

İSLAM HUKUKU ARAŞTIRMALARI DERGİSİ

Sayı: 27
Nisan 2016



www.islamhukuku.com

www.islamhukuku.org

www.islamhukuku.net

ISSN 1304-1045

KIYASIN İSLÂM CEZA HUKUKUNDA KULLANIM İMKÂNI

Yrd. Doç. Dr. Mehmet DİRİK*

Özet: İslâm hukukunun temel kaynakları naslar, icmâ ve kıyaştır. Kıyasın her alanda icra edilip edilmeyeceği hususu usulcüler arasında tartışmalı konulardan biridir. Hanefîler ve bazı Mâlikî usulcüler; ibadet, had, kefâret, ruhsat, mukadderâta ilişkin naslarda kıyas yasağını benimsemişlerdir. Bu görüşteki usulcüler, zikri geçen alanlara ilişkin nasların ta'lîlindeki zorluğu ve bu alanlardaki hükümleri naslarda belirtildiği şekliyle koruma altına alma, cezada kanunîliği ve genelliği sağlama gibi gayeleri gerekçe gösterirler. Cumhuriyet'te ta'lîl imkânı bulunan her alana kıyasın yürütülmesini benimsedikleri için şer'î amelî hükmü bilinmeyen meselelerin çözümünde bu metodun yürütüleceği alanlar hususunda bir sınırlandırmada bulunmamışlardır. Bu makalede hem görüşlerin gerekçeleri hem de tartışma konusu fer'î meseleler üzerinde kıyasın icrasına karşıt ve taraf olanların yaklaşımları, makale boyutları içerisinde, ele alınmaya çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Kıyas, Nasların Ta'lîli, İslâm Ceza Hukuku, Fehva'l-Hitâb, Nassın Delâleti.

مكائنة القياس في القانون الجنائي الإسلامي

الملخص: إن أدلة الفقه الإسلامي هي النصوص -أي الكتاب والسنة- والإجماع والقياس المستند عليهما. ولكن اختلف الأصوليون في إجراء القياس بمجالات الفقه كله واستعماله. وذهب الأحناف وبعض المالكية إلى منعه في العبادات والحدود والكفارات والرخص والمقدرات، واستدلوا بصعوبة تعليل النصوص في هذه المواضع، وحفاظ الأحكام على الشكل النصي، وقانونية الجزاء وعموميته، ونحوها. وأما الجمهور فلم يفرقوا بين الأحكام الشرعية العملية؛ لأنهم أجروا القياس بكل الأمكنة التي يمكن تعليل النصوص فيها. وفي هذا البحث أخذت أقوال كلا الطرفين مع أدلتهم بحسب إمكانيات المقال.

الكلمات المفتاحية: القياس، تعليل النصوص، القانون الجنائي الإسلامي، فحوى الخطاب، دلالة النص.

GİRİŞ

İslâm hukukunun temel kaynakları naslar ve icmâdır. Bu kaynaklar, çeşitli meseleler hakkında emir ve yasaklar ihtiva etmektedir. Bu düzenlemelerin insan hayatına ilişkin gerekli hükümleri açıkladığında ihtilaf yoktur. Ancak yalnızca bu hükümlerle yetinilmesi veya bu hükümlerin konmasının gerekçelerinin tespit edilerek o gerekçeleri taşıyan konulara taşınması hususu fakihler arasında tartışmalı konulardan biridir. Bu noktada, fakihlerden bir kısmı naslar ve bunların delâlet yolları ile yetinilmesi; fıkıhçıların çoğunluğu ise dilin imkânları ölçüsünde nasların

* İzmir Katip Çelebi Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi İslam Hukuku Anabilim Dalı, mhmtdrk@hotmail.com

genişletilmesi ve reyle icthad çerçevesinde bazı metotları kullanarak hakkında hüküm bulunan meselelerin hükümlerinin hakkında nas bulunmayanlara taşınması ve bu yolla bu meselelerin şer'î hükümlerinin belirlenmesi gerektiği görüşünü savunmuşlardır. İkinci gruptaki fıkıhçılara göre insan hayatı hem ortam ve kültürün değişmesiyle farklılaşmakta hem de gelişip değişen yaşam beraberinde hakkında şer'î hüküm bulunmayan pek çok mesele getirmektedir. Bu görüşteki fıkıhçılar da sınırlı sayıdaki naslarla sınırsız sayıdaki hayatın meselelerine çözüm üretmek gayesiyle rey ve icthad faaliyetleri çerçevesinde çeşitli metotlar kullanarak hakkında nas bulunmayan konuların şer'î hükmünü belirlemeye çalışmışlardır. Bu süreçte kullanılan metotların en önde geleni, deliller hiyerarşisi içerisinde Kitap, Sünnet ve icmâdan sonra dördüncü sırada yer alan, nassın hükmünü hükme esas özelliği bulunan meselelere taşıma ameliyesi olan kıyastır.

İslâm hukukçularının çoğunluğu şer'î amelî hükümlerin bilinmesinde kıyası muteber bir kaynak kabul ederler. Ancak bu gruptaki hukukçular, kıyasın cereyan edeceği alan hakkında ihtilaf etmişlerdir. Muâmelâta ilişkin konularda kıyas kullanımında ihtilaf bulunmamakla birlikte tahsis edici bir delil bulunmadığı halde, ibâdet, had ve kefâret (ceza), ruhsat ve mukadderât (miktarı belirlenmiş hususlar) konularında kıyas metoduna başvurulması hususu tartışmalıdır. Hanefiler başta olmak üzere bazı fakihler, ta'lîl edilemezlik ve asıl ile fer' arasında hükme konu özelliğin tespiti bakımından kıyasa elverişli durum bulunmadığı için bu alanlarda kıyası kabul etmezler. Bu görüşteki fakihlere göre, had ve kefârete konu fiillerle müeyyideleri arasındaki bağı aklen kavramaya imkân yoktur ve bu sebeple bu nitelikteki hükümleri, taabbüdî saymak gerekir.¹ Buna karşın Mâlikî, Şâfi ve Hanbelî fakihler, şartların oluşması halinde her alanda kıyasın cârî olduğu görüşündedirler. Onlara göre kıyas meşru bir kaynak olarak kabul edildiğinde onun kullanılacağı alanı daraltmanın bir anlamı yoktur.²

İslâm ceza hukuku kendine özgü bir sistematığe sahiptir. Bu hukuk sisteminde suç ve cezalar çeşitli ayrımlara tabi tutulmuştur. Cezanın infazında hakim olan hakkın mahiyeti ve müeyyidenin kanun koyucu tarafından belirlenmişliği açısından cezalar; had, kısas-diyet ve ta'zîr kapsamında ele alınır.³ Bunlardan kul hakkının ağır bastığı ta'zîr, suç ve cezaları devlet başkanına geniş yetkilerin tanındığı kısımdır. Had ve kefâret suç ve cezaları ise, naslarla belirlenmiş ve kendine özgü

1 Cessâs, Ebû Bekr Ahmed b. Ali, *el-Fusûl fi'l-usûl, Vizâratü'l-evkâfi'l-Kuveytiyye*, 1414/1994, IV, 105; Serahsî, Ebû Bekr Muhammed b. ebî Sehl, *Usûlü's-Serahsî, Dâru'l-ma'rife*, Beyrut, ts., II, 163; İbn Emîru Hâc, Ebû Abdillâh Şemsüddîn Muhammed, *et-Takrîr ve't-Tahbîr, Dâru'l-kütübî'l-ilmîyye*, 1403/1983, III, 241; Abdülhamid, Ömer Mevlüd, *Hucciyyetü'l-kıyas fi usûli'l-fikhi'l-İslâmî*, Bingazi 1409/1988, s. 403.

2 İbnü'l-Kassâr, Ebu'l-Hasen Ali b. Ömer, *Mukaddime fi usûli'l-fikh*, Riyad, 1420/1999, s. 364, 366; Sem'ânî, Ebü'l-Muzaffer Muhammed b. Abdilcebbar, *Kavâti'u'l-edille fi'l-usûl*, Beyrut-Lübnan 1418/1999, II, 114; Gazzâlî, Ebû Hâmid Muhammed, *el-Mustasfâ, Dâru'l-kütübî'l-ilmîyye*, 1413/1993, s. 307, 326, 329; İbn Kudâme, Ebû Muhammed Abdullah b. Ahmed, *Ravzatü'n-nâzir ve cünnetü'l-münâzir fi usûli'l-fikh 'alâ mezhebi Ahmed b. Hanbel*, Müessesetü'r-reyyân, 1423/2002, II, 298; Âmidî, Seyfüddîn Ali b. Muhammed, *el-İhkâm fi usûli'l-ahkâm*, Beyrut-Dimaşk-Lübnan, ts., IV, 62; Abdülhamid, s. 403.

3 Bardakoğlu, Ali, "Had", *DİA*, 1996, XIV, 547 (547-551).

müeyyideler içeren alanı ifade eder. Bu kapsamda yer alan suç fiilleri ve müeyyidelerine ilişkin hükümlerin, naslarda ismi yer almayan yeni suç şekillerine (kıyas yoluyla) taşınması, tartışmalı bir konudur. Hanefîler'in başı çektiği bir grup hukukçu modern hukukta benimsenen suçta ve cezada kanunilik ilkesine⁴ benzer şekilde bu alanlarda teşrî bir kaynak anlamında kıyas yasağını benimsemişlerdir. Bu çalışmada sadece İslâm ceza hukukunda kıyas kullanım imkanı incelenecek, modern hukuktaki kıyas yasağından söz edilmeyecektir.

Şer'î amelî hükümler arasında ta'lîlin ve buna bağlı olarak kıyasın yürütülemeyeceği alan ya da alanlar var mıdır, varsa bunu belirleyen nedir? Leh-te ve aleyhte görüşleri savunan usulcülerin dayanakları nelerdir? Farklı görüşleri savunan fakihler, fer'î meselelerde nasıl hareket etmişler ve farklı usulleri benimseyerek ne tür sonuçlara ulaşmışlardır? Reyle ictihad metotlarını en geniş biçimde kullanan ve bu bakımdan çeşitli eleştirilere maruz kalan Hanefîleri kıyasın cârî olmadığı alanlar belirlemeye sürükleyen sebep nedir? Diğer fakihlerin onları bu alanlarda kıyas kullanmakla eleştirmelerine yol açan uygulamaları nelerdir? Bu çalışmada makale sınırları çerçevesinde bu soruların cevabı aranacaktır.

Ceza hukukunda kıyasın kullanılması meselesi, fıkıh usulü eserlerinin kıyas bölümünde kıyasın gerçekleştirildiği alanlar çerçevesinde ve fûrû eserlerinin cinâyât, hudûd, keffârât, kısas bölümlerinde ele alınmıştır. Bu çalışmada öncelikle kıyas ve ceza hukukundan söz edilecek daha sonra kıyasın ceza hukukunda kullanımını hususunda lehte ve aleyhte delillere yer verilecektir. Daha sonra bu alanlarda kıyasın kullanıldığına dair örnekler incelenecek bir sonraki bölümde görüş ayrılığının sebepleri ele alınacaktır.

A. KIYAS VE CEZA HUKUKU (HADLER VE KEFÂRETLER)

İslâm ceza hukukunda kıyasın imkânıyla ilgili tartışmaların sağlıklı değerlendirilebilmesi için öncelikle kıyas, had ve kefâretlerden söz edilmesi gerekir. Bu sebeple burada kıyas ve nasların ta'lîlinden, had ve kefâret suçları ile bunlarda kıyasın imkânına değinilecektir.

4 Bu ilkeye göre işlendiği sırada yasaca suç sayılmayan bir fiil cezalandırılmaz. Aynı şekilde bir suçta kanunda belirtilenden başka veya belirtilenden daha ağır bir ceza ile de hükmolunamaz. Hakeri, Hakan, *Ceza Hukuku*, Ankara 2009, s. 34. Türk hukukuna değinmek gerekirse, 1982 Anayasası md. 38'de suçların ve cezaların kanuniliği ilkesini tanzim etmiştir. 5237 sayı 26.9.2004 tarihli TCK madde 2'de "Kanunun açığına suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz. İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz. Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz" şeklinde suçların ve cezaların kanuniliği ilkesinin önemli sonuçlarından belirlilik ve kıyas yasağı unsurlarına değinmiştir. Bu maddenin 3. fıkrası kanunilik ilkesinin kıyas yasağı kıstasına işaret etmektedir. Ezgi Aygün Eşitli, *Suçların ve Cezaların Kanuniliği İlkesi*, TBB Dergisi (104) 2013, s. 237 (225-246). İslam hukukunda kanunilik ilkesinin geçerli olup olmadığı hususunda bk. Demir, Bayram, *İslam Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi*, (Basılmamış Doktora Tezi) Erzurum 2001.

1. Kıyas ve Nasların Ta'fili

a. Kıyas: Sözlükte takdir, eşitleme, tesviye, vb. anlamlara gelen kıyas⁵, usulcüler tarafından bu metodun hakikati ve unsurları üzerindeki ihtilafların da etkisiyle çeşitli şekillerde tanımlanmışlardır.⁶ Bu makalenin konusu ve amacı bir kıyas tanımına ulaşmak veya mevcut kıyas tanımlarını değerlendirmek olmadığı için burada genel muhtevayı belirli ölçüde yansıtan bir tanımla yetinmek mümkündür. Buna göre fıkıh usulünde kıyas, “hakkında açık hüküm bulunmayan bir meselenin hükmünü aralarındaki ortak özelliğe veya benzerliğe dayanarak hükmü açıklanan meseleye göre belirlemek”⁷ şeklinde tanımlanabilir. Esasen farklı şekillerde tanımlanmış olsa da bu tanımların, aslın hükmünü bu hükmün konulmasına etki eden vasıf sebebiyle fer'e uygulamak noktasında birleştiği söylenebilir. Buna göre hakkında nas bulunan meseledeki hükme esas teşkil eden özellik (mana / illet), nas ve icmâ veya müçtehidin istinbatı ile tespit edildiğinde, bu özelliğin bulunduğu hakkında hüküm bulunmayan her fer'i meseleye o olayın hükmünü uygulama imkânı doğar. Başka bir ifade ile ta'fil yoluyla illeti tespit edilen her hüküm, benzer illeti taşıyan olaya eşitlenerek aslın hükmü diğer meselelere (ta'diye) yürütülür.⁸ Bu, hakkında hüküm bulunmayan meselelere ilişkin Şâri'in hükmünü, bilinenler vasıtasıyla ortaya çıkarma işlemidir.

Usulcüler kıyasın rükünleri hakkında farklı görüşlere sahiptirler. Hanefî usulcüler yalnızca illeti⁹; mütekellimin metodunu benimseyen usulcüler ise asıl, fer, illet ve ta'diye kıyasın rükünü sayarlar. Kıyas işleminin unsurları asıl / makis aleyh hükmü nas ve icmâ ile açıkça belirtilmiş mesele, fer hükmü açıkça naslar ve icmâda yer almayan mesele, illet asıldaki hükmü gerektiren ve iki meseleyi aynı hükümden birleştiren ortak özellik, ta'diye asıldaki hükmün fere de verilmesi anlamındadır.¹⁰

- 5 İbn Manzûr, Ebü'l-Fazl Cemâlüddin Muhammed b. Mükerrrem, *Lisânü'l-Arab*, Beyrut 1414, VI, 187. “k y s” maddesi.
- 6 Çeşitli hakikatleri içermesi sebebiyle üzerinde ittifak edilen bir tanımın zorluğu hakkında bk. Cüveyni, İmâmü'l-Haremeyn Ebü'l-Meâlî Rüküddin Abdülmelik b. Abdillâh, *el-Burhân fi usûli'l-fıkh*, Beyrut-Lübnan 1418/1997, II, 5-6; Zerkeşi, Ebü Abdillâh Bedrüddin Muhammed b. Bahâdır, *el-Burhânü'l-muhit fi usûli'l-fıkh*, Dâru'l-kütübü, 1414/1994, VII, 7.
- 7 Apaydın, H. Yunus, “Kıyas”, *DİA*, 2002, XXV, 529 (529-539). Kıyasın tanımı ile ilgili değerlendirme için bk. Apaydın, “Kıyas”, XXV, 531. Kıyas tanımlarından bazıları şunlardır: Akberî, Ebü Ali el-Hasan b. Şihab, *Risâle fi usûli'l-fıkh*, Mekke 1413/1992, s. 65 (هو رد الفروع إلى الأصل بعلّة جامعة بينهما) ; Ebü'l-Hüseyn el-Basrî, Muhammed b. Ali, *el-Mu'temed fi usûli'l-fıkh*, Beyrut 1403, II, 206 (القياس هو إثبات حكم الأصل في الفرع لأشترّاهما في علّة الحكم) ; Bâcî, Ebü'l-Velid Süleyman b. Halef, *İhkâmü'l-fusûl fi ahkâmî'l-usûl*, Beyrut 1415/1995, s. 544 (عمل أحد المعلومين على الآخر في انتاج حكم) ; Gazzâlî (s. 280) ve Râzî (Fahruddin Ebü Abdillâh Muhammed b. Ömer, *el-Mahsul*, Müessesetü'r-risâle 1418/1997, V, 5) Cüveyni'ye yakın şekilde kıyas tanımları yapmışlardır. Hanbelîler için bk. İbn Kudâme, *Ravza*, II, 141 (عمل فرع على) ; İbn Bedrân, Abdül-kâdir b. Ahmed, *el-Medhal ilâ mezhebi'l-İmam Ahmed b. Hanbel*, Beyrut 1401, s. 300.
- 8 Ebü'l-Hüseyn el-Basrî, II, 206 (Şer'i hükmün bir kısmı nassın zahiri ile bir kısmı nassın istidlal ile bilinir. Kıyas la bilinenler ikinci kısımda yer alır) ; Serahsî, *Usûl*, II, 150, 163; Bâcî, s. 551; Cüveyni, II, 70; Gazzâlî, s. 329; İbn Kudâme, *Ravza*, II, 299; Şâtibi, Ebü İshak İbrahim b. Musa, *el-Muvâfakât fi usûli'l-şer'i'a*, Dâru İbn Affân, 1417/1997 II, 13; Şelebî, Muhammed Mustafa, *Ta'fili'l-ahkâm*, Beyrut 1401/1981, s. 12.
- 9 Serahsî, *Usûl*, II, 174; Şevkânî, Ebü Abdillâh Muhammed b. Ali, *İrşâdü'l-fühûl ilâ tahkiki'l-hak min ilmi'l-usûl*, Dâru'l-kütübü'l-arabî, 1419/1999, II, 207; Dönmez, İbrahim Kâfi, “İllet”, *DİA*, 2000, XXII, 118 (117-120).
- 10 Akberî, s. 66-68; Gazzâlî, s. 280; İbn Kudâme, *Ravza*, II, 248; Âmidî, *İhkâm*, III, 189, III, 193vd; Tilimsânî, *Miftâhu'l-vusûl ilâ binâi'l-furû' ale'l-usûl*, Beyrut-Lübnan, 1419/1998, s. 654; İbn Bedrân, s. 300; Dönmez, “İllet”, XXII, 119;

Buna göre kıyasın hükmü, aralarındaki hükme konu ortak özellik sebebiyle aslın hükmünü fer'î kapsayacak şekilde umumileştirmek ya da fer'in hükmünü aslın hükmüne dahil etmektir. Kıyas metodunun kullanımı nasların ta'liline bağlı bir işlem olduğu için burada öncelikle nasların ta'liline değinmek gerekmektedir.

b. Kıyasın hakikati: Usulcüler, kıyasın hakikatının muzhir bir delil mi yoksa müsbet bir metot mu olduğu üzerinde ihtilaf etmişlerdir. Kıyası geçerli bir metot kabul eden usulcülere göre bu delil, nassın hükmünü aralarındaki ortak özelliğe dayanarak hakkında hüküm bulunmayan meselelere uygulamaktır. Bu bakımdan kıyas, naslar gibi yeni bir hüküm koyan müstakil müsbet bir delil değil; nasların ta'liline bağlı olarak kıyasın şartları çerçevesinde hükme konu vasfın bulunduğu meseleye ilişkin Şâri'in hitabını ortaya çıkaran fer'î muzhir bir delildir.¹¹

c. Kıyasa başvurma sebebi: İlahi hitabın insanların kıyamete kadar tüm ihtiyaçlarını karşılayacak nitelikte gönderildiğinde ihtilaf yoktur. Ancak bu hükümlerin bizâtihi kendileriyle yetinilmesi veya çeşitli metotlarla hakkında nas bulunmayan meselelere yürütülmesi hususunda iki eğilim vardır. Haricîlerin bir kısmı, İbrahim b. Seyyâr en-Nazzâm (ö. 820/231)¹², Şii İmâmiler, Zâhirîler ve bazı hukukçular, nassın ta'liline ve kıyasa karşı çıkarlar. Bu görüşteki fakihler arasında yaklaşım farkları bulunmakla birlikte, naslar bizâtihi lafızlarıyla bütün ihtiyaçları karşılayacak niteliktedir ve muallel değildir. Buna karşın Hanefî, Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelî usulcülerin yer aldığı çoğunluk ise kıyası meşru bir metot kabul eder ve kullanırlar. Onlara göre nasların her şeyi açıklaması, hem nasların lafız ve delâletleri hem de kıyas vb. metotlar kullanılarak hakkında nas bulunmayan meselelere ilişkin Şâri'in kasdının ortaya konmasıyla mümkündür. Şâri'in her durum için bir hükmü bazen nassın lafzı bazen de manası itibariyle mevcuttur. Şâri, hükümleri belirli manalar üzerine kurmuştur, hükmün bir manaya bağlı olduğu tespit edildiğinde bu mananın bulunduğu her yerde o hükme itibar etmek gerekir. Bu itibarla hakkında hüküm bulunmayan meselelere çözüm üretmede kullanılan metotlar arasında yer alan kıyas da aslın hükmünü aralarındaki ortak mana / özellik sebebiyle fer'de ıss pat etmekten ibarettir.¹³ Başka bir ifadeyle kıyas, asıldaki hükmün ta'lili halinde başvurulabilecek bir kaynaktır.¹⁴ Kıyas, nasların ta'liline bağlı bir işlem olduğu için burada öncelikle ta'lilin ortaya konması gerekir. Zira ta'lili kabul etmedikçe kıyasın meşruiyetinden ve kullanılmasından söz etmenin anlamı yoktur.

Apaydın, "Kıyas", XXV, 535.

11 Cessâs, IV, 9; Serahsî, *Usûl*, II, 145; Zerkeşi, VII, 17; Apaydın, "Kıyas", XXV, 534; Apaydın, "Ta'lil", *DİA*, 2010, XXXIX, 513 (511-514).

12 Koşum'a göre Nazzâm'ın kıyas karşıtlığı usulü fıkıh eserlerinde dile getirilse de kelimacı vasfı gereği onun kelimada kıyasa karşı çıkmış olabileceğini düşündürmektedir. Zira kelimacı ilmi zan üzere değil, katî bilgi üzere kurulmalıdır. Fıkıhta ise zann-ı galip düzeyindeki bilgi yeterlidir. Bk. Koşum, Adnan, *Kıyasın Oluşum ve Gelişim Süreci*, İzmir 2010, s. 63.

13 Cessâs, IV, 74; Ebü'l-Hüseyn el-Basrî, II, 206; Serahsî, *el-Usûl*, II, 150, 163; İbn Bedrân, s. 310; Şelebî, s. 12; Apaydın, "Kıyas", XXV, 538.

14 Râzî, V, 342.

d. Nasların ta'lili: Ta'lil, bir şeyin illetini ortaya koyma işlemidir. Nasların ta'lili ise hükümlerin kulların maslahatlarını temin ve onlardan mefsetleri gidermek (celb-i maslahat ve def'i mefset) gayesiyle konduğu düşüncesiyle, onların teşriine sebep olan özelliklerin tespit edilmesi ve benzer meselelere tatbik edilmesi amelîyesidir.¹⁵ Şer'î hükümlerin tamamının, kulların dünyevî ve uhrevî maslahatlarını koruma esası üzerine konduğu noktada usulcülerin ittifakı vardır.¹⁶ Bu düşünceden hareketle, ta'lili benimseyip kıyası muteber bir kaynak kabul eden usulcülere göre, hükme kaynaklık eden özelliğin nas-icmâ veya müçtehidin istinbatıyla tespiti halinde o özelliği taşıyan başka meselelere de aynı hükmü verme imkânı doğmakta tır. Böylece Şârî'in belirli olaylar için koyduğu hükümler başka olayları kapsayacak şekilde genişletilmekte; hakkında nas bulunmayan meselelerin şer'î hükümleri ortaya çıkarılmaktadır. Böylece teşriin *maslahatların celbi mefsetlerin def'i* üzerine kurulu olan gayesinin gerçekleştirilme imkânı doğmaktadır.

e. Ta'lil edilebilirlik açısından naslar: Usulcülere göre ta'lil edilebilirlik açısından hukuk normları, muallel (ta'lil edilebilen) ve taabbüdî (ta'lil edilemeyen) şeklinde iki kısma ayrılır.¹⁷ Naslar, ya bizzat nas tarafından ya da müçtehidin istinbatıyla ta'lil edilir. İletinin mansûs olması halinde, kıyas reddedilsin veya kabul edilsin, nassın hükmünün umum ifade edeceği ve dolayısıyla söz konusu illetin bulunduğu her meseleye uygulanacağı noktasında Nazzâm, Zâhirîler'in cumhuru ve Şîî İmâmîler dahil bir ittifaktan söz edilebilir.¹⁸ İletinin mansûs olmadığı naslar ta'lil bakımından şu şekilde gruplandırılabilir:

1) Bazı naslar ta'lile elverişlidir ve bunlarda kıyas cârîdir.

2) Bazı naslar ta'lile elverişli olsalar bile kişi veya duruma özgü istisnâî hüküm ifade ettikleri için kıyasa kapalıdır. Hz. Peygamber'in kendine has olduğu delille sabit hususlar, Huzeyme b. Sabit'in tanıklığını Hz. Peygamber'in iki şahit sayması¹⁹ ve Ebû Bürde b. Niyâr'ın, sahibi olduğu tek oğlağı kurban edip müslümanlarla paylaşmayı istediğinde Hz. Peygamber'in "Bu sana yeter, fakat bundan sonra senden başka kimseye bu kafi gelmeyecektir"²⁰ buyurması, bu tür naslara örnektir. Bu tür naslar da ta'lile kapalıdır ve bu gibi naslarda hükme kaynaklık eden vasıf tespit edilemediği için bunların hükümleri kıyas yoluyla hakkında hüküm bulunmayan

15 Serahsî, *El-Usûl*, II, 159; Şelebî, s. 12, 129; Apaydın, "Kıyas", XXV, 536; "Ta'lil", XXXIX, 512-513.

16 Şâtubî, II, 9, 11; Aşûr, Muhammed b. Tâhir, *İslâm Hukuk Felsefesi*, çev: Vecdi Akyüz-Mehmet Erdoğan, İstanbul 1996, s. 66.

17 Aşûr, s. 62.

18 Cessâs, IV, 122; İbn Kudâme, *Ravza*, II, 184; Aşûr, s. 63; Şelebî, s. 154 (Ta'lili kabul eden usulcüler açısından bir illetin kıyasa konu edilmesi açısından mansûs veya müstenbat olması arasında fark yoktur. Sadece tearuz durumunda mansûs illete dayanan kıyas tercih edilir); Diğer bir şey, Koşum'un tespitlerine göre ta'lil fikrini tamamen reddederek kıyasa karşı çıkmanın İbn Hazm ile başladığı söylenebilir. Bk. age, s. 66.

19 Ebû Dâvud, *Akdiye* 20; Nesâî, *Büyü*, 91.

20 Buhârî, "Edâhî", 1, 8, 11, 12, "İydeyn", 3, 5, 8, 10, 17, 23; Müslim, "Edâhî", 4; Tirmizî, "Edâhî", 12.

meselelere ta'diye ettirmek câiz değildir. Bu durumda da bu tür hükümlerin, itaat ve kulluğa dayandığı, sadece kullara imtihan gayesi ile konduğu kabul edilir.²¹

3) Bazı naslar bir bütün halinde ta'lile kapalı olmakla birlikte icare ve kitabet akitlelerinde olduğu gibi ayrıntıda ta'lile elverişlidir.

4) İbadetler, had ve kefâretler, miktar belirten naslar ve ruhsatlar ise ta'lile ve kıyasa kapalıdır.²²

Mansûs illet ve kişiye özgü durum bildirenlerin dışındaki nasların ta'lil edilebilirliğini ve buna bağlı olarak başta kıyas olmak üzere çeşitli metotların kullanımını kabul eden usulcüler, aklın idraki bakımından nasları *manası akıl tarafından kavranamayanlar (taabbüdü)* ve *manası akıl tarafından kavrananlar (ma'kûlü'l-mânâ)* şeklinde iki kısma ayırırlar. Birinci kısım nasların ta'lili ve bu alanda kıyasın icrası ihtilafıdır. Her ne kadar had, kefâret, namaz rekâtları, lian, mest üzerine mesh vb. ile ilgili nasların ta'lil imkânı bulunmadığı veya bulunsa bile bu hükümler sırf kullukla (Allah hakkıyla) ilgili olduğu için, bunlarda kıyasın cereyan etmeyeceği yönünde bir genel kabul bulunsa da ilke olarak her tür nassın ta'lil edilip edilmeyeceği ve bunlarda kıyas imkânı tartışmalıdır. Bazı usulcülere göre bu konularda ta'lile ve kıyasa gidilmez, emri yerine getirmekle yetinilir; bazı usulcüler ise ilke olarak bu konularda da ta'lili ve kıyası câri kabul ederler. İkinci grup naslar ise manaları akıl tarafından idrak edilebildiği, ta'lile elverişli oldukları için ta'lil ölçüsünce kıyas elverişli kabul edilir.²³

f. Ta'lil ya da kıyasın icra edilebileceği alan: Fıkhî hükümler, klasik fürû kaynaklarının sistematüğünde görüldüğü üzere, temizlik ve ibâdet konularından muâmelât, kefâretler, yemin ve ceza hukuku konularına kadar mükellefin fiillerine yönelik pek çok hususu içermektedir. Ta'lili kabul eden usulcüler, ta'lilin hangi alanlarda mümkün ve kıyasın geçerli olduğu hususunda farklı görüşleri savunmuşlardır. İlke olarak konuluş gayeleri ve hükme kaynaklık eden vasfı aklın idrakine açık bulunan (muâmelât gibi) hükümlerin, kıyasın icra alanına girdiği söylenebilir. Meselâ müdâyene ayetinde borç ilişkisinin yazıyla kayıt altına alınması talebinin²⁴ tarafların inkâr, unutmama, ölüm vb. hallerde haklarını güvence altına alma amacı taşıdığı aklın kavrayabileceği bir durumdur. Nitekim nas bu amacı açıkça belirtmiştir. Diğer taraftan usulcüler; ibâdetler, had ve kefâretler (ceza), ruhsatlar

21 Cüveynî, II, 70; Serahsî, *el-Usûl*, II, 151; Gazzâlî, s. 325; Âmidî, *İhkâm*, III, 196-197; Tilimsânî, s. 658-659; Şâtıbî, II, 408-409; Üdeh, Abdülkâdir, *Mukayeseli İslâm Ceza Hukuku*, çev: Ali Şafak, İstanbul 2012, I, 209.

22 Sem'ânî, *Kavâtî*, II, 114; Âmidî, *İhkâm*, III, 196-197 (Kıyas kurallarına aykırı naslar iki kısma ayrılır: 1. Manasını aklın idrak edemediği hükümlerdir. Huzeyme'nin şahitliği gibi genel kuraldan istisna edilmiş hükümler ve had, kefâret, namaz rekâtları ve zekât nisapları bu kısma örnektir. 2. Başlangıç itibarıyla konmuş ve benzeri olmayan hükümlerdir. Bu kısmın ta'lil edilebilirliği neticeyi değiştirmemektedir. Yolculukta namazların kısaltılmasındaki gerekçe meşakkattir; fakat bu meşakkat başka hükümlere yürütülemez); İbn Kudâme, *Ravza*, II, 298-299.

23 Cessâs, III, 365; IV, 105; Bâcî, s. 551; Gazzâlî, s. 326; Tilimsânî, s. 658, 663; İbn Bedrân, s. 310; Apaydın, "Ta'lil", XXXIX, 512.

24 el-Bakara, 2/282.

ve mukadderâtın yer aldığı alanın ta'lili ve bu alanda kıyasın icrası hususunda farklı görüşler ileri sürmüşlerdir.

Hanefî usulcüler, manasını aklın tam olarak kavrayamayacağını düşündükleri (namaz rekâtları, vâcip oruç günleri vb.) ibâdetler, had ve kefâretler, ruhsatlar ve mukadderât (hayız, nifas, sefer, ikamet, iddet vb.) gibi Allah hakkına dahil konularda kıyas yaşağını benimsemişler, bu konuların sadece tevkifi yolla (nakille) bilineceğini kabul etmişlerdir. Bu yaklaşım sebebiyle onlar, hırsıza (*sârike*) kıyasla dolandırıcıya (*muhtelise*) hırsızlık haddi uygulanmayacağı görüşünü savunmuşlardır. Aynı şekilde ta'lile kapalı alanda yer alan zina ve iffete iftira (zina iftirası), kefâretler ve namaz rekâtları gibi aklın idrakine kapalı alanda kıyas yaşağını benimsemişlerdir. Bu sebeple bu alanlarda ta'lil imkânı bulunsa bile kıyas yoluyla bu alanda ziyadeye gidilemez. Ancak onlar, bu konuların dışında yer alan ve ta'lil edilebilen her şer'î hükümde kıyası geçerli görmüşlerdir.²⁵ Bazı Mâlikîler de Hanefîler gibi düşünmektedirler.²⁶

Hanefîler'in dışındaki cumhur, başta Şâfiîler olmak üzere, taabbüdî karakter taşımakla birlikte, ilke olarak, ta'lil edilebilen her tür şer'î hükmü kıyasa elverişli kabul ederler ve ta'lile kapalı (ibâdet ve mukadderât gibi) konuları bu genel ilkedен istisna ederler. Onlara göre istisna niteliğindeki meseleleri, ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Zira şer'î hüküm genel olduğuna ve kıyas da ta'lil edilebilirliğe dayandığına göre bir delile dayanmaksızın bazı hükümleri bu muhtevanın dışında tutmak, keyfilik ifade eder. Ancak ta'lil edilemeyen hususlarda kıyasın icrasından söz edilemez.²⁷ Ancak bu gruptaki usulcülerin de ta'lil imkânı bulunmayan kefâret vb. konularda kıyas yaşağını benimsemek durumunda kaldıkları söylenebilir.²⁸ Bu gruptaki usulcülerden Gazzâlî, Şer'in hükmünü ikiye ayırır: Birincisi hükmün kendisi (nefsü'l-hüküm), ikincisi hükme dayanak olan sebeplerdir (nasbu esbâbi'l-hüküm). Ona göre hüküm gibi sebep de şer'î hükümdür. Bu durumda sebebin gerr çekleştiği her yer, şer'î hüküm vasfını alır. Buna göre zina edenin recmedilmesinde ve hırsızın elinin kesilmesinde iki hüküm vardır. Birincisi recmin gerekli olması diğeri zinanın recmin tatbikine sebep yapılmasıdır. Zinada bulunan illet / sebep livâtada bulunduğu göre ona da zina haddi uygulanabilir.²⁹

25 Cessâs, III, 365; IV, 106; Debûsi, Ebû Zeyd Abdullah b. Muhammed, *Takvîmü'l-edille fi'l-usûl*, Dâru'l-kütübî'l-ilmiyye, 1421/2001, s. 272; Serahsî, *el-Usûl*, II, 111, 163; Gazzâlî, s. 326; İbn Emîru Hâc, III, 241.

26 Apaydın, "Kıyas", XXV, 537.

27 Bâcî, s. 628; Debûsi, s. 272; Ebü'l-Hüseyn el-Basrî, II, 264-265; Sem'ânî, *Kavâtr*, II, 114; Gazzâlî, s. 326, 329; İbn Kudâme, *Ravza*, II, 218.

28 Şâfiî usulcülerden Zencânî (ö. 1258/656), bu hususta şunları ifade etmiştir: "Biz kefâret konularında kıyası câri görmedik. Zira şer'iat zihâr yapan kimseye kefâreti vâcip kılmış ve kefâreti de zihâr yapmanın çirkin ve yalan söz söylemesi ile ta'lil etmiştir. Ancak zihârda kefâreti gerekli gören şeriat, zihâr yapmanın sözünden daha büyük ve çirkin söz söyleyen mürtede kefâreti gerekli görmemiştir. Yine yemin bozan kişiye köle azadı, üç gün oruç veya on fakir doyurma; zihâr yapana ise bir köle azadı, iki ay oruç veya altmış fakir doyurma kefâreti gerekli görmüştür. Eğer yemin kefâretinde belirtilen üç gün oruç tutmayı, köle azat etmenin bedeli kabul edersek, zihârdaki iki ay oruç tutmayı köle azat etmenin bedeli olarak neden kabul etmiyoruz." Zencânî, Şihâbüddin Mahmûd b. Ahmed, *Tahrîcül-fîru' ale'l-usûl*, Beyrut 1398, s. 133.

29 Gazzâlî, s. 329; Âmidî, *İhkâm*, I, 59.

Görüldüğü üzere Hanefiler, başlangıç itibariyle bazı alanlarda kıyas yasağını benimsemişlerdir. Bu yasak bu alanlardaki nasların tamamen aklın idrakine kapalı ve ta'lile elverişsiz olduğu anlamına gelmez. Ancak ta'lil imkânı bulunsa bile bu alanlarda kıyas yürütülmez. Hanefiler'in dışındaki cumhur ise kural olarak ta'lil edilebilen her hükmün yeni olaylara ta'diyesini benimsemekle birlikte bazı konuları bu genel kuraldan istisna ederek her alanın ta'lile ve kıyasa elverişli olmadığını kabul etmiş olmaktadır.

g. Nassın muallel olması ve illetin bilinmesi: İletle belirleme işinden önce söz konusu nassın muallel olduğunun anlaşılması gerekmektedir. Ta'lili kabul eden usulcüler, nassın muallel olup olmadığının çeşitli şekillerde anlaşılacağı görüşündedirler. Meselâ Şemsüleimme es-Serahsî (ö. 1090/483), bir nassın muallel olduğunun şu yollardan biriyle anlaşılacağını ileri sürmüştür; 1) Ganimet mallarının dağıtılma gerekçesinde³⁰ ve Berîre'nin oğlak kurban etmesinde olduğu gibi, nassın açıkça belirtmesinden, 2) Hz. Peygamber'in, *tereyağının içindeki ölü fare için yağ donuksa, fare ve çevresinin atılıp kalanın yenilmesini; eğer erimişse, tamamının dökülmesini* istemesinde³¹ olduğu gibi nassın fehvâsından, 3) Nassın hükümden istidlâl yoluyla, 4) Nassın muallel olduğu konusunda kıyası benimseyenlerin görüş birliği içinde bulunmasından. Bir nas hakkında bu delillerden bir şeyin varlığı halinde onun ma'lûl olmadığı ihtimali ortadan kalkar.³² Bir nassın muallel olduğunun anlaşılması halinde, hükme konu vasfın bulunduğu her olaya nassın hükmünü ta'diye imkânı doğmaktadır.

h. İlette aranan şartlar: Nasların ta'lilini kabul eden usulcüler, ta'lilde hükme dayanak teşkil eden vasfın / illetin mahiyeti ve ne şekilde bilineceğine³³ ilişkin hususlarda farklı görüşleri savunmuşlar; ta'lil işleminin yapılması ve hangi vasıfların kıyasa asıl teşkil edeceği hususunda hata ve keyfiliklerin önüne geçmek gayesiyle çeşitli şartlar ileri sürmüşlerdir. Hatta bu hususta keyfiligi önlemek gayesiyle bir vasfın illet olabilmesi için hükme konu vasfı diğerlerinden ayıran bir delilin bulunmasını şart koşan usulcüler de olmuştur. Şer'î konularda hükmün menâtı / dayanağı ya da şer'in hükmü kendisine izafe edip bağladığı ve hükme alamet kılınmış vasfın³⁴ müteaddî (Hanefiler'e göre illet, kasır olmamalıdır), münasip, zahir ve objektif bir özellik olması gerektiğinde tartışma yoktur.³⁵ İletin farklı şekillerde ta-

30 el-Haşr, 59/7. (لَا يَكُونُ دَوْلَةً بَيْنَ الْأَعْيُنَاءِ مِنْكُمْ).

31 Buhârî, "Zebâih", 34; Tirmizî, "Et'ime", 8; Ahmed b. Hanbel, "Müsned", II, 233, 265, 490.

32 Serahsî, *el-Usûl*, II, 149.

33 Bâcî, kıyası illeti bilme yolunun kesinlik derecesine göre *celî*, *vâzih* ve *hafî* olarak üçe ayırmıştır. Celî; illeti nas, fehva'l-hitâb veya icmâ gibi kesin bir yolla bilinen kıyastır. Vâzih; illeti zahir veya umum yoluyla sabit olan kıyastır. Hafî ise istinbat ile illeti bilinen kıyastır. *İhkâmü'l-fusûl*, s. 633; Akberî (ö. 428) de kıyası vazih ve hafî şeklinde iki kısma ayırmıştır. Bk. s. 69-68.

34 Cessâs, IV, 9 (وَأَمَّا جِبِّ الْقِيَّاسِ (IV, 86), وَأَمَّا الْعَلَّةُ، فَهِيَ الْمَعْنَى الَّذِي عِنْدَ حُدُودِهِ يَجِدُ الْحُكْمَ. فَيَكُونُ وَجُودَ الْحُكْمِ مُتَعَلِّقًا بِوُجُودِهَا، وَمَنْ لَمْ تَكُنْ الْعَلَّةُ لَمْ يَكُنْ الْحُكْمُ (IV, 86), وَالْعَلَّةُ هِيَ الْمَعْنَى الْجَالِبُ لِلْحُكْمِ (II, 259; Âmidî, *İhkâm*, III, 189.

35 Âmidî, III, 201; Apaydın, "Kıyas", XXV, 535; İletle ilgili şartlar hakkında geniş değerlendirme için bk: Abdülhamid,

nımlanmasında usulcülerin ta'lil konusundaki yaklaşımlarının belirleyici olduğu³⁶ göz ardı edilmemelidir. Şu var ki ta'lil işlemiyle tespitine çalışılan illet, kendisiyle maslahatların kazanılması ve mefsedetlerin giderilmesi anlamında hikmetin gerçekleştirilmesini sağlayacak zahir, munzabıt ve objektif vasfıdır.³⁷

Hükme konu vasfın belirlenmesinde hükmün kendisine izafe edildiğinin ve bunda kullar için bir yarar bulunduğu açıkça bilinmesi gerekir. Meselâ şarapla ilgili teklifin dayanağı / menâtı, onda akli giderici bir özellik taşıyan iskar vasfının bulunmasıdır. Bu vasf, akli giderici olduğu için bulunduğu her yerde haramlık vasfını ortaya çıkarmaya münasiptir.³⁸

h. Kıyasın zannî bilgi ifade etmesi: Kıyas, şer'î amelî hükme kaynaklık eden vasfın ta'lil yoluyla tespit edilmesi ve hakkında nas bulunmayan meselelere nasın hükmünü tatbiki şeklinde cereyan ettiğinde, bu işlem katî değil, zannî bilgi (zann-ı galip / ekberürrey) ifade eder. (Ancak kıyas mansûs illete dayanması halinde sonucun kat'î olabileceği durumlar da söz konusudur.) Aralarında farklı yaklaşımlar bulunmakla birlikte Mu'tezile ve Sünnî fıkıh ekollerine mensup fakihlerin çoğunluğu, hakkında nas bulunmayan konularda zanla amel etmeyi gerekli kılan bir delilin bulunması halinde bu bilgiye itibar etmek gerektiği görüşündedirler. Onlara göre akaid konularından farklı olarak amelî konularda bir işin yapılmasının dinî bir gereklilik olduğu yönünde zannın oluşması yeterlidir. Zira zan, Allah'ın her hangi bir meselede hükmünün bu olduğu yönünde kanaat meydana getirir. Bu itibarla kıyasın meşruiyetinden söz edebilmek için fıkhi meselelerde zanla amelin geçerlilikğini kabul etmek gerekir.³⁹ Hanefi usulcülerden Lâmişî (VI/XII. yy.), kıyasın mute lak zanla değil galip rey ve ekber-i zanla amel olduğunu ifade etmiştir. Ona göre, istidlâlin şartlarına uyan ve mansûs aleyhin vasıfları üzerinde iyice teemmül ederek müessirle müessir olmayı ayırt eden kimsenin, akli konularda kesin bilgiye ve şer'î konularda ise galip re'y ve ekber-i zanna ulaşır. Dolayısıyla bu tür bir yolla ulaşılan neticete hata ihtimali bulunsa da galip re'y ve ekber-i zanla amel, aklen ve şer'an vâciptir. Nitekim şüphe ve ihtimal taşımasına rağmen haber-i vâhidle amel etmek şer'an vâciptir.⁴⁰

Haber-i vahit ve kıyas bir yana bizâtihi nasların (bazı ayet ve hadislerin) gereklerinin yerine getirilmesi de zann-ı galibe itibar etmekle mümkündür. Şer'î hüi kümlemler konusunda zanna itibar edileceğini savunanların dayandıkları gerekçelerin

s. 109vd.

36 Şelebî, s. 112.

37 Şelebî, s. 133.

38 Gazzâlî, s. 311. Münâsebet, kullar için bir yarar sağlamak ya da onlardan bir zararı gidermek; münâsib vasif ise, uyarınca hüküm düzenlendiğinde bu hükmün meşruiyet amacı olmaya uygun olan celb-i menfaat def-i mefsedet türünden bir sonucun gerçekleşeceği zahir munzabıt vasıftır. Apaydın, "Kıyas", XXV, 535.

39 Apaydın, H. Yunus, "Zan", *DİA*, 2013, XXXIV, 121-122 (122-124).

40 Lâmişî, Ebu's-Senâ Mahmud b. Zeyd, *Kitâbün fi usûli'l-fıkıh*, Beyrut 1995, s. 182-183.

başında, tahkîku'l-menât icihadının kaçınılmaz oluşu ve bunun da esas itibariyle zanna dayandığı hususu gelmektedir. Tahkîku'l-menât icihadının kaçınılmazlığı bazı âyet ve hadislerin anlaşılıp uygulanmasının buna bağlı olması sebebiyledir. Zann-ı galibe itibar etmeksizin kible tayini, şahidin adil olup olmadığı, hac cina-yetinde kefâret olarak kesilecek hayvanın denginin belirlenmesi, zekâtın fakirlefe verilmesi, namaz vakitleri, akrabalara nafaka miktarı kıyafet takdiri, cinayet diyetlerinin belirlenmesi vb. naslarla⁴¹ amel etmeye imkân yoktur.⁴² Bu hususlardaki bütün naslar, tahkîku'l-menât içtihadına dayanan zann-ı galiple amel etmeyi gerektirir. (Şahitlerin doğruluğu zannına dayanarak hakimim verdiği hüküm kesin ve bağlayıcı olur. Zira tanıkların tanıklıkları yalana dayansa veya hata ihtimali taşısa da hakim hata etmekten korunur. Hakimim doğruluğunu zannettiği söze uyması yeterlidir. Nitekim sahabe içki içme haddi gibi pek çok konuda katî bilgi aramışlar, zannî bilgi ile yetinmişlerdir.⁴³) Kur'an'da bu tür hükümlerin varlığı zannın şer'î hükümler konusunda muteber olduğunu gösterir. Diğer taraftan zan içeren haber-i vâhidle hadler dahil her konuda hüküm sabit olduğuna⁴⁴ göre kıyasın da amelî konularda kullanılmasında bir sakınca bulunmamalıdır. Zira zan içermesi bakımından kıyas, haber-i vâhid gibidir. Haber-i vâhidle hüküm ispatı câiz olduğuna göre kıyasla da câiz olur.⁴⁵

Bazı usulcüler, şüphe ile hadlerin düşmesinden hareketle kıyasın şüphe barındıran zanna dayandığını, şüphe ile hadler düştüğüne göre had suçlarında kıyasın yürütülmeyeceği görüşünü savunmuşlardır. Zira hadlerde asıl olan onları genişletmemek veya daraltmamaktır. Sahabenin şarap içme haddini, zina iftirası haddine kıyas etmesi ise yeni bir had ispatı olmayıp Şâri' (kanun koyucu) tarafından belirlenmiş haddin miktarını tespitle ilgilidir. Bu gruptaki usulcülere göre amden katle (kasten adam öldürme) kefâret ödenmemesi de bu alanın ta'file kapalı olduğu esasına dayanır.⁴⁶

Hanefiler, mansûs illete dayanan kıyasla amelî gerekli görmelerine rağmen müstenbat illetle kıyası, istinbatta zan bulunduğu gerekçesiyle had ve kefâret ko-

41 el-Bakara, 2/150, el-Maide, 5/95; et-Talâk, 65/2.

42 Apaydın, "Kıyas", XXV, 530 ("Zanna itibarın diğer bir gerekçesi de sahâbenin -hakkında nas bulunmayan konularda- re'y ve ictihada hüküm vermenin cevazı konusunda icmâ etmiş olmasıdır. Re'y ve icihad kesinlik ifade etmeyip zan ifade ettiğine göre re'y ve icihadın muteber kabul edilmesi aynı zamanda zannın da muteber sayıldığı anlamına gelir. Esasen zannın muteber olup olmadığı tartışması büyük ölçüde kıyas yönteminin meşruiyetini ispat çerçevesinde sürdürülmektedir. Çünkü kıyas işlemi gerek mevcut hükmün illetinin tespiti, gerekse aynı illetin hükmün nakledileceği problemde varlığının tespiti gibi hususlar kesin olmayıp zanna dayandığı için kıyas yöntemi zannî, dolayısıyla belli ölçüde rölâtif ve sübjektif bir yöntem haline gelmektedir").

43 Gazzâlî, s. 303.

44 Hanefilerde haber-i vâhidin hadlerde kabul edilip edilmeyeceği tartışmalıdır. Ebû Yûsuf'a göre haber-i vâhid ile hadler sabittir ve Cessâs da bu görüştedir. Fakat Kerhî'ye (ö. 340/952) göre hadlerde haber-i vâhid kabul edilmez. Serahsî, *El-Usûl*, I, 333.

45 İbnü'l-Kassâr, s. 371; Bâci, s. 629; Şirâzi, Ebû İshâk İbrahim b. Ali, *et-Tebîrâ fî usûli'l-fikh*, Dumaşk 1403, s. 441; Lâmişi, s. 183; Gazzâlî, s. 281 (Tahkîku'l-menât içtihadı kesinlikle kıyas işlemi değildir); İbn Kudâme, *Ravza*, II, 298-299; Apaydın, "Kıyas", XXV, 530.

46 Cessâs, IV, 105; Zerkeşi, VII, 70.

nularında cârî görmezler. Onlara göre bu konularda, kesin bilgi ifade eden nassın delâletiyle yetinmek gerekir.⁴⁷

k. Kıyasın şartları: Kıyas metoduyla istenmeyen sonuçların meydana gelmesini önlemek gayesi ile kıyasın rükünleri ve icrası ile ilgili çeşitli şartlar ileri sürülmüştür. Bu şartların gerçekleşmesi halinde aslın hükmünü fer'e ta'diye imkânı doğmaktadır. Bunları şu şekilde belirtebiliriz:

1. Aslın hükmü fer'î meseleyi kapsamamalı veya fer'î mesele bir nassın şümü-lüne dahil olmamalıdır.

2. Nassın hükmü (Hz. Peygamber'e özgü durumlar, Huzeyme b. Sabit'in şahitliği ve Ebû Bürde b. Niyâr'ın oğlak kurbanı gibi) asla mahsus olmamalı, istisnaî nitelik taşımamalıdır.

3. Aslın hükmü, kıyas metodundan ayrılarak konulmuş olmamalıdır. Bu şekilde belirlenen aslın hükmü hakkında kıyas yapılamaz. Hanefiler'e göre bunun iki nedeni vardır: Birincisi, aslın hükmünün illet ve hikmetini, akıl idrak edemez. Hanefiler'e göre hadler, kefâretler, ibâdetlerle ilgili hususlar, ruhsatlar ve lugavî mee selelerin illet ve hikmetleri akılla idrak edilemediği için bu asıllara dayanarak kıyas yapılamaz. İkincisi, aslın hükmünün kıyas metodundan istisna edilerek konmuş olmasıdır. Hanefiler'e göre orucun rüknü imsaktır. Hz. Peygamber unutarak yemek nin orucu bozmayacağını açıklamıştır.⁴⁸ Hanefiler, hata ve ikrahın unutmaya kıyas edilmeyeceği görüşündedirler. Zira unutan kişi ile ilgili hüküm istisnaî nitelikte bir hükümdür.

4. Nas ile sabit şer'î hüküm, hakkında nas bulunmayan ve asla benzeyen bir fer'î meseleye asılda olduğu gibi ta'diye etmelidir. Kıyas yapılacak asıl, Kitap, Sünnet ve icmâ ile sabit olan şer'î bir hüküm olmalıdır. Hükmün fer'e geçmesinde tağyir / değişim meydana gelmemelidir. (Zimmîlerin talâkının geçerli olmasına kıyasla onların zihârlarının da geçerli olduğu söylenemez.) Hanefiler şer'î isimlerde kıyası cârî görmezler. Nebîzin şaraba, livâtanın zinaya kıyas edilemeyeceği bu anlayışla izah edilmiştir. Hanefiler hataen öldürmeye kıyasla amden öldürme durumunda da kefâretin gerekli görülmemesini bu gerekçe ile geçersiz saymışlardır.⁴⁹

47 Serahsî, *el-Usûl*, II, 159.

48 Buhârî, "Savm", 26; "İmân", 15; Müslim, "Siyâm", 17; İbn Mâce, "Siyâm", 15; Dârimî, "Savm", 23.

49 Cessâs, IV, 105; Debûsî, s. 132, 272, 301; Serahsî, *el-Usûl*, II, 149 vd., 156, 159 (İsimler hakikat ve mecaz olmak üzere iki tür manaya sahiptirler. Hakiki mana, dilcilerden işitmekle; mecaz anlam, dilcilerin kelimelere yükledikleri mecaz anlamlara vukûfiyetle mümkündür. Buradaki ikinci tür anlamlar şer'î hükümlerin ta'lil edilerek fer'î meselelere yürütüleceği alanın dışında yer alır.), 162; *el-Mebsûat*, Beyrut, 1414/1993, IX, 78; Gazzâlî de isimlerde kıyasa cevaz vermez. s. 324 vd., 328 (فلا يجوز إثبات اسم الخمر للبيذ والزنا للواط والسرقة للبيش والخليط للجار بالقياس؛ لأن العرب تسمى الخمر إذا حمضت حلا لحموضته) (ولا تجزئه في كل حامض) (ولا تجزئه في كل حامض); Âmidî, *İhkâm*, III, 194vd.; Tilimsânî, s. 654 vd.; İbn Bedrân, s. 311; Apaydın, "Kıyas", XXV, 536; Abdülhamid, s. 98vd.

2. Had Suçları ve Kıyas

Sözlükte engel olmak, iki şeyin arasını ayırmak, sınır, tanım vb. anlamlara gelen had⁵⁰, fıkihta “Allah hakkı olarak yerine getirilmesi gereken, miktar ve keyfiyeti nasla belirlenmiş şartlar ne olursa olsun ziyade ve noksan kabul etmeksizin tatbiki istenen cezaî müeyyideleri” ifade eder. Bu tür suçların ceza, müeyyide, miktar ve keyfiyetlerinde kulların söz hakkı bulunmadığı gibi hiç kimsenin had cezası koyma yetkisi de yoktur. Hadlerin Allah / kamu hakkına mı kul haklarına / şahsî haklara mı dahil olduğu hususu fakihler arasında tartışmalıdır.⁵¹ Hanefîler’e göre hadler Allah hakkı olarak takdir edilmiş müeyyidelerdir.⁵² Şâfiî ve Hanbelîler ise ayrı ayrı suçları esas alarak Allah-kul hakkı ayırımına giderler ve had suçlarından hırsızlık ve iffete iftirada şahsî hakkın Allah hakkından önce geldiğini savunurlar.⁵³ Had kapsamındaki suçların miktar ve keyfiyet bakımından belirlenmiş olmasının sebebi, bu suçları işleyenlere uygulanacak müeyyide sebebiyle tekrarının önlenmesidir. Hadlerin kısıstan farkı kul haklarına ilişkin olmaması, ta’zîrden farkı ise suç ve cezası belirlenmiş olduğu için bu suçlara başkaca müeyyide imkânı bulunmaması, sulh veya af yollarının kapalı olmasından kaynaklanır.⁵⁴

İslâm hukukçuları arasında had bildiren nasların ta’lîli ve nassın hükmünün hükme konu vasfı taşıyan başka meselelere yürütülmesi; başka bir ifade ile hâkında hüküm bulunmayan haram fiillerin ilgili nas çerçevesinde had suçu sayılıp o suça ait cezanın tatbiki hususu tartışmalı bir konudur. Bu konudaki görüşleri, aralarında bazı farklılıklar bulunmakla birlikte iki kısımda değerlendirmek mümkündür.

a. Hanefîler’in başı çektikleri bir grup usulcüye göre ta’lîl imkânı bulunmadığı için hadler ve kefâretlerde kıyas yöntemi kullanılamaz. Bu alanlarda kıyas yasağının benimsenmesi, kıyas yoluyla yeni bir had suç ve cezasının ortaya konulamayacağı anlamına gelir. Ancak mevcut suçların ispatlanması, şartları vb. konularda kıyasa başvurulabilir.⁵⁵

50 İbn Manzûr, III, 140. “h d d” maddesi.

51 Bardakoğlu, “Had”, XIV, 547-550 (Had suçları: 1. Zina (en-Nûr, 24/2), 2. İffete iftira (en-Nûr, 24/4), 3. Hırsızlık (el-Mâide, 5/38); 4. Silahlı gasp, yol kesme ve eşkıyalık (el-Mâide, 5/33-34) ve irtidattır. Had suçlarında, hakimin suçun işlenişi vb. sebeplerle takdir ve tahfif yetkisi; mağdurun af, sulh veya bedeli bir ceza isteme hakkı yoktur. Bu suçlar ve cezaları, çeşit ve miktar yönüyle sınırlıdır. Bu tür hükümlerde kıyas veya genişletici yorumun benimseneme sebebi, bu konudaki nasların ta’lîle kapalı olmasından ziyade kısas, diyet ve had cezalarını kitap ve sünnette belirtildiği şekilde koruma altına alma, cezada kanuniliği ve haksız uygulamaları önleme amacı taşır).

52 Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 36; Kâsânî, Ebû Bekir Alâuddin b. Mes’ud, *Bedâi’ü’s-senâi’ fi tertibi’ş-şerâi’*, Dâru’l-kütübîl-ilmiyye, 1406/1986, VII, 33.

53 Şirbîni, Muhammed b. Ahmed el-Hatîb, *Muğni’l-muhtâc ilâ ma’rifeti me’âni’l-Minhâc*, Dâru’l-kütübîl-ilmiyye, 1415/1994, V, 460; İbn Kudâme, İbn Kudâme, *el-Muğni*, Mektebetü’l-Kâhire 1388/1968, IX, 138, 156; Bardakoğlu, “Had”, XIV, 549-550.

54 Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 36; Kâsânî, VII, 33; Konevî, Kâsım b. Abdullah, *Enisü’l-fukahâ fi ta’rifâti’l-elfâzi’l-mütedâvile beyne’l-fukahâ*, Dâru’l-kütübîl-ilmiyye, 1424/2004, s. 62; Üdeh, I, 627; Zühaylî, Vehbe, *el-Fıkhü’l-İslâmî ve edilletüh*, Dâru’l-fıkr / Dumaşk, ts., VII, 5274.

55 Cessâs, IV, 105; Serahsî, *El-Usûl*, II, 163; Buhârî, Alâüddin Abdülaziz b. Ahmed, *Keşfü’l-esrâr’an Usûli Fahri’l-İslâm*

b. Şâfîiler'in çoğunluğu, İbnü'l-Hâcib (ö. 1249/646) gibi bazı Mâlikiler, ve Hanbelîlere göre hadlerde kıyas geçerlidir.⁵⁶ Kıyasın kullanılacağı alanlara had ve kefâret gibi bazı konuların dahil olmasına ilişkin usulcülerin görüşleri "Kıyasın Ceza Hukukunda Kullanma İmkanına Dair Deliller" başlığı altında değerlendirilecektir.

3. Kefâretler ve Kıyas

Sözlükte örtmek, gizlemek, inkâr etmek, inanmak gibi anlamlara gelen *k f r* fiilinden türeyen kefâret⁵⁷, fıkıh literatüründe dinin belirli yasaklarını (bilerek yaptığı yemini bozma, zihâr, hataen katl, ihramlı iken avlanma veya tıraş olma, Ramazan orucunu kasden bozma) ihlâl eden kimsenin, bu kusurlu davranış, hata ve günah dolayısıyla, Allah hakkına ilişkin uhrevî sonuçlarını telafi amacıyla yerine getirmesi gereken (köle âzat etme, oruç tutma, fakiri doyurma ve giydirme gibi) malî veya bedenî müeyyideyi ifade eder.⁵⁸ Ayrıca bu müeyyideler, ihlâl edilen durumun taminine yol açması bakımından tevbe yönünü de içinde barındırmakta ve onlardan doğan menfi neticeleri örtmeyi amaçlamaktadır.⁵⁹

Kefâretin ceza / ukûbât veya ibâdet niteliklerinden hangisinin ağır bastığı hui susu ihtilafli bir konudur. Bu konu hakkında Hanefîler'de iki eğilim bulunduğu söylenebilir. Cessâs'a (ö. 981/370) göre, yasak fiillerin yapılmasına karşılık olarak konmasına bakılırsa o bir cezadır; zira günah işleyenden başkasına bu neticelerin yapılması gerekli değildir.⁶⁰ İbn Nüceym (ö. 970/1562) ise müeyyidelerinin oruç, köle azadı, fakir doyurma ve giydirme şeklinde ibâdet türünden belirlenerek ihlâlin telifisine imkân verilmesi durumunu göz önüne alarak kefâretlerde ibâdet özelliğinin ağır bastığını ifade etmiştir.⁶¹ Görüldüğü üzere Cessâs, yapılan eylemin yasak fiil olmasını, İbn Nüceym ise ihlâlin telifisinin ibâdet nitelikli yaptırma bağlanmasını esas alarak kefâretlerin ceza veya ibâdet niteliği taşıdığına karar vermişlerdir. Şâfîiler'de de iki eğilim vardır ve ibâdet karakterinin ağır bastığı görüşü ağır bastığı görüşü tercihe şayan bulunmaktadır. Nitekim kefârette niyetin şart koşulması bu görüşteki hukukçuların delillerindedir.⁶²

Kefâretler, bildiri mi naslara dayanması, ibâdetler grubunda yer alması ve ifa şekillerinin naslarla belirlenmiş olması bakımından ibâdet karakteri ağır basan mü-

Pezdevî, Dâru'l-kütübî'l-İslâmî, ts., III, 304-305; İbn Emîru Hâc, III, 241.

56 Âmidî, *İhkâm*, IV, 62; İbn Kudâme, *Ravza*, II, 298-299.

57 İbn Manzûr, V, 144. "k f r" maddesi.

58 Yaran, Rahmi, "Kefâret", *DİA*, 2002, XXV, 179-180 (179-182).

59 Cessâs, IV, 106; Buhârî, *Keşf*, II, 221, IV, 160.

60 Cessâs, IV, 106. Ayrıca bk. Serahsî, *el-Mebsût*, III, 56.

61 İbn Nüceym, Zeynüddin b. İbrâhim, *el-Bahru'r-râ'ik şerhu Kenzi'd-dekâ'ik*, Dâru'l-kütübî'l-İslâmî, trs., IV, 109 (Bu genel kabulün yanı sıra İbn Nüceym kefâret sebebi fiiller hakkında daha ayrıntılı tahliller yapmaktadır. Meselâ ona göre, Ramazan orucunu bozma kefâreti, şüphe halinde düşmesi bakımından hadlere benzemesi ve yeminden farklı olarak hata halinde gerekmemesi bakımından ceza niteliği ağır basan bir özellik arz etmektedir).

62 Şirbînî, V, 40.

eyyidelerdir. Kefâretlerin ifasında ibâdetle mükellefiyet ehliyeti ve ibâdetlere has bazı şartların aranması bu niteliğinden kaynaklanır. Fakihlerin konuya katkısının metinlerin ve rivayetlerin değerlendirilmesi ve yorumlanması ile sınırlı kalması, bu metinlerin ta'lîl edilmesi ve kıyasa asıl teşkil etmesindeki zorluk da kefâretlerin bu karakteri ile yakından ilişkilidir.⁶³

Kefâretlerin ta'lîli ve kıyasa konu edilmesi, başka bir ifade ile kefâret borçlusunun yeniden belirlenebilmesi hususu usulcüler arasında tartışmalı konulardan biridir. Hanefîler'e göre hükme konu vasfı akıl tarafından idrak edilse bile kefâretlerin "miktarı belirlenmiş müeyyideler" olması ve bu ihlâllerin ceza miktarlarının yalnızca tevkîfi yoldan bilinmesi sebepleriyle bu konularda kıyas cârî değildir.⁶⁴ Diğer usulcülere göre ta'lîl edilebilen her hükümde kıyas cârî olacağı ve bunlarda kıyasın icrasını tahsis eden bir delil bulunmadığı için ta'lîl edilebilmeleri halinde bu alanlarda da kıyas cârîdir.⁶⁵

B. KIYASI CEZA HUKUKUNDA KULLANMA İMKÂNINA DAİR DELİLLER

İslâm hukukçularının, kıyas metodunun ceza hukukunda kullanılabilirliği hususundaki görüşlerinin lehte ve aleyhte olmak üzere iki grupta temerküz ettiği görülür. Hatta bu konunun taraflarının Hanefîler ve diğer İslâm hukukçuları olduğu da söylenebilir.⁶⁶ İlke olarak, hukukî meselelerde kıyas metodunun kullanılmasını benimseyen usulcüler, ta'lîl edilebilen meselelerin hükme esas vasfının bulunduğu her yeni olaya aslın hükmünün verilebileceği görüşündedirler. Fakat hukukun diğer alanlarından farklı olarak ceza konularında ve bilhassa had ve kefâret suçlarında kıyasın yürütülüp yürütülemeyeceği hususunda lehte ve aleyhte görüş belirten hukukçular, görüşlerini çeşitli delillerle savunmuşlardır. Bu konudaki tartışma, kıyasla amelin şartları etrafında cereyan etmektedir. Tartışma konusu örneklere geçmeden önce, burada ceza hukukunda (hadler ve kefâretler) kıyas metodunun uygulanabileceği ve uygulanamayacağı yönündeki iddialar incelenecektir.

1. Kıyasın Ceza Hukukunda Uygulanamayacağına Dair Deliller

Haricîler, Zâhirîler, Şîî İmâmîler, Mu'tezileden Nazzâm, şer'î hükümlerde kıyası tamamen reddederler.⁶⁷ Hanefî usulcülerle bazı Mâlikî usulcüler ise kıyası meşru bir delil kabul etmekle birlikte ibâdet, ceza vb. konularda kıyas yasağını benimseyerek kıyas yoluyla yeni had ve kefâret belirlenemeyeceği görüşünü savunurlar. Zira bu alanlar, aklın idrak edemediği (zina haddinde yüz değnek, kazifte seksen

63 Yaran, "Kefâret", XXV, 180.

64 Cessâs, IV, 106; Serahsî, *El-Usûl*, II, 163; Buhârî, *Keşf*, II, 221.

65 İbnü'l-Kassâr, s. 366; İbn Kudâme, *Ravza*, II, 298-299; Zencânî, s. 132.

66 Şevkânî, *İrşâd*, II, 144; Abdülhamid, s. 401-402.

67 Bâcî, s. 537; Gazzâlî, s. 282.

değnek gibi) düzenlemeler içermektedir.⁶⁸ Hanefiler'in bu alanlarda kıyas yasağını benimsemelerinde, daha önce belirtildiği üzere, onların bu alanların aslına ilişkin yaklaşımları belirleyici olmuştur. Onların bu alanlarda kıyası meşru bir yol olarak görmeme gerekçelerini şöylece sıralamak mümkündür:

a. Ta'lil edilemezlik: Hadler, Allah hakkı olarak konmuş cezalar; kefareter ise daha ziyade ibâdet karakteri taşıyan naslarla belirlenmiş müeyyidelerdir. Bu konulardaki nasların illetlerini, miktar ve sebeplerini akıl tam olarak idrak edemez. Hatta bu alanlardaki naslar ta'lil edilebilseler bile öngörülen müeyyideler yalnızca bu ihlâllerle sınırlıdır. Bu tür naslar ta'lil edilebilseler bile bu alanlarda kıyastan söz edilemez; bu kısım nasların hükümleri başka meselelere yürütülemez. Kıyasın icrası, asıldaki hükmün kıyasa elverişli olmasına bağlıdır.⁶⁹ Bu görüşteki usulcülere göre had ve kefarete ilişkin hükümler, sadece tevkifi yolla bilinebilir. Dolayısıyla bu alanlarda *nassın işareti*, *nassın delâleti* ve *nassın muktezası* ile sabit olanların dışında ta'lile dayanarak rey ve kıyasla hüküm inşası mümkün değildir. Diğer taraftan bu alanlardaki bazı hükümlerin kıyastan istisna edildiği unutulmamalıdır. Meselâ orucun rüknü olan imsak yeme-içme ile bozulduğu halde unutmak bundan istisna edilmiştir. Ancak bu istisnaya unutmamanın dışında başka sebepler kıyas edilemez. Hanefiler'e göre yeme içme için getirilen istisnaî hüküm cinsel ilişki için de geçerli dir. Fakat bu, kıyas yoluyla değil, nassın delâleti yoluyla dir. Benzer durum, ileride geleceği üzere, livâtada da geçerlidir.⁷⁰

b. Kıyasın zan ifade etmesi: Hadler, ceza; kefareter ise ibâdet ve ceza karakteri taşıyan müeyyidelere bağlanmıştır. Bu konulardaki ihlâller ve öngörülen müeyyideleri nas ve icmâ ile belirlenmiştir. Kıyas ise illeti nas ve icmâ ile belirlenmiş olmadıkça, müçtehidin hata ihtimalini içinde barındıran müstenbat illete dayanır. Bu bilgi, ilim değil, zann-ı galip ifade eder. Dolayısıyla bu yolla ulaşılan netice, içerisinde şüphe barındıran bir bilgidir. Şüphe bulunan konularda hadlerin düşürülmesi talep edildiğine⁷¹ göre zan ve yanılma şüphesi içeren kıyasla -katî bir delil olmadığı için- had ve kefarete konularında amel edilemez.⁷² Bu sebeple bir had veya kefarete gerektiren nassın hükmü, kıyas yoluyla hakkında nas bulunmayan meselelere yürütülemez. Buna göre yankesici, kapkaççı, hain ve kefen soyucuya, hırsızlığın dışında bir suç işledikleri için hırsızlığa kıyasla onun haddi tatbik edilmez.⁷³

68 Cessâs, IV, 105 (Had ve kefareterin ispatında kıyas yürütülmez); Serahsî, *el-Usûl*, II, 163 (Kıyasla kefarete ispatının caiz olmaması bizim asıllarımızdandır); İbn Emîru Hâc, III, 241; Şevkânî, *İrşâd*, II, 144.

69 Cessâs, IV, 105-107; Serahsî, *el-Usûl*, II, 163; Buhârî, *Keşf*, III, 304-305. Ayrıca bk. Şirâzî, *el-Lüma' fi usûli'l-fikh*, Dâru'l-kütübî'l-ilmîyye, 1424/2003, s. 98; *Tebssıra*, s. 442; Âmidî, *İhkâm*, IV, 63; Şevkânî, *İrşâd*, II, 144; Üdeh, I, 210.

70 Cessâs, III, 365; IV, 106; Debûsî, s. 134; Serahsî, *el-Usûl*, II, 153/164.

71 Ebû Dâvud, "Salât", 14; Tirmizî, "Hudûd", 2.

72 Cessâs, IV, 105-107; Serahsî, *el-Usûl*, II, 159, 163; Âmidî, *İhkâm*, IV, 62-63; Buhârî, *Keşf*, II, 221. Yine bk. Şirâzî *Lüma'*, s. 98; *Tebssıra*, s. 442; İbn Emîru Hâc, III, 241; Şevkânî, *İrşâd*, II, 145; Üdeh, I, 210. Kıyası meşru bir delil kabul etmeyen Nazzâm, illetin mansus olması halinde, bu hükmün umum ifade edeceğini ve onun söz konusu illetin bulunduğu her yerde geçerli olacağını savunur.

73 Cessâs, IV, 107.

Tahsis edici delil bulunmadıkça kıyasın ta'lil edilebilen her alanda kullanılabilceğini kabul eden usulcülere göre, râvinin yanılma ihtimalinden dolayı zan içeren haber-i vâhidle hadler sabit olduğuna göre kıyas yoluyla da ilke olarak had cezası sabit kılınabilir.⁷⁴ Diğer taraftan kıyasta hata ihtimali bulunduğu için bazı konularda kıyas yasağının benimsenmesi, her müçtehidin isabet etmiş sayılacağı ilkesine aykırıdır. Zira burada zann-ı galibe itibar edildiğine göre kıyasın zan ifade etmesinden dolayı had ve kefâretlerde kullanılmayacağı gerekçesi yeterli bir delil değildir.⁷⁵ Çünkü kıyas bizatihi zannî delildir.

c. Ceza konularında aslın hükmünün değişikliğe uğramadan fer'e uygulanmaması: Kıyasın şartlarından biri, fer'e uygulanması sırasında aslın hükmünün bir değişikliğe uğramamasıdır. Had ve kefâret konularında kıyas metodu uygulanırken bu şarta riayet etmek her zaman mümkün olmamaktadır. Meselâ boşama ehliyetine sahip olmasından hareketle zimmînin zihâr ehliyetine sahip olabileceği görüşü Hanefiler'ce fasiddir. Zira asıldaki hüküm bir müslüman açısından kefârettir. Hâlbuki zimmî için kefâret söz konusu değildir.⁷⁶ Şöyle ki, kefârette yer alan üç seçenekten köle azadı ve altmış fakiri doyurma seçeneklerini zimmîler yapabilseler bile onlar oruç tutma seçeneğini yapamazlar. Bu durumda kefâret bir müslüman için üç seçenekli bir müeyyideye sahip iken zimmî için sadece iki seçenекle sınırlı kalmakta, aslın hükmü herhangi bir farklılığa uğramadan fer'e taşınmış olmamaktadır. Aynı şekilde hırsızlıkta haddi gerekli gören Şârî, daha kötü sonuçlar içermek sine rağmen gayrimüslimler lehine casusluk eylemini hırsızlıktan daha kötü bir suç sayarak hırsızlık haddinden daha ağır bir müeyyide öngörmüştür. Dolayısıyla bir suçtan daha ağır gibi görülen bazı durumlarda o suça denk ceza öngörülmemesi, bu alanlarda kıyasın icrasında imkân olmadığını göstermektedir.⁷⁷

d. Hüküm ile hükme konu olan vasıf arasında bir benzerlik bulunmaması: Kanun koyucu şer'î hükümlerden bir kısmını sıfat ve mana bakımından benzer olmasına rağmen farklı; farklı olmasına rağmen benzer neticeler öngörmüştür. Meselâ namazın iadesini gerektirmesi bakımından meni ile hayız kanının çıkmaâsının arasını ayırmış; gusul gerektirmesi bakımından aralarını birleştirmiştir. Bu sebeple bazı hükümler ile hükme konu vasıf arasında illiyet bağı kurmak mümkün değildir. Had ve kefâretlere ilişkin naslarda bu özellik ağır basmaktadır. Meselâ avlanmada amden ve hataen öldürmenin arasını birleştirmiş; adam öldürmede ayırmıştır. Aynı şekilde katl, zihâr ve oruçlu iken cinsel ilişkide bulunma durumunda kefâreti (köle azadı, oruç, giydirme, yedirme) gerekli görmüş; farklı nitelikteki ihlâllere benzer davranışlarla telafi imkânı tanımıştır. Bu ihlâllerle telafi imkânı vel

74 İbnü'l-Kassâr, s. 372; Bâci, s. 628.

75 Bâci, s. 628; Şîrâzî, *Tebsıra*, 442; Âmidî, *İhkâm*, IV, 63; Şevkânî, *İrşâd*, II, 145.

76 Serahsî, *el-Usûl*, II, 162.

77 Âmidî, *İhkâm*, IV, 63, 64; Üdeh, I, 210.

rilen durumlar arasında aklın idrak edebileceği bir yakınlık veya benzerlik yoktur. Aynı şekilde muhsanın zina fiili, amden katl ve irtidat farklı durumlar olmasına rağmen bu ihlâllere ölüm cezası öngörülmesi bu fiiller arasında bir benzerliğin bulun-
duğu anlamına gelir. Bu iddia Bâcî'ye (ö. 474/1081) göre geçerli değildir. Zira ta'lîle taraf olanlara göre küçüğün hacri gibi şer'î hükümlerden bir kısmı taabbüdü karakterli bir kısmı da ta'lîl edilebilir niteliktedir.⁷⁸ Biz muâmelât hükümleri, cinak yet diyetleri, hadler ve kefâretler hususunda birçok karine sayesinde makul anlamlar ve dünyevî maslahatlar üzerine bina edildiği bilinen konularda kıyas yapmaktayız.⁷⁹ Bu türden hükümlerin bulunması bu alanların ta'lîl edilebilenlerinde kıyasın kullanılmayacağı anlamına gelmez.

e. *Had ve kefarete suç ve cezalarının belirlenmişliği*: Had ve kefareter, Allah hakkının ağırlıklı olduğu konulardır ve onların müeyyidesinde -miktar ve keyfiyeti değişen- faili cezalandırmanın yanı sıra işlenen günahın affına yol açan bir yön de vardır. Bu sebeple bu tür nasların özünü kavramak, onların miktarlarına hakim ilkeleri tespit etmek ve bu müeyyidelerle arzu-
lanan neticenin elde edilmesini ve günahın izalesini sağlamak tam olarak mümkün değildir. Dolayısıyla tevkif veya icmâ bulunmadıkça başlangıç itibariyle (مبتدأ) had ve kefarete alanında rey ve kıyasa başvurarak yeni bir suç ve müeyyide ispatına imkân yoktur.⁸⁰ Hanefiler, rey ve icthadla bu kısım nasları kavrama imkânı bulunmadığı için bu konularda teşrî bir kaynak olarak kıyasla hüküm vermeyi kişinin kendisini kanun koyucu yerine koyması ve bu türden yeni bir suç ve ceza ispat etmesiyle eşdeğer bulurlar. Cumhur ise bu konularda kıyasla hüküm vermeyi ilgili nassın ta'lîl imkânına bağlarlar ve bu alanlarda kıyasla hüküm vermeyi başlangıç itibariyle kanun koyma olarak görmezler.

2. Kıyasın Ceza Hukukunda Uygulanacağını Savunanların Delilleri

Hanefiler'in dışındaki (Şâfî ve Hanbelîler başta olmak üzere) usulcülerin çoğunluğu, gerekli koşullar sağlandığında ibâdet, had, kefarete, ruhsat ve miktarlarda kıyası cârî görürler. Onlara göre nassı ta'lîl imkânı doğduğunda, bu alanlarda kıyasın tatbikine bir engel yoktur.⁸¹ Hukukî hüküm olmaları bakımından aralarında benzerlik bulunan ceza konuları da diğer şer'î hükümler gibi hükümde birleşir.⁸²

78 Bâcî, s. 550-551.

79 Gazzâlî, s. 298.

80 Cessâs, II, 312; III, 365-367; IV, 106-107; Buhârî, *Keşf*, II, 221. Gazzâlî de bu hususta şu ifadeleri kullanmıştır: "Namaz rekâtları, zekat mallarının nisapları, had ve kefareterin miktarlarında ve zihinde hiçbir anlam canlandırmayan bütün ilk taabbüdü hükümlerde belirlenmiş şeyler / mukadderât, kıyas kurallarına aykırı hükümlerdir." Gazzâlî, s. 326.

81 İbnü'l-Kassâr, s. 364; Bâcî, s. 628-629; Şîrâzî, *Lüma'*, s. 202-203. 98 ويثبت بالنسب جميع الأحكام الشرعية جملها وتفصيلها (وحدودها وكفاراتها ومقدارها); *Tebşıra*, s. 440; Sem'ânî, *Kavâtır*, II, 106, 112, 114; Gazzâlî, s. 326, 329; İbn Kudâme, *Ravza*, II, 293; Âmidî, *İhkâm*, IV, 62.

82 Üdeh, I, 208.

Hatta İbn Teymiyye (ö. 728/1328) ve öğrencisi İbn Kayyim (ö. 751/1350)'a göre hukukta kıyasa aykırı hüküm yoktur. İslâm hukukunda hükümler, benzerliklerin arasını birleştirme ve farklılıkların arasını ayırma esası üzerine kuruludur. Kıyas ise iki benzerin arasını bulmak kabilindedir.⁸³ Bu görüşteki usulcülere göre, ta'lîlin mümkün olması ve bu illet üzerine had ve kefâret belirlenmesi, başlangıç itibarıyla bir had ve kefâret koyma anlamına gelmez.⁸⁴ Kıyasın meşruiyetine dair deliller umumidir ve bunları kıyasın yürütüleceği alan hakkında tahsis eden bir delil bulunmamaktadır. Kıyas, gerekli şartlar oluştuğunda, muzhir bir delil olarak, her alanda kullanılır. Had ve kefâretlerde kıyasın geçerli olmadığını iddia etmek bir delil gerektirir.⁸⁵ Dolayısıyla ilgili naslarda hükmün illeti tespit edilebilirse bu illetin bulunduğu her meseleye aslın hükmü icra edilir. Ancak ta'lîl edilemeyen hükümlerin kıyasa konu olması düşünülemez.⁸⁶ Bu gruptaki sahip usulcüler görüşlet rini kıyasın meşruiyeti ile ilgili delillere dayandırmışlardır. Bu bakımdan, burada, söz konusu deliller, sadece had ve kefâretlerde kıyas kullanımına asıl teşkil etmesi açısından ele alınacaktır.

a. Bu delillerin başında “*Ey akıl sahipleri ibret alın*”⁸⁷ ayeti gelmektedir ki buna göre kıyas meşru bir delildir ve ta'lîl imkânı bulunan her nas, kıyasa asıl teşkil eder ve hüküm ispatında kullanılabilir.⁸⁸ Buradaki *itibar* umum ifade ettiği için had ve kefâretlerde kullanılmayacağına dair tahsis edici bir delil bulunmadıkça bütün fıkhnın bütün alalarında kıyasın geçerliliğine delil teşkil eder.⁸⁹ Bu ayete dayanarak bütün alanlarda kıyasın yürütüleceğini kabul eden usulcülerin ta'lilde sebep, illet, hikmet veya maslahattan hangisini esas alacaklarında ihtilaf etmişlerdir.

b. Bunlardan biri Muâz b. Cebel'in (ö. 18/639) Allah'ın kitabında ve Peygambnin sünnetinde çözümünü bulamadığı konuları “rey içtihadıyla” çözeceğine⁹⁰ dair ifadedir. Burada Muâz'ın ifadesi mutlak bir ifadedir ve rey içtihadıyla ifadesi her hangi bir alan sınırlandırması içermemektedir. Dolayısıyla kıyas metodunun had ve kefârete konu suç fiillerine yürütülmesine bir mani yoktur.⁹¹

c. Kur'an'da ve Sünnet'te şarap içme açıkça yasaklanmış olmakla birlikte bu sağı ihlâl eden kişiye uygulanacak ceza hakkında Hz. Peygamber döneminde sayı

83 İbn Teymiyye, Takiyyüddin Ahmed b. Abdülhalim, *Mecmû'u'l-fetâvâ*, Medine 1416/1995, XX, 505 (قَلْبَسَ فِي الشَّرِيعَةِ مَا لَا يُخَالِفُ قِيَاسًا صَحِيحًا لَكِنَّ فِيهَا مَا يُخَالِفُ الْقِيَاسَ الْفَاسِدَ وَإِنْ كَانَ مِنَ النَّاسِ مَنْ لَا يَعْلَمُ فَسَادَهُ لَيْسَ فِي الشَّرِيعَةِ شَيْءٌ عَلَى حَالٍ); İbn Kayyim el-Cevziyye, Ebû Abdillâh Şemsüddin Muhammed b. Ebî Bekr, *İslâmü'l-muvakkî'in 'an Rabbi'l-âlemîn*, Beyrut 1411/1991, I, 289; (القِيَاسُ); II, 38; II, 237.).

84 Hariz, Abdulmu'iz Abdulaziz, *el-Kıyâsü fi'l-hudûd ve'l-keffârât*, el-Mecelletü'l-Ürdüniyyetü fid-dirâseti'l-İslâmiyye, c. 3, sayı: 2, 1428/2007 (89-115), s. 97.

85 İbnü'l-Kassâr, s. 371; Sem'âni, *Kavâti'*, II, 109; Zencâni, s. 183; Şevkânî, *İrşâd*, II, 145.

86 Sem'âni, *Kavâti'*, II, 62; İbn Kudâme, *Ravza*, II, 298-299; Zencâni, s. 132.

87 Haşr, 59/2.

88 Şirâzi, *Tebşıra*, s. 440-441.

89 İbnü'l-Kassâr, s. 366-369; Bâci, s. 559; Abdülhamid, s. 410.

90 Ebû Dâvûd, “Akdiyye”, 11; Tirmizî, “Ahkâm”, 3; Nesâi, “Kuzât”, 11; İbn Mâce, “Menâsik”, 38.

91 Şirâzi, *Tebşıra*, 440 (بِجُوزِ إِتْيَاتِ الْحُدُودِ وَالْكَفَّارَاتِ وَالْمَقْدَرَاتِ بِالْقِيَاسِ); Âmidî, *el-İhkâm*, IV, 62.

ve keyfiyet bakımından farklı cezalar uygulanmıştır.⁹² Hz. Ebû Bekir döneminde şarap içenler kırk celde ile cezalandırılıyordu.⁹³ Hz. Ömer ise içki içene uygulanacak ceza hususunda istişarede bulunmuş ve sahabe bu talebe olumlu yaklaşmıştır. Bu sırada Hz. Ali ve / veya Abdurrahman b. Avf, içki içme suçunun cezasını, sarhoşun iftira atabileceğinden hareketle zina iftirasında bulunmaya kıyaslayarak seksen kırbaç olacağı yönünde görüş belirtmişlerdir. Hz. Ömer bu içtihadı yerinde bulmuş ve tatbik etmiştir.⁹⁴ Bu uygulamaya sahabeden itiraz gelmemiş ve bu hususta icmâ meydana gelmiştir. Görüldüğü üzere şarap içme haddinin cezası, hakkında nas budunanan iffete iftira suçunun cezasına kıyaslanarak belirlenmiştir.⁹⁵ Sahabe kıyası bir alan sınırlandırmasında bulunmaksızın kullandıklarına, icra imkânı buldukça yeni meseleleri kıyasla hüküm verdiklerine ve elde ettikleri netice üzerinde icmâ hasıl olduğuna göre kıyasın belirli alanlarda kullanılmayacağı yönündeki iddiaya itibar edilmez.⁹⁶

Kıyasla had ve kefâretin sabit olmayacağı görüşündeki usulcülere göre içki haddi, kıyasla ulaşılmış bir netice olsa da, üzerinde icmâ meydana geldiği için bu hükmün kıyasla değil icmâ ile sabit olduğunu kabul etmek gerekir. Kıyasla sabit bir hüküm, taşıdığı zan sebebiyle katî bilgi ifade etmese bile üzerinde icmâ gerçekleştiğinde bu bilgi zannî olmaktan çıkar, bağlayıcı bir hüküm haline hale gelir.⁹⁷ Bu görüşe iki itiraz yapılmıştır: Birincisi, içki içme ile ilgili hüküm, sükûtî icmâ ifade eder ve sükûtî icmâ'nın delil değeri tartışmalıdır. İkincisi, içki haddi konusundaki sahabeyle ait bu içtihadın tevkife dayanma ihtimali vardır. Bu bakımdan bu hükmün kıyasla sabit olduğu tartışmaya açıktır.⁹⁸ Sahabenin bu konudaki icmâ, hükmün ispat ve bilinmesinde değildir. Bu sebeple bu hükmün kıyasla sabit olduğu söylenebilir. Onlar hükmün kendinde icmâ etmiş olurlar. Sahabe, burada, hükmün tariki üzerine değil, kıyasla ulaşılmış netice üzerine icmâ etmiştir.⁹⁹

d. Haber-i vahid zan ifade ettiği ve onunla hadler dahil her konuda hüküm sabit olduğuna göre benzer şekilde zan ifade eden kıyasla da amel edilmesinde bir engel yoktur. Zira kıyas, bilgi değeri bakımından haber-i vâhide benzemektedir. Kıyasta hata ihtimali bulunsa da had ve kefâretlerin ispatının cevazına delille zann-ı galip oluşması halinde şüpheye itibar edilmez. Zira hata ihtimali bulunan haber-i vâhidle zann-ı galip oluştuğunda had ve kefâretlerin ispatına cevaz verilmektedir. Hadler hata yapmaları muhtemel şahitlerin tanıklıklarıyla ispatlanır; hatta bu kişi-

92 Buhâri, "Hudûd", 4; Ebû Dâvûd, "Hudûd", 35-36.

93 Ebû Dâvûd, "Hudûd", 37.

94 Muvatta', *Eşribe*, 2; Bâci, s. 596; Âmidî, *İhkâm*, IV, 62; Tûfi, Necmüddin Ebu'r-rebî Süleyman b. Abdülvi, *Şerhu muhtasari'r-Ravza*, Müessesetü'r-risâle, 1407/1987, III, 449.

95 İbnü'l-Kassâr, s. 371; Bâci, s. 596; Âmidî, *İhkâm*, IV, 62; Üdeh, I, 209.

96 İbnü'l-Kassâr, s. 371; Tûfi, III, 449; Şevkânî, *İrşâd*, II, 145.

97 Âmidî, *İhkâm*, IV, 62; Üdeh, I, 210.

98 Cessâs, III, 280.

99 İbn Emîru Hâc, III, 241.

lerin yalancı şahitlik yapmaları da mümkündür. Kıyas da hata ihtimali bulunan bir ictihaddır. Şahitlik gibi zann-ı galip ifade eder. Şahitlerin şehadetleri ile ispatı câiz olan şey, kıyasla da câizdir.¹⁰⁰

3. Değerlendirme

Had ve kefâretlerde kıyasın tatbiki hususunda lehte ve aleyhte görüş belirten usulcüler, bir taraftan kendi görüşlerini çeşitli delillerle savunurlarken diğer taraftan karşı görüşün delillerine çeşitli itirazlarda bulunmuşlardır. Bu tartışmanın Hanefiler’le cumhur arasında geçtiği de söylenebilir.

Had ve kefâretlerde kıyasın kullanılabileceği görüşünde olan usulcüler, bilhassa Şâfiiler, Hanefiler’in bu konularda kıyasın câri olmadığını kabul etmelerine rağmen gerçekte çeşitli konularda kıyasla hüküm verdiklerini iddia etmişlerdir. Şâfiî usulcülerden Cüveynî (ö. 478/1085), İmam Şâfiî’nin şu ifadeleri kullandığını kaydetmiştir: “Ebû Hanîfe hadlerde ve kefâretlerde kıyası geçersiz saymasına rağmen pek çok konuda kıyasla hüküm vermiştir. Hatta o, bu alanlarda istihsanla hüküm verecek ölçüde ileri gitmiştir. Meselâ Ebû Hanîfe dört kişinin bir adam hakkında farklı şekillerde ifade vermelerine rağmen onların şahitliklerine dayanarak (zina haddi konusunda) hüküm vermiştir. Oysa şahitlerin aynı şekilde ifade vermeleri gerekirdi. Fakat o, istihsana başvurarak onlar hakkında haddi gerekli görmüştür.¹⁰¹ Bu ve benzeri ifadelerde Hanefiler, kendi belirledikleri usul kurallarına bağlı kalmamakla tenkit edilmiştir.¹⁰² Ancak ceza hukukunda (hadler ve kefâretlerde) kıyas kullanımını ile ilgili iki taraf arasında mevcut tartışmanın aynı muhteva üzerinde gerçekleşmediği söylenebilir. Zira Hanefiler’in kullandığı ve karşı çıktığı had ve kefâret konularıyla, onlara yöneltilen tenkitler arasında farklar vardır.

Hanefiler, nassın bulunduğu alanın dışında ilk olarak had ve kefâret niteliğindeki müstakil yeni bir suç ve cezanın ispat edilemeyeceği görüşündedirler. Onlara göre hakkında nas bulunmayan bir mesele, hükmü (zina haddi gibi) nas tarafından beyan edilmiş bir suça kıyaslanarak nassın hükmü bu olaya verilip faile ilgili had uygulanamaz. Başka bir ifadeyle kıyas bu alanların genişletilmesinde ve yeni had ve kefâretlerin belirlenmesinde kullanılamaz. Ancak Hanefiler, naslarda mevcut ve onlarla sınırlı had ve kefârete konu suçların ispat ve şartları ile ilgili hususlarda kıyasın, hatta istihsanın kullanımına karşı değillerdir. Bu sebeple aynı şekilde haram fiile tanıklık etmeseler de istihsan kuralı gereği belirli koşullarda zina şahitlerinin tanıklıklarını kabul etmişlerdir. Dolayısıyla Hanefiler, nasta var olan hadlerin oluş-

100 İbnü'l-Kassâr, s. 371-372; Bâcî, s. 629; Şîrâzî, *Tebîrâ*, s. 441; Âmidî, *İhkâm*, IV, 63; İbn Kudâme, *Ravza*, II, 298-299; Şevkânî, *İrşâd*, II, 145; Harîz, s. 98.

101 Cüveynî, II, 68-69. Ayrıca bk. Râzî, V, 350.

102 Zekerîya, Abdülazizzoğlu, *Hanefî Doktrininde İbadet ve Ceza Konularında Kıyas Yönteminin Kullanılışı*, (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi) İstanbul 2010, s. 77.

ma koşulları, sabit ve sakıt olma durumları vb. hususlarda istidlâlê başvurmaya ve kıyasın kullanımına karşı değillerdir.¹⁰³ Neticede onlara göre nassın hükmü, konduğu alanın dışında benzer suçlara uygulanamaz. Ancak nassın beyan ettiği cezaların oluşma koşulları, şahitlikler, infaz şartları vb. üzerinde kıyasa başvurulabilir.

Hanefiler'in had ve kefâretlerde kıyasın icra edilmeyeceği yönündeki kabulelerine karşılık başta Şâfîler olmak üzere bir kısım usulcü, kıyasın meşruiyetiyle ilgili nasların mutlaklığı ve tahsis edici bir delilin yokluğu dolayısıyla ta'lîle imkân bulunması halinde kıyasın her alanda kullanılabileceği görüşünü savunmuşlardır.¹⁰⁴ Bu hususta Gazzâlî şu ifadeleri kullanır: “*Yemenin* (Ramazan orucunu yeme-içme ile bozmanın) *cimaya* (ile bozmaya) *ilhakı kıyastır*. *Nebbâşın* (mezar soyuculuğu) *sârîka* (hırsıza) *ilhakı da kıyastır*. *Şayet bunun, hükmün menâtı* (dayanağı) *için tenkîh olduğu, menât için istinbat olmadığı iddia edilirse, bu da doğrudur*. Söзlerini bu şekilde yorumluyorsa onlara *muvâfakat etmek insafın gereğidir*. Bu durumda kefâretlerde, hadlerde ve hatta diğer hüküm sebeplerinde *cârî olan metodun bir önceki meselede söz konusu edilen ikinci metot değil, ilhak hususundaki birinci metot olduğunu; ikinci metodun ise hükmün menâtını tenkîhe raci olduğunu itiraf etmek gerekir*. Şöyle ki biz, akıl hastasını çocuğa ilhak ettiğimizde, çocukluğun velayetin menâtı olmadığı, tam tersine velayetin menâtının bundan daha genel bir özellik olduğu bizim için açığa çıkar ki bu vasıf, “tedbir aklının yokluğu” yani işin sonunu hesaplamaktan aciz oluştur.”¹⁰⁵

Had ve kefâretlere ilişkin suç fiilleri ve onlara bağlanan müeyyidelerin kıyasa konu edilmesinde ta'lîl ile ilgili bazı çekincelerin bulunduğu kuşku yoktur. Ancak bu konulardaki naslar ve cezaları teker teker ele alınarak ta'lîl edilse ve hükme kaynaklık eden özellik belirlense bile, Hanefî usulcülerle bazı Mâlikî usulcülerini bu alanlarda teşrîî kaynak anlamında kıyas yasağını benimsemişlerdir. Bu yaklaşımın

103 Cessâs, IV, 106-107; Zina suçunun teşekkülü ve haddin tatbikinde haram fiile ilişkin tanık ifadelerinin kişi, zaman ve mekan bakımından birleşmesi gerekir. (Serahsî, el-Mebsût, IX, 61; İbn Kudâme, el-Muğni, IX, 72.) Tanık ifadelerinin birleşmemesi (شمهود الروايس) halinde, zina haddinin tatbiki hususu ihtilafıdır. Fakihlerin cumhuru bu tür şahitlikte tanıkların şahitliğinin kabul edilmeyeceğinde görüş birliği içindedirler. Sadece Hanbeliler, mekan yönüyle yakınlığı yeterli görmüşlerdir. (İbn Kudâme, el-Muğni, X, 215.) Cumhur ve Hanefilerden Züfer b. Hüzeyle göre, mekan veya zaman bakımından tanık ifadelerinin farklılığı halinde, tek bir haram fiilden söz edilemez ve bu şekilde aleyhine şahitlik yapılan kişilere zina haddi tatbik edilmez. Ancak Züfer'in dışındaki Hanefiler, mekan itil bariyle farklılığı belirli koşullarda bu şahitliği bozmayacağı ve bu şekilde ispat edilen suçun istihsan kuralı gereği zina haddi gerektireceği görüşündedirler. (Serahsî, el-Ustûl, II, 201; el-Mebsût, IX, 61, 102) Hanefilerin bu şekilde şahitlikte istihšana dayanarak zina haddine başvurmaları tenkit edilmelerine yol açmıştır. Zira suçun farklı mekanlarda işlenmesinin şahitliği düşürmesi, iki ayrı evdeki zinaya benzer ve bu suçta haddin sabit olmaması gerekir. Râzî, V, 350. Hanefiler bu şekilde hüküm vermelerini şu şekilde izah etmişlerdir: Tanıklar, aynı eylemde ifade birliğine ulaşmamakla birlikte anlatmakla yükümlü olmadıkları bir konuda aynı ifadeleri vermişlerdir. İki tanıklığın arasını bulmak mümkündür. Bu nedenle farklı şekillerde ifade veren tanıkların ifadeleri ile failere had gerekir. Diğer taraftan burada istihšana had cezasını uygulamak için değil, tanıklardan iftete iftira haddinin düşürülmesi için başvurulmuştur. (Serahsî, el-Mebsût, IX, 61-62.) Görüldüğü üzere burada Hanefiler, had ve kefâretlerde kıyas veya istihsan kullanarak başlangıç itibariyle / ibtidaen yeni bir had ortaya koymamışlar; sadece şahitliğin kabulü ve tashihiyle haddin ispatı hususunda bu delillere başvurmuşlardır.

104 Cüveynî, II, 70.

105 Gazzâlî, s. 331 (H. Yunus Apaydın'ın Türkçe tercümesinden naklen İstanbul-2006).

neticesi olarak Bardakoğlu'nun da ifade ettiği gibi, bu alan (ibadet, had, kefâret, ruhsat ve miktar belirten), naslarda belirtildiği şekilde korunduğu, cezada kanunîlik ve genellik sağlandığı ve ceza ve kefarete konularında keyfi ve haksız uygulamaların önlenildiği söylenebilir. Bu sebeple bu gruptaki usulcülere göre bu alanlardaki kıyas yasağı, bu alanlarda kıyasla istidlâl yasağı anlamında değil, yeni ibâdet ve ceza ispat etme yasağı anlamına gelir. Dolayısıyla bu alanlarda kıyas yoluyla bir yorumlamaya ve genişletmeye gidilmemesi, aynı zamanda, cezalandırmada kanunîlik, genellik, şahsîlik, şüpheden sanığın faydalandırılması, suç-ceza dengesinin korunması gibi ilke ve amaçları da korumuş olmaktadır.¹⁰⁶ Ayrıca bu konularda usulcüler farklı sonuçlara götüren başka bir takım usulî yaklaşımların bulunduğu da göz ardı edilememelidir.¹⁰⁷ Bu sebeple tartışma, daha ziyade had ve kefâretlerde kıyasın icrası etrafında gerçekleştiği için diğer usulî konularla ilgili farklı yaklaşımların ihtilafa temelden etki ettiği ikinci planda kalmaktadır.

C. KIYASIN CEZA HUKUKUNDA KULLANIM İMKANINA DAİR ÖRNEKLER

Kıyasın ceza hukukunda kullanımına dair görüş ayrılığının pratikteki sonuçlarını ortaya koyması bakımından tartışmanın üzerinde geçtiği konulardan bir kaçına burada yer vermek gerekmektedir. Bu, aynı zamanda usulde yaşanan tartışmanın pratiğe yansıyan taraflarının görülmesi açısından önem arz edecektir. Böylece Hanefîler'in yaklaşımları ile diğer usulcülerin yaklaşımlarını daha sağlıklı olarak anlama imkânı doğacaktır. Ceza hukukunda kıyasın kullanımı ile ilgili tartışmanın üzerinde gerçekleştiği konulardan bazıları şunlardır:

1. Livâta Fiilinin Cezası

Fakihler, Lût kavmine nispetle lûtîlik veya livâta ismiyle bilinen erkekler arası ilişkisinin, Kur'an'da *fahşâ* (açık hayâsızlık) kelimesiyle ifade edilmesine¹⁰⁸ ve bu sebeple *dünyevî cezayı gerektiren haram bir fiil olduğunda ittifak etmelerine* rağmen bu suçu işleyen kişilere uygulanacak dünyevî ceza hakkında farklı görüşler ortaya koymuşlardır. Buradaki ihtilaf bu suçun zinaya¹⁰⁹ dahil edilip had suçu veya zinaya dahil edilmeyip ta'zîr suçu sayılması ile ilgilidir.¹¹⁰ Bu hususta İslâm hukukçularının görüşlerini iki kısımda değerlendirmek mümkündür.

106 Bardakoğlu, "Had", XIV, 550. Bütün bu fonksiyonları sebebiyle Hz. Peygamber "Allah'ın koyduğu cezalardan bir cezanın infazının yeryüzüne kırk sabah yağmur yağmasından daha hayırlı olacağını" buyurmuştur. İbn Mâce, *Hudûd*, 3.

107 Zekerîya, s. 76.

108 Araf (7), 80, 81; Şuara (26), 166. *Fahşâ* kelimesi pek çok ayette özellikle zina anlamında (en-Nisa, 4/15, 25; el-Enam, 6/151; el-Ahzâb, 33/30.) veya öncelikli olarak zinayı ifade edecek şekilde (el-Bakara, 2/169; en-Nahl, 16/90; en-Nûr, 24/ 21; en-Neml, 27/54.) geçmiştir. Esen, Hüseyin, "Zina", *DİA*, 2013, XXXIV, 440 (440-444).

109 en-Nûr, 24/2-3.

110 Esen, "Zina", XXXIV, 441; Yaşaroğlu, M. Kâmil, "Livâta", *DİA*, 2003, XXVII, 198-199 (198-200).

a. Ebû Hanîfe ve Zâhirîler livâta suçunu zinaya dahil etmezler. Ebû Hanîfe'ye göre zina suçu, *bir erkeğin aralarında nikah bağı veya şüphesi bulunmayan canlı bir kadınla önden cinsel birleşme fiilinin* adıdır. Dolayısıyla zina, sadece bu şekilde işlenen suçu ifade etmek için kullanılır. Livâta ise lügat / dilde zinanın dışındadır ve yalnızca erkekler arası ters ilişki fiili için kullanılır. Dilde de “zina etti, livâta yapmadı; livâta yaptı, zina etmedi” denir. Bu itibarla ona göre, üreme organının dışındaki bir yolla kadın ya da erkekle cinsel ilişkide bulunma fiilleri zinaya dahil değildir. Şer'î isimlerde kıyas cârî olmadığına göre zina ve livâtaya ilişkin hükümlerin de farklı olması gerekir. Mana yönüyle zina ile diğer haram fiillerin birleştiği ve bunun lügatten anlaşıldığı iddiası doğru değildir. Zina haddi yalnızca zina olarak işlenmiş suç için tatbik edilir. Livâta fiili veya nikah bağı bulunmaksızın bir kadınla arkadan ilişki ise zina değildir ve zinaya kıyasla bu haram fiilleri işleyen kişilere zina haddi tatbik edilmez. Bu durumda bu fiile tatbik edilecek cezanın türü ta'zirdir.¹¹¹ Ebû Hanîfe'nin delilleri arasında sahabenin bu suçu işleyenleri cezalandırma şekilleri de vardır. Zira sahabe, livâta suçu işleyenleri yakmak, bir duvarın dibine bağlayıp duvarı üzerine yıkmak, yüksek bir yerden atıp üzerine büyük taşlar yuvarlamak, ölünceye kadar hapsedmek gibi cezalar tatbik etmişlerdir.¹¹² Bu itibarla livâta suçu, had suçu olsaydı, miktar ve keyfiyetinde sahabe arasında ihtilaf bulunmazdı. Her iki suçtan *fahşâ* olarak söz edilmesi, onların hükümde birleşmelerini gerektirmez. Zira başka büyük günahlardan da *fahşâ*¹¹³ olarak söz edilmiştir.¹¹⁴ Ayrıca zinanın nesep, mehir, ihsan / iffetli olma sıfatı, boşanma vb. konularda hukukî sonuçları vardır. Ancak livâtada bu sonuçlardan söz edilemez.¹¹⁵ Bu itibarla *livâta*, cezai yaptırım gerektiren bir suç olsa da *zinaya kıyas edilemez* ve bu suçu işleyenlere zina haddi icra edilmez.

b. Hanefiler'den İmâmeyn (Ebû Yûsuf ve İmam Muhammed), zina fiili livâtayı içerdiği için¹¹⁶; Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelîler ise livâta eylemini kıyas ettikleri için bu suçu işleyenlere zina haddini gerekli görmüşlerdir. Zira Allah zinanı *fahşâ* kelimesiyle¹¹⁷ nitelendirerek haddi gerekli görmüş; ancak aynı kelimeyle nitelendirdiği *livâta*¹¹⁸ eyleminin suçundan söz etmemiştir. Her iki suçtan *fahşâ* sıfatıyla bahsedilmesi onların hükümde eşit olduklarına delâlet eder. Bu durumda livâta suçu da mefsedetteki müsavat sebebiyle zina hükmüne dahil edilir.¹¹⁹ İki eylem arasındaki bir diğer benzerlik, her iki suçta da *cinsel organı* haram bir ferce şehvetle girdirme vardır. Bu şekli benzerlik, her iki suçun müeyyidesinin de benzemesini gerektirir.¹²⁰

111 Debûsî, s. 132-133; 300; Serahsî, *el-Ustûl*, II, 156-159, 164; Ayrıca bk. Esen, “Zina”, XXXIV, 440.

112 Serahsî, *el-Mebûsât*, IX, 78-79; Merğînânî, Ebu'l-Hasen Burhâneddin Ali b. Ebi Bekr, *el-Hidâye fî şerhi Bidâyeti'l-mübtedî*, Beyrut, trs., II, 346; Yaşaroğlu, “Livâta”, XXVII, 199.

113 el-En'âm, 6/151.

114 Harîz, s. 106. Bu kelime Kur'an'da yirmi dört yerde geçer ve çeşitli kötülükleri ifade etmek için kullanılır.

115 Serahsî, *el-Ustûl*, II, 164.

116 Debûsî, s. 133.

117 el-İsrâ, 17/32.

118 el-Araf, 7/80.

119 Âmidî, *İhkâm*, I, 59 (Âmidî de livâtanın zinadan, nebbâşın sirkatten farklı olduğunu kabul eder; fakat yol açtıkları mefsedetleri esas alarak hükümlerinin birleştirilmesi gerektiğini ifade eder).

120 Âmidî, *İhkâm*, IV, 65-66; İbn Kudâme, *Ravza*, II, 293-295.

Livâtayı Ebû Hanîfe'nin ta'zîr, İmâmeyn'in zina haddi kapsamında haram bir fiil kabul etmeleri, Hanefileri cumhurun eleştirilerine maruz bırakan konulardan biridir. Zira cumhur İmâmeyn'in bu sonuca kıyasla ulaştığı ve mezhep içe risinde konulmuş kurallara riayet edilmediği iddiasında bulunmuşlardır. Had ve kefâretlerin ta'lele elverişsizliğini kabul etmelerine ve bu alanlarda kıyasla yeni bir had ve kefâret inşasına karşı çıkmalarına rağmen Ebû Hanîfe ve İmâmeyn'in livâta suçundaki ihtilafları, zinanın lugat anlamı üzerindeki görüş ayrılığıyla alakalıdır. Ebû Hanîfe, her bir ismin farklı fiilleri ifade etmek için kullanıldığını kabul ederek zina ile livâtanın arasını ayırmış ve her bir fiile ayrı ceza öngörmüştür. İmâmeyn ise diğer iki suçu da zina kapsamına dahil etmişlerdir. Onlara göre, halis haram olan bu iki fiilin fahşâ sıfatıyla nitelendirilmesi, her iki suçta cinsel organı şehvetle haram bir ferce (ön veya arka) girdirme şeklinin bulunması ve her iki eylemin gusül gerektirmesi bu fiillerin lugat ve mana bakımından zina hükmünde olduğu anlamına gelir. Bu durumda söz konusu haram fiillere zina haddinin uygulanması, kıyasla değil, nassın delâletiyle sabittir.¹²¹ Dolayısıyla zina haddi, diğer iki haram fiil için asıl kabul edilmiş ve kıyas yoluyla onlara zinanın hükmü verilmiş değildir. Zira kıyasla had sabit olmaz.¹²² Görüldüğü üzere sahibeyn her ne kadar livâta fiiline zina haddi öngörmüşlerse de onlar burada kıyası kullanmamışlar; zina ve livâta kelimelerinin naslarda kullanılmasını ve zina suçunun unsurlarının livâta suçunda bulunduğundan hareket etmişlerdir.¹²³

Zinada taraflar arasında evlilik şüphesi bulunması, haddi düşürücü bir etkiye sahiptir.¹²⁴ Livâta eylemine katılanlar arasında bu tür bir şüpheden söz edilemez. Ayrıca livâtadan farklı olarak, zina fiilinin sıhri haramlık meydana getirmesi tartışmalı da olsa vardır.¹²⁵ Bu durumlar da zina ile livâtanın farklı fiiller olduğunu ve her iki fiile farklı hükümler uygulanması gerektiği görüşünü destekler mahiyettedir.

İmâmeyn livâta suçu hakkında öngördükleri cezayı kıyas yoluyla değil, nassın delâleti ile ulaşımlardır. Esasen Abdülazizoglu'nun da belirttiği üzere Ebû Hanîfe zinayı "nikah akdi bulunmayan canlı bir kadınla önden birleşmenin adı" olarak isimlendirerek bir bakıma asıl ile ilgili genel kuralı tespit etmiş; fakat diğer fiilleri bu asla kıyaslama imkânı bulamadığı¹²⁶ için bu konuları kıyasın icra alanının dışında tutmuştur. Bu itibarla Ebû Hanîfe burada kıyas metoduna başvurmuş; ancak asıl ve fer' arasında kıyasın tatbikine elverişli durum bulunmadığı için livâta eylemini zinaya ilhakı yönünde kıyası kullanmamıştır.

Hanefiler, kıyas yasasını had ve kefâret alanında kıyas yoluyla yeni bir suç ve müeyyidesi belirlemeyle sınırlı tutmuşlardır. Bu konudaki hükümlerin uygulan-

121 Cessâs, IV, 107; Debûsî, s. 133-134; Serahsî, *el-Usûl*, II, 164; *el-Mebsût*, IX, 77-79.

122 Serahsî, *el-Mebsût*, IX, 78.

123 Demir, s. 167.

124 İbn Kudâme, *el-Muğnî*, Mektebetü'l-Kâhire 1388/1968, IX, 62.

125 Esen, "Zina", XXXIV, 444.

126 Zekeriyâ, s. 71.

ması, şartları vb.de kıyas yasağı söz konusu değildir. Bu itibarla Hanefiler'e göre bu konulardaki naslar yalnızca nassın delâleti (mefhûmu'l-muvâfaka) çerçevesinde yorumlanabilir. Ta'lîl edilebilen her alanda kıyasın yürütüleceğini benimseyen Cumhur ise Hanefiler'in nassın delâleti kapsamında ulaştıkları neticeleri celî kıyasla elde edilmiş netice kabul ederler. Bu durumda cumhura göre celî kıyas, Hanefiler'e göre nassın delâleti ile benzer içeriğe sahiptir.¹²⁷ Hanefiler'in kıyası, cumhura göre kuvvet ve delâlet bakımından celî kıyastan daha zayıf ve kıyasın bir bölümünü teşkil eden müstenbat illet üzerine kurulu hafî kıyasa tekabül etmektedir. Ebû Hanîfe açısından bakıldığında kıyasla had ve kefâret konması (örnek olarak livâtanın zinaya kıyaslanması), başlangıç itibariyle yeni bir had ve kefâret koymaktır. Zira zina haddi kıyas yoluyla livâta fiiline taşınmakta ve ona da had öngörülmektedir. Böylece nas ve icmâ ile belirlenmişlerin dışında bazı fiiller had haline getirilmekte ve hadlerin sayısında ziyadeye gidilmiş olmaktadır. Bu durum "nassa dayanmayan had yoktur" kuralına aykırıdır.¹²⁸ Oysa hadler Allah tarafından belirlenmiş mukadderâttır, artırma veya eksiltme şeklinde onların ihlâli câiz değildir.

2. Mezar Soyuculuğunun Cezası

Fakihlerin cumhuruna göre hırsızlık, başkasına ait nisap miktarı malı korunduğu yerden sahiplenme gayesiyle gizlice almaktır. Hırsızlık suçuna bazı yönlerden benzeyen kapkaç, ihanet, yankesicilik, dolandırıcılık vb. suçlara haddin gerekip gerekmediğinde farklı görüşler vardır. Hırsızlık suçuna benzeyen ve failine hırsızlık haddi öngörülmesi hususunda ihtilafli fiillerden biri de mezar soyuculuğu (nebbâş) fiilidir¹²⁹ ki burada sadece bu eyleme öngörülen müeyyide üzerindeki tartışmalara değinilecektir. Bu konudaki görüşleri iki kısımda ele almak mümkündür:

a. Ebû Hanîfe ve İmam Muhammed'e göre hırsızlık fiili, kefen çalma suçunu ihtiva etmez. Zira her iki suç fiilinin kurucu unsurları farklıdır. Nebbâş, sadece mezardan çalan fail için kullanılır. Tarafeyne göre mezar ne *binefsihî* (kendi başına) ne de *bigayrihî* (başkası sebebiyle) koruma alanı / hırzdır. Koruma alanında bulunmayan bir malın çalınması ise hırsızlık suçuna dahil değildir. Bu sebeple mezar soyucusuna hırsızlık haddi uygulanamaz; ta'zîr kapsamında bir ceza uygulanır. Dolayısıyla hırsızlık suçunun aslî unsurlarından kanunî unsuru ihlal etmiş sayılmayan muhtelis, muntehib, tarrar, hain ve gasıba hırsıza kıyasla hırsızlık haddini tatbik imkânı yoktur. Hırsızlığa benzeyen bu fiilleri, hırsızlığa kıyaslayarak faile had öngörülmesi tevkifin dışında yeni bir had belirlemesidir.¹³⁰

127 Cessâs, IV, 107; Bâcî, s. 633.

128 Harîz, s. 108.

129 Tehânevî, Muhammed A'lâ b. Ali b. Muhammed, *Keşşâfû Istilâhâtî'l-Fünûn ve'l-Ulûm*, Beyrut 1996, I, 946.

130 Cessâs, IV, 107; Tehânevî, I, 947. Hırsızlık suçunun unsurları ve bunlardan hırs şartı için bk. Mehmet Dirik, *Hırsızlık Suçunda Koruma Alanı Şartı (Hırs) Kavramı*, DEÜİFD, XLII/2015, 127-175.

b. Hanefîler'den Ebû Yûsuf ile Mâlikî, Şâfiî ve Hanbelîler ise hırsızlığın mezar soyuculuğunu da içerdiği görüşündedirler. Bu sebeple kabrin, meyyite nispetle hırs sayılması mümkündür. Zira her nesnenin koruma alanı, o nesnenin niteliği çerçevesince korumaya münasip yerdir. Kefene rağbet edilmemesi, mütekavvim mal sayılmasına mani değildir. Bu durumda mesruk mal ile ilgili şartlar teşekkül etmiş sayılır ve nebbâşa had uygulanır.¹³¹

3. Amden Katl Suçunda Kefâretin Gerekliliği

Kur'an'da, hata ile bir mümini öldüren mümin kişinin kefaret olarak bir mümin köle âzat etmesi ve maktulün yakınlarına diyet ödemesi, bu mümkün değilse tövbesinin kabulü için peş peşe iki ay oruç tutması istenir.¹³² Yanlışlıkla bir mümin öldürmek, nassın ibaresiyle kefaret gerektirdiği halde, kasten bir mümini öldürmenin kefaret gerektirip gerektirmeyeceği hususunda İslâm hukukçuları farklı görüşleri savunmuşlardır.

Hanefîler'in içinde bulunduğu çoğunluğa göre, hataen öldürme amden öldürme meden daha hafif bir suçtur ve ibâdet karakteri de taşıyan kefaretle işlenen yanlışın telafi imkânı vardır. Ancak ondan daha büyük bir suç olan amden katlin sonucu kefaretle tamir edilecek türden bir ihlâl değildir. Diğer taraftan kefaretlerde ibâdet vasfı bulunduğu için böyle bir günah (amden katl) kefaretle bir araya getirilemez. Ayrıca nasla miktarı belirtilmiş olan kefaretin dinde küçük bir günahı silmek için vazedilmiş olması, büyük bir günahı silmek için de vazedilmiş olmasını da gerektirmez. Hanefîler'in dışındaki usulcüler ise hataen öldürme kefaret gerektirdiğine göre amden öldürmenin evleviyetle kefaret gerektireceği görüşündedirler. Zira amden öldürme suçu, hataen öldürme suçundan daha ağırdır.¹³³

4. Ramazanda Yeme-İçme İle Oruç Bozmanın Kefâreti

Ramazan orucu, bu ibâdetin rüknü olan imsakin kasten, isteyerek ve özürsüz olarak çiğnenmesi halinde bozulur. İmsaki bozan haller ise yeme, içme ve cimâ / cinsel birleşmedir. Fakihler, Arabî hadisinden¹³⁴ dolayı cinsî münâsebet (cimâ) ile oruç bozana kefaret gerektiğinde ittifak etmiş olmakla birlikte bu fiilin dışında bir yolla imsaki ihlâl etmenin kefaret gerektirip gerektirmediğinde ihtilaf etmişlerdir.

a. *Kefâretin gerekeceği görüşü*: Hanefî ve Mâlikîler, yeme, içme veya cimâ ile Ramazan orucunu kasten bozan kişinin aynı hükme tabi olacağını ve bu tür bir ihlâlin

131 Cessâs, IV, 107; Serahsî, *el-Usûl*, I, 167; *el-Mebûsât*, IX, 159, 161; Âmidî, *İhkâm*, I, 59; Tehânevî, I, 947.

132 en-Nisâ, 4/92.

133 Debûsî, s. 135; Merğînânî, IV, 117; Âmidî, *İhkâm*, IV, 76; Yaran, "Kefâret", XXV, 180-181. Gazzâlî de bu iki öldürme türü arasında fark bulunduğunu, hataen öldürmeden farklı olarak, amden öldürmede kefaretin bu suçu belli oranda gidermeye yeterli olmayabileceğini ifade etmiştir. Gazzâlî, s. 305.

134 Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, II, 281.

kefâret gerektireceği görüşündedirler. Zira cimâ ile yeme-içme arasında orucun bozulması veya imsakin ihlâli bakımından bir fark yoktur. Bu hüküm kıyasla değil, istidlâlle ulaşılan bir neticedir.¹³⁵ Atâ b. Ebî Rebâh (ö. 732/114), Zührî (ö. 742/124), Evzâî (ö. 774/157), Süfyân es-Sevrî (ö. 778/161) ve İshak b. Râhûye (ö. 238/853) de bu görüştedirler.¹³⁶

b. *Kefâretin gerekmediği görüşü*: Şâfiî ve Hanbelîler'e göre, kasten yeme-içme ile ramazan orucu bozmak kefâret gerektirmez. Said b. Cübeyr (ö. 713/94), İbrahim en-Nehaî (ö. 714/96), İbn Sîrîn (ö. 729/110) ve Hammâd b. Ebû Süleyman (ö. 738/120) da bu görüştedir. Bu gruptaki fakihler, ta'lîl imkânı bulunan her alanda kıyası cârî kabul etmelerine rağmen, kefâretlerde Şâri'in belirledikleri ile yetinilmem si gerektiğini savunurlar. Zira cimâ ile oruç bozma, imsaki ihlâl sebepleri içerisinde en ağır olanıdır ve diğer oruç bozma yollarından farklıdır.¹³⁷

Şâfiîler, Hanefîler'in yeme-içme ile oruç bozmaya kefâret gerekli görmelerinin cimâyâ kıyasla ulaşılmış bir sonuç olduğunu ve bu konularda kıyasa karşı çıkmalarına rağmen ona başvurarak belirledikleri asılları çiğnediklerini ve çelişkiye düştüklerini iddia etmişlerdir. Onlara göre, cimâyâ kıyasla diğer oruç bozmalara kefâreti gerekli görmeleri, Hanefîlerin kefâretlerde kıyası kullandıkları anlamına gelir.¹³⁸

Hanefîler, yeme-içme ile oruç bozmaya niçin kefâreti gerekli gördüklerini açıklamışlar ve kendilerine yönelik ithamlara çeşitli şekillerde cevap vermişlerdir. Onlara göre, yeme-içmede kefâretin gerekmesi, bu fiillerin cimâyâ kıyaslanması ile değil, ilgili nassın delâletiyle elde edilmiş bir neticedir.¹³⁹ Zira Arabî, cinsi münâsebetle oruç bozduğunu *helektü* kelimesi ile ifade etmiştir ki esasen karısıyla yaptığı fiilde helak yoktur. Oruç bozmayı anlatırken kullandığı *muvâka'at* kelimesi, mübarek ayın hürmetinin çiğnenmesini ifade etmektedir. Bu anlam, lugatten anlaşılır; bu sonuca ulaşmak için reye dayalı kıyas vb. içtihat metoduna ihtiyaç yoktur. Dolayısıyla orucu bozan her durum kefâret gerektirir. Pezdevî (ö. 1989/482)'nin ifadesiyle: "Muvâka'at bizâtihi cinayet değıldir. Bilakis o, memlûk mahalde vaki fiil için isimdir. Ancak bu ismin lugattaki kullanımına bakmak gerekmektedir. O da oruca karşı işlenen ve bu yönüyle cinayet sayılan oruç bozmadır. Bu durumda her türlü oruç bozmada kefâretin gerekliliğı, nassın manasıyla sabittir; zâhirîyle değil. Biz bunu ibare ve işaret olarak isimlendirmiyoruz. Zira o, rey olarak değil, nassın manasıyla dil bakımından sabittir. Biz onu kıyas değil, delâlet olarak

135 Debûsî, s. 134; Serahsî, *el-Mebsût*, III, 71, 73; Gazzâlî, s. 307 (Bu görüşteki Hanefîlere göre bu işlem, kıyas değil, istidlaldir. İstidlal türü ise hükmün menâtını tecrit ve gereksiz vasıfları ayıklama kabîlinden bir istidlaldir). Kudâme, *el-Muğni*, III, 130;

136 Kudâme, *el-Muğni*, III, 130.

137 Gazzâlî, s. 326; İbn Kudâme, *el-Muğni*, III, 130; Yaran, "Kefâret", XXV, 180.

138 Bâcî, s. 629; Cüveynî, II, 68; Sem'ânî, *Kavâtrî*, II, 108; Gazzâlî, s. 287, 307, 331.

139 Cessâs, IV, 108; Debûsî, s. 134.

isimlendiriyoruz.”¹⁴⁰ Hanefiler, yeme-içmenin kefâret gerektirdiği hususunda Hz. Peygamber’in Ramazan ayında karısıyla cinsî münâsebette bulunan sahâbi hakkının da kefârete hükmettiği¹⁴¹ rivayetini ve “Ramazan orucunu bozan kişiye zihâr yapana gereken şey vardır”¹⁴² hadisini de delil gösterirler. Zira bu rivayetlerde kefâretin gerekliliği yeme-içme veya cimâ ile sınırlı değildir. Bu sebeple bu nasların lafızları, her oruç bozana kefâret gerektiğini gösterir. Bu netice reye dayalı ta’lil ya da kıyasla değil, söz konusu nasların lafızları ile sabittir.¹⁴³ Görüldüğü üzere Hanefiler, Ramazan orucunun, her ne surette olursa olsun imsaki bozulması halinde kefâreti gerekeceği sonucuna kıyasla değil bu husustaki nasların delâleti ile ulaşmışlardır.

D. GÖRÜŞ AYRILIĞININ SEBEPLERİ

Had ve kefâret hükümlerinde kıyasın kullanılması meselesi usul eserlerinde tartışma konusu yapılmış konulardan biridir. Bu tartışmada tarafların kullandıkları delilleri ve akabinde bu alanlarda kıyasın kullanıldığına dair örnekleri zikrettikten sonra görüş ayrılığının sebeplerini de değerlendirmek gerekmektedir. Bu konudaki tartışmaları iki başlık altında ele almak mümkündür.

1. Fehva'l-hitâbın Nassın Delâleti veya Celî Kıyas Sayılması

Fehva'l-hitâbın delâlete dayanan bir netice veya kıyasa dayalı bir sonuç sayılması gerektiği usulcüler arasında tartışmalı konulardan biridir.¹⁴⁴ Had ve kefâretlerde kıyas yasağını benimseyen ve kısıtlayıcı bir delil bulunmadıkça aklın idrakine açık her alanda kıyası geçerli bir metot kabul eden usulcüler, fehva'l-hitâbın niteliği hakkında farklı görüşler ortaya koymuşlardır.¹⁴⁵ Kıyasın icra alanına dair ihtilafların belirli ölçüde kullanılan terminoloji ile de ilgisi bulunduğu görülmesi açısından fehva'l-hitâbın muhtevası ile ilgili tartışmalar önem arz etmektedir. Bazı usulcüler kıyası celî ve hafî şeklinde ikiye ayırarak bu muhtevayı celî kıyas sayarlarken bazı usulcüler celî kıyas yerine reyle istinbata dayanmadığı ya da illet üzerine kurulu bir hüküm olmadığı için bu yolla varılan sonucu nassın delâleti olarak kabul etmişlerdir. Nassın delâletinin teknik anlamda kıyas sayılıp sayılmayacağı ile ilgili tartışmaları başka çalışmalara bırakarak konunun ceza hukukunda kıyas kullanımına yansımalarına konumuz açısından değerlendirmek istiyoruz.

140 Pezdevî, Ebû'l-Usr Fahrü'l-İslâm Ali b. Muhammed, *Usûlü'l-Pezdevî*, (Abdülaziz Buhârî'nin *Keşfü'l-esrâr 'an Usûli Fahrî'l-İslâm Pezdevî*, Dâru'l-kütübü'l-İslâmî, ts., kenarında) II, 221.

141 Buhârî, “Savm”, 30-31; “Keffârât”, 2, 4; Müslim, “Siyâm”, 14.

142 Serahsî, *el-Usûl*, II, 163 (من أظفر في رمضان فعليه ما على المظاهر); Zeyla'î, Ebû Muhammed Cemâlüddin Abdullah b. Yûsuf, *Nasbûr-râye li-tahrîci ehâdisi'l-Hidâye*, Beyrut-Lübnan-Cidde 1418/1997, II, 449.

143 Cessâs, IV, 108 (Malik b. Enes de özürsüz olarak oruç bozan kimseye kefâreti gerekli görmüştür); Debûsî, s. 134; Serahsî, *el-Usûl*, II, 163; Zühaylî, III, 1738; Yaran, “Kefâret”, XXV, 181.

144 Bu muhteva hakkında Hanefiler, bazı Şâfiî ve Hanbelîler delâlet; bazı Şâfiî ve Hanbelîler ise kıyasa dayalı bir sonuç olduğu görüşündedirler. İbn Kudâme, *Ravza*, II, 112-113.

145 Her iki tarafın görüşleri ve değerlendirme için bk. Nas, Taha, “Mefhûmu'l-Muvâfaka'nın Delâleti”, *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 2011, sayı: 18, s. 99-102 (91-110).

Usulcüler, fehva'l-hitâbın (a fortiori / evleviyet) yerine nassın delâleti / delâletü'n-nas, delâletü't-delale, mefhûmu'l-muvâfaka, kıyas-ı celî, îmâü'l-kelâm, işâratü'l-kelâm, tenbih, mefhûmu'l-hitab ve lahnu'l-hitab gibi ifadeler kullanmışlardır.¹⁴⁶ Bu muhtevanın delâlet veya kıyasi bir sonuç sayılması hususunda Hanefiler ve cumhur farklı görüşler ortaya koymuşlardır. Hatta bir mezhep içerisinde bile bu tür muhtevanın delâlete dayalı veya kıyasi bir netice sayılacağı hususunda farklı görüşler vardır. Meselâ Hanbelîlerden Ahmed b. Nasr b. Muhammed İbn Cüzey (ö. 380) bu muhtevanın kıyasa, Ebü'l-Hüseyn Muhammed b. Muhammed Ebü Ya'lâ (ö. 526/1131) ise delâlete dayalı bir sonuç olduğu görüşündedirler.¹⁴⁷

Hanefiler bu muhtevadan *nassın delâleti* olarak söz ederler ve bu kavramı, nasla sözü edilen durum için getirilen bir hükmün onda söz edilmeyen başka bir durum için daha öncelikli olması ve nassın hükmünün bu durum için de geçerli kabul edilmesi¹⁴⁸ şeklinde tanımlarlar. Hanefiler'in bu muhtevayı nassın zâhiriyle sabit hükümler (*nassın ibaresi, nassın işareti, nassın delâleti ve iktizanın delâleti*) arasında zikretmelerinin sebebi bu şekilde elde edilen neticenin rey ile içtihadı dayanan istinbat ve kıyas yoluyla değil, lafzî / lugavî olarak ifade etmesinden¹⁴⁹ kaynaklanır. Buna göre bu tasnifteki nassın delâleti; o kelamı işitenin, hakkında nas bulunmayan meselenin şer'î hükmünü, istinbat edilmiş illet üzerine kurulu kıyasla değil, dilin imkânlarıyla doğrudan doğruya elde etmesidir.¹⁵⁰ Bu şekilde ulaşılan sonuçta nassın kuvveti vardır ve ulaşılan netice, nassa dayanmaktadır. Dolayısıyla nassın delâletiyle ulaşılan netice hadlerin nasla sabit olması gerektiği ilkesine uygundur. Kıyas ise rey ile istinbat edilmiş mana üzerine kuruludur. Delâletin bu türüyle elde edilen sonuç, nasla sabit hükmüdür. Hanefiler, had ve kefâretlerin, delâletin bu türüyle sabit olduğu görüşündedirler.¹⁵¹ Bu itibarla nassın delâleti, celî kıyas olarak kabul edilse de gerçekte bu mana nassa dayandığı ve bu neticeye istinbat yoluyla ulaşılmadığı için mefhûmu muvâfakanın kıyastan ayrıldığı söylenebilir. Nassın delâletiyle ulaşılmış had ve kefâretlere ilişkin bir hüküm, kanun koyucunun bu kapsama dahil ederek hakkında hüküm tanzim ettiklerinin dışında yeni bir hüküm inşası anlamına gelmez.

Hanefiler'in dışındaki fakihlerin çoğunluğu, mefhûmu'l-muvâfakanın delâletini kıyasi bir delâlet (ilhak işlemi) olarak görürler.¹⁵² Ancak onlardan delâleti nutkun mahallinin dışında sabit lafzî bir ilhak işlemi görenler de mevcuttur. Zira

146 Nas, s. 93-94.

147 İbn Kudâme, *Ravza*, II, 112-113.

148 Debûsî, s. 132. Mefhûmu'l-muvâfaka için yapılan tanımların özellikleri açısından tasnifi ve değerlendirme için bk. Nas, s. 96-94. Mefhûmu'l-muvâfaka; nasla sözü edilen durum için getirilen bir hükmün onda söz edilmeyen başka bir durum için daha öncelikli olması ve nassın hükmünün bu durum için de geçerli kabul edilmesidir.

149 Cessâs I, 290 (وَمَا يَكُونُ مَعْنَاهُ مَعْقُولًا مِنْ لَفْظِهِ مَا يَفِيدُ مِنْ جِهَةِ الدَّلَالَةِ مَعْنَى لَيْسَ اللَّفْظُ مَوْضُوعًا لَهُ) ; Debûsî, s. 130; Pezdevî, I, 73 (أَمَّا الثَّابِتُ بِدَلَالَةِ فَهُوَ مَا ثَبِتَ بِمَعْنَى النَّظْمِ لَعَلَّ لَا اسْتِنْبَاطًا بِالرَّأْيِ) ; Serahsî, I, 241 (دَلَالَةُ النَّصِّ فَمَا ثَبِتَ بِمَعْنَى النَّظْرِ لَعَلَّ) ; II, 219 (النَّصُّ فَمَا ثَبِتَ بِمَعْنَى النَّصِّ لَعَلَّ لَا اجْتِهَادًا وَلَا اسْتِنْبَاطًا) ; İbn Kudâme, *Ravza*, II, 113.

150 Cessâs I, 290; Debûsî, s. 130, 132; Pezdevî, I, 73; II, 219-220; Serahsî, I, 241; İbn Kudâme, *Ravza*, II, 113; (Âmidî, *İhkâm*, III, 68; Araplar bu tür lafızları meskût mahalde hükmü tekid için mübalağa maksadıyla kullanmışlardır).

151 Debûsî, s. 132-133; Pezdevî, II, 220; Serahsî, I, 241 (فَمَا الثَّابِتُ بِدَلَالَةِ النَّصِّ فَهُوَ مَا ثَبِتَ بِمَعْنَى النَّظْمِ لَعَلَّ لَا اسْتِنْبَاطًا بِالرَّأْيِ).

152 Ebü'l-Hüseyn el-Basrî, I, 158-159; II, 254-255; Bâcî, s. 633; Âmidî, *İhkâm*, III, 68.

orada kıyasa ihtiyaç yoktur. Âmidî (ö. 631/1233) *İhkâm*'da bu görüşü tercih etmiştir.¹⁵³ Dolayısıyla her iki görüş sahibine göre yaklaşım ve ispatta kullanılan yollar farklı olsa bile o hükümlerin pek çoğunda hüküm değişmediği¹⁵⁴ söylenebilir. Şu var ki, farklı usulleri takip edenlerin bazen benzer sonuçlara ulaştıkları vaki olsa da bazen farklı sonuçlara ulaşmışlardır. Kanaatimizce, usulcüler farklı neticelere ulaştıran başkaca delil ve usulî kaidelerin bulunduğu da göz ardı edilmemelidir. Hadler ve kefâretlerle ilgili şer'î ahkamda kıyas yasağını benimsemekle birlikte nas sını delâletiyle hüküm ispatını kabul eden Hanefîler'in bu yolla ulaştıkları sonuçları dan bir kısmı, cumhura göre kıyasla sabit olmuştur. Burada ihtilafın belirli ölçüde lafzî ve ıstilahî olduğu söylenebilir. Ancak Şâfîler'in kıyasla sabit kıldıkları her bir meselenin Hanefîler'in nassın delâleti ile kast ettikleri sonuçtan farklı olması, bazen ihtilafın başka usulî yaklaşımlarla ilgili olduğu sonucuna götürmektedir.

Kıyasa karşı olan Nazzâm, Şii İmâmîler ve Zâhirîler'den Kâşânî ve Nehrevânî de hakkında nas bulunmayan meselelerin bu şekilde nas bulunanlara ilhakını kabul etmişler; bu işlemin kıyas değil, mefhûm olduğunu ifade etmişlerdir.¹⁵⁵ Fehva'l-hitâbın mahiyetinin delâlet veya kıyasi bir sonuç sayılması hususunda Gazzâlî, hükme ne şekilde ulaşıldığını itibar etmek gerektiğini zikreder. Buna göre ulaşılan netice illete dayanıyorsa bu hüküm kıyas; mantûktan düşünme yoluyla ulaşıyorsa delâletle elde edilmiş bir neticedir. Buna mefhûmu muhalefe veya fehva'l-lafz denmesi ıstilahî bir ihtilaftır.¹⁵⁶ Diğer taraftan Gazzâlî, bu tür delâlete kıyas denmesini pek uygun bulmaz. Zira bu tür bir yolla ulaşılan neticede düşünmeye ve illet istinbatına ihtiyaç yoktur. Burada söylenmeyen şey / meskût an, hükme, söylenenden / mantûk bih daha evladır. Kıyası bir tür ilhak sayanlar açısından bu istidlâl türü de kıyas kapsamına girer. Bu görüşte olanların muhalefeti sadece ibarededir.¹⁵⁷ Fehva'l-hitâb veya mefhûmu'l-muvâfaka'nın delâlet türü hakkında usulcüler arasında meydana gelen görüş ayrılığında, bu delâlet türü ile kıyas metodu arasında ki benzerliğin de etkisi vardır. Nitekim Fehva'l-hitâb ve kıyas metodunda benzer unsurlar (mantûk-asıl, meskûtun an-fer', menât-illet ve mantûkun-aslın hükmü) bulunmaktadır.¹⁵⁸ Bu sebeple konuyla ilgili çalışma yapmış bulunan Taha Na'sa göre usulcüler arasındaki bu ihtilaf, kullanılan terminoloji ile ilgilidir ve pratikte bir sonuç doğurmamaktadır.¹⁵⁹

153 Bu konudaki görüşler için bk. Âmidî, *İhkâm*, III, 66 (على السكوت موافقا مدلوله في محل النطق); 68vd.

154 Harîz, s. 92.

155 Gazzâlî, s. 301; İbn Kudâme, *Ravza*, II, 184. Gazzâlî bu işlemi kıyas olarak isimlendirmeyi uygun bulmaz. Ancak kıyası da bir ilhak türü sayan Sünnî usulcülerin çoğunluğu bu işlemi celi kıyas, vazih kıyas gibi adlarla kıyas türleri arasında saymış, kıyasın en kuvvetli şekli olduğunu söylemişlerdir. Apaydın, "Kıyas", XXV, 532; Ayrıca bk. Koşum, s. 65.

156 Gazzâlî, s. 264-265 (Gazzâlî'nin buradaki şartı, söylenmeyenin söylenenden daha evvel veya onunla birlikte anlaşılması ve ondan geriye kalmamasıdır).

157 Gazzâlî, s. 305.

158 Nas, s. 99.

159 Nas, s. 105.

2. Kıyas Kullanımının Yeni Bir Had ve Kefâret Koymak Anlamına Gelmesi

Hanefîler'in görüşlerinin arzından sonra bu iddialara dair diğer görüşü benimseyen usulcülere geçebiliriz.

a. Hanefîler'e göre had ve kefâret alanına dahil hükümler yalnızca tevkîfî yolla bilinir. Bu alanlarda kıyasa dayanarak teşrîî kaynak olarak başlangıç itibariyle yeni bir suç ve müeyyide belirlenemez. Ancak bu yasak yalnızca yeni had ve kefâret suçu ispatında geçerlidir. Bunun dışında bu nasların muhtevalarının belirlenmesi ve hükümlerinin tatbikiyle ilgili hususların belirlenmesinde kıyasa başvurulabilir. Bu nitelikteki akıl yürütme, başlangıç itibariyle yeni bir had koymak değil; sadece nassın muhtevalarının belirleme ile sınırlıdır.¹⁶⁰ Başka bir ifadeyle suç ve cezalarda kıyas, teşrîî bir kaynak olarak değil, hükmün kapsamına giren fiillerin tayin ve tespitine yardım eden açıklayıcı ve tefsir edici bir metot konumundadır.¹⁶¹ Meselâ zina haddine kıyasla yeni bir had belirlenemeyeceği için livâta suçu, zinaya ilhak edilerek bu suçu işleyene zina haddi uygulanamaz. Aynı şekilde hırsızlık, ona benzeyen diğer suçlara (muhtelis, müntehib, nebbâş, hain ve gasıb) asıl kabul edilerek kıyas yoluyla bu suçların faillerine hırsızlık haddine ait ceza tatbik edilemez. Zira had ve kefâretlerin her biri, kendine özgü isimler, muhteva ve terminolojisi ile belirlenmiştir. Şer'î isimler arasında kıyas yürütülmez. Çünkü her bir isim kendine özgü muhteva, şart ve müeyyideye sahiptir. Hırsızlık suçuna ilişkin el kesme cezası, kıyas yoluyla ona bazı yönlerden benzeyen diğer suç fiillere uygulanamaz. Ancak isimlerin muhtevalarına giren unsurların ve bunlarla ilgili şartların belirlenmesinde -tevkîf manası gözetilmek koşuluyla- kıyasa başvurulabilir. Bu durumda hırsızlık hakkındaki had, şer'î manası çerçevesinde kalır.¹⁶² Şâfiî usulcülerden bazılarının göre isimlerin kıyasla ispatı câizdir.¹⁶³

Cumhur, daha önce geçtiği üzere, Hanefîler'e had ve kefâretlerde kıyas kullanımına ilke olarak karşı çıkmakla birlikte seksen kırbaçlık içki haddinin kıyasa dayanması ile ilgili uygulama sebebiyle çelişkiye düştükleri iddiasında bulunmuştur. Hanefîler'e göre bu uygulama kıyasla ulaşılmış bir netice olsa da üzerinde icmâ meydana gelmiş bir hükümdür. Bu sebeple bu hükme kıyasla elde edilmiş bir hüküm nazarıyla bakılamaz. Ayrıca içki haddi Hz. Peygamber'in tatbik ettiği bir hükümdü.¹⁶⁴ Miktarının seksen kırbaç olarak belirlenmesi, yeni bir hüküm değil, uygulanan haddin miktar ve keyfiyetin belirlenmesi ile ilgilidir ve bu durum had ve kefâretlerde kıyas yasağına aykırı değildir.¹⁶⁵

160 Cessâs, IV, 107.

161 Demir, s. 171.

162 Cessâs, IV, 107 (حكم القطع لأن القطع بالنص واجب) (على السارق); Debûsî, s. 133-134; Serahsî, *El-Usûl*, II, 157-158; Hariz, s. 93.

163 Sem'ânî, *Kavâti'*, II, 110.

164 Buhârî, *Hudûd*, 2, 4; Müslim, *Hudûd*, 36, 37; Ebû Dâvûd, *Hudûd*, 35; İbn Mâce, *Hudûd*, 16.

165 Cessâs, III, 280.

b. Hanefîler'in dışındaki usulcülerin cumhuru, tahsis edici bir delil bulunmadıkça, ta'lîl edilebilen her nassın hakkında hüküm bulunmayan meselelere asıl olmasını kabul etmişlerdir. Buna göre aklın idrakine elverişli olmayan ibâdet, had, kefâret, miktar veya ruhsatlara ilişkin naslar ilke olarak kıyasa açık olsa da ta'lîl imkânı bulunmadığı için kıyasın yürütülemediği alanı teşkil eder.¹⁶⁶ Gazzâlî bu durumu şu şekilde ifade etmiştir: "Anlamı akılla kavranamayan "yeni başlanmış bağımsız kural / ilk defa olarak konmuş kural" illetin yokluğu yüzünden, buna başka şeyler kıyas edilemez. Bu kısım mecazen, "kıyas dışı" olarak adlandırılır. Zira kıyas dışılığın anlamı, kıyas metoduna göre olmamaktır. Çünkü öncesinde bir kıyasın genelliği / umumi kıyas ve bir istisna geçmemiştir ki müstesna daha önce dahil bulunduğu şeyden hariç kalmış olarak adlandırılsın. Rekât sayıları, zekât nisabı, had ve kefâretlerin miktarlarında ve zihinde hiçbir anlam canlandırmayan bütün ilk taabbüdî hükümlerde belirlenmiş şeyler –mukadderât- böyledir. Bunların illeti idrak olunamadığı için başka şeyler bunlara kıyas edilemez."¹⁶⁷

Hanefîler, kıyasa kapalı saydıkları ibâdet, had, kefâret, miktar ve ruhsatlara ilişkin alanlarda ta'lîl imkânı bulunmadığı için bu konularda kıyasın cârî olmadığını savunurlar. Cumhura ise bu alanların, ta'lîl imkânı bulunması halinde kıyasa olduğu görüşüne sahiptirler.¹⁶⁸ Bu yaklaşım farkına rağmen, Hanefî ve cumhurun benzer hüküm verdikleri çeşitli meseleler vardır. Onların bu alanlarda benzer görüşe ulaşmaları, belirledikleri usullere bağlı kalmadıklarından değil, farklı yollarla da olsalar, neticelerin benzerliği olarak görülmelidir. Hanefîler'in mefhûmu'l-muvâfaka ile vardıkları neticelere cumhurun kıyasa (istidlâl) ulaşması bu durumu açıklamaktadır. Nitekim livâta suçunun tespitinde İmâmeyn ilgili nasların mefhûmu'l-muvâfakası ile cumhur ise zina suçuna kıyasa benzer sonuca ulaşmışlardır.

SONUÇ

İslâm hukuku sistematğinde miktar ve keyfiyeti naslar ve icmâ tarafından belirlenmiş had ve kefâretlerde kıyasın icra edilmesi hususu tartışmalıdır. Bazı usulcüler bu alanlarda kıyas yaşağını; bazıları ise sınırlandırıcı bir delil bulunmadıkça ta'lîl edilebilen her hükmün kıyasa elverişli olduğu esasını benimsemişlerdir.

166 Bâcî, s. 628; Sem'ânî, *Kavâti*, II, 110 (بأثره لا طريق) وكذلك لا طريق (بأثره لا طريق) أو كفارة مبتدأ بالقياس أو كفارة مبتدأ قلنا: لا طريق يوصل القياس إلى إثبات حد مبتدأ وكذلك لا طريق)؛ Zencânî, s. 183; Zerkeşî, VII, 73 (أما إنشاء حد بالقياس على حد فلا) (يجوز بالاتفاق).

167 Gazzâlî, s. 326. Gazzâlî, aslın şartları arasında bulunan kıyasa aykırı olmamayı (ma'dül an süneni'l-kıyâs) da kendi içerisinde çeşitli kategorilere ayırarak açıklamıştır. (Mest üzerine mesih, mesti çıkarmanın güçlüğü yüzünden ve mestin giyili tutulmasına ihtiyaç duyulmasındandır. Sarık, eldiven ve ayağın tamamını örtmeyen şeyler buna kıyas edilemez. Bunun sebebi, mest üzerine mesh hükmünün kıyas dışı olması değil, ihtiyaç duyulma, çıkarmanın güçlüğü ve umumu'l-belva hususunda ona eşit bir şeyin bulunmamasıdır. Yolculuk ruhsatları da meşakkat sebebiyledir. Fakat başka meşakkatler buna kıyas edilemez. Zira diğer meşakkatler, yolculuk meşakkatlerinin anlamlarına ve maslahatlarına eşit değildir. Gazzâlî, s. 327).

168 Sem'ânî, *Kavâti*, II, 114; Âmidî, *İhkâm*, IV, 63 (وذلك معقول) (بما علم في مسائل الخلاف لا أنه مجهول).

Bu makalede ceza hukukunda kıyasın icra imkânı, sadece İslâm hukuku açısından ele alınmış; ilgili tarafların delil ve iddiaları ile kendilerine yönelik itirazlar ve onlara verdikleri cevaplar hem usulî yönden hem de tartışmanın üzerinde cereyan ettiği örnekler üzerinde incelenmiştir.

Had ve kefâretlerde kıyasın icrası veya kıyas yasağı ile ilgili tartışma, kıyasın meşruiyeti ile değil, bu alandaki hükümlerin ta'lile ve kıyasa elverişli olup olmadığı ile ilgilidir. İlke olarak bu alanlarda kıyas yasağını benimsemiş olan Hanefiler, ta'lil imkânı bulunmadığı ve/veya ta'lil imkânı bulunsa bile miktar ve keyfiyeti naslar ve icmâ tarafından belirlendiği için bu görüşlerinde ısrarcı davranmışlardır. Buna karşın Hanefiler'in dışındaki usulcülerin çoğunluğu, kısıtlayıcı bir delil bulunmadıkça ta'lili mümkün her alanda kıyasın icrasını benimsemişlerdir. Ancak bu görüşteki usulcüler de söz konusu alanlarda ta'lilin imkânsız olduğundan hareketle bu konularda kıyasın cârî olmayacağı noktasında Hanefiler'e yakın bir konumda yer alırlar.

Ceza konularına (had ve kefâretler) ilişkin hükümlerin mahiyet ve keyfiyetinin nas ve icmâ tarafından belirlenmişliği ve ta'lildeki zorluk bu alanda kıyas yasağının benimsenmesinde etkili olmuştur. Ancak bu gerekçelerin ötesinde bu alanlarda kıyas yasağını benimsemeye sevkeden başka sebeplerin bulunduğu göz ardı edilmemelidir. Had ve kefâretlerde kıyas yasağının benimsenmesiyle, Bardakoğlu'nun da belirttiği üzere, "bu alanlardaki nasların belirlendiği şekilde muhafaza edilmesi, cezalandırmada kanunîliği ve genelliği sağlama, keyfi ve haksız uygulamaları önleme amaçları da gözetilmiş olmaktadır. Böylece cezalandırmada kanunîlik, genellik, şahsîlik, şüpheden sanığın faydalandırılması, suç-ceza dengesinin korunması gibi ilke ve amaçları da korunmuş olmaktadır." Bütün bu zikredilen sebepler usulcülerini, söz konusu alanlarda teşrîi anlamda kıyas yasağını benimsemeye sevk etmiştir.

Hanefiler ceza konularında kıyas yasağını benimsemelerine, diğer usulcüler ise ta'lili mümkün olan her alanda kıyası cârî görmelerine rağmen bu yaklaşım farklılığı, uygulamada çok farklı neticelere yol açmamıştır. Taraflar, farklı usulleri takip etmelerine rağmen yakın sonuçlara ulaşmışlardır. Kuşkusuz bunda kullanılan usullerin muhteva ve içeriklerine yüklenen anlam etkili olmuştur. Bu bağlamda *fehva'l-hitâb*ın bir delâlet türü mü yoksa kıyasla elde edilmiş bir sonuç mu olduğu Hanefiler ve cumhur arasında tartışmalıdır. Hanefiler bu yolla varılan hükme, istinbat ve içtihada ihtiyaç duyulmaksızın lafızdan anlaşılan lugavî bir anlam olan delâlet kapsamında değerlendirirlerken cumhur, ta'lile dayanan kıyasla elde edilmiş bir sonuç olarak görmektedirler. Bu durumda *fehva'l-hitâb*, nassın delâleti ile celî kıyas kısmen benzer mefhûmları içermektedir. Had ve kefâretlerde kıyası cârî görenler yalnızca celî kıyasla buna imkân verirler. Bu faaliyette delâlet, istidlâle; kıB yas, istinbata dayanan hüküm yollarıdır; birinci yol, reyle içtihada başvurmaksızın

lugat bakımından sabit iken ikincisi müçtehidin istinbatına dayanmaktadır. Bu durumda ihtilaf, hükme ulaşmadaki yol ve kullanılan terminoloji ile alakalıdır. *Fehva'l-hitâbı* Hanefiler'in bir delâlet türü, cumhurun celî kıyas kabul etmesi, her iki tarafın farklı terminoloji ile elde ettikleri neticenin benzer noktalarda birleşmesinin sebebi olarak görülebilir.

Uslucüler, uzak durma sebebinde ihtilaf etseler de had ve kefâretlerin miktarıyla ilgili şer'î hüküm ispatından ittifakla uzak durmuşlardır. Cumhur, illetine idrak kudreti bulunmadığı için kıyasla bu türün ispatından uzak dururlarken Hanefiler, ilke olarak bu alanı kıyas dışı kabul etmişlerdir. Hanefiler'e göre yasak, bu alanda kıyasla yeni bir had ve kefâret belirlenmesi ile ilgilidir. Yeni bir had ve kefâret belirlemenin dışında kalmak şartıyla bu alandaki mevcut hükümleri beyan etme, cezayı kaldırma, suçta iştiraki belirleme, cezaların tatbiki vb. hususlar kıyasa kapalı değildir.