

Hikmet Yurdu, Yıl: 12 C: 12 Sayı: 23 Ocak – Haziran, 2019/1, ss. 11 - 49

İSLAM HUKUKUNDA DİYÂNÎ HÜKÜM: MAHİYETİ VE ÇEŞİTLERİ

RELİGIOUS ETHICS (DİYANA) IN THE İSLAMİC LAW AND İT'S
VARIATIONS

DOÇ. DR. OSMAN GÜMAN

SAKARYA ÜNİVERSİTESİ İLAHİYAT FAKÜLTESİ

İslam Hukuku Ana Bilim Dalı

E-POSTA: oguman@sakarya.edu.tr

ORCID ID: 0000-0003-0600-3432

ATIF: Güman, Osman “İslam Hukukunda Diyânî Hüküm: Mahiyeti Ve Çeşitleri”, YIL: 12, CİLT: 12, SAYI: 23, Ocak-Haziran 2019/1, ss. 11 - 49

Makale Bilgisi / Article Information

Makale Türü / Article Types: Araştırma Makalesi / Research Article

Geliş Tarihi / Received: 25 Eylül/September 2018

Kabul Tarihi / Accepted: 25 Ekim /October 2018

Yayın Tarihi / Published: 01 Ocak/January 2019

Yayın Sezonu / Pub Date Season: Ocak-Haziran /January-June

YIL/ Year :12 Cilt / Volume: 12 Sayı / Issue: 23 Sez / Pub Date: Ocak-Haziran, 2019/1 **Sayfa / Pages:** 11-49

İntihal / Plagiarism: Bu makale, TURNİTİN intihal programıyla tarandıktan sonra, iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi. / This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

Öz: Fıkıh literatüründe hukukî/kazaî hükümün alternatifi olarak sıklıkla diyânî hüküm diye bir hüküm kategorisinden söz edilir. Ana hatlarıyla kişinin hukuka karşı değil; ama Allah’a karşı sorumlu olduğunu ifade eden bu terim, dava yoluyla talep edilememek vb. açılardan günümüz hukuk sistemlerindeki tabii/eksik borç ile bazı benzerlikler taşısa da kapsamı itibarıyla ondan çok daha geniştir. Makalede fıkıh literatüründeki diyânî hükme ilişkin meselelerin izi sürülmek suretiyle diyânî hükümün, sebepleri itibarıyla çeşitleri tespit edilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Fıkıh, Hanefilik, Diyânî hüküm, kaza, fetva

DIVISION, DISTRIBUTION AND VARIETY IN THE ISLAMIC LAW

Summary: There is a category of a norm alternative of legal norm so-called “diyanah” in the literature of fiqh. This term signifies responsibility of the person due to God, not due to the law and it seems to be similiar to natural obligation at Jus Civile or imperfect obligation at the written Turkish law. But it’s much wider than this obligation by extent. In this article we identified variations of this norm according to it’s causes by tracking the matters relating to this norm.

Key words: fiqh, Hanafit law school, diyanah, qada, fatwa

Giriş

Diyânî-kazaî hüküm ayırımına dair *el-Asl* ve *el-Ümm* gibi ilk dönem müdevvenatından itibaren furu ve usul literatürünün farklı konularına dağılmış bir vaziyette sayısız örnek mevcuttur. Ancak klasik dönemde bu ayrımı müstakil bir başlık altında detaylı bir biçimde ele alan herhangi bir kaynak yoktur. Konu, bu haliyle furu ve usul literatüründe sıkça atıf yapılan ve fakat müstakil bir delil olarak zikredilmeyen “örf ve adet” konusuna benzemektedir. Bununla birlikte örf-adete dair Eşbâh ve Furûk müdevvenatında derli toplu bilgiler, hatta İbn Abidin’in *Neşru’l-arfı* gibi- geç dönemde yazılmış müstakil risaleler bulmak mümkündür. Kazaî-diyânî hüküm ayırımını ise klasik dönemde teorik bir zeminde inceleyen hiçbir esere rastlanamamıştır.

Çağdaş dönemde ise kazaî-diyânî hüküm ayırımına dair en ciddi akademik araştırmalar Mustafa Demiray’ın yüksek lisans ve doktora çalışmalarıdır. Demiray, *Serahsi’de Diyânî Hüküm-Kazai Hüküm Ayrımı* adlı yüksek lisans çalışmasının giriş kısmında bu konuya dair literatürde mevcut olan bilgileri derli-toplu bir şekilde aktarmış, ardından Serahsi’nin *Mebsût* adlı eserinin özellikle talâk ve dava bahislerinde zikri geçen kazai hüküm-diyânî hüküm ayırımına dair örnekleri sistematik bir şekilde takdim etmiştir. *Eksik Borç Kavramının İslam Hukuku Açısından İncelenmesi* adını taşıyan ve bilahare Klasik Yayınları tarafından *Hak Zail Olmaz: Roma Türk ve İslam Hukuklarında Eksik Borç* adıyla neşredilen doktora çalışmasında ise mevzu hukukta bir takım uygulamalarına rastlanan ve kökenleri Roma hukukuna dayanan eksik/tabii borç kavramının Roma hukuku ve

Kıta Avrupası hukuk sistemindeki tarihi gelişim sürecini ve çeşitlerini inceleyerek İslam hukukunda eksik borca tekabül eden diyânî hükümleri tespit etmiş ve hukuk sistemleri arasındaki benzerlikleri ve farklılıkları tespit etmeye çalışmıştır.

Bu araştırmada fıkıh ve usul literatüründe sıklıkla temas edilen kazaî hüküm-diyânî hüküm ayrımı için kullanılan terimler tespit edilecek ve diyânî hükümler gerekçeleri bakımından tasnif edilecektir. Ancak diyânî hükümlerin dört mezhepteki tehazürünü bir makalenin sınırları içinde bütün yönleriyle ele almak mümkün olmadığı için mukayese imkânı sunmak amacıyla yer yer diğer mezheplerin görüşlerine temas edilse de Hanefi fıkıh literatürü ile sınırlı kalınacaktır.

1. Fıkıh Literatüründe Diyânî Hüküm İfade Eden Terimler

Fıkıh literatüründe, diyânî hükmü karşılamak için “*diyâneten*”, “*fiyma beynehu ve beynallah*” ve “*tenezzüh*” gibi pek çok kelime kullanılmış olmakla birlikte dört mezhebin fıkıh literatüründe yaygın olan kullanım, “*fiymâ beynehu ve beynallah*” ifadesidir.¹ Bu ifade, sadece bu haliyle kullanılabildiği gibi başına “*düyyine*”, “*suddika*”, “*yese’uhû*”, “*yelzemuhû*”, “*yü’meru*” gibi bir fiil veya “*müdeyyenün*”, “*medînün*”, “*musaddakun*” gibi bir isim ilave edilerek de kullanılmakta olup bu fiil ve isimler, diyânî hükmün konusuna göre değişmektedir. Mesela diyâneten vacip olan bir borç için *yelzemuhû* (ona gerekir), *yü’meru* (emredilir) gibi yükümlülük ifade eden bir fiil kullanılırken diyânî nitelikteki cevaz/ruhsat hükümleri için “*yese’uhû*”, “*yecûzu*” (caizdir) gibi fiiller tercih edilmektedir. Gerçek iradenin/niyetin diyâneten kabul edileceğini ifade etmek için ise *düyyine* ve *sud-dike* vb. fiiller kullanılmaktadır.

Deyyene fiili *el-Misbahu’l-münir* müellifi Feyyumî’nin ifadesine göre “bir kişiyi dinî anlayışı konusunda kendi haline bırakmak, ona ilişmemek ve caiz olduğuna inandığı bir hususta kendisine itiraz etmemek” demektir.² Nitekim literatürde bu fiil yerine *suddika* fiilinin de sıklıkla kullanılıyor oluşu kelimenin “kişiyi niyetinde tasdik etmek” anlamında kullanıldığını göstermektedir. Bu fiilin ağırlıklı olarak kullanımı diyânî hükümler hakkında olmakla birlikte kazaî nitelikteki hükümler için kullanımı da vakidir. Şöyle ki “*düyyine fiymâ beynehu ve beynallah*” ifadesi, “kişinin kastettiği anlamın diyâne-

¹ Muhammed İbnü’l-Hasan eş-Şeybânî, *el-Asl*, thk. Ebu’l-vefâ el-Efgânî, (Karaçi: İdaretü’l-Kur’an ve’l-ulûmü’l-İslamiyye, ty.), 3: 259; Malik b. Enes, *el-Müdevvene*, (Daru’l-kütübü’l-ilmiyye, 1994), 1: 607; Muhammed b. İdris eş-Şâfi, *el-Ümm*, (Beyrut: Daru’l-marife, 1990), 5: 75; Ahmed b. Hanbel, *Mesâil*, (Mısır: Mektebetü İbn Teymiyye, 1999), 258.

² Feyyumî, Ahmed b. Muhammed, *el-Misbahu’l-münir fi garibi’s-Şerhi’l-Kebir*, (Beyrut: el-Mektebetü’l-ilmiyye, ty), 205.

ten doğru kabul edilmesi”; *düyyine fi’l-kazâ/fil’hükm/fi zahiri’l-hükm...* ise “kazâen geçerli sayılıp yargı kararının o doğrultuda verilmesi” demektir.

Hanefi fıkıh literatüründe diyânî hüküm, *düyyine* fiili yerine zaman zaman *“fi’d-diyâneti”* ifadesi konularak *“fi’d-diyâneti fiymâ beynehu ve beynallah”* şeklinde de ifade edilmiş ve zamanla *“fiyma beynehu ve beynallah”* kısmı da atılarak *“diyâneten”*, *“bi-tariki’d-diyaneh”*, *“fi hakki’d-diyane”* vb. ifadelerle iktifa edilmiştir. Tespit edebildiğimiz kadarıyla fetva niteliğindeki hükümlerin sadece “diyanet” kelimesiyle ifade edilmesi Hanefi fıkıh literatüründe son derece yaygındır.³ Buna karşın diğer mezheplerde “dini bütün olmak” anlamında kullanımı mevcut ise de fetva niteliğindeki hükümler için kullanımı yok denecek kadar azdır.⁴ Bu terim ile ilgili dikkati çeken bir diğer önemli husus da şudur: *Tedyîn/diyanet* terimi, ilkin “gerçek irade konusunda kişiyi tasdik etmek” anlamında kullanılırken bilahare kapsamı genişleyerek fetva niteliğinde ve uhrevî olan bütün hükümleri kuşatan bir anlam kazanmıştır. Evrildiği bu yeni anlam itibarıyla “dinî olan” anlamını akla getirse de ilk dönemdeki kullanımları itibarıyla kelimenin “din”le doğrudan bir ilgisinin bulunmadığı söylenebilir. Nitekim yukarıda belirttiğimiz gibi, yüdeyyenü fiilinin kazaî nitelikteki hükümler için de yaygın biçimde kullanılmış olması da bu kanaatimizi destekler niteliktedir.

Fıkıh literatüründe fetva niteliğindeki hükümler için kullanılan terimlerden bir diğeri nadir de olsa *“cevabü’n-nüzhe”* ve *“fi’t-tenezzüh”* ifadeleri olup ihtiyat hükümleri için kullanılmaktadır.⁵ Hükümün fetva niteliğinde olduğunu belirtmek için kullanılan ifadelerden biri de *“lem yusaddak/lem yüdeyyen fi’l-kada”* kalıbıdır.⁶ Bu ifadenin diyânî hükme delaleti sarih değilse de “kazâen tasdik edilmemek” ifadesinin, mefhum-i muhalif yoluyla diyâneten tasdik edilebilirliğe işaret ettiği açıktır. Burada Hanefi usul bilginlerine göre mefhum-i muhalifin hüccet olmadığı ve dolayısıyla böyle bir çıkarım yapılamayacağı yolunda bir itiraz mümkündür. Ancak Hanefilerin mefhum-i muhalife karşı takındıkları olumsuz tavır kelam-ı nâs ve kitaplar için söz konusu olmayıp kitaplarda ve gündelik konuşmalarda mefhum-i muhalifin dikkate alınacağı tasrih edilmiş ve bu, “mefâhîm-i kütüp hüccettir” şeklinde kurallaştırılmıştır.⁷

³ Örneğin bkz. Şemsüleimme Muhammed b. Ahmed es-Serahsî, *Mebsût*, (Beyrut: Daru’l-marife, 1993), .12: 52; 23: 168.

⁴ Örneğin bkz. İbn Hacer Ahmed b. Muhammed el-Heytemî, *Tuhfetü’l-muhtâc fi şerhi’l-Minhâc*, (Mısır: el-Mektebü’t-ticâriyyetü’l-kübra, 1983), 4:19; 8: 14.

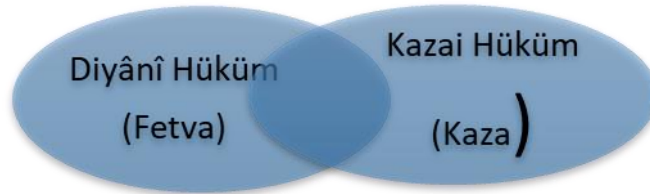
⁵ Bkz. Serahsî, *Mebsût*, VI, 104; VI, 109.

⁶ Bkz. Serahsî, *Mebsût*, VI, 80.

⁷ Bkz. Ahmed b. Muhammed et-Tahtâvî, *Haşiye ‘alâ Meraqı’l-felâh Şerhi Nûri’l-İzah*, thk. Muhammed Abdülaziz el-Halidî, (Beyrut: Daru’l-kütübi’l-ilmiyye, 1997), 201.

Kazaî hükmü ifade etmek için kullanılan tabirlere gelince en yaygın olanları “kazâen,” “fi’l-kaza,” “fi’l-hüküm,” “fi’z-zahir,” “fi zahiri’l-hüküm,” “fi’l-hükmi’z-zahir” ifadeleridir. Nadir olarak “fi mecâri’l-hüküm”,⁸ “fi vechi’l-hüküm”⁹ ifadelerine de rastlanmıştır. Bir mesele hakkında bu ifadelerden birinin kullanılması, -özel olarak belirtilsin veya belirtilmesin- o meseleye ilişkin özel bir diyânî hüküm bulunduğuna da işaret eder.

Kazaî veya diyânî olduğuna temas edilmeksizin mutlak olarak zikredilen hükümlerde kaza-diyânet ayrımı söz konusu olmayıp her iki açıdan da hükmün aynı olması muhtemeldir. “Kazâen ve diyâneten” ifadesiyle her iki hükmün birleştiğinin tasrih edildiği de vakidir.¹⁰ Şu halde bir mesele hakkındaki kazai ve diyânî hüküm aynı olabileceği gibi farklı da olabilir. Dolayısıyla kazai ve diyânî hükümler arasında aşağıdaki şemada görüldüğü gibi eksik girişimlilik ilişkisi (umum-husus min vech) vardır.



2. Diyânî Hükümün Tipik Özellikleri ve Kazaî Hükümden Farkları

Yargı/kaza, insanlar arası anlaşmazlıkların çözülmesini ve hukuka aykırı fiil sahiplerinin cezalandırılmasını amaçlayan bir kurumdur. Bir davanın başlıca unsurları davacı, davalı ve davaya konu olan meseledir. “İnsanlara istedikleri sırf iddia ettikleri için verilecek olsaydı birbirlerinin kanını ve malını isterlerdi”¹¹ buyrulduğu üzere, hiç kimse bir şeyi sadece iddia etmiş olmakla hak sahibi olamaz. Hak sahibi olduğunu ispat etmek için mahkemeye birtakım kanıtlar sunmak gerekir. Bir kısmının kanıt niteliği taşıyıp

⁸ Abdullah b. Abdurrahman el-Kayrevânî, *en-Nevâdir ve’z-ziyâdât ‘alâ mâ fi’l-Müdevvene min gayrihâ mine’l-ümmehât*, (Beyrut: Daru’l-garbi’l-İslamî, 1999), 7: 168.

⁹ Örneğin bkz. İbn Rüşd el-Ced Muhammed b. Ahmed, *el-Beyân ve’t-tahsîl*, thk. Muhammed Hacı vd., (Beyrut: Dâru’l-garbi’l-İslamî, 1988), 14: 216.

¹⁰ Alaaddin Ebu Bekir b. Mesud el-Kâsânî, *Bedâiu’s-sanâi’ fi tertibi’s-şerâi’*, (Daru’l-kütübi’l-ilmiyye, 1986), 3: 83.

¹¹ Buharî, “Tefsir”, 3; Müslim, “Akdiye”, 1.

taşımadığı hususunda görüş ayrılıkları bulunmakla birlikte mahkemeye sunulması mümkün olan başlıca kanıtlar arasında şahitlik, ikrar, davalının yemini, yeminden kaçınması, tek kişinin şahitliği ile birlikte davacının yemini ve suç karinesi zikredilebilir.

Diğer yandan yargı, hak doğurucu bir tasarruf değil; aksine mevcut bulunan hakları ortaya çıkarıcı bir işlemdir. Hâkimin işi, davacının iddia ettiği hakkın mevcut olup olmadığını tespit etmekten ibarettir. Davacının lehine hükmedilmesi halinde hukukun davacıya bu hakkı tanımış olduğu ve davalının bu hakkın gereğine uymakla mükellef olduğu belirtilmiş olur. Davacının aleyhine hükmedilmesi halinde ise iddia edilen hakkın hukuk bakımından doğmamış olduğu tespit edilmiş olur.¹²

Diğer yandan hukukta istikrar, düzen ve güvenlik fikri yargı kararlarının objektif ve zahiri delillere dayalı olmasını zorunlu kılar; fakat yargı kararı ne kadar titiz bir çalışmanın ürünü olursa olsun yalancı şahitlik ve delil yetersizliği gibi harici sebeplerle gerçek adalet sağlanamamış olabilir.¹³ Yani kanıta dayalı olarak verilen yargı kararı ile hak sahipliği arasında zorunlu bir ilişkiden söz edilemez; çünkü bir kimse, yalancı şahit tutmak ve sahte evrak düzenlemek gibi delilde sahtecilik yapmak veya cebre başvurmak suretiyle kendisine ait olmayan bir şey üzerinde hak iddia edebileceği veya bir suç başkasına yıkabileceği gibi, hakkın gerçek sahibi veya suçsuz olan bir kimse de delil yetersizliğinden veya delillerini hakim huzurunda başarılı bir şekilde sunamamaktan ötürü hakkını mahkemede ispat edemeyebilir. Dolayısıyla yargı kararını hukukun bizzat kendisi yerine koyan, bir diğer tabirle hukuku yargıcın verdiği karara indirgeyen “hukuki realizm” akımının aksine, İslam hukukçularının geneline göre yargı kararı için ancak izafi bir adaletten söz edilebilir. Hz. Peygamber (s.a.v.) bile kendisinin bir beşer olduğunu, ileri sürülen deliller doğrultusunda hüküm vermekle mükellef olduğu için yanılabilirliğini ifade ederek kendi şahsını da bu izafi adaletin dışında tutmamış ve verdiği yargı kararlarında insanlara mutlak adalet sözü vermemiştir.¹⁴

Müftî ise, objektif deliller doğrultusunda hüküm vermekle yükümlü değildir. O, zahire uysun veya uymasın fetva soranın ifadeleri doğrultusunda o ifadelerin gelebileceği diğer anlamları da hesaba katarak ve onun niyetine itibar ederek fetvâ verir.¹⁵ Fetva

¹² Mustafa Demiray, *Serahsî’de Kazaî Hüküm-Diyânî Hüküm Ayrımı*, (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2001), 13.

¹³ Yargı kararının niteliği ve diyânî hükümle ilişkisi hakkında bilgi için bkz. Fahrettin Atar, “Kaza”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (İstanbul: TDV Yayınları, 2002), 25: 115.

¹⁴ Bkz. Buhârî, “Mezâlim”, 17; Müslim, “Akdiye”, 3.

¹⁵ Demiray, *Serahsî’de Kazaî Hüküm-Diyânî Hüküm Ayrımı*, 35.

soranın ifadeleri doğru ise verdiği habere göre karşılığını alır; yalan ise müftînin fetvası dinî açıdan ona bir fayda sağlamaz.¹⁶

Diğer yandan hâkimin hükmü bağlayıcı iken müftînin fetvası istişare mahiyetinde olup bağlayıcı değildir. Hakim devlet otoritesini temsil ederken müftîde böyle bir temsil söz konusu değildir. Hakim ile müftînin konuya yaklaşım tarzı ve inceleme ve karara bağlama prosedürü birbirinden farklı olduğu için çoğu zaman aynı neticeye varamayacakları aşıkardır. Bundan dolayı fıkıh bilginleri birçok meselenin fetva ve kaza yönüne işaret etmek suretiyle bir bakıma hakim ve müftî için ayrı bir yol haritası çizmişlerdir.¹⁷

3. Diyânî Hükümün Sebebine Göre Tasnifi

Diyânî hükümler, bakış açısına göre farklı tasniflere tabi tutulabilir. Mesela vücup veya cevaz hükmü taşıyıp taşıyamamasına göre “azimet ifade eden diyânî hüküm” ve “ruhsat ifade eden diyânî hüküm” şeklinde ikiye ayrılabilceği gibi, azimet ifade eden diyânî hükümler de “eksik/tabii borç mahiyetindeki diyânî hüküm” ve “ihtiyata dayalı diyânî hüküm” diye ikiye ayrılabilir. Eksik borç anlamındaki diyânî hüküm ise kaynağına göre “tek taraflı iradeden doğan”, “akitten doğan”, “kanundan doğan”, “haksız fiilden doğan” ve “sebepsiz iktisaptan doğan” şeklinde tasnif edilebileceği gibi, özelliklerine göre “verme borcu”, “yapma borcu”, “kaçınma borcu” veya “doğuştan-sonradan-muvakkat” şeklinde de tasnif edilebilir. Sebeplerine göre veya alacaklılarına göre tasnif edilmesi de mümkündür.¹⁸

Bu araştırmada fıkıh çalışmalarında hükümlerin kazailik ve diyânîliğini tespit hususunda bazı ölçütler belirleyebilmek amacıyla diyânî hükümlerin sebepleri bakımından tasnifi denenecektir.

3.1. Hilâf-ı Zahir Olmak: Kanıttan Yoksunluk

Fıkıh literatüründe kazaî-diyânî hüküm ayrımı yapılan meselelerin pek çoğunda anahtar terim **zahir** terimidir. Yargıya konu olan meselelerde kazai hüküm zahir olmakla; diyânî hüküm ise hilaf-ı zahir olmakla nitelenir. نحن نحكم بالظاهر والله يتولى السرائر “Biz zahir göre hükmederiz, sırları bilen ise Allah'tır” sözünde de ifade edildiği üzere **zahir**,

¹⁶ Demiray, *Serahsî'de Kazaî Hüküm-Diyânî Hüküm Ayrımı*, 36.

¹⁷ Hakimin hükmü ile müftînin fetvası arasındaki farklar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Şehabeddin el-Karâfî, *el-İhkam fî temyizi'l-fetâvâ 'ani'l-ahkâm*, thk. Abdülfettah Ebu Gudde (Halep: Mektebetü'l-matbuâtî'l-İslamiyye, 1995), 43-45; Atar, “Fetva”, *DİA*, 12: 487-488.

¹⁸ Diyânî borcun farklı bakış açılara göre tasnifi için bkz. Mustafa Demiray, *Hak Zail Olmaz* (İstanbul: Klasik Yayınları, 2009), 189, 241, 247, 249.

“hakim huzurunda kanıtlanabilir olan objektif/somut durumu” ifade etmekte olup fıkıh bilginleri, hakimin kanıtla bağlı olduğunu ve zahire uymakla yükümlü olduğunu ifade etmişlerdir.¹⁹

Fıkıh literatüründe sıklıkla geçen القول قوله مع يمينه "yeminiyle birlikte onun sözüne itibar edilir" vb. ifadelerin de genellikle “zahir olma” gerekçesiyle açıklandığı görülür.²⁰ Sözgelimi mülkiyet konusunda zahir olan durum, zilyetliktir; yani bir mal kimin elinde bulunuyorsa prensip olarak ona ait olduğuna hükmedilir. Zilyedin mülkiyet hakkı salt dava açılmakla elinden alınamaz. Bunun için şahitlik ve ikrar gibi objektif bir kanıt ile mülkiyetin el değiştirdiğinin mahkemede ispatlanması gerekir. Nitekim *Mecelle*’nin 77. maddesi olan “*Beyyine hilaf-ı zahiri ispat için ve yemin aslı ibkâ içindir*” kuralı da bunu ifade etmektedir.²¹ Kuraldan da anlaşıldığı üzere diyânî hüküm ile beyyine, “hilaf-ı zahir olmak” ortak paydasında birleşir. Ancak beyyine hilaf-ı zahiri ispat ettiği için, zahirin yerini alırken diyânî hükümde ise hilaf-ı zahir, hali üzere kalır.

Diğer yandan haklarında araştırma yapılarak güvenilir olduklarına karar verilmiş kişiler tarafından mahkemede eda edilen şahitlik vb. kanıtlar, hakkın yüzde yüz belgesi değildir; çünkü davacı para karşılığı yalancı şahit tutmuş veya mahkemeye sahte kanıt sunmuş olabilir. Bununla birlikte hakim, kanıtlara dair gerekli araştırmayı yaparak güvenilir olduklarına kanaat getirdiği için bu doğrultuda hüküm vermekle yükümlüdür; çünkü zahir olan, bu kanıtların hakkı belgelediğidir. Ayrıca zahiren mülkiyeti belgeleyen zilyetlik de; gasp, hırsızlık veya sebepsiz iktisap gibi haksız bir sebebe dayanıyor olmasına rağmen mal sahibi, delil yetersizliğinden dolayı mülkiyet hakkını hakim huzurunda ispatlayamayabilir. Hakim de zahir durumu esas alarak dava konusu malın zilyede ait olduğuna hükmeder. Gerek sahte kanıt ileri sürülerek hâkimin yanıltılması ve gerek delil yetersizliği durumlarında aleyhine karar verilerek mağdur olan şahsın hakkı, hukuk önünde ispat edilemese bile varlığını diyâneten devam ettirir.

3.1.1. Şahit Tutmamak

Hilaf-ı zahir olan bir hakkın sübut bulması için ya borçlu tarafından ikrar edilmesi veya bir kanıtla ispatlanması gerekir. Fıkıh literatüründe en yaygın kanıt türü ise şahitliktir. Bundan dolayı fıkıh bilginleri inkar edilebilmesi ihtimaline binaen bazı du-

¹⁹ Örneğin bkz. Serahsî, *Mebsût*, 6: 80; Fahreddin Osman b. Ali ez-Zeyla’î, *Tebyînü’l-hakâik Şerhu Kenzi’d-dekâik* (Kahire: el-Matbaatü’l-kübra el-Emîriyye, h. 1131), 2: 218; Ekmeleddin Muhammed b. Muhammed el-Bâbertî, *el-Înâye Şerhu’l-Hidâye* (Beyrut: Darulfikr, ty), 7: 387.

²⁰ Örneğin bkz. Serahsî, *Mebsût*, 5: 4; 5: 194.

²¹ Kural için bkz. *Kâsânî, Bedâi’u’s-sanâi*, 5: 271.

rumlarda şahit tutmanın gerekli olduğunu ifade etmişler ve şahit tutulmaması ve davalının inkar etmesi durumunda hakkın kazâen değil; ama diyâneten var olmaya devam edeceğini ifade etmişlerdir. Bu kapsamda şu örneklerle yer verilebilir:

- Çöken bir duvarın altında kalan kişinin zararının tazmin edilmesi için, çökmesi muhtemel olan bu duvarın denetim altında yıkılmasının sahibinden talep edilmesi ve aynı zamanda bu talebe şahit tutulması gerekir. Talep edilmiş ve şahit tutulmuş olmasına rağmen duvarın sahibi onu yıktırmamışsa kazâen tazminle yükümlü olur. Şahit tutulmaksızın talep edilmişse duvar sahibinin talebi ikrar etmesi halinde yine kazâen tazminle yükümlü olur. Talebin varlığını inkâr etmesi durumunda ise kazâen değil; ama diyâneten tazminle sorumludur.²²
- Şuf'a hakkını kullanmak için asıl şart şahit tutmak değil; talepte bulunmaktır. Şahit tutmak ise inkâr durumunda talebi belgelemek içindir. Dolayısıyla müşterinin talebin varlığını ikrar etmesi durumunda şuf'a hakkı kazâen sabit olur; inkarı halinde ise yalnızca diyâneten sabit olur.²³
- Kişi, velayeti altındaki küçüğün malını mudarebe yoluyla çalıştırabilir; ancak bunun için şahit tutması gerekir. Şahit tutmaması halinde ticaretten elde ettiği kâr diyâneten kendisine helal olur; olayın mahkemeye intikal etmesi halinde ise hakim onun sözünü doğru kabul etmez.
- Kişi, velayeti altındaki küçüğün malına -daha az miktarda olan- kendi malını da katarak müşareke yapar ve buna şahit tutarsa kendi belirlediği nispette kâr alır. Şahit tutmazsa diyâneten yine o nispette kârı alması helal olur; ama olay mahkemeye intikal ederse hakim onu doğrulamaz ve kârı, şirket sermayeleri oranında paylaşır.²⁴
- Kişi, (şahit tutmaksızın) kayıp bir malı (lukata) sahibine iade etmek üzere alsın ve mal elinde telef olsa diyâneten tazminle yükümlü olmaz; çünkü Ebu Hanife'ye (150/767) göre şahit tutmaya, inkâr halinde geri vermek üzere alındığının ispatlanabilmesi için gerek duyulmuştur.²⁵
- Varlıklı olan çocuğun malı babasının elinde bulunuyorsa babası, hakimın izniyle veya şahit tutmak suretiyle nafakayı çocuğun kendi malından karşılaya-

²² Ayrıntı için bkz. Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, 7: 283-284.

²³ bkz. Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, 7: 284; 5: 17.

²⁴ Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, 5: 154.

²⁵ Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, 5: 17.

bilir; çünkü çocuğun zengin olması durumunda babası onun nafakasını karşılamakla yükümlü değildir. Yine çocuğun malı başka bir yerde bulunuyorsa babası, daha sonra geri almak üzere çocuğun nafakasını kendi malından karşılayabilir. Ancak her iki durumda da nafakayı çocuğun malından karşıladığına veya daha sonra rucu edeceğine şahit tutması gerekir. Şahit tutmaması halinde ise bunu daha sonra rucu etmek niyetiyle yapmışsa kazâen değil; sadece diyâneten geri alma hakkı vardır; çünkü hakim, zahir olan durumu dikkate almakla yükümlüdür. Bu meselede zahir olan durum ise babanın oğluna bu gibi şeyleri teberru amacıyla yapmış olmasıdır.²⁶

Hanefi fıkıh literatüründe kocasının kendisini üç talakla boşadığını veya kocasıyla süt kardeşi olduğunu öğrenen kadının da olay mahkemeye intikal etmese dahi hâkim gibi zahire tabi olmakla yükümlü olduğu ifade edilmiştir. Buna göre bir kadının yanında iki adil şahit kocasının kendisini üç talakla boşadığına veya kocasıyla arasında süt kardeşliği olduğuna şahitlik etseler ve şahitliği hakim huzurunda eda etmeden önce ölseler veya kaybolsalar kadının artık kocasının yanında ikamet etmesi caiz olmaz ve sanki şahitlik hakim huzurunda eda edilmiş ve ayrılığa hükmedilmiş gibi davranması gerekir. Şahitler ölse ve koca boşadığını inkâr ederek yemin etse kadının fidye vererek kocasından ayrılması veya ondan kaçması ve kendisine yaklaşmasına hiçbir şekilde müsaade etmemesi gerekir. Ancak kaçması durumunda iddet bekleyip başka biriyle evlenemez; çünkü o, kazâen halâ onun kocasıdır. Ancak fıkıh bilginleri, kazaî hüküm böyle olsa da diyâneten kadının iddet bekledikten sonra başka biriyle evlenebileceğini söylemişlerdir.²⁷ Bu meselede iki ayrı diyânî hüküm olup bunlardan ilki, kadın için ihtiyat; ikincisi ise ruhsat hükmü içermektedir. Şöyle ki boşama veya süt kardeşliğine dair verilmiş somut bir yargı kararı mevcut olmadığı için kazâen taraflar arasındaki evlilik devam etmesine rağmen kadının kendisini hakim yerine koyarak kocasından ayrılması ihtiyat gerekçesine dayalı bir diyânî hükümdür. Kocasından kaçıp iddet süresini doldurduktan sonra başka biriyle evlenebilmesinde ise ruhsat içeren bir diyânî hüküm söz konusudur.

3.1.2. Hilaf-ı Zahir Olan Gerçek İrade Açıklaması

Yargıda zahirin esas alındığı meselelerden biri de boşama, azat etme, yemin ve adak gibi sözlü işlemlerdir.²⁸ Zahir anlam, lafız duyulduğunda akla ilk gelen anlam olup

²⁶ Serahsî, *Mebsût*, 5: 223; Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, 4: 35.

²⁷ Bkz. Serahsî, *Mebsût*, 10: 183; Zeyneddin İbrahim b. Muhammed İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik Şerhu Kenzi'd-dekâik*, (Daru'l-kitabi'l-İslamî, ty), 8: 228.

²⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Osman Güman, "Serahsî'nin el-Mebsût Adlı Eseri Çerçevesinde Mecaz Delilleri", *Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 8/23: 35-58.

bu, lügavî hakikat olabileceği gibi yaygınlık kazanarak örf haline gelen örfî hakikat de olabilir. Hilaf-ı zahir ise işlem sahibinin kastetmesi muhtemel olan diğer anlamlardır. Dışa vurulan iradenin gerçek iradeden farklı olması halinde zâhir iradeye göre kazâî hüküm verilmekle beraber diyâneten gerçek irade (niyet) esas alınabilir.²⁹

Fıkıh literatüründe kazaî hüküm-diyânî hüküm çatışmasına en sık temas edilen konu, ibare- irade uyumsuzluğundan kaynaklanan bu konu olup şöyle özetlenebilir:

- Kişi, lafzın sözlük anlamını kastetmişse ibare ile irade arasında tam mutabakat bulunduğu için kazaî hüküm ile diyânî hüküm birleşir.
- Lafzın örfî bir anlamı mevcut olmakla birlikte hakikî anlamı da kullanımdaysa; yani büsbütün terkedilmiş (mehcur) değilse işlem sahibinin sözlük anlamını kastettiğine dair beyanı hakim tarafından dikkate alınır.³⁰ Lafzın hakikî anlamı örfî anlam karşısında hilaf-ı zahir olmakla birlikte Hanefiler, kısmen de olsa kullanımda olan hakikî anlama bir ayrıcalık tanımışlardır. Mesela kişi eşine “ey boşanmış kadın!” diye hitap etse boşama niyetiyle söylemişse boşama gerçekleşir. “Önceki kocasından boşanmış kadın!” anlamını kastetmesi halinde ise kadın önceden gerçekten boşanmışsa sözünün gerçek anlamına niyet ettiği için bu niyeti kazâen geçerlidir.³¹
- Kastedilen anlam, sözün muhtemel anlamlarından biri değilse hiçbir şekilde dikkate alınmaz.³² Mesela bir kimse boşama kastıyla eşine “Hacca git”, “Babanı ziyaret et” veya “Bana dışarıdan su getir” dese eşini boşamış olmaz; çünkü bu lafızların boşamaya hiçbir şekilde ihtimali yoktur.³³
- Henüz örf haline gelmemiş bir mecazî anlamın veya büsbütün terkedilmiş olan hakikî anlamın (hakikat-i mehcûra) kastedilmesi durumunda ise niyet edilen anlamın işlem sahibi açısından hükmü ağırlaştırıp ağırlaştırmadığına bakılır: Hükmü ağırlaştıran niyet kazâen geçerlidir; çünkü hilaf-ı zahir olsa da işlem sahibinin aleyhine olduğu için hak ihlali içermez. Kolaylaştıran niyeti ise hakim, hilaf-ı zahir olduğu için dikkate almaz. Olay yargıya intikal etmeyip fetvaya konu olduğunda ise bu niyet diyâneten geçerlidir.³⁴ Meselâ, “Ka-

²⁹ İbrahim Kafi Dönmez, “Amel”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, (İstanbul: TDV Yayınları 1991), 3: 19.

³⁰ Örneğin bkz. Serahsî, *Mebsût*, 4: 114; 8: 168; 30: 234; 24: 5.

³¹ Serahsî, *Mebsût*, 6: 140.

³² Örneğin bkz. Serahsî, *Mebsût*, 6: 70, 76, 102.

³³ Serahsî, *Mebsût*, 6: 76.

³⁴ Örneğin bkz. Serahsî, *Mebsût*, 6: 102, 148; 7: 82; Zeyla’î, *Tebyînü’l-hakâik*, 3: 150.

rim benim nezdinde annem gibidir” deyip bununla zıharı değil, ihtiramı kasdetmesi durumunda diyâneten eşine zihar yapmış sayılmaz. Ancak olay yargıya intikal ederse hakim onun bu niyetini dikkate almaz.³⁵

3.2. Hukuk Güvenliği ve İstikrar Arayışı

Öteden beri istikrar ve maslahat arasında bir gerilim mevcut olup fıkhnın pek çok meselesinde bu gerilimin tezahürlerini görmek mümkündür. Bir yanı istikrara, diğer yanı maslahata bakan pek çok konuda kimi fıkıhçılar, istikrar tarafını, kimileri de ferdî veya kamusal maslahat tarafını tercih ettikleri için görüş ayrılığına düşmüşler ve özellikle Hanefî ekolü, yargı faaliyetini asırlardır sürdürdüğü için tercihini ağırlıklı olarak istikrardan yana kullanmıştır. Mâlikî ve Hanbelî fakihlerinin, hukukî işlemlerde tarafların kasıt ve niyetine veya bir işlemin yol açacağı sonuçlara birinci derecede önem verdikleri ve bu duruma birtakım hükümler terettüp ettirdikleri bilinmektedir. Buna karşılık Hanefî fakihleri akitlerde ve hukukî işlemlerde objektif ölçülerle yetinmiş, iki fiil / hüküm arasında çok kuvvetli bir sebep-sonuç ilişkisi bulunmadıkça her olayı kendi şartları içinde ele almaya, böylece ticarî hayatta ve borç ilişkilerinde açıklık, güven ve istikrarı korumaya çalışmışlardır. Bu sebeple Hanefî fıkhnında diyânî hüküm-kazâî hüküm ayrımının bir hayli uygulama alanı bulduğu, bu yaklaşımın özellikle muâmelât hukuku alanında belirgin şekilde sürdürüldüğü ve bir işin hukukî geçerliliğinin dinî geçerlilikten ve değer hükmünden ayrı olarak ele alınmaya çalışıldığı görülür.³⁶

Zahir durumun dikkate alınması da esasen yargıda istikrar arayışının bir sonucu olmakla birlikte diyânî hükümler açısından istikrar arayışı özellikle zamanaşımı meselesinde tezahür eder. Zamanaşımı, ilgili olduğu hakkın mahiyetine göre değişen uzunca bir sürenin geçmesi halinde hak ve borçların dava edilemeyeceğini ifade eden bir terim olup kaynaklarda *tekâdüm* ve *mürur-i zaman* gibi terimlerle ifade edilmiştir.

Klasik dönem Hanefî fıkhnın literatüründe kazf suçu haricinde had cezasını gerektiren diğer suçların zamanaşımı ile düşeceği; kazf suçunun ise kul hakkı olması sebebiyle zamanaşımına uğramayacağı tasrih edilmiştir. Kul hakkının zamanaşımı ile düşmeyeceği; dolayısıyla dava edilebileceği Hanefî fıkhnın literatüründe açık bir şekilde zikredilmesine rağmen geç dönem fukahası, ispat zorluğu ve yargı yükünün hafifletilmesi gibi makul gerekçelerle ve muhtemelen dönemin idarecilerinin koyduğu yasak sebebiyle zamanaşımına uğrayan hakkın dava edilemeyeceği yolunda görüş belirtmişlerdir. Tespit

³⁵ Yunus Apaydın, “Hezl”, Türkiye Diyanet Vakfı Ansiklopedisi (İstanbul: TDV Yayınları, 1998), 17: 307.

³⁶ Ali Bardakoğlu, “Hanefî Mezhebi”, Türkiye Diyanet Vakfı Ansiklopedisi, (İstanbul: TDV Yayınları, 1997), 16: 19.

edebildiğimiz kadarıyla zamanaşımına uğrayan hakkın dava edilemeyeceğine temas eden ilk kişi Lisânüddin İbn Şihne'dir (882/1477). O, *Lisanü'l-hukkâm* adlı eserinde Mebsût'tan naklen "Bir kimse hukukî hiçbir engeli olmamasına rağmen bir hakkı 33 yıl geçtikten sonra dava ederse davası dinlenmez; çünkü dava edebilecek durumda olmasına rağmen dava etmemesi zahiren böyle bir hakkın yok olduğunun delilidir" demiştir.³⁷ İbn Nüceym'in (970/1563) nakline göre *el-Fevakihu'l-Bedriyye* müellifi İbnü'l-Gars (894/1489) de *Mebsût*'ta aynı ifadenin yer aldığını nakletmiştir.³⁸ Ancak şayet kastedilen Serahsî'nin *Mebsût*'u ise ki -zahir olan budur- elimizdeki *Mebsût* nüshasında böyle bir ibareye rastlanamamıştır. Nitekim bu uygulamanın klasik Hanefi fıkıhı ile bağdaştırılmasının zorluğunun farkında olan ve -ibareyi *Mebsût*'ta bulamadığı için olsa gerek- İbnü'l-Gars'ten dolayı aktarımda bulunan İbn Nüceym şu bilgiyi de verir: "Yukarıda üzerinden yılların geçmesi sebebiyle bir hakkın düşmesine hükmetmenin batıl olduğunu söylemiştik. Fakat *Mebsût*'taki bu söz, bu kurala aykırılık teşkil etmez; çünkü bu sözde hakkın düştüğü değil; davanın dinlenmeyeceği ifade edilmektedir. Bu meseleye dair Kahire'de çok soru soruldu. Diğer yandan sultanın da üzerinden on beş yıl geçen hadisenin hakim tarafından dinlenmemesine dair bir yasağı vardı. Ben de *Hizanetü'l-müftîn* adlı eserdeki bilgiye güvenerek ve sultanın yasağına uyarak zamanaşımına uğramış olan bir davanın dinlenmeyeceği yolunda fetva verdim."³⁹

İbn Nüceym'in bu ikircikli tutumu, zamanaşımına uğramış davaya bakılmamasının fıkıh kurallarından ziyade sultanın yasağından kaynaklandığının belgesi gibidir. Sebebi ve kaynağı her ne olursa olsun, hak ve borçların davaya konu olabilmesi için öngörülen bu süre, yargılamada güven ve istikrar açısından yargı müessesesiyle ilgili bir şart olarak konulmuştur. Ancak hakikatte mevcut olmasına rağmen zamanaşımı yüzünden hakim önünde dava edilemeyen bu hak borçlu açısından diyâneten varlığını devam ettirir. Nitekim *Mecelle*'de mürur-i zamanın düzenlendiği başlığın altında yer alan "Tekadüm-i zaman ile hak sakıt olmaz" (1674. Madde) kuralının konuluş gerekçelerinden biri de maddede tasrih edilmemekle birlikte budur.⁴⁰

İslam hukukuna göre zamanaşımı bir hakkın özüne dokunmaz; yani şahsi veya aynı bir hak zamanaşımı ile düşmez. Bir hak ancak borçlunun ifası veya alacaklının ibrası ile düşer. Zamanaşımı, etkisini sadece alacakla ilgili dava hakkını düşürmede gösterir. Türk hukuk sistemine göre de zamanaşımı, hak sahibinin dava hakkını kaybetmesi so-

³⁷ Lisânüddin Ahmed b. Muhammed İbn Şihne el-Halebî, *Lisanu'l-hukkâm fi marifeti'l-ahkâm*, (Kâhire: el-Bâbî el-Halebî, 1973), 229.

³⁸ İbn Nüceym, *el-Bahru'r-raik*, 7: 228.

³⁹ İbn Nüceym, *el-Bahru'r-raik*, 7: 228.

⁴⁰ Demiray, Serahsî'de Kazaî Hüküm-Diyânî Hüküm Ayrımı, 48.

nucunu doğurur. Ancak zamanaşımına uğramış bir borcun ödenmesi halinde yapılan ödeme geçerli olup bir bağış veya sebepsiz zenginleşme sayılmaz. Şu halde kanun koyucu zamanaşımını borcun kendisini değil; onun dava edilebilir olma özelliğini düşüren bir sebep kabul etmiştir. Dolayısıyla zamanaşımına uğrayan borç dava edilemeyen eksik (tabii) borç olarak varlığını devam ettirir.⁴¹ Böyle bir borcu kendi arzusu ile ödeyen borçlu artık onu geri isteyemez. Şu halde İslam Hukuku ile Türk Borçlar Kanununun düşürücü zamanaşımına yaklaşımları arasında benzerlik vardır. Her ikisinde de zamanaşımı borcu ortadan kaldırmamakta, sadece sahibinin bu hakkı ileri sürmesi halinde ona dava hakkı tanımamaktadır. Asıl borç İslam Hukukuna göre diyâneten; Türk Borçlar Kanununa göre ise eksik (tabii) borç olarak varlığını sürdürmektedir.⁴²

3.3. Hakimden Kaynaklanan Yanlış Karar

Fıkıh bilginlerinin, diyânî hükme alan açtığı bir diğer durum ise liyakatsızlık, taraflardan birini kayırma, rüşvet alma, dava veya şahitler hakkında yeterli araştırma yapmama ve zihni dağınıkken karar verme vb. sebeplerle hâkimden gerçeğe mutabık olmayan yanlış bir kararın sadır olması durumudur.

Fıkıh literatüründe rüşvet alan hakimin vazifesine devam edip edemeyeceği ve rüşvet aldığı davada verdiği hükmün geçerli olup olmadığı, rüşvet vererek görev alan

⁴¹ Roma-Türk geleneğindeki eksik/tabii borçlar ile İslam hukukundaki diyânî borçlar arasında benzerlik noktaları olduğu gibi ciddi farklılıklarda mevcuttur. Benzer noktalar şu dört maddede özetlenebilir: a) dava yoluyla elde edilememek, b) yapılan ifanın geçerli olması; yani bağış veya sebepsiz iktisap teşkil etmemesi, c) alacaklıya yapılan ifayı alıkoyma ve iade taleplerine karşı direnme hakkı tanınması, d) eksik/diyânî borç doğuran bazı sebeplerin benzeşmesi; mesela bir borcun dava edilebilir bir borç olarak doğması için öngörülen bazı şekil şartlarının eksikliği ve bazı ahlâki vazifelerin, yapılması istenmekle birlikte tam borç seviyesinde talep edilmemesi bu kapsamda zikredilebilir.

Ayrıldıkları başlıca hususlar ise şunlardır: İslam hukukuna göre diyânî borç dava yoluyla talep edilemese bile borçlunun zimmetinde sabittir. Dolayısıyla Türk hukukundaki eksik borcun aksine diyânî borçtan “sözde borç” ve bu borcun alacaklısından “sözde alacaklı” diye söz edilemez. Diğer yandan diyânî borçta meşruiyet önemli bir kıstastır. Dolayısıyla kumar ve bahis gibi gayrimeşru bir sebep diyânî borç doğurmaz. Ayrıca “mevzuu kanuna, ahlâka ve umumi adaba aykırı olduğu için batıl olan akitler”den doğan iade borçları, İslam hukukuna göre eksik borç teşkil etmeyip dava yoluyla talep edilebilir. İki borç türünün ayrıldıkları bir diğer husus ise müeyyide unsurudur. Roma-Türk hukukundaki eksik borçlarda teoride tabii hukuk ve ahlâkın hukuka etkisinden söz ediliyorsa da pratikte eksik borcun ifası borçlunun keyfine, kişisel iradesine bırakılmıştır. Buna karşın İslam hukukunda, ahiret ve orada verilecek nihai hesap inancı gibi saiklerin yanı sıra itikadi, diyânî veya uhrevi olarak nitelendirilebilecek müeyyideler sayesinde eksik borcun ifası borçlunun keyfine bırakılmamış, bilakis kuvvetini dinden alan bu müeyyidelerle borcun ifası talep edilmiştir. İşaret edilmesi gereken son bir husus ise şudur: Eksik borçla benzeşen diyânî borç, diyânî hükmün yalnızca bir türü olup diyânî hükmün kapsamı eksik borca nispetle çok daha geniştir. (Diyânî borç ile eksik borç arasındaki benzer ve farklı yönler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Demiray, Hak Zail Olmaz, 275-279).

⁴² Abdüsselam Arı, “İslam Hukukuna Göre Hukuk ve Ceza Davalarında Zamanaşımı”, (İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 11: 2005), 65.

kişinin hakimliğinin ve vereceği kararın geçerli olup olmadığı tartışılmıştır. Rüşvet alan hâkim Şafiilere ve Mutezile alimlerine göre kendiliğinden görevinden azlolur. Dolayısıyla rüşvet aldığı andan itibaren vereceği yargı kararları -yetkili bir organ tarafından görevden alınmasına gerek kalmaksızın- geçersizlikle maluldür. Hanefiler ise onun kendiliğinden görevinin sona ermeyeceğini; ama devlet başkanı tarafından görevden alınması gerektiğini söylemişlerdir.

Hâkimin, rüşvet aldığı kişi lehine verdiği hükme gelince el-Hassâf, *Edebü'l-kâdî*'de hâkimin, rüşvet aldığı kişinin lehine verdiği hükmün geçersiz, diğer davalardaki hükmünün ise geçerli olduğunu söylemiş, Serahsî de bu görüşü tercih etmiştir. Pezdevî'ye göre ise rüşvet alan hâkimin, rüşvet aldığı veya almadığı bütün davalarda vereceği hükümler geçersizdir.⁴³ Şu halde hakimin rüşvet aldığı davada vereceği hükmün geçersiz olduğu hususunda ittifak vardır. Hakimin rüşvet aldığı belgelenirse yargı kararı ortadan kalkacak ve davaya başka bir hakim yeniden bakacaktır. Belgelenemezse –ki rüşvetin genellikle belgesi olmaz- yargı kararı zahiren geçerli olacak ve tarafları bağlayacaktır. Ancak rüşvet vererek davayı lehine sonuçlandıran kişinin “Kazanmak adalettir” düşüncesiyle hareket etmesi caiz olmayıp diyâneten hakkı, hak sahibine iade etmekle yükümlü olduğu açıktır.

Devlet yetkililerine rüşvet vererek hakimlik vazifesi –ki diğer kamu görevlerinin de aynı hükme tabi olduğu söylenebilir- almak konusunda ise İbn Mâze (616/1219) şöyle demiştir: “Hediye türlerinden biri de bir kişinin sultana hakimlik veya bir başka vazifeye atanmak amacıyla verdiği hediyedir. Böyle bir hediyeyi almak da, vermek de helal değildir. Çünkü veren, insanların mallarını ellerinden almak ve onlara zulmetmek için vermektedir; alan ise onun zulmetmesine zemin hazırlamaktadır. Rüşvet vererek hakim olan kişinin hakimliği -sahih olan görüşe göre- geçerli değildir; dolayısıyla yaptığı yargılama da geçerli olmaz.”⁴⁴ İbn Mâze'nin bu ifadeleri, bir işi yapmaya liyakatı olmadığı halde rüşvet ve iltimas ile hakimlik görevi alan kişinin bu sözde yetkiye dayanarak yapacağı yargılamaların zahiren geçerli olsa bile, hakikatte geçersiz olduğunu, dolayısıyla durumdan haberdar olan kişinin onun kararına dayanarak elde ettiği şeyi diyâneten hak sahibine iade etmekle yükümlü olduğunu göstermektedir.

Hakimin davayı yeterince araştırmadan vereceği yanlış kararın diyâneten geçerli olmayacağı ve aşırı öfke, aşırı korku, açlık ve susuzluk gibi zihni sağlıklı düşünmeyi engelleyecek derecede dağınıkken vereceği yanlış kararın nafiz olmayacağı da literatür-

⁴³ Ebu'l-meâlî Mahmud b. Ahmed İbn Mâze, *el-Muhîtu'l-burhânî fi'l-fıkhi'n-Numânî*, (Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye, 2004), 8: 36.

⁴⁴ İbn Mâze, *el-Muhîtu'l-burhânî*, 8: 35.

de ifade edilmiştir.⁴⁵ Dolayısıyla genel olarak hakimden kaynaklanan bir sebeple yargı kararının haksız/yanlış olması durumunda hakimin hükmünün helali haram; haramı helal kılmayacağı ve lehine hükmedilen şahsın diyâneten hakkı hak sahibine iade etmekle yükümlü olduğu söylenmelidir.

Son olarak hâkimden kaynaklanan yanlış kararın, “hakimin hükmünün zahiren ve batinen geçerli olup olmadığı” tartışmasının dışında tutulması gerektiğini hatırlatalım; çünkü Ebu Hanife’ye nispet edilen hakimin kararının yanlış da olsa -emlâk-i mürsele⁴⁶ davaları haricinde- zahiren ve batinen geçerli olduğu görüşü,⁴⁷ yalancı şahitlik ve sahte evrak düzenleme gibi, hakimden kaynaklanmayan yanlış kararlarla ilgili olup verdiği bu kararda hakimin herhangi bir kusuru yoktur. Liyakatsizlik, rüşvet alma, yeterli araştırma yapmama gibi durumlarda ise hakimin kusuru vardır. Dolayısıyla bu karar hiçbir şekilde batinen geçerli kabul edilemez.

3.4. Hakimin veya Memurun Yetkisizliği

Kaza yetkisi; konu, yetki alanı, zaman vb. çeşitli açılardan sınırlanabilir. Genel olarak ibadetler ve hakkında bağlayıcı hüküm bulunmayan meseleler konu bakımından yetki sınırlaması kapsamında değerlendirilebilir. Mesela fıkıh literatüründe neceş, ihtikâr, başkasının pazarlığını bozmak, şehirlinin köylü adına satış yapması, köylüyü yolda karşılayarak malını satın almak gibi kerahetle nitelenen bazı tasarruflar bu kapsamda değerlendirilebilir. Devletin bağlayıcı bir düzenleme yapmamış olması durumunda bu konulara ilişkin bir dava açılması halinde hakim, tarafları ilzam edici bir karar verme yetkisini haiz değildir; ama taraflara diyânî nitelikteki hükmü hatırlatmak suretiyle tavsiyede bulunabilir. Hanefi fıkıh literatüründe diyânî borçlar arasında sayılan annenin emzirme borcu, kadının ev işlerini yapma borcu, kendi ailesinin nafakasını zorlukla karşılayabilen fakir oğulun kendi nafakasını temin edemeyecek olan anne-babasına bakma borcu vb. meseleler de konu bakımından yetki sınırlaması kapsamına dahil edilebilir.

Yetkinin yer açısından sınırlanmasına gelince bir müslümanın darülharpte işlediği suçun darulislam hudutları içinde görev yapan hâkimlerin yetki sınırlarına dahil olup olmadığı hususu mezhepler arasında tartışmalıdır. Hanefilerden Ebû Yûsuf’a

⁴⁵ Kâsânî, *Bedâi’u’s-sanâi’*, 7: 7; İbn Rüşd el-Hafid Ebü’l-Velid Muhammed b. Ahmed, *Bidâyetü’l-müctehid ve nihâyetü’l-muktesid*, (Kahire: Daru’l-hadis, 2004), 4: 257.

⁴⁶ Emlak-i mürsele davası, mülkiyet sebebini beyan etmeksizin mülk iddiasında bulunmaktadır. Herhangi bir mülkiyet sebebi zikredilmeksizin açılan bu gibi davalarda hâkimin mülkiyet inşa etme yetkisi bulunmadığı için verdiği karar, Ebu Hanife’ye göre bâtinen geçerli değildir.

⁴⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Nasi Aslan, *İslam Hukukunda Yargılama Etiği ve İlkeleri*, Karahan Yayınları, Adana, 2018.

(182/798) ve diğer mezheplere göre bir müslümanın darülislamda caiz olmayan faizli muameleyi veya mütekavvim olmayan mallara dair akitleri darülharpte yapması da caiz değildir. Ebû Hanife ve İmam Muhammed'e (189/805) göre ise müslümanın mütekavvim olmayan malı satan veya faizi alan taraf olması durumunda müslümanla harbi arasındaki muameleler caizdir. Keza darülharpte müslüman ile harbî arasında yapılan mukaveleler kazai borç doğurmaz. Mesela müslüman harbîden ödünç para alsa darülislamda görev yapan bir hâkim bu borcun ifasının gerektiğine dair hüküm veremez. Bununla birlikte darülharbe emanla giren ve ödünç aldığı parayı iade etmeden ülkesine dönen kişi, emana hıyanet etmiştir; dolayısıyla bu parayı diyâneten aldığı kişiye ödemesi gerekir.⁴⁸ Müslümanın darülharpte işlediği suçların cezalandırılması konusunda da benzer bir ihtilaf söz konusudur. Keza harbîlerden mal gaspeden veya çalan kişinin malı onlara iade etmesi de Hanefilere göre bir diyânî borç teşkil eder.⁴⁹

Hanefiler dışındaki mezheplere göre darülharpte olduğu gibi darülbağyde; yani isyancılar tarafından işgal edilmiş olan bölgede işlenen suçların hükümlerinde de bir farklılık yoktur. Hanefilere göre ise İslam devleti hakimiyetini bu bölgede geçici bir süre için de olsa yitirmiş ve işlenen suçlar için takdir edilecek cezayı infaz etmekten aciz kalmıştır. Dolayısıyla isyan muntıkasında işlenen suçlara kısas, diyet ve tazmin borcu gibi kazai hüküm terettüp etmeyip bu suçlardan doğan borçlar ancak diyâneten sabit olur.⁵⁰ İmam Muhammed bu suçlara ilişkin olarak şöyle demiştir: "İsyancılar tövbe ettikleri zaman onlara zarar verdikleri malları tazmin etmeye icbar etmesem de bu yolda fetva veririm; çünkü onlar bu malları haksız yere itlaf etmişlerdir. Bir hakkın yargı yoluyla talep edilme imkânının olmaması (sukût-i mutalebe), [diyânî açıdan] tazmin borcunu düşürmez."⁵¹

Nitekim Alaeddin el-Kâsânî (587/1191), esasen tazmin borcu doğurmakla birlikte bir engelden dolayı kazâen tazmin veya iadeye hükmedilemeyen şu durumlarda diyânî borç doğacağını söylemiştir:

- Darulharbe eman alarak girip o ülkenin vatandaşlarına ait bir malı haksız bir yolla alan Müslümanın malı sahibine iade borcu.
- Müslümana ait bir malı telef ettikten sonra Müslüman olan harbînin tazmin borcu.

⁴⁸ Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, 3: 266.

⁴⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Demiray, *Hak Zail Olmaz*, 253-255.

⁵⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kâsânî, *Bedâi'u's-sanai'*, 7: 90; Demiray, *Hak Zail Olmaz*, 256-257.

⁵¹ Abdullah b. Mahmud el-Mavsîlî, *el-İhtiyâr li-ta'lîl'l-Muhtâr* (Kâhire: Matbaatü'l-Halebî, 1937), 4: 152.

- Bir vatandaşın malını telef ettikten sonra tövbe eden isyancının tazmin borcu.
- Çaldığı malı tüketen hırsızın tazmin borcu.
- Bir sopa ile bir Müslümanı öldürdükten sonra tövbe eden isyancının maktulün velisine diyet ödeme borcu.⁵²

Yetkinin yer bakımından sınırlandırılması yalnızca hakime özgü olmayıp zekât memurlarının yetkilerinde de benzer bir sınırlandırma görülmektedir. Ebu Yusuf ile İmam Muhammed arasındaki şu görüş ayrılığı bunu net bir şekilde ortaya koymaktadır. Ebu Yusuf'a göre kişinin birkaç köyde arazisi olsa köylerin öşrünü tek bir zekât memuru topluyorsa ürünler birbirine eklenerek öşür nisabı tamamlanır. Ürünlerin elde edildiği köyler farklı zekât memurlarının yetki alanında bulunuyorsa yalnızca birinin sorumlu olduğu köyden çıkan ürün öşür nisabına ulaşmadığı sürece öşür alamaz. İmam Muhammed'e göre ise tarlalar ve zekât memurları farklı olsa bile tarlalar tek kişiye aitse ürünler birleştirilir.

Şemsüleimme es-Serahsî (483/1090) her iki görüşü aktardıktan sonra görüşler arasında gerçek manada bir ihtilaf bulunmadığını ifade ederek iki imamın verdiği cevapların başka meselelere ilişkin olduğunu belirtmiş ve bu ihtilafı şu şekilde uzlaştırmıştır: Ebu Yusuf'un cevabı, mutalebenin düşmesine dair olup o, öşür borcunun Allah katında vacip olması hususuna değinmemiştir. Zekât memuru tarafından talep edilemese de tarlalarından nisap miktarı ürün elde eden kişi diyâneten öşrünü ödemekle yükümlüdür. İmam Muhammed'in cevabı ise hakkın Allah katında vacip olmasına ilişkin olup o da zekât memuru tarafından talep edilmesi meselesine değinmemiştir. Özetle imamlardan biri meselenin kazai yönünü; diğeri ise diyânî yönünü dikkate alarak cevap vermiştir; dolayısıyla aralarında gerçek manada bir görüş ayrılığı yoktur.⁵³ Bu meselede kazaî nitelikteki öşür borcunun diyânî borca dönüşmesinin sebebi ürün elde edilen tarlaların tek bir memurun yetki alanı sınırları içinde bulunmamasıdır.

Zekât memurunun yetkisinin sınırlandırıldığı hususlardan birisi de zekâta tabi olan malın bâtın/gizli olması durumudur. Bilindiği üzere Hz. Peygamber ve ilk halife döneminde emval-i zahire ve emval-i batine arasında ayırım yapılmaksızın zekât memuruna mükellefin sahip olduğu bütün malların zekâtını toplama yetkisi verilmişti. Hz. Osman ise zalim idarecilerin halka zulmetmesinin önüne geçmek için zekât memurlarının yetkisini emval-i zahirenin zekâtını toplamakla sınırlandırarak emval-i batinenin

⁵² Ayrıntı için bkz. Kâsânî, *Bedâi'u's-sana'i*, 7: 90.

⁵³ Serahsî, *Mebsût*, 8: 61.

zekâtını ödeme yükümlülüğünü şahısların kendisine bıraktı. Bu, emval-i batînenin zekâtının diyânî bir borç olduğunu göstermektedir. Bazı Hanefi fıkıh bilginleri, isyancıların emval-i zahire hakkındaki zekât borcunun da devletin yetki alanının dışında olması sebebiyle emval-i batîne hükmünde olduğunu; dolayısıyla isyan bastırıldıktan sonra isyan sırasında sahip oldukları malların zekâtını ödemelerini talep edemeyeceğini ifade etmişlerdir.⁵⁴ Nitekim ülkemizde de zekât ve öşür devlet tarafından tahsil edilmediği için zekât ve öşür yükümlülüğü tamamen diyânî nitelikte bir borca dönüşmüş durumdadır.

Zaman açısından yetkisizliğe ise hukuki istikrar başlığında ayrıntılı olarak ele aldığımız zamanaşımını örnek verebiliriz. Ancak bu, mevcut yönetim tarafından zamanaşımına uğramış davanın hakim tarafından re'sen reddedilmesine dair bir düzenleme yapılması halinde söz konusudur. Mevcut düzenlemenin “zamanaşımının davalıya defi hakkı vermesi” şeklinde olması halinde ise zaman açısından yetkisizlik söz konusu olmayıp davalı defi hakkını kullanmadığında hakim davaya bakmakla yükümlüdür.⁵⁵ Ancak yukarıda ifade ettiğimiz gibi, her ne şekilde olursa olsun bir hakkın zamanaşımına uğradığına hükmedilmesi, dava hakkını düşürmekle birlikte hak, diyâneten borçlunun zimmetinde varlığını sürdürür; çünkü fıkıh bilginleri hakkın zimmette vücubu ile talep hakkını (mutalebe) birbirinden ayırmışlar⁵⁶ ve talep hakkının düşmesinin diyâneten tazmin borcunu düşürmeyeceğini söylemişlerdir.⁵⁷

3.5. Mekârim-i Ahlâk ve Mürüvvat

Hanefi fıkıh literatüründe diyânî hüküm ile ilişkilendirilen ve diyânî hükmün gerekçe olarak kendisine bağlandığı kavramlardan biri de mekârim-i ahlâk ve mürüvvat kavramıdır. Fıkıh bilginleri bazı fiilleri yapmanın veya yapmamanın mekârim-i ahlâkla ve mürüvvatle bağdaşmayacağını ifade ederek diyânî borçtan söz etmişlerdir.

Mesela, bir kimse, açlık sebebiyle çıkıp rızkını talep edebilecek durumda değilse haberdar olan komşusunun ona yiyecek vermesi veya yiyecek tedarik edilmesini sağlaması farzdır. İlgilenilmediği için o kişi açlıktan ölürse haberdar olan herkes günahkâr olur. Çünkü Hz. Peygamber (s.a.v.) “Allah’a ve ahiret gününe iman eden bir kişinin komşusu açken kendisinin tok yatması helal değildir” buyurmuştur. Serahsî hadisteki “helal olmama” ifadesini bir yerde “nafaka yükümlülüğü bulunmaması durumunda kazâen caiz olsa

⁵⁴ Bkz. Mavsîlî, *İhtiyâr*, 1: 104.

⁵⁵ Zaman açısından mahkemenin yetkisinin sınırlandırılması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Demiray, *Hak Zail Olmaz*, 257, 269.

⁵⁶ Örneğin bkz. Kâsânî, *Bedâi’u’s-sanai’*, 2: 61.

⁵⁷ Bkz. Mavsîlî, *İhtiyâr*, 4: 152.

bile **diyanet ve mürüvvete uygun bir davranış olmamak**” şeklinde;⁵⁸ bir başka yerde ise **“ihtiyat ve mekârim-i ahlâk ile bağdaşmamak**” şeklinde açıklamıştır.⁵⁹ Ölmek üzere olan kayıp çocuğa yardım etmek, çukura düşmek üzere olan kör kimsenin uyarılması ve boğulma tehlikesi geçiren kişinin kurtarılması vb. meseleler de bu kapsamda olup⁶⁰ şurlu bir müslümanın yardıma muhtaç olan kişilere karşı duyarsız kalması uygun değildir. Bu örneklerle binaen literatürde farz-ı kifaye olarak adlandırılan toplumsal nitelikteki bütün yükümlülüklerin diyânî hüküm kapsamında değerlendirildiği söylenebilir.

Ahlâkî nitelik taşıyan diyânî borçlardan bir diğeri de vaadini yerine getirme borcudur. İçinde Hanefilerin de bulunduğu fukaha çoğunluğu, şarta talik edilmiş olmayan mücerred vaadi bağlayıcı görmemişler ve vaadi yerine getirmeyi kazaî nitelikte bir borç olmamakla birlikte mendup olarak değerlendirmişlerdir.⁶¹ Dolayısıyla vaad eden vaadini yerine getirmezse faziletten geri kalır, tenzîhi mekruh işlemiş olur; ama günahkâr olmaz.⁶²

Hanefiler hibeyi de bu kapsamda değerlendirmiş ve birine hibede bulunan kişinin karşılığında bir şey almamışsa kazâen hibesinden rucu edebileceğini; ancak bu davranışının, diyâneten hoş olmayacağını söylemişler ve *“Hibesini geri isteyen kustuğuna geri dönüp onu yiyen köpeğe benzer.”* vb. hadisleri kaza açısından caiz olmama anlamına değil; diyanet ve mürüvvet açısından helal olmama anlamına yorumuşlardır.⁶³

Ahlâken diyânî borç teşkil eden hususlardan biri de kişinin mülkünde komşusuna zarar veren bir tasarrufta bulunmama borcudur. Klasik fıkıhın mülkiyet anlayışına göre mülkiyet, kişiye hukuken mülkiyete konu olan mal üzerinde çok geniş yetkiler verir. Bundan dolayı kişi başkasına zararı dokunsun veya dokunmasın, kazâen mülkünde dilediği tasarrufta bulunma hakkına sahiptir. Mülkünde tuvalet, banyo, değirmen, tandır vb. şeyler yapabileceği gibi, evini bir demirciye veya elbise ağartıcıya kiralama hakkı da vardır. Mülkünde kuyu veya lağım da kazabilir. Bina bundan zarar görecektir ve komşusu rahatsız olacak olsa dahi bu yetkiye sahiptir ve komşusunun onu bu yetkiyi kullanmaktan alıkoyma hakkı yoktur. Komşusu yaptığı şeyi değiştirmesini talep etse hukuken buna zorlanamaz; çünkü mülkiyet, ilke olarak mülke konu mal üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi vermektedir. Bu tasarruftan malik, ancak başkasının hakkının taalluk

⁵⁸ Serahsî, *Mebûsât*, 12: 53.

⁵⁹ Serahsî, *Mebûsât*, 27: 143.

⁶⁰ Bkz. Mavsîlî, *İhtiyâr*, 4: 175.

⁶¹ Serahsî, *Mebûsât*, 8: 138.

⁶² Vaadin diyânî borç niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Demiray, *Hak Zail Olmaz*, 194.

⁶³ Bkz. Serahsî, *Mebûsât*, 12: 53-54.

etmesi sebebiyle alıkonabilir. Hukuki açıdan durum bu olmakla birlikte “Mümin, komşusuna sıkıntı vermeyen kimsedir”, “Cebrail komşu hakkı üzerinde öyle ısrarlı bir şekilde durdu ki komşunun komşuya mirasçı kılınacağını sandım” vb. hadislerden dolayı komşuya sıkıntı veren şeylerden kaçınmanın daha güzel olduğu ve kötü komşuluktan kaçınmanın kazai icbar söz konusu olmasa bile dinen müstehak; yani dinî bir borç olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla kişinin mülkündeki tasarrufu sebebiyle bina zayıflasa ve komşunun duvarı çökse kazâen tazmin etmesi gerekmez; ama diyâneten komşunun zararını karşılamak gerekir.⁶⁴

Fıkıh literatüründe sadece bir tasarrufun farz, haram veya mübah olduğunu ifade eden zorunluluk veya serbestiyet hükümleri yer almayıp *neceş*, *ihtikâr*, *telakki’r-rükbân*, *bey’u’l-hâdır li’l-bâdî*, cuma ezanı okunurken alışveriş yapmak, anneyle küçük çocuğunu ve her ikisi veya birisi küçük olan iki kardeşi birbirinden ayırmak, pazarlık ve ön görüşme aşamasında iken başkasının alışverişini veya nişanını bozmak gibi bir takım tasarrufların mekruh olduğu ifade edilir. Kişinin verdiği sözü tutması ve hakimın had cezasını düşürmek için bir çare araması gibi nedb ifade eden hükümler de böyledir. Bu iki kategoriye giren meselelerde –şayet özel bir düzenleme yapılmamışsa- hakimın zorunluluk içeren bir hüküm ısdar etme yetkisi olmayıp vereceği karar diyânî niteliktedir.⁶⁵ Nitekim Karafi, *el-İhkâm* adlı eserinde hakimın vücup, tahrim ve ibaha; yani yükümlü tutma, yasaklama ve izin verme niteliğindeki kararlarının kaza niteliğinde; nedb ve ke-rahret şeklindeki kararlarının ise fetva niteliğinde olduğunu ifade ederek hakimın birine “şöyle yapsan daha güzel olur” veya “şunu yapmak mekruhtur, hoş değildir” gibi tavsiye anlamı taşıyan sözlerinin, anlaşmazlığı çözen ve sonuca bağlayan bir yargı kararı değil; bir fetvadan ibaret olduğunu söylemiştir.⁶⁶

Tahcîre riayet borcu da bu kapsamda değerlendirilmelidir. Şöyle ki bir kimse ıslah etmeyi amaçladığı arazinin sınırlarını işaret koyarak belirlediği zaman (tahcîr) ıslah etmesi için kendisine üç yıl süre tanınır. Ancak başka bir kişi sürenin dolmasını beklemeden bu araziye ıslah ederse ona malik olur; çünkü mülkiyetin sebebi tahcir değil; devlet başkanının izniyle ihya etmektir. Tahcir aşamasında toprağın ıslahı henüz gerçekleşmediği için tahcir eden kişi, kazâen hiç kimseye karşı arazi üzerinde hak iddia edemez.⁶⁷ Diğer yandan tahcir hak doğurucu bir işlem değil; bir malı satın alma talebi; yani akit öncesindeki pazarlık (*sevm-istiyâm*) hükmündedir; dolayısıyla tahcir edilen arazinin

⁶⁴ Mülkiyetin verdiği geniş yetkiler için bkz. Serahsî, *Mebûsât*, 15: 21; Kâsânî, *Bedâiu’s-sanâi’*, 6: 264.

⁶⁵ Bir örnek için bkz. Kâsânî, *Bedâiu’s-sanâi’*, 5: 231.

⁶⁶ Şehabeddin el-Karâfî, *el-İhkâm fî temyizi’l-fetâvâ ’ani’l-ahkâm* (Halep: Mektebetü’l-matbuâtî’l-İslamiyye, 1995), 69.

⁶⁷ Serahsî, *Mebûsât*, 23: 168.

başka biri tarafından ıslahı mekruh da olsa geçerlidir.⁶⁸ Bundan dolayı Hanefi fıkıh bilginleri tahcire riayetini diyânî borç olduğunu; dolayısıyla süre dolmadan başkası tarafından ıslah edilmesi halinde arazinin ıslah edene ait olacağını ifade etmişlerdir.⁶⁹

3.6. Aile İlişkileri ve Nikah Hukuku

Özellikle Hanefi fıkıhında kadının ev hizmeti görmesi ve çocuğunu emzirmesi gibi kocasına karşı bazı yükümlülükleri kazai değil; diyânî hükme bağlanmıştır. Kadının ev işlerini görmekle diyâneten yükümlü olduğunu tasrih eden Hanefi fukahası, bunu Hz. Peygamber'in Hz. Ali ile Fatıma'yı evlendirdikten sonra aralarında iş bölümü yaptığı, ev işlerini Hz. Fatıma'ya; diğer işleri ise Hz. Ali'ye verdiğine dair rivayete dayanmıştır.⁷⁰

Mezhepte eşraf kızları ile diğerlerini birbirinden ayıran ve kendi işini kendi görür taifesinden olan kadınların diyâneten ev işlerini görmekle yükümlü olduğunu, eşraf kızlarının ise böyle bir yükümlülüğünün bulunmadığı savunan fıkıh bilginleri yanında eşraf kızlarının da diyâneten ev işlerini görmekle yükümlü olduğunu savunan fıkıh bilginleri de vardır; Bu ikinci görüşü savunanlar, Hz. Fatıma'nın kadınların en üstünü, babasının ise bütün mahlukatın en şerefli olduğunu, Hz. Fatıma ev işlerini görmekle yükümlü olduğuna göre diğer kadınların haydi haydi yükümlü olacağını söylemişlerdir.⁷¹

Hanefi fukahasının, kadının ev işlerini görmesinin diyânî bir yükümlülük olduğunu ifade ettikleri bağlamda şu iki soruya cevap aradıkları görülmektedir. Kadın, ev işlerini görmek karşılığında kocasından ücret talep edebilir mi? Kadının ev işlerini görmekten imtina etmesi halinde bu, evlilik ilişkisinin sürdürülmesinde bir probleme yol açarsa bu durumda uygulanacak herhangi bir müeyyide var mıdır?

Birinci soruya kadının diyâneten yükümlü olması sebebiyle ev hizmeti karşılığında ücret almasının caiz olmadığı şeklinde cevap verilmiştir. Kadının ev işlerini görmekten imtina etmesi durumunda ise kocasının ona sadece buğday ekmeği verip katık vermeyebileceği ve "benim yiyecek vermekten başka bir yükümlülüğüm yoktur, bu da bir yiyecektir" diyebileceği; arpa ekmeği vermesi durumunda ise (diyâneten) yanında katık vermekle de yükümlü olduğu; kazâen ise arpa ekmeği vermesi halinde de katık

⁶⁸ Ali b. Ebu Bekir Mergînânî, *el-Hidâye fi şerhi Bidâyeti'l-mübtetî*, (Beyrut: Daru İhyai't-türâsî'l-Arabî, ty), 4: 384; Mavsîlî, *İhtiyâr*, 3: 67.

⁶⁹ Mergînânî, *Hidâye*, 4: 384.

⁷⁰ Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, 4: 192.

⁷¹ İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, 4: 199.

vermeye zorlanamayacağı; kadının ev işlerini layıkıyla yapması durumunda ise kocasının, diyâneten katık ve meyveyi eksik etmemesi gerektiği ifade edilmiştir.⁷² Görüldüğü gibi Hanefiler bu meselede diyânî yükümlülükleri birbiriyle dengeleme yoluna gitmişler ve kadının görevini ihmal etmesi durumunda kocasına nafakayı o ölçüde azaltma hakkı tanımışlardır.

Çocuğunu emzirme yükümlülüğünün niteliğine gelince Hanefiler, kadının kocasına karşı cinsel yararlanma için kendini teslim etmekten başka bir yükümlülüğünün bulunmaması sebebiyle kazâen çocuğunu emzirmeye zorlanamayacağını; diyâneten ise çocuğunu emzirmekle yükümlü olduğunu; çünkü bunun da ev hizmetlerini görmek kapsamında olduğunu belirtmişlerdir. Hanefilere göre anne sadece şu üç durumda kazâen çocuğunu emzirmekle yükümlüdür: a) Babanın sütanne bulamaması, b) Çocuğun başka kadının memesini kabul etmemesi, c) Babanın sütanne tutacak maddi imkana sahip olmaması. Bu durumlarda çocuğun zayi olmasının önüne geçmek için anne çocuğunu emzirmeye zorlanır.

Bu üç durumda annenin kazâen emzirmekle yükümlü olduğu görüşü, Ebu Hanife ile Ebu Yusuf'tan nakledilmiştir. Zahiru'r-rivaye'ye göre ise kadın bu durumlarda da zorlanmaz; çünkü bebeğin yağ, süt ve diğer sıvılarla beslenmesi mümkündür. Ancak Kudûrî (428/1037) ve Serahsî gibi geç dönem Hanefileri ilk görüşe meyletmiş olup fetva bu görüş doğrultusunda verilmiştir. Hanefiliğin resmî mezhep görüşü de budur; çünkü bu, yağ gibi anne sütü haricindeki sıvılarla beslenmeye alışmamış olan çocuğun hastalanmasına yol açabilir.⁷³ Mergînânî (593/1197) de annenin çocuğunu emzirmesinin diyânî yükümlülüğü olduğunu ve fakat acizlik ihtimaline binaen mazur görüldüğünü; ücret karşılığı emzirmeyi kabul ettiğinde ise acizlik ihtimalinin ortadan kalktığını söylemiştir.

Diyânî yükümlülüğün ric'î talakla ayrılmış olan kadın hakkında geçerli olduğu hususunda ittifak vardır; çünkü evlilik ilişkisi hükmen devam etmektedir. Bir rivayete göre bain talakla boşanmış kadın da böyledir; diğer rivayete göre ise arada nikah ilişkisi kalmadığı için onun diyânî yükümlülüğü yoktur, dolayısıyla emzirme karşılığında ücret alabilir. İlk rivayet ise bazı hükümler açısından evliliğin devam etmesi gerekçesine bağlanmıştır.⁷⁴

⁷² İbn Mâze, *el-Muhîtu'l-burhânî*, 3:, 530.

⁷³ Şeyhîzâde Abdurrahman b. Muhammed Damad Efendi, *Mecmau'l-enhur fî şerhi Mülteka'l-ebhur*, (Daru İhyai't-türâsi'l-Arabî, ty), 1: 497.

⁷⁴ Mergînânî, *Hidâye*, 2: 291.

Hanefi fıkıh bilginlerinin ev hizmeti görme ve emzirme borcunu neden kazai değil, diyânî nitelikte bir borç kabul ettikleri hususuna gelince bunu farklı açılardan değerlendirmek mümkündür. Fukahaya göre nikah akdinin konusu “milk-i müt’a” şeklindeki tanımdan da anlaşılacağı üzere cinsel ilişkidir. Dolayısıyla eşler arasındaki diğer bütün ilişkiler buna nispetle daha tali bir yere konmuştur. Diğer yandan koca, birden çok kadınla evlenme ve boşama gibi bir çok yetkiyle donatıldığı için evlilik ilişkisinde güçlü olan taraftır. Dolayısıyla geçimsizlik durumunda mahkemeye başvurmaksızın sorunu çözme veya asgariye indirme imkanına sahiptir. Buna karşı kadının ne boşanma yetkisi ne de başka biriyle evlenme hakkı olduğu için hukuki yetkiler açısından evlilik ilişkisinin zayıf tarafıdır. Bundan dolayı kadına nafaka davası açma ve iktidarsızlık halinde tefrik talep etme gibi haklar tanınmak suretiyle erkek karşısındaki görece zayıf konumunun güçlendirilmesi yoluna gidilmiştir.

Diğer yandan bu yükümlülükte eşraftan olan kadınlarla kendi işini kendi görür taifesinin ayrı değerlendirilmesi, meselenin fıkıhın teşekkül dönemindeki toplumsal yapı ile de sıkı ilişkisi olduğunu göstermektedir. Çünkü o dönemde kölelik kurumu yürürlükte olduğu için varlıklı aile kızları, kefaet şartı sebebiyle kendileri gibi varlıklı kişilerle evleniyorlardı. Varlıklı kişilerin ise genellikle hizmetlerini görmekte olan köle ve cariye-leri mevcuttu. Dolayısıyla eşraf kızlarının ev hizmeti görmesine hiçbir ihtiyaç kalmıyordu.

Çocuğunu emzirme meselesine gelince bu, bir yandan annelik fıtratıyla, diğer yandan toplumsal yapıyla ilişkilendirilebilir. Şöyle ki annelik içgüdüğü çocuğu emzirmek için kadında zaten yeterli bir saik oluşturur. Nitekim Kur’an-ı Kerim’de boşanan kadınların çocuklarını emzirmesinin emir formunda değil, haber formunda ifade edilmesinin muhtemel sebeplerinden biri de bu olmalıdır. Diğer yandan o dönemde sütan-nelik kurumunun da günümüz toplumlarına oranla çok daha yaygın olduğu ve Arap ailelerinin yeni doğan çocuklarını altı yedi yaşına kadar sütanneye vererek badiyeye gönderdikleri bilinen bir olgudur. Dolayısıyla toplumsal yapının değişmesine bağlı olarak günümüzde gereği halinde ev hizmeti görme ve emzirme borcunun kazai bir borç olarak değerlendirilmesine ve bu yolda yeni bir düzenleme yapılmasına bir engel olmayacağı kanaatini taşıyoruz.

Hasılı ev hizmeti görme ve emzirme gibi meseleler, kol kırılır, yen içinde kalır fehvasınca yargıya taşınmaksızın aile içinde çözülmesi gereken meseleler olarak görülmüştür; çünkü karı-koca arasındaki meselelerin yargıya taşınması, bir yandan dava yükünün artması sebebiyle yargının yavaşlamasına yol açarken, diğer yandan aile bağları-

nın zayıflamasına ve aşınmasına yol açar. Nitekim kadının kocasına hizmetinin diyânî bir borç olduğunu belirten İbn Mâze el-Buhârî, bunu hüsn-i muaşeret gerekçesine bağlayarak buna işaret etmiştir.⁷⁵

Karı-koca arasında diyânî hükme bağlanan konulardan bir diğeri de kocanın eşiyle ilişkiye girme borcudur. Kocanın eşiyle ilişkiye girme hakkı olduğu gibi kadının da kocasıyla ilişkiye girme hakkı vardır. Ancak koca kazâen (bütün evlilik süresi boyunca) yalnızca bir defa ilişkiye girmekle yükümlüdür. Daha sonraki taleplerde ise bazı Hanefi fakihlerine göre güzel geçinebilmek ve evliliği sürdürebilmek için bu yükümlülük (kazâen değil), diyâneten devam eder. Bazı Hanefi fakihleri ise bunu kazai bir borç olarak kabul etmişlerdir.⁷⁶ Doğrusu bunun diyânî hüküm kapsamında telakki edilmesi gayet yerindedir; çünkü kadına kazâen bu hakkın tanınması, kadının bu meseleyi “kocam benimle ilişkiye girmekten imtina ediyor” diye yargıya taşınması anlamına gelir ki bunun kadının edebiyi ve utanma duygusuyla bağdaşmaz bir durum olduğu açıktır.

Diyânî hüküm kapsamına alınan bir diğer ailevi konu ise baba ile çocuklar arasındaki bazı nafaka ilişkileridir. Fıkıh bilginleri nafakayla ilgili iki hususta diyânî hükümden söz etmişlerdir. Bunlardan birincisi fakir çocuğun fakir anne-babasının nafakasını karşılama borcu; ikincisi ise zengin çocuğunun nafakasını kendi malıyla karşılayan babanın yaptığı harcamalar için ileride rucu etme niyeti taşımasıdır. Bu ikinci meseleye “hilaf-ı zahir olma ve kanıttan yoksunluk” başlığında temas edildiği için burada ilk mesele üzerinde durulacaktır.

Hanefi fıkıh bilginlerine göre, nafakaya muhtaç olan kişinin oğlu, kendi geçimini rahatlıkla sağlayabiliyorsa gelirin artı kalan miktarıyla babasının nafakasını karşılamakla kazâen yükümlüdür; çünkü kendisi hiçbir zarar görmeden nafakayı karşılayabilme imkânına sahiptir. Kazancı sadece kendi ailesini geçindirmeye yetiyorsa bu durumda da diyâneten babasına elinden geldiğince yardım etmekle yükümlüdür; çünkü kazancı olmasına rağmen anne babasını aç bî ilaç bırakarak dilencilik yapmaya mecbur etmesi hoş bir davranış değildir. Böyle bir durumda babanın dava açarak oğlundan nafaka talep etmesi durumunda yargı kararının ne şekilde olacağı hususunda ihtilaf edilmiş ve Hanefi fıkıh bilginlerinin geneli fakir oğulun, babasının nafakasını karşılamaya icbar edilemeyeceği görüşünü benimsemişlerdir. Bazı fıkıh bilginleri ise kazancı yalnızca kendi geçimine yetse dahi çocuğun, babasının nafakasını karşılamaya icbar edileceğini

⁷⁵ İbn Mâze, *el-Muhîtu'l-burhânî*, 7: 451.

⁷⁶ Bkz. Kâsânî, *Bedâi'u's-sana'i*, 2: 331.

savunmuşlardır. Bu ikinci görüşe göre fakir oğul, babasının nafakasını karşılamakla sadece diyâneten değil; kazâen de yükümlü demektir.⁷⁷

3.7. Rıza Unsurunun Bulunmaması

Fıkıh literatüründe borcun diyânî bir nitelikte doğmasına veya kazai iken diyânîye dönüşmesine yol açan sebeplerden birisi de hak sahibinin yapılan tasarrufa rızasının bulunmaması durumudur. Sulhten geriye kalan borç, ibradan geriye kalan borç, inkâra rağmen yapılan sulhten doğan borcun iadesi, hırsızın çaldığı malı tazmin borcu, gasp yoluyla mülk edinilen malın değerini sahibine ödemededen önce kullanamama gibi daha pek çok mesele bu kapsamda zikredilebilir.

Mesela, bir kimse diğerinden 1000 TL alacaklı olduğunu iddia etse ve diğeri borçlu olduğunu inkâr etse, bunun üzerine alacaklı 500 TL ödemesi karşılığında sulh yapsa ve alacağının geriye kalan kısmından onu ibra etse kazâen borç düşer; ama diyâneten devam eder. Çünkü alacaklı alacağını kısmen de olsa tahsil edebilmek için alacağında indirip yapmak zorunda kalmıştır. Sulhun cevaz şartı ise rızadır.⁷⁸ Benzer bir durumda kişi, esasen borçsuz olmasına rağmen sulh yoluyla 500 TL ödemeye mecbur bırakılmışsa bu durumda da sulhün alacaklı tarafının, aldığı bedeli diyâneten sahibine iade etmesi gerekir.

Yine bir erkek, evliliği kabul etmeyen bir kadınla evlendiğini iddia etse ve kadın, davasını geri çekmesi karşılığında onunla sulh yapsa Hanefi fıkıh bilginleri bu sulhün zahiren sahih olduğunu; ancak gerçekte böyle bir evlilik vaki değilse erkeğin sulh bedelini almasının diyâneten helal olmayacağını söylemişlerdir;⁷⁹ çünkü kadın kendini korumak için sulh yapmaya mecbur bırakılmış olup esasen buna rızası yoktur. Bu meseleler, sulhün haramı helal; helali haram yapma gibi bir özelliğinin bulunmadığını ve hak sahibinin rızası olmaksızın herhangi bir sebeple yapmak zorunda olduğu sulhün yargı açısından geçerli olsa bile diyânî açıdan hiçbir etkisinin olmadığını ortaya koymaktadır.

Bilindiği üzere borcu ortadan kaldıran sebeplerden birisi de alacaklının borçluyu ibra ederek alacağından kısmen veya tamamen vazgeçmesidir. Ancak rıza unsurunun bulunmaması durumunda yapılan ibra işlemi kazâen geçerli olsa bile diyâneten geçersizdir. Kişinin neyi ibra ettiğini bilmeden yaptığı ibra ve borçlunun temerrüdü sebebiyle alacaklının alacağını takip etmeyi bırakması buna örnek verilebilir.

⁷⁷ Bkz. İbn Mâze, *el-Muhîtu'l-burhânî*, 3: 581; Kâsânî, *Bedâi'u's-sanai'*, 4: 36.

⁷⁸ İbn Şihne, *Lisanu'l-hukkam*, 262.

⁷⁹ Bedreddin Mahmud b. Ahmed el-'Aynî, *el-Binâye Şerhu'l-Hidâye* (Beyrut: Dâru'l-kütübi'l-ilmiyye, 2000), 10: 15; Mavsîlî, *İhtiyâr*, 3: 7.

Konusu bilinmeden yapılan ibranın kazâen geçerliliği konusunda herhangi bir görüş ayrılığı yoktur. Diyâneten geçerliliği hususu ise Hanefi fıkıh bilginleri arasında ihtilaflıdır. Borçlunun talebi üzerine alacaklı tüm haklarını helal etse Ebu Yusuf'a göre borçlu, hem kazâen hem de diyâneten bütün borçlarından beri olur. İmam Muhammed'e göre ise ibra eden ibra ettiği şeyleri bilmiyorsa ve bilseydi helal etmeyecek idiyse ibra sadece kazâen geçerlidir; diyâneten ise borçluluk devam eder.⁸⁰ Mesela satıcı veya müşteri, şuf'a hakkı sahibine "Bizi bütün davalardan ibra et" dese, o da onlara karşı şuf'a hakkı doğduğunu bilmeden ibra etse kazâen onlara karşı şuf'a hakkını kullanamaz; ama bilseydi kullanacak idiyse diyâneten şuf'a hakkı devam eder.⁸¹

Rıza unsurunun bulunmamasından dolayı diyânî borca konu olan hususlardan bir diğeri de hırsızın çaldığı malın değerini artıran bir değişiklik yapması durumunda malı sahibine iade borcudur. Şöyle ki hırsızın çaldığı mal aynen duruyor olabileceği gibi telef olmuş veya tüketilmiş de olabilir. Hırsızın mal üzerinde değerini eksilten veya artıran bir değişiklik yapmış olması da mümkündür. Malın mevcut olması durumunda iade edilmesi gerektiği ve harici bir sebeple telef olması durumunda hırsızın kazâen tazminle yükümlü olmadığı hususlarında ittifak vardır. Malın hırsız tarafından tüketilmesi durumunda ise Ebu Hanife'den iki görüş nakledilmiştir. Bir rivayete göre tüketmek de malın kendiliğinden telef olması gibidir; ikinci rivayete göre ise tüketmesi durumunda hırsızın malı tazmin etmesi gerekir.

Hırsızın değer artıran veya eksiltten bir değişiklik yapması durumunda ise Hanefi imamları, değeri eksiltten değişiklik durumunda malın iadesinin gerektiğini söylerken değer artıran değişiklik konusunda ihtilaf etmişlerdir. İmam Muhammed ve Ebu Yusuf bu durumda da mal sahibinin artı değer bedelini hırsıza ödeyerek malını alacağını savunurken Ebu Hanife, bu durumda hırsız mala sahip olmasa dahi malın onun elinde kalacağını savunmuş ve kazâen değil; yalnızca diyâneten tazmin yükümlülüğü olduğunu savunmuştur. Bu hususta Kâsânî'ni şu ifadeleri dikkat çekicidir: "Bir kişinin malının, iade ve tazmin etmesi kazâen vacip olmaktan çıkmış bir şekilde başka bir kişinin elinde bulunması mümkündür. Ancak alanın ondan faydalanması diyâneten helal değildir"⁸² Çünkü malı çalınan kimseye bilerek ve isteyerek zarar vermiş ve onun mal varlığında eksilmeye yol açmıştır. Fakat hakim had cezasına hükmettiği için ayrıca tazmine hükmetme imkanı kalmamıştır.⁸³

⁸⁰ İbn Mâze, *el-Muhîtu'l-burhânî*, 6: 244; Demiray, *Hak Zail Olmaz*, 203.

⁸¹ İbn Mâze, *el-Muhîtu'l-burhânî*, 7: 292.

⁸² Bkz. Kâsânî, *Bedâi'u's-sanai'*, 7: 90.

⁸³ Serahsî, *Mebsût*, 9: 158.

Hırsızın çaldığı malı iade veya tazmin borcunun bir benzeri de gaspta karşımıza çıkmaktadır. Şöyle ki kural olarak gasp edilen mal aynen mevcutsa gasp edenin onu sahibine iade etmesi gerekir. Buğdayı öğütmek ve kumaşı kesip gömlek yapmak gibi değer artıran bir değişiklik yapılması durumunda ise Hanefilere göre gasp eden o mala sahip olur. Ancak bedelini ödemek veya mal sahibinin ibra etmesi suretiyle malın sahibini razı etmediği sürece ondan herhangi bir yolla istifade etmesi helal olmaz; çünkü ondan istifade etmesine izin verilmesi durumunda bu, toplumda gasp olaylarının artmasına yol açar.⁸⁴

Hanefi fıkıh literatüründe rıza unsuruna bağlı olarak diyânî borç doğuran meselelerden biri de tarla ve tohum sahibinin müzaraa akdini tek taraflı olarak bozması durumudur. Şöyle ki muhtasar fıkıh metinlerinde müzaraa akdi kurulduktan sonra tohum sahibinin tohum ekilmeden önce ortaklıktan vazgeçebileceği; tohum sahibi olmayan ortağın vazgeçmesi halinde ise hâkimin onu işi tamamlamaya icbar edeceği; tarla sürüldükten sonra tarla ve tohum sahibi olan tarafın akitten vazgeçmesi halinde tarlayı süren ortağın emeğine karşılık herhangi bir ücret alamayacağı ifade edilmiştir. Muhtasarlara üzerine şerh yazan fıkıh bilginleri ise bunun kazâen böyle olduğuna ve vazgeçen ortağın diyâneten tarlayı sürene emeğinin karşılığını vererek gönlünü alması gerektiğine dair bir görüş olduğunu belirtmişler; ama temriz sığasıyla; yani “denildi” diyerek naklettikleri bu görüşün kailini belirtmemişlerdir.⁸⁵ Bu görüşün sahibinin Alaeddin es-Semerkandî olması muhtemeldir; çünkü o *Tuhfetü'l-fukahâ* adlı eserinde çalışanın ücret alamamasının gerekçesini “Çünkü, menfaatlerin maddi bir değeri yoktur. Ebu Yusuf ve İmam Muhammed müzaraa akdine “bedelin tarladan çıkan üründen belirli bir pay olması” şartıyla cevaz vermişlerdir. Burada ise akdin feshedilmesi sebebiyle istihkak sebebi ortadan kalkmıştır.” diye açıkladıktan sonra hüküm kazâen böyle olsa da diyâneten tarla ve tohum sahibinin çalışanın emeğine bir karşılık takdir ederek gönlünü alması gerektiğini söylemiştir.⁸⁶ Kâsânî de meselenin diyânî yönüne temas ettikten sonra bu hükmü, tarla sahibinin şer'an geçerli bir mazereti olmaksızın akitten vazgeçmesinin helal olmadığı, bunun bir nevi tağrir olduğu, tağririn ise haram olduğu gerekçesine bağlamıştır.⁸⁷

⁸⁴ Mergînânî, *Hidâye*, 4: 298-299.

⁸⁵ Örneğin bkz. Mergînânî, *Hidâye*, 4: 340.

⁸⁶ Bkz. Alaeddin Muhammed b. Ahmed es-Semerkandî, *Tuhfetü'l-fukahâ* (Beyrut: Daru'l-kütübî'l-ilmîyye, 1994), 3: 270.

⁸⁷ Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, 6: 184.

3.8. Gayrimeşru Kazançlar

Diyânî hükümün temel sebeplerinden biri de gayrimeşru bir yoldan kazanç elde edilmesidir. Müslüman olmanın gereği rızkını helal yoldan temin etmektir. Ancak bazen kişi, beşer olmasının bir gereği olarak veya elinde olmayan bir sebeple gayrimeşru bir gelir elde edebilir. Fıkıh bilginleri kişinin gayrimeşru yoldan bir mal üzerinde elde ettiği mülkiyeti, *kesb-i habîs* ve *milk-i mahzur* olarak nitelemişler ve onu ihtiyaç sahiplerine tasadduk etmesi gerektiğini söylemişlerdir.⁸⁸

Burada sözü edilen tasadduk borcu diyânî nitelikte olup fıkıh literatüründe pek çok örneği vardır.

- Mesela kişi, gasp ettiği malı kiraya vererek bundan gelir temin etse ona malik olur; ama tasadduk etmesi gerekir, çünkü onu kesb-i habîs ile elde etmiştir.⁸⁹
- Bir kimse, kölesini azat ettikten sonra azadı inkâr etse ve emeğinden bir miktar gelir elde ettikten sonra azat ettiği kendi ikrarıyla veya beyyine ile ortaya çıksa gelire malik olur; ama bu gelir ona helal olmaz (*lâ yetibû lehu*). Çünkü onu kesb-i habîs ile elde etmiştir.⁹⁰
- Bir kimse, olgunlaşma vaktine kadar meyveleri ağacında bırakmak şartıyla bahçesini satsa bunda hayır yoktur. Çünkü bunu bir ücret karşılığında yapmışsa icare şartıyla bir satış olur; ücretsiz yapmışsa iare şartıyla satış olur. Bunların her ikisi de akdi fasit kılar. Hiçbir şart ileri sürmeksizin satması halinde ise alıcının izniyle bekletmişse meyvelerin olgunlaşmasından kaynaklanan değer farkı helal olur; çünkü bu bir teberrudur; alıcının izni olmaksızın bekletmişse değer farkını tasadduk etmesi gerekir; çünkü bu, gayrimeşru bir yolla elde edilmiş olup bir bahçeyi gasp ederek ekip dikmeye benzer.⁹¹
- Bir kimse bir yıllığına bir ev kiralayıp otursa, daha sonra evin başkasına ait olduğu ortaya çıksa kira geliri, evin gerçek sahibine değil; kiraya veren kişiye ait olur; çünkü onun evi gasp ettiği ortaya çıkmıştır. Bu geliri gayrimeşru bir yoldan temin ettiği için tasadduk etmesi gerekir.⁹²

⁸⁸ Bkz. Serahsî, *Mebûsât*, 11: 112; Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, 3: 266.

⁸⁹ Serahsî, *Mebûsât*, 5: 70.

⁹⁰ Serahsî, *Mebûsât*, 5: 83.

⁹¹ Serahsî, *Mebûsât*, 12: 194.

⁹² Serahsî, *Mebûsât*, 15: 138.

Bunlara ek olarak yalancı şahitlik ve rüşvet gibi haksız yollardan,⁹³ domuz, şarap, meyte gibi mütekavvim olmayan malların satışından⁹⁴, başkasına ait bir mal üzerinde yetkisiz tasarrufta bulunmaktan⁹⁵, hıyanet ve gadr gibi gayri meşru yollardan⁹⁶ vb. elde edilen gelirler fıkıh literatüründe kesb-i habîs olarak nitelenmiş ve sahibine iade imkanı yoksa⁹⁷ tasadduk edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Kanaatimizce günümüzde banka promosyonu gibi, faiz şüphesi bulunan gelirler de bu kapsamda değerlendirilerek promosyonu alan kişinin fakir değilse diyâneten bunu ihtiyaç sahiplerine tasadduk etmesi gerektiği söylenebilir.

3.9. Hisbe Mahiyetindeki Yetkisiz Harcamalar

Kural olarak birinin malının izinsiz olarak harcanması durumunda harcayan kişi onu tazmin etmekle yükümlü olur. Ancak ölüm ve hastalık gibi beklenmedik bir anda ortaya çıkan bir durum, yetkili şahıs veya kurumdan izin almaksızın inisiyatif kullanmayı gerektirebilir. Bu gibi beklenmedik durumlarda Hanefi fıkıh bilginlerine göre izinsiz yapılan harcama kazâen tazmin borcu doğursa da harcama yapan kişi, diyâneten tazminle yükümlü olmaz.

Hanefi fıkıh bilginleri hisbe mahiyetindeki yetkisiz harcamalara nafaka bahsinde küçüklerin nafakasıyla ilgili bir meseleyle ilişkili olarak değinmişler ve kazâen tazmin borcu doğurmasına rağmen diyâneten borç doğurmayan pek çok örnek zikrederek böyle durumlarda harcama yapan şahsın tazminden kurtulmak için yalan söylemesinin caiz olduğunu ifade etmişlerdir.

İyi niyetli yetkisiz harcamaya şu örnekler verilebilir:⁹⁸

Bir kimse geride küçük ve büyük çocuklar bırakarak ölse ve vasi tayin etmese küçük çocuklar için hakim bir vasi tayin etmesi gerekir. Ancak yaşadıkları bölgede hakim bulunmaması sebebiyle büyük çocuklar, küçüklerin malı ile onların nafakasını karşılasalar kazâen tazmin etmeleri gerekir; çünkü küçüklerin malı üzerinde harcama yetkileri yoktur. Diyânî açıdan ise tazminle yükümlü olmazlar; çünkü bunu küçüklerin mağdur olmaması için iyi niyetle yapmışlardır.

⁹³ Serahsî, *Mebûsât*, 17: 12.

⁹⁴ Serahsî, *Mebûsât*, 22: 61.

⁹⁵ Serahsî, *Mebûsât*, 30: 195; Mergînânî, *Hidâye*, 4: 298; Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, 5: 85.

⁹⁶ Mavsilî, *İhtiyâr*, 4: 135.

⁹⁷ Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, 6: 27.

⁹⁸ Örnekler için bkz. Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, 3: 65, Kemaleddin Muhammed b. Abdülvahid İbnü'l-Hümmam, *Fethu'l-Kadîr* (yy, ty.), 4: 425.

İki kişi yolculuk ederken biri bayılsa ve diğeri onun malından yol masraflarını karşılasa istihsanen tazminle yükümlü olmaz. İkisinden biri ölse ve diğeri onun parasını kullanarak kefen satın alsa istihsanen tazminle yükümlü olmaz. Mezun köleler efendileriyle seyahate çıksalar ve efendileri yolda ölse ve dönüş yolcuğunda onun malını kullansalar istihsanen tazminle yükümlü olmazlar. Kendisine inek emanet edilen bir kimse ineğin sütünü hakimden izin almadan satsa kazâen tazmin etmesi gerekir; ama yaşadığı bölgede izin alabileceği bir hakim yoksa istihsanen tazminle yükümlü olmaz. Caminin vakıf gelirleri olsa; ama mütevellisi olmasa, mahalle sakinlerinden biri vakıf gelirleri ile caminin ihtiyaçlarını karşılasa diyâneten harcadıklarını tazmin etmekle yükümlü olmaz.

Bu gibi durumlarda olayın mahkemeye intikal etmesi halinde kazâen tazmin borcuna hükmedilmesi gerekeceği için iyi niyetle yetkisiz harcama yapan kişinin mağdur olması kaçınılmazdır. Bundan dolayı Hanefi fukahası, bu kişilerin mahkemede harcama yaptıklarını ikrar etmeyebileceklerini ve bunun onlara bir vebali olmayacağını belirterek şu örnekleri zikretmişlerdir: Büyük kardeşler küçüğün nafakasını kendi malından karşıladıkları zaman (kazâen tazmin etmek zorunda kalmamak için) bunu ikrar etmeyebilirler. Vasi, ölene ait olan bilgisi dahilindeki bir borcu, hakimi ve mirasçıları haberdar etmeden ölenin malıyla ödese ve ikrar etmese günahkâr olmaz. Biri diğesine emanet bıraksa ve bıraktığı emanet kadar da birine borcu olsa, emanetçi, emanet bırakanın borcunu ödemededen öldüğünü kesin olarak biliyorsa elindeki emanet ile onun borcunu ödeyip bunu ikrar etmeyebilir. Zeyd'den alacağı ve üçüncü bir şahsa da o miktarda borcu olan Amr ölse Zeyd, Amr'ın borcunu ödemededen öldüğünü biliyorsa Amr'a ödeyeceği para ile mirasçılara haber vermeden onun borcunu kapatabilir. Birinde emaneti olan bir kimse geride küçük çocuklar bırakarak vasi tayin etmeden ölse kazâen emanetçinin ölen kişi hesabına küçüklerin nafakasını karşılama yetkisi yoktur. Fakat bunu yaparsa ve onların kendisi üzerinde hiçbir hakkı olmadığına yemin etse bunun hiçbir sakıncasının olmaması umulur; çünkü o, bu davranışıyla ıslahtan başka bir amaç gütmemiştir.⁹⁹

Yeri gelmişken önemli bir hususa işaret edelim: Diyânî hükümlerin geneli, taraflardan birine bir borç yüklerken hisbe mahiyetindeki tasarruflar diğerlerinin tam aksine ruhsat niteliği taşımaktadır. Boşama, yemin gibi sözlü tasarruflarda hilaf-ı zahir olup hükmü kolaylaştırıcı olan niyet de böyledir. Bu itibarla diyânî hükümlerin "azimet mahiyetinde olanlar" ve "ruhsat mahiyetinde olanlar" şeklinde tasnif edilmesi de mümkündür.

⁹⁹ İbn Mâze, *el-Muhîtu'l-burhânî*, 3: 575-576; İbnü'l-Hümmam, *Fethu'l-Kadîr*, 4: 425; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, 4: 233.

3.10. İhtiyata Riayet

Diyânî hükmün bir diğer sebebi de ihtiyata riayet ilkesidir. Mesela, süt kardeşliğinin ne şekilde sübut bulacağı konusunda mezhep imamları arasında ihtilaf vardır. Hanefiler asgari iki erkek veya bir erkek iki kadının şahitliğini şart koşarken İmam Şafii (204/820), dört kadının şahitliği ile de sabit olabileceğini savunmuş; İmam Malik (179/795) ise Ukbe b. Amir'in rivayet ettiği hadise istinad ederek güvenilir olan tek bir kadının şahitliğinin yeterli olacağını söylemiştir. Serahsî, Malik'in istinad ettiği rivayeti ihtiyata hamlederek şöyle demiştir: "Bize göre kişi, şahidin doğru söylediğine inanıyorsa ihtiyata uygun olan, o kadından uzak durmasıdır. Şahitliğin evlilikten sonra veya önce olması arasında fark olmadığı gibi, şahidin tek bir kadın veya erkek olması arasında da fark yoktur. Fakat hakim, iki erkeğin veya bir erkek iki kadının şahitliği olmadan aralarını ayırmaz. Çünkü haber-i vahid, haberi getiren kişinin güvenilir olması şartıyla dini konularda dikkate alınır; mahkemede ise hüccet değeri taşımaz. Dini bir hüccet sabit olunca kişiye ihtiyatı esas alması yönünde fetva verilir; çünkü kişinin nikahı helal olan bir kadınla evlenmeyi terk etmesi helal olmayan bir kadınla evlenmesinden daha iyidir."¹⁰⁰

Gerekçesi ihtiyat olan diyânî hükme şu örnek de verilebilir: Evlilik akdi yapıp ilişki gerçekleştikten sonra ayrılık vuku bulması halinde kadının başka biriyle evlenmeden önce iddet beklemesi gerektiği hususunda kuşku yoktur. Halvet-i sahihaden sonra ayrılığın vuku bulması halinde de kadının iddet bekleyeceği ifade edilmiştir. Ancak Şelebî (1021/1612), *Tebyînü'l-hakaik* üzerine yazdığı Haşiye'de bu hükmü ihtiyat gerekçesine bağlamış ve halvet-i sahihanın iddeti zahiren mi yoksa hakikaten mi gerektirdiği hususunda Hanefi fakihlerinin ihtilaf ettiklerini, bazı fakihlere göre bu ayrılıkta kadının, ilişkinin gerçekleşmediğinden emin olmak şartıyla iddet beklemeksizin başka biriyle evlenmesinin kazâen değilse bile diyâneten caiz olduğunu söylemiştir.¹⁰¹

Yine *Mebûsû't*'ta zikredilen ve hilaf-ı zahir bahsinde daha tafsilatlı olarak aktardığımız şu mesele de ihtiyata dayalı bir diyânî hükümdür: Kocasının kendisini üç talakla boşadığını veya kocasıyla süt kardeşi olduğunu öğrenen kadın, -kocasının inkarı halinde- Hanefilere göre olay mahkemeye intikal etmese dahi hâkim gibi zahire tabi olmakla yükümlüdür. Dolayısıyla kocasının yanında ikamet etmesi caiz olmayıp sanki şahitlik

¹⁰⁰ Serahsî, *Mebûsû't*, 5: 138.

¹⁰¹ Şehabeddin Ahmed b. Muhammed eş-Şelebî, *Haşiye 'alâ Tebyîni'l-hakâik* (Kâhire: el-Matbaatü'l-kübra el-Emîriyye, h. 1313), 2: 144.

hakim huzurunda eda edilmiş ve ayrılığa hükmedilmiş gibi davranması gerekir.¹⁰² Görüldüğü üzere, boşama veya süt kardeşliğine dair somut bir yargı kararı mevcut olmadığı için kazâen taraflar arasındaki evlilik ilişkisi devam etmektedir. Buna rağmen kadının kendisini hakim yerine koyarak kocasının kendisine yaklaşmasına izin vermemesi ihtiyata dayalı diyânî bir hükümdür.

3.11. İstihkakın Yokluğu

Zahiru'r-rivayeye göre kişi hayvanının nafakasını karşılamaya zorlanamaz; fakat diyâneten bununla yükümlüdür; çünkü kişinin bir hakkı ödemeye icbar edilebilmesi için, hak sahibinin davacı olup talepte bulunması gerekir. Burada ise davacı yoktur; çünkü hayvan hak ehliyetine sahip değildir. Bundan dolayı yargı yoluyla kişi bunu yapmaya zorlanamaz ise de diyâneten bunu yapması gerekir.¹⁰³

Ebu Yusuf'tan nakledilen görüşe göre ise kişi kazâen buna icbar edilebilir; çünkü hayvanı aç bırakmak ona faydasız yere işkence etmek ve aynı zamanda malı zayi etmektir.

Demiray, hayvanın nafaka borcunun bir alacaklısı bulunmadığı için eksik borç vasfında olmayan diyânî bir borç olduğunu ileri sürmüştür;¹⁰⁴ ancak hayvan hak ehliyetine sahip değilse bile sahibinin zimmetinde nafaka borcu sabittir. Kaldı ki Ebu Yusuf'a göre hayvan sahibi nafaka teminine kazâen zorlanabilmekte ve mahkeme kararına rağmen nafaka temin etmezse hayvanı satmaya zorlanabilmektedir. Dolayısıyla bir hukuk süjesi olmasa bile hayvanın nafakasını karşılama borcunun eksik borç olarak nitelenmesine kanaatimizce bir mani yoktur.

Genel olarak hayvanlara işkence etmemek ve zaruret olmadıkça tabiata zarar vermemek de bu kapsamda değerlendirilebilir. Kudurî şarihlerinden el-Haddâdî'nin hayvanın nafaka borcuna dair şu pasajdaki ifadeleri genel olarak hayvanlara karşı yükümlülüklerimiz konusunda dikkat çekicidir:

“Hayvan sahibinin hayvanını yemleyip sulaması gerekir. Bundan imtina ederse kazâen yapmaya da, hayvanı satmaya da icbar edilmez; çünkü hayvan istihkak ehli değildir. Ama emr-i bi'l-maruf, nehy-i ani'l-münker kapsamında olarak diyâneten hayvanın nafakasını temin etmesi veya satması emredilir. Çünkü infakı terk etmek hayvana işkence etmektir. Hz. Peygamber (s.a.v.) ise hayvanlara işkence etmeyi yasaklamıştır... İneği aşırı derecede sağmak mekruhtur, sağlamamak da mekruhtur; çünkü bu ona zarar

¹⁰² Bkz. Serahsî, *Mebûât*, 10: 183; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-raik*, 8: 228.

¹⁰³ Kâsânî, *Bedâi'u'sanâi*, 4: 40.

¹⁰⁴ Demiray, *Hak Zail Olmaz*, 180.

verir. İneği sağacak kişinin eza etmemek için tırnaklarını kesmesi müstehaptır. Yeni doğmuş buzağısı varsa süt harici besinler almaya başlayıncaya kadar buzağının emdiğinden arta kalanı sağmakla yetinmesi müstehaptır. Yük hayvanlarına taşımayacağı kadar yük yüklemek ve aralıksız uzun mesafe yürütmek mekruhtur. Arıcılık yapan kimsenin kovanda arılar için bir miktar bal bırakması müstehaptır. Kışın kovanda daha çok bal bırakması da müstehaptır; çünkü arıların kışın soğuk günlerinde kovandan çıkması mümkün değildir.”¹⁰⁵

SONUÇ

Diyânî borç, tabii borç ve eksik borç, birbirine yakın kavramlar olmakla birlikte aralarında ciddi farklılıklar vardır. Öteden beri tabii hukuk ile pozitif hukuk arasında bir gerilim mevcut olup tabii hukuk düşünürlerine göre pozitif hukuk “mutlak adaleti” temin etmekten uzaktır. Pozitif hukuk izafi adaleti, tabii hukuk ise hakkaniyeti temsil eder. Bundan dolayı pozitif hukuk, her daim tabii hukukun rehberliğinden istifade etmeli ve adalet arayışını sürdürmelidir. Roma hukukunda borçların “medeni borç-tabii borç” şeklindeki ikili ayrımının, pozitif hukuk-tabii hukuk geriliminin bir neticesi olduğu ve medeni borcun, pozitif hukuktan; tabii borcun ise tabii hukuktan doğduğu söylenebilir.

Pozitivist felsefenin bir neticesi olarak hukuki pozitivizm akımı, tabii hukuk düşüncesine baskın gelmiş ve hukuk, dinî ve ahlâkî bütün metafizik unsurlardan arındırılarak hukuki norm, kanun koyucunun iradesine eşitlenerek hukuk, maddi müeyyide ile desteklenen normlar bütününden ibaret sayılmıştır. Hukuki pozitivizm, kısa bir sürede hukuki realizme evrilerek kanun koyucunun iradesi de bir yana atılmış ve hukuk, normlar sisteminin mahkemede somutlaşmış haline indirgenmiştir. Batı hukuk düşüncesindeki bu değişim sonucunda “tabii hukuk”tan mülhem olan ve borcun metafizik kaynağına işaret eden “tabii borç” kavramı terk edilerek dava edilemeyen borçlara maddi müeyyidesi eksik olduğu için “eksik borç” denilmeye başlanmış ve böylece tabii borç, kaynağından soyutlanarak adeta tediyesi borçlunun keyfine bırakılan sözde bir borca dönüşmüştür.

Dava edilememek, maddi müeyyide ile desteklenmemek ve kaynağına işaret etmek bakımından Roma hukukundaki diyânî hüküm ile tabii borç arasında bir benzerlik varsa da aralarında bazı açılardan farklılık da bulunmaktadır:

¹⁰⁵ Ebu Bekir b. Ali el-Haddâdî, *el-Cevheratü'n-neyyira* (el-Matbaatü'l-Hayriyye, h. 1322), 2: 95.

Kapsam Bakımından: Diyânî hüküm, sadece dava edilemeyen borçlardan ibaret olmayıp ruhsat veya ihtiyat niteliği taşıyan bazı hükümleri ve toplumsal sorumlulukları da içerir. Dolayısıyla kapsamı tabii borçtan çok daha geniştir.

Alacaklı Bakımından: Tabii borçta alacaklı, belirli bir hukuk süjesidir. Diyânî hükümde ise hayvanın nafaka borcu ve tasadduk borcu örneklerinde olduğu gibi hukuk süjesi olmak ve belirli olmak gibi bir şart yoktur.

Müeyyide Bakımından: Tabii borcun müeyyidesi vicdanî ve ahlâkidir; diyânî hükmün müeyyidesi ise dinî ve uhrevidir. Ahirette sorguya çekileceğinin bilincinde olan bir Müslüman açısından dinî müeyyidenin diğerine göre daha güçlü olduğu aşikârdır.

Özetle “hilaf-ı zahir olma”, “istikrar arayışı”, “mekârim-i ahlâk”, “nikâh hukuku”, “rıza unsuru”, “ihtiyat” gibi pek çok gerekçeye dayanan ve çoğu zaman yargı kararının alternatifi olan diyânî hükmün, bir bakıma pozitif hukuk karşısında tabii hukuku; izafi adalet karşısında gerçek adaleti temsil ettiği ve yargı kararlarının hakkaniyete uygunluğunu denetleyen vicdanî bir mekanizma olduğu söylenebilir.

BİBLİYOGRAFYA

- Ahmed b. Hanbel. *Mesâil*. thk. Ebu Muaz Tarık b. Ivaz. Mısır: Mektebetü İbn Teymiyye. 1999.
- Arı, Abdüsselam. “İslam Hukukuna Göre Hukuk ve Ceza Davalarında Zamanaşımı”. *İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*. İstanbul: 2005, 57-88.
- Apaydın, Yunus. “Hezl”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (DİA)*. İstanbul: 1998, 17: 306-311.
- Atar, Fahrettin. “Kaza”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisin (DİA)*. İstanbul: 2002, 25: 113-117.
- Aynî, Bedreddin Mahmud b. Ahmed. *Binâye Şerhu'l-Hidâye*. Beyrut: Dâru'l-kütübî'l-ilmîyye, 2000.
- Bâbertî, Ekmeleddin Muhammed b. Muhammed. *el-İnâye Şerhu'l-Hidâye*. Beyrut: Darulfikr, ty.
- Bardakoğlu, Ali. “Hanefi Mezhebi”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (DİA)*. İstanbul: 1997, 16: 1-21.
- Buharî, Muhammed b. İsmail. *el-Camiu's-sahîh*. thk. Mustafa Dîb el-Buğa. Beyrut: Dâru İbn Kesîr, 1987.
- Damad Efendi, Şeyhîzâde Abdurrahman b. Muhammed. *Mecmau'l-enhur fî şerhi Mülteka'l-ebhur*. Daru İhyai't-türâsi'l-Arabî, ty.
- Demiray, Mustafa. Hak Zail Olmaz. İstanbul: Klasik Yayınları, 2009.
- Demiray, Mustafa. *Serahsî'de Kazaî Hüküm-Diyânî Hüküm Ayrımı*. (Yüksek Lisans Tezi). İstanbul: 2001.
- Dönmez, İbrahim Kafi. “Amel”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (DİA)*. İstanbul: 1991, 3: 16-20.
- Feyyumî, Ahmed b. Muhammed. *el-Misbahu'l-münîr fî garîbî's-Şerhi'l-Kebîr*. el-Beyrut: Mektebetü'l-ilmîyye, ty.
- Güman, Osman. “Serahsî'nin el-Mebsût Adlı Eseri Çerçevesinde Mecaz Delilleri”. *Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*. 13/23: 35-58.
- Haddâdî, Ebu Bekir b. Ali. *el-Cevheratü'n-neyyira*. el-Matbaatü'l-Hayriyye, h. 1322.

- Heytemî, İbn Hacer Ahmed b. Muhammed. *Tuhfetü'l-muhtâc fi şerhi'l-Minhâc*. Mısır: el-Mektebü't-ticâriyyetü'l-kübra, 1983.
- İbnü'l-Hümmam, Kemaleddin Muhammed b. Abdülvahid. *Fethu'l-Kadîr*. yy, ty.
- İbn Mâze, Ebu'l-meâlî Mahmud b. Ahmed. *el-Muhîtu'l-burhânî fi'l-fikhi'n-Numânî*. thk. Abdülkerim Sami el-Cündî. Beyrut: Dâru'l-kütübî'l-ilmiyye, 2004.
- İbn Nüceym, Zeyneddin İbrahim b. Muhammed. *el-Bahru'r-râik Şerhu Kenzi'd-dekâik*. Daru'l-kitabî'l-İslâmî, ty.
- İbn Rüşd el-Hafîd Ebü'l-Velîd Muhammed b. Ahmed. *Bidâyetü'l-müctehid ve nihâyetü'l-muktesid*. Kahire: Daru'l-hadis, 2004.
- İbn Rüşd el-Ced Muhammed b. Ahmed. *el-Beyân ve't-tahsîl*. thk. Muhammed Hacî vd.. Beyrut: Dâru'l-garbi'l-İslâmî, 1988.
- İbnü's-Şihne, Lisanüddin Ahmed b. Muhammed el-Halebî. *Lisanu'l-hukkam fi marifeti'l-ahkâm*. Kâhire: el-Bâbî el-Halebî, 1973.
- Karâfî, Şehabeddin. *el-İhkam fi temyizi'l-fetâvâ 'ani'l-ahkâm*. thk. Abdülfettah Ebu Ğudde. Halep: Mektebetü'l-matbuâtî'l-İslamiyye, 1995.
- Kâsânî, Alaaddin Ebu Bekir b. Mesud. *Bedâiu's-sanâi' fi tertibi's-şerâi'*. Daru'l-kütübî'l-ilmiyye, 1986.
- Kayrevânî, Abdullah b. Abdurrahman. *en-Nevâdir ve'z-ziyâdât 'alâ mâ fi'l-Müdevvene min gayrihâ mine'l-ümmehât*. Beyrut: Daru'l-garbi'l-İslâmî, 1999.
- Malik b. Enes. *el-Müdevvene*. Daru'l-kütübî'l-ilmiyye, 1994.
- Mavsîlî, Abdullah b. Mahmud. *el-İhtiyâr li-ta'lîli'l-Muhtâr*. Kâhire: Matbaatü'l-Halebî, 1937.
- Mergînânî, Ali b. Ebu Bekir. *el-Hidâye fi şerhi Bidâyeti'l-mübtedî*. thk. Talal Yusuf. Beyrut: Daru İhyai't-türâsî'l-Arabî, ty.
- Müslim b. El-Haccâc el-Kuşeyrî. thk. Muhammed Fuad Abdülbaki. Dâru İhyai't-türâsî'l-Arabî. Beyrut.
- Semerkandî, Alaaddin Muhammed b. Ahmed. *Tuhfetü'l-fukahâ*. Beyrut: Daru'l-kütübî'l-ilmiyye, 1994.
- Serahsî, Şemsüleimme Muhammed b. Ahmed. *Mebsût*. Beyrut: Daru'l-marife, 1993.
- Şelebî, Şehabeddin Ahmed b. Muhammed. *Haşiye 'alâ Tebyîni'l-hakâik*. Kâhire: el-Matbaatü'l-kübra el-Emîriyye, h. 1313.
- Şeybanî, Ebu Abdullah Muhammed İbnü'l-Hasan. *el-Asl*. thk. Ebu'l-vefâ el-Efgânî. Karaçi: İdare-tü'l-Kur'an ve'l-ulûmi'l-İslamiyye, ty.
- Şafîî, Muhammed b. İdris. *el-Ümm*. Beyrut: Daru'l-marife, 1990.
- Tahtavî, Ahmed b. Muhammed. *Haşiye 'alâ Meraqî'l-felâh Şerhi Nûri'l-İzah*. thk. Muhammed Abdülaziz el-Halidî. Beyrut: Daru'l-kütübî'l-ilmiyye, 1997.
- Zeylâî, Fahreddin Osman b. Ali. *Tebyînü'l-hakâik Şerhu Kenzi'd-dekâik*. Kahire: el-Matbaatü'l-kübra el-Emîriyye, h. 1131.

STRUCTURED ABSTRACT

RELIGIOUS ETHICS (DİYANA) IN THE İSLAMIC LAW AND İT'S VARIATIONS

SHORT ABSTRACT

There is a concept called “*diyana*” in the literature of fiqh. This term signifies responsibility of the person to God, not before the law and it seems to be similiar to “natural obligation” at Jus Civile or “imperfect obligation” at the written Turkish law. But it's much wider than this obligation by extent. İn this article we identified variations of this concept according to it's causes by tracking the matters relating to this concept.

LONG ABSTRACT

There is a concept called “*diyana*” in the literature of fiqh. This term signifies responsibility of the person to God, not before the law and it seems to be similiar to natural obligation at Jus Civile or imperfect obligation at the written Turkish law. But it's much wider than this obligation by extent. İn this article we identified variations of this concept according to it's causes by tracking the matters relating to this concept.

As a conseption *diyana* (religious ethics) and *qada* (judicial decision) are existing even in the early literature of fiqh. Both of these consepts are expressed in the early literature with different terms as “*fiyma baynahu ve baynallah*”, “*duyyina*”, “*suddika*”, “*yasa'uhu*”, “*yalzamuhu*”, *duyyina fi'l-kada / fil'hükm / fi zahiri'l-hukm*, “*diyanatan*”, “*bi-tariqi'd-diyana*”, “*fi haqqi'd-diyana*” etc. Than since seventh century of Hegira the terms “*diyana*” and “*qada*” grew steady.

In this article the terms concerned with these concepts that fruquently dealt with are determined and than religious ethics (*diyana*) are classified in accordance with their causes. The topic was studied in the center of Hanafite fiqh school; because looking over approaches of all fiqh schools is difficult in limitations of an article.

The differences between *diyana* and *qada* are:

A judge is responsible for handing out a decision in accordance with concrete evidences such as testimony and admission. İt's possible for claimant to lose his right due to failure of evidence. On the other hand mufti isn't responsible for handing down a decision in accordance with concrete evidences. He gives a fetwa in accordance with statements of questioner considering his intention and reckoning the different meaning of his statement.

The judgement of the judge is binding, conversely the fetwa of the mufti isn't binding because of its nature is consultation.

While the judge represents the state authority, there isn't such this representation in the mufti. As the approach of the judge and the mufti to the subject and the method of examination and decision making are different from each other, it is obvious that they cannot reach the same result most of the time. Therefore, most of the scholars have pointed to the difference between judgement and fatwa and have drawn a separate road maps for the judge and mufti.

According to the reason, the types of religious ethics (*diyana*) can be listed as follows:

1. Opposition to the Evident Fact: To be Lack of Evidence

In fiqh literature in the most of subjects related with *diyana* keyword is term of *zahir*. In Judicial matters judicial decision (*qada*) is qualified with “being *zahir*/evident” and *diyana* is qualified with “being *hilaf al-zahir* / lack of evidence”.

2. Law Security and the Pursuit of Legal Stability:

The pursuit of legal stability according to *diyana* becomes visible in the matter of extinctive prescription. Early literature of Hanafite fiqh explained clearly that punishable penalties except penalty of slander are abated by the statute of limitations and penalty of slander isn't abated due to it's a human being right. But afterwards even human being rights are included to statute of limitations because of law security and the pursuit of legal stability. Statute of limitations don't abate the right but abates the case.

3. Incorrect Decision Flowing from the Judge

Another matter that the fiqh scholars designate *diyana* is to emerge from the judge an incorrect decision that is non-consistent to the fact such causes as incompetence and bribery and favoritism and not do enough inquest about the case and witnesses.

4. Lack of Jurisdiction of Judge or Disability of Officer

Some Hanafite fiqh scholars gave way to religious ethics in some cases necessitate loss settlement but cannot be handed down a decision to settlement or repayment because of an impediment such lack of jurisdiction or disability.

5. Noble Manners and Generosity

Another concept related to the *diyana* in Hanafite fiqh literature is noble manners and generosity. Some scholars addressed to *diyana* implying that doing or non-doing some actions is non-compatible with noble manners and generosity. .

There are another causes for *diyana* such as family relationships and marriage law, and dissatisfaction in an act or contract and illegitimate gain such as bribery and gambling and interest and unauthorized money spending with the aim of recompensing and taking care of the precaution such as pre-existing foster brotherhood between husband and wife.

For example, house-keeping chores and suckling are from the sorts of divine obligation, not judicial duty. Because fiqh scholars didn't approve of intervention to family relationship by law system except compulsory aspects.