

ESKİ HUKUKUMUZDA HİLE-İ ŞER'İYYEYE DAİR

*Prof. Dr. Ekrem Buğra EKİNCİ**

Giriş

Eski hukukumuz, dinî menşeli bir hukuk sistemi olduğu için, müeyyide-leri hem dünyevî, hem de uhrevî idi. Bu sebeple hukuka uymak isteyen herkes, hareketlerinin muhakkak "kitapta yerinin bulunmasını" arzu ederdi. Böylece sadece zevâhiri kurtarmış olmaz; şâri', yani kanun koyucuya karşı da hareketini meşru ve haklı göstermek isterdi. Hayattaki bütün yenilikler, meşru bir zemine oturtulduğu takdirde vicdan huzuruyla tatbik edilebilirdi. Nitekim bir takım zaruretler insanları çeşit çeşit tasarruflarda bulunmaya zorlar; böylece ferd çoğu zaman hukuk ve din kurallarını ihlâl etmek, günah işlemek, hatta bazen inancını kaybetmek tehlikesine mâruz kalırdı. İşte İslâm hukukunun mahlâs-ı şer'î veya mahrec-i şer'î adını verdiği hîle-yi şer'iyye usûlü, böyle müşkil duruma düşen ferdi kurtarmak ve hareketlerinin meşru dairede kalmasına yardımcı olan çare ve tavsiyeleri ihtiva ederdi. Bir başka deyişle bir hukukî tasarrufta bulunacak olan kişi veya kişiler, önceden bu tasarrufa bağlanacak müeyyideyi inceden inceye hesaplayarak hareketlerini buna göre tanzim ederdi. Nitekim mahlas, kurtuluş yolu; mahrec ise çıkış yolu mânâsına gelir. Her ikisi de hukukî çare demektir. Çoğu zaman bir akdin taraflarının, hakikî maksadlarını üçüncü şahıslardan gizlemek için önceden bu yolda anlaşmalarını ifade ederdi. Böyle muamelelere muvâzaalı akid denir ve hukukî neticelerini de buna göre doğururdu.

Hîle-i Şer'iyye Gayriahlâkî midir?

Hîle, Arapçada kelime itibariyle çare, kurnazlık demektir. Hiyel şeklinde cemi' (çoğul) yapılır. Ancak Türkçede hîle, karşısındakini aldatmak mânâsında kullanılıyor. Nitekim günümüz hukukunda hîle, bir akdi yaparken, karşısındakini yanıltarak iradesini kendi istediği şekilde açıklamasını sağlamak mânâsına gelir. İslâm hukukunda bu tür hîle için, *tağrîr* ve *tedlîs* kelimeleri kullanılır. Türkçede kullanılan hîle kelimesi için, Arapçada yerine göre *hud'a* veya *gıyş* gibi kelimeler vardır.

İslâm hukukuna göre hîle iki kısımdır: Hîle-i şer'iyye, İslâm hukukunun hükümlerine uymakta bir engel ile karşılaşıldığında, ihtiyatlı davranmak

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Öğretim Üyesi.

için, yine hukukun gösterdiği başka bir yoldan gitmek demektir. Bir de hîle-i bâtıla vardır. Hukukî hükümleri kurnazca kullanarak başkasının hakkını iptal etmek, geçersiz kılmak; öte yandan hukukun emrini yapmamak veya yasakladığını irtikab etmeye denir, ki bugünkü mânâda kanuna karşı hîleyle tekabül eder. Nitekim Kur'an-ı kerîmde fakirlerin payını vermemek için, bunların gelemeyeceği kadar erken bir saatte hasad yapanların uğradıkları felâketlerde bahsedilmekte (Kalem: 17-19); Sebt (cumartesi) günü avlanma yasağını delmek için, o gün bolca gelen balıkları, hususî havuzlara alıp, ertesi günü avlayan Yahûdîlerin kötü âkıbetleri bildirilmektedir (Bekara: 65). Burada bahis mevzuu olan hîleler, hukuken bâtıl hîlelerdir¹.

İşte söz konusu hîle-i bâtıla ve hîle-i şer'iyye ayırımından haberdar olmayanlar; hatta bazı oryantalistler ve İslâm dünyasında onların takipçisi modernist yazarlar, klasik İslâm hukukçularına, halka hîle öğretmek suretiyle kurdukları şekilcilikle hukuku ahlâktan uzaklaştırdıkları ithamında bulunmuşlardır. Halbuki öncelikle söylenmesi gerekir ki, eski hukukun meşru kabul ettiği hîle-yi şer'iyyedir, hîle-yi bâtıla değildir. Onun içindir ki, İslâm hukuku kaynaklarında hîle-yi şer'iyye için daha ziyade şer'î çareler veya mehâric (çıkış yolları) ya da mahlâs (kurtuluş yolu) yahud da tedbir-i şer'î sözü kullanılır². Hanefîlerin, XVI. asırda Osmanlı hâkimiyetindeki Mısır'da yaşamış büyük hukukçusu İbn Nüceym, "Hîleden murâd, dinî bir hâdisede sıkıntıya düşen kimse için bir mahlâs-ı şer'îdir, yani dine ve hukuka uygun bir kurtuluş yoludur" diyor³. Dikkat edilirse görülür ki, klasik fıkıh kitaplarında geçen hîle-i şer'iyye örnekleri, bir bakıma zekâ bilmecelerine (lügazlara) benzemektedir. Çoğunun tatbiki kâbil olmadığı gibi; bunlar hukuk mantığını göstermekten öte pratik bir mânâ da taşımaz.

Jean Baz, İslâm hukukundaki hîle-i şer'iyyeye tahsis ettiği kitabında, hîlenin menşeyini, İslâm hukukçularına has olmayan kazuistik iptilâsına dayandırmakta ve müşahhas hâdiseleri, şer'î şekillere uydurmak zaruretinden doğduğunu söylemektedir⁴. Nitekim Joseph Schacht da, hîle-i şer'iyyenin, İslâm

¹ Yahûdîlikte Sebt (cumartesi) günü mukaddestir. Bugün, Yahûdîlerin hiçbir iş yapması câiz değildir. Yahûdîler, cumartesi günleri için Yahûdî olmayan birisini (meselâ İsraildekiler için bir Filistinliyi) ücret ile tutar. Buna *şabat-goy* denir. Kendileri için câiz olmayan işleri, bu kimseye yaptırarak sebt yasağını bertaraf etmiş olurlar. Bkz. İsrail Shahak: *Yahudi Tarihi Yahudi Dini*, Trc. Ahmet Emin Dağ, İstanbul 2002.

² Mevlânâ Şeyh Nizâm ve Hey'et: *Fetâvâ-yı Hindiyeye*, Bulak 1310, VI/390; İsmail Hak-
kı: *İlm-i Hilâf*, İstanbul 1330, 149-150.

³ İbn Nüceym: *el-Eşbâh ve'n-Nezâir*, Kâhire 1387/1968, 405.

⁴ Jean Baz: *Essai sur la fraude à la loi en Droit Musulman*, Paris 1938 (Hamide Topçuoğlu: *Kanuna Karşı Hile*, İzmit 1950, 281).

hukuk nazariyatı ile tatbikatının uzlaştırılmasını sağladığına işaret etmektedir⁵. Hiyel hakkında yakın zamanlarda bir doktora tezi hazırlayan Tokyo Üniversitesi'nden Satoe Horii, Hanefîlerin formalist değil, pratik hukukçu hususiyetlerine dikkat çekmekte; hîleler arasında şer'î ve bâtil hîle ayrımını gözettiklerini; mehârice yer vermekle İslâm hukukunun esasının değişmeksizin gelişmesine imkân hâsıl ettiklerini söyler⁶.

Türkçede konuyla alâkalı kaleme alınmış hemen hemen yegâne kitapta, hîle-i şer'iyye müessesesi çok etraflı bir şekilde anlatılmış ise de; ne yazık ki hîle-i şer'iyye ile kanuna karşı hîle arasında benzerlik kurularak, tarihî bir yanlış tekrarlanmıştır⁷. Halbuki kanuna karşı hîle ile benzerlik gösteren hîle-i bâtiladır. Buna İslâm hukukçularının cevaz verdiğini söylemek çok abartılı olur. Böyle bir hîle yapıldığı zaman, dinî ve ahlâkî neticeleri bir yana, hukuken hîle yokmuş gibi hüküm verilir.

Modern devir İslâm hukukçularından Muhammed Ebû Zehra, hîle-i şer'iyye hakkında garphıların görüşlerinin yanlış olduğunu; hîle-i şer'iyyeye hakikata varmak; şâri'in maksadını tahakkuk ettirmek, teklifleri kolaylaştırmak, güçlükleri kaldırmak için mürâcaat edildiğini söylemektedir⁸.

Hükümlerinde hîle-i şer'iyyeye en çok yer veren Hanefî hukukçuları bile, gayrı meşru neticelere götüren hîlelerin câiz olmadığını bilhassa vurgulamışlardır. Hanefî mezhebinde, hîle-i şer'iyyeye en sıcak baktığı söylenen hukukçuların başında İmam Ebû Yûsuf gelir. Ancak kendisinden rivâyet olunan hîlelerin çoğunun da aslı yoktur. Nitekim bunlar umumiyetle başka mezheplere ait kitaplarda nakledilmektedir. Bu kitaplar da, hukukun temel eserleri sayılmaktan uzaktır. Halbuki İmam Ebû Yûsuf'un gayrı ahlâkî hîleleri tecviz etmediği; hukuken cevaz verdiği hîlelerin bazılarında da bunların mekruh olduğunu söylediği mâlûmdur. Meselâ, ileride anlatılacağı gibi, muhtaç olana *ıyne* yolu ile borç vermek hukuken sahîhtir; ama (dinen) mekruh olmaktan çıkmaz. Bir işin hukuken sahîh olması başka bir şeydir; (dinen)

5 Joseph Schacht: *An Introduction to Islamic Law*, Oxford 1966, 210.

6 Reconsideration of Legal Devices (Hiyal) in Islamic Jurisprudence: The Hanafis and Their "Exist" (Makharij) *Islamic Law and Society*, 9, 3 (312-357). Satoe Horii, hîle-i şer'iyye hakkında *Die gesetzlichen Umgehungen im islamischen Recht (hiyal) unter besonderer Berücksichtigung des hanafiten Sa'id b. Ali as-Samarqandi (gest. 12. Jhd.)* adlı bir tez hazırlamıştır. (Berlin Klaus Schwarz Verlag 2001). Yukarıdaki makale bu teze istinad eder.

7 Saffet Köse: *İslâm Hukukunda Kanuna Karşı Hîle (Hîle-i Şer'iyye)*, İstanbul 1996. Mustafa Baktır, "İslâm Hukukunda Zaruret Halî" adlı eserinde müstakil bir şer ayırdığı hîle-i şer'iyyeyi daha nötr bir biçimde ele almaktadır (Ankara Akçağ Kitabevi, trs).

8 Ebû Zehra: *Ebu Hanife*, Trc: O. Keskiöglü, Konya 1981, 467-468.

mekruh ve gayri ahlâkî olması başka bir şeydir. Nitekim bid'î talâk, yani bir defada verilen üç talâk da sahîhtir; ancak tahrîmen mekruhtur. İmam Ebû Yûsuf'u, hîle hakkındaki görüşünü iyice bilmeden tenkid edenler çıkmıştır. Bilhassa hîleye cevaz vermeyen mezheblere mensup hukukçular, Ebû Yûsuf hakkında layık olmayan şeyler söylemişlerdir. Modern yazarlar da bunları abartarak tekrarlamışlardır. Halbuki İmam Ebû Yûsuf'un, temeli örfe dayanan nassın, bu örfün değişmesiyle değişeceğine dair realist görüşüne dört elle sarılanların; onun hîle-i şer'iyye hakkındaki yaklaşımına da tolerans göstermesi beklenirdi⁹.

Maamâfih, tarih boyu insanlara bâtil hîleler tavsiye eden, meselâ kocasından ayrılmak isteyen kadına irtidâd etmesini, böylece nikâhın kendiliğinden infisâh eyleyeceğini söyleyen câhil ve mübâlatsız kimselere rastlanması, bazılarını hîle-i şer'iyyeye karşı bütünüyle menfi reaksiyona itmiştir. Halbuki "Sû-i misâl emsal olmaz" sözü meşhurdur. Bunlara bakarak, hîle-i şer'iyyeye tarafdar bulunan, yani ihtiyaç hâlinde insanlara hukukî çareler gösteren hukukçuları tenkid etmek, haksızlık olur. Müftü veya kâdıların, ancak böyle durumlarda şer'î çarelere müracaat edebileceği; aksi takdirde halka yersiz ve bâtil hîleler öğretenlerin (ki buna müftü-i mâcin denirdi), hacredilip ta'ziren cezalandırılacağı, hîle-i şer'iyyenin câiz olduğunu söyleyen klasik fıkıh kitaplarında yazılıdır¹⁰.

İslâm hukukçuları, bir ihtiyaç olmaksızın, keyfî olarak hîleye başvurmayı dine ve ahlâka aykırı bulmakta ve buna açıkça karşı çıkmaktadır. Nitekim 1836'da vefat eden meşhur Hanefî hukukçusu İbni Âbidîn, yazılış tarihi yakın olması ve başka sebeplerle mezhebde en çok tutulan **Reddü'l-Muhtar** adlı kitabının metninde, gâip kişi aleyhine verilecek hükümler anlatılırken zikredilen talâkla alâkalı bazı çareler hakkında, "Uygun olan bu ifadelerin bu bahisten çıkarılmasıdır" diyerek hîle-i şer'iyyenin suiistimaline karşı çıktığını açıkça göstermiştir. Yine aynı bahiste "(Gâibin karısıyla evlenip de zinâ etmek istemeyen kişi, bundan kurtulmak isterse, şöyle şöyle hareket eder..) gibi ifadeler, görünüşte yalana cevaz verir gibi bir durum doğurmaktadır ki,

9 Nitekim Ebû Yûsuf, **Kitâbü'l-Harâc** adlı eserinde, zekât vermemek için, senenin geçeceği sırada zekât mallarını kendi mülkiyetinden çıkarıp, başka bir kimsenin mülkiyetine vererek, her ikisinin de mâlik olduğu malları nisâbın altına düşürmek üzere hîle yapmanın câiz olmadığını, mü'minlerin böyle hîlelerden kaçınması gerektiğini söyler. Trc. Müderriszâde Ataullah Efendi, Ank. 1982, 210.

10 İbn Âbidîn: **Reddü'l Muhtar**, Derseadet 1307, V/127. Tipik bir hîle-i bâtila örneği: Zekât verecek bir zengin, birkaç altın değerinde altundan mâmul bir eşyâyı, zekât olarak hesâb edip, bir çuval buğdayın içine koyar. O çuvalı, bir fakire, "Bu benim zekâtımdır" diyerek verir. Fakir, çuvalın içinde altundan mâmul eşyanın bulunduğunu bilmemektedir. Sonra fakire, "Sen bu kadar buğdayı ne yapacaksın? Bana sat!" der. Çuval fakirden satın alır. Altundan mâmul eşyâ zengin sâhibine geri gelmiş olur. Zengin, bu altın eşyanın kıymeti kadar zekât borcundan kurtulduğunu zanneder. Halbuki burada sadece bir çuval buğday veya parası zekât olarak verilmiştir.

aslında mesele böyle değildir. Böyle hususlara tevessül büyük günahlardandır” diyerek hîle-i şer'iyenin, gayrimeşru bir durumu meşrulaştırmak için kullanılamayacağına işaret etmektedir¹¹.

Son devir Osmanlı hukukçularından 1914'de vefat eden Hacı Zihni Efendi'nin, yazıldığı tarihten günümüze kadar, çok popüler bir kitap olarak elden ele dolaşan **Ni'met-i İslâm** adlı eserinde deniyor ki: “Hîle, lisanımızda zebanized olan [dilimizde kullanılan] mânâda değil, çare mânâsındır. Bizim hîle dediğimize lûgat-ı arabîde [arapçada] hud'a tabir olunur. Hîle-i şer'iyeye, mahlâs-ı şer'î olan şeyler [şer'î çareler] demektir. Ve illâ [yoksa] saha-ı şeriat-ı garrâ, vasmе-i hud'adan [hud'a hastalıklarından] muarrâdir [âridir, temizdir]. Bâb-ı sübût-i nesebde, (Nesebin isbâtı için ihtiyâl bile olunur) tâbirinin de mânâsı budur ki, çâre aranır demektir”¹².

İslâm hukukundaki hîle-i şer'iyenin, kanuna karşı hîle ile aynı şey olmadığı ve bunun ahlâka aykırı olarak vasıflandırılmayacağı gerçeğinin en iyi farkına varanlardan biri, modern hukukçularımızdan Hamide Topçuoğlu'dur. **Kanuna Karşı Hîle** adlı kitabının bir bölümünü İslâm hukukundaki hîle-i şer'iyeye tahsis eden Hamide Topçuoğlu, “Vazifesini müdrük bir avukatın, müvekkilini içinde bulunduğu müşkilattan kurtarmak için ona göstereceği hukukî çare, yani meşru hareket tarzı ne ise; İslâmın da esas itibarıyla hîle-i şer'iyesi oydu” demektir¹³. Kanuna karşı hîle ile hîle-i şer'iyeyi de şöyle karşılaştırmaktadır: “Kanuna karşı hîle ile hîle-i şer'iyeye arasındaki fark, muamelelerin şekil ve maksatları bakımından değil; bu hâdiselere verilen hukukî değer ve mânâ bakımındandır. Kanuna karşı hîle, ferdin kanun hükümlerine karşı bir isyanını saklar. Yani bir tarafta bir hukuk nizamı; öte tarafta âsî ve kurnaz bir ferd vardır. Mücadele, bu iki taraf arasındadır. Halbuki hîle-i şer'iyede ferd aynı hukuk nizamının muayyen emirlerinden kurtulmak için, kendisine gene aynı hukuk nizamı tarafından, onun mümessili olan kadı veya müftü vasıtasıyla gösterilen bir başka hal çaresini tercih etmektedir. Tabir câizse, burada kanuna karşı hîle-i şer'iyeyi, bizzat kanun yapmaktadır. Bu itibarla kanun koyanın iradesinin, ferdî zekâların kurnazlıklarına, ferdî iradelerin isyanına karşı himaye edilmesi meselesi burada rol oynamamaktadır. Hîle-i şer'iyeye, tenkili gereken ferdî bir ihlâl değil, olsa olsa suiistimale müsaid hukukî bir müessese, hukukî bir usuldür”¹⁴. Nitekim kitapta kanuna karşı hîle örnekleri olarak verdiği hâdiseler ile,

11 İbn Âbidîn, Bulak 1299, IV/352.

12 Münâkehât ve Müfârekât, İstanbul 1324, 208.

13 Topçuoğlu, 284.

14 Topçuoğlu, 292.

hîle-i şer'iyeye örnekleri arasında benzerlik bulunmamaktadır.

Hîle-i şer'iyeye hukukî netice bağlanmış olması, bunların her zaman ahlâkî olduğunu göstermez. Nitekim yalancı şahidlerle çıkarılan hüküm de, şahidlerin yalancı oldukları ortaya çıkana kadar, şeklen meşru olarak infaz edilir. Bu, onun ahlâkî olduğuna delâlet etmez. Benzer şekilde, borçlunun inkâr ettiği ve senedle ispatlanamayan alacaklar için mahkemeden hüküm çıkartıp cebrî icrâya girişmek imkânsızdır; ama alacak varlığını devam ettirir. Hîle-i şer'iyenin câiz olması, ahkâm-ı İslâmiyeye uymayan sebepleri kullanmaya cevaz vermek demek değildir; böyle sebep kullanılınca, bundan hâsıl olacak hüküm muteber olur demektir. Nitekim meselâ fâsid bey' (satış) yapmak câiz değildir. Yapılınca, artık bunun ahkâmına uymak lâzım olur. İyne satışının yasak olan kısmını yapmak da böyledir; hukukî neticeleri ne ise, o icrâ olunur. Bu, Hanefî ve Şâfi'î mezheplerine göredir. Hîle-i şer'iyeye cevaz vermeyen Mâlikî ve Hanbelî mezheplerinde lâzım değildir.

Hîle-i Şer'iyenin Meşruluk Temeli

Hîle-yi şer'iyenin meşruluk temellerinden biri Kur'an-ı kerîmde Sâd sûresinin 44. âyetidir. Bu âyet, bir kabahati sebebiyle hanımına yüz sopa vurmak üzere yemin ettiğiinde, bundan kurtulması için Hazret-i Eyyüb'e gösterilen çareyi bildirmektedir. Buna göre Hazret-i Eyyüb'e, hanımına üzerinde yüz filiz bulunan bir dal ile vurması, böylece yemini yerine getirmiş olacağı bildirilmiştir¹⁵. Çünkü yemin edince yeminini yerine getirmek esastır. Bu mümkün olmazsa, keffaretini vermek gerekir. Burada sözünde durmanın, aksi takdirde bedeline razı olmanın ehemmiyeti vurgulanmaktadır. Buna "Eyyüb ruhsatı" denir.

Saîd bin Sa'd'dan rivâyet edilen bir hadîs-i şerife göre, zinâ suçu işlediği sâbit olan hasta ve sarsak bir kimse için, Hazret-i Peygamber, üzerinde yüz filiz bulunan bir dal ile vurulmasına hükmetmiştir. Böylece bir sefer vurmakla yüz sopa vurulmuş ve had cezâsı yerine getirilmiş olmaktadır¹⁶. Çünkü, had cezâlarından maksat, suçluya cezâ vermekten ziyade, amme nizâmının muhafazasıdır.

Yine bir gün Hazret-i Peygamber, kendisine *bernî* adındaki hurmadan bir mikdar getiren Bilâl-i Habeşî'ye bunları nereden aldığını sormuş, O da elinde bulunan yedi kilo âdi hurmayı verip, bundan üç buçuk kilo aldığını söyleyince, Hazret-i Peygamber bunu tasvib etmemiş ve "Böyle yapma! Satın alacağın zaman hurmayı parayla sat; sonra bu parayla istediğin hur-

¹⁵ Fetâvâ-yı Hindiyeye, VI/390; İbn Nüceym, 406.

¹⁶ İbn Mâce: Hudûd, 18; Ahmed bin Hanbel, Müsned, V/222.

mayı satın al!" demiştir¹⁷. Çünkü aynı cins malın birbirine satılmasında, biri fazla olursa fâiz olur.

Âzadlı bir köle olan Berfire'ye tasadduk edilen (sadaka verilen) bir etten, Hazret-i Peygamber'e ikram olunmuştu. "Bu Berfire'ye tasadduk edilen bir ettir. Siz ise sadaka yemiyorsunuz!" denildi. Nitekim Hazret-i Muhammed'in sadaka ve adak yemesi, zekât alması câiz değildi. Hazret-i Peygamber buna, "**Evet, bu ona sadakadır; ama bize ise hediyedir**" şeklinde cevap vermişlerdir¹⁸.

Kur'an-ı kerîmdeki Yûsuf kıssasında geçtiği üzere (Yûsuf: 69-79), Mısır mâliye nâzırı Hazret-i Yûsuf, erzak almak üzere, kıtlıktaki Filistin'den Mısır'a gelenlerin arasından küçük kardeşi Bünyamin'i yanında alıkoyabilmek için, bununla anlaşmış; su kabını onun yüküne saklayıp, sonra hırsız olduğu gerekçesiyle kendisine teslimini istemişti. Çünkü gelenlerin tâbi olduğu hukukta, yani Hazret-i Ya'kub'un şeriatinde, hırsızın cezası, mağdura teslim edilmektir. Bu, teknik mânâda bir hile-yi şer'iyeye olmasa bile, hukuka aykırı olmayan maksada ulaşmak için hukukî çarelerden istifade edebilmenin cevazını göstermektedir.

Öte yandan İbn Abbas'ın rivâyetine göre, Hazret-i İbrahim'in hanımlarından Sâra, bir münakaşa neticesinde kuması Hacer'in bir uzvunu kesmeye yemin etmiş, sonra da pişman olarak bu yemininden kurtulmayı istemiştir. Bunun üzerine Hazret-i Cebrâil, Hazret-i İbrahim'e gelerek Sâra'nın Hacer'in kulağını delmesiyle yemini tutmuş olacağını vahy yoluyla bildirmiştir. Rivâyete göre kadınların kulak delme âdeti de buradan kalmıştır¹⁹. İşte sadece bu birkaç tane nass bile, hile-yi şer'iyenin cevazına şer'î delil olarak kâfidir.

Sedd-i Zerâyi' ile Münasebeti

Eski hukukumuzda bazen hükümlere esas teşkil eden ve hile-i şer'iyenin zıddı gibi görünen bir sedd-i zerâyi' prensibi vardır. Sedd-i zerâyi', zerâların, yani kötülöklere giden yolların önüne sedd çekilmesi, kapatılması demektir. Sedd-i zerâyi' üç kısımdır. Birinci kısımdaki zerâlar, mutlaka zarara vesîle olan hususlardır. Bunların yasaklanmasının meşruluğu hukukçuların icma'ı, ittifakı ile sâbittir. Umumî yola (tarîk-i âmma) çukur

17 Buhârî: Büyü' 89, Vekâle 3; Müslim: Mûsâkât 65; Nesâf: Bîyü' 41; Mâlik; Muvatta', Büyü' 20-21, İbn Nüceym, 406.

18 Buhârî: Talâk 14, Nikâh 18, Zekât 62, Hibe 5, Et'ime 31, Itk 10, Ferâiz 22, 23, 19, 25; Müslim: Zekât 170, (1074), Itk 14, (1504); Muvatta: Talâk 25, (2, 562); Ebû Dâvud: Zekât 30, (1655), Talâk 19, (2233, 2235, 2236); Tirmizî: Radâ' 7, (1154, 1155); Nesâf: Talâk 29, 30, (6, 162, 163).

19 Fetâvâ-yı Hindiyeye, VI/390.

kazmak, yemek ve sulara zehir atmak, başka din mensuplarının yanında, onların mukaddes bildikleri şeylere sövmek, sedd-i zerâyi' çerçevesinde câiz değildir. Nitekim umumî yola kuyu kazmak ve yemeklere zehir atmak insanların helâkine; başkasının dinine sövmek, onların da müslümanların dinî şeâirine sövmesine sebep olmak demektir. Sedd-i zerâyi'nin ikinci kısmı asla muteber olmaz. Şarap yapılabilir diye bağcılık, zinâ edilebilir diye komşuluk, yangın çıkabilir diye kibrit îmalâtı ve satışı yasaklanamaz.

Hakkında ihtilaf bulunan, sedd-i zerâyi'nin üçüncü kısmıdır. Burada zerâanın kötülüğe vesîle olması kat'î değil, muhtemeldir. Evini, dükkânını meyhâne veya kilise olarak kirâlamak; şarap yapana üzüm ve meyhâneciye üzüm sırası satmak, zimmînin şarabını taşımak ve domuzlarının çobanlığını yapmak da Mâlikî ve Hanbelî mezhebinde câiz değildir. Çünkü hukuka aykırı işlere vesîle olunmaktadır. Bu sebeple meselâ, bey'-i ecel, yani meselâ bir kumaş bir ay vâde ile on dirheme satıp, sonra bir ay dolmadan beş dirheme satın almak, vereşiye on dirhem karşılığında peşin beş dirhem almaya, dolayısıyla fâize vesîledir ve İmam Mâlik'e göre câiz değildir. Diğer hukukçulara göre bu sadece bir satıştır, görünüşe itibar edilir. Vârise vasiyet yasağını bertaraf etmek için vârisine borç ikrarında bulunmak; üç talâkla ayrılmış kadının tekrar ilk kocasıyla evlenebilmesi için, bir başkasıyla boşama şartıyla veya niyetiyle evlenmesi (hulle nikâhu), zekât ve hac mükellefiyetini iskat için malını elinden çıkarmak gibi hîleler de Mâlikî ve Hanbelî mezhebinde muteber değildir²⁰.

Mâlikî ve Hanbelîler, sedd-i zerâyi'in bu üçüncü kısmını müctehidler için mutlak ve müstakil bir kaynak olarak gördükleri halde, Hanefî ve Şâfi'îler görmezler. Nitekim bazen büyük zarardan kaçınmak için, küçük zarara katlanmak gerekir. Hakkını almak için rüşvet vermek; esîri kurtarmak için düşmana fidye vermek meşrudur. Gerçi Hanefî kitaplarında, "Câiz olmayan bir hükme yol açan şeyler de câiz değildir" ifâdesi yer alıyor. Fakat meselâ şarap yapana üzüm satma meselesinde, iki hüküm arasında şöyle bir fark bulmak mümkündür ki, bizâtihi üzüm satışında hukuken bir mahzur yoktur. Hukuken istenmeyen durum, yani şarap îmalî, satıştan sonra meydana gelen bir değişikliktir. Hanefîler, sedd-i zerâyi'i tümüyle reddetmiş değildir. Nitekim bir kâdının, dâvâ taraflarının davetine gitmesi, bunlardan hediye kabul etmesi, taraf tutmaya yol açacağı için câiz görülmemiştir. İmam Mâlik'ten başka hukukçular, sedd-i zerâyi'in bu kısmını tümüyle reddetmiş değildir. Şu kadar ki, bunu İmam Mâlik daha çok kullanmıştır.

Burada ihtilafın bir başka neticesi ortaya çıkmaktadır. Sedd-i zerâyi'nin bu çeşidini kabul etmeyen Hanefî ve Şâfi'îler, diğer iki mezhebin hilâfına,

²⁰ Şâtübî: el-Muvâfakat, Trc: M. Erdoğan, İstanbul 1990, II/383.

hukukî çareleri, (hîle-i şer'iyeyi, mehârici) delil olarak alırlar. Çünkü bu mânâda sedd-i zerâyî', hîle-i şer'iyeye ile tezdad arzeder. Bu sebeple sonra gelen bazı Mâlikî ve Hanbelî hukukçularının kitaplarında, hîle-i şer'iyeye ve bunu câiz gören başka mezheplerdeki hukukçulara tenkidlere rastlanır. Satoe Horii, hîle-i şer'iyeye karşı çıkan Mâlikîlerin de ilk devir kaynaklarında kullandıkları çok sayıda hîle-i şer'iyeden örnekler zikretmektedir²¹.

Sedd-i zerâyî'yi mutlak delil olarak kabul eden Mâlikî ve Hanbelîler, yukarıda geçen Hazret-i Eyyüb ile ilgili âyetin nesholunduğu, yani yürürlük zamanının bittiği görüşünde olup Hanefî ve Şâfi'îlerin hilâfına hîle-i şer'iyeye delil olarak itibar etmezler. Fakat bunların şer'î değil de, bâtil hîlelere karşı oldukları, en azından hîle ile bâtil maksatlara yol açılabileceği endişesini taşıdıkları anlaşılmaktadır. Hemen her mezheb hukukçusu, az veya çok, hîle-i şer'iyeyi delil almış, gerektiğinde buna mürâcaat etmekte beis görmemiştir. İhtilaf ancak tatbikkattır²². Nitekim, Şâtibî, Mâlikî mezhebinde olduğu halde, sedd-i zerâyî'in bu üçüncü kısımdaki ihtilafta hâlâ bir neticeye varılmadığını söylemekte; kendi mezhebinden oldukları halde, hîle-i şer'iyeye cevaz verdikleri için Hanefî ve Şâfi'îleri tenkid edenlere karşı çıkmaktadır²³. Hîle-i şer'iyeyi uzun uzadıya tedkik edenlerden İbn Kayyim, "Maksad mübah ise hîle mübah; değil ise, hîle de haramdır" neticesine varmıştır²⁴.

İslâm hukuk tarihinde bu hususta yazılmış ilk eserin (*Kitâbu'l-Hiyel*), Hanefî mezhebinin kuruluş yıllarında yetişmiş hukukçularından İmam Muhammed Şeybânî'ye âit olduğu kabul edilmektedir. Bu mezhebin kurucuları sayılan üç imamdan pek çok örnek hâdise nakledilmiştir. Meselâ, İmam-ı A'zam Ebû Hanîfe zamanında iki kardeş iki kızkardeş ile nikâhlanmıştı. Onlardan her biri, bilmeyerek diğeriyle zifafa girmişti. Sabah durumun farkına varıldı. Normal şartlarda her bir gelinin iddet beklemesi ve sonra gerçek kocalarıyla zifafa girmeleri gerekiyordu. Nitekim orada bulunan meşhur hukukçulardan Süfyan-ı Sevrî bu fetvâyı verdi. Ancak bu hâl tarzı, hem iddet için uzun bir müddet beklenmesine, hem de âile içinde sevimsiz bir durumun doğmasına sebebiyet verecekti. Çünkü eşlerden her biri, diğer eşin, vaktiyle kendi kardeşiyle zifafa girmiş olmasını kolay kolay hatırlıktan çıkaramayacaktı. Nikâhta bulunan İmam-ı Ebû Hanîfe, evlenenlerin her birine, zifafa girdikleri kimseyi beğenip beğenmediğini sordu. Müsbet cevap alınca, dâmâdlara kendi hanımlarını boşamalarını ve zifafa girdikleri kızları nikâh-

21 Horii, 352 vd.

22 İsmail Hakkı, 149-150, 166.

23 Şâtibî, II/ 394.

24 İbn Kayyim: *İ'lâmü'l Muvakkiîn*, Kâhire 1955, III/107 vd.

lamalarını tavsiye etti. Böylece gelinler iddet beklemeksizin evlenebilecek; hem de korkulan sevimsiz durum doğmamış olacaktı. Süfyan-ı Sevrî de, bu fetvâyı tasvib etti²⁵. Hanefî hukukçularının önde gelenlerinden Hassâf'ın (vefatı: 261/874) da *el-Hiyel* adında bir kitabı vardır. Sonraki zamanlarda İslâm hukukunun fûru'una, yani dallarına dâir yazılan eserlerde bu hususa müstakil bir yer ayrılmıştır. Nitekim meselâ Fetâvâ-yı Hindiyîye'de pekçok hîle-i şer'iyye örnekleri vardır.

Hîle-i Şer'iyyeye Bazı Misaller

Hîle-i şer'iyyenin mahiyetini iyi anlamak için, hîle-i şer'iyyenin en yaygın tatbikatlarına bakmak faydadan hâli değildir. Bunların en yaygın ve meşhur olanları zekât, karz ve talâk ile ilgili olanlarıdır. Çünkü bu sahalarda insanların en çok karşı karşıya kaldıkları meseleleri ihtiva eder. Bir fakirden olan alacağını zekâtına saymak isteyen kimse, zekât deyn (borç) olarak verilemeyeceği, niyeti müteakip mutlaka mal varlığından çıkması gerektiği için, önce zekâtını ayn (mal veya para) olarak bu fakire verir, sonra alacağını tahsil eder. Bir başka deyişle sözgelisi bir fakirden on altın alacağı bulunan kimse, bunu zekâtına saymak isterse, zekât niyetiyle on altını bu fakire verir, böylece zekât borcundan kurtulur; sonra fakir de bu on altını alacaklısına vererek borcunu ödemiş olur²⁶. Burada ferdin niyeti, zekâttan kaçmak değil, bilakis zekâtını meşru biçimde vermek ve borçlusunu dâ borcundan kurtarmaktır.

Bir yandan zamanın fesâda uğraması, yani zamanla cemiyetin bozulması ve kötüleşmesi; bir yandan da nakit para kıtlığı sebebiyle, insanlara karz-ı hasen yoluyla, yani menfaatsiz borç para veren kimseler çok azalmış, hatta bulunamaz olmuştur. Halbuki insanların pek çoğu borç almaya ihtiyaç duymaktadır. İşte bu sebeple hukukî çareler, ödünç alma sahasında yaygın bir tatbik sahası bulmuştur. Ödünç almaya dair hukukî çarelerden en meşhuru da *iyne* satışıdır. İyne satışında, paraya ihtiyacı olan ve karz-ı hasen de bulamayan bir kimseye bir mal veresiye satılır; o da bunu başkasına daha ucuza ve peşin olarak satar. Böylece istediği borcu temin eder; ilk satıcıya da bundan daha yüksek bir miktar borçlanmış olur. Hîle-yi şer'iyyenin en meşhurlarından birisi budur. Karz yoluyla kredi bulamayan kimselerin fâize düşmemek için mürâcaat etmek zorunda kaldıkları bir çaredir. Hatta İmam Ebû Yûsuf, böyle yapanların hukuka uymak hususunda gösterdiği hassasiyet dolayısıyla ayrıca sevab da kazanacağını söyler. “**İyne satışı yaparsanız ve ziraatle uğraşıp cihâdı terkederseniz düşman size gâlip gelir**”²⁷ hadîsi-

²⁵ Ibn Hacer el-Heysemî: *el-Hayrâtü'l-Hisân fi Menâkibi'l-İmâmi'l-A'zâm Ebi Hanîfeti'n-Nu'mân*, Trc. Ahmed Karadut, Ankara 1978, 126-127.

²⁶ Fetâvâ-yı Hindiyîye, VI/391.

²⁷ Ebû Dâvud: Büyü' 54; Ahmed bin Hanbel, Müsned, II/84.

nin yasakladığı, iyne satışının iki semenin önceden kararlaştırılıp şart edildiği çeşididir. Şart edilmemişse câizdir. Nitekim bir kimsenin bir malı veresiye satıp, aynı mecliste daha ucuza peşin geri alması da câiz değildir. İmam Muhammed'in cevaz vermediği söylenen iyne satışı budur. Kaldı ki diğer Hanefî hukukçuları da bunu geçerli görmemektedir. Ama başka bir kimse bunu alır, sonra da ilk satıcıya satarsa câiz olmaktadır²⁸. Muhtaç olana iyne ile borç vermek mekruhtur.

Muamele satışı da ödünç alma hususunda yaygın bir hukukî çaredir. Meselâ, on altın alıp, onbir altın ödemek hususunda uyuşulunca, on altını borç olarak verip bir altına da kalem, defter gibi bir şeyi borç alana satmak câizdir. Böylece oniki altın borçlanılmış olur. Satış önce, borçlanma sonra da olabilir. Hatta meselâ, borç isteyen kimse bir malı on liraya peşin satıp teslim ettikten sonra, bunu o kimseden onbir liraya veresiye geri satın alsa, bu da muteberdir. Ancak bu çeşit satışlarda, muamele ile satılacak malın fiatı, borç miktarının devlet tarafından tesbit edilen yüzdesinden fazla olamaz. Bu miktarın sınırı yüzde onbeştir²⁹. Osmanlı Devleti'nin son zamanlarında yüzde onbeşe kadar muameleyle izin verilmekteydi. Nitekim *Murâbaha Nizamnamesi* de bu yüzdeyi esas almıştır. Osmanlı Devleti'nin son zamanlarında bankalar bu usule göre çalışırlardı. Meselâ, banka veznesindeki memur elindeki bir kalemi veya saati ya da (çoğunlukla) bir kitabı, yüz altın kredi isteyen kimseye on altına veresiye satar, sonra istenilen miktarı borç olarak verir, böylece müşteri bankaya yüzon altın borçlanmış olurdu³⁰.

Zamanın bozulması sebebiyle mürâcaat edilen hfle-i şer'iyelerin en yaygınlarından birisi de müdârebe (emek-sermâye) şirketinde sözkonusudur. Müdârebe şirketi, ortaklardan bir kısmı sermâye vermek, bir kısmı da iş yapmak üzere kurulur. Sermâye, iş yapanlarda emânettir, teaddisi (kusuru) olmaksızın telef olursa ödemezler. Helâk olduğunu yemin ederek söyleyince, sözleri kabul edilir. Zamanla bunu istismar edenlerin çoğalması, binaenaleyh sermâye sahiplerinin zarar görmesi üzerine hukukçular bazı hukukî çareler göstermişlerdir. Mısır'da 743/1343 yılında vefat etmiş olan Hanefî hukukçusu Zeylaî'den nakledildiğine göre, sermâye sahibi, iş gören tarafından, parasının her hâlükârda ödenmesini isterse, paranın çoğunu ona ödünç verir. Sonra, az bir para vererek, iş yapmak şart edilmeksizin onunla inân (bir nevi komandit) şirketi kurar. Fakat mal sahibi iş yapmaz. Kâr olursa, hazırladıkları şartnâmeyle göre taksim ederler. Sermâye helâk, ziyan olursa, iş gören, borcunu öder³¹.

28 İbn Âbidîn, IV/255, 291.

29 İbn Âbidîn, IV/183.

30 Çavuşzâde Aziz: *Dürrü's-Sükûk*, İst. 1288, II/65.

31 İbn Âbidîn, III/352.

Bir başka hukukî çare de karzda tecil ile alâkalıdır. Hanefî mezhebinde, ödünç verirken, zaman tayin edilemez. Çünkü, zaman tayin edince, bir mal, aynı cins ve miktarda mal ile veresiye satılmış olur ve bu da fâiz sayılır. Ödeme tarihi tesbit etmemekle, ödünç veren verdiği geri almak hakkına her zaman mâlik olmakta, belli bir zamanı beklemek zorunda kalmamaktadır³². Ödünç verdiği parayı geri alabilmek için, senedde ödeme tarihi bulunmak gerekiyorsa, ödünç vereceği kimseden kefil ister. Kefil ile belli bir zamanda ödenmesine kefil olması için anlaşır ve kefilen ödeme tarihi belli bono alır. Bir başka yol da, borçlunun borcunu kendine borcu olan birine havâle etmesidir. Havâle olunanın borcunun ödeme zamanı belli ise, alacaklıya da o zamanda öder. Belli zamanı yoksa, alacaklı havâleyi kabul eden ile, belli bir zamanda ödemesi için uyuşur. Bunun borçluya borcu yoksa, borçlu, belli zamanda ödemek üzere buna borçlandığını bildirir; yani bono verir. İki borç da aynı tarihte ödenir. Fakat burada borçlu, ödeme senedini alacaklıya değil; havâleyi kabul edene verir. Alacaklı, ödeme tarihi yazılı bononun kendisine verilmesini isterse, ödünç vereceği parayı, emin bir arkadaşına hediye eder. Bu da bu parayı, ödünç isteyene verir. Borcunu para sahibine havâle etmesini söyler. Para sahibi havâleyi kabul ederek dilediği ödeme tarihli bono yazıp, arkadaşına verir. Borçlu da para sâhibine aynı tarih yazılı bono verir. Sonra, havâleyi alan, alacağını arkadaşına hediye ederek, bonosunu geri verir. Üçüncü bir yol ise, ödünç isteyene, ödünç vereceği kadar fiyatla ucuz bir şeyi veresiye satması ve ondan bu satış için belli tarihten önce ödeme senedi almasıdır. Çünkü alım satım akdinde, karz akdinin hilâfına, senede ödeme tarihi koymak şarttır. Sonra bu şeyi aynı fiyatla peşin olarak ondan geri satın alır. Son olarak, Mâlikî mezhebi taklid edilebilir. Çünkü bu mezhepte ödünç verirken ödeme zamanının bildirilmesi lâzımdır³³.

Hukukî çarelere en çok mürâcaat edilen meselelerden birisi de üç talâkla boşandıktan sonra tekrar evlenebilmek için yapılanlardır. Üç talâkla boşanan kadın başka bir erkekle evlenerek zifafa girip bu evliliği sona ermedikçe eski kocasıyla evlenemez. Buna tahlîl (hulle) denir ki, helâl kılmak demektir. Nitekim bu evlilikle, kadın eski kocasına helâl olmaktadır. Bunun için ca'lf (görünüşte) evlilikler yapılmıştır: Kadın itimad edilen bir kimseyle evlenir, zifafın ardından ayrılarak iddeti de bittikten sonra isterse eski kocasına yeni bir nikâhla dönebilir. Bu ikinci kocanın kadını boşamasından korkulursa, ya kadın boşanmak elinde olarak evlenir ve sonra kendini boşar, veya ikinci kocaya başta zifafa girmesi halinde hanımının üç talâkla boş düşeceği hususunda yemin ettirilir. Tarihte tatbik edilmiş enteresan bir çare de şöyledir: Üç talâkla boşanmış kadın, eski kocasının bir kölesiyle evlen-

³² Hamza Efendi: *Bey ve Şirâ Risâlesi*, İstanbul 1306, 59.

³³ İbn Âbidîn, IV/177-178.

dirilir, zifafdan sonra köle kadına hibe edilir, nikâh ile mülkiyet bir arada olmaya-
cağından hibe ile nikâh bozulur, kadın eski kocasıyla tekrar evlenebilir, köle de
uzak bir yere satılır³⁴. Ama halk arasında karikatürize edildiği gibi, hüllecî denilen
ve umumiyetle kör, yaşlı, erkeklikten mahrum, hatta bu işi meslek haline getirmiş
kimselerle yapılan ve dolayısıyla zifaf neticelenmeyen evlilikler hulle hâsıl et-
mez ve kadın ilk kocasına helâl olmaz. Eğer böyle bir evliliğin hulle hâsıl ettiği
kabul olunsaydı, o zaman hîle-i şer'iyeye belki tenkid edilebilirdi. Halbuki İslâm
hukukçuları, böyle bir hîleye cevaz vermiş değildir. Bu konuda bir başka çare de,
ilk nikâhı sahîh tutmayan bir başka mezhebe göre yeniden nikâh yapılmasıdır.
Meselâ, Şâfi'î mezhebinde velîsiz nikâh sahîh değildir. Hanefî mezhebinde sahîh-
tir. Üç talâkla bozulan bir nikâh, velî hâzır bulunmaksızın olmuşsa, hiç hulleye,
yani kadının başka bir erkekle evlenmesine gerek kalmadan, Şâfi'î mezhebine
göre velînin huzurunda ikinci bir nikâh yapılır³⁵.

Üç talâkla ayrılmalarda, ilk kocasıyla tekrar evlenebilmek için, kadının bir
başkasıyla yaptığı tahlilde, nikâh kıyılırken ikinci kocaya sonradan kadını boşama-
ması şart edilse, İmam Ebû Hanîfe'ye göre, böyle bir şart geçersizdir; ancak nikâh-
a zararı yoktur. İkinci koca isterse kadından ayrılmayabilir. İmam Ebû Yûsuf'a
göre böyle nikâh fâsiddir. İmam Muhammed'e göre nikâh sahîhtir. Fakat zifaf
olsa bile, tahlil hâsıl olmaz, yani kadın eski kocasıyla evlenemez. Nikâh kıyılırken,
nikâhın muvakkat olduğunu koca söylerse, İmam Ebû Hanîfe, Ebû Yûsuf ve Mu-
hammed'e göre bu nikâh fâsiddir. İmam Züfer'e göre ise nikâh sahîh olmakla
beraber, muvakkat kaydı geçersizdir. Ancak dâmâd, nikâhın muvakkat olduğunu
söylemese, yalnızca içinden geçirse, bu muvakkat nikâh Hanefî ve Şâfi'î mezhe-
binde muteberdir. İkinci koca, boşaması şart edilerek veya kendisine şart koşul-
madığı halde boşamak niyetiyle evlense, böyle bir nikâh, Mâlikî mezhebine göre
fâsid; Hanbelîlere göre ise bâtıldır. Zifaf olsa bile, tahlil doğurmaz; yani kadın ilk
kocasıyla evlenemez³⁶. Çünkü Mâlikî ve Hanbelî mezhebinde hîle-i şer'iyeye mu-
teber değildir.

Bilhassa bazı hukukî muamelelerdeki gerçek niyetleri üçüncü şahıslar-
dan saklamak için başvurulmuş hîlelerde (muvâzaa), taraflarca gerektiğinde
kullanılmak üzere bir takım gayriresmî belgeler (ikrar gibi) düzenlenir ve
bunlar itimad edilen bir kimseye emânet olarak verilir. Tarafların gerçek

34 Fetâvâ-yı Hindiyeye, VI/395-396.

35 Ahmed Tahtâvî: *Dürrü'l-Muhtar Hâşiyesi*, (Terceme-i Tahtâvî adıyla trc. Seyyid
Abdülhamid Ayntabî), Kostantiniyye 1286, III/423-424.

36 Bilmen, II/109-110. İmam Ebû Yûsuf ve Muhammed Şeybânî'nin boşanma şartıyla nikâh
ile tahlilin sâbit olmayacağı fetvâları, usûl-i fikhın, "Kim bir şeyi vaktinden evvel isticâl
eyler ise, mahrümiyyetle muâteb olur" (Mecelle-i Ahkâm-i Adliyye, madde: 99) kâidesi-
ne dayanır.

niyetlerini ve muamelenin maksadını gösteren bu vesikalara *şurut* adı verilir ve hiyel ile ilgili kitaplarda bunların nasıl düzenlenecekleri teferruatlı bir şekilde anlatılır³⁷. Düşman ve gâsıpların haksız müdahalelerinden korunmak üzere yapılan muvâzaalı satışları, hukukçular muhayyerlik şartıyla satış adederek, gerektiğinde satıcının tekrar malını alabilmesine imkân tanımışlardır. Buna *telcie* yoluyla satış denir. *Telcie*, sığınmak demektir³⁸. *Telcie* (muvâzaa) yoluyla hibe, vârisleri veya alacaklıları mahrum etmeye vesîle olacağı için, Hanbelî mezhebinde câiz değildir³⁹.

Sonsöz

Hukuka uygun hareket etmek bazen insanlar için çok meşakkatli olabilir. Hatta bunun için hukukun başka hükümlerini ihlâl etmek gerekebilir. Bu gibi hallerde, meşakkati bertaraf ederek, hukuka uygun davranabilmek için kanun koyucu, insanlara bir takım yollar, çâreler tavsiye eder. İşte eski hukukumuzda, hukuka uymanın zor olduğu durumlarda, meşru sınırlar içinde kalabilmek için, kanun koyucunun gösterdiği başka bir yoldan gitmeye, hîle-i şer'iyye veya şer'î çare denir. Bu yol, münhasıran o maksad için gösterilmiş değildir; fakat o maksada ulaştırıcıdır. İhtiyaç olmaksızın veya hukukî hükümleri bertaraf etmek gibi niyetlerle yapılan hîleler meşru değildir, bunlara hîle-i şer'iyye denilmez ve böyle hîlelere başvurulunca, bunun gereği olan hukukî hükümler icra edilir; bir başka deyişle işin hukukî neticesine katlanılır. Hîle-i şer'iyye, işte bu cihetle Batı hukukundaki kanuna karşı hîleden farklıdır. Kanuna karşı hîlede, hukukî hükümlerden bir kaçış söz konusudur. Halbuki hîle-i şer'iyye, hukukun bizzat kendisi tarafından tavsiye edilmekte; bu sebeple hukuk sisteminin içinde kalmaktadır. Hîle-i şer'iyye, bir bakıma avukatların müvekkillerine verdiği istişârî beyanlara; bir bakıma da hukuk bilimcilerine benzemektedir. İslâm hukukunda hîle-i şer'iyyenin varlığı, hem meşru dairede davranmalarını sağlayarak ferdlerin vicdanında hukukî meşruluk hissini muhafazasına hizmet etmiş; hem de değişen zamanın şartlarına hukukun intibakına yardımcı olmuştur.

³⁷ Schacht, 83.

³⁸ İbn Âbidîn, IV/255. Burada tarafların muâmelinin hakîkati hakkında ayrı ayrı yaptıkları ikrarlar tescil ediliyor; buna dair vesikalar güvenilen üçüncü bir şahsa emânet ediliyordu. İleride bir nizâ vuku'unda, bunlar meseleyi vüzûha kavuşturabilmekteydi. Schacht, 83.

³⁹ Bilmen, IV/262.