 315.

¹⁶⁰ a.yer

¹⁶¹ Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile*, s. 414.

isteyen iki kişiden birinin sermayesi yoksa diğeri sahip olduğı sermayenin bir kısmını ortak olmak istediğı kişiye borç vererek bu engeli aşmış olur.

İki ortaktan birisi, diğeri ortağın olmadığı bir zamanda ortaklığı bozmayı dilerse bu durum caiz olmaz. Buna çare olarak: Hazırda bulunan ortak, olmayana ortaklığı bozması için, mektup yollar ya da adam gönderir. Veya ortaklığı bitirmek için birisini vekil tâyin eder.¹⁶²

İki adam olduğunu varsayalım. Bunlardan birisinin 5000 dirhem değerinde diğeri de 1000 dirhem değerinde bir malı bulunmaktadır. Sahip olmuş oldukları bu malları ile bir şirket kurmayı istemektedirler. Ancak ayn ile ortaklık caiz olmaz. Bunun için başvurulacak çare şu şekildedir: 5000 dirhem değerinde mala sahip olan bu kişi malının 1/6'sıyla arkadaşının malının 5/6'sını satın alır. Bu durumda her ikisi sermayeleri oranınca ortak olmuş olurlar. 1000 dirhem değerinde malı olan bütün malın 1/6'sına diğeri de 5/6'sına sahip olur.¹⁶³

Şirketin kurulmasının ardından iki maldan herhangi birisi zayı olduğu zaman, zarara uğrayan mal kiminse zararı onun gidermesi gerekir. Diğeri kişinin tazmin sorumluluğı bulunmaz. Ancak bunlar kurmuş oldukları bu ortaklıkta birisinin malına zarar geldiğinde diğeri de tazmin sorumluluğunun olması için çare: “Dirhemleri olan kimse dinarları olan kimseden dirhemlerinin yarısı karşılığında dinarların yarısını satın alır ve bu aldıklarını birbirlerine verirler. Bu şekilde bir ortaklık kurarlar.”¹⁶⁴

Sonuç olarak kurulacak olan şirketlerde helak olan malın tazmini noktasında birinin malı telef olduğunda diğeri malının da telef olmuş gibi sayılabilmesi için başvuru çareleri ve sermayelerin eşit olmaması durumunda başvuru çareleri şekilcilik kapsamındadır. Sermayelerin eşit olmaması durumundaki çarede şeklen eşitmiş gibi bir çözüme kavuşturulması şekilciliğidir.

¹⁶² Fetâvâyi Hindiyî (Fetâvâyi Alemgiriyye), C. XIV, s. 318-319.

¹⁶³ Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile*, s. 414-415.

¹⁶⁴ a.g.e., s. 414.

2.1.10. Mudârebede Şekilcilik

Mudârebe, bir tarafın sermaye koyması ve diğer tarafın emeğiyle kurulan, kârın aralarında eşit paylaşımına dayanan ortaklıktır.¹⁶⁵ Sermaye, çalışan kişilerin yanında emanet sayılır. Bu nedenle ayıbı bulunmayan bir mal telef olursa o malın değerini ödemezler.¹⁶⁶

Bir kimse mudarebeyle malını başkasına vermeyi ister. Fakat malı mülkiyeti altında tutan kişi mudarebe yaptığı kişinin zarar edip malının zarar görmesi durumunda malının değerini de ödemesini ister. Malını koruyabilmesi için buna uyan bir çözüm var mıdır? Bu durumda mülkiyeti elinde bulunduran kişi şunu yapar, mülkiyetinin küçük bir miktarını geride tutar ve mülkiyetinin çoğunu diğer kişiye karz-ı hasen olarak verir. Sonra da karz-ı hasen olarak verdiğini geride kalan mülkiyeti ile birleştirir. Elde etmiş oldukları bu kârı da yarı yarıya ya da aralarında uyabilecekleri şartlara göre bölüşmek şeklinde bir ortaklık kurarlar. Bu yapılan ortaklık caizdir.¹⁶⁷ Bu durumda karşıdaki kişi sermayeyi telef ettiğinde veya harcadığında ödemek zorundadır.

Bir kimse, emek sahibine (mudaribe) mudârebe (emek-sermaye ortaklığı) usulüyle para vererek bu kişinin elinde bulunan malın ya da paranın sorumluluğunu almasını dilese, bu amaçla uygulanması gereken çare şu şekildedir: Sermaye sahibi malının bir dirhemini dışında tutarak emek sahibine borç (karz-ı hasen) olarak verir. Sonra da dışarıda bırakmış olduğu bir dirhemle borç vermiş olduğu parada onu çalıştırır. Şu oranlarda aralarında ortaklık kurarlar. Kurulan bu ortaklık ise geçerlidir. Çünkü borç almış olan kişi borç aldığı malı teslim almakla onun sorumluluğunu da yüklenmiş olur. Ana para farklı olması onların aralarındaki ortaklığı etkilemez ve bu kurulan bu ortaklık geçerli kabul edilir. Kâra da aralarında anlaştıkları şekilde ortaklırlar. Ali (r.a.)'nin, “Kâr koşul koydukları şekilde, zarar ise ana paraları oranındadır” dediği rivayet edilmiştir. Ortakların ikisinin birden çalışması veya birinin çalışıp, diğerinin çalışmaması arasında herhangi bir fark bulunmaz. Çünkü kâr, anlaştıkları koşula göre aralarında ortaklıktır.¹⁶⁸

¹⁶⁵ Cengiz Kallek, “Mudârebe”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (DİA)*, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı İslam Araştırmaları Merkezi (İSAM), 2005, C. 30, s. 359.

¹⁶⁶ Ekrem Buğra Ekinci, “Eski Hukukumuzda Hile-i Şer’iyye’ye Dair”, *A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.X, S. 1 (2006), s. 11.

¹⁶⁷ Baktır, a.g.m., s. 86.

¹⁶⁸ Serahsî, a.g.e., C. XXX, s. 313.

Mudârebe ortaklığında sermaye sahibi, emek sahibinin elindeki mal ya da parada sorumluluğunun bulunmasını dilediğinde başvurmuş olduğu çareler bir şekildir.

2.1.11. Alış Verişlerde Şekilcilik

Bir kimse birisinden, 1000 dirheme bir evi satın alması hususunda onu vekil tayin etse ve ona 1100 dirheme satın alabileceğini bildirirse, fakat vekil olan kişi evi 1100 dirheme satın alması halinde vekil tayin eden kişinin almamasından endişe duyarsa çare şu şekildedir: evi üç gün muhayyer olmak şartıyla satın alarak, o evi teslim alır. Daha sonra vekil tayin eden kişi gelerek o evi 1100 dirheme satın aldığını, vekil de 1100 dirheme evin ona ait olduğunu söyler.¹⁶⁹

Bir adam 1000 dirhem ya da dinara altın bir kap satın almak istemektedir. Ancak bu adamın yanında bu paranın yarısı bulunmaktadır. Adamın bu kabı satın alması nesîe ribâsı olacağı için bu caiz değildir. Bu duruma düşmemek için çare olarak şu şekilde bir uygulama yapmaları mümkündür: 500'ü peşin olarak satıcıya verir. Sonra da onu borç olarak geri alır ve tekrar mal sahibine öder.¹⁷⁰

Bu durumda satın almak istediği altın kabın değerini temin etmiş olur. Faize düşmemek için ortaya koymuş olduğu çare, bir şekildir.

Bir adam bir kimseye malını vadeli bir şekilde satmıştır. Satmış olduğu malının parasını almadan önce, onu daha düşük bir fiyat üzerinden peşin olarak geri satın alması caiz değildir. Bu konudaki çare: Eğer müşteri o malda, malın değerini düşürecek bir tasarrufta bulunursa onu sattığı fiyattan daha düşük bir fiyata satın alması caiz olur.¹⁷¹

Burada mal sahibinin vadeli olarak satmış olduğu malını daha düşük bir fiyat üzerinden peşin olarak geri satın alabilmesi için başvurmuş olduğu çare şekil olarak meşrudur.

¹⁶⁹ a.g.e., s. 311.

¹⁷⁰ Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile*, s. 416;

¹⁷¹ a.g.e., s. 415.

2.1.12. Muhayyerlikde Şekilcilik

Muhayyerliklerde, kusur muhayyerliğini geçersiz kılan veya düşüren haller bazen müşterinin açık bir şekilde kusuru kabullenmesiyle: “Bu kusura razıyım ya da yapılan alış-verişi kabul ediyorum” gibi sözleriyle geçerli olur. Bazen de dolaylı yoldan olur ki: “Satın aldığı bir kumaşı boyaması, buğdayı işlemesi, satın aldığı araziye ev yapması, satın aldığı bir eşyayı satması, hibe etmesi, rehin olarak vermesi, mebîyi çeşitli şekillerde kullanması ki elbiseyi giyinmesi ve buna benzer şekiller.” Tüm bu tasarruflar kişinin rızasının olduğuna delildir.¹⁷²

Âma olan bir kimsenin de görme muhayyerliği bulunmaktadır. Eğer satın aldığı şeyi dokunmakla, koklamakla ve tatmakla onun bilinen mallardaki dokunması, tatması, koklaması şayet bunlar biliniyorsa âmânın muhayyerlik hakkı düşer.¹⁷³

Buradaki hileler de meşrû olan hîle kapsamına girmektedir. Muhayyerliklerin geçerli olabilmesi için başvurulacak çarelerin hepsi birer şekildir.

2.1.13. Hibede Şekilcilik

Hamile bir kadın, kocasının ölmek üzere olması durumunda kadın kocasına, “ölürsen, mehrimi sana bağışlamayı; yaşarsan mehrimi ödemeni istiyorum” derse, buna karşı çare: Mehrine denk, değeri çok düşük olan bir şeyi bakıp incelemeden satın alır. Kadının ölmesi durumunda kocası bu mehir mükellefiyetinden kurtulmuş olur. Eğer kadın nifas halindeyken bundan kurtulmuş ise, bu durumda görme muhayyerliği ile o satın aldığı şeyi kocasına geri verir ve böylece kocasının mehir borcu ona geri döner.¹⁷⁴

Başkasının üzerinde alacağı olup da yolculuğa çıkmak isteyen bir kimse de bu şekilde yapar. Eğer geri dönmezse, borçlu borcundan kurtulmuş olacak; eğer dönerse, alacağını borçlu olan kimseden alacaktır. Bu şekilde yapmayı dileyince buna çare: Alacaklı olan kişi borçludan bir şey satın alarak, onu güvenilir birisine teslim eder. Eğer

¹⁷² Vehbe Zuhayli, *Fıkıh Usûlü*, çev. Ahmet Efe, 2.b., C. II, İstanbul: Risale Yayınları, 2012, s. 304.

¹⁷³ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid (Mezhepler Arası Mukayeseli İslam Hukuku)*, trc. Ahmed Meylânî, C. III, 2. b., İstanbul: Ensar Neşriyat, 2015, s. 337; Zuhayli, a.g.e., C. II, s. 304-305.

¹⁷⁴ Fetâvâyi Hindîyye(Fetâvâyi Alemgiriyye, C. XIV, s. 325-326.

geri dönecek olursa onu görme muhayyerliği ile o şeyi iade eder. Ölürse şayet, o şey az bir kıymetle satılır ve borçlu olan kişi de borcundan kurtulmuş olur.¹⁷⁵

Bir adam karısına eğer bugün bana mehrini hibe etmezsen boşsun der ve bu kadın da kocasına mehri hibe edebilmek için babasından izin ister, babası da eğer mehrini kocana hibe edersen annen üç talakla boştur derse bu konudaki çare şudur: Kadın kocasından mehrinin karşılığında bir şeye sarılmış bir elbiseyi satın alır. O günden itibaren yeminin zamanı dolmuş olur. Kocanın mülkiyetinde mehri bulunmadığından dolayı yemini düşer ve koca hibenin terkedilmesiyle yeminini bozmuş olmaz. Daha sonra kadın satın alınan bu elbiseyi açar ve şart (veya görme) muhayyerliği ile onu geri verir. Mehri kocaya geri döner ve babası da annesini boşamamış olur. Çünkü o mehri hibe etmemiş, onunla kocasından bir elbise satın almıştır.¹⁷⁶

2.1.14. Borçta Şekilcilik

Bir kimsenin, kölesiyle bir yıl içerisinde 1000 dirhem getirmesi, şayet belirlenen süre içerisinde eğer belirlemiş oldukları o 1000 dirhemi getiremezse ikinci bir 1000 dirhem daha vermek şartıyla mükâtebe¹⁷⁷ yapması caiz değildir. Çünkü bu durum bir pazarlıkta iki pazarlık ve bir sözleşmede iki şarttır. Diğer taraftan ifade edecek olursak, sonucu belli olmayan bir şeye mal ödeme yükümlülüğü bağlamaktır. Çünkü kölenin belirlenen süre içerisinde belirlemiş oldukları o dirhemleri ödeyip ödeyemeyeceği henüz belli değildir. Böyle bir durumda yapılacak çare şudur: Sahibi, köle ile öncelikle 2000 dirheme mükâtebe yapar. Sonra da kölenin bir yıl içerisinde ödemesi koşuluyla onunla 1000 dirheme sulh yapar. Ve kölenin ödememesi durumunda aralarındaki sulhun geçersiz olacağını da söyler. Sonuç olarak yapılan akit, belirlenen fiyatta doğru ve geçerli olmuş olur. Aralarında sulh da caizdir. Çünkü sulh sözleşmesinde esneklik şarttır. Bu şekilde bir sulh, iki özgür insan arasında meydana gelmektedir.¹⁷⁸

¹⁷⁵ a.g.e., s. 325.

¹⁷⁶ a.g.e., s. 326.

¹⁷⁷ Mükâtebe: Efendisi ile kölesi arasında bir bedel üzerinden köleliğin sona erdirilmesi amacıyla yapılan akittir. Bu akit gereği üstlendiği bedeli ödediği anda köle hürriyetine kavuşur. Köle bu akdin gerçekleştiği andan itibaren tasarruf hürriyetine ve mal edinme hakkına sahip olur ve bu sayede kendi adına çalışır, kitâbet bedelini ödeyince de azad olur. Bu şekilde bir akid yapan köleye “mükâteb” bu anlaşılmaya “mükâtebe” veya “kitâbet”, üzerinde anlaşılan bedele de “kitâbet bedeli” denilir. (Serahsî, a.g.e., C. XXX, s. 292.)

¹⁷⁸ Serahsî, a.g.e., C. XXX, s. 291- 292.

Bir adamın başka bir kimsede malı bulunur ve o adam da onu başka bir kimseye havale etmeyi dilerse buna çare: Bu borcu olan kişi, malı havale etmeyi dilediği adama: “Şu köleni veya eşyani, filana sat. Onun bende bin dirhem alacağı vardır.” der ve o havale etmeyi düşündüğü kişi kölesini, o adamın alacaklısına satar; alacaklı da bu işlemi kabul ederse; borçlu olan kişinin borcu, alacaklı olan kimseye ödenmiş sayılır. Borçlu, bu durumda ikinci adama borçlanır. Borçlu, kölenin sahibine: “Köleni, benim üzerimde olan borca karşılık sat ve parasını benim borcuma mukabil ver.” demiş olur, bu ise caizdir. Borç kölenin sahibine dolaylı yoldan çevrilmiş olur.¹⁷⁹

Bir adam bir kimseden bir malı borç olarak alır sonra da ondan ödemesini ertelemesini isterse borçta (karz) erteleme caiz kabul edilmez. Bu konudaki çare şu şekildedir: Borç alan kimse mal sahibini bu malla beraber, ertelemek istediği zamana kadar başka bir kimseye havale eder. Böylece borç alınmış olan mal ertelenen vakte kadar kendisine havale edilenin üzerindedir. Bundan dolayı ne alacaklı olan kişi ne de onun varisleri ertelenmiş olan o vakte kadar, ne borçlu olan kimseden ne de kendisine havale edilen kimseden herhangi bir talepte bulunamazlar.¹⁸⁰

2.1.15. İcârede Şekilcilik

İcâre, bedel karşılığında karşı tarafa menfaat ifade eden bir akittir. İcâreyi satımdan ayıran özellik ise, akdin mahallinin menfaat olmasıdır. Çünkü satım akdinde akdin mahalli mebidir ve mebid mutlakla mali değeri olan ayn(muayyen mal)dır.¹⁸¹ Evini kiraya vermek isteyen birisi, kiracının anlaşılan zamandan önce evini boşaltmasından endişe duyarsa bu noktada çare şudur: Evin kira bedeli olarak ilk yıllarda yüksek, son yıllarda ise düşük bir rakam belirler. Böylece kişinin son yıllarda evi boşaltmasını zorlaştırmış olur.¹⁸²

¹⁷⁹ Fetâvâyi Hindiyîye(Fetâvâyi Alemgiriyye), C. XIV, s. 330.

¹⁸⁰ Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile*, s. 417.

¹⁸¹ Ali el-Hafîf, *İslam Hukukuna Göre Hukukî İşlemler ve Hükümleri (Eşya Hukuku ve Borçlar Hukuku)*, çev. Rahmi Yaran, 1. b., Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2011, s. 513.

¹⁸² Baktır, a.g.m., s. 85.

İmam Mâlik ve İmam Şafî bu konuda - ¹⁸³ kiracı olan kimsenin ev sahibine, “Senden bu evi, aylığı şu kadar dirhem olmak üzere kiraladım” demesi gibi - tarafların belirli bir süre belirtmeksizin sadece kiraya temel olacak olan zamanın en az miktarını belirlemeleri halinde İmam Şafî caiz olmadığını, İmam Mâlik ve tâbileri de bu işlemin caiz olduğunu belirtmişlerdir.

Bir adam bir hayvan kiralasa ve kiraya veren kişi de kira ücretiyle birlikte hayvanın yiyeceğini de kiralayan kişiye şart koşa bu caiz olmaz. Buna karşılık çare şudur: Mal sahibi olan kişi yiyeceğin masraflarını tespit ederek kira ücretine ekler. Kiralayan kişi de bu ücret karşılığında hayvanı kiralar. Sonra mal sahibi bu fazlalık olan ücreti hayvanın yiyeceğine harcamak için kiracıyı vekil tayin eder. Ancak kiracı infak konusunda tasdik olunmaz. Bundan dolayı en ihtiyatlı olan kiracının yiyecek masrafıyla ilgili ücreti peşinen mal sahibine vermesi, sonra da mal sahibinin aldığı bu parayı hayvanın yiyecek parasını karşılaması için kiracıya geri vermesidir.¹⁸⁴

2.1.16. Vekâlette Şekilcilik

Vekil olan bir kimse satması için sunulan cariyeyi, kendisi için satın alamaz. Eğer vekil o cariyeyi satın almak isterse, şu çareye başvurmalıdır: Vekil olan kişi, vekil edenden cariyenin satışı için her türlü yetkiyi kendisine vermesini ister. Vekil eden de; “cariyenin satışı konusunda ne yaparsan hepsi caizdir” der. Bu durumda vekil, cariyeyi satın alabilmek için kendisine başka birisini vekil tayin eder ve cariyeyi ondan satın alır. Bu şekilde yapması geçerlidir. Çünkü ikinci vekil, birinci vekilin vekili değil, cariyeye sahibinin vekili olmuş olur. Cariye vekil olan birinci kişiye, ne yaparsan caizdir, demiştir. Vekil atamak da onun tasarrufu altındaki şeylerdendir. Böyle olunca, ikinci vekili, cariyesini satması için, cariyeye sahibi vekil tayin etmiş gibi olur. Dolayısıyla bu durumda onun birinci vekile satması caizdir.¹⁸⁵

Bir kimse bir şehirden, o şehirde bulunmayan birine, bir mektup yazarak ona “Bana, şu vasıflarda bir şey satın al.” der ve o kendisinden istenilen şey, kendisine

¹⁸³ Ebü'l-Velid Muhammed b. Ahmed b. Muhammed Kurtubi İbn Rüşd, 520/1126, *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid (Mezhepler Arası Mukayeseli İslâm Hukuku)*, trc. Ahmed Meylânî, 2.b., C. III, İstanbul: Ensar Neşriyat, 2015, s. 147.

¹⁸⁴ Fetâvâyi Hindiyîye(Fetâvâyi Alemgiriyye), C. XIV, s. 339.

¹⁸⁵ Serahsî, a.g.e., C. XXX, s. 289-290.

mektup yazılan şahsın yanında bulunur ve arkadaşına onu satın almayı isterse buna çare: Kendisine mektup yazılan ve istenilen şey kendisinin yanında olan kişi o eşyayı güvendiği bir adama satar. Bu satış geçerlidir. Ve bu adam sattığı kişiden onu tekrar satın alır. Çünkü kendisinin, ona mektup yazana, o istenilen şeyi satması doğru değildir. Çünkü bir adam kendi sahip olduğu malına hem satıcı hem de alıcı olması mümkün değildir. (Yani bir malı kendi kendisine satması olmaz.) Fakat yukarıdaki gibi yaparsa bu caiz olur. Çünkü alım-satım işlemi iki kişinin arasında gerçekleşmiş olur.¹⁸⁶

Cariyenin satımıyla ilgili birinci vekile tüm yetkiyi vermek istemeyen cariyeye sahibi, bu durumda vekil olan kimsenin kendi adına satın almasının çaresi şudur: Cariyeyi öncelikle güvendiği bir kimseye satar. Daha sonra da satım sözleşmesini istekleri doğrultusunda kendi aralarında bozarlar (İkale). Bu durum sadece vekil olan kişi için geçerlidir. Ya da cariyeyi satın alan kişiden, almış olduğu fiyat üzerinden kendisine satmasını ister. Ya da sanki ona daha önce hiç satmamış gibi ondan satın alabilir. Güvenip satmış olduğu kişiye karşı fiyatı konusunda herhangi bir haksızlık yapmadığı sürece bundan dolayı günaha girmiş sayılmaz. Çünkü cariyenin sahibi olan kişi ona güvenmiştir.¹⁸⁷

2.1.17. Rehinde Şekilcilik

Hanefî mezhebine göre rehin edilen mal şayi hisseli olmamalıdır. Çünkü şayi hisseli bir malın rehin edilmesi caiz değildir. Hisseli bir mala tamamen sahip olmak mümkün olmadığı için bu durumdaki bir malın rehin akdine konu olması söz konusu değildir. Şayi hisseli bir malın rehin olarak verilebilmesi için çare ise: Muhayyerlik şartı sabit kalmak koşuluyla malın yarısını satıp diğer yarısını rehin vererek bey akdini feshetmektir.¹⁸⁸

Rehin maldan rehin alan kişinin yararlanabilmesi -mesela arazi ise ekebilmesi, ev ise oturabilmesi- için çare: malı rehin olarak aldıktan sonra teslim alır. Daha sonra da rehin alan kimse, o yeri rehin vermiş olan kimseden âriyet olarak almayı diler. Rehin veren kimse, bu duruma razı olursa, aynı zamanda da âriyet olarak verirse, âriyet almış olan kimsenin o maldan yararlanması helaldir. Ariyet ile rehin hakkı ortadan kalkmaz.

¹⁸⁶ Fetâvâyi Hindîyye(Fetâvâyi Alemgiriyye), C. XIV, s. 346-347.

¹⁸⁷ Serahsî, a.g.e., C. XXX, s. 290.

¹⁸⁸ Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile*, s. 419.

Fakat mürtehin olan kişiye yarar sağlar. Hatta alınan mal telef olsa dahi, borç düşmez. Faydalanma sona erince yeniden rehine döner.¹⁸⁹

2.1.18. Gaspta Şekilcilik

Gasp sözlükte; bir şey ister mal özelliği taşıyın ya da taşımasını, bir malı bir başkasının elinden zorla almaktır. Terim olarak ise hükmen yanında bulunan emaneti inkâr ederek, hak olanı terk edip bâtıl olanı sabit kılması anlamındadır.¹⁹⁰

Gâsıp, gasp ettiği malın kıymetini malın sahibine getirir de, sahibi bunu kabul etmezse; bu durumda hâkim onu kabul etmesi için zorlar. Gâsıp, malın kıymetini sahibinin kucağına veya eteğine bırakırsa, bu sorumluluktan kurtulur. Ama önüne bırakırsa, kurtulamaz. Fakat gasp edilmiş malın kendisini sahibinin önüne bırakırsa, mesuliyetten kurtulur. Çünkü bunda vacib olan, aynın kendisini geri vermektir ki, bu da aynı tahliye etmekle gerçekleşmiş olur. Muâvaza ve ödeşmenin ortaya çıkması için borçta vacip olan kabzdır. Kabz ise, tahliye ile gerçekleşmez.¹⁹¹

Gasp edilen bir malın aynısının, büyük oranda bir bozukluk olmadıkça, iade edilmesi vaciptir. Bir kimsenin, onu gasp ettiği yerde geri iade etmesi gerekir. Çünkü bir şeyin yerinin değişmesi demek kıymetinin de değişmesi anlamına gelir. Onu geri iade etmesi durumunda sahibi bilmesede borçtan kurtulmuş sayılır. Bir kimse birisinin cüzdanından dirhemlerini gasp etmiş olsa, daha sonra da sahibi bilmesede ve dirhemlerini onun cüzdanına geri koysa, borçtan kurtulmuş sayılır. Aynı şekilde ona hibe etse, emanet verse, satsa ya da başka bir yolla geri iade etse veya yedirmiş olsa borcundan kurtulmuş sayılır.¹⁹²

2.1.19. Vasiyet Konusunda Şekilcilik

Vasiyet bilindiği gibi vasiyet eden bir kimsenin bir mal, borç ya da menfaati, ölümünden sonra mülk olması şartıyla bir başkasına hibe etmesidir.

¹⁸⁹ Fetâvâyi Hindîyye(Fetâvâyi Alemgiriyye), C. XIV, s. 365.

¹⁹⁰ Muhammed Emin b. Ömer b. Abdülaziz ed-Dımaşki İbn-i Âbidin, 1252/1836 *Reddül-Muhtar Ale'd-Dürri'l-Muhtar*, trc. Mazhar Taşkesenlioğlu, C. XIV, İstanbul: Şâmil Yayınevi, 1986, s. 481.

¹⁹¹ Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile*, s. 454.

¹⁹² İbn-i Âbidin, a.g.e., C. IV, s. 482-483.

Bir kimse vasiyet ettiği elbiseyi veya köleyi sattıktan sonra onu tekrar satın alırsa, bunları satmış olması vasiyetten vazgeçmesi anlamına gelir. Çünkü bunları sattığı zaman sözü edilen malları sattıktan sonra vasiyet etmiş gibi sayılır. Böyle bir durum ise başka birisinin mülkiyetinde bulunan bir malı satmak anlamına geleceği için geçerli olmaz. Bu bakımdan o malları satmış olması vasiyetten vazgeçtiğini gösterir.¹⁹³

2.1.20. İstihsan Bağlamında Şekilcilik

İstihsan sözlükte, bir şeyi güzel bulmak, güzel kabul etmek, onun güzel olduğuna inanmak anlamına gelmektedir.¹⁹⁴ İstılahtaki anlamı ise; “bir delile dayanarak hafi kıyası celî kıyasa tercih etmek demektir. Başka bir tarife göre istihsân, hususi bir delile dayanarak cüzî bir hükmü küllî bir asıldan veya umumi bir kaideden istisna etmektir.”¹⁹⁵

İmam Şâfiî, “Allah’ın helal ve haramı hakkında tesadüf ve istihsan ile konuşulamaz.” ve “İstihsan yapan, kendi adına şeriat koymuş olur.” diyerek istihsanı reddetmiştir.¹⁹⁶ İstihsan’ı Ebû Hanife savunmaktadır.¹⁹⁷ Bir akdin geçerlilik şartı olarak hile(çare)ye örnek olması açısından selem akdinin caizliği ile ilgili olarak bu konuda şunları söyleyebiliriz:

Selem, para peşin mal vadeli olarak yapılan bir akittir. Fıkıhtaki genel kaideye göre, akde konu olan şeylerin akid esnasında hazır bulunması gerekir. Aksi bir durum olursa akid geçerli olmaz. Selem akdinde ise, akde konu edilen mal, ileriki bir zaman diliminde teslim edileceği için, akdin kuruluşu esnasında bulunmamaktadır. Eğer genel kaideye göre amel edilseydi akid geçerli olmayacaktı. Ancak bu akdin caizliği konusunda Peygamber Efendimiz (sav)’den rivayet edilen bir hadiste; “Kim selem akdi yaparsa, selem olarak vereceği malın keyli, vezni ve teslim edeceği vakti malum

¹⁹³ Serahsî, a.g.e., C. XXVII, s. 223.

¹⁹⁴ Yunus Apaydın, *İslam Hukuk Usulü*, 3.b., Kayseri: Kimlik Yayınları, 2017, s. 107.

¹⁹⁵ Vehbe Zuhayli, *Fıkıh Usulü*, çev. Ahmet Efe, 2. b., Risale Yayınları: İstanbul, 2012, s. 93.

¹⁹⁶ Muhammed b. İdris b. Abbâs eş-Şâfiî (ö. 204/820), *er-Risâle (İslam Hukukunun Kaynakları)*, çev. Abdülkadir Şener, İbrahim Çalışkan, 6. b., Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2018, s. 273.

¹⁹⁷ Gazzâlî, *Mustasfâ (İslam Hukuk Metodolojisi)*, trc. Yunus Apaydın, C. I, İstanbul: Klasik Yayınları, 2006, s. 360.

olsun.”¹⁹⁸ diye buyurmuştur. Diğer akidlerde bu kurala göre amel edilirken selemden buna göre amel edilmemiştir.¹⁹⁹

Bir ibadetin geçerlilik şartı olarak hîle(çare):

Orucun şartı olan imsak, orucu bozacak olan her türlü şeyden uzak durmadır. Buna göre genel kaide, imsake karşı olan her durum -mesela, mideye ulaşan bir damla su bilerek, isteyerek, zorla veya unutarak ulaşmış olsun- orucu bozar. Ancak unutarak bir şey yenilip içildiğinde o kişinin orucunun bozulmayacağına dair Peygamber Efendimiz(sav)’ın şu hadis-i şerifi; “*Kim unutarak bir şey yerse orucunu tamamlasın, onu Allah yedirmiş, Allah içirmiştir.*”²⁰⁰ Bu kuralın unutarak bir şey yiyip içen kişi hakkındaki uygulamaya engel olmuştur.²⁰¹

Bu iki örnekteki hileler(çareler) hem aracın hem de amacın meşru olduğu hilelerdendir. Faydaları elde etmek ve zararların giderilmesine yönelik eylemler de bu kısma girer.²⁰²

İstihsan’da genel kuralın aksine özel çözümlere başvurulduğunu yukarıda örneklerle açıklamıştık. İstihsan’a delil sayılabilecek çok fazla örnek vardır. Mesela, karz(ödünç para verme) gibi. Karz aslında ribâdır; çünkü karz, dirhemdir dirhem ile vadeli şekilde değişimidir. Ancak genel kuraldan istisna edilerek bu işlem mübah hale getirilmiştir; çünkü burada ihtiyaç sahibi olan kimselere karşı bir kolaylık tanınmaktadır. Eğer karz, genel kural üzere kalmış olsaydı mükellefler sıkıntı içerisinde kalacaklardı. Aynı durum ariyye, yani ağaçtaki yaş hurmanın, tahmini olarak kuru hurma ile değiştirilmesi hakkında da geçerlidir. Ariyye de ribâ kapsamına girer. Çünkü burada yaş hurma kuru hurma karşılığında tahmini olarak satılmaktadır. Ancak bu işleme insanların ihtiyaç duymaları sebebiyle caiz kılınmıştır.²⁰³

Yağmur sebebiyle akşam ile yatsı namazlarının birleştirilmesi, yolculuğa çıkan kimsenin namazlarını birleştirmesi, namazlarını kısaltması ve isterse yolculuğa çıktığı vakit Ramazan’da oruç tutmaması, korku halindeki namaz ve bunlarla aynı türden olan

¹⁹⁸ Buhârî, “Selem”, 2; Ebû Dâvûd, “Büyû”, 57.

¹⁹⁹ Apaydın, a.g.e., s. 110.

²⁰⁰ Buhârî, “Eymân”, 15; İbn Mâce, “Sıyâm”, 15.

²⁰¹ Apaydın, a.g.e., s. 110.

²⁰² Ahmet Ünsal, *İslam Hukukunda Fayda İlkesi*, 1.b., İstanbul: Nüans Yayıncılık, 2006, s. 136.

²⁰³ Şâtîbî, *el-Muvâfakât İslâmî İlimler Metodolojisi*, trc. Mehmet Erdoğan, C. IV, 4. b., İz Yayıncılık: İstanbul, 2010, s. 207.

ruhsat hükümleri için de durum aynıdır. Bu gibi durumlarda aslında genel kaide, bu işlemlerin caiz olmaması yönündedir. Eğer genel delile göre amel edilseydi maslahatın ortadan kaldırılmasını gerektirecekti. Dolayısıyla gereken şey, fiillerin sonuçlarının dikkate alınarak ona göre hüküm verilmesidir.²⁰⁴

İstihsan'da fiillerin sonuçları itibariyle hîleye ulaşma vardır. Buradaki hîle meşru olan hiledir.

Mesela, celî kıyasa göre amel edildiği zaman, kuyuların temizlenmesi mümkün değildir. Çünkü kuyuların su ile yıkanarak temizlenmesi zordur. Kuyuların temizliği su ile yıkayarak değil de kova ile su çıkarılarak sağlanır. Kova ile su çekildiği zaman, kova sürekli olarak pis suya değer ve kirlenir. Ne kadar su çekersek çekelim bu kirlilik bitmez. Bu yüzden burada celî kıyas terkedilerek istihsana göre amel edilmiştir. Çünkü burada bir zaruret hali söz konusudur. Zaruret ise ortadaki zorluğu kaldırmayı gerektirir. Aynı şey istisnâ' (siparişle bir şeyin yapımını isteme) akdinde de bulunmaktadır. Kıyas böyle bir akdin geçersizliğini gerektirse de insanlar arasında teâmül haline geldiğinden dolayı icmâ oluşmuş, dolayısıyla celî kıyasla amel edilmiştir.²⁰⁵

2.2. UKÛBÂT ALANINDA ŞEKİLCİLİK

2.2.1. Ta'zîr ve Had Cezalarında

Şekilciliğin öne çıktığı alanlardan biri de ukûbât alanıdır. Zira bu alan, ibadat alanı gibi akıl yürütmenin kısıtlı olduğu bir alandır. Mesela bir adam zina yaptığı gerekçesiyle dört kez ikrarda bulursa o kişiye had cezasının uygulanması gerekir. Burada cezayı düşürmek için başvurulacak çare: o kimsenin ikrârından dönmesidir. Ancak zina suçu delil ile ispat edilmişse bu aşamadan sonra dönmek doğru değildir, had cezası gerekir. Eğer ikrar veya delil ile sabit olmuşsa zina suçundan cezayı düşürmek için hîle(çare), o kimsenin zina ettiği kadınla nikâhlı olduğunu ya da kendisinin cariyesi olduğunu iddia etmesidir. Kendisiyle zinada bulunduğum iddia edilen kadın karımdır veya cariyemdir şeklindeki sözleri onun üzerinden cezayı düşürür.²⁰⁶

²⁰⁴ Şâtıbî, a.g.e., C. IV, s. 207.

²⁰⁵ Atar, a.g.e., s. 73.

²⁰⁶ Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile*, s. 420-421.

Hırsızlık yapan bir kimse malların korunmuş olduğu yere kadar girip orada bulunan tüm eşyaları toplayarak hırsızlık yaptığı yerin kapısına kadar getirse ve o eşyaları arkadaşına atsa arkadaş da onları alsın bu durumda her ikisine de hadd-i sirkat (hırsızlık cezası olan el kesme) gerekmez. Bunu şu şekilde açıklayabiliriz. Çünkü malı çalmak için malın bulunduğu yere giren kimse malı oradan çıkarmamış, alan kişi ise oraya girip almamıştır. Dolayısıyla el kesme cezasını gerektirecek olan şartlar oluşmamıştır. Dışarı atıp sonra gidip kendisi alsaydı o zaman had cezası gerekirdi. Çünkü bu durum hırsızların yaptığı işlerden sayılır. Eğer arkadaşına verirse her ikisine de had cezası uygulanmaz. Yine aynı şekilde önce bir eve girip, oradan eşyaları toplayıp sonra dışarı çıkarak elini sokar ve onları alarak arkadaşına verirse had cezası gerekmez. Bunların hepsi had vacip olmadan haddi düşürmek için başvurulacak hilelerdendir. Diyelim ki had vacip oldu, bu durumda başvurulacak hile ise çalınan malın kendisine ait olduğunu iddia etmesidir.²⁰⁷

2.2.2. Kısas ve Diyeti Gerektiren Suçlarda

Hukuk normları, bireylerin dışa yansıyan toplumsal nitelikli davranışlarını, formel ölçüler içinde objektif olarak değerlendirmeyi amaç edinmiştir. Oysaki din ve ahlâk normlarının değerlendirme ölçütü, bireylerin sübjektif niyet ve iradelerinin esas alınmasıdır.²⁰⁸

Bir kimse diğerinin başına vursa, bu vurmanın etkisiyle adam aklî dengesini kaybetse ya da sağırlaşsa ya da kör olsa vuran kişiye diyet gerekir. Bu adamın kör olup-olmadığı konusunda ihtilafa düşülürse bu konudaki hile şudur: Kör olduğunu iddia eden adamın önüne bir yılan atılır, eğer o kişi kaçarsa kör olmadığı anlaşılmış olur. İmam Muhammed ise bu konuda bir doktora muayene ettirilmesi gerektiği görüşündedir. Kulağının sağırlaşıp sağırlaşmadığını ortaya çıkarmak için ise gâfil bir anı gözetilerek kendisine bir şey söylenir. Eğer kendisine sorulan şeye cevap verirse bu durumda sağır olmadığı ortaya çıkmış olur.²⁰⁹

²⁰⁷ a.g.e., s. 421.

²⁰⁸ Türçan, *İslam Hukuk Biliminde Hukuk Normu Kavramsal Analiz ve Geçerlilik Sorunu*, s. 163.

²⁰⁹ Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile*, s. 421.

Yukarıda verdiğimiz örnekten yola çıkarak, ceza hukukçusu bir fiilin hangi vakitte suç teşkil ettiğini ve o fiilin ortaya çıkması durumunda hangi hukukî neticeleri amaçladığını düzene koyan kanun hükümlerini, ait oldukları içinde bulundukları toplumsal açıdan bilinenleri dikkate almadan araştırır diye söyleyen mantıkî-formalist anlayış, kısmen tutarsızdır diyebiliriz. Çünkü hukuk, hiçbir zaman salt bir biçim, basit bir üstyapı olarak kabul edilemez. Bu yüzden, hukuk yorumunun ve buna bağlı olarak hukuk incelemesinin, sadece hukuk normlarının mantıkî-formel işlemleriyle sınırlandırılmaması gerekir. Normun maksadının meydana gelmesi, normun kapsam ve tanımının düzgün bir şekilde bilinmesine bağlıdır. ²¹⁰

²¹⁰ Hafizoğulları, a.g.m., s. 255-256.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
KANUN KOYUCUNUN İRADESİNE AYKIRI OLAN ŞEKİLCİLİK
(HÎLE-İ ŞER'İYYE)

1. HİLE-İ ŞER'İYYE VE ŞEKİLCİLİK

1.1. Hile Kavramı

Hile kelimesi Arapça'da (حال) “değişmek, bir amaca ulaşınca kadar fikir değiştirmek” anlamında mastar ile “çare, kurnazlık, iyi düşünce, işlerde tasarruf kudreti” şeklinde isim olarak kullanılmaktadır ve çoğulu ise hiyeldir. Kur'an-ı Kerim'de hile kelimesi kavram olarak sadece çare anlamında kullanılmıştır.²¹¹

Fukahanın bir kısmı hile yerine mahreç, ya da onun çoğulu olan “el-Mehâric” tabirini kullanmışlardır. Mehâric “Şeri (hukukî) bir kurtuluş, çıkış yolu” gibi anlamlara gelmektedir. Ancak hile, bugün günümüz Türkçesinde kullanıldığı gibi, aldatma, kandırma gibi her zaman bu anlamlara denk gelmez.²¹²

Bazı âlimler hile yerine ‘mahrec’ kelimesini de kullanmışlardır. Bu anlamdaki “mahrec” kelimesi Kuran-ı Kerim'de “Kim Allah'tan korkarsa Allah ona bir (kurtuluş) çıkış yeri (mahrec) ihsan eder.” buyurmuştur.²¹³

Hile kelimesi Peygamber Efendimiz (sav)'in hadislerinde de geçmektedir. Rasûlullah (sav) bir hadis-i şerifinde “Yahudiler'in irtikab ettikleri şeyleri siz de işlemeyin. Onlar Allah'ın haramlarını en bayağı (aşağılık) hilelerle (ednâ'l-hiyel) helal kılmaya yeltenmişlerdir.”²¹⁴

Klasik kaynaklara baktığımızda “hile” ile benzer manalı kelimeler anlamında, “hud'a”, “ğurûr”, “tedbir”, “keyd”, “mekr”, “tevriye”, “zerîa”, “hilâbe”, “gaş” gibi kelimeler de kullanılmaktadır.

Bu kelimelerden sonuç olarak “hile”nin geçerli olmadığı sonucuna ulaşılabilir. Fakat fıkıh ilminde kullanılan “hile”nin, dine aykırı olan şeylerle, dine aykırı olan sonuçlara ulaşmak olmadığı, hukuki meselelere, naslara aykırı düşmeyecek şekilde çıkış yolu aramak olarak tanımlanmıştır. Hatta bu konuda kaleme alınan eserler adına “el-mehâric ve'l-hiyel” başlığı kullanılmıştır. Yukarıdaki tanımlamalardan yola çıkarak “hile” terim olarak, “bir durumdan başka bir duruma dönüşümü” ifade etmektedir. Aynı

²¹¹ Zaher AIQUDAH, *Ebü'l-Leys es-Semerkandî'nin 'En-Nevâzil' adlı eserindeki 'Kitâbü'l-Hiyel' bölümünün edisyon kritiği* (938/377), (Yüksek Lisans Tezi), Konya: Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi, 2010, s.21.

²¹² Hileyi Şeriyye ile ilgili daha fazla bilgi için bkz. Mustafa Baktır, “İslam Hukukunda Hile-i Şer'iyye”, *İslâmî Araştırmalar Dergisi*, S. 2 (1986), s. 71-89.

²¹³ el-Talâk, 65/2.

²¹⁴ İbn Kayyim el-Cezviyye, *İ'lâmü'l-muvakkı'in*, C. III, s. 163.

zamanda bazı İslam hukukçularının “hîle” için çoğunlukla şer’î anlamda hoş karşılanmayan meseleleri ifade etmek için kullandıkları, buna karşılık Hanefiler ise, genellikle “çıkış ve çözüm yöntemi” olarak kabul ettikleri görülmektedir.²¹⁵

Yukarıda bahsettiğimiz kavramların ortak noktası kişinin içinde sakladığı şey (niyeti-amacı) ile kişinin yaptığı fiil ve davranışlarının ayrı olmasıdır. Tezimizin bu bölümünde kanun koyucunun meşru görmediği amaçlara ulaşmayı ifade etmek üzere hîle-i şer’iyye üzerinde durulacaktır. “Kanuna karşı hîle” olarak da isimlendirilen bu tür hilelerin, özü itibariyle bir şekilcilik olduğu görülmektedir.

1.2. İstilahta Hîle Kavramı

Hîle; kişilerin davranışlarını şeklen yani görünüşte fıkhnın istediği hale getirmek, aynı zamanda dinen yasaklanan şeyleri meşrû kılmak adına ortaya konulan “yollar”, “çareler”, “çıkış yolları” olarak ifade edilmektedir.²¹⁶ Bu noktada birinci ve ikinci bölümde ortaya koymaya çalıştığımız zorunlu veya meşrû şekilcilik üzerinden gayri meşrû bir sonucun amaçlandığı anlaşılmaktadır.

Konuyla ilgili olarak Serahsî, şunları ifade etmektedir: “Kişiyi harama düşürmeden onu helal olan şeye götürecek olan hileler geçerlidir. Bir başkasının hakkı olan şeyi batıl, batıl olan şeyi de hak sayan ve kişiyi şüpheli şeylere düşüren hileler ise tahrîmen mekruhtur. Allah Teâla: “İyilik yapmak ve günahlardan sakınmak hususunda birbirinizle yardımlaşın, günah işlemekle haddi aşmak üzerinde yardımlaşmayın.”²¹⁷ buyurmuştur. Birinci grup hilelere baktığımızda (birisinin kendisiyle haramdan uzaklaşıp helal olana götüren hileler) takva üzerine yardımlaşmak, ikinci grup hileler ise (meşru olanı gayri meşru, gayri meşru olanı da meşru olarak gösteren hileler) düşmanlıkta yardımlaşmak olarak görülebilir.”²¹⁸

²¹⁵ Ercan Eser, “İslam Hukuku Açısından Hîle’nin Meşrûiyeti (İslam Finans Kurumları Örneği)”, *Konya, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S. 25 (2015), s. 227.

²¹⁶ Erdoğan, a.g.e., s. 157.

²¹⁷ el-Mâide, 5/2.

²¹⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, C. XXX, s. 209-210.

Kanuna karşı hîle olarak da değerlendirilen bu hîle türü, şekil itibarıyla meşru olan bir yöntemle, kanunen yasaklanmış bir sonuca ulaşmak amaçlanır ve şu üç unsuru içerir:²¹⁹

1. Muamelede şeklen kanuna uygunluk ve kusursuzluk. Başka bir deyişle kullanılan araçların meşruluğu.
2. Muamelenin konunun ruhuna ve maksadına aykırı sonuçlar doğurması. Bir başka ifadeyle kanuna aykırı bir sonuç elde edilmesi.
3. Hîle kasdı.

Kur'an'da zikredilen Yahudiler'e yönelik Cumartesi avlanma yasağı bu sayılan hilenin tüm unsurlarını içermektedir.²²⁰ Bilindiği gibi Allah Teâla Yahudiler'e Cumartesi günleri balık avlamayı yasaklamıştı. Bu nedenle imtihan etmek üzere onlara doğru, cumartesileri sürü sürü balıklar gönderiyordu.²²¹ Yahudiler'in cumartesi günleri ağ atıp pazar günü çekmeleri bu hileyi şer'iyye'ye bir örnektir. Buradaki hîle, ağları cumartesi gününden atıp balıkları Pazar günü avlamak şeklinde olmuştur. Şeklen o yasak çiğnenmemiş gibi olsa da aslında bu yapılan şey, Şari'in yasakladığı şeyin işlenmesinden ibarettir.

1.3. Hileyi Ortaya Çıkaran Sebepler

Hîle'nin ortaya çıkmasını sağlayan sebepleri şöyle sıralayabiliriz: siyasi sebepler, dini sebepler, diğer sebepler dediğimiz hukukun ortaya koymuş olduğu ilke ve kurallar ile kişilerin istek ve arzularının karşı karşıya gelmesi durumu, belli bir zamandan sonra içtihadın artık önemini yitirmesi ve ortaya çıkan yeni meselelere önceki içtihatlarla çözüm bulma arzusu ile bu meselelerde daha iyi çözüm sunan başka mezheplerin görüşlerinden yararlanılamaması da hîle'ye götüren sebeplerdendir. Hukukî meselelerin geçerli olmasında, İmam Şâfi'i gibi, hukuk güvenliği ve hukukî devamlılığı sağlama hukukî işlemleri tarafsız ve belli kaidelere bağlama maksadıyla

²¹⁹ Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hîle*, s. 112-113.

²²⁰ el-Bakara, 2/65; el-Nisâ, 4/47, 154; el-A'raf, 7/163.

²²¹ el-A'raf, 7/163.

şekli esas alıp kişilerin niyetlerini arka plana atmak ya da hiç ortaya çıkarmayarak bu şekilde hileyi meydana getiren sebepler arasında kabul edilmiştir.²²²

Bu sebepleri şu şekilde açıklayabiliriz:

1. Siyasi sebepler. Tarihçilerin sunduğu bilgilerle hiyel kitaplarında verilmiş olan bilgiler karşılaştırıldığında sebep-sonuç ilişkisi ortaya çıkmaktadır. Buna göre Emevîler ve Abbasîler döneminde halkın muâmelat ile ilgili konularda zor kullanılması insanların bu meseleleri “inşallah” diyerek istisna etmelerine sebep olmuştur. Bu uygulama Peygamber Efendimiz(sav)’in “Kim yemin eder ve ‘inşallah’ diyerek istisna yaparsa yemin ettiği şeyi yapıp yapmama konusunda muhayyerdir. Yemin ettiğinin aksini yapsa da yeminini bozmuş sayılmaz”²²³ meâlindeki hadisine dayanmaktaydı. Yine aynı dönemde zekât memurlarının görevlerini kötüye kullanmalarından dolayı halk zekâtтан kurtulmak için çeşitli çarelere başvurmuştur. Örneğin, nisaba ulaşan mallarını ikiye üçe bölerek nisaptan düşürme gibi. 2. Dini duyguların zayıflaması. Kişilerin dini duygularının zayıflaması da onların hukuka uygun bir şekilde hareket etmesini de engeller. Buna en güzel örnek, kişilerin faiz elde edebilmek için başvurmuş oldukları hileli yollardır. 3. Hukuki ilişkilerde İmam Şafî’nin de kabul ettiği gibi şekli ve dış görünüşleri esas alıp kişilerin gerçek maksat ve iradelerini ikinci plana atmak ya da hiç göz önünde bulundurmamak. 4. Belli bir dönemden sonra içtihad yapılmaması, ortaya çıkan yeni sorunlara ve ihtiyaçlara daha önce bulunan içtihadlar çerçevesinde çözüm arama anlayışı ile daha uygun çözüm sunan farklı mezheplerin görüşlerinden yararlanılmaması da hiyele götüren sebeplerdendir. 5. Diğer sebepler arasında ise, kazuistik metodu kullanma, mahkemelerde bir mezhebe bağlı kalmak, hukukun ortaya koyduğu kurallar ile kişilerin menfaatlerinin uyuşmaması, zorlama (ikrah) durumunda boşamalarda olduğu gibi istismar edilmeye uygun katı ictihadlara uyma ve yabancı kültürlerin etkisini sayabiliriz.²²⁴

²²² Pehlül Düzenli, *Şeyhü'l-İslâm Ebussuûd Efendi ve Fetvâları*, İstanbul: Osav Vakfı Yayınları, 2012, s. 416-417; Köse, “Hiyel”, a.g.e., s. 174.

²²³ Buhârî, “Keffârât”, 9; Ebû Dâvûd, “Eymân”, 9, 17; Nesâî, “Eymân”, 18, 39, 43.

²²⁴ Saffet Köse, “Hiyel”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi (DİA)*, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM), 1998, C. 18, s. 174.

1.4. Hîle-i Şer'iyye ve Şekilcilik İlişkisi

İslam hukukunda naslara bağlı hükümler, fukahanın içtihadına bağlı hükümlere göre çok daha azdır. Naslar genel prensip ve kurallar getirmiştir. Teferruatın büyük bir bölümü ise fukahanın icma, kıyas vb. deliller üzerindeki içtihadlarına dayanmaktadır. Sonraları bu fer'î hükümler genel prensiplere yenik düşmüş, tedricen gelişen taklid ile donuk bir şekle girmiştir. Sonraki bazı fakihler bu teferruata dayanarak, bunları asıl nas ve prensipler ile tenkit ve ayıklamaya tabi tutmadan sanki Müslümanları bağlayan temel hükümlermiş gibi nakletmişlerdir.²²⁵

Bunun örneklerinden birisi de akitlerdeki kasıt ve irade konusudur. Bu konudaki kaide şudur: “Akitlerde söz ve cümle şekillerine değil maksat ve manaya bakılır.” Bu mütevatir bir hadise dayanan genel bir kaidedir: “Ameller ancak niyetler ile (muteber olur); her kişinin elde edeceği, niyet ettiği şeydir.” İbnü'l Kayyim el-Cevziyye (ö. 751/1350) bunu şu şekilde açıklamıştır: “Akit ve fiiller, söz ve işlerin dış görünüşlerine göre değil, hakikatleri ve maksatları ile değerlendirilir. İrade(kasd) akdin ruhudur, onu sahih ve bâtil kılan budur. Bu sebeple akitlerde sözlere değil, maksatlara itibar etmek daha uygundur; çünkü sözler kendilerinden başka şeyler için kullanılır, akitlerin maksatları kendileridir.”²²⁶

Burada şekil bakımından hukuka uygun bir sonucu vasıta kılarak, yasaklanmış bir sonucu elde etme maksadıyla yapılan muamele olan hîle-i şer'iyye ile şekilcilik ilişkisini birlikte değerlendireceğiz. İbnü'l Kayyim el-Cevziyye'nin de ifade ettiği gibi İslam hukukunda akitlerde söz ve işlerin dış görünüşlerine değil, maksatlarına itibar etmek gerekir. Hîle-i şer'iyye'nin bir kısmı İslam hukukunun maksatlarına aykırı olmayan hîle-i şer'iyyelerdir. Kur'an-ı Kerim'de verilen örneklerin başında Eyüp (a.s.) peygamberin karısı ile arasında geçen olay gelmektedir.

İlgili ayete göre Eyüp peygamber hasta olan karısına yüz değnek vurmak üzere yemin etmişti. Sözünü yerine getirmeyi istediği vakit karısının hastalığının bu yüz değneği kaldıramayacağını düşündüğü için sözünü yerine getirip getirmeme hususunda kararsız kaldı. Allah'ü Teâla da ona bir çözüm, çıkış yolu(İslam hukukunun maksatlarına aykırı olmayan, hîle-i şer'iyye) gösterdi: “*Eline bir demet sap al da*

²²⁵ Hayreddin Karaman, *Yeni Gelişmeler Karşısında İslam Hukuku*, 3. b., İstanbul: Nesil Yayınları, 1992, s. 67-68.

²²⁶ Karaman, a.g.e., s. 68.

onunla vur ve böylece yeminini yerine getirmiş ol.”²²⁷ Bu ayette geçen olay, hastalığı sebebiyle zina cezası olup da yüz sopaya dayanamayacağı düşünülen ensardan bir kişiye Peygamber Efendimiz(sav)’in içinde yüz tane sap olan bir demetle vurulmasını emretmesiyle²²⁸ benzerlik bulunmaktadır. Kur’an’da Eyüp peygamber kıssasına benzer başka bir örnek olarak Hz Yusuf(a.s.)’un kardeşini yanına alabilmesi için kendisine Allah’ın hîle-i şer’iyye öğretmiş olduğu ayetler örnek olarak verilebilir: ²²⁹

“Yûsuf’un huzuruna girdiklerinde; o, kardeşi Bünyamin’i yanına bağrına bastı ve (gizlice) “Haberin olsun ben senin kardeşinim, artık onların yaptıklarına üzülmeye” dedi.”²³⁰

Yûsuf onların yüklerini hazırlatırken su kabını kardeşinin yüküne koydurdu. Sonra da bir çağırıcı şöyle seslendi: “Ey kervancılar! Siz hırsızsiniz.”²³¹ Yûsuf’un kardeşleri onlara dönerek, “Ne yitirdiniz?” dediler.²³² Onlar, “Hükümdar’ın su kabını yitirdik. Onu getirene bir deve yükü ödül var. Ben buna kefilim” dediler.²³³ Dediler ki: “Allah’a andolsun, siz de biliyorsunuz ki biz bu ülkede fesat çıkarmaya gelmedik, hırsız da değiliz.”²³⁴ Onlar, “Eğer yalancı iseniz, hırsızlığın cezası nedir?” dediler.²³⁵ Onlar da: “Cezası, su kabı kimin yükünde bulunursa o kimsenin kendisi(nin alıkonması) onun cezasıdır. Biz zalimleri böyle cezalandırırız” dediler.²³⁶ Bunun üzerine Yûsuf, kardeşinin yükünden önce onların yüklerini aramaya başladı. Sonra su kabını kardeşinin yükünden çıkardı. İşte biz Yûsuf’a böyle bir plan öğrettik. Yoksa kralın kanunlarına göre kardeşini alıkoyamazdı. Ancak Allah’ın dilemesi başka. Biz dilediğimiz kimsenin derecelerini yükseltiriz. Her ilim sahibinin üstünde daha iyi bir bilen vardır.”²³⁷

İslam hukukunun ruhuna aykırı olan hîle-i şer’iyyelere baktığımızda bu hilelerde başkalarının aldatıldığını gösteren karineleri apaçık görmek mümkündür. Bu grup için

²²⁷ el-Sâd, 38/44.

²²⁸ Ebû Dâvud, “Sünen”, Hudûd, 37/32; İbn Mâce, “Sünen”, Hudûd, 20/18.

²²⁹ Osman Eyüpoğlu, “Sosyal Değişmenin Zeminlerinden Biri Olarak Hîle-i Şer’iyye”, *İslâmî Araştırmalar Dergisi*, C.XVII, S. 1 (2004), s. 20-21.

²³⁰ el-Yûsuf, 12/69.

²³¹ el-Yûsuf, 12/70.

²³² el-Yûsuf, 12/71.

²³³ el-Yûsuf, 12/72.

²³⁴ el-Yûsuf, 12/73.

²³⁵ el-Yûsuf, 12/74.

²³⁶ el-Yûsuf, 12/75.

²³⁷ el-Yûsuf, 12/76.

Kur'an'da verilen örnek Yahudiler'e Cumartesi günleri avlanma yasağının konmasıdır. Onların da Cuma gününden balık ağlarını kurup Pazar günü toplamaları²³⁸ bu yasağı aşma noktasındaki hîle-i şer'iiyeleridir. Sünnetten de bir örnek verecek olursak Hz Peygamber(sav)'in, hayvanı sütlü göstermek için memesinde sütün biriktirilmesini yasaklaması²³⁹ ile veresiye olarak verilen bir malın kısa bir süre sonra peşin olarak düşük bir fiyattan geri alınmasına müsaade etmemesi verilebilir.²⁴⁰

Bazı fakihler de “gayr-i meşrû vasıtalarla gayr-i meşrû sonuçlara” ulaşmayı da hîle olarak kabul etmektedirler. Mesela bazı Şâfiî âlimlerinde ve diğer bazı İslam hukukçularında bunları görmemiz mümkündür. Mesela; Şafii âlimlerinden Kazvînî (ö. 665/1266)'ye göre bülüğ çağına erişmiş bakire bir kız kendisine denk(küfûv) bir talip çıktığında babasının kendisini onunla evlendireceğinden endişe duyarsa “bana talip olan bu şahıs sütkardeşimdir” derse babasının bu kızı o kişiyle evlendirmesi artık mümkün değildir.²⁴¹

Bu örnekte olduğu gibi Allah'ın helal kılmış olduğu evliliği kendisine haram kılmak amacıyla yalana başvurmuştur ki bu dinen yasaklanan bir şeydir. Sonuç olarak Allah'ın dilemediği bir şeyle onun dilemeyeceği bir sonuca ulaşma vardır ki bu da hîle kapsamına girer.

Namaz mükellefiyetini üzerinden düşürmek için kişinin namaz vaktini sarhoş geçirmek üzere içki içmesi veya Ramazanda gündüzleri yiyip içebilmek için sefere çıkması, haccı ıskat edebilmek için malı telef etmesi gibi hukuka aykırı işlemler hîle kapsamında değerlendirilmektedir. İrtidat, yalan söyleme, içki içme gibi fiiller ve sözler zaten yasak kapsamındadırlar ve hükümleri bellidir. Bunların hîle kapsamına alınması doğru değildir. Hîleye verilen bu örneklerde ortak özellik, yasaklanmış (memnû) sonuçlara yine yasaklanmış vasıtalar kullanarak ulaşılmaktadır. Bu yönüyle hile-şekilcilik ilişkisi göze çarpmaktadır. Yapılan işlem hîle, bu işlemin yapılış şekli ise şekilcilikle ilgilidir. Mesela namazı düşürmek için namaz vaktini sarhoş olarak

²³⁸ el-A'râf, 7/163-166.

²³⁹ Buhârî, “Büyû”, 34/64.

²⁴⁰ Eyüpoğlu, a.g.e., s. 21.

²⁴¹ Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hîle*, s. 109.

geçirmek üzere içki içilmesi gibi.²⁴² Haccı düşürmek için malı telef etmek de açıktan kanunun ihlalidir. Kişi kendi malı da olsa onu boş yere telef edemez.²⁴³

Zina haddini düşürmek için önce içki içip, sarhoş olduktan sonra zina yapmak, beğenmiş olduğu bir kadını elde edebilmek için onunla nikâhlanmak, açıktan kurtulmak için yeme-içme ve istenileni elde etme konusunda bütün akidler, ikrah halinde küfür kelimesini dili ile söyleme, inkârı gizleyip iman etmiş gözükme.²⁴⁴

Hîle kapsamında değerlendirilen bu tasarruflara baktığımızda meşrû vasıtalarla yine meşrû sonuçlar veya “gayr-i meşrû vasıtalarla” yine “gayr-ı meşrû sonuçlara” ulaşmayı ifade etmekte ve bu özelliği ile hîlenin lügat anlamını ihtiva etmektedir.

“Meşrû vasıtaları” kullanarak “gayr-ı meşrû sonuçlara” ulaşmak amacıyla ortaya konulan işlemlerin hükmü nasıl gerçekleşmelidir? Şekil itibarıyla geçerli bir muamele bulunmaktadır. Fakat bununla birlikte aynı zamanda kanunun öngörmediği bir şeye kavuşma amacı da söz konusudur. Diğer bir ifadeyle söyleyecek olursak meşrû bir muamele arkasına gizlenmiş gayr-i meşrû bir sonuç elde etme isteği vardır. Eğer muamelenin zahirine yani görünüşüne göre amel edilecekse bu muamele hukuka uygun ve geçerli bir muameledir diyebiliriz. Ancak amaçlanan hedefe göre amel edilecekse muamele hukuka aykırıdır. Her iki görüşün de savunucuları vardır. Burada bizim asıl üzerinde duracağımız nokta şudur: Sırf bir hükmü ortadan kaldırmak amacıyla başka bir muameleye başvuran kişi bu şekilde temin ettiği durumdan hukuken yararlanabilecek midir? Mesela borç isteyen bir kimseye, borç verip faiz alabilmek için, borç veren kimsenin bir malını veresiye 150.000TL’ye satıp, aynı malı peşin olarak 100.000TL’ye geri satın almasının hükmü nasıl olacaktır? Burada şekil itibarıyla hukuka uygun iki akit söz konusudur. Ancak buradaki amaç faize ulaşmak ve faizi yasaklayanların muhatabı olmaktan kurtulmaktır. Bu durumda 50.000TL’lik de bir faiz ortaya çıkmış olur.

Sonuç olarak şunları söyleyebiliriz. Şekilcilikte biçime sıkı sıkıya bağlılık, özü, yani içeriği önemsemeden yalnızca biçim üzerinde duran ve biçime ağırlık veren bir görüş hakimdir. Hîle-i şer’iyyede ise yapılan işlemin özünden, yani maksadından ziyade dışa yansıyan zahire göre hüküm verilmektedir. Biz bu çalışmamızda İslam

²⁴² el-Bakara, 2/219; el-Mâide, 5/90-91; Müslim, “Müsâkât”, 679; “Eşribe”, 3-6,8,13; Buhârî, “Müsâkât”, 13; “Mezâlim”, 21.

²⁴³ Buhârî, “Zekât”, 18; “Husûmât”, 2; “İstikraz”, 19; İbn Âbidin, *Reddû'l-Muhtar*, C. IV, s.3; C. V, s.92.

²⁴⁴ Şâtûbî, a.g.e., C.II, s. 387.

hukukundaki içtihadın hakim olduğu alanlardan birisi olan hîle-i şer'iyeyi şekilcilik bağlamında ele aldık.

2. İSLÂM HUKUKÇULARININ HÎLE-İ ŞER'İYYE KONUSUNDAKİ GÖRÜŞLERİ

2.1. Hanefî Mezhebi

Hîle konusunda, hakkında en fazla konuşulan isimlerin başında İmâm-ı Âzam Ebû Hanife (150/767) gelir. Hatta “hiçbir güçlük yoktur ki Ebû Hanife ona bir çıkış yolu bulmuş olmasın” sözü bu konuda meşhur olmuş olan bir sözdür. Bu bağlamda Ebû Hanife'ye çok ağır ithamlarda bulunanlar²⁴⁵ olsa da, onun hîle olarak isimlendirilen görüşlerinde, haramı helal kılan veya bir başkasının hakkını ihlal edecek görüşler değildir.²⁴⁶

İmam Buhârî(ö. 256/870)'nin bu konudaki değerlendirmesi ise bu görüşü destekler niteliktedir: “Kûfe ekolüne mensup Hanefî âlimleri hîleyi kabul etmiş ve bunu esas alarak fetva vermemişlerdir. Tam tersine onlar hakkında meşhur olan görüş hîleyi reddettikleri yönündedir. Bunun en güzel örneklerinden birisi hulle meselesidir. “Allah hulle yapana da kendisi adına hulle yapılana da lanet etsin şeklindeki hadisten hareketle Kûfe mektebinin hocalarından İbrahim en-Nehâî üç talakla boşanmış bir kadını, boşayan kocasına helal kılmak amacıyla bir nikâh akdi yapılırsa hem birinci hem de ikinci nikâh fasit olur demektedir. Bu görüş ise Medinelilerin görüşlerinden daha sert bir görüştür.”²⁴⁷

Sonuç olarak Hanefîlere nispet edilen hîle-i şer'iyelerin kahir ekseriyeti şeriâtın yasakladığı amaçlara ulaştırmak için başvurulmuş hileler değil, zor durumda olan kişiler için üretilmiş birer çözüm yöntemi olduğunu söylemek mümkündür.

2.2. Şafîî Mezhebi

Şafîî hukukçular hîleyi “mübah”, “mahzurlu” ve “mekruh” olmak üzere üç bölümde ele almışlardır. Şafîî hukukçular mübah olup mübah olana götüreni caiz, fakat

²⁴⁵ Baktır, a.g.m., s. 9; Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile*, s. 229.

²⁴⁶ Serahsî, a.g.e., C. XXX, s. 209.

²⁴⁷ Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile*, s. 236.

mahzurlu olup mahzurlu şeylere sürükleyen hîleyi ise caiz görmemişlerdir. Şafîîlerden hileyi kabul eden ya da kabul etmeyenler, “ameller niyetlere göredir” hadisini ilke kabul etmişlerdir. Buna göre Allah’ın helal kılmış olduğu bir şeyi haram kılmak ya da haram kılmış olduğu bir şeyi helal kılmak amacıyla yapılan her türlü işlemler haramdır. Eğer haksızlığa uğramış olan bir kimsenin hakkı meşru yollarla hîle ile aranması tasvip edilmiş, fakat burada bir hakkın ihlal edilmesiyle yapılıyorsa bu hîle kabul edilmemiştir. Gazzâlî (ö.505/1111) ahlâka bağlı olmayan hilenin meşrû hale gelme tehlikesi üzerinde durur ve bu tür hileyi tahrîmen mekruh olarak kabul eder.²⁴⁸

Gazzâlî fikhî, öğrenilmesi farz-ı ayn olarak bilinen ilimler arasında saymıştır. Ve fikhî da iki noktada eleştirmektedir. Deruni boyutla ilişkisinin olmayışı, hîle ilmi olması açısından eleştirir. Gazzâlî’nin fikhî doğası itibarıyla dünyevidir der. Gazzâlî burada ahlâka bağlı olmayan bir hîle meşrû hale gelebilir endişesi taşımaktadır. Çünkü hukukta hîle olmaz. Aynı zamanda fukahânın dünyevileşmesini de eleştirir. İhyâ’nın mukaddimesinde Gazzâlî, artık toplumda düzenin bozulduğunu artık iyi olan şeylerin kötü, kötü olan şeylerin ise iyi gibi gösterildiğini, âlimlerin ilmi sadece anlaşmazlık durumlarında gidip hükümleri sadece öğrenmekten ibaret saydığını, ya da anlaşmazlık durumunda hasma galip gelmek için başvurdukları cedelden, ya da vaizlerin avamı aldatmak için başvurdukları, süslü sözlerle ifade ettiklerini; ilmi yukarıda sıraladığımız üç gruba indirgemedeki hedefin, hîle’ye söylemektedir. Gazzâlî’nin bu ifadelerinde dini bir bakış açısı hâkimdir. Gazzâlî’ye göre “dine uymaksızın yapılan ilim de amel de sapıklıktır.”²⁴⁹

2.3. Hanbelî Mezhebi

Hanbelîler şer’î yasakları ortadan kaldırmak adına yapılan hîle ile zarar veren şeyleri kaldırmak için gerçekleştirilen hîle arasında bir ayrım yapmışlardır.²⁵⁰ Hîle konusunda en sert tepkiler Hanbelîler ve Malikîlerden gelmiştir. Hanbelî ve Malikîlerin akid esnasında ele aldıkları “sedd-i zerâ” prensibi hem hîlenin geçerli sayılmasını hem

²⁴⁸ Eser, a.g.m., s. 225-250.

²⁴⁹ Murat Şimşek, “Gazzâlî’ye Göre Fıkhın Dünyeviliği Meselesi”, *Konya, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S. 21 (2013), s. 173-177.

²⁵⁰ Eser, a.g.m., s. 236.

de hukukî açıdan geçersiz olmasını öngörmektedir.²⁵¹ Hanbelî mezhebinde hîle konusu üzerinde en çok duran ve bu konuda eser veren İbn Teymiyye (v.728/1328) ve onun talebesi İbn Kayyim el-Cevziyye' (v.751/1350)dir. İbn Teymiyye *el-Fetava'l-Kübrâ'sında*, İbn Kayyim de *I'lâmu'l-Muvakki'in*'inde konulara ayrıntılı olarak yer vermişler, farklı açılardan meseleyi ele alıp incelemişlerdir. İbn Teymiyye, hilenin meşru kılınan bir fille bir vacibin düşmesi veya bir haramın helal kılınması amaçlandığını ve böylece ahkâm-ı şer'iyyenin değiştirilmek istendiğini ifade eder.”²⁵² Ona göre eğer gaye güzel ise hîle de güzel, gaye kötü ise hîle de kötü olur.”²⁵³ Aslında mübah olduğu halde, harama vesile olarak kullanılanlar da haramdır. Yol kesmek için yolculuk yapmak gibi.²⁵⁴ Yine İbn Teymiyye'ye göre Şâri'in haram kıldığı bir şeyi, bazı sebeplerden ötürü, dolaylı yollarla helal kılmak ya da Şâri'in vacip kıldığı bir şeyi dolaylı yollarla düşürmek de kesinlikle haramdır. Hulle nikâhı,²⁵⁵ oruç tutmamak için yolculuğa çıkmak, zekâtı düşürmek için yapılan hileler de bu kısma girmektedir.”²⁵⁶

Hanbelîlerin önde gelen âlimlerinden olan İbn Batta'nın (ö. 387/997) hîle konusundaki görüşleri ise şu şekildedir. Ona göre, “hîle hak suretinde batılı ortaya çıkarmak, Allah'ın sakınılmasını emrettiğini mübah kılmak, daralttığını genişletmek, haram kıldığını helal kılmak için zahiren (şeklen) hak fakat bâtınında (gizli olarak) bâtil murad edilen yoldur. Oysaki Allah'ın dininde Allah'a karşı hîle yapmak caiz değildir. Hîleye başvuran kimseler Allah ve Rasûlünü aldatmaya kalkışmış olur (hud'a). Bundan dolayı İslâm hukukunda hilenin temeli aldatmadır ve nifaktır. Allah katında nifak ise küfrün en büyüğü sayılır. Dolayısıyla Allah ve Rasûlü hîle ve hadi'aya görünürde yani şeklen geçerliymiş gibi hüküm verse de bunu haram kılmış ve bâtil saymışlardır. Dinde hîle naslarla haram kılınmıştır.”²⁵⁷

2.4. Malikî Mezhebi

Malikîler hîle konusunda çok hassastırlar. Hatta onun geçersiz batıl olduğunu kabul ederler. Malikîlere göre hîle, şeri bir maslahata aykırı olarak Şâri'in koymuş

²⁵¹ Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile*, s. 242-244.

²⁵² Baktır, “Buhârî'nin Sahihindeki “Kitâbü'l-Hiyel”i” Hakkında Bazı Mülâhazalar”, a.g.m., s. 6.

²⁵³ a.yer

²⁵⁴ Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile*, s. 194.

²⁵⁵ Hulle ve muhallil için bkz. Bilmen, Ömer Nasûhî Bilmen, *İstılâhı Fıkhiyye Kâmusu*, C. II., s. 176.

²⁵⁶ İbn Teymiyye, *el-Fetava'l-kübra*, a.g.e., C. III, a.g.e., s. 194,195.

²⁵⁷ Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile*, s. 245.

olduğu bir kuralı ihlal etmek maksadıyla gerçekleştirilen ve onu mübah hale dönüştüren bir işlemdir. Hilenin amacı için de şeriatın koymuş olduğu kuralların iptal edilmesidir diye ifade etmektedirler. Malikî mezhebi “sedd-i zerî’a” prensibini esas almış ve şekli olarak hukuka uygun olan şeylerin geçerli kabul edilmeyen amaçlara ulaştırması durumunda bunların iptal edilmesini savunmuştur. Malikîler sadece meşru amaçların meşru sonuçlara ulaştırması halini hîle kapsamında değerlendirmiş ve bunları da geçerli hilelerden kabul etmişlerdir.²⁵⁸

3. ŞEKİLCİLİK BAĞLAMINDA HÎLE-İ ŞER’İYYE

3.1. Bey’u’l-Îne Bağlamında Şekilcilik

Îne, bir kimsenin vadeli olarak belli bir fiyat karşılığında belli bir miktara satmış olduğu bir malı, peşin parayla sattığı fiyattan daha ucuza geri satın almasıdır.²⁵⁹ Îne satışı, bir malın karşılıklı mübadele edilmesidir. İşlemin şekli ve amaçlanmış olan hedefleri kapsamında kendisine farklı uygulama alanları edinmiştir.²⁶⁰ Îne satışı İslam hukukunda, akidlerde şekil şartlarının mı yoksa tarafların gerçek niyet ve maksatlarının mı esas kabul edileceği, akdi gerçekleştiren kimselerin herhangi bir kasıt ve niyetinin akde etki edip etmediği, yasaklanmış olan bir sonuca meşrû birtakım yollardan gidilerek ulaşmanın, yani hîle-i şer’iyyenin câiz olup olmayacağı gibi açılardan ele alınıp tartışılmıştır.

Îne satışında bir malı satın alan kişi, bu malı satın aldığı fiyata satarsa yani bin dirheme aldığı bir malı parasını henüz ödemediği önce, satın aldığı kimseye aynı malı beş yüz dirheme satması halinde bu alış verişi fasit olur. Bu durum İmam Muhammed’e göre aynı bir malın vadeli şekilde daha yüksek bir fiyata satılmasıdır ve tahrîmen mekruhtur. İmam Muhammed bu konuda şöyle söylemiştir: “Bu alış verişi benim nazarımda faiz yiyenlerin dağlar kadar büyük çirkin bir oyundur.” Ebû Yusuf ise: “

²⁵⁸ Eser, a.g.m., s. 237.

²⁵⁹ H. Yunus Apaydın, “Îne”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (DİA)*, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı İslam Araştırmaları Merkezi (İSAM), 2000, C. 22, s. 283.

²⁶⁰ Servet Bayındır, “Şâfiî Fukahasının Bey’u’l-Îne Hakkındaki Yaklaşımı ve Bunun Günümüz İslâmî Piyasalara Yansıması”, *İstanbul, İ.Ü.İ.F.D.*, S. 28 (2013), s. 3.

Şüphesiz bu alış veriş türünü birçok sahabe yapmıştır. Bu alış veriş sebebiyle hamd etmişler ve bunu faizli alış-veriş türlerinden saymamışlardır.”²⁶¹

Finans ihtiyacını karşılamının en yaygın yollarından biri olan îne satışı, maddi ihtiyacı olan ve borç da temin edemeyen kişiye bir mal veresiye olarak satılır; o kimse de veresiye olarak satın aldığı o malı, başka bir kimseye bedelini peşin almak kaydıyla satar. Bunu yaparak ihtiyacı olan borç paraya ulaşmış olur. Kredi bulamayan kimselerin faize düşmemek için başvurmak zorunda kaldıkları bir çaredir.

Hanefî hukukçular, gerçekte faizli bir işlem olduğu için, bir malın vadeli olarak satılmasından sonra, satan kişi tarafından bedeli henüz nakit olarak ödenmeden önce daha az olan bedelle, bedelini hemen almak karşılığında geri satın alınması durumunda-ki bu bey’u’l-îne’nin bir türü sayılır-, ikinci bir sözleşmeyi fâsid saymışlardır. Çünkü burada taraflar, faiz yasağından hukuken kurtulmak için satım sözleşmesini araç kabul etmektedirler. Buna karşı Şâfiî (ö. 204/820), söz konusu işlemi -hukukî işlemlerde yalnızca zahire göre hareket etmeyi ilke edindiği için- sahih kabul etmektedir.²⁶² Ancak İmam Şâfiî’nin sistemleştirdiği zahir teorisine göre bir işlemin hem hukukî hem de dini yönü bulunmaktadır. Hukukî açıdan geçerli olan bir şey dini açıdan geçerli sayılmayabilir. Birincisi dünyevî yönünü ortaya koyarken ikincisi ise uhrevî yönünü ortaya koymaktadır. Eğer bey’u’l-îne ile amaçlanan şey faizi elde etmek ise bu durum hukuken geçerlidir ve hukukî sonuçlarını doğurur. Eğer böyle bir akdin amacı faiz elde etmek ise bu akit caiz değildir. Bu ise ahirete ilişkin bir hükümdür.²⁶³

Ebû Yusuf (r.a.), bu kimselerin hukuka uymak konusundaki hassasiyetleri dolayısıyla ayrıca sevap kazanacağını da söylemektedir. “İne satışı yaparsanız ve ziraatle uğraşıp cihadı terk ederseniz düşman size galip gelir.”²⁶⁴ hadisinin yasakladığı, îne satışının iki semenin daha önceden belirlenip şart koşulduğu çeşididir. Eğer şart koşulmuşsa caizdir. Ebû Yusuf’un caiz gördüğü îne şekli, kişinin borç istediği şahıstan veresiye bir mal satın alıp bunu bir başka kişiye daha ucuza peşin olarak satıp istediği

²⁶¹ Vehbe Zuhayli, *Hanefî Fıkhu (El-Fıkhu’l-Hanefiyyü’l-Müeyesser)*, trc. Yusuf Cîğir, C. II, İstanbul: Saadet Yayınevi, 2014, s. 258.

²⁶² Türcan, *İslam Hukuk Biliminde Hukuk Normu Kavramsal Analiz ve Geçerlilik Sorunu*, s. 174-175.

²⁶³ Saffet Köse, “Şâfiî Zahiriliğinin Analizi Hukuki İşlemlerde Geçerlilik ve Cevaz Ayrımı”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S. 23 (2014), s. 12.

²⁶⁴ Ebû Dâvud; “Büyû” 54; Ahmed b. Hanbel, “Müsned”, II/84.

paraya ulaşması şeklinde olmalıdır ki Hanbelîler buna teverruk demektedir. Fakihlerin çoğunluğu da bunu caiz görmektedirler.

Ayrıca İmam Ebû Yusuf'un zekâtta hîleye başvurulmasına karşı çıkmadığına ve caiz gördüğüne dair bir görüş ortaya konulmuş ve onun bu görüşte olmadığı ve zekâtta hîleli caiz görmediği Kitâbü'l-Harac'ta ifade edilmiştir. Buna göre zekât vermemek için hîleye başvurma olayı ile faiz alabilmek için bey'u'l-îne şeklinde bir akit yaparak hîleye başvurma arasında bir fark yoktur. Zekâtta hîleye karşı çıkıp bey'u'l-îne'ye cevaz vermek de bir çelişki ortaya çıkarmaktadır. Bu yüzden Ebû Yusuf'un böyle bir görüşünün bulunduğu iddiası zayıftır. Aynı şekilde malı veresiye satıp, daha düşük bir fiyata ve peşin olarak geri alması da caiz değildir. İmam Muhammed (r.a.)'in caiz görmediği îne satışıdır. Hanefî hukukçuların bir kısmı da bunu geçerli görmemektedir.²⁶⁵

İhtiyaç sahibi birisi bir kimseye gelerek ondan 100.000 lira borç para almak ister, fakat bu kimse karz-ı hasen yoluyla borç vermeyi istemez ve verdiği borçtan fazlasını almak ister. Bu durumda hîle(çare): “Sana borç para veremem fakat istersen şu elbiseyi sana 120. 000 liraya satarım. O elbisenin çarşıdaki kıymeti de 100. 000 liradır. Gidip onu çarşıda 100. 000 liraya satarsın” der ve borç isteyen kişi de bunu kabul eder. Bu şart üzerine borç vermek isteyen kimse, 100. 000 lira değerindeki malını 120. 000 liraya satar. Böylece elbise veya kumaşı satan mal sahibi için normal değer üzerinden 20. 000 liralık bir fazla para ortaya çıkmış olur.²⁶⁶

Burada görünüşte şekil olarak, meşru bir alış-veriş olsa da, gerçekte ribâdır. Bu alış-verişteki 20. 000 liralık fazlalık da ribâ olarak kabul edilmektedir. Bu alış-veriş aynı zamanda hîleli bir alış-veriştir. Sonuç olarak îne satışı faiz yasağını aşmak ve faiz gelirine ulaşabilmek amacıyla bir kimsenin bir malı vadeli satıp, daha düşük bir değerden peşin olarak geri satın almasıdır.²⁶⁷ Veya bir malın peşin olarak satıldıktan

²⁶⁵ Ekrem Buğra Ekinci, “Eski Hukukumuzda Hîle-i Şer’iyyeye Dair”, *Erzincan, E.Ü.H.F.D.*, C. X, S. 1-2 (2006), s. 11.; İbn Âbidin, a.g.e., C. IV, s. 244, 279.; Ebû Yusuf, *Kitâbü'l-Harâc*, C. I, s. 86.

²⁶⁶ İbn Âbidin, a.g.e., C. IV, s. 244, 279.

²⁶⁷ Serahsî, a.g.e., C. XI, s. 382; Ebu Muhammed Muvaffakuddin Abdullah b. Ahmed, 620/1223, *el-Muğnî*, C. IV, Beyrut: Dâru'lFikr, 1405, s. 277; Hatib eş-Şirbini, 977/1570, *Delilleriyle büyük Şâfiî fıkhi Muğni'l-Muhtac: Minhaci't-talibin şerhi*, C.III, trc. Soner Duman, İstanbul: Mirac Yayınları, 2009, s. 39; İbn Abidin, a.g.e., C. V, s. 273; Yunus Apaydın, “İne”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi(DİA)*, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı İslam Araştırmaları Merkezi (İSAM), 2000, C. 22, s. 283; Servet Bayındır, “Şâfiî Fukahâsının Bey'u'l-Î'ne Hakkındaki Yaklaşımı ve Bunun

sonra aynı satıcı tarafından daha pahalı bir fiyatla veresiye olarak geri satın alınmasıdır.”²⁶⁸ Bu da kanuna karşı hiledir. Çünkü burada ribâya ulaşma amacı vardır.

Burada bey’u’l-îne’nin caiz olduğuyla ilgili görüşler mevcut olsa da, âlimlerin bu konudaki görüşü; onun görünüşte satım gibi görünen, bilerek, yani kasten faize götüren, içeriği itibariyle de faizli karz akdi olmasıdır. Çünkü bu işe yönelenlerin büyük çoğunluğu faize ulaşmadan, fakat farklı bir yoldan faize engel olan yasağa ulaşmayı amaçlamıştır. Hatta bazı zamanlar araya üçüncü kişilerin girmesi şartıyla yapılan bu işe geçerlilik oluşturulması ya da bu iş için ortaya çıkan şüphelerin kaldırılması amaçlanmıştır. Bu üçüncü kişilerin işlevi, daha önceden vadeli bir şekilde satılan malın peşin olmak kaydıyla düşük bir fiyattan ilk satan sahibine ulaşmasını sağlamaktır. İmam Muhammed yapılan bu işlem mekruhtur demiş ve: “Bu satış benim kalbimde dağlar kadar bir yük gibi durmaktadır. Kötü bir satış akdidir ve faizcilerin çıkardığı bir akid çeşididir” demiştir.²⁶⁹

Bey’u’l-îne bir herhangi bir koşula bağlı olmadan kendiliğinden normal bir şekilde gerçekleştiği vakit bunun geçerli olmaması noktasında herhangi bir neden yoktur. Fakat bu işlem faizi gizlemek maksadıysa geliştirilir ve sürekli yapılırsa üç mezhebe göre bu işlemin dinen geçerli sayılması mümkün değildir. Burada faize gitme amacı ortaya çıkmış olacağından İmam Şâfiî bakımından da meşrûiyetini kaybetmiş olur.²⁷⁰

3.2. Bey’bi’l-Vefâ Bağlamında Şekilcilik

Bey’bi’l-vefâ, insanların faizsiz borç para temin etme noktasında karşılaşmış oldukları zorlukları faiz sayılmayacak bir yöntemle ortadan kaldırmak ve sermaye sahiplerinin verdikleri krediye karşılık bir kazanç elde etmeyi sağlamak maksadıyla Hanefî fakihleri tarafından ortaya konmuş olan bir akiddir. Bu alış-veriş “bey’ bi-şarti’l-

Günümüz İslami Finans Piyasalarına Yansıması”, *İstanbul, İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, S. 28 (2013), s. 121.

²⁶⁸ İbn Rüşd, a.g.e., s. 153; Saffet Köse, *İslam İş ve Ticaret Ahlakı*, İstanbul: İGİAD Yayınları, 2012, s. 99.

²⁶⁹ İbn Abidin, a.g.e., C. V, s. 326; Ayrıca bk. Ebû Abdullah Şemseddin Muhammed İbn Kayyim el-Cevziyye, 751/1350, *İ’lâmu’l-Muvakkîn an rabbi’l-alemin* C. I, 2. b., thrc. Muhammed el-Mu’tasım-Billah el-Bağdadi, Beyrut: Dârü’l-Kütübi’l-İlmiyye, 1998/1418, s. 106.

²⁷⁰ H. Yunus Apaydın, “İne”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi(DİA)*, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı İslam Araştırmaları Merkezi (İSAM), 2000, C. 22, s. 284.

vefâ, bey' u'l-câiz, bey' u'l-muâmele diye de isimlendirilir.²⁷¹ İslam hukukunda ise bir tür satım akdidir.²⁷²

Bu akdin meydana gelişi ve sonucu itibariyle normal satış akidlerinden farklı olmasından dolayı bu akid ile ilgili İslam hukukçularının farklı değerlendirmeleri bulunmaktadır. Bazı İslam hukukçuları bunun rehin, bazısı sahih, bazıları fâsid satış akdi kabul ederken bazı fakihler bey' bi'l-vefâ'yı sahih satış akdi ile rehinin, veya rehin ile birlikte, sahih ve fâsid satış akidlerinin bir araya gelmesiyle oluşmuş bir akid olarak kabul ederler.²⁷³

Bey' bi'l-vefâ'nın en büyük özelliği, borç veren kimseye bu durum karşısında satın aldığı maldan yararlanmasını sağlaması, bu yararlanmanın sürekli olması ve malını satan kimse ile borçlu olan kişinin daha sonradan bu yararlanmadan vazgeçmemesidir. Hanefî, Şafîî, Malikî ve Hanbelî mezhebi yapılan bu işlemi kişiye fayda sağlayan borç olarak değerlendirdiği için bâtil olarak kabul ederler. Ancak Hanefîler, bunun kanuna karşı bir hîle olduğunu söyleyerek haram kabul etmişler. Çünkü kanuna karşı hîle olarak ortaya konulan bir muamele şekil olarak hukuka uygun görünse de hukuka ve hukuk düşüncesine uygun olmadığı için, hukuk kurallarına da aykırıdır.²⁷⁴

Bey' bi'l-vefâ şekil olarak satım akdine benzese de, akid özü itibariyle bir rehin akdine benzemektedir. Akdin ortaya çıkmasının amacı, rehin akdinde şart koşulması caiz kabul edilmeyen yararlanmanın, mülkiyetin ya da malın borç veren kişiye nakledilmesiyle sağlanması durumudur. Bu akdin asıl amacı bey' akdindeki malın mülkiyetinin devredilmesi değil, bir alacak hakkının garantiye alınmasıdır.²⁷⁵

Sonuç olarak şunu söyleyebiliriz ki, Hanefî fakihleri tarafından Müslümanlar arasında faizsiz bir şekilde borç para sağlamada karşılaşılan zorlukları, faiz kapsamına girmeyecek bir şekilde ortadan kaldırmak ve aynı zamanda sermaye sahiplerinin vermiş oldukları krediye karşı, bir güvence olması için ortaya çıkarılmış bir çeşit akiddir. Bazı Hanefî fakihleri tarafından bunun faize karşı bir hîle-i şer'iyye olarak halk arasında örf

²⁷¹ Abdülaziz Bayındır, "Bey' bi'l-Vefâ", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi (DİA)*, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM), 1992, C. 6, s. 20.

²⁷² Enver Osman Kaan, "Finansman Kaynağı Olarak Bey' Bi'l-Vefâ, Bey' Bi'l-İstiğlâl ve Bey' u'l-İne", *Dil ve Edebiyat Araştırmaları Dergisi*, C. XVII, S. 17 (2018), s. 225.

²⁷³ Bayındır, a.g.m., s. 20.

²⁷⁴ Recep Özdemir, "Ayni Teminatlar Bağlamında Bey' Bi'l-Vefâ'nın Hukukî Durumu", *Konya, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S. 31 (2018), s. 307-308.

²⁷⁵ Recep Özdemir, a.g.m., s. 295.

haline gelmiş bir satış şekli olduğu söylenir. Halk arasında bu satış, “tarla kirasız para faizsiz” olarak ifade edilir.²⁷⁶

3.3. Selem Akdi Bağlamında Şekilcilik

Selem akdi, diğer akitlerden ayrı tutularak, akit anında mevcut olmayan bir malın satımına ilişkin belirli şartlar içerisinde Kur'an-ı Kerim'de: ²⁷⁷ ‘Müdâyene ayeti’nde geçen ‘deyn’ kelimesini İbn Abbas selem olarak tefsir etmiştir. ²⁷⁸ “Ey iman edenler! Belirlenmiş bir zamana kadar bir borç ilişkisi kurduğunuzda bunu yazın. Aranızdan bir kâtip bunu adaletle yazsın. Kâtip Allah'ın kendisinde öğrettiği gibi yazmaktan geri durmasın. Artık o yazsın, borçlu da yazdırsın; Rabbi olan Allah'tan korksun ve borçtan hiçbir şeyi eksik bırakmasın. Eğer borçlu akıllıca zayıf veya eksik yahut kendisi yazdıramaz durumda olursa velisi adaletle yazdırsın. Erkeklerinizden iki şahidi de tanık tutun. Şahitler iki erkek olmazlarsa, rıza göstereceğiniz şahitlerden bir erkekle-biri yanılırsa diğerinin ona hatırlatması için- iki de kadın olsunlar. Çağrıldıklarında şahitler gelmezlik etmesinler. Borç küçük olsun büyük olsunvadesini belirterek onu yazmaktan üşenmeyin. Böyle yapmanız Allah katında daha adaletli, şahitlik için daha destekleyici ve şüpheye düşmemeniz için daha uygundur. Borç ilişkisinin, aranızda alıp vererek bitirdiğiniz peşin ticaret olması müstesnadır; onu yazmamanızda sizin için bir sakınca yoktur. Alish veriş yaptığınızda şahit tutun. Kâtip de şahit de zarar görmesin. Eğer bunu yapar da zarar verirsiniz şüphesiz bu sizin yoldan çıkmanız demektir. Allah'tan korkun, Allah size öğretiyor, Allah her şeyi hakkıyla bilmektedir.” ve Peygamber Efendimiz’(sav)in sünnetinde: Hz. Peygamber, Medine’ye hicret ettiğinde Medineli müslümanların tarım ürünlerini peşin bedel karşılığında bir, iki veya üç yıllık vadeyle sattıklarını (selem veya selef yaptıklarını) görmüş ve onlara, “Kim bir şeyde selem yaparsa belirli ölçüde, belirli tartıda ve belirli zamana kadar yapsın” demiştir.²⁷⁹ Buradan da anlaşılabacağı üzere selem akdi, meşruluğu Kitap ve

²⁷⁶ M. Fatih Turan, “Bey’ Bi’l-Vefâ ve Bey’u’l-İne ile Mukayeseli Olarak Günümüz Repo İşlemlerinin Fıkhî Boyutu”, *Çorum, Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. XIV, S. 27 (2015), s. 122.

²⁷⁷ el-Bakara, 2/282.

²⁷⁸ Bilal Aybakan, “Selem”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi(DİA)*, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı İslam Araştırmaları Merkezi (İSAM), 2000, C. 36, s. 404.

²⁷⁹ Buhârî, “Selem”, 1, 2, 7; Müslim, “Müsâkât”, 128.

Sünnete dayalı olan akitlerdendir.²⁸⁰ Bedeli peşin ödenmek üzere, belirlenen süre içinde, taraflarca vasıfları, özellikleri bilinen belirli bir malın, teslimini gerektiren alım satım anlaşmasıdır. Fıkıh kitaplarında kısaca, “müecceli muaccele satmaktır” diye tanımlanmıştır. Başka bir ifadeyle selem; halk arasında, bedelini peşin vererek veresiye mal almaya denir.²⁸¹

Selem akdinin kendine has bazı özellikleri nedeniyle İslam hukukçuları bu akdi titizlikle incelemişlerdir. Bu hassasiyetin temel sebeplerinden biri selem vadelidir. Bu akid olması ve İslam'ın en büyük yasaklarından biri olan ribânın bir türünün (ribe'n-nesîe), vadedi olarak gerçekleşmesidir. Ancak bu konuda, mezhep âlimlerinin, ribânın illetinin ne olduğu sorusuna verdiği cevaplardaki farklılıklar, selemde ve diğer ivazlı akidlerde sıhhat şartı olan ribâsızlığın sağlanmasında farklı yolların izlemelerine sebep olmuştur.²⁸²

İslam'da ribâ (faiz) yasağının kapsamına dâhil olup olmadığı, dolayısıyla ribâ mıdır değil midir diye tartışılan meselelerden biri de vade farkıdır. Bahsedilen vade farkı, herhangi bir malın peşin ile vadedi satışı aralarındaki farktır.²⁸³ Aralarındaki bu fark, ödeme şeklinin vadedi olmasından dolayı ortaya çıktığından, ribâ (faiz) kapsamına girip girmeyeceği İslam'ın en baştaki dönemlerinden beri, İslam hukukçuları arasında tartışılan konulardan biridir. Bunlardan bazıları, bu şekildeki vade farkının, sadece vadeye karşı borcun arttırılması olarak kabul edip, buradaki farkın ribâ (faiz) olduğunu savunurken; bir kısmı ise, bu şekilde bir satışın faizli olmadığını söylemiştir. Kısacası malın peşin ile vadedi fiyatı arasındaki bu farkın ayrı olması durumunda da faiz (ribâ) niteliğinde olmadığını söylemişlerdir.²⁸⁴

²⁸⁰ İbn-i Âbidin, *Reddül-Muhtar Ale'd-Dürri'l-Muhtar*, trc. Mazhar Taşkesenlioğlu, C. XI, İstanbul: Şâmil Yayınevi, 1986, s. 234.

²⁸¹ M. Talât Karaçizmeli, “İslam Hukukunda Selem Akdi Üzerine Bir İnceleme”, *Diyanet Dergisi*, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, C. XIV, S. 4, 1975.

²⁸² Hatice Kübra Kahya, *İslam Borçlar Hukukunda Selem Akdi*, (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012, s. 133.

²⁸³ Burada kastedilen fark, bir satıcının herhangi bir malın fiyatını peşin olarak 1000 TL, bir yıl vadedi olarak ise 1500 TL olarak tespit etmesi halinde, peşin satış fiyatı ile vadedi satış fiyatı arasındaki 500 TL'lik farktır.

²⁸⁴ Bu konuda farklı görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hayreddin Karaman, Ali Şafak, *İslam Hukukunda Vade Farkı ve Kâr Haddi* 4. b., İstanbul: Ensar Neşriyat, 1987, s. 36-82; Hamdi Döndüren, *İslam Hukukuna Göre Alım-Satım Kar Hadleri*, Balıkesir: İnce Matbaacılık, 1984, s. 162-172; Muhammed Hamidullah, 1423/2002, *Modern İktisat ve İslâm*, çev. Salih Tuğ, İstanbul: Yağmur Yayınevi, 1969, s. 51-53; Süleyman Uludağ, *İslamda Faiz Meselesine Yeni Bir Bakış*, İstanbul: Dergah Yayınları, 1988, s. 127- 131; İsmail Özsoy, *Faiz ve Problemleri*, İzmir: Nil Yayınları, 1993, s. 322; Abdülaziz Bayındır, “İslâm'da Faiz Mefhumu ve Unsurları”, (İSAV

Hız Peygamber (sav), ribâyı ve “rubye”yi yasaklamıştır. “Rubye” ribâ(faiz) şüphesi demektir. Diğer bir ifadeyle alış-veriş işlemlerinde faiz şüphesi her ihtimale karşı faiz gibi kabul edilir.²⁸⁵

Ebû Hureyre'den (r.a.) rivayet edildiği üzere Hz. Peygamber (sav) şöyle buyurmuştur: “Her kim bir satışta iki satış yaparsa o kimse için iki (bedelden ya az olanı alsın yahut da ribâ (faiz) vardır”.²⁸⁶

Bu hadisin doğruluğu konusunda hadis âlimleri tarafından farklı sözler denilmekte, bu hadis geçerli kabul edilse bile, hadisin vade farkıyla ilgisinin olmadığı, bazı hadis şârihlerince özellikle belirtilmektedir. Bazı hadis şârihleri, ise şöyle bir olay ilgili olarak ortaya çıktığını söylemektedirler: Bir kimse (A şahsı) başka bir kimseye (B şahsı) bir dinar para verip, teslimi bir ay sonra olması şartıyla, bir ölçek (kafiz) buğday karşılığında selem satışı yapar. Bir ay olarak belirlenen bu vade zamanı geldiğine, (A şahsı) bir ölçek buğdayı (B şahsından) geri isteyip, satıcının bir ölçek buğdayı tedarik etmesi durumunda (A şahsına hitaben), ‘sana borcum olan bir ölçek buğdayı iki ay vade ile iki ölçek olarak bana sat’ der. Bunun sonucunda ikinci bir satış olur. İşte böyle bir zamanda, bir satışla birlikte iki satış oluşmaktadır. Fakat asıl borç olan bir ölçek buğday, verilmiş olan vadeye rağmen, iki ölçek buğday şeklinde ödenirse ribâ gerçekleşmiş olur.²⁸⁷

Bu şekilde bir satışla, borcunu (örneğin, bir ölçek buğdayı) tam vaktinde vermeyen B kişisi, A kişisine şöyle demektedir; “benim sana şu anda bir ölçek buğday borcum var ancak ben bunu şimdi sana teslim edemiyorum. Bu borcumu iki ay sonra iki ölçek olarak ödeyeyim” diyor. Eğer bu satışta, karşıdaki kişi bu ödemeyi kabul ederse, A kişinin henüz almadığı bir ölçek buğdayı yeni bir vade karşılığında iki ölçek şeklinde almasıyla, bu bir ölçek buğday faiz (ribâ) olmuş olur. Bu durumdaki satış da ‘bir satışta iki satış’ olarak kabul edilir. Tüm bunlardan anlaşılan o ki, ribâ kapsamında fazlalık, vadeli satıştaki vade farkı gibi değildir. Borcun zamanında ödenmemesi durumunda vadeye karşı asıl borca yapılan ilave (temerrüd faizi) dir. Ve bu tarz ilaveler

tarafından yayınlanan. "Para, Faiz ve İslam" İçinde basılmış tebliğle ilgili müzakerelere verilen cevaplar), 1. b., İstanbul: Ensar Neşriyat, 1987, s. 155-159.

²⁸⁵ Ali İhsan Pala, *İslâm Hukukunda İhtiyat İlkesi*, 1. b., Ankara: Fecr Yayınları, 2009, s. 193.

²⁸⁶ Ebû Dâvud, “Buyû”, 20/3444.

²⁸⁷ Beşir Gözübenli, “İslam Borçlar Hukukuna Göre Vadeli Satışlar ve Selem Vadeli Satışlarda Vade Farkı Problemi”, *Erzurum, E A.Ü.D.*, S. 13 (1997), s. 8, 15-16-17,

de cahiliye faizi (ribe'l-cahiliyye) denilen ribânın bir çeşidi olarak kabul edilir ve bu çoğunluğun görüşüne göre haramdır.²⁸⁸

Yukarıdaki örnekte anlatıldığı üzere, taraflar selem akdi üzerine anlaşmaktadırlar. Ancak araya giren vade farkından doğan fazlalık, selem akdini ribâyâ çevirmektedir. Görünüşte selem akdiymiş gibi olsa da, burada ribâ gerçekleşmektedir. Bu durum kanun koyucunun yasakladığı ve onun asla amaçlamadığı, yasakladığı yöntemlerle sonuca ulaşmaya girer. Yukarıdaki örneğe dönecek olursak Allah alış-verişlerde vade farkını ve bundan doğan fazlalık olan ribâyı haram kılmıştır. Ancak yukarıdaki örnekte görünüşte bir akidmiş gibi gözükse de aslında faizli bir işlem bulunmaktadır. Bu yönüyle de şekilciliktir.

3.4. Şüf'a Akdi Bağlamında Şekilcilik

Şüf'a lügatte, “tek”in zıddı olarak “çift” yapmak²⁸⁹, “ilâve etme ve birleştirmek” gibi manalara gelen şüf'a, fikhî anlamda ise, satım ya da başka bir akitle alınan gayrimenkul ya da menkul olan herhangi bir malı, satın alan kimseye mâl olan bedel

²⁸⁸ Her ne kadar fukahânın çoğunluğunun görüşü, vadeli satışlardaki vade farkının riba (faiz) yasağı ve hadislerle sabit olan bir satışta iki satış yasağının kapsamına girmediği şeklinde ise de, Muhammad Hamidullah konuyla ilgili görüş ve değerlendirmeleri inceledikten sonra ulaştığı görüşünü şu şekilde ifade ediyor: “... Peşin fiyatıyla taksitli satış fiyatı arasındaki bu fark, acaba İslâm'a göre meşru mudur, yoksa değil midir? Çok defa bu faizle karışık bir durumdadır. Ve hakikatle İslâm'da faiz yasak edilmiştir. Mesela; peşin 1000 TL, veresiye ayda 50 TL'den iki yılda 1200 TL Yıllık % 10. Bir kaç aydır Hindistan'daki Lucknov şehrinde müesses Nevde Üniversitesinin mecmuası bu meseleyi tetkik nazarına almış bulunmaktadır. Bu mecmuada ifade edildiğine göre bu taksitli satışlar meşrudur. Çünkü satıcı peşin 1000 TL, taksitle 1200TL şeklinde seçime tabi iki aynı fiyat teklif ettiğinden burada kati bir icab yoktur. Alıcı bu iki fiyattan kati olarak kabul rızasını beyan etmesinden itibaren işte o zaman bu icab tekemmül etmiş olur. Bundan sonradır ki akid tamam olur... Fakat bu istidlal tarzı bana hoş gözükmemektedir. Zira ihtiyaç sahiplerinin istismarına zımnen rıza gösterilmiş olmaktadır ki bu gayri ahlakidir. Alıcı bu yüksek fiyatı gönlü rızası olduğu için değil, fakat sadece o şeyi satın almak için başka bir çare bulamadığından dolayı kabul etmektedir. Bundan bir kaç sene evvel bu mesele bana Türkiye'de sorulmuştur. Ben kendi görüşüme göre alıcının güçlük çekmeden kabul edeceği ve o eşyaya olan muhtaçlığının istismar edildiği zehabını vermeyecek olan bir ilave ücret görüşüyle meselenin bir hal tarzına bağlanabileceği cevabını vermiştim... “Muhammed Hamidullah bu teklif ettiği ilave ücreti, satıcının müşterinin ödemelerinin hesaplanmasındaki gecikmelerin takibi için yapılan işlerin karşılığı olarak kabul etmeyi teklif ediyor. Eğer satıcı açıkça faiz talep ederse, o zaman bu faiz olacaktır. Ama eğer faiz değil de yapacağı belirli işler için (iş artışı için) belirli bir ücret talebinde bulunacak olursa, o zaman bu şüphesiz “ücret” olacak ve sabit ve muayyen olmayıp şartlara göre değişkenlik gösterebilecektir. Teklif olarak da Muhammed Hamidullah sadece taksitle satış yapan özel mağazaların faaliyete geçirilebileceğini; bu mağazaların dışında biri normal peşin satış için piyasa fiyatı üzerinden, diğeri taksitli satış için belirli bir ücret ilave edilmiş yüksek fiyatlarla satış yapan aynı mağazadaki aynı satış mahalli bulunabileceğini alternatif olarak göstermektedir. Muhmmmed Hamidullah, 1423/2002, *Modern İktisat ve İslam*, çev. Salih Tuğ, İstanbul: Yağmur Yayınevi, 1963, s. 52-53.

²⁸⁹ Orhan Çeker, *İslam Hukukunda Akidler*, İstanbul: A.H.İ. Yayıncılık, 2006, s. 162.

karşılığında zorla alıp, o mal üzerinde mülkiyet elde etme hakkını ifade eder.”²⁹⁰Şüf’a sadece akarlarda olur.

Ayrıca satılan gayrimenkulü şüf’a ile almaya hak kazanan bu hak sahiplerinin satın alma işlemlerinin gerçekleşebilmesi için şüf’a hakkının mevzuu (meşfu’) ve satılan mal (meşfûun bih) gayrimenkul olmalıdır. Meşfû, sahibinin mülkiyetinden kesin bir şekilde çıkmış ve ivazlı olarak devredilmiş olmalıdır. Şüf’a’ tamamlanıncaya kadar şüf’a sebebinin mevzuu olan gayrimenkul, şefi’in mülkiyetinde bulunmalı, şefi satıma razı olmamalıdır.²⁹¹

Şüf’a hakkını düşürebilmek için hîle(çare) yoluna gitmenin caiz olup olmadığı konusu Hanefiler arasında tartışılmıştır. Önce bu konuda ortaya konulan bazı hîleleri konumuz gereği şekilcilik bağlamında ele alıp inceleyelim.

1) Bir ev satın almak isteyen kimse, satın alacağı eve komşu olan kimsenin şüf’a hakkını kullanarak buna engel olmasından ve kendisinden önce o evi satın almasından korkarsa. Bu durumda şu şekilde bir hîle(çare)’ye başvurulur: Satıcı evin odalarından birini yoluyla beraber satın almak isteyen kişiye tasadduk eder. Sonra müşteri evin diğer kalan kısmını da satın alır. Komşunun şüf’a hakkı bu şekilde düşmüş olur.

2) Satılan bir akarı örneğin bir evi değerinden daha yüksek bir fiyata satın almak şartıyla da şüf’a hakkını düşürmek mümkündür. Şöyle ki: Kişi 100 lira değerindeki bir evi 200 liraya satın alarak peşin olarak 90 lirasını öder. Sonra müşteri olan kişi satıcıya, aslında değeri 10 lira olan bir malı 110 liraya satar. Sonuçta müşteri o evi 100 liraya almış olur. (Müşteri bu evi kanunun ve üçüncü kişilerin gözünde 200 liraya almış sayılır.) Dolayısıyla şefi de bu evi 200 lira ödeyerek satın alabilir. Çünkü 100 liralık bir malı 200 liraya almak zararı kabul etmek anlamına gelir.²⁹²

3) Evini satmak isteyen bir kimse, evini satın almayı dileyen bu kişiden, satmak istediği evinin küçük bir bölümünün karşılığı olarak geceye kadar giymek için bir elbise kiralar. Sonra bu süre geçene kadar bekler. Evin belirlenen bu kısmı müşteriye ait hale gelir. Kalan kısmını da ona satar. Böylece komşunun şüf’a hakkı düşer.²⁹³

²⁹⁰ Dönmez İbrahim Kâfi, “Şuf’a”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (DİA)*, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Araştırmaları Merkezi (İsam), 1992, C. 39, s. 248.

²⁹¹ Köse, *İslâm Hukukunda Kanuna Karşı Hîle*, s. 394.

²⁹² a.g.e., s. 395-396.

²⁹³ a.g.e., s. 397.

4) Şu da şüf'a hakkına sahip olan kişinin hakkını ortadan kaldırmak amacıyla yapılan hilelerdendir: Satıcı kimse evinin küçük bir bölümünü ve evinin kapısına giden yolu bağışlasa ve ardından da alıcı kimseye verse, daha sonra sadaka alan kişi, evin geri kalan bölümünü satın alsa, komşusunun şüf'a hakkı olmaz. Çünkü alıcı bu durumda yol ortağı olmuştur. Onun hakkı komşusunun hakkından önce gelir.²⁹⁴

Şüf'a hakkını düşürmeye yönelik olarak birçok hîle örneğini zikretmek mümkündür. Ancak biz burada çalışmamızın konusunun kapsamına giren birkaç örneği vermekle yetindik. Ayrıntılı bilgi için hiyel kitaplarındaki şüf'a bölümüne atfederek²⁹⁵ mezheplerin bu konudaki tartışmalarına geçelim.

Hanefî mezhebinin iki imamı olan imameynin bu konuda farklı görüşlerde oldukları nakledilmektedir. Ebû Yusuf'a göre şüf'a hakkı, sabit olmadan önce hîleye başvurmak suretiyle onu düşürmek mekruh olmaz. İmam Muhammed'e göre ise tahrimen mekruh olur. Burada Hanefîler Ebû Yusuf'un görüşünü kabul etmişlerdir. Şüf'a hakkı sabit olduktan sonra onu düşürmek için hîleye başvurma mekruh olduğu konusunda ittifak mevcuttur. Ebû Yusuf'a göre şüf'a hakkı sabit olmadan önce onu düşürmek için hîleye başvuran kişi kendisinden zararı gidermek için bunu yapmıştır. Çünkü şüf'a hakkına sahip olan kişi (şefî') burada bu malı onun rızası olmadan almaktadır. Bu durum ise mal sahibinin rızası olmadan malını bir başkasına satmaya zorlamak anlamına gelir ve kişiyi de kendi mülkünde kısıtlamaya tabi tutmaktadır. Bu durum ise mal sahibi olan kişiye zarar getirir. İmam Muhammed'e göre ise bu hakkı düşürmek için hîleye başvuran kişi ona zarar vermeye kasteden kişiyle aynı konumdadır. Bu durum ise mekruhtur. Eğer bu hîleye izin verilirse doğrudan doğruya şüf'a hakkının iptali söz konusudur. Hanefîler, bu konuda Ebû Yusuf'un görüşünü kabul etmektedirler. Şâfiî mezhebine mensup bazı âlimler ise, şüf'a hakkını düşürmek için hîleye başvurma mübah olduğu, haram veya mekruh olmadığı görüşündedirler.²⁹⁶

²⁹⁴ Serahsî, a.g.e., C. XIV, s. 221.

²⁹⁵ Ebû Bekr Alaeddin Ebû Bekr b. Mes'ud b. Ahmed el-Hanefî Kasani, 587/1191, *Bedâiu's-Senâi' fi Tertibi's-Şerâi'*, C. V, Beyrût: Dâru'l-Kütübi'l-Arabî, 1982, s. 34-35; Fetavâyî Hindiyye(Fetevâyî Alemgiriyye), C.XIV, s. 421-424.

²⁹⁶ Köse, İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile, s. 398-399.

3.5. Teverruk Bağlamında Şekilcilik

Teverruk sözlükte, “basılı dirhemler” (gümüş para) manasına gelen “verik” kelimesinden türetilmiş olan “teverruk” daha önceden sadece gümüş para isteği manasına gelirken sonradan altın ve kâğıt para isteğini de içermiştir.²⁹⁷

İstılahtaki manası ise, “Nakit elde etmek için, bir malı vadeli olarak satın alıp teslim aldıktan sonra, onu satıcıdan bir başkasına peşin olarak daha ucuza satma işlemine teverruk denir.”²⁹⁸

Teverruk’un ıstılâhî manası üzerinde fakihler arasında ortak bir görüş bulunmaz. Gerek Hanbelîler gerekse de diğer mezheplerin fakihleri bu kelime ile kastedilen anlamı “Bey’u’l-İne” ile birlikte ele almışlardır.²⁹⁹

Bey’u’l-İne ile aralarındaki fark ise şu şekildedir: Satılan mal, eğer onu satan satıcısına geri dönerse “İne”, eğer mal, sahibine değil de başka bir kimseye satılırsa buna da “teverruk” adı verilir. Ortak noktaları, bir malı veresiye aldığı fiyat üzerinden daha ucuz bir fiyata peşin fiyata satıp kişinin ihtiyaç duyduğu parayı karşılamasıdır.³⁰⁰

Teverruk’un mübah olduğu konusundaki fukahânın delilleri: “Allah, alış-veriş helal kıldı.”³⁰¹ âyeti ile Peygamber Efendimiz (sav)’in Hayber hurmalarıyla ilgili olan, “Adi hurmayı sat, onun parasıyla iyi hurmayı satın al”³⁰² hadisine dayanarak malın bey’u’l-İne’de olduğu gibi sahibine değil de, üçüncü bir kişiye satılmasından dolayı bu işleme insanların ihtiyaçlarına binaen cevaz vermişlerdir.³⁰³ Çünkü burada ribâ kasdı ve ribâ şekli bulunmamaktadır.

Teverruk’un mekruh ya da haram olduğunu savunan âlimlerin görüşleri ise şu şekildedir:

“Hz Ali şöyle söylemektedir: *“İnsanlara ısırtıcı bir zaman gelecektir. Zenginler ellerinde bulundurdıkları mallarıyla -bununla emrolunmadıkları halde- insanları*

²⁹⁷ İsmail Cebeci, “Teverruk”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (DİA)*, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM), 2016, C. EK-2, s. 601-602.

²⁹⁸ Servet Bayındır, “Modern Faizsiz Finansman Araçlarından Teverruk ve Ges’in Fikhî Tahlili”, *Fıkhi Açıdan Finans ve Altın İşlemleri Tebliğ ve Müzakereler Tartışmalı İlmi Toplantı*, Konya: Konevi Kültür Merkezi, 2012, s. 156.

²⁹⁹ Servet Bayındır, “Modern Faizsiz Finansman Araçlarından Teverruk ve Ges’in Fikhî Tahlili”, s. 155.

³⁰⁰ Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile*, s. 392.

³⁰¹ el-Bakara, 2/275.

³⁰² el-Muvattâ’, “Büyû”, 20-21; Buhârî, “Büyû”, 89, “Vekâlet”, 3; Müslim, “Müsâkât”, 95.

³⁰³ Cebeci, a.g.e., s. 601-602.

ısıracaklardır(şiddetli davranacaklar). Allah'ü Teâla, “Aranızdaki iyiliği unutmayın”³⁰⁴ buyurmuştur. Hz Peygamber(sav) de zor durumda kalan bir kimsenin bu durumundan yararlanarak alış-veriş yapmayı, meçhul olan alış-verişi ve olgunlaşmadan önce meyve satışını yasaklamıştır.”³⁰⁵ Bu hadisten şu şekilde bir çıkarım yapılmıştır:

Peygamber Efendimiz (sav)zor durumda olan bir kimsenin bu halinden yararlanarak alış-veriş yapılmasını yasaklamıştır. Bu yasaklama haram kılma anlamına gelmektedir. Teverruk zor durumda kalındığında başvurulacak bir çaredir. Çünkü zengin olan kimseler borç vermek istememektedir. Bu yüzden borç isteyen kimsenin aradığı parayı bulabilmesi için kendinden bir mal satın almaya ve aynı malı bir başkasına satmaya zorunlu hale getirmektedir. Bu şekildeki zor durumda kalan bir kimsenin bu halinden yararlanarak alış-veriş yapılması yasaklanmıştır.³⁰⁶

İbn Kayyim el-Cevziyye (ö. 751/1350) de bu konuda şöyle söylemektedir: “Bu alış-veriş de Bey’u’l-İne’de olduğu gibi ribâyâ çok benzemektedir. Çünkü müşterinin maksadı paraya ulaşmaktır. Bu yüzden Ömer b. Abdilaziz, ‘teverruk ribânın kardeşidir.’ demiştir. Hatta bu alış-verişte ribâyâ ulaşma maksadı Bey’u’l-İne’den daha çoktur. Çünkü burada malın satın alınıp sonra da daha ucuza başka bir kimseye satılması söz konusudur.”³⁰⁷

Tevverukun caiz olmadığını iddia edenlere göre burada yapılan bir hîle olup, fıkıhın şekilcilik yönünden istifade edilerek haram olan bir şeye ulaşmak amaçlanmıştır.

3.6. Hülle Bağlamında Şekilcilik

İslamiyet’ten önce cahiliye döneminde talâk konusunda herhangi bir sınırlama bulunmamaktaydı. Bir adam karısını istediği kadar boşayıp, kadının iddetini tamamlamadan tekrar alabiliyordu. Adam talâk vasıtasıyla karısına zulmetmiş oluyordu. Bu şekildeki bir durumda ensardan bir sahâbî karısını tekrar tekrar boşayıp iddeti tamamlanmadan geri almıştı. Bu haksızlığa uğrayan kadın; “Aile hayatımız devam etmeyecekse beni boş” dedi. Kadının bu isteğine kocasının verdiği cevap ise; “Allah’a

³⁰⁴ el-Bakara, 2/237.

³⁰⁵ Ebû Dâvûd, “Büyû”, 25.

³⁰⁶ Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile*, s. 393.

³⁰⁷ a.yer

yemin ederim ki seni ne alırım ne de boşarım” şeklinde olunca talâk hükümlerini düzenleyen şu ayetler indirildi:³⁰⁸

*(Dönüş yapılabilecek) boşama iki defadır. Sonrası, ya iyilikle geçinmek, ya da güzellikle bırakmaktır. (Evlilikte) tarafların Allah'ın belirlediği ölçüleri koruyamama endişeleri dışında kadınlara verdiklerinizden (boşanma esnasında) bir şeyi geri almanız sizin için helal olmaz. Eğer onlar Allah'ın belirlediği ölçüleri gözetmeyecekler diye endişe ederseniz, o zaman kadının (boşanmak için) bedel vermesinde ikisine de günah yoktur. Bunlar Allah'ın koyduğu sınırlardır. Sakın bunları aşmayın. Allah'ın koyduğu sınırları kim aşarsa onlar zalimlerin ta kendileridir.*³⁰⁹

*Eğer erkek karısını (üçüncü defa) boşarsa, kadın, onun dışında bir başka kocayla nikâhlanmadıkça ona helal olmaz. (Bu koca da) onu boşadığı takdirde onlar (kadın ile ilk kocası) Allah'ın koyduğu ölçüleri gözetebileceklerine inanıyorlarsa tekrar birbirlerine dönüp evlenmelerinde bir günah yoktur. İşte bunlar Allah'ın, anlayan bir toplum için açıkladığı ölçüleridir.*³¹⁰

Bu ayetler boşamanın üçle sınırlandırılmış olduğunu ve üç talâk ile boşanmış bir kadının kendisini boşayan kocasına tekrar geri dönebilmesi için başka biriyle fiilen evlenip ikinci kocanın da bu kadını boşaması ya da ölümü sonucunda kadının serbest kalmasını şart koşar. Bundan sonra kadın iddetini bekler. Bu şekilde üç talâk ile boşanmış bir kadını ilk kocaya helal kılmak amacıyla yapılan şeklî evliliğe “hülle” denilir. Üç talâk ile boşanmış olan bir kadını kendisini boşayan kocasına helal kılmak amacıyla yapılmış olan evlilik, bu kadını o kocasına helal kılar mı? Ayrıca ayette belirtilen “bir başka kocayla nikâhlanmadıkça” ifadesi sadece nikâh akdine mi yoksa fiilî evliliğe mi işaret etmektedir?³¹¹ Şimdi de bu konudaki mezhep imamlarının görüşlerini ve tartışmaları ele alalım.

İslam hukukçularının çoğunluğuna göre üç talâk ile boşanmış olan bir kadın bir başkasıyla yaptığı nikâh akdiyle eski kocasına helal olmaz. Gerçek ve fiilî evlilik de şarttır. Ancak Said b. el-Müseyyeb (ö. 94/773)’e göre sadece nikâh akdiyle de helallik oluşur. Ancak diğer İslam alimleri bu görüşe karşı çıkmışlardır. Sadrüşşehîd (ö.

³⁰⁸ Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile*, s. 358.

³⁰⁹ el-Bakara, 2/229.

³¹⁰ el-Bakara, 2/230.

³¹¹ Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile*, s. 358-360.

536/1141) bu görüşün hüllecileri lanetleyen meşhur olan hadise³¹² aykırı olduğu düşüncesinden yola çıkarak bu görüşe dayanarak fetva verenlerin Allah'ın, meleklerin ve bütün insanların laneti altında olduklarını söylemiştir. Diğer yandan ise hüllecileri lanetleyen hadisin Saib b. el-Müseyyeb'e ulaşmamış olduğu görüşündedir. Yine İslam hukukçuları bu görüşe göre hüküm veren hâkimin hükmünün geçersiz olduğu görüşündedirler.³¹³

Ayetten kastedilen şey nikâh akdi mi? Yoksa cima mıdır? Cima olmadığı sürece kadın ilk kocasına helal olmaz görüşünde olan İslam hukukçuları aynı ayetten yola çıkarak şu görüşleri ortaya koymuşlardır: Burada nikâhtan kastedilen şey cimadır. Çünkü nikâh kelimesi sözlükte gerçek anlamda toplamak, eklemek anlamına gelmektedir. Bu durum ise cimada ortaya çıkar. Akit ise buna götüren sadece bir sebeptir. Buna göre nikâh gerçek anlamda cima, mecâzi olarak ise akit için kullanılmıştır.³¹⁴

Hülle şartı konusunda Hanefî mezhep imamları arasında görüş ayrılığı bulunmaktadır. Üç talak ile boşanmış olan bir kadın, bir kimseye, “benimle evlen ve beni eski kocama helal kıl” derse yahut ikinci şahıs kadına, “seninle evlenip seni ilk kocana helal kılacağım” derse bu şekilde öne sürülen şartlar mekruhtur. Ebû Hanife (ö. 150/767) ve İmam Züfer (ö.158/775)'e göre ise nikâh geçerlidir ve şart geçersiz kabul edilir. Bu şekildeki bir evlilik sona ererse kadın ilk kocasına helal olur. İmam Ebû Yusuf (ö. 731/798)'a göre ise ikinci nikâh fâsittir. Cima gerçekleşse de kadın ilk kocasına helal olmaz. İmam Muhammed(ö.189/805)'e göre ise bu şekildeki bir evlilikte şart batıl nikâh akdi geçerli olmakla beraber kadın ilk eşine helal olmaz.³¹⁵

Ebû Hanife'nin bu görüşünü hileli ve muvâzaalı bir yola cevaz vermesi olarak değil de, onun hukuki işlemlerin dini sonuçlarıyla şeklî ve hukuki sonuçları arasında ayırım yapmasının ve hukuki işlemlerde mümkün olduğunca şeklî, zahirî ve objektif kıstasları benimsemesinin bir sonucu olarak kabul etmek gerekir. Ebû Yusuf'a göre helal kılma şartı süre tayini anlamına gelir. Ve bunun da geçici evliliğe işaret ettiğini,

³¹² Ebû Hureyre (r.a.)'den rivayet olunduğuna göre Rasûlullah (sav) :” Hülle yapana ve kendisi için yapılan Allah lanet etsin” buyurmuştur. (Seyyid Sâbık, Fıkhu'Sünne Ayet ve Hadislerle İslam İlmihali ve İslam Hukuku, çev. Tayyar Tekin, C. II, İstanbul: Pınar Yayınları, 1992, s. 323.)

³¹³ Saffet Köse, “Hülle ve Hüllecilik Konusuna İslam'ın Bakışı”, *Sakarya, Mehîr Dergisi*, S. 2 (1998), s. 44.

³¹⁴ Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile*, s. 361.

³¹⁵ Serahsî, a.g.e., C. VI, s. 9; Fetâvâyî Hindîyye (Fetâvâyî Alemgiriye), C. I, s. 474-475.

herhangi bir süreye dayalı nikâh akdinin geçerli olmayıp kadını ilk kocasına helal kılmayacağını ileri sürmektedir. İmam Muhammed'e göre ise helal kılmak şartıyla nikâh akdi yapanlar kanun koyucunun tehir ettiği bir şeyi acele olarak elde etmek istemektedirler.³¹⁶

Şafiî mezhebine göre ise üç talâk ile boşanmış olan bir kadını, kocasına helal kılmak maksadıyla yapılan nikâh müt'a nikâhıdır. Müt'a nikâhı ise bir adamın bir kadın ile bir günlüğüne veya bir aylığına yahut bir beldeden çıkana kadar ya da üç talâk ile boşanmış olan eski kocaya kadını helal kılabilmek için cima gerçekleşinceye kadar süre tayinleriyle yapılan nikâh ile olur. Bunda ebedi bir nikâh maksadı olmadığından cima yasaktır. Peygamber Efendimiz(sav)'in yasakladığı hülle nikâhı da müt'anın bir çeşididir. Çünkü cima için yapılmıştır. Bundan sonra da nikâh akdi sona erecektir.³¹⁷

Malikîlere göre hülle şartı veya ikinci kocanın helal kılma maksadının bulunduğu nikâh akdi fasittir. İster zifaktan önce isterse de zifaktan sonra olsun bu durum ortaya çıktığında nikâhın feshi gerekir. Böyle bir şart tespit edildiğinde bir bâin talâk meydana gelir. Bu durumda kadın ilk kocasına helal olmaz. Böyle bir şart ve niyete sahip olan kadın, koca, veliler ve şahitler cezalandırılır. Fakat ikinci koca görünüşte hülle şartını kabul edip asıl niyeti kadını nikâhı altında tutmak ise nikâh diyâneten sahihtir ve daha sonra kadını boşaması durumunda veya ölümü halinde kadın ilk kocasıyla evlenebilir.³¹⁸

Hanbelîler'e göre de hülle amacıyla veya bu şart ile yapılan nikâh akdi haramdır, bâtıldır. Akitten önce şart koşulup akit yapılırken şart söylenmez ancak bu şekilde bir niyet bulunur ise veya şart olmadığı halde helal kılma amacıyla evlilik gerçekleşirse nikâh bâtıl olur. Ahmed b. Hanbel'e: “Kadın bilmediği halde bir başkası onu kocasına helal kılmak maksadıyla evlenirse hükmü nedir? Diye sorulduğu zaman o “muhallil”dir, mel'ûndur.” diye cevap vermiştir. İkinci kocaya akit gerçekleşmeden önce helal kılma şartı koşulsa ve o da gerçek anlamda bir evliliğe niyet ederek evlense akit sahihtir. Çünkü hülle şartı da niyeti de yoktur. Evlenecek olan kadın veya kadının velisi yahut ilk

³¹⁶ Saffet Köse, “Hülle”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (DİA)*, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı İslam Araştırmaları Merkezi (İSAM), 1998, C. 18, s. 476.

³¹⁷ Şirbinî, *Muğni'l-muhtâc*, C. III, s. 182-183.

³¹⁸ Köse, “Hülle ve Hüllecilik Konusunda İslam'ın Bakışı”, s. 46.

kocas1 h1lleyi kastetse de akde zarar vermez. 1nk1 kadını tutmak veya boşamak ikinci kocanın iradesindedir.³¹⁹

Sonuç olarak 11 talâk ile boşanmış bir kadını ilk kocasına helal kılmak amacıyla veya bu şartla yapılan nikâh akdini İslam hoş karşılamamıştır. Bu şekilde gerçekleşen nikâh akdi hileli bir nikâh akdidir. Hileye başvuran bir kişi ise kanun koyucunun maksatlarını bir tarafa bırakarak kendi isteklerini gerçekleştirmek istemektedir. Oysaki hile ile bunları değiştirmek mümkün değildir. İkinci kişinin boşayan kocaya kadını helal kılmak, diğer bir deyişle ayetteki evlilik şartını yerine getirmek amacıyla onunla evlenmesi şekil bakımından kusursuz bir muamele gibi göz1kse de akdin ruhuna aykırı olan bir unsuru, hile kastını bulundurmaktadır.³²⁰

3.7. M1t'a Nikâhı Bağlamında şekilcilik

Sözlükte “menfaat, faydalanma” anlamına gelir. Fıkıhta ise talâk, nikâh ve hac kelimelerine izâfe edilerek farklı anlamlarda kullanılır. M1t'a değişik k1lt1rlerde ve coğrafyalarda farklı bi1imlerde varlığına rastlanılan ge1ici bir evliliktir.³²¹ Aralarında evlenme engeli bulunmayan kadın ile bir süreliğine bir mal karşılığında beraber yaşamak 1zere anlaşmalarıdır.³²² Buna muvakkat evlilik, kesintili, süreli evlilik adı da verilmektedir. Bu da kişinin bir kadın ile bir g1nl1ę1ne ya da bir haftalığına ya da bir aylığına ya da bunun dışında bilinen herhangi bir m1ddetle evlenme akdi yapmasıdır.³²³ M1t'a İslâm'ın ilk zamanlarında yapılmış ancak daha sonraki zamanlarda tamamen yasaklanmıştır.

Cahiliye devrinde uygulanan bu nikâhla kadın ailesiyle birlikte yaşar, eşine bir çadır, bir de mızrak verirdi. Kadın bu nikâhı bitirmeyi arzu ederse; adının kapısını g1rd1ę1 tarafın tam tersine çevirir, adam bu olaydan sonra kabilesine geri d1nerdi. Bu

³¹⁹ K1se, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile*, s. 366.

³²⁰ a.g.e., s. 372; K1se, “H1lle ve H1llecilik Konusunda İslam'ın Bakışı”, s. 49.

³²¹ İbrahim Kâfi D1nmez, “M1t'a”, *T1rkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (DİA)*, İstanbul: T1rkiye Diyanet İslam Araştırmaları Merkezi (İSAM), 2006, C. 32, s. 174.

³²² Osman Kaşıkçı, “Mut'a Nikâhı”, *Erzincan, T.H.T.A.D.*, S. 3 (2007), s. 43.

³²³ Abdulazim b. Bedevî el-Halefî, *Kur'an ve S1nnet Işığında Ana Hatlarıyla İslâm Fıkıhı*, ev. M. Beşir Eryarsoy, 1. b., İstanbul: Guraba Yayınları, 2007, s. 319.

çeşit bir evlilikten dünyaya gelen çocuklar kadınıdır, “filan kadının çocuğu” denilerek çağrılırlardı.³²⁴

Burada sonuç olarak Müt’a nikâhının geçersiz olabilmesi için gerçekleştirilen şeyler, şekilcilik kapsamında değerlendirilebilir.

3.8. Telcie Bağlamında Şekilcilik

Sözlükte “himaye altına sokma, bir işlemi yapmak zorunda kalma” anlamındaki telcie (ilcâ) kelimesi sözlükte “ıztırar”la eşit sayılmakla birlikte aralarında bazı değişiklikler vardır. Fıkıhta bir kimsenin, herhangi bir zor durumla karşı karşıya geldiğinde çaresiz kalması ve içindeki iradenin dışı yansımamasıdır.³²⁵

İki arkadaş aralarında bir malı telcie yoluyla bir satım akdi gerçekleştirmeden önce biri diğerine akit gerçekleşmeden önce diğer kişiye dönerek, “Bana göre bu malı sahih bir satış ile satmamız daha uygundur.” Demesiyle arkadaşının susması, taraflar arasında bu durumdan akit gerçekleşmeden önceki bir durumun bilinmesi anlamını ifade eder.³²⁶

Telcie satışında üç mesele vardır:

Birinci mesele: Telcienin satılan mal üzerinde olması. Bu, bir kimsenin malını zalim bir kişinin gasp etmesinden korkarak “Ben satıyor gibi yapacağım, ama satmayacağım” şeklinde söylemesi ve bu dediğine başkalarını da şahit tutması, sonra herhangi bir şart koşmaksızın, o malı görünüşte satmasıdır. Ebû Hanife’ye göre bu, caiz bir akitir. Çünkü taraflar sahih bir akit gerçekleştirmişlerdir. Önceden kendi aralarında belirlemiş oldukları şartları akit esnasında söylememişlerdir. Ebû Yusuf ise bu akdin batıl ve geçersiz olduğunu söylemiştir. Çünkü bunlar akdi kastetmeyeceklerine dair aralarında anlaştıklarından şakayla akit yapmış gibi olmuşlardır. Onun için bu akit gerçekleşmiş sayılmaz.³²⁷

³²⁴ Murat Sarıcık, “Cahiliye Nikahı Mut’a ve Diğer Cahiliye Nikahları”, *Isparta, S.D.Ü.İ.F.D.*, S. 3 (1996), s. 41-42.

³²⁵ Cengiz Kallek, “Telcie”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (DİA)*, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Araştırmaları Merkezi (İsam), 1992, C. 40, s. 397.

³²⁶ Ömer Faruk Habergetiren, “İslam Hukuku Muamelât Konularında “Sükûta” Rıza Anlamı Verilen İşlemler”, *İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırmaları Dergisi*, C. I, S. 2 (2012), s. 149-150.

³²⁷ Mavsılî, a.g.e., C. I, s. 398-399; Esad Muhammed Sâid es-Sâğircî, *el- Fıkhu'l-Hanefiyyu ve Edilletuhû*, çev. Halil Aldemir, Savaş Kocabaş, haz. Soner Duman, İstanbul: Karınca Polen Yayınları, 2010, s.491.

İkinci mesele: Telcie'nin bedel üzerinde olması. Bu da gizlice 1000 üzerinde anlaşılpar görünüşte 2000'e satmış gibi akit yapmalarıdır. Ebû Yusuf göre burada gizlice anlaşılpar paraya itibar edilir. Çünkü bunlar ikinci bini kastetmediklerine dair anlaşılparlarından, açığa vurdukları miktar konusunda şaka yapmış gibidirler. Ebû Hanife'ye göre ise açıktan söylemiş oldukları fiyata itibar edilir. Çünkü akitte söylenen odur ve akid onunla gerçekleşmiştir. Gizlice anlaşılparları fiyatın hükmü ise, akid esnasında söylemediklerinden dolayı, ortadan kalkmış olur.³²⁸

Üçüncü mesele: Telcie'nin para niteliğinde olması. Bu ise tarafların mesela 10.000 dolara anlaşılpar, açıkta 10.000 liraya alış-veriş yapmalarıdır. Muhammed b. Hasan şöyle demiştir: Kıyasa göre bu akdin batıl ve fasid olması gerekir. Çünkü aralarında anlaşılparları para türünü söylememişler, akitte söylediklerini ise kastetmemişlerdir. Böylece bedel düşmüş ve satılan mal da bu durumda bedelsiz kalmıştır. Bu yüzden bu akid sahih olarak kabul edilemez. Ancak istihsana göre akid, gizlice anlaşılparları on bin dolara sahih olarak gerçekleşir. Çünkü onların yapmayı kastettikleri şey bâtil değil sahih bir akitir. Caiz olan ise sadece açıkça söylenen fiyatla yapılmış olandır. Burada sanki onlar gizli anlaşılparları fiyattan vazgeçip açığa vurdukları fiyatta karar kılmışlardır.³²⁹

3.9. Sedd-i Zerâi' Bağlamında Şekilcilik

Hiyel (tekil olarak: hîle), “genel anlamda kişinin sözleri veya fiilleri ile onun niyet ve maksadının farklı olmasıdır.” Hiyelin bir başka tanımı da şu şekildedir: “Hîle; amel ve tasarrufları şeklen ve zahiren fıkha uygun hale getirmek, yasak olan hususları görünüşte meşru olarak yapabilmek için bulunan çareler, yollar ve çıkış noktalarıdır.” Hîle meşrû olup olmaması açısından ikiye kısıma ayrılmıştır.³³⁰

Meşrû olan hiyel: Burada mükellef olan kişinin dini bir sorumluluktan kaçınma veya onu ihmal etme gibi bir kastı yoktur. Bununla beraber onu bu yola sevkeden geçerli bir sebebi vardır.³³¹ Örneğin; keffâret orucu tutan bir kimsenin, tuttuğu oruç,

³²⁸ Esad Muhammed Sâid es-Sâğircî, a.g.e., s.491; Kallek, “Telcie”, a.g.e., s. 397.

³²⁹ Mavsılî, a.g.e., s. 398-399. ; Esad Muhammed Sâid es-Sâğircî, a.g.e., s.491.

³³⁰ Fahrettin Atar, *Fıkıh Usûlü*, 9.b., İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, 2011, s. 100.

³³¹ Şevket Topal, *İslam Hukuk Düşüncesinde Sedd-i Zerâi (Kötülüğe Götüren Yolların Kapatılması)*, İstanbul: Ahenk Yayınları, s. 71.

eğer farz olan Ramazan orucuna denk gelirse bu durumda yolculuğa çıkar.³³² Bu yöntem onun geri kalan orucunu sonradan tamamlaması için bir çıkış yoludur.

Meşrû olmayan hiyel ise: Mükellef olan bir kimsenin, dini bir sorumluluktan kaçınma ya da onu ihlal etme amacına yönelik olarak yaptığı hiledir. Bu türdeki hileler dinen meşru ve geçerli bir çözüm yolu değildir. Örneğin; Zekât mükellefiyetinden kurtulmak için malın üzerinden bir yıl geçmeden hileli bir şekilde bir başkasına devretmek.³³³

Sedd-i Zerâi ile hiyel şeklen benzerlik göstermekle birlikte, ikisi farklı şeylerdir. Her iki kavram içeriği bakımından incelendiğinde sedd-i zerâi’de daraltıcılığın, hiyelde ise genişleticiliğin ön plana çıktığını görürüz.³³⁴ Hiyel üç kısımdan oluşur.

-Yapılan muamelenin şeklen kanuna uygun ve kusursuz olması. Bundan dolayı hiyelde kullanılan vasıtalar dinen meşrudur.

-Kanun koyucunun ortaya koyduğu kanunun ruhuna ve maksadına aykırı olması. Kanunun ruhuna ve maksadına aykırı bir sonucun elde edilmesi.

-Kanuna karşı hîle kasdı.³³⁵

Hîle ile sedd-i zerâ-i arasındaki en belirgin fark hîle kastıdır. Sedd-i zerâi’de mükellef olan kişinin ortaya koymuş olduğu fiillerinin niyetine bakılmaz. Şâtıbî (ö. 790/1388)’ye göre; “tekliî hükümler açısından bakıldığında amel ile kişinin niyetinin uyumlu olması gerekir. Ancak ibadet alanı dışındaki, yargı alanındaki konularda(bu alan dünyevî alandaki hükümler ile ilgilidir) niyetin sözlü olarak ifade edilmesi ve amel ile niyetin uyum içerisinde olması şart değildir.” Şâtıbî’nin ortaya koymuş olduğu tespitlerini sedd-i zerâi’ye uygularsak, bir kimsenin ameli niyetine uygun olmasa dahi eğer sonuç olarak mefsedete ulaştıracaksa, kişinin niyetine bakılmaksızın, İslam hukuku ortaya çıkacak olan sonuçlara bakarak, bu fiilin aslı sebebiyle yasaklamaya gidebilir.³³⁶

Hiyel ile Sedd-i zerâi arasında konu açısından da farklılıklar vardır. Örneğin hiyelde; zekât mükellefiyetinden kurtulmak için, malı şeklen bir başkasına devretmede olduğu gibi metotlarla, kanunu bilerek ve isteyerek bir ihlal söz konusudur. Bu durumda

³³² Atar, a.g.e., s. 100.

³³³ Atar, a.g.e., s. 100.

³³⁴ Topal, a.g.e., s. 72.

³³⁵ Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile*, s. 112.

³³⁶ Topal, a.g.e., s. 72.

muamele şeklen hibe veya sadaka gibi gözüксе de maksat zekâtıtan kaçmaktır. Buradan da anlaşılacağı üzere hîleli işlemeler şeklen hukuka uygun ancak kanun koyucunun vazettiği normun asıl gayesini ortadan kaldırmayı amaçlayan işlemlerdir.³³⁷ Oysaki sedd-i zerâi’de yasaklama yoluna gidilen fiiller, mübah olan fiillerdir. Bu nedenle hiyel, sedd-i zerâi’ye göre daha kolay tespit edilebilir. Çünkü hiyeldeki ihlal edilen kanunlara baktığımızda onların dinin açık ve kesin olan hükümleri olduğunu görürüz.³³⁸

Hîle dinen yasaklanan fiillerin şeklen mübah hale getirilmesi, diğer bir şekilde ifade edecek olursak kanuna karşı hîlenin amaçlanmasıdır. Oysaki sedd-i zerâi’nin amacı, şeklen geçerli ve hukuka uygun olan fiillerin harama yol açmayacak şekilde daha önceden yasaklanması durumudur. Bu nedenle sedd-i zerâi’nin kabul edildiği hallerde hiyel, hukukî bir çıkış olarak meşruiyet kazanmaz. Hiyelde mükellef olan kişi asıl niyetini saklar. Sedd-i zerâi’de ise mükellef olan kişilerin niyetine bakılmaz, onların fiillerinin sonucuna bakılır. Eğer ki fiil kötülüğe yol açacaksa daha öncesinde tespit edilerek yasaklanır. Bu anlamda hiyel, sedd-i zerâi bakımından yasaklanmış olan bu fiillerin bir kısmını oluşturmaktadır.³³⁹

3.10. Zekât Bağlamında Şekilcilik

Zekât mal ile yapılan bir ibadettir. Allah’ü Teâla, dinen zengin sayılan yani nisap miktarı mala sahip olanların Kur’an-ı Kerim’de Tevbe sûresinde belirtilen kişilere,³⁴⁰ belirlenen miktarlarda zekât vermelerini emretmiştir. Zekât mükellefiyetinden kurtulmak için bazı hileler bulunmaktadır.³⁴¹ “Zekât korkusuyla ayrı olan mallar bir araya toplanmaz; toplu olanlar da dağıtılmaz.”³⁴² Bu hadis-i şerif, zekât mükellefiyetinden kurtulmak veya zekât mükellefiyetini azaltmak için başvuru olan hileleri yasaklamaktadır.

Buna göre zekâtta hîle ile ilgili şöyle deriz: Zekâtın amacı insanlarda bulunan cimrilik duygusunu kaldırmak ve ihtiyaç sahibi olan kimselerin ihtiyaçlarının giderilmesidir. Böyle bir durumda, bir kimse zekât mükellefiyetinden kurtulmak için

³³⁷ Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile*, s. 119.

³³⁸ Topal, a.g.e., s. 73.

³³⁹ Topal, a.g.e., s. 73.

³⁴⁰ el-Tevbe, 9/60.

³⁴¹ Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile*, s. 401.

³⁴² Buhârî, “Zekât”, 34; İbn Mâce, “Zekât”, 11; Nesâî, “Zekât”, 5, 10, 12.

malını başka bir kimseye hibe etse ve ardından da hibe ettiği parayı diğer yıl içerisinde ya da daha öncesinde geri alsa, Böylesi bir davranış hem insanda bulunan cimrilik duygusunu daha da artıracak hem de yoksul olan kimselerin ihtiyaçlarının giderilmesi maslahatını ortadan kaldıracaktır. Bu şekilde yapılmış olan hibe, Şâri'in mendup saydığı bir hîle olamaz. Çünkü gerçek hibe, ihtiyaç sahiplerinin ihtiyaçlarının giderilmesini sağlar. Buradaki hibe ise bunun tam tersidir.³⁴³

İslam âlimleri küçükbaş hayvanların(koyun-keçi) zekât miktarlarını şu şekilde belirlemiştir: “40-120 arası 1 koyun-keçi; 121-200 arası 2 koyun-keçi; 201-399 arası, 3 koyun-keçi; 400-499 arası 4 koyun-keçi...”³⁴⁴ Buna göre 60 tane koyuna sahip olan bir kimsenin 1 tane koyun zekât vermesi gerekir. Bu kimsenin zekât mükellefiyetinden kurtulmak için koyunlarını 30'ar şekilde iki kısma ayırması, 40'ar tane koyuna sahip olan iki kişinin ayrı ayrı 1'er tane koyunu zekât olarak vermektense mallarını birleştirerek 1 tanesini zekât olarak vermeleri birer hiledir.³⁴⁵

Kanuna karşı hilenin unsurlarından birisi de hîle kastının bulunmasıdır. Bir kimsenin zekât mükellefiyetinden kurtulmak için nisap miktarına ulaşmış olan malının bir kısmını bir kimseye tasadduk etmesi, ardından da o kimsenin bunu, malın sahibine hibe olarak vermesi olayında da hîle bulunmaktadır.³⁴⁶

Mesela zekâtla mükellef olacak kadar mala sahip olan bir kimse kendisinden zekatın farziyetini düşürmek isterse bu maldan nisabı eksiltecek kadarını sene dolmadan bir fakire tasadduk etmesi malının bir kısmını veya tamamını küçük çocuğuna bağışlaması³⁴⁷ durumunda muamele şeklen hibe veya sadakadır. Ancak amaç zekâtтан kaçınmaktır. Bu durumda şekil itibarıyla muamele kusursuz olsa da ve bu yola başvuran kimsenin savunacağı şey, hibe ve sadakanın meşru bir yol olduğu ve kendisinin de buna tabi olduğudur.³⁴⁸

³⁴³ Şâtîbî, a.g.e., C. II, s. 388. “Meşrû hibe, Şâri'in zekâtta gözetmiş olduğu cimrilik duygusunun ortadan kaldırılması, insanlara yardımcı olunması, onlara iyilikte bulunulması amacına ters düşmez. Şekli hibe ise, -mükellefin belirttiği şekildegerçekleşen hibe gibi- Şâri'in hibeden gözetmiş olduğu amaca ters düşer.”

³⁴⁴ Serahsî, a.g.e., C. II, s. 182; İbrahim Halebî, *Mevkûfat Mültekâ Tercümesi*, sad. Ahmed Davudoğlu, C. I, İstanbul: Sağlam Yayınevi, 1991, s. 354.

³⁴⁵ Köse, *İslâm Hukukunda Kanuna Karşı Hile*, s. 402.

³⁴⁶ a.g.e., s. 404.

³⁴⁷ Fetevâyi Hindiyye(Fetâvâyi Alemgiriyye), C. VI, s. 391.

³⁴⁸ Köse, *İslâm Hukukunda Kanuna Karşı Hile*, a.g.e., s. 119.

İmam Gazzâli (ö.505/1111) şöyle demiştir, “Ebû Yusuf zekât borcunu düşürmek için senenin tamamlanacağı sırada malını karısına hibe eder, sonra da hanımı kendisine bağışlar ve bu şekilde mal bir yıl elde kalmazmış. Ebû Hanife bunu duyunca: ‘Evet bu onun fıkhi anlayışıdır’ diyerek tasdik etmiştir. Sonra Gazzâli bu sözlerin doğruluğundan yola çıkarak şu değerlendirmeyi yapmaktadır: “Bu anlayış fıkhn dünyevi açıdan çözümüdür. Bunun ahirette zararı her türlü cinayetten daha büyüktür. Bu gibi ilimler zararlı ilimlerdir.” demiştir.³⁴⁹

Bu meselenin Ebû Yusuf’a nispeti hatalıdır. Çünkü, Kitâbu’l-Harâc’taki ifadelerine aykırı düşmektedir. Ebû Yusuf’a Harâc’ta: “Allah’a ve ahiret gününe iman eden hiç kimse her ne şekilde ve hangi sebeple olursa olsun hîleye başvurarak zekâta mani olmanın helal olmadığını söylemektedir.” Serahsî de (v. 483/1090) Emâlî’deki bu görüşü şüpheli bulmuştur. Emâlî’deki bu rivayete göre Ebû Yusuf şöyle demektedir: “Bir kimsenin 200 dirhemi (nisap miktarı malı) olsa, üzerinden 1 yıl geçmesine 1 gün kala 1 dirhemini sadaka olarak verse, bu mekruh olur mu? Bu şahıs 1 dirhem tassadduk etmiş ve ondan sonra sene tamamlanmıştır. Dolayısıyla bu kimsenin elinde nisap miktarı malı kalmamıştır. O halde ona zekât gerekmez. Hiç kimse de bunun mekruh olduğunu ya da bunda bir günah bulunduğunu söyleyemez.” Bu örnekte anlatılan kimsenin yapmış olduğu tasadduk hîle maksadıyla yapılmamıştır. Ebû Yusuf’un tartışmalara sebep olan bu ve buna benzer örneklerini Harâc’taki görüşünü esas alarak, bunda hîle kastının olmadığını ve kendiliğinden meydana gelen olaylar için verilen bir cevap olarak değerlendirmek daha doğru olacaktır.³⁵⁰

Burada da görüldüğü gibi hileli muameleler şeklen hukuka uygun ve kanun koyucunun vazettiği normun asıl gayesini ortadan kaldıran işlemlerdir.

3.11. Musarrât

Musarrât sözlükte; “biriktirmek, toplamak, tutmak” anlamına gelen “sarr” kökünden türetilmiş ve “bağlamak” manasına gelir. Hayvanın sütü bol gözüksün diye, satıştan birkaç gün önce sağılmamış halde bekletilmiş olan süt hayvanı için kullanılır.

³⁴⁹ Saffet Köse, “Hîle-i Şer’iyye Konusunda Ebû Hanife’ye Yöneltilen İthamlar”, *Konya, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S. 19 (2012), s. 152.

³⁵⁰ Murat Şimşek, “Gazzâli’ye Göre Fıkhn Dünyeviliği Meselesi”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S. 21, (2013), s. 180-181.

Hayvanın memesinde sütü bu şekilde biriktirmeye tasriye denilir.³⁵¹ Musarrât hadisi olarak bilinen hadis-i şerifte: “*Kim sütü biriktirilmiş bir koyun satın alırsa, ona üç gün süreyle muhayyerlik verilir.*”³⁵²

Musarrât hadisinde tasriye yasaklanmıştır.³⁵³ “Develerin ve koyunların memelerinde sütü biriktirerek olduğundan fazla verimli şekilde göstermeye çalışmayın. Bir kimse böyle bir durumdaki hayvanı satın aldıysa ve sütünü de sağdıysa iki durumdan birisini seçmekte özgürdür: Bu haliyle razı olursa hayvanı yanında tutar (Sözleşme olduğu şekliyle kalır). Razı olmazsa hayvanı iade eder ve bir sa’ hurma verir.”³⁵⁴

Bu görüş Hanefilerin dışındaki üç mezhep imamıyla Ebû Yusuf’a aittir. Ebû Hanife ve İmam Muhammed’e göre ise kişi isterse kusur (ayıp) muhayyerliğine bağlı olarak iade edebileceği görüşündedir.³⁵⁵

Musarrât hadisi, birçok açıdan Kitap, Sünnet ve genel kaidelere aykırıdır. Açıklayacak olursak: Kitap ve Sünnet’te sabit olan şey; Telef edilmiş olan mallardan misli olanlar misli ile misli olmayanlar ise değeri ile karşılanır. Hadiste geçen süt yerine hurma vermeyi açıklayacak olursak, alıcı olan kimse akid sırasında var olan sütü tüketmiş ya da süt o kişinin yanında bozulmuştur. Sütün miktarı bilmeden de onun dengini ödeyemez. İşte böyle bir durumla karşılaşıldığında Peygamber Efendimiz(sav) faizden kurtulmak için o kimseye süt değil de hurma vermesini emretmiştir. Çünkü o dönemde insanlar arasında gıda olarak süt ve hurma bulunduğundan bu hüküm kıyasa aykırı olmakla birlikte Peygamber Efendimiz (sav) bunlardan birini ötekinin yerine koymuştur. Süt yerine hurmanın ödettirilmesi aynı şekilde Kitap ve Sünnet ile olan kurala da uygun değildir. Bu durum genel kurala aykırı olmakla birlikte, hadiste yerine ödeme yapılması gereken bedelin miktarı da aynı tutulmuştur. Çünkü kural, telef edilmiş olan mal az olduğu vakit ödemenin de az, çok olduğu vakit ödemenin de çok

³⁵¹ Şükrü Özen, “Musarrât”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi (DİA)*, İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM), 2006, C. 31, s. 240.

³⁵² Buhârî, “Büyû”, 64; Müslim, “Büyû”, 11; Ebû Dâvûd, “Büyû”, 46.

³⁵³ Özen, a.g.e., s. 240.

³⁵⁴ İbrahim Tüfekçi, “Tânevî’nin İ’lau’s-sünen İsimli Eserindeki Fıkıh Metodu (Musarrât Hadisi Örneği), *İstanbul, M.Ü.İ.F.D.*, C. V, S. 43 (2012), s. 132.

³⁵⁵ Vehbe Zuhayli, *Hanefî Fıkhu (El-Fıkhu’l-Hanefiyyû’l-Müeyesser)*, trc. Yusuf Cığır, C. II, İstanbul: Saadet Yayınevi, 2014, s. 274.

olması yönündedir. Ancak burada telef olan şey(süt) az ya da çok olsun, ödenmesi gerekli olan bedel bir sa' hurmadır.³⁵⁶



³⁵⁶ Serahsî, a.g.e., C. XIII, s. 55-57.

SONUÇ

Çalışmamızın konusu ‘İslam Hukukunda Şekilcilik’ tir. İslam hukukundaki şekilciliği, modern hukuktan yararlanarak genelden özele doğru açıklamaya çalıştık. Bu amaçla öncelikle çalışmamızın birinci bölümünde ‘Hukukta Şekilcilik(Formalizm)’ başlığı altında bir kavram olarak şekilciliği tanımladıktan sonra, şekilciliğin faydaları ve zararları üzerinde durduk. Daha sonra ‘Çeşitli Hukuk Sistemlerinde Görülen Şekilciliği’ ele alıp inceledik. Ve bu bölümümüzün sonunda şekilcilik açısından önemli gördüğümüz hukuk normu, norm-amaç ilişkisi, normatiflik ve şekilcilik(formalizm), hukuk güvenliği, hukuk ahlâk ilişkisi ve hukuki şekilcilik(formalizm) konularını şekilcilik bağlamında değerlendirdik. Bu bağlamda hukuk felsefesinden de yararlanarak, Kant’ın ahlâk anlayışına da yer verdik. Çalışmamızın bu bölümünde şekilciliği genel bir şekilde açıklamış olduk.

Çalışmamızın ikinci bölümünde, ‘Kanun Koyucunun İradesine Aykırı Olmayan Şekilcilik’ başlığı altında İslam hukukunda görülen, kanun koyucunun iradesi gereği veya onun iradesine aykırı bulunmayan şekilcilik türlerinden bahsettik. Bu anlamda daha çok ibadet, muâmelât ve ukûbât alanında ortaya çıkan birtakım problemlerin çözümlerine yönelik olarak uygulanan bazı şekilcilik türleri üzerinde durmaya çalıştık. Ve bu bölümde kanun koyucunun iradesi gereği olan şekilciliğin bir ibadetin ya da akdın geçerli olabilmesi için, Şârî tarafından emredilen şekilcilik olduğu sonucuna ulaştık. Kanun koyucunun iradesine uygun şekilciliğin ise, yukarıda da değindiğimiz gibi İslam hukukunun ibadet, muâmelât ve ukûbât alanlarında ortaya çıkan bir problemin çözümünde Şârî’in maksadına aykırı düşmeyecek tarzda ortaya konulan çözümlerin bir şekilcilik olduğu sonucuna vardık.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde ‘Kanun Koyucunun İradesine Aykırı Olan Şekilcilik (Hîle-i Şer’iyye)’ konusunu inceledik. Bu bölümde kanun koyucunun iradesine aykırı olan şekilciliği, Hîle-i Şer’iyye ile birlikte değerlendirdik. Burada öncelikle hîle kavramını tanımladık. Hîle’yi ortaya çıkaran sebeplerin neler olduğunu belirledik. Şekilcilik ile Hîle-i Şer’iyye arasında nasıl bir ilişkinin olduğunu açıklamaya

çalıştık. Ve sonuç olarak Hîle-i Şer'iyye, şeklen(zahiren) meşru olan bir yolla kanun koyucunun iradesine aykırı bir sonucu amaçlaması yönüyle, şekilcilikle aralarında yakın bir ilişkinin bulunduğu sonucuna ulaştık. Çünkü Hîle-i Şer'iyye'de amaca ulaşmak için başvuru her bir yöntem bir şekildir.

Üçüncü bölümde İslam hukukçularının Hîle-i Şer'iyye konusundaki görüşlerine de yer verdik. Mezheplerin bu konudaki görüşlerini sırasıyla değerlendirdik ve bunun sonucunda: Hanefiler Hîle-i Şer'iyye'yi kişilerin içinde bulundukları zor durumdan onları çıkarmak için hukukî bir sonuca varmak olarak görürken; Şâfiîler hileyi üç kısma ayırır; mubah, mahzurlu ve mekruhtur. Mubah olup mubah olana götüreni caiz, fakat mahzurlu olup mahzurlu olan şeylere sürükleyen hileyi ise caiz görmemişlerdir. Şâfiîler'den hileyi kabul eden ya da kabul etmeyenler, "Ameller niyetlere göredir." hadisini ilke olarak kabul etmişlerdir. Hanbelîler ise şer'i yasakları ortadan kaldırmak adına yapılan hîle ile zarar veren şeyleri ortadan kaldırmak için gerçekleştirilen hîle arasında ayırım yapmışlardır. Mâlikîler hîle konusunda çok katıdırlar. Mâlikîler'e göre hîle; şer'i bir maslahata aykırı olarak, Şâri'in koymuş olduğu bir kuralı ihlal etmek amacıyla gerçekleştirilen ve onu mübah hale dönüştüren bir işlemdir. Sonuç olarak hîle konusunda en sert tepkilerin Hanbelîler ve Mâlikîler'e ait olduğu sonucuna ulaştık.

Üçüncü bölümde 'İslam Hukukunda Şekilcilik Bağlamında(Hîle-i Şer'iyye)' başlığı altında ise bazı konuları kanun koyucunun iradesine aykırı olan şekilcilik bağlamında değerlendirdik. Burada incelediğimiz konuların şeklen hukuka uygun gibi gözükse de aslında hîle kastının bulunmasından dolayı bu yönüyle Hîle-i Şer'iyye olduğu sonucuna ulaştık.

Çalışmamızda şekilciliği üç başlık altında incelemiş olduk. Çalışmamızın birinci bölümünde modern hukuk ile mukayese ederek genel bir şekilcilik anlayışından bahsetmiş olduk. İkinci bölüme geldiğimizde şekilciliğin iki ayrı yönünü; 1-Kanun koyucunun emrettiği şekilcilik, 2- Kanun koyucunun iradesine aykırı olmayan şekilcilik konularını değerlendirdik. Üçüncü bölümde ise 3- Kanun koyucunun iradesine aykırı olan şekilciliği Hîle-i Şer'iyye bağlamında inceledik. Ve bu şekilde çalışmamızı nihayete erdirdik.

Sonuç olarak, her şekil bir Hîle-i Şer'iyye değildir. Ancak her Hîle-i Şer'iyye bir şekildir. Bu şekillerden bazıları meşru olup Şâri'in maksadına aykırı düşmezken, bazıları

ise bizim üçüncü bölümde de bahsettiğimiz Şari'in maksadına aykırı düşen bir şekil(Hile-i Şer'iyye)'dir. Biz bu çalışmamızda İslam hukukunda naslara dayalı hükümlerin içtihadı dayalı olan hükümlere nazaran çok az olduğu, fukahanın içtihadına dayalı olan alanlardaki meselelerden bir bölümünü şekilcilik ilişkisi bağlamında inceleyerek bundan sonraki yapılacak olan çalışmalara vesile olmasını ümit ediyoruz.

Gayret Bizden Tevfik Allah'tandır.



KAYNAKLAR

- AIQUDAH Zaher, *Ebû'l-Leys es-Semerkindî'nin 'En-Nevâzil' adlı eserindeki 'Kitâbü'l-Hiyel' bölümünün edisyon kritiği*, (Yüksek Lisans Tezi), Konya: Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi, 2010.
- AKBAY Muvaffak, “Kelsen’in Hukuk ve Devlet Teorisi”, C.IV, S.1, Ankara: *Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1947, ss. 29- 47.
- AKINCI Şahin, *Roma Borçlar Hukuku*, Konya: Sayram Yayınları, 2013.
- AKTAŞ Sururi, *Eleştirel Hukuk Çalışmaları*, 2.b., İstanbul: XII Levha Yayınları, 2011.
- ALİ el-Hafîf, *İslam Hukukuna Göre Hukukî İşlemler ve Hükümleri (Eşya Hukuku ve Borçlar Hukuku)*, çev. Rahmi Yaran, 1.b., Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2011.
- ALTAŞ Hüseyin, *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi*, Ankara: Yetkin Yayınları, 1998.
- ANSAY Sabri Şakir, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, 4.b., Ankara: Turhan Kitabevi, 2002.
- ANTALYA Gökhan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul: Beta Basım Yayın, 2012.
- APAYDIN Yunus *İslam Hukuk Usulü*, 3.b., Kayseri: Kimlik Yayınları, 2017.
- APAYDIN H. Yunus, *İne*”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (DİA)*, C.22. İstanbul: TDV Yayınları, 2000, ss. 283- 285.
- ARSLAN Petek, *Şekle Aykırılık Nedeni İle Geçersiz Taşınmaz Satımlarından Doğan Hukukî Sonuçlar*, (Yüksek Lisan Tezi), Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2003.
- ATAR Fahrettin “Muhâlea”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (DİA)*, C.30, İstanbul: TDV Yayınları, 2005, ss. 399-402.
- Fıkıh Usûlü*, 9.b., İstanbul: MÜİFAV Yayınları, 2011.

- AYBAKAN Bilal, “Selem”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (DİA)*, C.36, İstanbul: TDV Yayınları, 2009, ss. 402- 405.
- AYDIN Mehmet Akif, “Mecelle-i Ahkâm-ı Sultânîye”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (DİA)*, C.28, Ankara: TDV Yayınları, 2003, ss. 231- 235.
- BAKTIR Mustafa, “İslâm Hukukunda Hile-i Şerîyye”, *İslâmî Araştırmalar Dergisi*, S.2, 1986, ss. 71- 89.
- “Buhârî’nin Sahihindeki “Kitâbü’l-Hiyel’i” Hakkında Bazı Mülâhazalar”, *Erzurum Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, S.10, Erzurum, 1991, ss. 59-79.
- BAŞTUĞ İrfan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Manisa: Şafak Basım Yayınevi, 1984.
- BAYINDIR Abdülaziz “Bey’bi’l-Vefâ”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi (DİA)*, C.6, İstanbul: TDV Yayınları, 1992, ss. 20-22.
- “İslâm’da Faiz Mefhumu ve Unsurları”, (İSAV tarafından yayınlanan. "Para, Faiz ve İslâm" İçinde basılmış tebliğle ilgili müzakerelere verilen cevaplar), 1.b., İstanbul: Ensar Neşriyat, 1987.
- BAYINDIR Servet “Modern Faizsiz Finansman Araçlarından Teverruk ve Ges’in Fıkhî Tahlili”, *Fıkhî Açidan Finans ve Altın İşlemleri Tebliğ ve Müzakereler Tartışmalı İlmi Toplantı*, Konya: Konevî Kültür Merkezi, 2012.
- “Şâfiî Fukahâsının Bey’u’l-Î’ne Hakkındaki Yaklaşımı ve Bunun Günümüz İslami Finans Piyasalarına Yansıması”, S.28, *İstanbul: İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2013, ss. 119- 140.
- BELGESAY Mustafa Reşit, *Formalizm ve Ticari Defterlerin İspat Kuvveti*, İ.B.D., (1957), ss. 61-68.
- BERKİ Ali Himmet, *Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye)*, İstanbul: Hikmet Yayınları, 1997.
- BERKİ Şakir, “İslâm Hukukunun Ehemmiyeti”, S.1, *Ankara: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslâm İlimleri Enstitüsü Dergisi*, 1959, ss. 11-18.

- BİLMEN Ömer Nasuhi, *Büyük İslâm İlmihali*, sad. Ali Fikri Yavuz, Eyüp Sultan
İstanbul: İstanbul Belediyesi Kültür Yayınları, 1996.
- BUDAK Ali Cem, *Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı*, İstanbul: XII
Levha Yayıncılık, 2009.
- BUHÂRÎ Ebû Abdullah Muhammed b. İsmail, *el- Câmî'u's- Sahîh*, C.I-IX, Thk.
Muhammed Zuhey b. Nâsır, y.y.: Dâru Tûki'n- Necât, h. 1422.
- CEBECİ İsmail “Teverruk”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi (DİA)*, C. EK-2,
İstanbul: TDV Yayınları, 2016, ss. 601-602.
- CEZİRÎ Abdurrahman, *Dört Mezhebe Göre İslâm Fıkhi*, çev. Mehmet Keskin, C.I, 4.b.,
İstanbul: Çağrı Yayınları, 1993.
- ÇEÇEN Anıl “Hukuk’ta Norm ve Adalet”, C.32, S.1, Ankara: *Ankara Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1975, ss. 72-115.
- ÇEKER Orhan *İslâm Hukukunda Akidler*, İstanbul: A.H.İ. Yayıncılık, 2006.
- DELİDUMAN Seyithan, “Medeni Usul Hukukunda Senet ve Senetle Yazılı Şekil
Arasındaki İlişki, <http://www.geocities.ws/hukukakademisi/Senet-makale.htm>,
(25.08.2019).
- DOĞANAY Ekrem, *İslâm’da Talak’ın Hükmü ve Hikmetleri*, İstanbul: Gonca
Yayınları, t.s.
- DÖNDÜREN *İslâm Hukukuna Göre Alım-Satımda Kar Hadleri*, Balıkesir: İnce
Matbaacılık, 1984.
- Delilleriyle İslâm İlmihali*, İstanbul: Erkam Yayınları, 2008.
- DÖNMEZ İbrahim Kâfi, “Müt’a”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (DİA)*, C.
32, İstanbul: TDV Yayınları, 2006, ss. 174- 180.
- “Şuf’a”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (DİA)*, C.39, İstanbul:
TDV Yay., 2010, ss. 248- 250.
- DÜZENLİ Pehlül, *Şeyhü'l-İslâm Ebussuûd Efendi ve Fetvâları*, İstanbul: Osav Vakfı
Yayınları, 2012.

- EBÛ DÂVUD Süleyman b. el- Eş'as b. İshâk b. Beşîr b. Şeddâd b. Amr el- Ezdî es- Sicistânî, *Sünenü Ebî Dâvud*, C.I-VII, Thk. Şuayb el- Arnavut, Muhammed Kamil Karabeleli, y.y.: Dâru Risâleti'l- 'Âlemiyye, 2009.
- EBÛ YUSUF Yakub b. İbrahim el-Ensârî Ebû Yusuf, *Kitâbu'l-Haraç*, çev. Ali Özek, 2.b., İstanbul: İleri Sanat Matbaası, 1973.
- EKİNCİ Ekrem Buğra, "Eski Hukukumuzda Hile-i Şer'iyyeye Dair", C.X, S.1, *A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2006, ss. 3- 16.
- Ekrem Buğra, "Hukukun Serüveni", 1.b., İstanbul: Arı Sanat Yayınları, 2011.
- EL- HAFÎD İbn Rüşd Kadı Ebu'l-Velid Muhammed b. Ahmed b. Muhammed b. Rüşd el- Hafid, *Bidayetü'l-Müctehid ve Nihayetü'l-Muktesid*, C.I, red. Vecdi Akyüz; trc. Ahmed Meylani, İstanbul: Beyan Yayınları, 1991.
- EL-HALEFÎ Abdulazim b. Bedevî, *Kur'an ve Sünnet Işığında Ana Hatlarıyla İslâm Fıkhi*, 1.b., çev. M. Beşir Eryarsoy, İstanbul: Guraba Yayınları, 2007.
- EL- İHTİYAR, *El-İhtiyar (Metni Muhtasar Tercümesi): İmam-ı Âzam'ın İctihad ve Görüşleri*, 1.b., trc., Celal Yeniçeri, İstanbul: Emin Yayınları, 1993.
- ERDOĞAN Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 3.b., İstanbul: Ensar Neşriyat, 2010.
- ERDOĞMUŞ Belgin, *Roma Borçlar Hukuku Dersleri*, İstanbul: Der Yayınları, 2012.
- EREN Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 14.b., Ankara: Beta Yayıncılık, 2012.
- ERMENEK İbrahim, "Medenî Usul Hukukunda Şekilcilik", C.IV, S.1, *Ankara: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sosyal Bilimler Enstitüsü*, 2000, ss. 1- 38.
- ERTURHAN Sabri, "İslâm Hukuku Açısından Öfkeli Şahsın Talakı", C.VI, S.2, *Sivas: Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2002, ss. 207- 222.
- ESER Ercan, "İslam Hukuku Açısından Hilenin Meşruiyeti (İslam Finans Kurumları Örneği)", S.25, *Konya: İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 2015, ss. 225- 250.
- EYÜPOĞLU Osman "Sosyal Değişmenin Zeminlerinden Biri Olarak Hile-i Şer'iyye", *İslâmî Araştırmalar Dergisi*, C.XVII, S.1, 2004, ss. 14-26.

- GAZZÂLÎ *Mustasfâ (İslâm Hukuk Metodolojisi)*, C.I, trc. Yunus Apaydın, İstanbul: Klasik Yayınları, 2006.
- GÖZLER Kemal Anayasa Hukukunun Genel Teorisi, C.I, 1.b., Bursa: Ekin Yayıncılık, 2011.
- GÖZÜBENLİ Beşir, “İslâm Borçlar Hukukuna Göre Vadeli Satışlar ve Selem Vadeli Satışlarda Vade Farkı Problemi”, S.13, Erzurum: Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 1997. ss. 5- 20.
- GÜRLER Sercan “Ernest Weinrib’te Özel Hukuk Felsefesi ve Formalizm”, C.XVI, S.2, *İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, ss. 117-164.
- HABERGETİREN Ömer Faruk, “İslam Hukuku Muamelât Konularında “Sükûta” Rıza Anlamı Verilen İşlemler”, *İnsan ve Toplum Bilimleri Araştırmaları Dergisi*, C.I, S.2, 2012, ss. 131- 165.
- HAFIZOĞULLARI Zeki, “Hukuk ve Ceza Hukuku Biliminin Konusu ve Sınırları Sorunu”, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/307/2925.pdf>, (24.08.2019).
- HALEBÎ İbrahim *Mevkûfat Mültekâ Tercümesi*, C. I, sad. Ahmed Davudoğlu, İstanbul: Sağlam Yayınevi, 1991.
- HALEFÎ Abdülazim b. Bedevî el-Halefî, *Kur’an ve Sünnet Işığında Ana Hatlarıyla İslâm Fıkhi*, 1.b., çev. Beşir Eryarsoy, İstanbul: Guraba Yayıncılık, 2007.
- HAMİDULLAH Muhammed, *Modern İktisat ve İslâm*, çev. Salih Tuğ, İstanbul: Yağmur Yayınevi, 1969.
- HATEMÎ Hüseyin, Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 2.b., İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.
- İBN-İ ÂBİDİN Muhammed Emin b. Ömer b. Abdülazîz ed-Dımaşki İbn Âbidin, 1252/1836, *Reddül-Muhtar Ale’-d-Dürri’-l-Muhtar*, trc. Mazhar Taşkesenlioğlu, C.XIV, İstanbul: Şâmil Yayınevi, 1986.
- Muhammed Emin b. Ömer b. Abdülazîz ed-Dımaşki İbn Âbidin, 1252/1836, *Kısmü’l-ibâdât-taharet: Reddül-muhtâr alâ Dürri’-l-muhtar*, C.I-XVIII, thk. Hüsameddin b. Muhammed Salih Ferfur, Ma’hedu Cem’iyyetü’l-Fethi’l-İslâmî, Dımaşk, 2000/1421.

- İBN KAYYİM, Ebû Abdullah Şemseddin Muhammed İbn Kayyim el-Cevziyye 751/1350, *İ'lâmu'l-Muvakkûn an rabbi'l-alemin*, C.I-II, 2.b., thrc. Muhammed el-Mu'tasım-Billah el-Bağdâdi, Beyrut: Dârü'l-Kütübi'İlmiyye, 1998/1418.
- İBN KESÎR *İbn Kesîr Tefsiri*, C.I-XII, trc. Savaş Kocabaş, İstanbul: Karınca Polen Yayınları, 2011.
- İBN KUDÂME, Ebu Muhammed Muvaffakuddin Abdullah b. Ahmed 620/1223, *el-Muğnî*, C.I-IV, şrh. Reşid Rıza, Kahire: Darü'l-Menâr, 1367.
- İBN MÂCE Ebû Abdullah Muhammed b. Yezid el- Kazvinî, *Sünenü İbni Mâce*, C.I-V, Thk. Şuayb Arnavut vd. , y.y.: Dâru'r- Risâleti'l- İlmiyye, 2009.
- İBN RÜŞD, Ebü'l-Velid Muhammed b. Ahmed b. Muhammed Kurtubi İbn Rüşd, 595/1198, *Bidâyetü'l-Müctehid Nihâyetü'l-Muktasid*, C.I-III, Mektebetu Mustafa Mısır 1975/1395.
- Ebü'l-Velid Muhammed b. Ahmed b. Muhammed Kurtubi İbn Rüşd 595/1198, *Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid (Mezhepler Arası Mukayeseli İslâm Hukuku)*, C.III, 2.b., trc. Ahmed Meylânî, İstanbul: Ensar Neşriyat, 2015.
- İBN TEYMİYYE, Ebü'l-Abbas Takıyyüddin Ahmed b. Abdülhalim İbn Teymiyye 728/1328, *el-Fetava'l-kübra* C.I-VI, Beyrut: Dârü'l-Ma'rife, t.y.
- İNAN Ahmet Naim, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Ankara Üniversitesi Hukuk Ankara: Fakültesi Yayınları, 1984.
- İZMİRLİ İsmail Hakkı, *İlm-i Hilâf*, haz. Surri Fuat Ateş, Konya: Hüner Yayınevi, 2012.
- KAAN Enver Osman, “Finansman Kaynağı Olarak Bey’ Bi’l-Vefâ, Bey’ Bi’l-İstiğlâl ve Bey’u’l-Îne”, C.XVII, S.17, *İstanbul: Dil ve Edebiyat Araştırmaları Dergisi*, 2018, ss. 223-251.
- KAHYA Hatice Kübra, *İslâm Borçlar Hukukunda Selem Akdi*, (Yüksek Lisans Tezi), İstanbul: Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2012.
- KALLEK Cengiz, “Mudârebe”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (DİA)*, C.30, İstanbul: TDV Yayınları, 2005, ss. 359-363.

-----“Telcie”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (DİA)*, C.40, İstanbul: TDV Yayınları, 2011, ss. 397- 400.

KARAÇİZMELİ M. Talât, “İslâm Hukukunda Selem Akdi Üzerine Bir İnceleme”, C.XIV, S.4, *Diyanet Dergisi*, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 1975, ss. 211- 232.

KARAKAYA İsmail, *Fetâvây-i Hindiyye (Fetâvâyi Alemgiriyye) Ansiklopedik Fıkhı*, C.V, 1.b., trc. Mustafa Efe, Ankara: Akçağ Yayınları, 1987.

KARAMAN Hayreddin, Ali ŞAFAK, *İslâm Hukukunda Vade Farkı ve Kâr Haddi* 4.b., İstanbul: Ensar Neşriyat, 1987.

----- Hayreddin *Mukayeseli İslâm Hukuku*, C.I-III, İstanbul: İz Yayıncılık, 2001.

KASANİ Ebû Bekr Alaeddin Ebû Bekr b. Mes'ud b. Ahmed el-Hanefî Kasani, 587/1191, *Bedâiu's-Senâi' fî Tertibi's-Şerâi'*, C.I-X, Beyrût: Dâru'l-Kütübi'l-Arabî, 1982.

KAŞIKÇI Osman, “Mut’a Nikahı”, C.I, S.3, *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları Dergisi*, 2007, ss. 43- 58.

----- *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, İstanbul: Osmanlı Araştırma Vakfı Yayınları, 1997.

KAVAK Yalçın, *Borçlar Hukukunda Yazılı Şekil*, (Doktora Tezi), İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2015.

KILIÇOĞLU Ahmet “Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları Işığında Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötüye Kullanılması”, S.1-2, Ankara: Yargıtay Dergisi Özel Sayı, 1989, ss.209- 222.

----- Ahmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 4.b., Ankara: Turhan Kitabevi, 2004.

KOCABAŞ Savaş, “İslam Hukukunda Müellefin İçtihadı (Teharri) ve Bunun İbadet Alanındaki Uygulaması”, S.23, Konya: *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 2014, ss. 297-328.

- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necmi, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan, Abdülkadir Arpacı, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2008.
- KOSTAKOĞLU Cengiz, *İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri*, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2006.
- KÖSE Saffet, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile (Hileyi Şer'iyye)*, İstanbul: Birleşik Yayıncılık, 1996.
- “Hiyel”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (DİA)*, C.18, İstanbul: TDV Yayınları, 1998, ss. 170- 178.
- “Hülle”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (DİA)*, C.18, İstanbul: TDV Yayınları, 1998, ss. 475- 477.
- “Hülle ve Hüllecilik Konusuna İslam’ın Bakışı”, S. 2, *Sakarya: Mehir Dergisi*, 1998, ss. 43-50.
- “Hukuk Mu Ahlak Mı? -İslam Nokta-i Nazarından Din-Ahlak- Hukuk İlişkisi Bağlamında Bir İnceleme-”, C.XVII, S.17, *Konya: Selçuk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2011, ss. 135-156.
- “Hile-i Şer’iyye Konusunda Ebû Hanife’ye Yöneltilen İthamlar”, S.19, *Konya: İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 2012, ss. 149- 162.
- İslam İş ve Ticaret Ahlakı*, 1.b., İstanbul: İ.G.İ.A.D., Yayınları, 2012.
- “Şâfi’î Zahiriliğinin Analizi- Hukuki İşlemlerde Geçerlilik ve Cevaz Ayrımı-”, S.23, *Konya: İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 2014, ss.11- 24.
- MAVSİLÎ, Abdullah B. Mahmud El- Mavsilî, (ö. 683/ 1284), *el-İhtiyâr Li Ta’lîlî-l- Muhtâr*, C.I-IV, trc. Mehmet Keskin, İstanbul: Çevik Matbaacılık, 2012.
- MÜSLİM Ebû’l- Hüseyin Müslim b. el- Haccâc el- Kuşeyrî en- Nisâburî, *Müsnedü’s- Sahîhu’l- Muhtasar mine’s- Sünen bi Nakli’l- ‘Adli ani’l- ‘Adli ilâ Rasûlillâhi Salla’llâhu Aleyhi ve Sellem (Sahîhi Müslim)*, C.I-V, Thk. Muhammed Fuad Abdü’l- Bâkî, Beyrut: Dâru İhyâi’t- Tûrâsi’l- ‘Arâbî, t.y.
- OĞUZMAN Kemal, Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.I-II, 10.b., İstanbul: Filiz Kitabevi, 2012.

- OKUR Kâşif Hamdi, “İslâm Hukukunda Boşama Yemini (Talâka Yemin) Meselesi”, C.VIII, S.15, *Çorum: Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2009, ss. 5- 30.
- ÖNDER Muharrem, *Sükûtun Delâleti (Yasama Sükûtu)*, İstanbul: İlimyurdu Yayıncılık, 2013.
- ÖZDEMİR Recep “Ayni Teminatlar Bağlamında Bey’ Bi’l-Vefâ’nın Hukukî Durumu”, S.31, *Konya: İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 2018, ss. 291-315.
- ÖZEN Şükrü “Musarrât”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi (DİA)*, C.31, İstanbul: TDV Yayınları, 2006, ss. 240-241.
- ÖZSOY İsmail, *Faiz ve Problemleri*, İzmir: Nil Yayınları, 1993.
- PALA Ali İhsan, *İslâm Hukukunda İhtiyat İlkesi*, 1.b., Ankara: Fecr Yayınları, 2009.
- RADO Türkan, *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 2006.
- REİSOĞLU Safa, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 21.b., İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2008.
- SÂBIK Seyyid, *Fıkhu’Sünne Ayet ve Hadislerle İslam İlmihali ve İslam Hukuku*, C.I-IV, çev. Tayyar Tekin, İstanbul: Pınar Yayınları, 1992.
- SAĞİRCİ Esad Muhammed Sâid es-Sâğircî, *el- Fıkhu’l-Haneфіyyu ve Edilletuhû*, çev. Halil Aldemir, Savaş Kocabaş, haz. Soner Duman, İstanbul: Karınca-Polen Yayınları, 2010.
- SARICIK Murat, “Cahiliye Nikâhı Mut’a ve Diğer Cahiliye Nikâhları”, S.3, *Isparta: Süleyman Demirel İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 1996, ss. 41- 73.
- SCHWARZ Andreas, *Borçlar Hukuku Dersleri*, C.I, çev. Bülent Davran, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1948.
- ŞAFİÎ Ebu Abdillâh Muhammed b. İdris b. Abbas eş-Şafii eş-Şâfiî (ö. 204/820), *er-Risâle*, neşr. Ahmed Muhammed Şakir, Kâhire 1359/194.
- Muhammed b. İdrîs b. Abbâs (ö. 204/820), *er-Risâle (İslâm Hukukunun Kaynakları)*, 6.b., çev. Abdülkadir Şener, İbrahim Çalışkan, Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2018.

- ŞÂTİBÎ *el-Muvâfakât*, C.I-IV, 4.b., çev. Mehmet Erdoğan, İstanbul: İz Yayıncılık, 2010.
- ŞİMŞEK Murat, “Gazzâlî’ye Göre Fıkıhın Dünyeviliği Meselesi”, S.21, *Konya: İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 2013, ss. 171- 183.
- ŞİRBİNÎ Hatib eş-Şirbini, 977/1570, *Delilleriyle büyük Şâfiî fıkıhı Muğni’l-Muhtac : Minhaci’-t-talibin şerhi*, C.I-XX, trc. Soner Duman, İstanbul: Mirac Yayınları, 2009.
- SÜTKEN, Elvan, *Roma Hukukunda Şekil*, (Doktora Tezi), Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.
- TAHİROĞLU Bülent, Belgin ERDOĞMUŞ, *Roma Usul Hukuku*, İstanbul: Der Yayınları, 1997.
- TEKİNAY Selahattin, Sermet AKMAN, Haluk BURCUOĞLU, Atilla ALTOP, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7.b., İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.
- TİRMİZÎ Muhammed b. İsâ b. Sevre b. Mûsâ b. Dahhâk, *el- Câmi’u’l- Kebîr (Sünenü’-t-Tirmîzî)*, C.I-VI, Thk. Beşar Avvâd Ma’rûf, Beyrut: Dâru’l- Garbî’l- İslâmî, 1998.
- TİFTİK Mustafa, “ Borç Sözleşmelerinin İrade Sakatlığı Sebebiyle İptalinde Uğranılan Zararların Tazmini”, C.X, S.3-4, *Konya: Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2006, ss. 277- 298.
- TOPAL Şevket *İslâm Hukuk Düşüncesinde Sedd-i Zerâi (Kötülüğe Götüren Yolların Kapatılması)*, İstanbul: Ahenk Yayınları, 2007.
- TOPÇUOĞLU Hamide, *Kanuna Karşı Hile/ Kanundan Kaçınma Yolları*, İzmit: Selüloz Basımevi, 1950.
- TUĞ Adnan, *Türk Özel Hukukunda Şekil*, 2.b., Konya, Mimoza Basımevi, 1994.
- TURAN M. Fatih “Bey’ Bi’l-Vefâ ve Bey’u’l-İne ile Mukayeseli Olarak Günümüz Repo İşlemlerinin Fikhî Boyutu”, C.XIV, S.27, *Çorum: Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2015, ss. 117-146.
- TUNÇOMAĞ Kenan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Genel Hükümler)*, C.I, 3.b., İstanbul: Sermet Matbaası, 1968.

- TÜFEKÇİ İbrahim, “İslâm Hukukunda Meclis Muhayyerliği”, *Konya: İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S.20, 2012, ss. 11- 42.
- “Tânevî’nin İ’lau’s-sünen İsimli Eserindeki Fıkıh Metodu (Musarrât Hadisi Örneği)”, C.V, S.43, *İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2012, ss. 129-166.
- TÜRCAN Talip “İslam Hukukunda Yasamanın Yargı Yoluyla Denetlenmesi”, S.3, *Konya: İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 2004, ss.143-154.
- İslam Hukukunda Yasamanın Yargı Yoluyla Denetlenmesi, S.3, *Konya: İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 2004, ss.143-154.
- *İslam Hukuk Biliminde Norm-Amaç İlişkisi*, 1.b., Ankara: Ankara Okulu Yayınları, 2009.
- *İslam Hukuk Biliminde Hukuk Normu Kavramsal Analiz ve Geçerlilik Sorunu*, Ankara: Ankara Okulu Yay., 2016, s. 174-175.
- TÜRKER Erhan, “Akitlerde Şekil”, C.VIII, S.1, *Eskişehir: Eskişehir İktisâdî ve Ticarî İlimler Akademisi Dergisi*, 1972, ss. 243- 259.
- TÜRKOĞLU ÖZDEMİR Gökçe, *Roma Usul Hukukunda “Plus Petitio” Yasağı ve Medeni Usûl Hukukundaki Davayı Genişletme ve Değiştirme Yasağına Olan Etkileri*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004.
- ULUDAĞ Süleyman, *İslâmda Faiz Meselesine Yeni Bir Bakış*, İstanbul: Dergah Yayınları, 1988.
- UMUR Ziya, *Roma Hukuku Lügatı*, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1983.
- Roma Hukuku, Tarihi Giriş, Kaynaklar, Umumi Mefhumlar, Hakların Himayesi*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1984.
- UZUN Ertuğrul, “Hukuk Normu Üzerine Bir Not, Hukuk Kuramı”, C.1, S.6, 2014, ss. 38-41.
- ÜNSAL Ahmet , *İslâm Hukukunda Fayda İlkesi*, 1.b., İstanbul: Nüans Yayıncılık, 2006.
- VON TUHR Andreas, *Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı*, C.I-II, çev. Cevat Edege, Ankara: Yargıtay Yayınları, 1983.

YARGI Mehmet Ali, “Bedel Karşılığında Boşanma ve Muhâlea’ Uygulamaları: Suudi Arabistan’da Bir İnceleme”, S.42, *İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2012, ss. 141- 172.

YILDIRIM Celal, *Kaynaklarıyla İslâm Fıkhi*, C.I, 2.b., Ankara: Uysal Kitabevi, ts.

----- *Kaynaklarıyla İslâm Fıkhi: İbâdât, Muâmelât Ferâiz*, C.I-IV, Konya: Uysal Kitabevi, 1991.

YILMAZ Ejder, *Hukuk Sözlüğü*, 9.b., Ankara: Yetkin yayınları, 2005.

ZUHAYLİ Vehbe, *Fıkıh Usulü*, 2.b., çev. Ahmet Efe, Risale Yayınları: İstanbul, 2012.

----- *Hanefî Fıkhi (El-Fıkhu’l-Hanefiyyû’l-Müeyesser)*, C.I-IV, trc. Yusuf Ciğer, İstanbul: Saadet Yayınevi, 2014.