

İSLÂM HUKUKU ARAŞTIRMALARI
DERGİSİ

Sayı : 1 Yıl : 2003

Yayın İlkeleri

- 1- Dergide yayımlanması istenen yazılar İslam Hukuku ile ilgili olmalıdır.
- 2- Yazılar; İslam hukuku ile ilgili çağdaş bir problem, İslam hukuk tarihi, edebiyatı, son dönem, daha önce yaşamış ya da çağdaş İslam hukukçularının ve eserlerinin tanıtımı, önceki fukahanın yazmış oldukları risalelerin neşri ve tercemesi, sempozyum ve tez değerlendirmeleri vb. konularda olmalıdır.
- 3- Araştırma ilmi metotlara uygun olmalıdır.
- 4- Araştırmaya İngilizce veya Arapça özet eklenmelidir.
- 5- Yazılar hakemlerin olumlu görüşünden sonra yayımlanır.
- 6- Dergide yayımlanan yazıların dil ve içerik bakımından sorumluluğu yazarlarına aittir.
- 7- Yayımlanmayan yazılar sahiplerine iade edilmez.

Principles and Regulations For Publication

- 1- Research submitted for publication, should be based on Islamic jurisprudence
- 2- Research should concentrate on issues,
 - questions and contemporary problem,
 - history of Islamic jurisprudence,
 - its literature,
- past and contemporary Islamic legists, dealing with Islamic subjects, with their works,
- critical publications and translations of treatises (unpublished manuscripts) of the past Islamic legists / jurists about various subjects,
- notes on symposiums, conferences, congresses or theises etc.
- 3- Research should be followed scientific methods.
- 4- A satisfied abstract should be attached to the research to be translated into English or Arabic.
- 5- Researches should be arbitrated by Islamic legists/jurists according to methods which indicates principles and procedures of arbitration
- 6- The opinions expressed in the articles are solely those of the authors
- 7- Researches which not published, will not be returned.

قواعد النشر وشروطه

- 1- أن يكون البحث المراد نشره في المجلة مبنيًا على الفقه الإسلامي
- 2- أن ينصب البحث على القضايا والمسائل والمشكلات المعاصرة المتعلقة بالفقه الإسلامي أو تاريخه أو أدبه أو التعريف بالفقهاء المتأخرين والمتقدمين والمعاصرين مع بيان إنجازاتهم العلمية أو تحقيق رسائل فقهاءنا القدامى وترجمتها أو تقييم المؤتمرات أو الرسائل الخ.
- 3- أن يوافق البحث على المناهج العلمية
- 4- أن يرفق بالبحث خلاصة مستوفية له لترجمتها إلى اللغة الإنجليزية أو العربية
- 5- تنشر البحوث بعد أن يتم التحكيم من قبل المتخصصين وفقًا لقواعد التحكيم
- 6- جميع المسؤوليات العلمية والقضائية للبحوث المنشورة في المجلة على مؤلفيها
- 7- البحوث التي لا تنشر لا تعاد لأصحابها

İÇİNDEKİLER

editörden	7
Makaleler	
Klasik Fıkıh Usulünün Yapısı ve İşlevi	9
<i>The Nature and Function of Classical Islamic Jurisprudence</i>	
Prof.Dr. H. Yunus APAYDIN	
Sosyal Değişme Karşısında İslâm Hukuku ve Yeni Yaklaşımlar	29
<i>Islamic Law in The Context of Social Change and New Approaches</i>	
Prof.Dr.Hamdi DÖNDÜREN	
İslam Hukukunda Ahkâmın Değişimi Üzerine Bazı Düşünceler	51
<i>Some Remarks On Changing Judgments In Islamic Law</i>	
Doç.Dr.Ferhat KOCA	
Osmanlı Sultanı Muhammed Reşad Döneminde Kocasını Kaybolan Kadının Evlenmesine İmkan Veren Fıkhi Hüküm Değişikliği ile İlgili Bir Vesika.....	79
<i>A Document From the Time Sultan Muhammad Reshad which is Related to The Changing a Juristic Principle to Allow the Remarriage of a Woman whose Husband has Disappeared</i>	
Prof.Dr.Yunus Vehbi YAVUZ	
Fıkıh ya da Müslümanların Hukuku	95
<i>Fiqh or The Law of Muslims</i>	
Prof.Dr.Mehmet ERDOĞAN	
İslam'da ve Günümüz Devletler Hukukunda Savaş Esirleri.....	105
<i>The Captures of War in Islam and Modern International Law</i>	
Doç.Dr.Ahmet ÖZEL	
Freedom of Religion and Conscience from the Perspective of Islamic Law	123
<i>İslam Hukuku Açısından Din ve Vicdan Hürriyeti</i>	
Prof.Dr.Saffet KÖSE	
Islam and Human Rights at the Age of Globalisation.....	141
<i>Globalleşme Çağında İslam ve İnsan Hakları</i>	
Dr. Mustafa YAYLA	

Karşılaştırmalı Hukuk Tarihinde Metodolojik Formalizmin Aşılmasında İki Yöntem:

İstihsan ve Equity147

The Two Methods of Tackling Methodological Formalism in The Comparative Legal History: Istihsan and Equity

Dr. Muharrem KILIÇ

İslam ve Türk Borçlar Hukukuna Göre Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçiş Sorunu.....167

The Question of Transmission of Damage in The Contract of Sale According to Islamic and Turkish Law of Obligations

Yrd.Doç.Dr.Talip TÜRCAN

İslam Ceza Hukuku Üzerine

-Genel Kısım Özel Kısım Ayırımı ve Belirlenmiş Suçlar Bakımından Cezaların Taksimi-187

On The Islamic Criminal Law -Partition of General Part and Private Part and Classification of Penalties with Respect to Fixed Offences-

Dr.Haluk SONGUR

İslâm Hukukunda Cezası İnfaz Edilen Bir Suçun Uhrevî Boyutu197

Dimension of The Executed Punishments in the Hereafter from Angle of the Islamic Criminal Law

Yrd.Doç.Dr.Sabri ERTURHAN

Risâle fi'l-Ğinâ' el-Mülhî (Eğlence İçerikli Müziğin Hükmüne Dair)217

Treatise About The Amusing Music's Judgement

İbn Hazm (v.456/1064) / Çeviren: Dr. Ali PEKCAN

Tanıtım ve Değerlendirme: Kitap, Tez, Toplantı, Hâtırât

Hile-i Şer'iyye Konusunda İlginç Bir Risâle.....231

An Interesting Treatise (Risâlah) on Legal Stratagems/Tricks (al-Hiyal al-Shar'iyyah)

Prof.Dr.Saffet KÖSE

Mu'tezile Ekolünün Usûl-ı Fıkha Dair Görüşleri257

Dr.Ali PEKCAN

Vefeyât

Doç. Dr.Osman Şekerci'nin Ardından.....259

Yrd. Doç. Dr. Abdullah ÖZCAN

editör'den

Başlarken...

Müslüman toplumlarda asırlarca uygulama alanı bulmuş, günümüz dünyasında da farklı ülkelere göre bütünüyle veya kısmen tatbik edilen İslam Hukuku, doğulu ve batılı bilim çevrelerinin en fazla dikkatini çeken disiplinlerden birisidir. Bu gün gelişmiş batı ülkeleri başta olmak üzere dünyanın bir çok ülkesindeki üniversite ve enstitülerde İslam Hukuku ile ilgili kapsamlı araştırmalar yapılmakta ve müstakil dergiler çıkarılmaktadır. Özellikle XIX. Asrın ikinci yarısından itibaren toplumsal hayatın zorlamasıyla batı hukukundaki yerini alabilen ve hukuk düşüncesi açısından oldukça önemli bir merhaleyi ifade eden bazı teori ve ilkelerin müslüman hukukçularca Kur'an ve Sünnet'in getirdiği genel prensipler doğrultusunda başlangıçtan itibaren kapsamlı bir şekilde ele alınmış olması dikkati çekmiş ve bu hukuka olan ilgiyi daha da arttırmıştır. Nitekim 1937 yılında Lahey'de toplanan Mukayeseli Modern Hukuk Konferansında İslam Hukukunun orijinal bir hukuk olduğu ve hiçbir hukuk sisteminden iktibas edilmediği; çağdaş ihtiyaçları karşılayabilecek bir yapıya sahip bulunduğu; modern hukukun kaynaklarından birisi olduğu şeklinde üç önemli karar alınmıştır. İşte İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi Türkiye'nin bu alandaki birikimini ilim dünyasının hizmetine sunma çabasının bir sonucudur. Yılda iki defa yayımlamayı planladığımız dergide İslam Hukukunun kaynakları, kavramları, ekolleri, tarihi, önemli şahsiyetleri ile ilgili incelemeler, çeşitli hukuk sistemleriyle ilgili mukayeseli çalışmalar, günümüzde ortaya çıkmış ya da klasik literatürümüz içerisinde ele alınmış olmakla birlikte hala tartışma konusu olmaya devam eden meselelerle ilgili araştırmalar, klasik literatürümüzün önemli bir bölümünü oluşturan orijinal risalelerin neşri, yazma veya matbu kaynakların tanıtımı, modern araştırmalarla ilgili değerlendirmeler, yabancı dilde yazılmış ve tercümesinde fayda mülahaza olunan makalelerin çevirileri gibi İslam hukukunu ilgilendiren konular yer alacaktır. Elinizdeki sayı bunun ilk bir örneğini oluşturmaktadır. Ayrıca İslam hukukunu ilgilendiren konularda özel sayılar çıkarmak da hedeflerimiz arasındadır.

Daha güzel yeni sayılarda buluşma dileğimizi ifade ederken derginin çıkarılmasındaki desteklerinden dolayı başta Mehir Vakfı genel başkanı Mustafa Özdemir olmak üzere mütevelli heyeti, ilim heyeti ve danışma kuruluna teşekkür ederim.

26.04.2003 tarihinde hakkın rahmetine kavuşan Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslam Hukuku Anabilim dalı öğretim üyesi Doç.Dr. Osman Şekerci'yi de rahmetle anıyoruz.

Yeni sayılarda buluşmak ümidiyle...

Saffet KÖSE

KLASİK FIKIH USULÜNÜN YAPISI VE İŞLEVİ

Prof.Dr.H. Yunus APAYDIN**

The Nature and Function of Classical Islamic Jurisprudence

It is difficult to argue that the methodology of exegesis is not a systematic method of understanding. The absence of a systematic exegesis which has been written without referring to the systematic, logic and terminology of classical Islamic diciplines is the evidence of this fact. Most of the exegetic literature are the collections of what have been said in the theologic, fıqh, mystical and linguistical literatures. From this point of view, classical islamic jurisprudence is not a real methodology of understanding. In this article, the nature of classical islamic jurisprudence will be evaluated as a method of understanding.

Tertip heyetinin bu tebliğ için önerdiği “Klasik Anlama (Tefsir ve Fıkıh Usulü) Yöntemlerinin İmkan ve Sınırları” şeklindeki başlık, “klasik anlama yöntemi” diye bir şeyin var olduğunu ve bunların Tefsir ve Fıkıh usulünden ibaret olduğuna işaret etmektedir.

Sözü edilen “anlama” ile kastedilenin ne olduğu ve bu anlama işinin ne üzerinde, kim tarafından ve nasıl icra edildiği sanıldığı kadar açık değildir. “Anlama” sözcüğü, klasik terminolojideki fıkh, beyan, ilim, marifet, tefsir, tevil, ictihad gibi kavramlardan birinin yerine mi, -önerilen tebliğ başlığında olduğu gibi- sadece fıkh ve tefsirin yerine mi yoksa bunların hepsinin yerine mi kullanılmaktadır, yoksa hiçbirinin yerine kullanılmayıp, yeni bir içerikle mi ele alınmaktadır? sorusunu sorarak başlamak istiyorum.

Eğer “anlama” ile kastedilen, kabaca, nasların (ayetlerin) sistemli bir bütünlük içinde anlaşılması ise, klasik terminolojide ‘tefsir’in bu anlamda bir anlama işi olduğunu, tefsir usulünün bu anlamının yöntemi olduğunu söylemek oldukça zor gözükmemektedir. Bu tesbiti yanlışlayacak bir argüman sunmanın güçlüğüne mukabil, doğrulayacak argüman sunmak kolaydır. En basit argüman, sırf bir tefsirci tarafından diğer klasik disiplinlerin sistem, mantık ve terminolojisini kullanmaksızın yapıl-

* Diyanet İşleri Başkanlığınca düzenlenen Güncel Meseleler I. İhtisas Toplantısında sunulmuş tebliğ (Ekim 2002)

** Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi

miş sistematik bir tefsirin bulunmayışıdır. Eldeki bütün tefsir kitapları, büyük ölçüde, ilk dönemlerde ayetlerin anlamlarına ilişkin olarak söylenenlerin derlenmesinden veya kelam, fıkıh, tasavvuf, dilbilim gibi bazı disiplinlerce üretilen bilgilerin serd edilmesinden ibarettir. Tefsire ilişkin olarak yaptığım bu tesbiti, uzmanlarının eleştirisine bırakıyorum.

Fıkıh usulünün bu anlamda gerçekten bir anlama yöntemi olup olmadığı da bazı bakımlardan tartışmaya ve irdelenmeye açık gözükmektedir. Şayet “anlama” ile, sadece bireyin davranışına ilişkin şer’î hükümlerin bilinmesi kastediliyorsa, fıkıh usulünün bir anlama yöntemi olduğu kuşkusuzdur. Ancak bu halde, bütüncül bir anlamadan değil, sadece bireyin davranışlarını ilgilendiren hususlarla sınırlı bir anlamadan söz etmek mümkün olacaktır. Fıkıh usulünün bir anlama yöntemi olup olmadığı, bu yönüyle, “manaya delalet” ile “şer’î hükümleri bilmek” arasındaki ilişkinin netleştirilmesine bağlı gözükmektedir. Lafzın manaya delaleti ile hükme delaletinin aynı şeyler olup olmadığı klasik teoride yeterince açık değildir. Lafzın manaya delaleti ile hükme delaletini ayrı ayrı ele alan ve manaya delaleti, hükme ulaşmanın bir ön aşaması sayan usulcüler olduğu gibi, ikisi arasında ayırım gözetmeyenler de vardır.¹ Her iki yaklaşım açısından da fıkıh usulü, kesinlikle mevcut nasları “ilkten anlama”nın yöntemi olmadığı gibi, “yeniden anlama”nın yöntemi olarak da tasarlanmamış, aksine büyük ölçüde, daha önceden gerçekleşmiş bulunduğu varsayılan “anlama” işinin sonuçlarını, ki buna bakış açısına göre anlam veya hüküm denilebilir, metinsel (nassî), dilsel ve ilkesel birtakım esaslara oturtma girişiminin sonucunda oluşmuştur. Bu bakımdan “şer’î hükümlerin bilinmesi” denildiği vakit, fakîhlerin doğrudan ayet ve hadis metinlerini (nusûs) önlerine alıp, bireyin/mükellefin davranışlarına ilişkin şer’î hükümleri ilkten oradan çıkardıklarını düşünmek doğru olmaz. Bu yönüyle fıkıh usulünün geçmişe yönelik bir inşa girişimi olduğu rahatlıkla söylenebilir.

Fakîhler, esasında kendilerinden önce, bu metinlerin muhatapları olan peygamber ve arkadaşları tarafından, hiç değilse ana çerçeve itibarıyla bilinmiş ve tatbik edilmiş olan anlam ve hükümleri sistematik bir bütünlük içerisinde zabt, izah ve tatbik çalışmışlardır. Hükümün Şâri’in (Allah, peygamber) hitabı olarak tanımlandığı ve peygamberin de beyan / tebyîn etmekle yükümlü olduğu hatırlanacak olursa teorik olarak, teklifin ana noktaları itibarıyla nasların anlamlarına ve ifade ettiği hükümlere ilişkin bir kapalılığın bulunmaması gerekir. Bu açıdan fıkıh usulünün, daha önceden açıklanmamış bir metni anlamamanın yöntemi olmadığı, bir metin ekseninde anlaşılması, açıklanmış ve yaşanmış olana alternatif bir anlama ve açıklama amacı gütmeyeceği söylenebilir. Özellikle temel inanç esaslarının ve mükellefin fiillerine ilişkin temel hükümlerin Hz. Peygamber tarafından açıklanmış olması bir yönüyle beyan görevinin bir gereği, bir yönüyle de dinin tamamlandığı hükmünün bir ifadesi olarak kabul edildiğinden, sünnet bir bakıma anlamın somutlaşmış tezahürü olarak kabul edilecek ve fıkıh usulü, bu somut anlamı deliller ve dil kuralları ile tutarlı bir şekilde buluşturma zihni faaliyetinin adı olacaktır².

¹ Basri, *Mutemed*, II, 342; Serahsi, *Usul*, I, 236; Gazali, I, 316.

² Şâtıbî’nin, teklife ilişkin konularda anlaşılmamış bir hususun bulunmadığına ilişkin değerlendirmesi için

Bu noktada, belki, Hz. Peygamber açısından ve daha sonra sahabe açısından “anlama”nın anlamını sormak ve bununla fakihlerin anlaması arasındaki farkı irdelemek, sorgulamak gerekecektir³. Eğer anlama ile şer’î hükümlerin bilinmesi kastediliyorsa, klasik teoride şâri’ (hüküm koyucu) kabul edilen Hz. Peygamberin anlama sürecindeki yerini ve onun tarafından gerçekleştirilen beyan işinin bir ‘*anlama*’ mı yoksa ‘*hüküm koyma*’ mı olduğunu da sorgulamak gerekecektir. Klasik teori açısından bakıldığında Hz. Peygamberin beyan yetkisinin ve gerçekleştirdiği beyan işinin vahiy kaynaklı *hüküm koyma* olduğu genelde kabul edildiği söylenebilir. İctihadın bir anlama faaliyeti olduğu kabul edilecek olursa, icthad ettiğini kabul edenlerce, Hz. Peygamberin anlamasından -sınırlı ölçüde- bahsetmek mümkün olabilecektir. Ancak icthad bir yönüyle anlama kabul edilse bile, Hz. Peygamberin icthadının, anlamaya değil, anlamın uygulama alanının genişletilmesine -ki bu kıyastır- münhasır olduğu ifade edilmektedir. Nitekim Hz. Peygamberin icthadını mümkün ve vaki gören Hanefi usulcüler Hz. Peygamber için anlamaya yönelik icthadın söz konusu olmadığını açıkça belirtmişlerdir. Son dönem usulcülerden Muhammed el-Ensâri’ye göre, naslarla murad olunan hususlar Hz. Peygamber nezdinde açık (vazih) olduğundan ve onun açısından bir tearuz söz konusu olmadığından Hz. Peygamber için naslarla bildirilen hususların (mansusât) anlaşılmasına dair bir icthad söz konusu değildir. Onun icthadı, sadece, hükmü belirtilmemiş olanı (meskut-i anh), hükmü belirtilmiş olana (mansûs) katmaktan ibarettir, ki bu da kıyastır.

Ben bu tebliğimde klasik fıkıh usulünün yapısı ve işlevine ilişkin bazı tesbitlerden hareketle, onun ne tür bir anlama yöntemi olduğunu belirlemeye yardım edecek bazı değerlendirmelerimi paylaşmak ve tartışmaya açmak istiyorum. Söyleyeceklerim, büyük ölçüde, fıkıh usulündeki temel varsayımları ve bunların kimi yansımalarını göstermeye yönelik olacaktır. Yapmaya çalışacağım iş, anlamın ve hükmün resmini çekmeye çalışan fukaha ve usulcülerin resmini çekmeye çalışmakla sınırlı kalacaktır.

I. Klasik Usul Sistematığının Temel Varsayımları

Sözlükte kısaca konuşanın kasdını anlamak olarak tanımlanan fıkıhın, terim anlamı, “şer’î ameli hükümleri tafsili delillerinden hareketle bilmek” şeklindedir. Fıkıh şer’î ameli hükümleri bilmek olunca fıkıh usulü de, kabaca bu şer’î ameli hükümleri bilmenin usulü olmaktadır.

Klasik literatürde yer alan usul tanımları, neredeyse ekol farklılığı farkedilmeyecek derecede, aynı veya birbirine yakındır. Gazali’nin tanımına göre, fıkıh usulü, Kitap, sünnet ve icmâ’dan ibaret üç asılın sübut yollarını, sıhhat şartlarını ve hükümlere delalet yönlerini bilmekten, ana konuları da hüküm, deliller, istinbat metodları ve müçtehitten ibarettir.⁴

→

bk. *Muvafakat*, II, 88-90, ayrıca bk. II, 69 (Abdullah Dirâz’ın notu :1).

³ Bu toplantıda derinlemesine tartışılması gereken bir konu olduğu halde, ne yazık ki tebliğ konusu edilmeyerek ihmal edilmiştir.

⁴ Mustesfa, I, 5, 7 (Diğer fıkıh usulü tanımları için bk. Ek: 1, Fıkıh usulünün ana konuları hakkında bk. Ek: 2).

Fıkıh usulünde hareket noktası kabul edilen ön kabul ve varsayımların tamamını ihata etme iddiası taşımaksızın ona karakteristik yapısını kazandıran belli başlı bir kaçına işaret etmek istiyorum. Bu varsayımları ortaya koymak klasik fıkıh usulünün yapısını tanımaya yardım edeceği gibi, yeni anlama yöntemlerinin bu varsayımları ne ölçüde dikkate aldıkları, dikkate almıyorlarsa yerine neyi ikame edecekleri ve bunun meşruiyetini nasıl sağlayacakları vb. soruların tartışılmasına da zemin hazırlayacaktır.

Klasik fıkıh usulündeki temel varsayımlardan birkaçı şunlardır:

1.Hüküm Şâri'in hitabıdır.

2.Anlam ve hüküm, dilin imkanları dahilinde ortaya konulup temellendirilebilir.

3.Genel anlamıyla sünnet (gelenek), Allah'ın hükmünün somut bir şekilde gerçekleştiği bir zemin olması itibarıyla, anlam ve hükmün tesbitinde vazgeçilmez öneme sahiptir.

4.Bütün hükme ulaşma çabalarının ve şer'î hükümleri metinsel, dilsel esaslara oturtma işinin en üst kriteri külliyat-ı şeria'dır (genel ilkeler).

Bu varsayımların mahiyetini ve uzanımlarını genel olarak belirtmeye çalışalım.

1.Hüküm Şâri'in hitabıdır. Usulcüler bütün şer'î hükümlerin nassen veya delaleten Kur'an'da bulunduğunu kabul etmişler ve bunu çeşitli şekillerde ifade etmişlerdir. Bâkılânî'nin ifadesiyle söylenecek olursa, bütün şer'î hükümler, ya *nuk* olarak veya *mefhum* olarak ya da bu ikisine tevdi edilmiş *ma'na* olarak, Kitap ve Sünnette bulunmaktadır.⁵ Bu ön kabulün bir gereği olarak usulcüler, hükmü Şâri'in hitâbı ve hüküm koyucuyu da (şâri', hâkim) Allah ve Peygamber olarak kurgulamışlardır. Bunun doğal sonucu olarak "ibtidaen şer' isbatı"nın sadece Şâri'e ait olup, beşere bu yönde bir hak ve yetki verilmediğini vurgulamışlar ve kendiliğinden hüküm koyma anlamına gelebilecek söylem ve yaklaşımları eleştirmişlerdir. Hükmün mahiyetine ve hüküm koyucunun kimliğine ilişkin olarak oluşan bu temel varsayım, klasik usul sistematığının mantığını ve yapısını göstermesi bakımından oldukça önemlidir. Bu varsayım, hüküm koyma sürecinde Hz. Peygamber dışında, beşeri (fukaha) tamamen dışlamış gözükmekte ve onlara sadece esasen mevcut olan hükmün ne olduğunu araştırıp ortaya çıkarılması ve bu hükmün uygulama alanının genişletilmesi işini bırakmaktadır. Şâri' kabul edilmekle birlikte, Hz. Peygamberin beyan yetkisinin ve bu yetkinin kullanımı sonucunda oluşan sünnetin mahiyetinin ne olduğu ve Hz. Peygamberin anlama sürecinde nereye oturduğu da çeşitli biçimlerde tartışma gündemine girmektedir. Hz. Peygamberin beyanının, bir "anlama" mı yoksa "hüküm koyma" mı olduğuna ilişkin kısa bir değerlendirme yukarıda yapılmıştı.

Müçtehid, hükmün ortaya çıkarılması sürecindeki çaba ve katkıları ölçüsünde ve bu işlev çerçevesinde teşri sürecinde yer almaktadır. Müçtehidin, teşri –yani hükmün ortaya çıkartılması- sürecindeki yeri, mevcut hükmü yeni karşılaşılan benzer olaylara kıyas yoluyla veya kıyasın uzanımı mahiyetinde olan istihsan ve istislah gibi yollarla transfer etmekten ibarettir. Ancak bu işlev, rey ve kıyas karşıtları (zahirciler)

⁵ Bâkılânî, *Takrîb*, I, 312.

tarafından engellenmiş ve müçtehidin işlevi sadece nasların dilsel anlamlarını tesbitle sınırlandırılmıştır.

Kıyasın kabul edilmesi durumunda karşılaşılan bir sorun, müçtehitlerin kıyas yoluyla ulaştıkları sonucun, ortaya çıkardıkları hükmün Şâri'in hitâbı kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceğidir. Müçtehide kıyas ve içtihat hak ve yetkisi tanıyan ekoller, müçtehidin ulaştığı bu sonucun Şâri'in hitâbı kapsamında olacağını ve bunun hüküm koyma yetkisinin Şâri'e ait olduğu varsayımıyla çelişmeyeceğini savunmuşlardır. Ayrıca hitabın Allah'a izafe edilmesinin Allah'ın hitabı dışında hüküm olmadığını göstermeyeceği, Allah'ın hitabıyla temellendirilmesi halinde başka hitapların da hüküm olabileceği yönünde bir telakki de gelişmiştir. Taftâzânî Hz. Peygamber ve ulu'l-emr'in hitaplarının da hüküm olduğunu ve bunun hükmün Allah'a ait olduğu ilkesiyle çelişmeyeceğini Hz. Peygambere ve ulu'l-emre itaatin Allah'ın emriyle vacip olduğu gerekçesine tutunarak açıklamaktadır.⁶ Bu bağlamda Şâri' isminin kullanımı üzerinde de kısaca durulabilir. Usulcü ve fakîhler, Şâri' kelimesini, özellikle Allah için kullanmakla birlikte, çoğunlukla bununla hem Allah'ı hem Hz. Peygamberi kastetmişlerdir. Hz. Peygamber için Şâri' isminin kullanılması, gerçek Şâri'in Allah oluşuna ve peygamberin misyon ve fonksiyonunun, *tebliğ* ve *tebyîn* oluşuna nisbetle mecazi bir kullanım olarak kabul edilebilirse de, alimler arasında, Hz. Peygamberin söz ve uygulamalarının tamamen veya kimilerince kısmen vahiy kaynaklı olduğu ve onun söz ve uygulamalarının, yani Sünnetinin ümmet için bağlayıcı olduğu şeklinde anlayışların bulunduğu göz önüne alındığında, bu kullanımın hakiki kullanım olduğu söylenebilecektir.

Fıkıhın onda dokuzunun beşer sözü olduğu dile getirildiği halde, bu fikhî sistemeleştiren ulema için, Şâri' isminin kullanılmayarak, bunun yerine, anlayan, kavrayan anlamında "fakîh" veya "müçtehid" isminin kullanılması ve tüm ictehad çabalarının, bir tür 'beyan' olduğunun ifade edilmesi, bir yandan, ictehadla ulaşılan sonucun yeni bir şeriat ortaya koyma olmadığını gösterme amacını gütmekte, öte yandan da, Hz. Peygambere tanınan beyan yetkisinin bir yönüyle ümmetin müçtehidlerine intikal ettirilmesine zemin hazırlandığını ima etmektedir.

Hükmün Şâri'in hitâbı olduğu varsayımı, esasında fakîhlerin açıkladıkları hükümlerin meşruiyetinin kriteri olduğu için fakîhler bu hükmün nass (hitap, metin) temelini ve dil bağlantısını tatmin edici bir şekilde kurmak ve göstermek zorundadır. Denilebilir ki bütün fıkıh usulü sistemi sözü edilen bu zihni çabanın sonucunda oluşmuştur.

Fakîhlerin reye başvurmuş olmaları, sanıldığı gibi aklın alternatif teşri kaynağı olduğunu göstermez. Elde aklın müstakil bir delil olarak kullanıldığını gösteren bir argüman yoktur. Şâtîbî'nin ifadesiyle söylenecek olursa, "Bu ilimde aklî deliller kullanıldığı zaman mutlaka naklî deliller üzerine terkip edilmiş olarak, yahut onların tarihini belirlemede veya menâtını ortaya koymada ve buna benzer durumlarda kullanılır. Bağımsız delil olarak kullanılamaz....."⁷.

Usulcülerin hüküm teorisi, anlama sürecinde "öznenin hareket alanı sorunsal-

⁶ Taftâzânî, *Telvîh*, I, 13.

⁷ Şâtîbî, *Muvafakat*, I, 19-28-35.

lı”na da açıklık getirmektedir. Kimi çağdaş araştırmacılar, anlama sürecinde öznenin hareket alanının kısıtlanmış olduğunu belirtmişler ve bu alanın genişletilmesinin gerektiği üzerinde durmuşlardır.⁸ Bu kısıtlama eğilimi, daha çok, genelde ehl-i hadis ve özeldede Şâfiî’ye nisbet edilmekte ise de⁹ bunu tüm ekollerin temel eğilimi olarak görmek de mümkündür. En reyçi tanınan Hanefiler ve akılcılıklarıyla maruf Mutezile için de durum bundan pek farklı değildir.

Anlam ile hüküm arasında birincinin ikinciye basamak teşkil etmesi şeklinde bir ilişki olduğu düşünülürse, hüküm koyma Şâri’in hakkı olduğu için ve fakîhe bu hükmü bilme işi, müctehide hükme ilişkin zan/kanaat oluşturma işi yüklendiği göz önüne alınırsa, anlama sürecinde öznenin hareket alanının geleneksel anlayışta olduğundan daha fazla olmasını beklemek isabetli olmaz. Ancak ekoller ve bilginlerin kısıtlama eğilimlerinin dozajı bakımından tasnif edilmeleri mümkündür. Hz. Peygamber dışındakiler için yegane beyan şekli olarak gördüğü ve bütün ictehad faaliyetini kendisine indirgediği kıyasa atfettiği anlam göz önüne alındığında Şâfiî’nin kısıtlamacılık eğiliminde ilk sıralarda yer aldığı rahatlıkla söylenebilir. Bilindiği gibi, beyanın mahiyet ve kısımlarına ilişkin olarak Risâle’nin baş taraflarında yer alan bölümlerde kıyas Hz. Peygamber dışındakilere tanınan yegane beyan yolu olarak nitelenmekte ve kıbleye yönelmek, adil şahit getirmek gibi Şâri’ tarafından öngörülmuş ve belirlenmiş hükümlerin gerçekleştirilme biçimlerini göstermek olarak tanımlanmaktadır.

Klasik teoride deliller hiyerarşisi ve hükme ulaşma yöntemi sözü edilen bu hüküm telakkisine göre şekillenmiş, diğer bir ifadeyle, hüküm koymanın Şâri’in hakkı olduğu telakkisi açık bir şekilde deliller hiyerarşisine yansımıştır. Deliller hiyerarşisine ilişkin ifadeleri, sahabe döneminden itibaren takip etmek mümkündür. Biz burada fıkın sistemleşme döneminden sadece Ebû Hanîfe, Şâfiî ve Muhammed Şeybânî’nin ve sonraki dönemden büyük Eş’arî Mâlikî usulcü Bâkılânî’nin bu konudaki ifadelerine yer vermek istiyoruz.

Ebû Hanîfe’nin, “Allah’ın kitabıyla fetva veriyorum. Onda bulamadığımı Elçisinin Sünnetinde arıyorum. Bu ikisinde bulamadığımı ise, bu ikisinde bulduğuma kıyas ediyorum”¹⁰ ve “Sahabe bir şey üzerinde toplanırsa, tabi olmaktan başka yapacak bir şey yoktur, tâbiûn bir şey üzerinde toplanmışsa, biz de aralarına girip onlarla tartışırız”¹¹ şeklindeki sözleri, Ebû Hanîfe’nin öğrencisi **Muhammed Şeybânî**’nin, “Fıkın vecihleri:

- 1- Kur’an’da olan,
- 2-Sünnetin getirdiği,
- 3-Sahabenin icmâ’ ettikleri ve ihtilaf ettikleri,
- 4-Müslümanların güzel gördüğüdür”

⁸ Örnek olarak bk. Paçacı, Mehmet, “Anlama (Fıkıh) Usulüne Dair”, İslami Araştırmalar, c. 8, sy. 2 (1995), s. 86-87.

⁹ Paçacı, 1995, s. 86.

¹⁰ Kadı en-Nu’man, *İhtilâf*, tah. M.Galib, Beyrut 1983, s. 158-159.

¹¹ Cessâs, *el-Fusûl*, A.C.en-Neşemî, Kuveyt 1985, III, 273-274, 361.

şeklindeki ifadesi¹² ve **Şâfi**'nin "İlim elde etmenin iki yolundan biri "ittiba", diğeri "istinbat"tır. İttiba, Kitab'a, o yoksa Sünnete, o da yoksa, seleflerimizin muhalifi bilinmeyen görüşüdür. Bu da yoksa, aynı sırayla kıyas yaparız. Kıyas dışında bir yolla hüküm vermek caiz değildir."¹³ ve "Ne ben ne de bir başkası, Allah'ın kitabında veya Sünnette veya icmâ'da veya lazım bir haberde doğrudan belirtilmiş olarak (nassan) bulmadıkça, bir şeyi mubah veya haram kılma hususunda konuşamayız. Bu haberlerden birine dahil olmayan bir şey hakkında, hoşumuza giden ve aklımıza geliveren şeylerle değil, lazım haberleri talep hususundaki ictihada kıyasen konuşabiliriz. Eğer bizim, doğrunun yanlıştan ayırılmasına yarayan bir kıyas örneğine göre olmaksızın konuşmamız caiz olursa, başkalarının da aynı şekilde akıllarına estiği gibi konuşmaları caiz olur"¹⁴ sözleri onların hüküm telakkilerini açık bir şekilde göstermektedir.

Sonraki döneme örnek olması bakımından **Bâkılânî**'nin (ö. 403 h.) fıkıh usulünün konularını tadat bağlamında, deliller hiyerarşisine ilişkin ifadelerini zikretmek istiyoruz.

- 1)Kitap ve sünnet hitabı⁽¹⁵⁾.
- 2)Hz. Peygamberin fiilleri.
- 3)Haberî vahid ve kabul şartları.
- 4)İcmâ'.
- 5)Kıyas.
- 6)Sıfatu'l-Müftî ve'l-müsteftî ve taklîd.
- 7)Hazr ve ibaha⁽¹⁶⁾.

Bâkılânî bu sıralamanın mantığını şu şekilde açıklar:

Kitap ve sünnet hitabı önceliklidir. Çünkü bütün şer'î hükümler, ya **nutk** olarak (açık ve doğrudan) veya **mefhûm** olarak (dolaylı bir şekilde) ya da bu ikisine tevdi edilmiş **ma'na** olarak, kitap ve sünnette mevcuttur¹⁷.

İkinci sırada Hz. Peygamber'in beyan konumunda olan fiilleri gelir. Çünkü Hz. Peygamberin bu türden fiilleri, ahkamı beyan eden sözleri mesabesindedir.

Üçüncü sırada haber-i vahidler gelir. Haber-i vahid, sünnetten ayrı bir kategoridir. Çünkü Hz. Peygamberin sünnetinden hareketle bilinen hüküm, doğrudan onun sözüne ve sünnetine mütealliktir. Haber-i vahidlerde ise hüküm, ravilerin rivayetine mütealliktir¹⁸.

Dördüncü sırada icmâ' gelir. Çünkü icmâ'ın hüccetliği, Hz. Peygamberden sonra ve kitap ve sünnet hükümlerinin istikrar bulmasından sonra sabit olmuştur. Ayırı-

¹² Cessâs, III, 271.

¹³ Şâfi, *İhtilâfu'l-Hadis*, s. 91.

¹⁴ *Cimâu'l-ilm*, s. 25-26.

¹⁵ Hitab kapsamında, emir, nehiy, umum, husus, nasih, mensuh, mücmel, müfesser, mutlak, mukayyed, lahnü'l-hitâb, mefhumu'l-hitâb, fahva'l-hitâb, delilu'l-hitâb, meratibu'l-beyan konuları yer alır.

¹⁶ Eş'arilere göre şer'î hüküm olduğu için fıkıh usulü kapsamında. Hazr ve ibahanın akılla bilineceğini söyleyenler açısından ise usul kapsamında değildir.

¹⁷ Bâkılânî, *Takrib*, I, 312.

¹⁸ Bâkılânî, I, 313.

ca icmâ'in hüccetliği, kitap ve sünnetten çıkarılmıştır⁽¹⁹⁾.

Beşinci sırada kıyas gelir, çünkü kıyasın hüccetliği Kitap, sünnet ve icmâ' ile sabittir ve kıyasın önceki delillere aykırı bir şekilde kullanılması geçersiz ve haramdır.

Altıncı sırada müftî, müsteftî konusu gelir. Çünkü bir müftinin sözüne itibar edilen bir müftî olması, kıyası, kıyas ile nelerin sabit olabileceğini bilmesine bağlıdır. Müftî ve müsteftî'ye ilişkin konuların usulün konuları arasında yer alması ise, müftînin fetvâsının âmmî açısından delil olması yönüyledir. Naslar ve icmâ', müftî açısından ne ise onun fetvâsı da müsteftî için aynı konumdadır.

Hazır ve ibaha'nın usulün konusu olması ise fiilin hükmünün isbatı konusunda şer'î bir delil bulamadığında meseleyi aklın hükmü doğrultusunda ikrar etmesi hasebiyle alimin buna ihtiyaç duymasıdır⁽²⁰⁾. (Delillerin tertibi konusunda diğer yaklaşımlar için bk. Ek: 3).

2. Anlam ve hüküm, dilin imkanları dahilinde ortaya konulup temellendirilebilir.

Sahabe ve sonrakiler anlam ve hükümlere Hz. Peygamberden duyarak, görerek büyük ölçüde sahiptiler. Ancak anlam ve hükme ilişkin bilginin metinsel temelini Kitap ve Sünnet olduğu biliniyordu ve bu bilginin sözü edilen metinlerle buluşturulması, onlarla temellendirilmesi gerekiyordu. İşte fıkıh usulü ilminin neredeyse yarıdan fazlasını teşkil eden dil bahisleri esas itibarıyla sözü edilen bu amaca hizmet etmekte ve şer'î ameli hükümlerin istinbatı bu ana çerçeve içinde cereyan etmektedir. Denilebilir ki, klasik fıkıh usulü ilmi, dil ağırlıklı olmasına rağmen tarihsel tecrübedeki ana arter, sırf dilin imkanlarından yararlanarak bir sonuca, bir hükme ulaşmanın mümkün olmadığı yönündedir⁽²¹⁾. Fıkıh usulünde dil konuları üzerinde ayrıntılı olarak durulması, o dille (Arapça) sunulan vahyin Hz. Peygamber tarafından somutlaştırılan anlamlarının dilsel temele oturtmak ve dilsel bağlamını kurmak amacı güttüğünden, yapılan iş, büyük ölçüde, sırf dilden hareketle anlama gitmek değil, belki anlamı esas alıp dile gitmek ve oradan yeniden anlama dönmek şeklindeki gidimli-gelimli bir süreçtir. Bu yönüyle fıkıh usulü bir anlama yöntemidir, ama salt nasları ilkten anlamanın değil, teşri sürecine ilişkin olarak "olup-biteni" anlamanın yöntemidir. Bu noktada, Hasan Hanefî'nin geleneğin metinden gerçekliğe doğru gittiği, oysaki gerçeklikten metine doğru gidilmesi gerektiği yönündeki iddiasının, yine Câbirî'nin Kur'an ve Sünneti anlamanın lafzî istinbat ve delalet yollarına hasredildiği

¹⁹ Bâkılânî, "İcmaı Kitap ve sünnetin zahiri ile değil de, Kitap ve sünnetin zahirini icma ile terkettiğiniz halde, niçin icmaı onlardan sonraya koydunuz?" biçimindeki bir itiraza cevaben şöyle der: "Biz Kitap ve sünnetin zahirini icma eden ümmetin sözüyle terketmiyoruz. Biz kitap ve sünnetin zahirini, onların yine onlar gibi kitap ve sünnetten olan bir şeyle terkediyoruz. Biz ümmetin kitap ve sünnetin zahirini terketme üzerine icma etmiş olmasından bunların, yine kendi denkleri olan bir şeyle mensuh olduklarını ya da bunlardan zahirleri dışında –ümmetin veya sözü hüccet birilerinin vakıf olduğu- başka bir şeyin murad olduğunu anlıyoruz. Çünkü biz biliyoruz ki ümmetin kitap ve sünnetin hükmünü içtihad ve kıyas yoluyla kaldırmaları mümkün /caiz değildir.

²⁰ Bâkılânî'ye göre, bir şeyi aklın hükmünden nakledecek bir delil bulamadığı zaman müftinin "Bu, hakkında şer'in hükmü bulunmayan bir meseledir. Bu bakımdan ben bu konuda şer'î bir hüküm veremem" diyebileceği öne sürülerek hazır ve ibaha bahsine yer verilmesine gerek olmadığı da söylenebilir.

²¹ Hariciler ve Nazzam gibi kimi Bağdatlı Mutezililerin bu konudaki kanaatleri genel eğitime pek uymaz

iddiasının²² ve Görmez'in lafızcılığın nassa kutsiyet atfedilmesinden kaynaklandığı iddiasının²³ tarihsel tecrübeye gerçekleşeni tam da yansıtmadıkları ve sözü edilen varsayım açısından pek yerinde olmadıkları, hiç değilse ihtiyatla karşılanmaları gerektiği söylenebilir.

Usulcüler, "anlam güvenliği"ni sağlamak gayesiyle, Allah'ın hitabıyla ve Hz. Peygamberin hitabıyla istidlal keyfiyetine dair de birtakım ilkeler belirlemişlerdir. Fahreddin Razi istidlal keyfiyetine ilişkin olarak şu hususların altını çizmektedir: 1) Allah'ın bir şey kastetmeksizin bir şey söylemesi imkansızdır, 2) Allahın bir söz söyleyip bununla o sözün zahirinin tersini ve sözün hiç delalet etmediği bir şeyi kastetmesi imkansızdır. Ayrıca hitabın delalet ettiği anlamın kesinlik ifade edip etmediği, hitabın zahirine hamledilmesinin mümkün olmadığı durumlarda nasıl davranılacağı ve hitabın anlama delalet keyfiyeti gibi hususlar da yine "anlam güvenliği" endişesiyle ele alınan konular arasındadır²⁴.

Anlam ve hükmün dilsel temele oturtulması sürecinde usulcüler lafzın hükme delalet biçimlerini genel olarak üç maddede toplamışlardır: 1) Lafzın, manzumu itibarıyla delaleti, 2) Lafzın mefhumu itibarıyla delaleti ve 3) Lafzın ma'kulü itibarıyla delaleti (kıyas). Bu delalet biçimlerinden ilk ikisi dilin imkanlarına bağlı olduğu ve onunla sınırlı olduğu için nisbeten daha objektif, üçüncüsü, yani lafzın mana ve makul itibarıyla delaleti ise, illet eksenli olduğu için nisbeten daha sübjektif bir yapıdadır. Bu üçüncü delalet biçimi, daha çok ilk ikisinin yetişemediği noktalarda devreye girdiğinden –kıyasın alanını genişletmek veya daraltmak maksadıyla- ilk iki delalet biçiminin imkan ve boyutları konusunda farklı yaklaşımlar sergilendiği görülmektedir. Mefhumu'l-muhalefe'nin hüccet olup olmadığı, yani ifade ettiği anlamın dikkate alınıp alınmayacağı konusu, ekollerin sözü edilen noktadaki tutumlarını göstermesi bakımından oldukça açıklayıcı bir örnek olarak hatırlanabilir.

(Farklı ekollere mensup usulcülerin lafızların delaletine ilişkin yaklaşımları için bk. Ek: 4)

3. Genel anlamıyla sünnet (gelene), Allah'ın hükmünün somut bir şekilde gerçekleştiği bir zemin olması itibarıyla, dikkate alınmalıdır.

Anlamın gerçekleştiği zeminin kaybedilmesinin, sahih olarak tezahür ettiği kabul edilen anlamdan uzaklaşılmasına yol açacağı düşüncesiyle Tabiun ve sonrakilere, kendilerinden önceki uygulamayı (Sünnet), dikkate aldıkları ve geleneğin dışına çıkmamaya özen gösterdikleri bilinmektedir. Hatta denilebilir ki, "geleneççilik", hadis ve rey ekollerinin oluşturduğu Ehli Sünnet çizgisinin belirgin vasfıdır. Sünnetin değeri, sahabenin adaleti, sahabe söz ve uygulamalarının değeri gibi konulardaki tartışmalar bu varsayım çerçevesinde değerlendirilmelidir²⁵.

Geleneği daha az önemli görerek veya önemsizleştirerek nass öncelikli düşün-

²² Görmez, s. 131'den.

²³ Görmez, s. 155-157.

²⁴ Razi, *Maḥsul*, I/1, 539-589.

²⁵ Mutezîlî bilgin Hayyat'ın, sahabe ve onların velayeti konusunda Mürcie, Mutezile ve ashabu'l-hadis arasında ciddi bir farkın bulunmadığına dair ifadesi için bk. el-İntisar, s. 209

meyi veya doğrudan nassa (ayet ve hadis metinlerine) dönmeyi öneren 'fondamentalist' eğilimler de vardır. Hariciler ve Bağdat Mutezilesi bunların başında gelir. Ayrıca Şâfiî ve zahirilerin de bu yönde temayülü olduğu bilinmektedir. Farklı boyutlarda da olsa, temel varsayımları itibarıyla geleneğe tavır alan bu eğilimlerin, orta ve geç dönemde ortaya çıkan kimi aşırılıklara zemin hazırladıkları veya hiç değilse zemin teşkil ettikleri rahatlıkla söylenebilir.

4. Külliyyât-ı şerîa (temel amaçlar ve genel ilkeler) anlam ve hükümün kriteridir.

Bütün hükme ulaşma çabalarının ve şer'î hükümleri metinsel, dilsel esaslara oturtma işinin en üst kriteri külliyyat-ı şerîa'dır (genel ilkeler). Külliyyat-ı şerîa deyimi, genel olarak canın, malın, ırz ve namusun, aklın ve dinin korunmasını anlatır. Ancak deyim kullanımı bu anlamla sınırlı olmayıp, sözü edilen değerlerin korunmasını sağlayacak olan ve dinin amaçları dairesinde yer alan başka ilkeleri de ifade ettiği söylenebilir. Literatürde yer alan "kıyasu's-şer'" deyimi de benzer içerikle kullanılmaktadır. Esas olan şeriatın amacını teşkil eden bu ilkelere riayet olduğundan, bu genel ilkelere aykırılık taşıyan veya öyle görünen tikel ayet veya hadislerin anlamlarında bu ilkeler doğrultusunda tasarrufta bulunulabilir veya bu anlamlar tamamen terkedilebilir. Sistemlerinde kıyasa yer veren ekollerde bu kriterin kullanımı yaygındır. Ebû Hanîfe'nin, altı köle hadisindeki²⁶ tutumu bunun bir örneğidir.

Usulcülerin, hatta daha genel ifadesiyle, İslam bilginlerinin bütün hükümlerin maslahat eksenli olduğu varsayımı da sözü edilen bu varsayım kapsamında ele alınabilir. Sünni, Şii, Mutezili, Zahiri bütün ekoller şer'î hükümlerin kulların maslahatlarını sağlamaya yönelik olduğunu tasrih etmişlerdir. Dünya ve ahiret maslahatlarının mevcut deliller tarafından içerildiği kabul edildiğinden, mevcut –nihai- hükümün maslahat kabul edildiğinin göz önünde bulundurulması gerekir²⁷. Bu bakımdan mevcut hükümlerden bağımsız olarak, salt akıldan hareketle kurgulanacak maslahatın, Şâri'in maksadı olan maslahatı teşkil ettiğini öne sürmek bu önkabul açısından mümkün gözükmemektedir. Nitekim tarihsel tecrübeye benzer bir teşebbüste bulunan Hanbeli fakih Necmeddin et-Tûfi'nin karşılaştığı tepki, çoğunluğun böyle bir yaklaşımı şer'î hükümlerden, dolayısıyla da Şâri'in maksadından uzaklaşma olarak gördüğünün bir göstergesi sayılabilir.

Ganimetlerin taksimi ve ehl-i kitap kadınlarla evlenme konusunda Ömer'den nakledilen farklı uygulamalar ise, imamın (devlet başkanının) caizde tasarrufu kabilindedir ve ilgili ayetlerde gözetilen temel maslahata aykırı değildir ve ilgili konulardaki temel maslahata nisbetle tali konumdadır.

II. Fıkıh Usulünün İşlevi

Esasında fıkıh usulünün temel varsayımları, fıkıh usulünün işlevini de büyük ölçüde göstermektedir. Baştan beri söylenenlerden hareketle, fıkıh usulünün tarihsel tecrübedeki işlevine ilişkin olarak şu hususların altı çizilebilir:

²⁶ Müslim, "Eymân", 55.

²⁷ bk. Gazali, *Mustesfa*, I, 310; İzzeddin b. Abdisselam, *Kavaid*, I, 10; Şâtıbî, *Muvafakat*, I, 34.

1. Anlamaların ve hükümlerin dil kuralları ve delillerle buluşturulması ve sistematik bütünlüğün sağlanması. Bu hususa yukarıda genel hatlarıyla işaret edildi.

2. Mevcut anlamların muhafazası:

Tarihsel süreçte ortaya çıkan ve usulcülerce sistemleştirilen bir çok telakki, anlayış ve teorinin, Hz. Peygamber tarafından ortaya konulduğu, dolayısıyla mevcut olduğu varsayılan anlamın muhafazasına yönelik olduğu veya anlamı muhafaza fikriyle irtibatlı olduğu söylenebilir. Bunlar arasında hadis rivayetine verilen önem ile icmâ teorisi ve nesih teorisi sayılabilir.

a) Hadis rivayetine verilen önem:

Raşit halifelerin, bu konuda peygamberden bir şey duyan varsa söylesin diyerek, o konuda Hz. Peygambere isnad edilen bir sözün olup olmadığını araştırmaları ve sonraki dönemlerde “rıhle fi talebi'l-hadis” akımının ortaya çıkması sünnetin, sünnette teşahhus etmiş anlamın korunması açısından önemlidir. Hadis talebinin ve rivayetlerin toplanma işinin, reyin kullanılmasını engelleme veya sınırlama, ortaya çıkmış olabileceği düşünülen bid'atleri ortadan kaldırma gibi düşüncelerle de yakından irtibatlı bulunmaktadır. Bizim burada belirtmeye çalıştığımız husus ise, tamamının müstakil birer anlam ve hüküm kaynağı olarak kullanılması amacıyla olmasa bile, “mevcut anlam”ın içlerinde yar alma ihtimali bulunan ve aralarından yukarıdan beri sözü edilen ilkelere uygun olarak seçim yapılabilecek olan bir malzeme olarak hadislerin toplanması işidir.

b) İcmâ teorisi: Mevcut anlamın/hükmün korunmasının en etkili yolu tartışmasız bir biçimde icmâ'dır. İcmâ'nın anlam ve hüküm ifade etmedeki kuvvetlilik açısından Kitab ve sünnetin dahi önüne geçirilmesi, icmâ'a dayanılarak bir ayet veya hadisinin zahirinin terkedilmesi veya mensuh sayılması icmâ'nın 'mevcut anlamı koruma' işleviyle yakından ilişkilidir²⁸.

Hatta anlamın mevcut olduğu ve korunması gerektiği düşüncesi, bilgilerin çoğunluğunu, bir dönemdeki, özellikle sahabe dönemindeki ihtilafları bile icmâ' kapsamında değerlendirmeye sevk etmiştir (ihtilafta icmâ'). Sadece üzerinde görüş birliği edilen hususların değil, o konuda söyleneceklerin tamamını teşkil ettiği önkabulüyle bir konudaki farklı görüşlerin de icma kapsamına dahil edilmesi, ancak, mevcut anlamı bu farklı görüşlerden birinin temsil etmekte olduğu düşüncesiyle açıklanabilir.

İcmâ'a gerek imkan gerek vuku açısından karşı çıkanların yanında, gelenekten ziyade naslara, nasların zahir anlamlarına öncelik vermeyi düşünenlerin icmâ'ı zayıflatma, alanını daraltma teşebbüslerine de rastlanılmaktadır. İcmâ'ı zayıflatma veya kırma²⁹ teşebbüsünün gerisinde, nassa, özellikle hadislere alan açma ve onları mer-

²⁸ Ebû Hanîfe'nin “istis'a” hadisini esas alıp, altı köle hadisini (Müslim, Eyman 55) terketmesi hem genel ilkelerle, hem de icmâ'nın bu işleviyle açıklanabilir. Ebû Hanîfe'ye göre altı köle hadisi mensuktur ve müslümanlar bu hadisin terki konusunda icmâ' etmiştir. İbn Hazm Ali'nin bu hadis doğrultusunda hüküm verdiğine dair bir rivayette bulunarak bu icmâ' iddiasının gerçek dışı olduğunu “Alinin ve yandaşlarının hariç kaldığı bir icmâ'a lanet olsun” diyerek belirtmektedir. Bk. Muhalla, IX, 345).

²⁹ Sunuşta kullanmasam bile metinde yer aldığı için 'icmai delme teşebbüsü' ifadesindeki 'delme' sözcüğü yerine 'kırma' sözcüğünü öneren Prof. Dr. Sadık Kılıç'a nezih Türkçe konusundaki hassasiyeti için müteşekkirim.

keze yerleştirme amacı yatmaktadır.

İcmâ'in gerçekleşmesi için "inkırâzu'l-asr"ın (icmaa katılan müçtehitlerin ölmesi) şart koşulması bu zayıflatma ve kırma teşebbüslerinden birisidir. Çünkü, inkırâzu'l-asr şartı, bir yönüyle hükmün sabitlenmesini engellemekte, bir yönüyle de korunmuş anlam mantığını veya icmâ'in mevcut anlamı koruma işlevini zayıflatmaktadır.

İcmâ'in hüccet değeri, icma edilen konuların tesbiti, güvenilir yollarla nakli, sonraki dönemlerde bazen ümmetin tamamının değil, bir kısmının görüş birliğinin, daha açık söylenirse mezhep içi görüş birliğinin icma olarak takdim edilmesi gibi konulardaki tartışmalar, burada anlatılmaya çalışılan ilk üç nesil başta olmak üzere, anlamın mevcut olduğu ve icmâ'in bu mevcut anlamı korumanın en etkili yollarından biri olduğu fikrine aykırı değildir.

c) İçinde yer alan bir çok telakki ve teorinin mevcut anlamın muhafazası ile ilgili olması, fıkıh usulünün de bir bütün olarak mevcut anlamı koruma işlevini üstlendiğini söylemeyi de mümkün kılmaktadır. Nitekim Şâtıbî'nin fıkıh usulünün şeriatin küllî esaslarına raci olduğunu ve fıkıh usulünü korumanın bir anlamda dini korumak anlamına geleceğini ifade etmesi, anlamın muhafazası işlevini genel olarak fıkıh usulüne atfettiği izlenimini vermektedir (Şâtıbî'nin bu anlamı içeren ifadesinin ayrıntısı için bk. Ek 5).

3. Karşılaşılan yeni problemlerin mevcut anlamlar doğrultusunda çözümlenmesi.

Karşılaşılan yeni problemlerin mevcut anlamlar doğrultusunda çözümlenmesinin, en yaygın kabul edilen yöntemi kıyastır. Kıyas ilke olarak taabbüdi konularda değil, muallél (makul) konularda, yani konuluş gerekçesi (illet) akılla kavranabilen konularda geçerlidir.

Kıyas dışındaki, hükmün uygulama alanını genişletme çabalarının tartışma konusu edilmesi, hatta bizzat kıyasın kimi eğilimler tarafından kabul edilmemesi, anlamın ve bağlı olarak hükmün tamamlandığı, ona beşer tarafından ilave edilecek bir husus bulunmadığı telakkisiyle çok yakından ilgilidir.

İbn Hazm'ın şer'î hükümler hususunda kıyas, istihsan, ıstıslah gibi yöntemlere başvurmayı "Tanrılık taslamak" olarak değerlendirmesi, Şâfiî'nin istihsan yapanları nitelerek üzere söylediği öne sürülen "istihsan yapan şariliğe soyunmuştur" sözü, hükmün Allah'ın hakkı olduğu ve bunun tamamlandığı temel varsayımın sonuçlarıdır.

Geleneksel anlam ve kabullerin dışında ortaya atılan görüşlerin bid'at olarak nitelendirilmesi, mezheplerin kurulup yerleşmesi, mutlak içtihad kapısının kapanması gibi sonuçlar sözü edilen temel varsayımların ve fıkıh usulünün olup biteni anlamının yöntemi olarak görülmesinin bir sonucudur. Kerhî'nin "İmamlarımızın kavline aykırı olan her ayet ya neshe, ya tercihe hamledilir; en uygunu, teville hamledilmesidir" şeklindeki meşhur sözünü de aynı bağlamda değerlendirmek mümkündür.

4. Din adına rastgele konuşmanın önlenmesi.

Bu işlev hem dinin tahrif edilmesi endişesini göğüslemekte hem de meşru bir yöntem dahilinde olmaksızın din hakkında konuşmayı engellemektedir. Anlamın

mevcut olduğu ve korunması gerektiği temel varsayımı, bu koruma işlevini yerine getirecek teorilerin oluşmasına yol açmış ve bu şekilde oluşan fıkıh usulü, farklı inanç ve kültürlerden gelen insanların bu anlamı bozacak bir ilave ve katkıda bulunmalarını büyük ölçüde engellemiştir.

Bunlar dışında fıkıh usulünün hukuk uygulamalarında istikrarın sağlanması vb. işlevlerinden de söz edilebilir⁵⁰.

Bitirirken, klasik fıkıh usulünün temel varsayımları açısından yeni yöntem arayışlarının ve/ya yeni yöntemlerin varsayımları açısından klasik usulün sorgulanması gerektiğini, bu sorgulama yapıp klasik usul tüketilmedikçe ve dinamizmini yitirdiği kanıtlanmadıkça yeni yöntem arayışlarının anlamlı sonuç vermesinin pek mümkün olamayacağına dair kanaatimi ifade etmek ve bu meyanda ilk elden sorulması ve ciddi bir biçimde tartışılması gereken birkaç soruyla tebliğimi tamamlamak istiyorum.

1) Fıkıh usulü tarafından korunmaya çalışılan anlamın değeri nedir?

2) Gerekliliği olan, fıkıh usulü tarafından korunmaya çalışılan bu anlamın dışında yeni bir anlam peşine düşmek midir (nasları yeniden anlamak), yoksa, mevcut anlamı sadık kalarak, onu yorumlamanın, uyarılmanın ve güncelleştirmenin imkan ve yollarını, diğer bir ifadeyle sözü edilen "anlam"ın bizim için anlamını aramak mıdır?

3) İnsan hakları, hukukun üstünlüğü gibi çağdaş değerleri, uluslar arası anlaşmaları merkeze alan yeni yaklaşımlar ve yöntem arayışları, hitap merkezli klasik kurguya aykırı olur mu? Diğer bir ifadeyle, hem hitap merkezli klasik yöntemin kullanılması, sözü edilen çağdaş kavram ve değerlerin merkeze konulması teorik olarak mümkün müdür?

4) Hitap merkezli düşünüş ve mevcut anlamın korunması varsayımı geçerliliğini sürdürdüğü takdirde, yeni anlama yöntemlerinin meşruluğu nasıl sağlanabilir?

EKLER:

Ek 1: Fıkıh usulü tanımları:

*Şâfi (ö. 344), Usûlü'ş-Şâfi, 13.

فإن أصول الفقه أربعة: كتاب الله تعالى و سنة رسوله و إجماع الأمة والقياس فلا بد من البحث في كل واحد من هذه الأقسام ليعلم بذلك طريق تخريج الأحكام

⁵⁰ Prof. Dr. M. Akif Aydın, müteşekkik olduğum müzakeresi esnasında, fıkıh usulünün bir işlevi'nin de kamu otoritesinin dine müdahalesini önlemek olduğunu belirtmiştir. Fıkıh usulünün temel varsayımları ve işlevleri birlikte düşünüldüğünde, böyle bir neticeye ulaşmak mümkün görülebilir. Gerçekten de fıkıh usulü Şatibi'nin de belirttiği gibi, dini korumak gibi bir işlevi üstlendiğine göre, bu korumanın kamu otoritesinin müdahalelerini de içine alacağı açıktır. Ancak fıkıh usulünün kamu otoritesinin müdahalesini önlemek işlevini üstlendiğini söylerken, ince bir noktayı göz önünde bulundurmamak yerinde olur. O da şudur: Fıkıh usulünün oluşumunda Muaviye ile başlayan 'din ve siyasetin ayrışması' sürecinin etkisini de gözden ırak tutmamak ve din ve siyasetin ayrışması sürecinin fıkıh usulündeki temel anlayışların oluşmasına, netleşmesine ivme kazandırdığını göz önünde bulundurmamak gereklidir. Tabir caizse fıkıh usulünün temel parametreleri, Muaviye'nin 'din işlerinizi kendiniz düzenleyin, siyaseti bize bırakın' sözünde ifadesini bulan ayrışım sürecinin sonrasında, fıkıhı kendi ayakları üzerinde durdurma çabasının sonucunda oluşmuştur.

***Bâkılânî** (ö. 403), Takrîb, I, 172-173.

فأما أصول الفقه فهي العلوم التي هي أصول العلم بأحكام أفعال المكلفين . وقد علم أن العلم بهذه الأحكام لا يحصل إلا عن نظر في أدلة قاطعة و أمارات يؤدي النظر فيها إلى حصول العلم بأحكام فعل المكلف إما عن الدليل القاطع بغير توسط غلبة الظن لذلك أو بتوسط غلبة الظن بحصول الحكم ... فيجب أن تكون العلوم التي تبني عليها العلوم بالفقه هي أصول الفقه و أن تكون الأدلة التي يتوصل بالنظر فيها إلى العلم بأحكام أفعال المكلفين أصول العلم بها من حيث لم يمكن العلم بها دون حصولها وحصول العلوم التي بحصولها يمكن النظر في تلك الأدلة على مراتبها وليس يمكن النظر في أدلة الفقه مع عدم تلك العلوم ولا يمكن التوصل بكمال العقل والعلم بالتوحيد والنبوة وما يتصل بذلك إلى العلم بأحكام المكلفين لو لم ينصب الأدلة عليها من الخطاب في الكتاب والسنة والإجماع والمودع في ذلك من معانية المعلق بها الأحكام فيجب لذلك أن يكون ما ذكرناه هو أصول الفقه

Basrî (ö. 436), Mu'temed, I, 5

النظر في طرق الفقه على طريق الإجمال و كيفية الاستدلال بها وما يتبع كيفية الاستدلال بها

Fıkhın yolları (turuku'l-fikh), üzerinde sahih nazar icra edildiğinde fıkhı ulaşılan şeyler olup "delalet" ve "emare" olmak üzere ikiye ayrılır. Delalet üzerindeki sahih nazar, "ilm"e, emare üzerindeki sahih nazar ise "zann-ı galib"e götürür. [Nazar, fikir demektir. Buna istidlal de denilebilir. İstidlal, -bir şeye itikad veya zan ile ulaşabilmek için- itikadat veya zununun tertibidir (Basri, I, 4-6).

Tanımdaki "على طريق الإجمال" kaydı fıkhın muayyen (tafsîlî) delillerini dışarıda bırakmaya yöneliktir. Ona göre, fıkıh usulünü fıkhın delilleri şeklinde tanımlamak, fakihlerin muayyen deliller hakkında söylediklerinin de fıkhı usulüne girmesi anlamına gelir. Oysaki, emrin vücuba delaleti, nehyin delaleti, icmâ' ve kıyas gibi deliller, fıkhın aksine muayyen olmayan delillerdir.

***Ferrâ** (ö. 458), Udde, I, 70.

وأما أصول الفقه فهو عبارة عما تبين عليه مسائل الفقه وتعلم أحكامها به

***Bâcî** (ö. 474), İhkâmu'l-Fusûl, 47.

الفقه معرفة الأحكام الشرعية

وأصول الفقه ما إنبت عليه معرفة الأحكام الشرعية

***Şîrâzî** (ö.476), Şerhu'l-Lüma', I, 161.

وأما أصول الفقه فهي أدلة الفقه و إنما كان كذلك لأننا قد بينا أن الفقه هو الأحكام الشرعية والأحكام إنما تعرف بالأدلة ويستند إليها فيجب أن تكون الأدلة هي الأصول . والأصول في عرف الأصوليين أدلة الفقه وما يتوصل به إلى الأدلة على سبيل الإجمال

***Cüveynî** (ö. 478), Burhân, I, 78.

أصول الفقه هي أدلته و أدلة الفقه هي الأدلت السمعية وأقسامها نص الكتاب و نص السنة المتواتر والإجماع ومستند جميعها قول الله تعالى

***Gazâlî** (ö. 505), Müstesfâ, I, 5.

العلم بطريق ثبوت هذه الاصول الثلاثة وشروط صحتها ووجوه دلالتها على الأحكام هو العلم الذي يعبر عنه بأصول الفقه

***Kelvezânî** (ö. 510, Temhîd, I, 5-6.

وأما أصول الفقه فله معنيان معنى في العرف و معنى في اللغة فأما معناه في اللغة فهو ما بينى عليه الفقه وما يتفرع منه

فأما معناه في العرف بين الفقهاء فهو الأدلة والطرق و مراتبها وكيفية الاستدلال بها

***Râzî** (ö. 606), Mahsûl, I, 80.

أصول الفقه عبارة عن مجموع طرق الفقه على سبيل الإجمال وكيفية الاستدلال بها وكيفية حال المستدل بها

***Amidî** (ö. 631), İhkâm, I, 8

أصول الفقه هي أدلة الفقه وجهات دلالاتها على الأحكام الشرعية وكيفية حال المستدل بها من جهة الجملة لا من جهة التفصيل

***İbnü'l-Hacib** (ö. 646), Müntehe'l-Vusûl ve'l-Emel, 3.

أما حده لقباً فالعلم بالقواعد التي يتوصل بها إلى استنباط الأحكام الشرعية الفرعية عن أدلتها التفصيلية . وأما حده مضافاً فالأصول الأدلة الكلية والفقه العلم بالأحكام الشرعية الفرعية عن أدلتها التفصيلية بالإستدلال

*Nesefî (710)

Hanefî usulcülerden **Nesefî**'nin tanımı: **Fıkıh usulü, delillerden ve delillerin hükümlere delalet yönlerini bilmekten ibarettir.** (Nesefî, fıkıhın sözlük anlamının “konuşanın amacını, onun sözünden anlamak” (fehmu garadi'l-mütekellim min kelamih) olduğunu belirttiikten sonra, terim anlamının “şer'î ameli hükümleri, tafsilî delillerinden istidlal yoluyla bilmek” şeklinde verir (Nesefî, Keşfu'l-esrar, I, 6).

***Sadrüşşerîa** (ö. 747), Tavzîh, I, 19, 20.

أصول الفقه الكتاب والسنة والإجماع والقياس وإن كان ذا فرعا للثلاثة وعلم أصول الفقه العلم بالقواعد التي يتوصل بها إليه على وجه التحقيق

Ek 2: Fıkıh usulünün ana konuları:

***Cessâs**'ın (ö. 370 h.) *el-Fusûl fî'l-Usûl* isimli eserinde:

Amm, hass, zahir, nass, mücmel, delilü'l-hitab, hakikat, mecaz, muhkem, müteşabih, beyan.

Emir ve nehiy,

Nesih,

Öncekilerin şeriatı,

Haberler,

Hz. Peygamberin filleri,

Hazır ve ibaha,

İcmâ',

Sahabeyi taklîd,

Kıyas, ictehad, istihsan,

Lafızların delaletine ilişkin konular önceliği almıştır. Fıkıh usulüne dair yazdığı eserini, tevhid konularına ilişkin bilinmesi gerekenlere dair bir mukaddime ve Kur'an'ın manalarının istinbat yollarını bilme, delaletlerini istihraç etme ve lafızlarını ihkam etme (vema tatarrafu aleyhi enhau'l-kelami'l-arabi ve'l-esmau'l-luğaviyye ve'l-ibaratu's-şer'iyye) hususunda ihtiyaç duyulan şeyler için bir taviye (ayak basma yeri) olarak tavsif etmektedir (Cessâs, Ahkâmu'l-Kur'an, I, 5)

***Basrî**'nin usul konularını taksimi ise şöyledir: Fıkıh usulü, şer'î hükümlere götüren yollar ve şer'î hükümler de müctehid ve müctehid olmayı bağlayıcı olduğuna göre bunun bir yolu olmalıdır. Müctehid olmayanın yolu, müctehidin fetvasıdır. Müctehidin yolu ise iki kısımdır.

Birincisi, şer' değiştirmedideinde aklın hükmü üzere kalma. (Şer'in hangi konularda aklın hükmünden nakletmesinin caiz olup olmadığını bilmek için Hazr ve ibahanın zikredilmesi gerekiyor)

İkincisi, hakîmden gelen ya da hakîmden gelmesine yol olan (ictihad).

Hakîmden gelen iki çeşitir:

A.Müstenbat olan: kıyas

B.Müstenbat olmayan: 1)Sözler, 2)Fiiller

1.Sözler: Sözlerin kendisinden sadır olduğu hakim ya bizzat hakimdir (Allah), ya da hatadan korunmuş olduğu için hakimdir (peygamberler ve ümmet –cemaatu'l-ümme).

Sözler iki çeşitir. a.İfadede asıl olan söz (fiiller: emir, nehiy, isimler: amm, hass. Bunların delaletleri ya mücmel, ya da mübeyyendir), b) ifade hususunda başkasına tabi olan söz (harfler).

2.Fiiller:

Bu taksim sonucunda usul konuları şunlar olmaktadır:

Hitab(in delaleti) içinde yer alan konular: Kelamın kısımları, Hakikat ve mecaz, Harflerin anlamları, Emir ve nehiy, Umum ve husus, Mücmel ve mübeyyen, Fiiller, Nasih ve mensuh

İcmâ'

Haberler

Kıyas

Hazr ve ibaha

Hükümlerin yolları

Delillerle istidlal keyfiyeti

Müftî ve müsteftînin sıfatı

İsâbetü'l-müctehidin

Ek 3: Delillerin tertibi:

*Hanbeli usulcü Ferrâ'nın tertibi:

1.Asl

a.Kitap

b.Sünnet

c.İcmâ'

2.Mefhum-ı asl

a.Mefhumu'l-hitab

b.Delilü'l-hitab

c.Ma'ne'l-hitab

3.Istıshabu hal(Udde, I, 70,71,72)

*Maliki usulcü Baci'nin tertibi:

1.Asl: Kitap, sünnet, icmâ'

2.Ma'kulü asl: Lahnu'l-hitab, fahve'l-hitab, hasr ve ma'ne'l-hitab

3.Istıshabu'l-hal

***Hanefi usulcü Nesefi'nin tertibi:**

Nesefi Menar adlı usul eserinin başında delilleri sayarken, “Şer'in usulü (usulu'ş-şer'), üçtür, dördüncü asıl kıyastır” der. Keşfu'l-esrar'da ise kıyası niçin dördüncü asıl olarak zikrettiğini şöyle açıklar:

1) Kıyas bize nisbetle asıldır. Çünkü biz ferdeki hükmü ona izafe ediyoruz. Gerçekte ise kıyas asıl değildir. Çünkü, hükmün isbatı hususunda reyin hiçbir rolü yoktur ve kıyas, ilk üç aslın fer'idir.

2) İlk üç aslın etkisi, hükmün aslının isbatı hususundadır. Kıyasın etkisi ise, hükmün vasfının husustan umuma değişmesi hususundadır.

3) Kıyas, ilk üçünden farklı olarak, kat'i değil, zannidir. Bu yüzden kıyasa, ilk üçünde çözüm bulunamaması durumunda gidilir.

Menar'ın şarihlerinden İbn Melek bu yorumlara ilave olarak bir de şunu zikreder: Kıyas dördüncü asıl olarak zikredilmiştir. Çünkü ilk üç asıl (Kitab, sünnet ve icmâ'), hem kelimelerin ilminin, hem fıkıhın asıllarıdır. Kıyas ise sadece fıkıhın aslıdır. Nesefi'nin şarihlerinden Aynî'nin, metinde “usulu'l-fıkıh” yerine, “usulu'ş-şer” deyişiminin seçilmesini, deyişimin fıkıh yanında kelimelerin ilmini de içine almasının amaçlandığına bağlaması İbn Melek'in bu izahını destekler.

Ek: 4: Delalet biçimleri:

Dealet konusunun usul eserlerinde nasıl ele alındığını göstermek, mahiyetlerine ışık tutmak maksadıyla, birkaç usulcünün delalet biçimleri konusundaki yaklaşımlarını burada vermek istiyoruz. Bu usulcüler kronolojik sırayla şunlardır: Ebu'l-Huseyn el-Basri (Mutezilî-Hanefî?), Bacî (Eş'ari-Maliki), Şirazi (Eş'ari-Şafii), Cüveynî (Eş'ari-Şafii), Gazali (Eş'ari-Şafii), Amidi (Eş'ari-Şafii).

*Ebu'l-Huseyn el-Basrî, el-Mu'temed:

Hakîmden gelen iki çeşittir:

I.MÜSTENBAT OLAN: Kıyas

II.MÜSTENBAT OLMAYAN: Müstenbat olmayanlar, sözler ve fiillerden ibarettir.

A.Sözler: Sözlerin kendisinden sadır olduğu hakim ya bizzat hakimdir (Allah), ya da hatadan korunmuş olduğu için hakimdir (peygamberler ve cemaatu'l-ümme).

1.İfadede asıl olan sözler

a.Zamana bağlı olarak mana ifade eden sözler (Fiiller): Emir ve nehiy.

b.Zamana bağlı olmaksızın mana ifade eden sözler: Amm, hass, mücmel, mübeyyen.

2.İfadede başkasına tabi olan sözler: Harfler

B.Fiiller (Eylem):

*Bâcî, el-İhkam:

Deliller: Deliller, Asıl, ma'kulü asl ve ıstışhab-ı hâl'den ibarettir.

I.ASIL: Kitap, Sünnet, icmâ'

A.Mecaz

B.Hakikat

- 1.Mücmel
- 2.Mufassal
 - a.Gayr-ı muhtemel (nass)
 - b.Muhtemel
 - aa.Amm
 - bb.Zahir: Emir ve Nehiy
- II.MA'KUL-I ASL:
 - A.Lahnu'l-hitab
 - B.Fahve'l-hitab
 - C.Hasr
 - D.Ma'ne'l-hitab (kıyas)

III. ISTISHAB.

*Şîrâzî, Şerhu'l-Lüma':

Hitap mücmel ve mübeyyen olmak üzere ikiye ayrılır.

I.MÜCMEL (Müteşabih)

II.MÜBEYYEN:

A.Mantuk (beyanı nutku ile ifade eden)

1.Nass (tek manaya gelen lafız)

2.Zahir

a.Emir

b.Nehiy

3.Umum

B.Mefhum (beyanı mefhumu ile ifade eden)

1.Delilü'l-hitap (mefhumu'l-muhalefe)

2.Fahve'l-hitap (mefhumu'l-muvafaka)

3.Lahnu'l-hitap (muzmarat)

Bütün bu hitaplar mübeyyen kısmından olup kendisiyle kastedilene bilmede başkasına ihtiyaç duymaz ve tafsilî meselelerde bunlarla ihticac sahihtir.

*Cüveynî, el-Burhân:

Lafızdan anlaşılan iki kısımdır:

I.MANTUKUN BİH

A.Anlamını ifade eden lafız

1.Nass

2.Zahir

B.Anlamını ifade etmeyen lafız: Mücmel (müteşabih)

II.MEFHUM

A.Mefhumu'l-muvafaka (fahva)

B.Mefhumu'l-muhalefe

*Gazâlî, el-Müstesfâ:

Peygamberden sadır olan şeyler, lafız, fiil, sukut ve takrirden ibarettir.

Lafzın Delaleti şu şekillerden biriyle gerçekleşir:

I.MANZUMUN DELALETİ

A.Dille ilgili genel meseleler

B.Mücmel ve Mübeyyen

C.Zahir ve Müevvel

D.Emir ve Nehiy

E.Amm ve Hass

II.MEFHUMUN DELALETİ

A.İktizanın delaleti

B.İşaretin delaleti

C.Hükümün münasip vasfa izafesinden talili anlamak

D.Mefhumu'l-muvafaka

E.Mefhumu'l-muhalefe

F.Hz. Pey. Fiillerinin, sukutunun ve istibşarının delaleti

III.MA'KULUN DELALETİ (KIYAS)

*Semerkandî (ö. 539), Mizan,

Hükümlerin Kitabla ilişkilendirilme keyfiyeti ve Kitabın hükümlere delaleti; 1) İbare, 2) İşaret, 3) Izmar, 4) Delalet ve 5) İktiza olmak üzere beş yöndendir.

Hükümlerin ibareye taalluk keyfiyetinin bilinmesi de kelamın dildeki kısımlarının bilinmesine bağlıdır. Kelamın kısımları emir, nehiy, haber ve istihbar olmak üzere dördtür. İstihbarın, hakiki anlamda Allah'ın kelamına için söz konusu olmadığına göre, hükümlerin kendisine taalluk edeceği kısım geri kalan üç kısımdır. Bu üç kısımdan her biri de âmm, hâss, müşterek, müevvel, zahir, hâfî, nass, müşkil, müfesser, mücmel, muhkem, müteşabih, hakikat, mecaz, sarîh, kinaye, mutlak, mukayyed ve benzeri kısımlara ayrılır (Mizan, I, 190-192).

*Amidi, el-İhkam:

Kitap, Sünnet ve İcmâ'dan oluşan metin hakkındaki inceleme (nazar) iki kısma ayrılır:

A.MANZUMUN DELALETİ

1.Emir

2.Nehiy

3.Amm ve Hassın Anlamı

4.Umumun tahsisi

5.Umumun tahsisinin delilleri

6.Mutlak ve Mukayyed

7.Mücmel

8.Beyan ve Mübeyyen

9.Zahir ve tevili

B.GAYR-İ MANZUMUN DELALETİ

1.İktizanın delaleti

2.Tenbih ve İmanın delaleti

3.İşaretin delaleti

4.Mefhumun delaleti

A.Mefhumu'l-muvafaka

B.Mefhumu'l-muhalefe

Ek 5:

“Fıkıh usulü, şeriatın külli esaslarına (külliyyatu’ş-şer’) raci olması sebebiyle, zanni değil, kat’idir. Şeriatın külli esaslarına dayalı olan şeyler ise kat’idir. Şâtıbîye göre fıkıh usulünün külliyyatu’ş-şer’e raci olduğu –kesinlik ifade eden- istikra ile açıkça görülmektedir. Fıkıh usulünün kat’i oluşu ise şöyledir:

1.Fıkıh usulü, ya aklî asıllara ya da külli istikraya racidir. Bunların her ikisi de kat’idir. Bu ikisinin mecmu dışında üçüncü bir seçenek yoktur.

2.Fıkıh usulü zanni olsaydı ne aklî bir duruma ne de “şer’î bir külli”ye raci olabilirdi. Çünkü zan akliyyat hususunda makbul değildir ve şer’î alanda ise cüz’i meselelerde söz konusudur. Eğer zannın külliyyatu’-şeriaya taalluku caiz olsaydı, ilk külli olan “aslu’ş-şeria”ya taalluku da caiz olurdu. Bu ise adeten mümkün değildir. Burada külliyat ile, zaruriyyat, haciiyyat ve tahsiniyyatı kastediyorum. Ve şayet şeriatın aslına zan taalluk etseydi, şek de taalluk ederdi ve şeriatın tağyir ve tebdili caiz olurdu. Bu ise Allah’ın taahhüt ettiği korumanın tam tersidir.

3.Zannı fıkıh usulünde bir asıl yapmak caiz olsaydı, dinin asıllarında (usûlu’d-din) bir asıl yapmak da caiz olurdu. Zannın dinin asılları hususunda asıl olamayacağına ittifak vardır. Aynı durum fıkıh usulü için de geçerlidir. Çünkü fıkıh usulünün, şeriatın aslına nisbeti, tıpkı, usulu’d-din’in nisbeti gibidir. Her ne kadar mertebe itibariyle aralarında farklılık bulunsa da, her ikisi de bütün dinlerde (mille) muteber külliyat olması bakımından eşittir. Bu külliyat dinin korunması kapsamına dahildir...” (Şâtıbî, Muvafakat, Beyrut 1991, I, 19-22).

SOSYAL DEĞİŞME KARŞISINDA İSLÂM HUKUKU VE YENİ YAKLAŞIMLAR*

Prof.Dr.Hamdi DÖNDÜREN**

Islamic Law in The Context of Social Change and New Approaches

Islamic judgements are derived mainly from the Qur'an and the Sunna. The wise purpose and the reason behind any judgement can be identified and applied to another situation. If the reason behind the judgement changes because of the changes of social situation the application of such judgement can be lifted. As the practical examples of the Islamic society through the history indicate, social change can influence Islamic judgements. However, this change happens in accordance with the principles of Islamic law. Hence, a judgement lifted because of the change of its reason can be put into practice when a new situation bring back the reason of its first application. New problems which arise in the society as a result of new changes and developments can be evaluated on the basis of the main sources, Qur'an, Sunna, Ijma and Qiyas as well as of the practices of the companion and great Imams of the schools.

Giriş:

Sosyal değişim açısından bakıldığında İslâm 23 yıllık vahiy döneminde baş döndürücü bir sonuca ulaşmıştır. Güçlünün zayıfı ezdiği, hak ve adalet kavramlarının tanınmadığı hicaz toplumunun ırk, renk, dil ve din farkı gözetilmeksizin evrensel değerlere sahip kılınması tarihin kaydettiği en önemli bir değişim sürecidir. Bu süreç birkaç yüzyıl içinde bütün Arabistan, orta doğu, kuzey Afrika, Endülüs'ten Mâverâünnehir'e kadar çok geniş bir alandaki kültürleri içine almış, özümsemiş, kendi dönemlerinde ve günümüzde orijinalliğini koruyan sayısız kültür, sanat, medeniyet, vakıf ve yönetim sistem ve müesseseleri meydana getirmiştir.

İslâm'ın diğer inanç gruplarına kendi içinde yer vermesi, diyalog halinde birlikte yaşama esasları getirmesi, kadın haklarının gözetilmesini istemesi, Allah'tan sa-

* 2002 Yılı Kutlu Doğum haftası dolayısıyla Türkiye Diyanet Vakfı'nca 24-26 Mayıs 2002'dedüzenlenen "Çağımızda Sosyal Değişme ve İslâm" konulu sempozyumda bildiri olarak sunulmuştur.

** Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi

kınma dışında Arab'ın Acem'e bir üstünlüğünün bulunmadığını bildirmesi, ekonomiyi faizden arındırması, mal, can, nesil, akıl ve dini korumak için gerekli önlemleri alması başlıca değişim alanlarındandır. Biz aşağıda sosyal değişimler karşısında İslâm'ın izlediği yolu belirlemeğe çalışacağız.

İslâmî hükümler temelde aslî ve fer'î diye adlandırılan iki çeşit delile dayanır. Aslî deliller; kitap, sünnet, icma' ve kıyastan ibarettir. Fer'î deliller ise; maslahat (yarar sağlama veya zararı önleme ilkesi), istihsan (bir şeyin fert veya toplum için iyi ve güzel bulunması), örf-âdet (nass'larla çelişmeyen sahih örfler), önceki şeriatler (önceki semavî dinlere ait olup, Kur'an ve sünnette yer alan ve yürürlükten kaldırıldığı belirtilmeyen hükümler), sahabenin görüşü ve seddu zerâyi' (kötülüğe giden yolu kapama) metotlarıdır.

Kur'an ve sünnette yer alan ve yükümlülük bildiren hükümlerden her birinin gerekçesi (esbâb-ı mücibe) vardır. Sosyal ve ekonomik hayatla ilgili İslâmî hükümlerin temelde illet denilen bir gerekçeye sahip olduğu konusunda görüş birliği vardır. Bu illet ve hikmetlerdeki değişiklikler, sosyal yaşamla ilgili konularda değişimi de beraberinde getirir. Bu yüzden biz aşağıda bu terimleri kısaca açıklayarak İslâm toplumlarındaki "sosyal değişime" ilişkin uygulama örnekleri vereceğiz.

I. DEĞİŞİM SÜRECİ, İLLET HİKMET VE MASLAHAT İLİŞKİSİ

A. İllet:

İllet, Arapça bir sözcük olup sözlükte; hastalık ve etken sebep anlamına gelir. Serahsî (ö. 490/1096) bir usul terimi olan illeti "Nass'larda bulunan ve mevcut hükümü değiştiren bir anlam" ¹ olarak tarif etmiştir. Bir şer'î hükmün illeti ya şâri' (Allah ve Elçisi) ya da müctehitlerce ortaya konulur. Birincisine "vad'î illet", ikincisine ise "ictihatla konulan illet" adı verilir. Bir şer'î hükümde yer alan emir veya yasağın konulma nedenini belirledikten sonra, aynı niteliği taşıyan benzer problemlere bu hükümü uygulamak mümkün hale gelir. Meselâ, şarabın yasaklanma nedenini Allah'ın Elçisi "sarhoş etme (iskâr)" niteliği olarak belirlemiştir. Hadiste "Her sarhoş edici içki şaraptır. Her şarap da haramdır" ² buyurulmuştur.

Günümüzün beşerî hukukunda, kanun hazırlamada iki metodun kullanıldığı görülür. Mücerred (genel ilke) ve kazüist (meseleci) metot. "Başkasının malına zarar veren kimse, tazminle yükümlüdür" kuralı mücerred metoda göre düzenlenmiş iken, "Bir kimsenin bir uzvunu iş göremez duruma getiren kimse şu kadar tazminatla yükümlüdür" gibi her uzuv için ayrı ayrı tazminat miktarlarının belirlenmesi, kazüist yani meseleci bir metottur. Hüküm bildiren Kur'an ve sünnet metinlerinde her iki metodun da kullanıldığı görülür. Ancak ortak nitelik olan "illet" in tespit edilmesi, hükmün benzer meselelere de uygulanmasını sağladığı için, illet İslâmî hükümleri "mücerred" metoda yaklaştırmaktadır.

B. Hikmet:

Hikmet sözlükte; yarar, maslahat, eşyanın gerçeğini olduğu gibi bilmek ve ge-

¹ es-Serahsî, *el-Usûl*, Kahire 1372, II, 301.

² Müslim, "Eşribe", 73-75; Buhârî, "Edeb", 80, "Ahkâm", 22, "Megâzi", 60; Ebû Dâvud, "Eşribe", 5, 7.

reğince amel etmek anlamlarına gelir. Usûlde hikmet; “hükmün meyvesi” yani şer’î hükmün uygulanması sonucunda ortaya çıkacak olan maslahatı ifade eder.³ Usûlde maslahat; yalnız iyi ve yararlı şeyler için değil, genel anlamda “celb-i menâfi’ ve def’-i mefâsid (yarar sağlamak ve zararı kaldırmak)” anlamında kullanılmıştır. Şer’î hükümler hikmetler sebebiyle konulmuştur. Ancak bu hükümler hikmetler üzerine değil, illetler üzerine bina edilmiştir. Bu yüzden hikmetle illet arasında bir takım ayrılıklar vardır. İlet gerektirici (mûcib) olduğu halde, hikmette bu nitelik yoktur⁴. Meselâ, yolcunun namazı kısaltarak kılmasının illeti “mücerred yolculuk (sefer)”, hikmeti ise “güçlük” tür. Yolcu güçlüğüle karşılaşmasa da namazını kısaltabilir. Burada güçlük hali illet yapılsaydı, yolculuk dışındaki güçlük durumlarında da namazı kısa kılmak söz konusu olurdu ki, bu takdirde maksadı aşan bir sonuç ortaya çıkardı. Buna göre hikmetin olmaması, hükmün varlığını ortadan kaldırmaz⁵. Hikmet çoğu kere subjektif bir nitelik taşıdığı halde, illet objektif niteliklidir.

C. Maslahat:

Maslahat; yararlı olanı almak, zararlı olanı bırakmaktır. İslâm dininin başlıca amacı fert ve toplumun yararına olanı gerçekleştirmek, bunları korumak ve insanlardan zararı uzaklaştırmaktır. Ancak bunun ölçü ve sınırlarını da Allah ve Rasûlü belirler.

Maslahat konuları genel olarak üçe ayrılır:

1) Zarûriyyât: İslâm toplumunun bütünü ve birimleriyle elde etmek zorunda olduğu maslahatlardır. Bunlar gerçekleşmeyince toplum düzeni bozulur ve buna yol açanlar için ahiret sorumluluğu söz konusu olur. Bunlar beş şeyin koruma altına alınmasıyla gerçekleşir. Din, mal, can, nesil ve akıl. İslâm bu beş şeyi korumak için gerekli önlemleri almıştır.

2) Hâciyyât: Zorluk ve güçlüğü kaldırmak, genişlik meydana getirmek için ihtiyaç duyulan şeylerdir. Bunlar yapılmazsa toplumun kimi bireyleri sıkıntıya girer. Yolculukta ve kimi alış-verişlerdeki ruhsatlar bu niteliktedir.

3) Tahsiniyyât: İnsanların daha üstün ve rahat yaşam standartlarına ulaşmasını gaye edinen maslahatlardır. İyi giyinmek, güzel, medenî ve insanî davranışlar kazanmak bu niteliktedir.⁶

Kimi toplum maslahatlarını İslâm kaldırmıştır. Düşmana teslim olup malını ve canını kurtarmak böyledir. Buna “reddedilen veya ilga edilen maslahat” denir. Burada toplumun kendini ve gelecek nesilleri düşman saldırısından kurtarmak için savaşı tercih etmesi üstün bir maslahattır.

³ Gazzâlî, *el- Mustasfâ*, Beyrut 1324, II, 332.

⁴ Kerhî, *el-Usûl*, Kahire, t. y, s. 118.

⁵ Kerhî, *a.g.e*, s. 118

⁶ Şâtübî, *el-Muvâfakât* (Nşr. A. Dıraz), Kahire, ts. II, 8-12; Karafî, *el-Furûk*, Kahire 1347, IV, 33; Tâhir b. Âşûr, *Makâsîdü’ş-şeria*, Tunus 1978, s. 78- 96.

II. SOSYAL ŞARTLARIN DEĞİŞMESİNİN İSLÂMÎ HÜKÜMLERE ETKİSİ

A. HZ. PEYGAMBER DÖNEMİ:

Hiz. Peygamber döneminde dini nitelikli problemlerin çözümü için iki kaynak vardı. Vahiy ve sünnet. Kimi zaman tecrübeye dayanan konularda, Allah elçisinin işi bilenlere danışarak daha önceki uygulamayı değiştirdiği de olurdu. Ancak toplumla ilgili problemlerin çözümünde “celb-i menâfi’ ve def’i mefâsid” ilkesinin esas alındığında, illet, sebep ve hikmet gibi ortak niteliklerin gözetildiğinde de şüphe yoktur. Aşağıda bu değişim süreciyle ilgili uygulama örneklerini vereceğiz.

1) İslâm’ın, toplum problemlerinin çözümünde “danışma ilkesi” ni getirmesi.

Kur’an’da Yemen kraliçesi Belkıs’ın, Hz. Süleyman’ın tehdit içeren mektubu üzerine izlenecek yol için komutanlarıyla istişaresinden söz edildiği gibi ⁷, Mısır kralının da, çıkabilecek ekonomik krize karşı alınabilecek önlemler konusunda Hz. Yusuf’la istişare ettiği ve onu Mısır hazinelerinin başına getirdiği bildirilir.⁸

Mekke döneminde inen: “Onların işleri, aralarında danışma iledir” ⁹ âyetiyle müminlerin bundan böyle, savaş ve benzeri önemli konularda istişare ederek karar vermeleri istendi. Kimi fakihler bu âyete dayanarak “iktizanın delâleti” yoluyla İslâm toplumunun bir “şûrâ heyeti” ni seçip işbaşına getirmesi gerektiğini söylemişlerdir.

Hicretin 2 nci yılında, Bedir savaşında suya uzak bir yere konaklamak istenince sahabeden Habbab İbnu’l-Münzir şöyle dedi: “Ey Allah’ın Elçisi, bu kendi görüşünüz mü, yoksa vahye dayalı bir hüküm mü?”. Hz. Peygamber kendi görüşü olduğunu söyleyince, Habbab “Öyleyse su yakınına konaklamamızı uygun bulurum” dedi ve öyle yaptılar ¹⁰. Burada Hz. Peygamber, istişare sonunda çevre şartlarını iyi bilen bir sahabeinin önerisini dikkate alarak, kendi tasarladığı konaklama yerinden vazgeçerek, su yakınına konaklamıştır. Ancak yeni yere intikal etmeden yağmurun yağması, Cenab-ı Hakk’ın mü’minlere yardım edeceğinin bir belirtisi olmalıdır.

Hicret’in 3 ncü yılında (M. 625) Uhud savaşından sonra inen şu âyette ise, Allah Elçisi’nin, ashab-ı kiramla istişare etmesi istenmiştir: “O vakit, Allah’tan bir rahmet ile onlara yumuşak davrandın. Şayet sen kaba, katı yürekli olsaydın, hiç şüphesiz onlar çevrenden dağılıp giderlerdi. Şu halde onları affet, bağışlanmaları için dua et. İş konusunda onlarla istişare et. Kararını verdiğin zaman da, Allah’a güvenip dayan, Çünkü Allah kendisine güvenip dayananları sever.” ¹¹

Uhud savaşı öncesinde Hz. Muhammed, ashabıyla istişare etmiş, kendi kanaati Medine içinde kalarak savunma harbi yapma yolunda iken, özellikle çoğunluk gençlerin isteği doğrultusunda, şehir dışında meydan savaşı yapılması karara bağlanmıştı. Savaşta kimi olumsuzlukların meydana gelmesi ve yetmiş kadar şehid verilmesi, Hz. Peygamber’in ilk teklifini haklı çıkarmışsa da, toplumda sosyal gelişmenin tartışarak sağlanması gerektiğini bilen Hz. Muhammed, bu konuda yumuşak

⁷ bk. Neml, 27/23-44

⁸ bk. Yusuf, 12/ 43. 46-55.

⁹ eş-Şûrâ, 42/ 38.

¹⁰ Serahsî, *el-Usûl*, Kahire, 1372, II, 91.

¹¹ Âl-i İmrân, 3/ 159.

davranmış ve çoğunluğun görüşüne itibar etmiştir.

2) Hz. Peygamber'in, sahabe ile istişare ederek görüş değiştirmesi:

Hendek Gazvesi bir ay kadar uzayınca Allah'ın Elçisi, sahabenin korkusunu gidermek için, Gatafan kabilesinin liderleri Uyeyne b. Hısn ve Hâris b. Avf'la gizlice görüşerek Kureyş'e destek olmamaları karşılığında Medine hurma hâsılatının üçte birini vermeyi teklif etmişti. Ancak antlaşmayı imzalamadan önce kendileriyle istişare ettiği Sa'd b. Muaz (ö. 5/626) ile Sa'd b. Ubâde (ö. 14/635), bunun vahye değil Allah Elçisinin düşmanın gücünü bölmek düşüncesine dayandığını öğrenince, Sa'd b. Muaz şöyle dedi: "Biz ve onlar Allah'a ortak koşar ve putlara tapardık. O dönemde onlar bizim misafirimiz olmadıkça veya satın almadıkça bir tek hurmamıza bile göz dikiemezdi. Şimdi İslâm'la şereflendiğimiz bu sırada mı onlara mallarımızı vereceğiz?" Bunun üzerine anlaşma yapmaktan vazgeçildi¹². Burada Hz. Peygamber Sa'd'ı haklı bularak kendi görüşünde ısrar etmemiştir.

3) Toplumun refah düzeyine bağlı olarak yapılan değişim.

Hz. Peygamber Medine'de ilk kurban kesimi yıllarında, dışarıdan gelen yoksul göçebeleri görerek, kurban etlerinin üç günden fazla saklanmamasını istemişti. Ancak daha sonraki yıllarda, toplumun refah seviyesi yükselince, bu konuda kurban kesenleri serbest bırakmış, normal şartlarda üçte birini yoksullara verme, üçte birini eş ve dostlarla yeme, geri kalanını da aile ihtiyacına ayırma uygulaması getirilmiştir.¹³ Burada ilk yasağın, toplumdaki yoksulluk illetine dayandığı, bu durum değişince de Hz. Aişe'nin sorusu üzerine, Allah Elçisi'nin: "Bundan böyle yiyin, biriktirin ve tasadduk edin" buyurduğu nakledilmiştir.¹⁴

4) İnançların yerleşmesi üzerine yapılan değişiklik.

Hz. Peygamber önceleri kabir ziyaretini yasaklamış ve bunun nedenini de şöyle açıklamıştır: "Allah yahudi ve hıristiyanlara lanet etsin. Onlar nebilerinin kabirlerini meşced edindiler"¹⁵. Daha sonra inançlar kökleşince kabir ziyareti serbest bırakılmış ve bu ziyaretlerin âhireti hatırlatacağı da belirtilmiştir¹⁶.

5) İkinci evliliğe yapılan müdahale.

Hz. Ali (ö.40/660), eşi Hz. Fatuma'nın (ö. 10/632) üzerine, ikinci eş olarak Ebû Cehil'in kızı ile evlenmek istemişti. Bunu haber alan Hz. Muhammed bu evliliğe şiddetle karşı çıkmış "Ali benim kızımı boşamak isterse bu mümkündür. Kızımı üzen şey beni de üzer, Allah düşmanın kızı ile Allah elçisinin kızı bir araya gelemez. Ancak bununla birlikte ben helâl olan bir şeyi haram kılmış da olmuyorum"¹⁷ buyurmuştur. Burada İslâm'a göre meşru olan bir işin uygulanması durumunda, bir takım zararlar ortaya çıkabilecekse bu konuda sınırlama ya da yasaklama getirilebileceği görülmektedir.

6) Araştırma ve uzmanlığa teşvik.

¹² Serahsî, *el-Usûl*, II, 91, 92; Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, III, 930.

¹³ Müslim, "Edâhî", 24.

¹⁴ Buhârî, *Et'ime*, 27; Müslim, "Edâhî", 28; Ebû Dâvud, "Deâvâ", 10.

¹⁵ Müslim, "Mesâcid", 19, 22; Mâlik, *Muvatta'*, "Sefer", 85.

¹⁶ Ebû Dâvud, "Cenâiz", 77.

¹⁷ Aynî, *Umdetu'l-Kârî*, İstanbul (Matbaa-i Âmirâ), 1308-1311, IX, 513.

İslâm, inananları okuyup bilgilenmeye ve mesleğinde en başarılı noktaya ulaşmaya teşvik eder. Kur'an'da şöyle buyrulur: "Hiç bilenlerle bilmeyenler bir olur mu? Bunu ancak akıl sahipleri tam olarak düşünür" ¹⁸. Hadislerde şöyle buyrulur: "Biriniz bir iş yapınca, onu en iyi ve sağlam yapmasını Allah Teâlâ sever" ¹⁹. "Allah mesleğinde becerikli ve uzman olanları sever." ²⁰

Hz. Peygamber Medine'ye hicret edince bahçe sahiplerinin hurmalarını aşılardıklarını görmüş ve buna karşı çıkmıştı. Hasat zamanı, aşı yapmayanların iyi ürün alamaması üzerine "Ben bir zanda bulunmuştum. Bundan dolayı beni sorumlu tutmayın. Dünya işlerini siz benden daha iyi bilirsiniz" ²¹ buyurmuştur. Burada Allah Elçisinin insanları deney ve tecrübeye teşvik ettiği görülür.

Pezdevî'ye (ö. 482/1089) göre Hz. Peygamber'in icthadlarının yanlışlığa ve yanlışlığı üzerinde devama ihtimali yoktur. Çünkü O, icthadında yanlışlığı takdirde Allah Teâlâ tarafından uyarılır ²².

İbn Haldun'a (ö. 808/1405) göre ise, Hz. Peygamber şer'î hükümleri talim için gönderildiğinden, bu nitelikte olmayan dünyevî meselelerde tecrübeye dayanarak konuşabildiği için yanılması mümkündür ²³.

B. SAHABE VE MÜCTEHİT İMAMLAR DÖNEMİ SOSYAL DEĞİŞİM İSLÂM HUKUKU İLİŞKİSİ

Dört halife ve müctehit imamların yaşadığı ilk iki hicret yüzyılı, İslâm hukukunun oluşum dönemidir. Bu dönemde, gelişen toplum şartlarına ve yeni ihtiyaçlara göre İslâmî hükümlerin uygulanması bize, İslâm'ın sosyal konularda ne ölçüde güncelleşebileceğini göstermektedir. Biz aşağıda buna ait uygulama örnekleri vereceğiz.

1. Müellefe-i kulûbla ilgili zekât uygulaması:

Kur'an'a göre, zekâtın verilebileceği sekiz sınıftan birisi de müellefe-i kulûp, yani kalpleri İslâm'a ısındırılmak istenen kimselerdir.²⁴ Hz. Peygamber Mekke'nin fethinde yeni İslâm'a girmiş bazı kimselere zekâttan pay vermişti. Bunların içinde henüz İslâm'a girmeyenler ve zengin olanlar da vardı. Burada amaç onların imanlarını güçlendirmek, kimilerini hayra yöneltmek ve kimilerinin de kötülüğüne engel olmaktı. Bu uygulama Hz. Ebû Bekr'in halifeliğinin ilk yılında da sürdü.

Bu sınıftan Uyeyne İbn Hısn ve Akra İbn Hâbis'in halifeden hak istediğine tanık olan Hz. Ömer uygulamaya karşı çıkmış ve bunlara İslâm zayıfken pay verildiğini, şimdi ise şartların değiştiğini, İslâm ve Müslümanlar güçlendiği için, uygulamanın durdurulması gerektiğini savunmuştur. Yapılan istişare sonunda uygulama durdurulmuştur. Ebû Hanife ve İmam Şâfi'ye göre, müellefe-i kulûpla ilgili hüküm, toplum

¹⁸ Zümer, 39/9.

¹⁹ Süyûtî, *el-Câmiu's-Sağır*, 286.

²⁰ Süyûtî, *a.g.e.*, II, 290.

²¹ Serahsî, *el-Usûl*, II, 92.

²² Pezdevî, *Kenzü'l-vusûl*, İstanbul 1307, III, 929 vd.

²³ İbn Haldun, *Mukaddime* (trc. S. Uludağ), Emel Mat. , 1982-83, II, 1172.

²⁴ Tevbe, 9/60.

şartları dikkate alınarak, yöneticilerin takdirine bırakılmıştır.²⁵

Nitekim, Emevî Halifesi Ömer İbn Abdilazîz (ö. 101/719), hıristiyanların dini lideri Patrik'e bin dinar para vermiş ve yine diğer bazı hıristiyanlara da bu fondan para aktardığı nakledilmiştir²⁶. Burada Ömer İbn Abdilazîz'in, âyetin illetini "müslümanların zayıf olması" ile sınırlı görmeyerek, "kalplerin İslâm'a ısındırılması" olarak anladığı görülür.

2. Hâşimoğulları'na zekât yasağının kaldırılması:

Hadiste şöyle buyrulur: "Bu sadakalar ancak insanların kirleridir. Bu yüzden Muhammed'e ve ailesine helal olmaz."²⁷ Hz. Peygamber'in hayatında ve dört halife döneminde aile fertlerine beytülmalden payları veriliyordu. Ancak Emeviler ve Abbâsiler döneminde ehl-i beyte daha önce verilmekte olan bu payın kesildiği görülür. Bu yeni durum karşısında Ebû Hanife (ö. 150/767) toplum şartlarının değiştiğini, beytülmalde olan hakların sahiplerine gitmediğini ve bu yüzden Hâşimoğulları'na zekâtan pay verilmesinin gerektiğine fetva vermiştir²⁸

3. Fey' ve miri arazi uygulaması:

Hz. Ömer (ö.23/643) döneminde Irak, Suriye ve Mısır toprakları fethedilince, savaşa katılan gaziler, ganimet olarak toprakların beşte dördünün kendilerine paylaştırılmasını istemişlerdi.²⁹ Hz. Ömer ise, bunun ileride büyük sosyal problemleri birlikte getireceğini düşünüyordu. Konuyu on kadar Ensar'la görüştü. Onlar da aynı endişeyi paylaştılar. Uzun araştırma ve tartışmalardan sonra, Kur'an'daki ganimet³⁰ ve fey'³¹ âyetleri ile Hz. Peygamber'in fethedilen topraklara ait uygulamaları dikkate alınarak, bu yerler gâzilere dağıtılmadı ve "fey' arazisi" statüsü ortaya çıktı. Buna göre, toprakların kuru mülkiyeti Devlete ait olacak, ancak daha önceki sahiplerinin bu topraklar üzerinde yararlanma ve ekip-biçme (intifa) hakkı bulunacaktı. Buna karşılık da, Devlete "harac" vergisi ödeyecekler ve bu vergi fey' âyetinde belirlenen yerlere verilecekti.³²

Hz. Ömer'in bu uygulaması, Osmanlı toprak sisteminde önemli bir yeri olan "mirî arazi" uygulamasının da temelini oluşturmuştur. Ebussuud Efendi (ö.982/1574), müslümanların elinde bulunan miri araziler konusunda, Devletle topraktan yararlanan kimse arasındaki hukuki ilişkiyi "kira ilişkisi" olarak nitelemiş ve bu topraklar için Devletin belirleyeceği nakit para ya da üründen alınacak bedeli de

²⁵ es-Serahsî, *el-Mebsût*, III, 9.

²⁶ İbn Sa'd, *et-Tabakâtu'l-Kübrâ*, Leiden 1325, V, 262.

²⁷ Müslim, "Zekât", 167; Ebû Dâvud, "İmâre", 20; M. Mustafa Şelebî, *Ta'lîlü'l-ahkâm*, s. 311, 362.

²⁸ bk. Müslim, "Zekât", 168; Zeylaî, *Nasbu'r-Râye*, II, 404.

²⁹ bk. el-Enfâl, 8/41..

³⁰ el-Enfâl, 8/41.

³¹ el-Haşr, 59/ 6-10.

³² bk. Ebû Yûsuf, *el-Harâc*, Mısır 1352 h., s. 75, 83, 85; Ebû Ubeyd, *el-Emvâl*, Kahire 1968, s. 94; el-Cassâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, Beyrut 1405/ 1985, V, 318-320; Muhsin Koçak, *İslâm Hukukunda Hükümlerin Değişmesi Açısından Hz. Ömer'in Bazı Uygulamaları*, Samsun 1997, s.6-44.

“kira bedeli” olarak kabul etmiştir.⁵³ Nüfusun artışı karşısında, yüzölçümü sâbit kalan toprak kaynağının adaletli biçimde dağılımını sağlamak için günümüzde de bir takım çalışmalar yapılması gerektiğinde şüphe yoktur. Nitekim, beşeri hukuk uzmanlarından, Türkiye’deki toprak meselesini çözebilmek için Osmanlı miri arazi statüsünden yararlanmak gerektiğini savunan müellifler de vardır.⁵⁴

4. Şuf’a (ön alım) hakkı uygulaması:

Satılan bir malı o mala ortak veya komşu olan kişinin satış bedelini ödeyerek zorla geri alabilme hakkıdır. Hadislerde şöyle buyrulur: “Bir ortağın diğer ortağına haber vermeden kendi payını satması helal olmaz. Bu durumda diğer ortak dilerse alır, dilerse bırakır. Eğer habersiz satmışsa ortağı o mala en fazla hak sahibidir.”⁵⁵ “Komşu komşunun şuf’asına başkalarından daha fazla hak sahibidir. Eğer iki komşunun yolları bir ise, komşu kayıp olduğu zaman dönüşüne kadar bekleme vardır.”⁵⁶

Komşu (câr) terimi, Emevîler devrine kadar “gayri menkule ortak olan komşu” şeklinde anlaşıldığı halde, Ömer İbn Abdilazîz’in Mısır kadısı İyaz b. Abdillâh’a yazdığı mektupta, satılan bir gayri menkule ortak olmasa bile “bitişik komşu”nun da şuf’a hakkından yararlanmasının uygun olacağını bildirmiştir. Burada “gayri menkulün kötü komşuya satılmasına engel olma” illetinin bitişik komşuda da gerçekleştiği düşünülmüştür. Böylece daha önce uygulanmayan bir hüküm uygulamaya konulmuştur.

Hanefiler bu delil ve uygulamaları dikkate alarak şuf’a için üç sebep belirlemiştir. Öncelik sırasına göre bunlar; a) Satılan akarda şâyi ortaklık, b) Satılan akara ait su alma, atık su geçirme ve geçit hakkı gibi irtifak haklarında ortak olma, c) Bitişik komşu olma.⁵⁷

Osmanlı İmparatorluğu uygulamasında kat mülkiyeti ortaya çıkınca bir apartmanda alt, üst veya yanlardan bitişik komşuya da şuf’a hakkı tanınmıştır. Hatta kapıları aynı çıkmaz aralığa açılan ve başka yolu bulunmayan mesken sahiplerinin, bu çıkmaz aralıkta bir yer satılınca şuf’a (ön alım) haklarının bulunduğu da düşünülmürse, İslâm hukukunun toplumdaki gelişmelere uyarlanmaya ne kadar elverişli bulunduğu anlaşılır. Nitekim Mecellede şuf’a konusu 36 madde içinde düzenlenmiştir.⁵⁸

5. Mülkiyet hakkının kötüye kullanılmasını engelleme:

Hz. Ömer döneminde Dahhak İbn Halife, kendi arazisine Muhammed İbn Mesleme’nin (ö. 43/663) tarlasından su kanalı geçirmek isteyince, aralarındaki anlaşmazlık Halife Ömer’e gelmişti. Ömer, İbn Mesleme’ye bu kanaldan kendisinin de yararlanabileceğini söyleyerek, engel olmamasını, aksi durumda kanalın zor kullanılarak açtırılacağını bildirmiştir.⁵⁹

⁵³ Ebussuud, *Maruzât*, Altıncı Mesele; Ahmet Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri*, IV, IV, 82.

⁵⁴ Siddik Sami Onar, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, 3.baskı, İstanbul, t.y., II, 1298, 1290.

⁵⁵ bk. Müslim, “Musâkât”, 135; Tirmizî, “Ahkâm”, 32; İbn Mâce, “Şuf’a”, 1; Ebû Dâvud, “Buyû’”, 73.

⁵⁶ Tirmizî, “Ahkâm”, 32; Ebû Dâvud, “Büyû’”, 73.

⁵⁷ Zeylaî, *Nashu’r-râye*, IV, 176.

⁵⁸ bk. *Mecelle*, md. 1008- 1044.

⁵⁹ Muhammed el- Hudarî, *İslâm Hukuk Tarihi*, s. 150.

Ebû Hanîfe'ye göre, mâlik mülkünde dilediği gibi tasarrufta bulunabilir. Buna bir sınırlama getirilemez. Buna göre, komşuya doğru pencere açabilir yada komşusunun bahçe sınırına yakın yere kuyu kazdırabilir. Buna engel olmak mülkiyet hakkının ruhuna aykırıdır.⁴⁰ Ebû Hanîfe kendi dönemindeki ahlak anlayışına göre, bu konuda komşuya zarar vermeyi diyâneten haram saymakla yetinmiştir. Çünkü o dönemde dinin etkisi, kaza gücünün etkisinden daha üstündür.⁴¹

Ancak daha sonra ahlakın bozulması üzerine, müteahhirûn (sonra gelen) fakihler, "fâhiş zarar" söz konusu olunca, mülkiyet üzerindeki tasarrufa devletin (kaza organı) de müdahale edebileceğine fetva vermişlerdir. Delil, istihsan ilkesidir. Nitekim Mecelle 1197 nci maddede bunu şu şekilde kanunlaştırmıştır: "Hiç kimse, mülkünde tasarruftan men olunamaz. Meğer ki âhara zarar-ı fâhişi ola..".

6. Gayr-i Müslim ülkede had cezalarının uygulanmaması:

Hadiste "Seferde el kesilmez"⁴² buyurulmuş, Tirmizî'de (ö. 279/892) ise "sefer" yerine "gazâ" sözcüğü yer almıştır⁴³. Buna göre, burada hırsızın elinin kesilmemesi "sefer ve gazâ" illetine bağlanmış, ancak bunun hikmeti açıklanmamıştır. Ashâbı Kiram bu illetin hikmetini araştırmış ve hükmün kapsamını genişletmiştir. Ebû Yûsuf'un (ö. 182/798) naklettiğine göre Zeyd İbn Sâbit (ö. 45/665) şöyle demiştir: "Düşmana sığınmasından korkulduğu için, dâru'l-harpte haddi gerektiren bir suç işleyen müslümana had cezası uygulanmaz"⁴⁴. Buna göre Zeyd İbn Sâbit, gayri Müslimlerin hâkim olduğu ülkede (dâru'l-harp) bulunmayı, "savaş hali içinde bulunma" olarak nitelemiş ve el kesme cezasının kapsamını da tüm had cezalarına teşmil etmiştir.

Hz. Ömer (ö. 23/643) ordu komutanlarına, düşman üzerine gidildiği sırada askere had cezası uygulamamalarını bildirmiştir. Burada da illetin yanında düşmana sığınma endişesi hikmetine dayanıldığı görülür⁴⁵.

Huzeyfe İbnü'l-Yemân (ö.36/656) ise, ordu komutanı Velîd İbn Ukbe'nin, Rum topraklarında buldukları sırada içki içmesi üzerine had cezasının uygulanmamasını "düşmana cesaret verme ve onların saldırıya geçmesine yol açma" endişesine dayandırmıştır.⁴⁶

7. Hz. Osman'ın yanlış anlaşılmaya yol açmamak için yolculukta namazı tam kılması:

Kur'an ve sünnette, yolculuk sırasında dört rekâtlı farz namazların kısa olarak kılınması bildirilir.⁴⁷ Hz. Ebû Bekir, Ömer ve Osman gibi büyük sahâbilerin uygu-

⁴⁰ bk.es-Serahsî, *el-Mebsût*, XV, 21; el-Kâsânî, *Bedâi'u's-sanâi'*, VI, 264.

⁴¹ Ebû Zehra, *Ebû Hanîfe*, s.412.

⁴² Ebû Dâvud, "Hudûd", 19.

⁴³ Tirmizî, "Hudûd", 20.

⁴⁴ Ebû Yûsuf, *er-Reddu alâ Siyeri'l-Evzâ'i*, Mısır t. y. , s. 81.

⁴⁵ İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lâmü'l-muvakkî'in*, III, 6.

⁴⁶ İbnü'l-Kayyim, *a.g.e*, III, 6.

⁴⁷ bk. Nisâ, 4/101; Müslim, "Müsafirîn", 4; Tirmizî, "Tahâre", 4, 20.

laması da böyle olmuştur.⁴⁸

Ancak Hz. Osman halife iken bir hac yolculuğu sırasında Mina'da namazları tam olarak kıldırılmış ve bunun sebebini hacılara şöyle açıklamıştır: Bu yıl hacda anlayışsız ve bilgisiz kimseler çoğaldı. Onların namazın kısaldığını sanarak sürekli olarak iki rekat kılmalarından korktum."⁴⁹

Burada Hz. Osman namazın kısa kılınmasının meşru olduğunu kabul etmekle birlikte, kimi zararların ortaya çıkmasından korktuğu için tam kılma yoluna gitmiştir.⁵⁰

8. Hz. Ömer'in, halifeliği sırasında temettu haccını yasaklaması:

Hz. Peygamber'in yaptığı veda haccında, katılan hacıların durumuna göre üç çeşit hac yapılmıştır. İfrad (tek hac), temettu (önce umre sonra yeniden ihrama girerek hac yapmak) ve kıran (tek ihramla önce umre sonra hac yapmak). Temettu haccı uygulaması şöyle olur: Hac aylarında önce ihramlı olarak umre yapılır, ihramdan çıkılır ve Arefe gününden önce yeniden ihrama girilerek hac ibadeti yapılır.

Hz. Ömer, hacla birlikte umre yapılırca insanların daha sonra Beytullah'ı ziyarete gelmeyerek hicazın insansız ve garip kalacağını düşünmüş ve yıl boyunca umre ziyaretlerinin devamını arzu etmiştir⁵¹. Bu yüzden hacıların temettu' haccına niyet etmelerini yasaklamıştır. Hz. Osman'ın da bu konuda Ömer (r. a) gibi düşündüğü ve kendi döneminde Hz. Ali karşı çıkmasına rağmen hacıları kıran veya ifrad haccına teşvik ettiği nakledilmiştir.⁵²

Ancak şunu hemen belirtelim ki, ne Hz. Ömer ve ne de Hz. Osman temettu haccının meşru olmadığını söylememiş, belki insanları daha faziletli olan amele yönlendirmek istemişlerdir. Burada sahabenin nassları illet, hikmet ve maslahat açısından ne kadar inceledikleri ve şâriin maksadını anlamaya çalıştıklarını görmekteyiz. .

9. Hz. Ömer'in, gayri müslim kadınla evliliğe engel olması:

Kur'an'da Müslüman bir erkeğin ehl-i kitap bir kadınla evlenmesine izin verilmiştir.⁵³ Hz. Ömer, İslâm ülkesi vatandaşı olan ehli kitap bir kadınla, müslüman bir erkeğin evlenmesini caiz görmekle birlikte Medâyin'e vali olarak gönderilen Huzeyfe'nin (ö. 36/656) bir yahudi kızı ile evlenmesi üzerine, bu evliliğin müslüman kadınların aleyhine sonuçlar verebileceğini düşünerek yasaklamış ve ayrılmalarını istemiştir.⁵⁴

Günümüzde özellikle askerlik mesleğinde olanlar için ülke güvenliği bakımından yabancı bayanlarla evlenme yasağı bulunduğu bilinmektedir. Hz. Ömer'in uygulaması da bunun benzeri bir önlemdir.

⁴⁸ İbn Mâce, "İkâme", 75.

⁴⁹ bk. Mâlik, Muvatta', "Hacc", 19; eş-Şevkânî, *Neylu'l-evtâr*, IV, 345.

⁵⁰ bk. Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, I, 62; es-Serahsî, *el-Mebsût*, I, 240.

⁵¹ Mâlik, *Muvatta'*, "Hacc", 21.

⁵² M. Mustafa Şelebi, *Ta'lîlu'l-ahkâm*, Mısır 1947, s. 48.

⁵³ Mâide, 5/5.

⁵⁴ bk. Mâide, 5/6; el-Cassâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, Âsitâne, 1338, II, 397.

10. Hz. Ömer'in, ehl-i kitaba kimi meslekleri yasaklaması:

İlgili naslara göre ehl-i kitabın kestikleri yenir ve kendileriyle haram olmayan her türlü alış- veriş yapılabilir. Hz. Peygamber ve Ebû Bekir döneminde uygulama da bu yönde olmuştur.

Hz. Ömer Halifelîği sırasında bir genelge yayınlayarak, çeşitli yerleşim birimlerinde Yahudi ve hıristiyanların sarraflık ve kasaplık mesleklerinden uzaklaştırılmalarını istemiştir. Gerekçesi şudur:Yüce Allah müslümanları onlara muhtaç olmaktan kurtarmıştır. Onlar faizli muameleyi caiz görür, domuz eti yer ve kendi dindaşlarına bunları satarlar. Dolayısıyla müslümanların arasına da bunları sokmaya kalkışabilirler.⁵⁵

Burada Hz. Ömer'in ileride doğabilecek bazı zararları dikkate alarak böyle bir yasaklama yoluna gittiği anlaşılmaktadır

11. Kadınların mescide çıkmalarını engelleme:

Hz. Peygamber döneminde kadınlar da erkekler gibi düzenli olarak beş vakit namaz için mescide çıkıyordu. Nitekim hadiste şöyle buyrulur: "Sizden izin istediklerinde kadınlarınızın mescitlere gitmelerini önlemeyin."⁵⁶ Genel ahlaktaki değişiklik nedeniyle bu konuda Hz. Aişe (ö.57/ 676) şöyle demiştir: "Eğer Allah'ın Rasûlü bugünkü kadınları görseydi, İsrailoğulları'nın kadınlarının mescitlerden menedildiği gibi bunları da menederdi."⁵⁷ Ancak Hz. Aişe'nin uslubundan, bu konuda farklı düşünenlerin de bulunduğu anlaşılmaktadır.

Abdullah İbn Ömer'in (ö. 73/692) oğlu Vakıd, Hz. Peygamber kadınların mescide çıkmalarına izin vermesine rağmen, şartların değiştiğini ve bu durumun kötüye kullanılabileceğini öne sürerek özellikle gece namazlarına izin verilmemesi gerektiğini savunmuştur.⁵⁸ Hz. Aişe'nin de aynı görüşü paylaşması sonunda kadınlar giderek cemaatle namazdan uzaklaşmıştır.

Nitekim, ilk Hanefî müctehitleri fitneden korunmak için genç hanımların mescide devam etmesini mekruh görürken, müteahhirûn fakihler zamanın bozulması yüzünden bütün hanımların namazlarını evde kılmalarının daha uygun olduğuna fetva vermişlerdir.⁵⁹ Hz. Peygamber'in şu hadisinin de bu fetvada etkili olduğunda şüphe yoktur: "Kadınları mescitlere gitmekten alıkoymayın, bununla birlikte onlar için evlerinin içi daha hayırlıdır."⁶⁰

12. Eşya fiyatlarına narh uygulamasının başlaması:

Enes b. Mâlik'ten nakledildiğine göre Medine'de eşya fiyatları yükselince Allah'ın Rasulüne çeşitli zamanlarda narh koyması için başvurulmuş fakat o her defa-

⁵⁵ bk. Şelebî, *Ta'îl*, s. 43.

⁵⁶ Buhârî, "Cum'a", 13; Müslim, "Salât", 136.

⁵⁷ Buhârî, "Ezân", 163, I, 220; Muvatta', "Kible", 15, I, 198.

⁵⁸ Müslim, "Salât", 139; Ayrıntı için bk. Müslim, "Salât", 134-138,

⁵⁹ İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-Kadîr*, I, 529; el-Meydânî, *el-Lubâb*, I, 83; İbn Âbidîn, *a.g.e*, I, 529.

⁶⁰ eş-Şevkânî, *Neylu'l-evtâr*, III, 130; bk. Ahmed b. Hanbel, VI, 297, 301;Hamdi Döndüren, *Delilleriyle İslâm İlmihali*, s.293,294.

sında bu istekleri geri çevirmiş ve sonunda şöyle buyurmuştur: “Şüphe yok ki, fiyat koyan, darlık ve bolluk veren, rızkı veren Allah'tır. Ben mal ve can konusunda sizden hiç birinizin beni arayıp sormadığı bir halde Rabbime kavuşmak isterim.”⁶¹

Bu uygulamaya rağmen tâbiîn müctehitlerinden Saîd İbn el-Müseyyeb (ö. 94/712), Rabîa İbn Abdırrahman (ö. 136/753) ve Yahya İbn Saîd el-Ensârî (ö. 143/760) toplumun ihtiyacı olan bazı maddelere narh konulabileceğine fetva vermişlerdir.⁶² Sünnete ve sahabe uygulamasına uymamasına rağmen, yeni şartlar karşısında bu bilgilerin “maslahat” prensibine dayanarak narha fetva verdikleri görülür..

Osmanlı Devleti de büyük şehirlerin piyasalarında geniş ölçüde narh uygulaması yoluna gitmiştir.⁶³

13. Devlet başkanının Kureyş'ten olması meselesi:

Hadiste “İmamlar (Halifeler) Kureyş'tendir”⁶⁴ buyurulmuştur. Ünlü İslâm düşünürü İbn Haldûn (ö. 809/1406) bunun Kureyş'in asabiyet ve galebe çalma gücü ile ilgili olduğunu, bu yüzden daha sonraki yüzyıllarda Kureyş'ten daha güçlü toplulukların bu nitelikleri taşıması durumunda Halifenin başka milletlerden de olabileceğini söylemiştir.⁶⁵

III. GÜNÜMÜZDE İSLÂM VE SOSYAL DEĞİŞİM KONUSUNDA YENİ YAKLAŞIMLAR

A. AŞIRI GÖRÜŞ SAHİPLERİ

1. Necmüddin et-Tûfî'nin görüşü:

Hanbelî bilgini olan Tûfî (ö.716/ 1316) şer'î hükümlerde maslahatın asıl olduğunu, maslahatla hükmün çatışması durumunda, maslahatın tercih edilmesi gerektiğini öne sürmüştür. Maslahat usûl bilginlerince şöyle tarif edilmiştir. Hükmün kendisine bağlanması ve üzerine hüküm bina edilmesi insanlara bir yarar sağlayan veya onlardan bir zararı gideren; fakat geçerli ya da geçersiz olduğuna dair belirli bir delil bulunmayan durumlara maslahat denir.

Tûfî'ye göre şer'î hükümler ikiye ayrılır:

a) Akıl, illetlerini detaylı bir biçimde kavrayamadığı hükümler. İbadetler ve miktarları belirlenmiş bulunan hükümler bu niteliktedir. Bunlarda kitap, sünnet ve icma' esas alınır ve kıyas yoluna gidilmez. Meselâ; akıl namaz, oruç ve hacc'ın illetini kavrayamadığı gibi, sabah namazının niçin iki rek'at, öğlen namazının ise yine niçin dört rek'at kılındığını ortak bir nitelik olarak hükme bağlayamaz. Bu durum içkinin yasaklanma illeti olan “iskâr (sarhoş etme)” niteliği gibi her akıl sahibince kavran-

⁶¹ Ebû Dâvud, “Buyû”, 49; Tirmizî, “Buyû”, 73; İbn Mâce, “Ticârât”, 27; Dârimî, “Buyû”, 13.

⁶² el-Bâcî, *el-Mumtekâ*, Mısır 1331, V, 18 ; Ayrıntı için bk. Hamdi Döndüren, *Delilleriyle Ticaret ve İktisat ilmihi*, Erkam Yayınevi, İstanbul 1993, s. 283 vd.

⁶³ bk. Mübahat S. Kütükoğlu, *Osmanlılarda Narh Müessesesi ve 1940 Tarihli Narh Defteri*, İstanbul 1983.

⁶⁴ Buhârî, “Ahkâm”, 1 ; Dârimî, “Siyer”, 78; A. b. Hanbel, *Müsned*, III, 129; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, IX, 359.

⁶⁵ İbn Haldun, *Mukaddime*, I, 479, 542, 543.

maz.

b) Aklın anlam ve maksatlarını anlayabildiği muâmeleler ve dünya siyaseti ile ilgili hükümler. Bunlarda itibar maslahat olup, bu da “menfaatin celbi ve zararın def’i” nden ibarettir. Şâriin herhangi bir olay hakkında belirli bir hükmü yoksa, o konuda uygun bir hüküm konulur. Şâriin koyduğu bir hüküm aklımızla uyum halinde ise bu uygulanır. Fakat nass veya icma’ın hükmü akılla kavranamazsa, bu durumda itibar maslahatadır.⁶⁶

Tûfi maslahata itibar konusunda aşırı gidenlerin başında gelir. O, Şiîlik ve Râfizîliğe meyletmekle itham edilmiştir. Kimi büyük sahâbilere sataşması ve aşırı görüşleri yüzünden çeşitli cezalara çarptırılmış, sürgün edilmiş ve hapse atılmıştır.⁶⁷ O’nu en sert biçimde eleştirenlerin başında gelen Zâhid el-Kevserî (ö.1371/ 1951), maslahatın ancak hakkında nass bulunmayan konularda dikkate alınabileceğini belirttikten sonra⁶⁸ şöyle demiştir: “Şimdi bu fâcire sor ve de ki: Kendi kafadaki şeriatı, üzerine bina etmeyi düşündüğün maslahat nedir?.Eğer kastettiğin, şer’î maslahatlar ise bunu bilmenin yolu vahiydir. Hatta akli esas alan Mu’tezile ekolüne göre bile durum böyledir. Eğer maslahattan kastedilen, herkesin kişisel anlayışına göre farklılık gösteren dünyevi maslahatlar ise, nasslarla çeliştiği takdirde bunların bir değeri yoktur. Çünkü akıl, çoğu kere şeriatın aksine mefsetedi (zararlı olanı) maslahat sanabilir. Fıkıh usûlünde ele alınan “Masâlih-i murselenin (mursel maslahatlar)”, hakkında nass bulunmayan konulara ilişkin oluşunda, müslüman bilginlerin görüş birliği vardır. Bu yüzden şer’î delillerle çelişen bir maslahatın dikkate alınması düşünülemez.”⁶⁹

Kişiyeye göre değişen maslahatlarla nass’ların çeliştiğini öne sürmek ve sonuçta birtakım nass’ları devre dışı bırakmak zaman içinde İslâm’ı terke yol açar. Bu yüzden Tûfi’nin görüşü kişisel bir yaklaşımdan ibarettir. Tarih içinde bu görüşe İslâm bilginlerinin rağbet etmemesi dikkate alınmağa değer görülmediğini gösterir.

2. Fazlurrahman’ın görüşü:

Nass’ların yorumunda “tarihi unsur” u dikkate almanın gerektiğini savunan Fazlurrahman, Kur’an’daki hüküm ifade eden nass’ları “yasamanın ruhu ile ilgili olanlar” ve “fiili yaşama ile ilgili olanlar” olmak üzere ikiye ayırır. Bu konuda şöyle der: “Kur’an’daki yasama ruhu, hürriyet ve sorumluluk gibi genel beşeri değerlerin, her zaman yeni bir yasama biçimine bürünmesi şeklinde açık bir yön ortaya koyduğu halde, Kur’an’daki fiili yasama, Kur’an’ın indirildiği o günkü arap toplumunu, başvurulacak bir örnek olarak almak zorunda kalmıştır. Bununla, Kur’an’daki fiili yasamanın ezeli olduğu kastedilmiş olamaz. Bunun Kur’an’ın kadîm oluşu ile de bir ilgisi bulunamaz. Durum böyle iken İslâm fakihleri ve kelamcılarını çok geçmeden meseleyi karıştırarak Kur’an’ın hukukla ilgili emirlerinin; şartları, yapısı ve iç bünyesi ne olur-

⁶⁶ Hallâf, *Masâdir*, Kuveyt 1972, s. 96 vd.

⁶⁷ Hallâf, *a.g.e.*, s.96.

⁶⁸ Kevserî, *Makâlât*, y.y.1388, s.259.

⁶⁹ Kevserî, *Makâlât*, s.94; bk.Şâtîbî, *a.g.e.*, II, 315.

sa olsun herhangi bir topluma uygulanacağını sanmışlardır.”⁷⁰

Fazlurrahman'ın “İslam” adlı eserini terceme eden Mehmet Dağ ve Mehmed Aydın'ın eklediği önsözde belirttiklerine göre, müellif Kur'an ve sünnetteki had cezaları yerine, hükmün güttüğü gayeyi gerçekleştirmek için başka tedbirlerin alınabileceğini savunur. Çünkü o, Kur'an'ın uygulandığı ilk dönemi tarihsellik içinde değerlendirir.⁷¹

Bu mantıkla yola çıkıldığı takdirde, kısa süre içinde İslâm'ın değişmeyen hükümü kalmaz. Ancak özden uzaklaşan böyle bir yaklaşımın İslâm'ı İslâm olmaktan çıkaracağında şüphe yoktur. Sonuçta yeni oluşan hukuk “beşeri hukuk” niteliğinde olur. Çünkü İslâm'ın düzenleme getirdiği tüm sosyal konularda beşeri hukukun da kendi hukuk mantığı içinde çözümler getirdiği bilinmektedir.

3. Cemaleddin Efgânî'nin Sosyal Değişim Konusuna Yaklaşımı:

Hemedan'da dünyaya gelen Efgânî (ö.1897 M.) babasının işlerinin bozulması üzerine, küçük yaşta ailesiyle Afganistan'a yerleşmiştir. On sekiz yaşına kadar öğrenimini orada yaptıktan sonra, İran'a geçmiş, Şîi müctehit Şeyh Murtazâ el-Ensârî'den ders almış, Irak'ta'da dört yıl kaldıktan sonra, Avrupa bilim ve edebiyatı ile tanıştığı Hindistan'a gitmiştir. Tarih, din, dil, matematik, felsefe ve siyaset konularıyla ilgilenen Efgânî; Afganistan, Hindistan, İran, Mısır, İstanbul, Rusya, Paris ve Londra arasında gidip geldi. Her gittiği yerde çoğu zaman sınır dışı edilen Efgânî, sevenlerince “yanlış anlaşılma” mazur sayıldı.

Efgânî, 1870'te geldiği İstanbul Dâru'l-Fünûn'unda verdiği bir konferansta; toplum hayatını canlı bir bedene benzetmiş, toplumun ihtiyaçlarını karşılayan sanatları da insan bedeninin organları mesabesinde görmüştür. Bu arada “nübüvvet ve hikmet (felsefe)” i, bu bedeninin ruhu gücünde bir sanat çeşidi olarak nitelemesi, dinleyenlerce “nübüvvet bir sanattır” şeklinde anlaşılma ve Efgânî'nin İstanbul'dan çıkarılmasına karar verilmiştir. Mısır'a giden Efgânî burada sekiz yıl kaldı. Orada İskoç mason locasına girdi. Bu locanın politikaya girmek istememesi üzerine ortaya çıkan sürtüşme sonunda locadan çıkarıldı. Bundan sonra o, French Grand Orient'a bağlı milli bir loca kurdu, bu loca Efgânî'nin teklifi üzerine çeşitli şubeler açtı, her şube Mısır'da bir bakanlığı denetleme görevini üstlendi. Ancak bu durumdan rahatsız olan Mısır yönetimi, gizli cemiyet kurmak suçundan dolayı Efgânî'yi ülke dışına sürdü. Oradan Hindistan'a gitti. Kısa süre sonra oradan da önce Londra'ya, daha sonra Paris'e gitmek zorunda kaldı. Orada bulunduğu Mısır'lı Muhammed Abduh ile birlikte “el-Urvetu'l-Vuskâ (en sağlam kulüp)” adıyla Arapça bir gazete çıkarmaya başladılar. Aynı adla gizli bir cemiyet de kurdular. On sekiz sayı kadar çıkan ve parasız dağıtılan bu gazete daha sonra kapatılmıştır. Zaman zaman İran'a giden ve baş vezirlik gibi önemli görevlere getirilen Efgânî'yi anlamak gerçekten güçtür. Bu derece hareketli olan ve her gittiği yerden de genellikle sınır dışı edilen bir kimsenin kimin ve neyin adına hareket ettiğini tespit etmek güçtür.

Efgânî'nin mezhep görüşü oldukça hoşgörülüdür. O şöyle der: “ Ben mezhep

⁷⁰ Fazlurrahman, *İslam* (trc.Mehmet Dağ- Mehmet Aydın), İstanbul 1981, s. 47,48.

⁷¹ Fazlurrahman, *İslam*, Önsöz, s.IX,X; Erdoğan, *a.g.e.*, s. 50,51.

imamlarını kendimden büyük görmüyorum ki birinin yoluna gireyim. Bir meselede onlardan birinin görüşünü benimsiyorsam birçok meselede muhalif kalabiliyorum.”⁷² O’na göre, büyük müctehitler kendi dönemlerinde yapılması gerekenleri yapmışlar ve başarılı olmuşlardır; ancak kitap ve sünnetten çıkarılabilecek bilgi ve hükümler yanında onların denizden damla kadardır. Bilen ictihat yapmalı, ictihat edemeyen de bilinçli olarak seçmelidir.⁷³

Efgânî henüz hayatta iken, hatta gençlik dönemlerinde dinsizlik ve sapıklıkla itham edildiği gibi, vefatından sonra da benzer ithamlar Nebhânî, Şeyhulislâm Mustafa Sabri, Elie Kedourie, Nikki R. Keddie gibi doğulu ve batılı müelliflerce devam ettirilmiştir.⁷⁴

Kanaatımızca, Cemaleddin el-Efgânî ilimden çok toplumsal ve siyasal nitelikli konularla uğraşmış, felsefeye dalmış ve benzetmeli konuşmalarında yanlış anlamalara elverişli söylemleri olmuştur. Nitekim yakın dostu Reşid Rıza (ö.1935) O’ndan söz ederken şöyle demiştir: “ Aklî ilimlerde yüksek olan kimseleri anlayamıyorlar, dinsizlikle itham ediyorlar. İbn Sina, İbn Rüşd, Ebu’l-Hasen eş-Şâzelî, Muhyiddîn İbnu’l-Arabî ve İmam el-Gazzâlî hep benzer ithamlarla karşılaştılar.”⁷⁵ Diğer yandan komitacı ve ihtilalci yapısı yüzünden her gittiği yerde oranın yönetimi ile ilgili konulara girmeyi ve müdahale etmeyi mutat hale getiren Efgânî’nin, Hindistan’daki İngiliz sömürüsüne karşı Rusya’dan yardım istemesi gibi davranışları uluslararası ilişkiler açısından değerlendirildiğinde, pasaportlu bir turistin böyle bir pazarlığını anlamak güçtür. Bunu ileri bir İslâmî idealle yaptığını düşünmek en iyimser bir düşünce olsa gerektir. Diğer yandan, mason localarının da böyle bir ideal için Efgânî’ye yardımcı olmak üzere seferber olduklarını düşünmek ise safdillik olsa gerektir.

B. MECELLE ÇİZGİSİNİN KONUYA YAKLAŞIMI

İslâm’ın ilk dönemlerinde ve mezheplerin oluştuğu sıralarda yapılan yorum ve uygulama örnekleri sosyal değişim karşısında İslâm hukukunun ölçü ve sınırlarını ortaya koymaktadır. Buna göre hükümlerde asıl olan maksat ve maslahat olmakla birlikte sözcükler de önemlidir. Çünkü sözcükler (nass) ruhu ayakta tutan beden gibidir. Kısaca, zamanın değişmesi kimi hükümlerin değişmesine yol açabilir. Mecelle’de “Ezmanın tagayyürü ile ahkâmın tagayyürü inkâr olunamaz (zamanın değişmesi ile hükümlerin değişmesi inkâr olunamaz)”⁷⁶ şeklinde ifade edilen bu prensibi Ali Haydar Efendi (ö.1355/1936) özet olarak şöyle açıklamaktadır:

“Zaman değiştikçe insanların ihtiyaçları, durumları, örf ve âdetleri, kullanımları değişeceği için delile dayanmayıp, örfeye dayanan cüz’î hükümler de değişir. Ancak küllî hükümler kalıcı olup değişikliğe uğramaz. Burada zamana bağlı değişikliklerle,

⁷² Mirza Lutfullah Han Esedâbâdî, *Hakîkatu Cemaliddîn el-Efgânî*, I, 106, 128; Abdullah Kudsizâde, XIII/5-7, s.364.

⁷³ el-Mahzûmî, *Hâtırât*, s. 165-167.

⁷⁴ Fevziye Abdullah Tansel, “Elie Kedourie, Afgani and Abduh”, *TTK Belleteri*, XXXII/125, yıl: 1968, s.83 vd.

⁷⁵ M.Reşid Rıza, *Târîhu’l-Ustâz el-İmâm*, I, 51; Osman Keskiöglü, “Cemaleddin Efgani”, *AÜİFD*, 1962, s.91-101.

⁷⁶ *Mecelle*, md. 39; bk. Zeylaî, *Tebyînü’l-hakâik*, V, 125; Hâdimî, *Mecâmi’*, s. 328; Şelebî, *Ta’lîl*, s. 312.

delile dayalı değişikliği birbirinden ayırmak gerekir. Örnekler:

a) Önceki fakihlere göre, ev satın alacak olan bir kimse için, odalardan birisini görünce “görme muhayyerliği” hakkı düşerken, sonraki fakihler döneminde ise, bütün odaları görmedikçe bu hakkın düşmeyeceği ilkesi benimsenmiştir. Çünkü önceleri standart olan oda yapıları sonraki dönemde değişikliğe uğramıştır. Burada külli hü-küm “satın alınacak mal hakkında yeteri kadar bilgi sahibi olma” dır. Bu bilgilendirme değişik devirlerde farklılık gösterebilecektir.

Nitekim günümüzde, belediyeden imarlı ve tasdikli mühendis projesine dayalı ve standart kalitede inşaat malzemesi kullanılarak yapılan binalarda, projeyi ve satış sözleşmesindeki şartları inceleme, satın alınacak daireyi tanımada yeterli bilgiyi verebilmektedir. Bu yüzden peşin para karşılığında, teslim tarihi de belirlenerek, tapu kayıtları ve proje üzerinden yapılacak böyle bir “daire satış taahhüdü” klâsik İslâm hukukunda yer alan “selem akdi” ile örtüşecektir.

b) Ebû Hanîfe mala yönelik davalarda şahidlerin tezkiyesine gerek olmadığı görüşünde iken Ebû Yûsuf ve İmam Muhammed şahitlerin gizli ve açık tezkiyelerinin yapılması gerektiğini söylemişlerdir. Çünkü Ebû Hanife döneminde insanların ahlaki düzgün iken, öğrencileri olan iki imam döneminde değişiklik ve yalan halleri görüldüğünden buna ihtiyaç duyulmuştur.

Günümüzde nüfus, tapu, trafik tescil ve kayıtları ile sabıka kaydı, şahide yemin ettirme, sanığı çelişkiye düşürerek konuşurma, ses ve görüntü kaydı, parmak izi, özel dedektif tutma, DNA testi yaptırma gibi yeni ispat araçları “muhâkeme usû-lünü” daha standart hale getirmektedir. Suçun işlendiğini ispata yardımcı olan bu gibi yeni argümanların İslâm fıkıh usûlünün “istihsan ilkesi” kapsamına girdiğinde şüphe yoktur.

c) Önceleri mal gasbında, “yararlanmanın tazmini (ecr-i misl)” gerekli görülmezken, sonraki fakihler döneminde yetim ve vakıf mallarına saldırıların artması üzerine, insanların bu konudaki hırslarını kesmek için, ecr-i misl ile fetva verilmiştir (bk.Mecelle, mad.596).

Günümüz beşeri hukuklarında da başkasına ait malın gasp ve işgalinde belli bir süreye ait (son beş yıl gibi) ecr-i misl isteme hakkı kabul edilmektedir.

Nass (kesin âyet ve hadis) ile sabit olan hükümler ise zamanın değişmesi ile bir değişikliğe uğramaz. Çünkü nass hiçbir zaman bâtil üzere bulunamazken, örfler “batıl” üzerinde oluşabilir. Bu yüzden günlük hayatta kesin nass’larla çelişen fâsit veya batıl örfler İslâmî bir hükme delil teşkil edemez..”⁷⁷

C. 1917 TARİHLİ HUKUK-I AİLE KARARNAMESİ

Kararnamenin baş tarafında hazırlanış gerekçesi şöyle açıklanır: “Mecelle’nin aile hukuku ile ilgili hükümleri kapsamaması yüzünden, ülkemizde bu konuda, değişik din ve milletlerden, her bir gruba kendi din ve mezheplerine ait hükümlerin uygulanması ve bu hükümleri hâkimlerin bilmemesi nedeniyle, gayri Müslimlerin rûhânî reislerine yargı yetkisinin verilmesi zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Halbuki devlete ait olan yargı yetkisinin, ciddi bir denetime tabi olmayan fert veya heyetlere verilmesi,

⁷⁷ Ali Haydar, *Duraru’l-Hukkâm Şerhu Mecelleti’l-Ahkâm*, İstanbul 1330, I, 101,102.

birçok sakıncaları da beraberinde getirir.”

157 maddeden ibaret olan kararname, müslümanların aile hükümleri yanında, ayrı bölümler halinde Hıristiyan ve Musevîlerin de evlenme, boşanma, nafaka, drahoma vb. aile mevzuatını kapsadığı için, çok hukuklu bir sistemin, tek yargı sistemi içinde yer almasının tipik bir örneğidir. Her din mensubunun kendi inancına göre ibadet ve amel yapabilmesi Osmanlı'nın bu son kanun metninde bir daha vurgulanmıştır. İnancına uygun olarak evlenme ve buna göre boşanma, aile içi ilişkilerin yine bu inanca göre düzenlenmesi, yirmi birinci yüzyıl toplumlarının ulaşmayı hedefledikleri bir özgürlük biçimidir.⁷⁸

H.A.K. nin, 1926'da Türk Medeni Kanunu yürürlüğe girinceye kadar Anadolu'da, 1953 yılına kadar Suriye'de ve günümüze kadar da kısmen Lübnan, Filistin ve İsrail'de, yine 1951 yılına kadar Ürdün'de uygulandığı görülür. Günümüz Suriye, Ürdün ve Irak aile kanunları üzerinde Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi etkili olmuş ve onlar için bir model teşkil etmiştir.⁷⁹

Günümüz ABD, İngiltere ve İskandinav ülkelerinde toplum, dinî veya medeni nikâhtan dilediğini seçme hakkına sahiptir. Eşlerin tercihine göre kilise veya havrada ya da resmi nikâh memuru önünde akdedilen nikâhla ilgili belgeler nüfus kütüklerinde birleşmiş olur.⁸⁰ Sözü edilen bu ileri ülkelerin uygulamaları ile Hukuk-ı Aile Kararnamesi arasındaki yakın benzerlik dikkat çekicidir.

Kararnamede Hanefi mezhebi esas alınmakla birlikte, 21 kadar meselede Mâlîkiler başta olmak üzere başka mezheplerden görüşlerin alınması, evlenme yaşının erkekte 18, kızlarda 17 olarak belirlenmesi, bu yaşın altındakiler için hakim izninin şart koşulması, 12 ve 9 yaşından küçükler için kesin nikâh yasağının getirilmesi, Müslüman, Hıristiyan veya Musevîlerin nikâh akdini, ikamet ettikleri yerin kaza hakimi veya nâibinin tanzim ve tescil etmesi⁸¹, bütün bunların ülkenin üniter yapısına zarar vermeyecek bir biçimde düzenlenmesi uzun bir devlet geleneğinin ve sosyal yapı değişiminin ürünü olmalıdır.

IV. SOSYAL DEĞİŞİME GÖRE İÇERİK KAZANAN KİMİ TERİMLER:

A. Ma'rûf ve Münker Terimleri:

Ma'rûf sözlükte; aklın, bilim ve dinin güzel gördüğü, örfleşen, toplumda iyi bilinen şey demektir. Münker ise akıl, bilim ve dinin çirkin ve kötülük olarak gördüğü, haram ve mekruhları kapsar. Kur'an'da 30 kadar âyette ve pek çok hadiste kullanılan ma'rûf, İslâm'ın sosyal ve ekonomik konularda sürekli olarak güncelleşmesini sağlayacak formül bir sözcüktür. Çünkü ma'rûf toplumdaki değişimlere göre içerik kazanır. Sözcüğün hemen bütün kullanımlarının belirtme takısıyla “el-ma'rûf (o toplumda iyi bilinen)” şeklinde olması dikkat çekicidir. İslâm'ın genel hükümleriyle çelişmeyen

⁷⁸ HAK metni için bk. *Ceride-i İlmîyye*, Yıl: 4, Sy. 34, Sh. 1004; *Takvîm-i Vekâyi*, 31, Teşr'in-i Evvel 1333. Değerlendirme için bk. Hamdi Döndüren, *Delilleriyle Aile İlmihali*, İstanbul 1995, s. 126, 127.

⁷⁹ Halil Cin- Ahmet Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, Konya 1989, s. 59, 60; Mehmet Akif Aydın, *İslâm-Osmanlı Aile Hukuku*, İstanbul 1985, s. 225 vd.; Döndüren, *a.g.e.*, s. 125.

⁸⁰ bk. Halil Cin, *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, Ankara 1975, s. 133; Döndüren, *a.g.e.*, s. 151.

⁸¹ bk. HAK, md. 4-12, 35-39, 40-43.

örfler bu kapsamda olup, toplumsal değişimde gelişen bu nitelikteki yeni örf ve kültürlerin etkisi önemli bir yer tutar.

Ma'rûf, Kur'an ve sünnette sürekli olarak emredilen ve toplumun da titizlikle koruması istenen bir değerdir. Kur'an'dan kimi örnekler vereceğiz.

"İçinizden hayra çağıran, iyiliği (ma'rûf) emredip, kötülükten (münker) vazgeçirmeye çalışan bir topluluk bulunsun. İşte onlar kurtuluşa erenlerdir." ⁸²

"Siz, insanlar için çıkarılmış en hayırlı bir ümmetsiniz. İyiliği emreder, kötülükten vazgeçirmeye çalışırsınız ve Allah'a iman edersiniz..." ⁸³

Bu âyetin ilk bölümü kimi bilginlerce icmâ-ı ümmetin, İslâm'ın hüküm kaynaklarından biri olduğuna delili gösterilmiştir.

"Onlar yanlarındaki Tevrat ve İncil'de yazılı buldukları ümmî nebî olan o peygambere uyanlardır. O, onlara iyiliği emrediyor, onları kötülükten alıkoymuyor, temiz şeyleri kendilerine helal, ⁸⁴ çirkin şeyleri de üzerlerine haram kılıyor. ⁸⁵ Onların ağır yüklerini ve sırtlarında olan zincirleri indiriyor..." ⁸⁶

Kocanın, eş ve çocuklarının geçim harcamalarında da ma'rûfa uyması istenir. Burada ma'rûf "eşlerin sosyal durumuna, erkeğin gelir düzeyine uygun bir harcama yapması" kastedilir. ⁸⁷ Bunu da toplumun genel sosyal ve ekonomik yapısının belirlediği, İslâm'ın konuya yalnız israf ve cimrilik açısından kimi kısıtlamalar getirdiği bilinmektedir. ⁸⁸

Ma'rûf ve münker sözcükleri hadislerde de benzer anlamlarda kullanılmıştır. Hadislerde şöyle buyrulur:

"Sizden kim münkeri (haram veya mekruh sayılan bir fiilin işlendiğini) görürse; onu eliyle değiştirsin. Buna gücü yetmezse, diliyle, buna da gücü yetmezse kalbiyle karşı çıksın. Ancak bu sonuncusu imanın en zayıf yanıdır." ⁸⁹ Kimi bilginlere göre, burada eliyle değiştirme devlet yöneticilerine, diliyle değiştirme bilginlere ve kalbiyle karşı çıkma da halka ait bir görevdir. Kimisi de bunu, içinde bulunulan şartların belirleyeceğini söylemiştir.

"Nefsimi kudret elinde tutan Allah'a yemin olsun ki, ya iyiliği emredip, kötülükten vazgeçirmeye çalışırsınız, ya da Allah'ın kendi nezdinden size bir azap göndermesi uzun sürmez. Sonra dua edersiniz, fakat dualarınız kabul olunmaz." ⁹⁰

Yukarıdaki âyet ve hadisler toplumdaki değişim sürecinin, sürekli olarak olumlu yönde gelişmesini sağlayacak mesajı içermektedir.

⁸² Âl-i İmrân, 3/104.

⁸³ Âl-i İmrân, 3/110.

⁸⁴ Tevrat'la yasaklanan iç yağ gibi. bk. Nisâ, 4/ 160; Mâide, 5/ 4; A'râf, 7/ 32.

⁸⁵ Kan, domuz eti, leş, fâiz ve rüşvet gibi.

⁸⁶ A'râf, 7/157.

⁸⁷ Bakara, 2/233; Talak, 67/7.

⁸⁸ bk. İsrâ, 17/26, 27, 29.

⁸⁹ Müslim, "İmân", 78, "Salât", 232; Nesâî, "İmân", 17.

⁹⁰ bk. Tirmizî, "Fiten", 9; İbn Mâce, "Fiten", 20.

B. Şûrâ İlkesi ve Demokrasi Açılımı:

Kur'an'da; "Onların işleri, aralarında danışma ile dir." ⁹¹, "İş konusunda onlarla istişare et. Kararını verdiğin zaman da, Allah'a güvenip dayan, Çünkü Allah kendisine güvenip dayananları sever." ⁹² âyetleri, Hz. Peygamber ve sahabenin uygulamaları fert veya toplumla ilgili önemli problemlerin istişare yoluyla çözülmesi gerektiğini göstermektedir.

Hz. Peygamber'in uzmanlık gerektiren kimi konularda tek kişinin görüşüne göre karar vermesi yanında, Uhud Savaşı kararında olduğu gibi çoğunluğun görüşüne uyduğu da olmuştur. Hz. Ömer'in önce konuyu uzman heyetine incelettirip, toplumun bu heyetin görüşüne katılmasını sağlayarak, uygulamalarda bulunduğu bilinmektedir. Yukarıda onun fey' arazisi uygulamasından söz etmiştik.

Şûrâ ilkesinin günümüz sosyal değişim açısından asıl uygulama alanı ilk dört halifenin işbaşına gelme yöntemlerinde görülür. Hz. Peygamber'in vefatının hemen ardından Benî Saîde Sakîfesi'nde toplanan Ensar kendi aralarından birisinin halife olmasını tartışırken, oraya gelen Ebû Bekir, Ömer ve Ebû Ubeyde'nin konuya yeni bir açılım getirdikleri görülür. Bu da halifenin Kureys'ten, yani muhacirlerden olması talebidir. Dayandıkları gerekçe, Arap yarımadasının Kureys'i tanınması ve ona itaatının kolay olmasıdır. Daha sonra, "İmamlar (Halifeler) Kureys'tendir" ⁹³ anlamında kimi hadisler nakledilmişse de, bunların en gerekli olduğu bir sırada rivayet edilmemiş olması kuşku doğurmuş ve bunlar eleştiriye uğramıştır.⁹⁴ Ancak bu ilk seçim ve tercihte "yönetimin arkasında güçlü bir kamu oyu desteğinin bulunması düşüncesi" önemli bir demokrasi ilkesidir. Nitekim yukarıda da belirttiğimiz gibi, ünlü İslâm düşünürü İbn Haldun (ö. 809/1406) bunun Kureys'in asabiyet ve galebe çalma gücü ile ilgili olduğunu, bu yüzden daha sonraki yüzyıllarda Kureys'ten daha güçlü toplulukların bu nitelikleri taşıması durumunda Halifenin başka milletlerden de olabileceğini söylemiştir ⁹⁵

Hz. Ömer'in halife seçimini altı kişilik bir şûrâya bırakması ve onların aralıksız toplantılar yaparak kendi içlerinden Hz. Osman'ı halife seçmesi, bundan sonra halkın kendisine biat etmesi, günümüz demokrasilerinde yadırganmayacak bir yöntemdir. Diğer yandan Hz. Ömer'in, kendi oğlu Abdullah'ı seçici kurula aldığı halde "aday olmamasını şart koşması" yönetimlerin en zayıf yanı olan "hânedan saltanatına" kapı açmamak için olmalıdır.⁹⁶

C. Temel İnsan Hak ve Özgürlüklerinde Evrensellik İlkesi:

İslâm ırk, renk, dil ve servet farkı gözetmeksizin insana insan olarak değer vermiş, üstünlüğün ancak iman, takva ve ahlâk güzelliğinden dolayı olabileceğini

⁹¹ eş-Şûrâ, 42/ 38.

⁹² Âl-i İmrân, 3/ 159.

⁹³ Buhârî, "Ahkâm", 1; Dârimî, "Siyer", 78; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, III, 129; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, IX, 359.

⁹⁴ bk. Mehmed Said Hatiboğlu, "Hilâfetin Kureysîliği", *AÜİFD*, XXIII (1978), s. 121- 213.

⁹⁵ İbn Haldun, *Mukaddime*, I, 479, 542, 543.

⁹⁶ İbn Sa'd, *et-Tabakât*, III, 61, 62; İbnü'l-Esîr, *el-Kâmil*, III, 34 vd.

belirtmiştir. Bu yüzden arabın arap olmayana, beyazın siyaha takva dışında bir üstünlüğü yoktur. Bütün insanlar Hz. Adem'in soyundan gelmiş ve Adem de topraktan yaratılmıştır.

Kur'an'da şöyle buyrulur: "Ey insanlar ! Biz sizi bir erkekle bir kadından yarattık, birbirinizi tanımanız için de sizi milletlere ve kabilelere ayırdık. Sizin Allah katında en üstününüz, O'ndan en çok korkmanızdır." ⁹⁷

Allah Elçisi'nin vefatından üç ay kadar önce yaptığı son haccı sırasında ilân ettiği şu sözleri de evrensel insan hakları bildirisi gibidir: "Ey insanlar ! .. Canlarınız, mallarınız ve ırzlarınız kutsaldır, dokunulmazdır. Emânet, sahibine verilmelidir. Fâizin her çeşidi ve kan davaları kaldırılmıştır. Kadın hakları gözetilmelidir. Hepiniz Adem'densiniz, Adem de topraktır. Arabın arap olmayana takva dışında bir üstünlüğü yoktur..."

İslâm'ın koruma altına alınmasını istediği beş şey vardır. Mal, can, nesil, akıl, din ve vicdan özgürlüğü. Bunlar bugün, bütün dünya toplumlarının korumak için önlemler aldığı ve yaptırımlar uyguladığı evrensel değerlerdir.

1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Beyannamesi'nin 2-a maddesinde yer alan ilkeler yukarıdaki mesajla örtüşmektedir. Madde şöyledir: 2-a) "Herkes, ırk, renk, cins, dil, din, siyasi veya diğer herhangi bir inanç, milli veya ictimâî menşe', servet, doğuş veya diğer herhangi bir fark gözetmeksizin, işbu beyannamede ilân olunan bütün haklardan ve bütün özgürlüklerden yararlanabilir."

Batıda insan hakları kavramı ilk olarak XVIII. Yüzyılda ortaya atılmış, o dönemin felsefecileri, siyaset adamları ve devrimcileri tarafından savunulmuştur. Bu konuda ilk bildiri 1789 da Fransız Kurucu Meclisi'nce ilân edilmiş ve 1791 tarihli Fransız Anayasası'nın giriş bölümünde yer almıştır.

İslâm'ın insan hakları konusunda batı toplumlarından 13 asır kadar bir önceliğe sahip olduğunu belirtmekle yetinelim.

SONUÇ

1) İslâmî hükümler temelde Kitap ve sünnete dayanır. Hükümün hikmet ve illeti tesbit edilerek benzer olaylara uygulanır. Ancak toplum şartlarında meydana gelen değişiklik nedeniyle, hükümün gerekçesi ortadan kalkmışsa, böyle bir hüküm askıya alınabilir. Hz. Ömer'in müellefe-i kulûba zekât verilmesini askıya alması, Ebû Hanîfe'nin Hz. Peygamber'in ailesine zekât verilebileceğine fetva vermesi "toplum şartlarının değişmesi" yüzünden olmuştur.

2) Toplumdaki problemlerin danışarak ve tartışarak çözülmesi, bilime ve uzmanlığa öncelik verilmesi sosyal değişimi ve gelişmeyi hızlandırır. Hz. Peygamber'in önemli konularda sahabeye danışması, işi bilene değer vermesi bunu gösterir.

3) Hz. Peygamber'in, yoksulluğun yaygın olduğu yıllarda, kurban etlerinin üç gündün fazla saklanmasını yasaklaması, fazlasının tasadduk edilmesini istemesi, sonraki yıllarda ise kurban sahiplerini bu konuda serbest bırakması, yine "toplumun ekonomik durumundaki değişiklik" ile ilgilidir. Günümüzde deprem, sel baskını olan veya ekonomik kriz bulunan yer ve beldelerde bu ilk uygulamaya dönmek söz konu-

⁹⁷ Hucurât, 49/ 13.

su olmalıdır.

4) Hz. Ömer'in fey' ve Osmanlıların mirî arazi uygulaması, sınırlı olan toprak kaynağından toplumun adaletli şekilde yararlanmasına yardımcı olmuş, kamu harcamaları için önemli bir gelir kaynağı meydana gelmiştir.

5) Hz. Peygamber'in ilk dönemlerde kabir ziyaretini, Hz. Ömer'in hac yapanlara "temettu' haccı"nı yasaklaması toplumun bilinçlenmesine yönelik geçici uygulamalardır. Diğer yandan yine Hz. Ömer'in, vâililik görevinde bulunan Huzeyfe'den evlendiği Musevî kızıdan ayrılmasını istemesi "ülke güvenliği" ile ilgili bir uygulama olduğu gibi, Hz. Osman'ın hac sırasında farz namazları tam kılması, insanların yanlış anlamasına fırsat vermemek içindir.

6) Şuf'a uygulaması, kötü amaçlı ortağın veya komşunun engellenmesi için zayıf koruyucu bir uygulamadır. Ancak, bu hakkı sınırsız olarak bütün "bitişik komşular" için kabul etmek bir mahalle, apartman ve sitelerle, iş hanları ve geniş toprak parçaları üzerinde tekel meydana getirecekse, yeniden asla dönerek "bölüşülüp yolları ayrılmamış durumdaki gayri menkule ortak olan komşu" ile sınırlı tutmak mümkün ve caiz olur. İrtifak hakları ortaklığı da bu kapsamdadır.

7) İslâm'ın başlangıcında ticaret hayatında, eşya fiyatlarına müdahale edilmiş ve "serbest piyasa ekonomisi" ilkesi uygulanmıştır. Ancak tâbiiler döneminde toplum şartlarının değişmesi ve haksız rekabetin yayılmaya başlaması üzerine narha fetva verilmiş, Osmanlı Devleti döneminde de narh, geniş uygulama alanı bulmuştur. Ancak sağlıklı ve şeffaf bir ekonomik düzen oluşturulur, piyasa serbest rekabet içinde kendi kendini denetler duruma gelirse, yeniden ana ilkeye dönülmesi mümkündür.

8) 13. M. yüzyılın ikinci yarısında yaşayan et-Tûfi, tüm muâmelâtta maslahatın esas alınması gerektiğini, maslahatla nass (âyet-hadis) çelişirse, maslahatın tercih edilmesi gerektiği görüşünü savunmuştur. Açık ve kesin nass'ların maslahatla çelişmesi düşünülemez gibi, kişiye göre değişebilen maslahat anlayışını nass'lara hakim kılmak maksadı aşan bir yorumdur. Bu yüzden Tûfi'nin görüşü tarihi süreç içinde taraftar bulmamıştır.

9) Günümüz bilim adamlarından Fazlurrahman'ın, İslâmî hükümlerin "tarih unsuru" dikkate alınarak yeniden yorumlanması gerektiği görüşü de delilden yoksundur. Çünkü açık ve kesin nass'ların değişik alternatiflerle yoruma tabi tutulması öden uzaklaşmaya yol açar ve meydana gelecek hukuk, İslam hukukundan çok, "beşeri hukuk" niteliği kazanır.

10) Cemaleddin Efgânî İslâm fihminden çok, kelâm, felsefe ve sosyal konularla, bu arada siyasetle uğraşmıştır. Kendisinin ve öğrencilerinin te'lif ettiği eserlerde yeni meseleleri bilimsel bir zihniyetle ele alarak çözüme kavuşturduğu söylenemez. Ancak belirgin niteliği, çeşitli meselelerde akli, naklin önüne geçirmesidir. Efgânî'nin bir fakihten çok, felsefeci ve bir toplum bilimci olarak nitelendirilmesinin daha uygun olduğu söylenebilir.

11) Mecelle, toplumdaki değişimi "örfe dayalı cüz'î meselelerle sınırlı" tutarken, 1917 tarihli Osmanlı HAK, devletin üniter yapısına zarar vermeyen çok hukuklu bir niteliğe sahiptir. Bu kararnamenin, ABD. gibi ileri ülkelerdeki uygulamalarla benzerliğinin bulunması dikkat çekicidir.

Sonuç olarak, yukarıda dönemlere göre verdiğimiz uygulama örneklerinden de

anlaşılacağı gibi toplumdaki kimi değişiklikler İslâmî hükümler üzerinde etkisini göstermektedir. Ancak zamanın değişmesiyle ortaya çıkan bu değişimin, İslâmî usul kuralları çerçevesinde gerçekleştiği de tarihi bir vakıadır. Nitekim illeti ortadan kalktığı için yürürlüğü durdurulan bir hükmün daha sonraki bir dönemde yeniden uygulamaya konulması, hükümlerde devamlılığı göstermektedir. Kanaatımızca toplumdaki yeni değişim ve gelişmelere paralel olarak ortaya çıkan yeni meseleler yeniden değerlendirilmeli ve bu konuda kitap, sünnet, icmâ' ve kıyastan ibaret olan aslî delillerle, tâlî delil ve metotların kullanılması yanında sahabe ve müctehit imamların yorum ve uygulamalarından da yararlanılmalıdır.

İSLAM HUKUKUNDA AHKAMIN DEĞİŞİMİ ÜZERİNE BAZI DÜŞÜNCELER*

Doç.Dr.Ferhat KOCA**

Some Remarks on Changing Judgments in Islamic Law

One of the main contradictions in the universe, which is about the conflict between the motion and inertia, expresses itself in the realm of law as the conflict between the change and stability. This article, firstly, points out generally the significance of change in the realm of law and then deals with from point of Islamic Jurisprudence. History of Islamic Jurisprudence is examined from the perspective of change and it is determined that while especially until the 4.th (10.th) century, the spirit of change and inference is dominant, in the following centuries this spirit became to disappear and instead of it stability gets dominant. The concepts like "revealed reason", "custom" and "public interest", which are used to change the judgments of Islamic law during the periods that the gate of inference was open, is examined and, it is stated at end that in order to make changes and repetitions in the judgments of Islamic law, it is needed new considerations in the concepts of "revealed reason", "custom" and "public interest"

Keywords: Changing judgments, revealed reason, custom, public interest.

I. GİRİŞ: İSTİKRAR VE DEĞİŞİM ZİDDİYETİ ARASINDA HUKUK

İnsanoğlu binlerce yıldan beri evrendeki kozmik, biyolojik ve toplumsal alanlarda sıcak-soğuk, hareket-durgunluk, aydınlık-karanlık, erkeklik-dişilik, teklik-çokluk, iyilik-kötülük, kesinlik-görecelik, özgürlük-baskı, günah-sevap... vb. gibi pek çok zıtların çatışma ve uzlaşmalarını izlemekte ve onları anlamaya çalışmaktadır.

Evrendeki bu temel çelişkilerden biri olan durgunluk ve hareket sorunu, hukuk alanında istikrar (kararlılık) ve değişme olarak ortaya çıkar.

Değişim, belirli bir zaman sürecinde herhangi bir alanda gözlenen farklılaşma demektir.¹ Değişme, "zaman içinde ard arda gelişi", "kendi kendisiyle görelî olarak

** Gazi Üniversitesi, Çorum İlahiyat Fakültesi, e-mail: ferhatkoca@yahoo.com

* Bu makale, 22 Mart 2003 tarihinde Bursa'da Kur'an Araştırmaları Vakfı (KURAV) tarafından düzenle-

aynı kalan bir şey ya da tözü; bu tözün sahip olduğu özellikler bakımından sergilediği farklılıkları ve belli bir yön ya da doğrultuyu”² ifade eden bir kavramdır.

Aralarında Aristoteles’in de bulunduğu değişim taraftarlarına göre, değişim olgusu evrenin tek kalıcı ve sürekli bir ilkesi ve temel bir gerçekliğidir.³ “Hiçbir toplumsal süreç ya da öge, değişmeden bağımsız olarak düşünülemez. Her toplumsal öge ve süreç değişmeye katkıda bulunduğu gibi, değişim tarafından etkilenir de... Değişmeyen tek toplumsal gerçek, değişimin varlığı ve egemenliğidir.”⁴

Değişim felsefecilerine göre, değişim süreci yeni bir form kazanmayı ifade eder. Her değişimde aynı kalan bir şey, yani madde ve değişen bir şey, yani form vardır. Buna göre değişim, potansiyel güçlerin aktüelleşmesi ya da gerçekleşmesi süreci demektir.⁵

Aristoteles’e göre, değişen nesne başka bir form alabilme potansiyeline sahip olduğu sürece, “değişim” varlığını sürdürmeye devam eder. Bir madde ve bir formdan meydana gelen her bileşik nesne değişmeyi sürdürebilir, zira o, maddi bir şey olduğu sürece, başka ve yeni formlar alma potansiyeline sahiptir.⁶

Hukuk ise, “birinci amacı toplum halinde yaşayan insanların birbirleriyle olan münasebetlerini düzenlemek ve toplumda emniyeti temin etmek, nihaî amacı ise aklî ve ahlâkî bir düzeni gerçekleştirmek olan, küllî bir irade veya hukukî bir çevre tarafından vazedilen, gerek vazedilenler gerekse tâbi olanlar hakkında geçerliliği bulunan, bağlayıcı emir ve yasakları, hak ve sorumlulukları içeren kurallar bütünü” olarak tanımlanabilir.⁷

Kişilerin hak ve hürriyetlerinin, maddi ve manevi varlıklarının korunması, diğer insanlarla kuracakları ilişkilerde güvenli ortamların yaratılması, kısacası hukuk güvenliğinin sağlanması ve adaletin gerçekleştirilmesi, hukuk sistemlerinden beklenen en önemli görevlerdir. Ayrıca, insanlar psikolojik, ekonomik ve siyasi olarak, bilinmeyenden ürkerler ve gerek bugünü gerekse geleceği hesaplayarak, menfaatlerini güven altına almak isterler. Bütün bu hususlar ise, ancak istikrarlı bir hayatta gerçekleştirilebilir. Kaldı ki, kararlılığa duyulan bu özlemin arkasında sadece insanların bugün ve gelecek kaygısı ya da yatırılmış menfaatlerinin kaybedileceği endişesi yatmaz. İnsanların alışkanlıklarından vazgeçmeleri ve zihinsel konforlarını bozmalarının onlarda doğuracağı rahatsızlık, hukuki kararlılık ve istikrara duyulan özlemi sürekli körükler. Nitekim, İbn Haldun’un (ö. 808/1406) da ifade ettiği gibi, “İn-

→

nen “İslam Fıkhının Dinamizmi” adlı bilimsel toplantıda sunulan “İslam Hukuk Düşüncesinde Değişimin Gerekliliği” isimli tebliğin geliştirilmiş şeklidir.

¹ Ülker Gürkan, “Hukukta Değişim ve Kararlılık Sorunu”, Prof. Dr. Mahmut Koloğlu’ya 70inci Yaş Armağanı, Ankara 1975, s. 310.

² Ahmet Cevizci, *Felsefe Sözlüğü*, Ankara 1996, Ekin Yayınları, s. 125.

³ Ahmet Cevizci, *a.g.e.*, s. 125.

⁴ Emre Kongar, *Toplumsal Değişim Kuramları ve Türkiye Gerçeği*, İstanbul 1995, Remzi Kitabevi, VI. Basım, s. 281.

⁵ Ahmet Cevizci, *a.g.e.*, s. 126.

⁶ Ahmet Cevizci, *a.g.e.*, s. 127.

⁷ Esat Arsebük, *Medeni Hukuk -1-*, İstanbul 1938, s. 11-16; Orhan Münir Çağıl, *Hukuk Metodolojisi Dersleri*, İstanbul 1962, s. 106.

sanoğlundaki taklit köklü ve irsîdir. Fenlere ve ilimlere musallat olan asalaklık enine ve boyuna yaygındır.”⁸

İşte bu sebeplerle, pek çok insan, hukukun, herhangi bir matematik veya mühendislik sorununu çözümlen logaritma cetveli gibi, matematiksel ve mantıksal bir kesinliğe sahip olmasını ister veya buna inanır.

Hukuk istikrar ve güvenliğine duyulan bu özlem insanları çeşitli zamanlarda, mevcut ve muhtemel bütün hukuki anlaşmazlıkları çözümlenecek birtakım kurallar toplamı demek olan kanunnâmeler yapmaya yöneltmiştir. Justinianus, Büyük Frederich ve Napoleon'un girişimleriyle oluşturulan hukuk kodları bu özlemlere cevap vermek için yapılan çalışmalara örnek olarak gösterilebilir. Çünkü, bu büyük hukuk koleksiyonları, çok kısa süreler içerisinde, sonsuz ve sınırsız hayat hadiseleri karşısında yetersiz kalmışlardır. Avrupa'da yaşanan bu tarihi ve hukuki tecrübe, tam ve mükemmel bir hukuk kodu meydana getirmenin imkansızlığını ortaya koymuş ve “yazılı kurallara aşırı güveni yansıtan ‘kanun fetişizmi’ ve hukukun mutlak bir kararlılığı gerçekleştireceği konusundaki ‘efsane’ sona ermiştir.”⁹

Ayrıca, bu tarihi ve hukuki tecrübeler bize, her hukuki soruna karşı, anında uygulanabilecek ve en doğru ve âdil sonucu verecek, hazır ve standart birtakım hukuki reçetelerin bulunmadığını da göstermektedir. Zira, her bir hukuki çözümlenme biçimi, farklı zaman ve mekanlardaki insanların, farklı tercihlerinin sonucudur. En durgun, sade ve küçük toplumlarda bile hukuk kurallarının her soruna çare bulacak biçimde yapılması gerçekleştirilemezken, değişmelerle dolu modern ve kozmopolit toplumlarda, donmuş ve sabit kalıplardan meydana gelmiş bir hukuk külliyyatı veya sisteminin sürdürülmeye çalışılması, sonu hüsrarla bitmeye mahkum bir çabadan başka bir şey olmayacaktır.

Herhangi bir hukuk kodu veya sisteminin gerek içerik ve gerekse formunda gözlenen farklılaşma çok yavaş veya çok küçük derecelerde olabileceği gibi, hızlı ve geniş kapsamlı da olabilir. Ayrıca bu değişim, olumlu ve olumsuz, irâdî ve irade dışı her türlü farklılaşmayı da kapsar.

Öte yandan, yukarıda işaret edildiği gibi, hukuk alanındaki değişimler, aslında toplumsal hayattaki değişimlerin birer parçası ve hatta sonucu olarak ortaya çıkar. Toplumsal değişim, Bernard Berelson ve Gary A. Steiner'in de belirttikleri gibi, toplumun yapısındaki temel ve geniş değişimleri ifade eder: “Ailenin örgütlenişindeki, hayat kazanma yollarındaki, dinsel davranışlardaki, insanlar tarafından benimsenen değerlerdeki ve kullanılan teknolojideki değişimler. Terim, toplumun temel kurum ve örgütlenişindeki kaymaları belirler.”¹⁰ Wilbert E. Moore ise, toplumsal değişmeyi, “toplumsal eylem ve etkileşim kalıpları olan, toplumsal yapının değişmesi”¹¹ olarak niteler. Bu durumda, toplumsal değişim, “toplumun yapısındaki değişimdir.” Top-

⁸ İbn Haldûn, *Mukaddime* (trc. Süleyman Uludağ), İstanbul 1982, Dergâh Yayınları, I, 201.

⁹ Ülker Gürkan, “*Hukukta Değişme ve Kararlılık Sorunu*”, s. 309

¹⁰ Emre Kongar, *a.g.e.*, s. 55 (Bernard Berelson ve Gary A. Steiner, *Human Behavior*, Brace and World Inc., New York, 1964, s. 588'den naklen).

¹¹ Emre Kongar, *a.g.e.*, s. 55 (Wilbert E. Moore, “Social Change”, *International Encyclopedia of the Social Sciences*, der. David L. Sills, Maacmillan Co., 1968, vol. XIV, s. 366'dan naklen).

lumun yapısı, “toplumsal kurumların belirlediği toplumsal ilişkilerden meydana geldiğine göre, değişme, ilişkilerin değişmesidir. Bütün bunların ardında da toplumsal bireylerin, yani aktörlerin değişmeleri yatar.”¹²

Toplumsal değişimin temel dinamiği, insan-doğa çelişkisinin belirlediği teknoloji ile, insan-insan çelişkisinin belirlediği “ideoloji” arasındaki etkileşimdir ve değişmeyi bu etkileşim biçimlendirir.¹³ Bu sebeple, genel olarak toplumsal değişimler, hem “ideoloji”lerin hem de yerleşik düzenin sosyal kontrol araçları niteliğinde olan din, ahlâk, örf-âdet ve hukuk kurallarının etkisiz veya yetersiz kaldığı hallerde ortaya çıkar. Eski alışkanlık ve davranış modelleri yerine yeni alışkanlık ve davranış modellerinin benimsenmesi halinde, söz konusu eski alışkanlık ve davranış modellerini düzenleyen kurallar da tabii olarak değişir.

Buna göre, sosyal kontrolün en etkin araçlarından biri olan hukuk mevzuat ve kurallarından bir kısmı, değişim fırtınasının önünden kaçamaz ve hatta bazen bu fırtınaya dayanamayarak yıkılıp yerlerine yeni hukuk kuralları konur. Ne var ki, katı istikrar yanlısı bazı hukukçu ve yöneticiler, söz konusu ölü hukuk mevzuat ve kurallarını kabirlerinden çıkararak, ironik bir biçimde, onlarla toplumları yönetmeye ve eski alışkanlıklarını sürdürmeye kalkışırlar.

Evet, toplumsal hayatın ihtilaf doğuran mekanizmalarının sulh ve barış haline çevrilebilmesi için başvurulan teknik bir araçtan ibaret olan hukukta, zaman ve mekanın değişmesiyle değişmeyen büyük adalet ve nasafet prensipleri ile sürekli olarak varlığını koruyan bir adalet idesi bulunmaktadır. Kanun koyucuları ve yorumcuları, görevlerini yerine getirirken kamu yararını olduğu kadar, hukukun bu yüksek ilkelelerini de göz önünde tutmak zorundadır. Ancak buna rağmen, hukukun hayatı takip etmesi, onun ihtiyaç ve değişimlerine göre şekil alması icap eder. Çünkü, hayat çağlayarak akan bir sel gibidir. Onun akışını hiçbir kuvvet önleyemez ve o sürekli akıp gider. Eskimiş hukuk ve kanun kuralları hayatı kösteklediği zaman, onu bertaraf etmek için çeşitli yol ve çareler ile hile-i şer’iyeler¹⁴ bulunmaya çalışılır. Hatta bazen, çeşitli ülkelerde “iyi hukukçu” demek, hayatı zorlayan hukuk kurallarını, birtakım kanuni yollarla bertaraf etmek için iyi hileler bulan hukukçu demektir.¹⁵

Yukarıda belirtildiği gibi, hukuk kurallarını hayat ve ihtiyaçlar doğurur ve söz konusu kurallar bu hayat ve ihtiyaçları karşıladığı sürece canlılığını korur ve fiilî yürürlük kazanır. Bununla birlikte, hukuk kurallarının tesis edici rolü, hayat ve ihtiyaçları tanzim etmekten ileri gidemez. Dolayısıyla, hukukçular, hukuk norm ve kuralları dünyasında yaşadıkları kadar, bizzat hayatın içinde yaşadıklarını da unutmamalıdır.

Ne var ki, dünyadaki hukukçuların büyük bir çoğunluğunun muhafazakar oldukları gözlemlenmektedir. Çünkü, kendi döneminin hukuk kural ve kanunlarını öğrenerek tatbik eden bir hukukçuda, zamanla söz konusu kuralların en mükemmel

¹² Emre Kongar, *a.g.e.*, s. 56.

¹³ Emre Kongar, *a.g.e.*, s. 60.

¹⁴ Hukukta hile konusunda şu iki temel kaynağa bk. Hamide Topçuoğlu, *Kanuna Karşı Hile*, İzmit 1950; Saffet Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile (Hile-i Şer’iyye)*, İstanbul 1996.

¹⁵ Sulhi Dönmezer, “Hukuk ve Hayat”, İÜHF, XXI/1-4, İstanbul 1957, s. 425, 427-429.

ve toplumsal ihtiyaçlara en uygun esaslar olduğuna dair bir kanaat oluşur ve adı geçen kurallara samimiyet ve kıskançlıkla bağlanarak, onların değişmemesi gerektiğini hatta değişmeyeceğini savunmaya başlar.¹⁶ İşte hukukçuların bu yaklaşımları, hukuksal statüko ve sistemleşmenin ilk adımını teşkil eder. Sistemler ise, J. Donald Walters'ın ifade ettiği gibi, değişimi sevmezler. Çünkü sistemler, "hayatın nihayetsiz medcezirlerini durgun bir hale getirip dondurmak isterler. Bir anlamda zaman kuşunu zamansız bir mezara hapsedmeyi temsil ederler... Büyük değişimler, istisnalar hariç, hiçbir zaman kurumlardan gelmemiştir."¹⁷

Böylece, hergün adım adım ilerleyen hayat ile değişmeyen hukuk mevzuatı arasında kısa sürede uçurumlar oluşmaya ve hukuk kuralları içerik ve etkinliklerini kaybetmeye başlar. Bunun sonunda, sadece hukuk kuralları kendisine duyulan güveni kaybetmekle kalmaz, aynı zamanda hayat da kendi sürekliliğinin temel şartlarından biri olan nizam ve hukuk emniyetini kaybederek, çeşitli tehlike ve kaoslarla karşı karşıya kalır.

"Esasen hukukun daima sabit noktalar arasındaki ilişkileri değil, aksine değişken durumlar arasındaki ilişkiyi ifade ettiği gerçeği artık anlaşılmalıdır. Dikkat edilecek olunursa, çoğu kez tespit edilen formüllerin mürekkebi kurumadan, ortaya çıkan yeni bir adalet anlayışının ya da vakia durumun baskısı bu formülleri değiştirme konusunda hukukçuları zorlamaktadır. Kısacası hukuki formüllerle düzenlenen fiil ve durumlar kendilerine özgü bir hareketliliğe sahiptirler. İşte bu değişmeye ayak uyduramayan hukuk ya bir müstebit haline gelecek ya da bir devrimle yıkılacaktır."¹⁸

Böyle bir olumsuz netice ise, hukukçunun, meslekî körlüğün kendisini zorladığı muhafazakar ruh halinden derhal sıyrılması ve hayatı adım adım takip ederek, hukuk mevzuatını hayatın icaplarına uygun hale getirmeye çalışması gerektiğine işaret etmektedir. Ayrıca, bütün bu toplumsal ve tarihi tecrübeler, hukukun her zaman tam bir ruh dengesi ve hesaplaşmasına ihtiyaç gösteren bir meslek olduğunu ve kararlılık ile değişmeden meydana gelen iki temel zıddiyeti uzlaştırmak zorunda bulunduğunu göstermektedir. Çünkü, hukukta sürekli bir kararlılığı tercih ile sürekli bir değişimi tercih etmenin doğuracağı tehlikeler hemen hemen aynı derecededir. Bunlardan birincisi hoşgörüsüz bir katılığa, ikincisi ise toplumsal yozlaşma ve hiçliğe sebep olur.

Hukukun temel gerginlik alanlarından biri olan istikrar ve değişimle ilgili bu genel girişten sonra, şimdi İslam hukuk tarih ve düşüncesinde, hukuki değişimden ne anlaşıldığını ve değişimin hangi araçlarla, nasıl ve ne oranda gerçekleştirildiğini incelemek istiyoruz.

II. İSLAM HUKUKUNDA AHKAMIN DEĞİŞİMİ

İslam hukuk literatüründe, "ahkâmın (hükümlerin) değişimi" için genellikle "tebeddülü'l-ahkâm", "ihtilâfü'l-ahkâm" ve "tegayyürü'l-ahkâm" terkipleri kullanılır.

¹⁶ Sulhi Dönmezer, a.g.m., s. 431.

¹⁷ J. Donald Walters, *Modern Düşüncenin Krizi* (trc. Şahabeddin Yalçın), İstanbul 1995, İnsan Yayınları, s. 31.

¹⁸ Ülker Gürkan, "Hukukta Değişme ve Kararlılık Sorunu", s. 316.

maktadır. Özellikle “tegayyürü’l-ahkâm” terkinin içerisinde geçtiği en önemli hukuk kuralı, “zamanların değişmesi ile hükümlerin değişmesi inkar olunamaz (lâ yünkeru tegayyürü’l-ahkâm bi-tegayyürü’l-izmân)” ilkesidir.¹⁹ Bu kural Mecelle’de, “Ezmânın tegayyürü ile ahkâmın tegayyürü inkar olunamaz” (madde: 39) şeklinde ifade edilmiştir.

Nasların makâsıd-ı şâri’ (kanun koyucunun amaçları) temel alınarak yorumlanması gerektiğini savunan İslam hukukçularından Şâtıbî’ye (ö. 790/1388) göre değişme (ihtilâfü’l-ahkâm), “âdetler değiştiği zaman, her âdetin, hükmünü alacağı başka bir şerî asla dönmesi” demektir.²⁰ Bu tanımda, ahkâmın değişmesinden, herhangi bir ihtiyaç veya maslahat sebebiyle oluşmuş bulunan örfî bir hükmün, söz konusu ihtiyaç veya maslahatın değişmesi sebebiyle, yeni duruma yani yeni ihtiyaç veya maslahatlara ya da bunların dayalı olduğu şer’î asıllara (delillere) uygun bir form içinde ortaya çıkması kastedilmektedir.

Çağdaş İslâm hukukçularından Muhammed Mustafa eş-Şelebî ise ahkâmın değişmesini, “nesihden farklı, ortam ve maslahatların değişmesi neticesinde, mevcut aslî hükmün farklı olarak tatbik edilmesi” şeklinde tanımlamıştır.²¹ Bu tanım, bir taraftan Şâtıbî’nin tarifini daha anlaşılır hâle getirirken, diğer taraftan da “değişim” ile “nesih” arasında fark bulunduğuna işaret etmektedir. Şelebî’nin nesihle ilgili koyduğu bu kayıt, bize göre, değişimin alanını daraltıcı bir girişimdir. Her ne kadar, Hz. Peygamber’in vefatından sonra Kitap ve Sünnet’te herhangi bir nesihden söz edilemez ise de bizzat vahyin devam ettiği sırada vaki olan nesihler de bize göre, biraz aşağıda belirtileceği üzere, İslam hukukunda genel olarak ahkâmın değişimi çerçevesinde değerlendirilebilir.

Mustafa ez-Zerkâ’ya göre ahkâmın değişmesinden maksat, “şâri’in gayesine ulaştırarak vesile ve yolların değişmesi”dir. Bu vesile ve yollar ise şeriatla genellikle sınırlandırılmamış ve her zaman maslahata en uygun olan tercih edilebilir diye, onlar mutlak/serbest bırakılmıştır.²²

İslâm hukukunda ahkâmın değişmesi konusunda doktora tezi yapan Mehmet Erdoğan’a göre ise, ahkâmın değişimi, “Hakkında nas bulunsun bulunmasın, herhangi bir konu ile ilgili hüküm ya da uygulamada, zaman süreci içerisinde gözlenen değişiklikler, farklılıklardır.”²³ Erdoğan’a göre “değişme”den amaç ahkâmın ilgası değil, İslam hukukunun yürürlüğünü sağlamak için, zaman ve mekana göre gerekli olan, genel çerçeve içerisinde özün ilk konumundan farklı şekillerde tezahür etmesidir. Bu itibarla da “değişme” ilkesi ile “şeriatın ebedi yürürlük” ilkesi arasında herhangi bir çelişki yoktur.²⁴

Yukarıdaki tanımlardan hareketle biz, İslam hukukunda ahkâmın değişimini, “şer’î hükümlerin, şâri’in temel amaçlarını gerçekleştirebilmek için, çeşitli zaman ve

¹⁹ Güzelhisârî, *Menâfiu’l-dekâyık fi şerhi Mecâmi’i’l-hakâyık*, İstanbul 1273, s. 328.

²⁰ Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, Kahire ts. (el-Mektebetü’t-Ticâriyye), II, 285-286.

²¹ Şelebî, *Ta’lîlü’l-ahkâm*, Beyrut 1981, s. 316.

²² Mustafa ez-Zerkâ, *el-Medhalü’l-fıkhiyyü’l-âmm*, Dımaşk 1967-68, II, 925.

²³ Mehmet Erdoğan, *İslâm Hukukunda Ahkâmın Değişmesi*, İstanbul 1990, s. 94.

²⁴ Mehmet Erdoğan, a.g.e., s. 31.

mekanlar içerisinde, farklı formlarda tezahür etmesi" şeklinde tarif edebiliriz.

Bu tanıma göre, İslam hukukunda hükümlerin değişimi, hakkında herhangi bir nas, icma, kıyas veya başka herhangi bir delil bulunan ya da bulunmayan bir hükmün, makâsıd-ı şâri'i gerçekleştirebilmesi veya en azından bu doğrultuda (mazınne) olması şartıyla, zaman ve mekan boyutu içerisinde geçirdiği her türlü farklılaşma ve istihâleyi ifade eder.

Bu çerçevede, İslam hukukunda ahkâmın değişiminin alanı; gelişme kapsamında değerlendirilebilecek her tür hükümler, ibadetlerin ifa ve uygulamasıyla ilgili bazı düzenlemeler, birtakım hukuki kavramların ve içeriklerinin daraltılması ya da genişletilmesi, serbest/mubah alanlarda yapılabilecek çeşitli sınırlamalar, bazı hükümlerin uygulamasının geçici olarak askıya alınması ve tekrar aslı hallerine döndürülmesi, uygulama alanı kalmayan birtakım hükümler ile nesih, tedric ve geçiş dönemi anlayışına uygun olarak konulan hükümler ve nihayet yabancı kültür ve medeniyetlerden iktibas edilen çeşitli hükümler gibi konuları kapsar.²⁵ Görüldüğü gibi, bize göre bu değişim alanları, kanun koyucunun amaçlarını (makâsıd-ı şâri') korumak şartıyla, hükümlerin nitelik, nicelik, tözsel ve zaman-mekan bakımlarından değişmelerini içerecek tarzda geniş kapsamlıdır.

III. DEĞİŞİM PERSPEKTİFİNDEN İSLAM HUKUK TARİHİNE KISA BİR BAKIŞ²⁶

İslâm hukuku (fıkıh), insanın kendi kendisiyle, diğer kişilerle ve Allah ile olan ilişkilerini, hak ve sorumluluklarını düzenleyen ve kaynağı ilâhî olan bir hukuk sistemidir. Hz. Muhammed'in risâletini tebliğ etmesi ile başlayıp temel esaslarını Kur'an'dan ve Hz. Peygamber'in yorum ve uygulamalarından alan bu hukuk sistemi, çok kısa bir süre içerisinde ve geniş bir coğrafyada uygulama imkânı bulmuş ve bu uygulama sürecinde Kur'an'ın hukukî hükümleri ile Hz. Peygamber'in yorum ve tatbikatı birçok hukukçu tarafından geniş bir şekilde tartışılarak, zaman ve mekânın ihtiyaçlarına göre, çeşitli icthadlara konu olmuş ve böylece geniş bir hukuk müellefâtı meydana gelmiştir.

Genel olarak İslâm hukuk tarihçileri, İslâm hukukunun tarihî seyrini; Hz. Peygamber, sahâbe, tâbiûn ... devri şeklinde nesillere göre veya doğuş, gelişme, olgunluk, duraklama devri ... şeklinde canlı bir organizmaya ya da Hulefâ-yi Râşidîn, Emevîler ve Abbâsîler ... şeklinde siyasî iktidarlara göre devrelere ayırmışlardır.

1. Hz. Peygamber Devri

Hz. Muhammed'in risâleti ile başlayıp onun vefatına kadar (610-632) yaklaşık yirmi üç yıl devam eden ve İslâm hukukunun doğuş ve kuruluşunun tamamlandığı bu devre, Hz. Peygamber'in, içinde yaşadığı şehirlere nispetle Mekke ve Medine dönemi şeklinde iki kısma ayrılır.

Hz. Peygamber'in Medine'ye hicretinden önce yaşadığı ve peygamberliğinin ilk

²⁵ Mehmet Erdoğan, a.g.e., s. 94-95.

²⁶ Bu bölüm, *İslam Hukuk Tarihinde Selefi Söylem Hanbeli Mezhebi* (Ankara 2002, Ankara Okulu Yayınları) adlı eserimizin 11-29. sayfalarından yararlanılarak yazılmıştır.

yıllarını (610-622) geçirdiği Mekke döneminde gelen âyetler daha çok inanç, ibadet ve ahlâk konularıyla ilgili olup bir anlamda Medine’de gerçekleştirilecek yeni devletin insan unsurunu yetiştirmeye ve hukukun alt yapısını oluşturmaya yönelik idi. Medine’de gelen âyetler ise Allah ile kul arasındaki ilişkiler yanında aile, miras, anayasa, ceza, muhâkeme usulü ve devletler arası münasebetler gibi sosyal ve hukukî hayatla da ilgiliydi.²⁷

Hız. Peygamber devrinde teşrî kılınan hükümler öncelikle herhangi bir olayın meydana gelmesi veya söz konusu olay hakkında soru sorulması üzerine bir ayetin nazil olması ya da hükmün Allah tarafından peygambere bildirilip onun da kendi söz ve üslûbu ile açıklaması veya uygulaması (sünnet) şeklinde vazediliyordu. Hatta bazen Hız. Peygamber söz konusu olay hakkında Allah’ın iradesiyle (makâsıd-ı şerîa) ilgili irfan ve tecrübesine dayanarak (ictihad) bir uygulamada bulunuyor ve şayet bu ictihadında hata ederse Allah tarafından tashih ediliyordu.²⁸ Meselâ, Bedir Savaşı’nda ele geçirilen esirlerin fidye karşılığında salıverilmesi konusundaki ictihadı tashih edilmiş²⁹, Tebük Seferi esnasında bazı münafıkların sefere katılmamak için çeşitli mazeretler uydurarak Hız. Peygamber’den izin almaları üzerine, peygamber verdiği bu izinden dolayı uyarılmıştır.³⁰ Hız. Peygamber’den bir problemin sorulması hususunda Kur’ân-ı Kerîm’de on beş yerde “yes’elûneke” (Senden soruyorlar) ifadesi geçmekte olup, bunların sekizi hukukî konularla ilgilidir.³¹ Ayrıca iki defa da “yesteftûneke” (Senden dinî hükmü açıklamamı istiyorlar) ifadesi kullanılmıştır.³²

Vahyin gelmesi ve dinî hükmün açıklanmasına sebep olan bu tür olayların tespiti konusunda İslâm tarihinde “esbâbü’n-nüzûl” adında geniş bir literatür meydana gelmiştir.³³

Hız. Peygamber devrinde yapılan teşrîin bir diğer yolu ise, herhangi bir olay veya soru beklenmeksizin, bir hükmün ilâhî plandaki yeri ve zamanı geldiği an doğrudan bildirilmesidir. Böylece İslâm bir taraftan içerisinde doğduğu belli bir zaman ve mekânın tarihsel problemlerini çözüp onların ihtiyaçlarına cevap verirken, diğer taraftan da evrensel hüküm ve değerlerini vazediyordu.³⁴

Hız. Peygamber’in dinî görevi yanında devletin teşrî, icra ve kazâ fonksiyonla-

²⁷ Mekke ve Medine döneminde nâzil olan âyetlerin genel karakteristikleri için bk. Hudaî, *Târîhu’t-teşrî’i’l-İslâmî*, Beyrut 1983, s. 19; Zeydân, *el-Medhal*, Bağdat 1982, s. 108-109; Karaman, *İslâm Hukuk Tarihi*, İstanbul 1989, s. 55.

²⁸ Hız. Peygamber’in ictihadı hk. bk. Hudaî, a.g.e., s. 13-14; Karaman, *İslâm Hukukunda İctihat*, Ankara 1975, s. 37-41.

²⁹ el-Enfâl, 8/68.

³⁰ et-Tevbe 9/43.

³¹ Bu konular şunlardır: İnfak, el-Bakara, 2/215, 219; mukaddes aylarda savaş, el-Bakara 2/217; içki ve kumar, el-Bakara 2/219; yetimler, el-Bakara 2/220; hayız, el-Bakara 2/222; helâl kılınan nesnelere, el-Mâide 5/4; ganimetler, el-Enfâl, 8/1.

³² en-Nisâ 4/127, 176.

³³ Esbâbü’l-nüzûl ile ilgili önemli bazı eserler şunlardır: İbn Şihâb ez-Zührî, *Tenzîlâtü’l-Kur’ân* (nşr. Selâhaddin el-Müneccid), Beyrut 1963; Süyûtî, *Lübâbü’n-nükûl fî esbâbi’n-nüzûl*, Dimaşk ts.; Tunus 1984; H. Tahsin Emiroğlu, *Esbâbü’l-nüzûl: Kur’an Ayetlerinin İniş Sebepleri ve Tefsirleri*, I-XIV, Konya 1965-1983.

³⁴ Karaman, *İslâm Hukuk Tarihi*, s. 56; a.mlf., “Fıkıh”, DİA, XIII, 4.

rının da kendisinde toplandığı bu dönemde, hukukî faaliyetlere hâkim olan temel prensipler arasında en önemlileri tadrîç, kolaylık ve nesih ilkeleridir.³⁵

Zaman ve hükümler açısından uygulanan tadrîç ile, hükümlerin zamana yayılarak toplum tarafından özümsemesi ve sonuçta parçaların bir araya getirilerek teşriin tamamlanması amaçlanmıştır. Namaz, zekât ve cihadın emredilmesi, içki ve faizin yasaklanması gibi konulardaki hükümlerin tamamlanma süreçleri, bu dönemde takip edilen tadrîç prensibinin ilgi çekici örneklerini teşkil eder.³⁶

Kolaylık ise, yasama ve uygulama sırasında insan tabiatını, psikolojisini, maddî ve mânevî özellik ve ihtiyaçlarını göz önüne almak ve söz konusu yasa veya uygulamayı istekle benimsemesi için gerekli elastikiyeti göstermektir. İbadetlerin vakitlere dağıtılması, insanın tabîî ihtiyaçlarını karşılayan nesnelere mubah kılınması; hastalık, yolculuk, unutmama ve hata gibi hallerin mazeret kabul edilmesi ve zaruretlerin haramları mubah hale getirmesi gibi teşri' ve tatbikat, Hz. Peygamber'in "Kolaylaştırın, güçleştirmeyin; sevdiren, nefret ettirmeyin"³⁷ sözüyle özetlediği, kolaylaştırma prensibinin örnekleridir.³⁸

Nesih de sonuç itibarıyla tadrîç ve kolaylaştırma ilkelerine uygun olarak, şâri' tarafından konulmuş herhangi bir hükmün daha sonra yürürlükten kaldırılması anlamına gelmektedir.

Bu temel ilkeler ışığında, Hz. Peygamber döneminde insanların fitratlarına uygun, maslahat ve yararlarını gözetici ve aralarında adaleti gerçekleştiren hükümler teşri' kılınmıştır.

Bu dönemde İslâm hukukunun ilk iki kaynağı olan Kur'an ve Sünnet tamamlanmış, kıyas ve rey ile icihad gibi bazı hüküm çıkarma metodlarına ise atıflarda bulunulmuştur.³⁹ Meselâ Hz. Peygamber, Muâz b. Cebel'i (ö. 18/639) Yemen'e vali ve kadı olarak gönderirken, hukukî problemleri nasıl halledeceğini sormuş, onun Kur'an'la, onda bulamazsa Hz. Peygamber'in sünneti ile, onda da bir hüküm bulamazsa kendi icihadı ile hüküm vereceğine dair cevabı Hz. Peygamber'i sevindirmiştir.⁴⁰

Kur'ân-ı Kerîm'de doğrudan doğruya hukukî bir hüküm getiren âyetlerin sayısı çeşitli bilginlere göre 150 ile 500 arasında değişirken, İbnü'l-Arabî (ö. 543/1148) bazı istidlâl yolları kullanılarak, kendisinden hukukî hüküm çıkarılabilen 800 civarında ahkâm âyetini incelemiştir.⁴¹

İslâm hukukunun kaynağı olarak sünnet ise Kur'an'ı yorumlamış ve Kur'an'da açık bir şekilde hükmü belirtmeyen bazı konularda, yine onun genel çerçevesi içeri-

³⁵ Zeydân, a.g.e., s. 111-114.

³⁶ Hudaî, a.g.e., s. 18-19; Karaman, *İslâm Hukuk Tarihi*, s. 57; a.mlf., "Fıkıh", DİA, XIII, 4.

³⁷ Buhârî, "Cümü'a", 8; "Savm", 27; Müslim, "Tahâre", 42.

³⁸ Karaman, *İslâm Hukuk Tarihi*, s. 58; a.mlf., "Fıkıh", DİA, XIII, 4.

³⁹ Karaman, *İslâm Hukukunda İctihat*, s. 43-48; a.mlf., *İslâm Hukuk Tarihi*, s. 59.

⁴⁰ Bu olay için bk. Ebû Dâvûd, "Akdiye", 7; Tirmizî, "Ahkâm" 3.

⁴¹ İbnü'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, I-IV, Kahire 1974; Hacvî, *el-Fikrû's-sâmi fî târîhi'l-fıkhi'l-İslâmî* (nşr. Abdülaziz Abdülfettah ek-Kârî), Medine 1976, I, 84.

sinde kalarak çeşitli hükümler koymuştur.⁴² İbn Kayyim el-Cevziyye (ö. 751/1350), fıkıh hükümlerine esas teşkil eden hadislerin sayısının farklı veya mükerrer rivayetler dışında 500 civarında olduğunu, bu temel hükümleri açıklayan, onların kayıt ve şartlarını bildiren hadislerin ise 4000'e ulaştığını söylemiştir.⁴³

2. Hulefâ-yı Râşidîn Devri

Hız. Peygamber'in vefatı üzerine, Hız. Ebû Bekir'in 10 (632) yılında halife seçilmesiyle başlayıp Hız. Hasan'ın 41 (661) yılında hilâfeti Muâviye'ye devretmesiyle sona eren Hulefâ-yı Râşidîn devri, İslâm hukukunun tekâmül dönemini teşkil eder.

Bu dönemde, birinci hukuk kaynağı olan vahyin sona ermesi yanında sahâbe de icthadlarını Peygamber'e arz ve onun tasvibini alma imkânından mahrum kalmıştır. Böylece hukuki faaliyetlerde Kitap ve Sünnet'in sınırlı sayıdaki naslarının kullanılması yanında, bu naslara dayanılarak rey ile icthadda bulunulmaya başlanmıştır. Ancak bu devirde rey, Kitap ve Sünnet'te hükmü açıklanmamış meseleleri naslara dayanarak ve bunlar üzerinde düşünerek hükme bağlamak anlamına gelmekteydi ve daha sonraları "istihsan, istislah, örf, kıyas" gibi isim verilen çeşitli yöntemler bu dönemde "rey" çerçevesinde kullanılmaktaydı.⁴⁴

Bu dönemde şûra icthadları ferdî icthadlardan daha kuvvetli ve bağlayıcı te-lakkî edilmiş, ferdî icthadlar ise yalnızca sahiplerini bağlamıştır.⁴⁵

Yine aynı dönemde, sahâbe arasında çeşitli icthad farklılıklarının ortaya çıktığı gözlenmektedir. Birtakım sebeplerle Medine'den uzakta bulunan bazı sahâbenin dinî konulardaki bilgi eksiklikleri, Hız. Peygamber'den alınan bilgilerin farklı anlaşılması, yanılma, unutma veya hakkında nas bulunmayan konularda tabîi olarak muhtelif görüşlerin benimsenmiş olması gibi hususlar, bu farklılıkların kaynağını teşkil etmiştir.⁴⁶

Sahâbe dönemindeki hukukî faaliyetlerde dikkati çeken husus bu dönemde rey kapısının açılmış olmasıdır.⁴⁷ Hız. Ömer'in, hüküm verme usul ve metotlarıyla ilgili olarak Ebû Mûsâ el-Eş'arî'ye (ö. 44/665) gönderdiği mektup, bu konuda önemli bir belge niteliğindedir.⁴⁸ Ancak sahabe, rey ile ulaştıkları bu hükümleri kesin görmeyerek, onları Allah ve Resulü'ne ait açık hükümlerden ayırmaya titizlik göstermiştir.⁴⁹

⁴² Hız. Peygamber'in teşri'deki rolünü gösteren bazı âyetler için bk. el-Ahzâb 33/21; en-Necm 53/3-4; el-Haşr 59/7.

⁴³ İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lâmü'l-muvakkî'in* (nşr. Muammer Muhyiddin Abdülhamid), Kahire 1955, II, 245.

⁴⁴ İbn Kayyim el-Cevziyye, a.g.e., I, 61, 66; Hudaî, a.g.e., s. 87-90; Karaman, *İslâm Hukuk Tarihi*, s. 113; a.mlf., "Fıkıh", DİA, XIII, 5.

⁴⁵ Hudaî, a.g.e., s. 89-90; Karaman, *İslâm Hukuk Tarihi*, s. 113; a.mlf., "Fıkıh", DİA, XIII, 5.

⁴⁶ Hudaî, a.g.e., s. 95-97; Karaman, *İslâm Hukukunda İctihat*, s. 61-67; a.mlf., "Fıkıh", DİA, XIII, 5. Sahâbenin farklı icthad örnekleri için bk. a. mfl., *İslâm Hukukunda İctihat*, s. 69-80.

⁴⁷ Hacvî, a.g.e., II, 323.

⁴⁸ Bu mektup için bk. Nesâî, *Âdâbü'l-kudât*, 11; Serahsî, el-Mebcut, Beyrut 1978, XVI, 60; İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lâmü'l-muvakkî'in*, I, 86-401; II, 1-65; Hamîdullah, *Halîfe Hız. Ömer Devrinde Adli Teşkilat - Ebû Mûsâ el-Eş'arî'ye Gönderilen Kazâî Talimatnâmeler*, trc. Fahrettin Atar (İslâm Anayasa Hukuku içerisinde, nşr. Vecdi Akyüz), İstanbul 1995, s. 284-320.

⁴⁹ Karaman, *İslâm Hukukunda İctihat*, s. 59; a.mlf., *İslâm Hukuk Tarihi*, s. 116.

Ayrıca, bu dönemde belli bir illet veya hikmete bağlı bulunduğu bilinen hükümler, söz konusu illet veya hikmetin değişmesiyle değiştirilmiş, hatta hak ve adaleti gerçekleştirmek ve zaruretleri gidermek amacıyla, bazı hükümlerin uygulanması askıya alınmıştır. Müellefe-i kulûba devletin zekât gelirinden pay verilmemesi, bir defada söylenen üç talâkın cezaî bir tedbir olarak üç talâk sayılması, kıtlık sebebiyle hırsızlık yapanların ellerinin kesilmemesi gibi konularda Hz. Ömer'in yaptığı uygulamalar bu yaklaşımın örnekleridir.⁵⁰

3. Emevîler Devri

Hız. Hasan'ın (ö. 50/670) 41 (661) yılında Muâviye (ö. 60/680) lehine hilâfetten çekilmesiyle başlayıp 132 (750) yılına kadar süren Emevîler dönemi, hilâfetin saltanata dönüşmesi sebebiyle, İslâm tarihinde önemli bir kırılmayı ifade eder.⁵¹ Bu dönemde, sahâbe nesli yavaş yavaş âhirete intikal etmiş ve onların yerini tâbiûn nesli almıştır.

Emevîler devrindeki hukukî faaliyetlerde temel amacın adaletin gerçekleştirilmesi değil de siyasî istikrarın sağlanması olduğu gözlenmektedir.⁵²

Bu dönemde, Medine'de İslâm hukukunun kaynakları olan Kur'an ve Sünnet'e dair bilgiler daha çok olduğu için Medineliler kendi bölgelerindeki âlimlerden bir teyit almadıkça Kûfe ve Şam kaynaklı rivayetleri, bu bölgelerde meydana gelmiş olan siyasî olaylar sebebiyle, söz konusu rivayetlere uydurma ilâveler yapılmış olabileceği endişesiyle kullanmıyor ve bunları geçerli birer delil saymıyorlardı. Buna mukabil, diğer bölgelerde bulunan sahâbe ve öğrencileri de kendi bilgilerini, Medine'deki sahâbe ve öğrencilerinin bilgileriyle denk sayarak, bazen Medine'deki âlimlerin görüşlerinden farklı sonuçlara varıyorlardı.

İslâm hukuk tarihi açısından bu dönemde meydana gelen gruplaşmaların en önemlisi Irak (Kûfe) ile Hicaz (Medine) fukahâsı arasında meydana gelmiştir. Emevîler döneminde çevre ve üstat farklılığına dayalı olarak ortaya çıkan bu ayrışma, İslâm hukuk tarihinde Hicazlılar (Hicâziyyûn, Ehl-i Hicâz) ve Iraklılar (Irâkiyyûn, Ehl-i Irâk) adıyla anılmıştır.⁵³

İki grup da Kitap, Sünnet ve sahâbe icmâmı şer'î birer delil olarak kullanırken, Hicazlılar Medine halkının örfünü, Hz. Peygamber'in yaşayan sünneti olarak algılamış ve ona deliller hiyerarşisinde önemli bir yer vermişlerdir. Iraklılar ise, Medine örfünü diğer şehirlerin örfü gibi telakkî ederek, ona ilâve bir değer atfetmemişlerdir.⁵⁴ Söz konusu iki okuldan Hicazlılar, Hz. Peygamber'in bu bölgede yaşamasının tabii sonucu olarak Sünnet'e dair daha fazla malzemeye sahip olmaları sebebiyle, meydana gelen her hâdise için herhangi bir nas (Kitap ve Sünnet) bulabilirlerken; Iraklılar,

⁵⁰ Hudaî, *Târîhu't-teşrî'i'l-İslâmî*, s. 90-95; Zeydân, *el-Medhal*, s. 121-126; Karaman, *İslâm Hukukunda İctihat*, s. 69-73; a.mlf., *İslâm Hukuk Tarihi*, s. 117-118.

⁵¹ Karaman, *İslâm Hukukunda İctihat*, s. 51; a.mlf., "Fıkıh", *DİA*, XIII, 4.

⁵² Hudaî, a.g.e., s. 103-107; Zeydân, a.g.e., s. 132-136; Karaman, *İslâm Hukuk Tarihi*, s. 162-163; a.mlf., "Fıkıh", *DİA*, XIII, 6.

⁵³ Hacvî, a.g.e., II, 378-383; Hudaî, a.g.e., s. 107-110; Esat Kılıçer, *İslâm Fıkıhında Re'y Taraftarları*, Ankara 1975, s. 28-34; Karaman, *İslâm Hukukunda İctihat*, s. 101.

⁵⁴ İbrahim Kafi Dönmez, "Amel-i Ehl-i Medine", *DİA*, III, 21-25.

bölgenin Medine'ye olan coğrafi uzaklığı sebebiyle, daha az hadîs malzemesine sahip oldukları gibi, üstelik bu bölgede meydana gelen çeşitli siyasî olayların hadîs uydurma hareketine etki etmesi sebebiyle de eldeki mevcut Sünnet malzemesi üzerinde daha titiz davranmışlar ve kendilerine göre zayıf olan hadîs yerine rey ihtihadına daha fazla yer vermişlerdir.⁵⁵

4. Abbâsîler Devri

Gerçekleştirdikleri kanlı bir ihtilâl ile yönetimi Emevîlerden devralan Abbâsîlerin hâkimiyeti, 132 (749) yılında başlayıp, Bağdat'ın Moğollar tarafından işgal ve tahrip edildiği 656 (1258) yılına kadar sürmüştür.

İslâm hukukunun olgunluk çağı olarak kabul edilen Abbâsîler devrinde, fıkıh kaynaklarına, sahâbe ihtihad ve uygulamaları ile tâbiûnun ihtihadları eklenmiştir. Bu devirde nazarî ve farazî fıkıh çalışmaları hızlanmış ve vuku ihtimali çok az olan meseleler üzerinde durularak ihtihad temrinleri yapılmıştır. Hukukçular yeni ihtiyaçlara cevap ve çözüm ararken, İslâm ülkesinin geniş coğrafyasında yaşayan çeşitli kavimlerin kültürlerini, örf ve âdetlerini gözden geçirmiş ve bunların bir kısmını kabul, diğer bir kısmını ise reddetmişlerdir. Ayrıca dönemin bilginleri hac, cihad ve ilim gibi birtakım maksatlarla seyahatler yaparak birbirleriyle bilgi alışverişinde bulunmuşlardır.⁵⁶

Abbâsîlerin yaklaşık ilk iki yüzyılında ihtihad kapısı sonuna kadar açık bulunmaktaydı. Bu dönemde, Emevîler devrinde oluşan çevre ve üstat farklılığına dayalı Hicaz ve Irak ekolleri "hüküm çıkarmada rey ve hadise verilecek yer ve değer" konusuyla ilgili metodolojik bir ayrışma noktasına gelmişlerdir. Bu ayrışmada Iraklılar reyciliği (Ehl-i re'y), Hicazlılar ise eser veya hadîsçiliği (Ehl-i hadîs) temsil ediyordu.⁵⁷

Bu dönemde, daha önceki müctehidlerin aksine, fıkıhın bütün konularında sistemli bir şekilde ihtihadla hüküm üretme faaliyeti başlamış, ihtihadlar belli kitaplarda toplanmış, hadîs ve rey okulları arasında çeşitli tartışmalar yaşanmıştır.

İslâm hukuk tarihi açısından bu dönemdeki en önemli faaliyetlerden biri ise, şerî hükümler ve onların kaynakları olan şerî deliller ile bu delillerden hüküm çıkarma metodlarının tartışıldığı fıkıh usulü (hukuk metodolojisi) ilminin tedvin edilmiş olmasıdır. Zamanımıza ulaşmış olan ilk usul kitabı İmam Şâfiî'nin (ö. 204/820) *er-Risâle*⁵⁸ adlı eseridir. Bu eser, Kur'an ve onun yorum metodları, nâsîh-mensuh, haber-i vâhid, kıyas, istihsan, Kur'an - Sünnet ilişkisi, hadîslerin gizli kusurları ('ilel), icmâ, ihtihad ve ihtilâf konularını inceleyen önemli bir kaynaktır.

⁵⁵ Kılıçer, a.g.e., s. 34-38; Karaman, *İslâm Hukukunda İctihad*, s. 101-107; a.mlf., *İslâm Hukuk Tarihi*, s. 163-166.

⁵⁶ Karaman, *İslâm Hukuk Tarihi*, s. 171-172; a.mlf., "Fıkıh", DİA, XIII, 7.

⁵⁷ Goldziher, "Fıkıh", İA, IV, 605-606; Hacvi, *el-Fikrî's-sâmi*, II, 383-384; Karaman, *İslâm Hukukunda İctihad*, s. 131. Ehl-i rey hk.bk. Kılıçer, *İslâm Fıkıhında Rey Taraftarları*, Ankara 1975; a.mlf., "Ehl-i re'y", DİA, X, 520-524.

⁵⁸ nşr. Ahmed Muhammed Şâkir, Kahire 1979. İngilizce trc. Majid Khadduri, *al-Risâla fî usûl al-Fıqh*, Cambridge 1987; Türkçe trc. Abdulkadir Şener-İbrâhim Çalışkan, *er-Risale (İslâm Hukukunun Kaynakları)*, Ankara 1996.

İslam hukuk tarihinin en hareketli ve verimli dönemini teşkil eden Abbâsiler dönemi, ne yazık ki, devamlı gelişen bir grafik izleyememiş ve özellikle IV (X). Asırdan itibaren taklit ve mezhepleşme duygusu hissedilir bir biçimde kendisini göstermiş ve İslam hukuk düşüncesinde duraklama ve kötürümleşme başlamıştır. Ne var ki, ilk asırlarda elde edilen sağlam ve zengin birikim, İslam hukuk düşüncesindeki bu kötürümleşmenin varlığını uzun bir süre hissettirmemiştir.

5. Moğol İstilasından Mecelle'ye Kadar

Moğolların 1258 yılında Bağdat'ı işgalinden 1869 yılında Ahmed Cevdet Paşa'nın (ö. 1312/1895) başkanlığında tedvin edilmeye başlanan Mecelle'ye kadar geçen yaklaşık dört asırlık süre ise, İslam hukuk tarihinde gerileme çağı olarak kabul edilir. Çünkü, bu dönemde taklit ruhu iyice kök salmış ve daha önceden ortaya çıkan fıkıh mezheplerine bağlılık duygusu taassup halini almıştır. Ayrıca, bu dönemde müctehit yetiştirecek eserler yazılamamış, çeşitli şerh ve hâşiyeler, fetva kitapları ve kunnâmelerle yetinilmiş; hukuki muamelelerde değişim yerine, istikrar ve hile-i şer'îye yolları aranmıştır.⁵⁹

6. Mecelle'den Zamanımıza Kadar

İslam hukuk tarihindeki ilk ciddi kanunlaştırma faaliyetini teşkil eden Mecelle'nin 1869 tarihinde tedvin edilmesine başlanmasından günümüze kadar devam eden bu dönem, İslam hukuk tarihi bakımından yeni bir uyanışı temsil etmektedir. Bu dönemde, İslam dünyasında çeşitli kanunlaştırma hareketleri başlamış, icihad ruhunu besleyen birtakım eserler kaleme alınmış, Batılı yönelişlere karşı savunma amaçlı dahi olsa İslam hukukunun tanıtılması, müdafaası ve mukayesesine yönelik çalışmalar yapılmıştır.⁶⁰

Verilen bu özet bilgiler ışığında, İslam hukuk tarihine değişim perspektifinden bakıldığı zaman, İslam'ın ilk üç asrında hukuk ile hayatın birbiriyle atbaşı gittiği ve karşılıklı etkileşim içerisinde gelişen bir grafik izledikleri görülür. Bu dönemlerde fakihler arasında yaşanan çeşitli ihtilaf ve farklılıklar, hukukun inşasında ve gelişmesinde olumlu ve aktif bir rol oynamıştır. Ancak, IV (X). Asırdan itibaren, insanlar arasında taklit ve taassup düşüncesi yaygınlaşmış, hukuk ekolleri yorum metodolojilerini ortaya koymuş ve mezhepler kesin hatlarıyla birbirinden ayrılmıştır. Böyle bir kurumlaşma ise, hukukta istikrar eğilimini güçlendirip, değişim düşüncesini ihmal etmiştir. Artık hukuki alanlardaki ihtilaf, sadece dini kuşkuları gidermek veya İslâm birliğini sağlamak için, yumuşaklıkla katılık arasında gidip gelen farklılıkların, sınırlı bir şekilde kabulünü sağlamak görevini üstlenmiştir.⁶¹

IV (X). Asırdan itibaren ortaya çıkan mezhepleşme olgusu ve kurucu mezhep imamlarının otoritelerine bağlılıkla ilgili böyle bir taklidî anlayış, aslında bizzat mezhep imamlarının hedeflemedikleri bir sonuçtur. Onlar, kendi sistemlerinin, herhangi

⁵⁹ Bu dönemdeki çeşitli çalışmalar için bk. Karaman, *İslâm Hukuk Tarihi*, s. 270-278.

⁶⁰ Bu dönemdeki çeşitli çalışmalar için bk. Karaman, a.g.e., s. 314-352.

⁶¹ İhtilafın, İslam hukuk tarihinde oynadığı çeşitli roller hk.bk. Jean-Paul Charney, *İslâm Kültürü ve Toplumsal-Ekonomik Değişim* (trc. Adnan Bülent Baloğlu – Osman Bilen), Ankara 1997, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, s. 19.

bir otoritenin onayı veya herhangi bir hukukî kararın sonucu olarak ortaya çıktığını hiçbir zaman kabul etmemişlerdir. Kaldı ki, Hindistanlı hukukçulardan Çırak Ali'nin (1844-1895) de dediği gibi, kendi icthad veya kişisel muhakemelerini, henüz kendi çağdaşlarına kabul ettirebilme imkan ya da otoritesinden mahrum olan bu imamlar, nasıl olur da gittikçe genişleyen Müslüman devlet ve toplumların gelecek nesilleri üzerinde kendi sistemlerinin geçerli ve etkili olabileceğini iddia edebilirlerdi?⁶²

Öte yandan, İslam hukuk tarihinde görülen bu duraklama, yalnızca hukukçuların (fukahâ) istikrar ve taklit düşüncesine meyletmiş olmalarının bir sonucu da değildir. Bu duraklamayı yaygınlaştıran ve sürekli hale getiren birtakım tarihsel ve sosyolojik etkenler de bulunmaktadır. Zira, daha önceden çeşitli vesilelerle belirttiğimiz gibi, hukuk ve toplumsal hayat birbirinden ayrı ve bağımsız iki farklı alan değil, birbiri içerisine girmiş ve birbirini etkileyen ve tetikleyen bir bütünün iki parçasıdır. Dolayısıyla, toplumsal hayattaki durağanlık ve statikleşme, tabii olarak hukuk alanına da yansiyacaktır. Bu açıdan Müslümanların hayat tarzlarına bakıldığı zaman, İslam'ın ortaya çıkışından son asırlara kadar, toplumsal, ekonomik, siyasal ve kurumsal veriler çerçevesinde, söz konusu hayat tarzlarının özü itibariyle çok fazla bir değişikliğe uğramadan devam ede geldiği görülür. Çağdaş Batı medeniyetiyle tam olarak ilişkiye girip onun ürettiği çeşitli kurumlarla yüz yüze geldiğimiz XX. Yüzyıla kadar, asırlar boyu İslam medeniyetinin içinde ortaya çıkan 'yeni' olayların hemen hemen büyük çoğunluğunun genel karakterinin, Hz. Peygamber ve sahabe döneminde çözüme kavuşturulan eski olayların genel karakterleriyle benzer nitelikte oldukları söylenebilir. Bu sebeple de doğal olarak o dönemlerde icthad konusunda takip edilen metot, birtakım tikel meseleleri başka birtakım tikel meselelere; hakkında nas bulunmayan bir meseleyi, hakkında nas bulunan bir meseleye kıyas etmek, yeni ortaya çıkan olaylara, geçmişteki benzerlerine dayanarak hüküm vermek şeklinde gelişmiştir.⁶³ Ne var ki, zamanın geçmesi ve hukukî sorunların artmasıyla birlikte, bu şekilde bir kıyası mümkün kılacak bütün olanakların tükenmeye başlaması doğaldır. Çünkü, hem şer'î nasların sınırlı olması hem de onlara kıyas yapılan benzer veya aynı türden tikel olayların sınırlı ya da sınırlanabilir özellikte olması sebebiyle, söz konusu nasların lafzî anlam ve delâletlerini esas alan bir icthad metodolojisinin yavaş yavaş işlevselliğini kaybetmeye başlaması gayet tabiidir. Dolayısıyla, burada kaçınılmaz sonuç, belki de İslam hukuk tarihinde icthad kapısının birileri tarafından 'kapatılması' değil, kendiliğinden 'kapanmış' olmasıdır.⁶⁴

IV. İSLAM HUKUKUNDA DEĞİŞİMİN ARAÇLARI

İslam hukuk tarihinin en canlı dönemlerini teşkil eden ilk üç asır içerisinde somut hukuki olaylar karşısında geliştirilen tavırlar ve verilen hükümler, rasgele ve birbiriyile bağlantısız olarak alınmış tavırlar ve verilmiş hükümler değildi. Bu yaklaşımlar sistematik bir tutarlılık arz etmekteydi. Bu tutarlılığın kuralları, başlangıçta

⁶² J. Donohue – J. Esposito, *Değişim Sürecinde İslam* (trc. Ali Yaşar Aydoğan – Aydın Ünlü), İstanbul 1991, İnsan Yayınları, s. 49.

⁶³ Muhammed Âbid el-Câbirî, *Çağdaş Arap-İslam Düşüncesinde Yeniden Yapılanma* (trc. Ali İhsan Pala-Mehmet Şirin Çakır), Ankara 2001, Kitâbiyât Yayınları, s. 51.

⁶⁴ Câbirî, a.g.e., s. 51-52.

sadırlarda (kalplerde) ise de -yukarıda belirtildiği üzere- İmam Şâfiî'den itibaren satırlara geçmiş ve "usûlü'l-fıkh" adında yeni bir ilim tedvin edilmiştir.

Klasik usul literatürü ve hukuk doktrinlerinde, yeni hukuki olaylar karşısında alınacak tavır ve verilecek hükümlerin nasıl olması gerektiği geniş bir şekilde tartışılmış ve bu çerçevede, hukuki hayatta değişim ve yenileşmeyi gerçekleştirebilmek için birçok araç ve enstrüman kullanılmıştır. Bu araçlardan bazıları üzerinde kısaca durmak istiyoruz:

1. Sebeb-i Nüzûl ya da Tarihsel Ortam

Kur'ân ve Sünnet, yirmi üç yıl kadar bir zaman aralığında, çeşitli olaylar ve olgularla karşılıklı bir diyalektik ilişki içerisinde nâzil ve vârid olmuştur. Bu ilişki, özellikle Kur'ân-ı Kerim açısından, "kelâmullah" ile "tarih" arasında değil, "vahyedilen Kitap" ile "tarih" arasında gerçekleşmiştir.⁶⁵ Çünkü, İlâhî Kelam aşkın ve mutlak; vahiy ise onun aktüelleşen bir formudur.⁶⁶ Dolayısıyla, "vahiy, tarihi boyunca içinde bulunduğu tarihsellik ve toplumsallıktan etkilenmiştir. Bunun en net ifadesi de Tevrat, İncil ve Kur'ân'ın tarihsel olarak birbirinden farklı olduğudur."⁶⁷

Kur'an ve Sünnet naslarının hemen hemen büyük bir kısmının nazil ve varid olmasına gerekçe teşkil eden bu sebep ve vesileler, söz konusu nasların dini, siyasi, ekonomik, kültürel, tarihsel ve sosyolojik sebep ve arka planlarını ortaya koyar.

Şer'î hükümlerin nüzul sebepleriyle ilişkilendirilmesi konusu, usul-i fıkhıta geniş bir biçimde tartışılmıştır.⁶⁸ Bu tartışmaların amacı, sadece mevcut hükümlerin tarihsel ve sosyolojik gerekçelerini bilmek değil, aynı zamanda, farklı ya da yeni birtakım tarihsel ve sosyolojik gerekçeler için de farklı ya da yeni birtakım hükümler konabileceğini ifade etmektir. İslam hukukunda ahkâmın değişimi konusunda önemli açılımlara fırsat veren bu tartışmalar, bilhassa herhangi bir özel sebebe dayalı olarak nazil veya varid olan bir nassın hükmünün, söz konusu özel sebeple sınırlı olup olmadığı konusunda yoğunlaşmıştır.

Bu konuda İslâm hukukçularının çoğunluğu, umumi bir hüküm içeren nassın (cevabın) hususi sebeple (tarihsel ortam ve şartlarla) sınırlandırılmayacağını (tahsis edilemeyeceğini) savunmakla birlikte⁶⁹, Müzenî (ö. 264/878) ve Kaffâl eş-Şâşî (ö. 507/1114) gibi bazı Şâfiîler ile Ebû Sevr (ö. 240 veya 246/854 veya 860) ve bazı Mâlikîler, hükmün, hususi sebebi ile sınırlandırılabilirliğini (tahsis) kabul etmişlerdir.

⁶⁵ Ömer Özsoy, "Müslümanların 'Yenilenme' Sorunları ve Kur'ân", *Değişim Sürecinde İslâm*, Kutlu Doğum Haftası: 1996, Ankara 1997, Diyanet Vakfı Yayınları, s. 13.

⁶⁶ Vahyedilen kitap ile aktüel durum arasındaki ilişki hk.bk. Yusuf, 12/1-2; el-Hicr, 15/1-2; ez-Zuhuruf, 43/2-4.

⁶⁷ İlhami Güler, "Muhtar Bir İrade (Allah'ın İradesi) ve Mümkün Bir Tarihin (610-632) 'Kelam-ı Kedim'e ve 'Zorunlu Tarih'e Dönüşmesi", III. Kur'an Haftası Kur'an Sempozyumu 13-19 Ocak 1997, Ankara 1998, Fecr Yayınevi, s. 213.

⁶⁸ Bu konudaki tartışmalar için bk. Ferhat Koca, *İslam Hukuk Metodolojisinde Tahsis*, İstanbul 1996, İSAM Yayınları, s. 284-295.

⁶⁹ Bu grubun delilleri için bk. Ebü'l-Hüseyn el-Basrî, *el-Mu'temed fî usûli'l-fıkh* (nşr. Muhammed Hamidullah), Dımaşk 1964, I, 304; Gazzâlî, *el-Müstesfâ*, Kahire 1322/1904, II, 60; Ebü'l-Hattâb el-Kelvezânî, *et-Temhîd fî usûli'l-fıkh* (nşr. Müfid Muhammed Ebû 'Ameşe), Mekke 1985, II, 164; Şevkânî, *İrşâdü'l-fuhûl*, Beyrut ts., Dâru'l-Ma'rife, s. 133.

Onlar bu görüşlerini şöyle açıklamışlardır: Özel bir sebep veya soru karşısında gelen hükmün amacı, şayet sadece söz konusu özel sebep veya sorunun hükmünü açıklamak değil de genel bir kural koymak veya genel bir kuralı açıklamak olsaydı, o takdirde kanun koyucu böyle bir beyanı, söz konusu özel sebep veya sorunun meydana geliş vaktine kadar tehir etmezdi. Dolayısıyla, şâri'in bu hitaptan maksadı, genel bir hüküm teşri etmek değil, sadece hitabın gönderilmesini gerektiren özel soru veya sebebi açıklamaktır.⁷⁰

Bu tartışmada, "umumi nasların gönderilmesine gerekçe olan hususi sebeplere değil, o nasların genel hükümlerine itibar edilmesi gerektiği" görüşü, şer'î nasların zayi edilmesini önleyici nitelikte görülmekle beraber, söz konusu bu umumi cevap ve hükümlerin, özellikle kendi soru veya sebeplerine delâletlerinin, diğer konular hakkındaki delâletlerinden daha kuvvetli olduğu belirtilmelidir.⁷¹ Bununla birlikte, Allah'ın ilahi hitabı ile Hz. Peygamber'in örnek açıklamalarını, tarihsel ve toplumsal şartlarından koparmamaya da özen göstermek gerekir. Aksi bir anlayış, Kur'an ve Sünnet'in tümünü metahistorik, insani herhangi bir unsur ve yönü bulunmayan, mutlak, sabit ve kutsal bir statüye sokacaktır.⁷² Kaldı ki, İlhami Güler'in de belirttiği gibi, nüzul sebeplerinin her zaman toplumsal veya beşerî bir 'olay' olması da gerekmez. Zira, insani veya toplumsal herhangi bir 'durum' da nüzul sebebi olabilir. Buna göre, "toplamı 23 senede inmiş Kur'an'da nüzul sebebi olmadan inen ayet olduğunu iddia etmek, ne bu süreyi açıklar, ne de Allah'ın nedenli, anlamlı, hikmetli ve maslahatlı iş yaptığı ilkesiyle bağdaşır. Dünyadaki ilahi fiil, zaman ve mekan boyutları içindedir. İster fiziki ister sosyal olsun, bu alemin kanunlarına tabidir. Dini bakış açısından bu kanunlar Allah'ın koyduğu ve yürüttüğü kanunlardır. Dolayısıyla, Allah'ın tabiat kanunlarına göre iş yapması mutlak ilahi kudreti küçülten bir şey değildir. Tersine, belki mükemmelliğin bir ifadesidir."⁷³

Öte yandan, Kur'ân veya Sünnet'ten herhangi bir hüküm çıkarılırken (istinbat edilirken), ilgili nasların blok halinde iktibası yerine, onların olgularla hangi oranda ilişki ve etkileşim içerisinde bulduklarının araştırılması, ahkâmın değişimi açısından önemli imkanlar sağlayacaktır. Çünkü, Hz. Peygamber ve arkadaşlarının yaşadıkları hayat tarzı ile Kitap ve Sünnet'e de yansıyan teşri süreci, fazlalıkları-noksanlıkları ve mükemmellikleri-zaafları ile 'zorunlu' değil, 'mümkün' olaylardır. Dolayısıyla, bu tarih diliminden, temel mesajı aynı olan, yüzlerce değişik 'Kitap' ve 'Sünnet' çıkması imkan dahilindedir. "Örneğin, Mekke'deki on senelik katı müşrik direniş olmayabilirdi, hicret olmayabilirdi. Hendek, Uhud savaşları olmayabilirdi. Savaşların neticeleri bildiğimiz gibi olmayabilirdi. Akabe biatlerinde Medineliler Hz. Muhammed'e hüsnü kabul göstermeyebilirdi... Bütün bu mümkün ve muhtemel durumlara göre Allah'ın değerlendirmeleri de (ayetler, Kurân, vahiy) farklı olacaktı."⁷⁴

⁷⁰ Ebü'l-Hüseyn el-Basrî, *el-Mu'temed*, I, 305; Gazzâlî, *el-Müstesfâ*, II, 61; Fahreddin er-Râzî, *el-Mahsûl* (nşr. Tâhâ Câbir el-Ulvânî), Riyad 1979, I/3, 196.

⁷¹ Fahreddin er-Râzî, *el-Mahsûl*, I/3, 191.

⁷² İlhami Güler, *Sabit Din Dinamik Şeriat*, Ankara 1999, Ankara Okulu Yayınları, s. 172.

⁷³ İlhami Güler, a.g.e., s. 169.

⁷⁴ İlhami Güler, "Muhtar Bir İrade (Allah'ın İradesi) ve Mümkün Bir Tarihin (610-632) 'Kelam-ı Kedim'e ve 'Zorunlu Tarih'e Dönüşmesi", s. 225.

Teşri sürecinin bu şekilde “mümkün” olarak değerlendirilmesi, ahkâmın değişimi konusunda bize yeni sebep-i nüzul ve vürudların dikkate alınması imkanını verecektir. Bu hususta Câbirî şöyle demektedir:

“Şer’î hükümlerin akliliğinin, maslahatı gözetme çerçevesinde esbâb-ı nüzülle temellendirilmesi, meselenin yeni birtakım sosyolojik ortamlarla, yani başka esbâb-ı nüzullerle ilgili olması halinde, başka akliliklerin oluşturulması için geniş imkan sağlayacaktır. Böylece, fikhî düşünce ve icthat ruhu sürekli yenilenir ve şeriat de gelişmelere ayak uydurabilecek ve her zaman ve mekanda uygulanabilecek bir nitelik kazanır.”⁷⁵

Naslardan hüküm çıkarırken, onların ilişkili oldukları tarihsel ve sosyolojik ortamları dikkate almamak ve yeni (aktüel) tarihsel ve sosyolojik ortamlarla ilişkiye girmemek demek, İslam teşri tarihini, önceden planlanan (ilahi) bir senaryonun çekilen sahnelerine ait eski fotoğrafların saklandığı bir albüm olarak seyretmek demektir.

Yeni hukuki olaylar karşısında birtakım hukuki tavırlar geliştirirken, yeni tarihsel ve sosyolojik ortamların dikkate alınması gerektiği konusunda son olarak, çağdaş İslam hukukçularından Asaf A. A. Feyzi'nin metaforik bir dille ifade ettiği şu görüşlere yer vermek istiyoruz:

“Hiçbir lisan değişmeden, hep aynı kalmaz. Kelime ve deyimlerin çağrışım yapıcı güçleri kah artar, kah azalır; bu tartışmada lisan sabit bir unsur değil, bilinen değişkenlerden bir tanesidir... Kur’ân’ı, bir yirminci yüzyıl insanı olarak, beni cezbedebildiği kadarıyla yeniden yorumlamak, hayat koşullarına uyarlayıp doğruluğuna inanmak için, Peygamber zamanında yaşayan Araplar nasıl anlamışlarsa öylece anlayabilmeyi isterdim. Benden çölde yaşamam, deve sırtında çölü kat’ etmem, çekirge yemem, kan davası gütmem, sakal bırakıp pelerin giymem ve yapmacık bir Arap zihniyeti taşımam beklenemez. Şiirsel gerçekle hakiki gerçeği birbirinden ayırmam gerekir. Dinin kabuğuyla özü arasında, hukukla töre arasında da bir ayırım yapmak mecburiyetindeyim, İslam mesajını asırlar önce yaşamış bir insan gibi değil, modern bir insan olarak kavramak, anlamak zorundayım.”⁷⁶

2. Örf ve âdet⁷⁷

Örf ve âdet kavramları, İslâm hukuk literatüründe “genel olarak toplumda yaşayan ve yazılı olmayan kaideler”⁷⁸ şeklinde eşanlamlı (müterâdif) olarak kullanılmıştır.

Örfün, umumi bir nasla çatışması halinde onu tahsis ederek sınırlandırması konusunda Ebû'l-Hüseyn el-Basrî (ö. 436/1044), Şîrâzî (ö. 476/1083), Gazzâlî (ö.

⁷⁵ Câbirî, a.g.e., s. 59.

⁷⁶ J. Donohue – J. Esposito, *Değişim Sürecinde İslam* (trc. Ali Yaşar Aydoğan – Aydın Ünlü), İstanbul 1991, İnsan Yayınları, s. 203.

⁷⁷ Bu konu, *İslam Hukuk Metodolojisinde Tahsis* adlı eserimizin 251-265. Sayfaları esas alınarak hazırlanmıştır.

⁷⁸ İbn Âbidîn, *Neşru'l-arf*, II, 112 (Mecmûatü Resâil-i İbn Âbidîn içerisinde, ts., yy., Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabî); Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkâm şerhi Mecelleti'l-ahkâm*, İstanbul 1911, I, 92; Hallâf, *Masâdirü't-teşri'i'l-İslâmî fî mâ lâ nassa fih*, Küveyt 1972, s. 145; Ebû Sünne, *el-Urf ve'l-âde*, Kahire 1947, s. 11; Hayreddin Karaman, “*Adet*”, *DİA*, İstanbul 1988, I, 370.

505/1111), Fahreddin er-Râzî (ö. 606/1210) ve Âmidî (ö. 631/1233) gibi klasik usulcüler, genel olarak örf ve âdetin hukukî bir delil olmadığı ve dolayısıyla onun umumi bir hükmü tahsis etme (sınırlandırma) gücünün bulunmadığını savunmuşlardır.⁷⁹

Örfe hukuki bir değer verenler ise, onun nas karşısındaki durumunu söz konusu nassın teşrîi vaktinde mevcut (mukârin) veya bu vakitten sonra meydana gelmiş (târî) olmasına göre ayrı ayrı değerlendirmişlerdir:

Hanefilerle Mâlikîlerin ekserisi hitabın gelişi esnasında mevcut (mukârin) olan amelî örfün, umumi bir nassı tahsis ederek onu âdet menziline indireceğini kabul etmişlerdir.⁸⁰ Özellikle Hanefîlerin literatüründe bulunan “örfe dayalı nas” kavramı, hukuki hükümlerin değişmesi tartışmalarının temelini teşkil eder. Onların bu konudaki görüşleri şu örnek üzerinde açıklanabilir: Hz. Peygamber meşhur riba hadisinde buğday, arpa, hurma ve tuzun ölçü (keyl) ile, altın ve gümüşün ise tartı (vezn) ile mübâdele edileceğini belirtmiştir.⁸¹ Ebû Hanîfe (ö. 150/767) ve Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî (ö. 189/805) söz konusu hadisin lafzından hareketle, burada adı geçen mübâdele şekli dışında başka bir şekil kabul etmezken⁸², Ebû Yûsuf (ö. 182/798) hadiste belirtilen maddelerin ölçü veya tartı ile mübadelesi prensibinin değişmez teşrîi bir kural olmadığını, bunun o günkü cârî âdetlere bağlı bulunduğunu, teâmül haline gelmesi durumunda altınlar arasında eşitliğin ölçü ile, buğdaylar arasında ise tartı ile yapılabileceğini söylemiştir.⁸³ Meşhur Hanefî fakih ve usulcüsü Serahsî (ö. 483/1090), bu hadisin ölçü ve tartının takrîri sünnet olarak yerleştiğini gösterdiğini ve onun artık örfle değiştirilemeyeceğini ileri sürerek⁸⁴ Ebû Hanîfe ve Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî yanında yer alırken, daha sonra gelen birçok Hanefî alimi ise Ebû Yûsuf’un görüşünü tercih etmiştir.⁸⁵

Gerçekten hadise dikkatle bakıldığında, onun asıl amacının, söz konusu maddelerin ölçü veya tartı ile satışı değil, mübâdele sırasında herhangi bir fazlalığın olmaması ve gayri meşrû bir kârın engellenmesi olduğu görülecektir.⁸⁶ Bu durumda bize düşen görev, belirli bir zaman ve mekan boyutu içerisinde yaşayan Kur’ân’ın ilk muhataplarının tarihî, ekonomik, sosyal ve coğrafi şartları içerisinde oluşmuş örflerini hakim kılmak değil; kanun koyucunun bu lafızdan asıl maksadını araştırmak

⁷⁹ Ebû'l-Hüseyn el-Basrî, *el-Mu'temed*, I, 301; Şîrâzî, *Şerhu'l-Lüm'a* (nşr. Abdülmecid Türkî), Beyrut 1988, I, 391; Gazzâlî, *el-Müstesfâ*, II, 111-112; Râzî, *el-Mahsûl*, I/3, 198; Âmidî, *el-İhkâm*, I, 534.

⁸⁰ İmâmü'l-Harameyn el-Cüveynî, *el-Burhân fi usûli'l-fıkh* (nşr. Abdülazîm Dîb), Katar 1978, II, 445-446; Gazzâlî, *el-Müstesfâ*, II, 111-112; İbnü'l-Hâcib, *Muhtasarü'l-mümtehâ*, Beyrut 1983, II, 152; Karâfî, *el-Furûk*, Beyrut ts., *Âlemü'l-Kütüb*, I, 174; İbn Âbidîn, *Neşru'l-arf*, II, 113; Ebû Sünne, *el-Urf ve'l-âde*, s. 91.

⁸¹ Buhârî, “Büyü’ü”, 77, 78; Müslim, “Müsâkât”, 80-82; Ebû Dâvûd, “Büyü’ü”, 12; Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, Kahire 1971, V, 215.

⁸² Güzelhisârî, *Menâfiu'd-dekâyık*, s. 309; Ebû Sünne, a.g.e., s. 140; Hayreddin Karaman, “Adet”, DİA, I, 370-371.

⁸³ Serahsî, *el-Mebsut*, XII, 142; Ali Haydar, *Dürerü'l-hükkâm*, I, 99; Ebû Sünne, a.g.e., s. 62.

⁸⁴ Serahsî, a.g.e., XII, 142.

⁸⁵ İbn Âbidîn, *Neşru'l-arf*, II, 116, 128; Hacı Reşid Paşa, *Ruhu'l-Mecelle*, İstanbul 1908, I, 123; Ebû Sünne, a.g.e., s. 141; Mustafa Ahmed ez-Zerkâ, *el-Medhal*, II, 891-892.

⁸⁶ İbn Âbidîn, *Neşru'l-arf*, II, 116, 128; Ebû Sünne, a.g.e., s. 62, 141-142; Zerkâ, *el-Medhal*, II, 889-892; İbrahim Kafi Dönmez, “el-Urf fi'l-fıkhî'l-İslâmî”, *Mecelletü mecma'ü'l-fıkhî'l-İslâmî*, Cidde 1988, IV/V, 3319.

olmalıdır. Aksi halde, bu tür hükümleri ebedî ve evrensel kabul etmek, onların dayalı olduğu örfleri ebedileştirmek anlamına gelir ki, bu da insanları zorluk ve sıkıntıya düşürebilir. Kaldı ki, hukukun (dinin) amacı da belli bir dönemde yaşamış olan insanların örflerini ebedileştirmek, evrenselleştirmek ve kutsallaştırmak değildir. Ayrıca, Ebû Yûsuf'un yaklaşımı örfün nassa takdim edilmesi veya nassın ihmal ya da iptal edilmesi değil, İzmirli İsmail Hakkı'nın (ö. 1366/1946) belirttiği gibi, bizzat nasla amel edilmesi, nassın ne demek istediğinin örf ile anlaşılması ve yorumlanması demektir.⁸⁷

Öte yandan, Belh, Buhârâ ve Mâverâünnehir bölgesi Hanefî hukukçuları, umumi bir hitabın teşrii sırasında mevcut olan bir belde veya belirli bir sanat, ticaret ve meslek erbabına ait özel bir örfün dahi umumi hükmü daraltıp tahsis edebileceğine dair çeşitli fetvalar vermişlerdir.⁸⁸ Bu durum, İslam hukukunda hükümlerin teşrii ve yorumlanması sırasında, sosyolojik realiteler yani fiilî ilişkiler, bilimsel, ekonomik ve teknolojik gelişmeler ile örf ve âdetlerin dikkate alındığını gösterir. Zira, sosyal münasebetlerin kurucu unsurlarından olan hukuk, gerçek anlamını birtakım yetersiz formüllerden değil, doğrudan doğruya hayatın şartlarından elde eder.⁸⁹

3. Maslahat-ı Mürsele

Maslahat-ı mürsele, ispat veya ilgası (meşruiyet veya gayr-i meşruiyeti) hakkında özel bir delil bulunmayan ve şeriatın genel maksatlarıyla birlik içinde olan maslahatlardır.⁹⁰

Bu tür maslahatların herhangi bir nasla karşılaşması halinde nasıl bir yol izleneceği hususu usul-i fıkıhta geniş bir şekilde tartışılmıştır.

İslâm hukukçularına göre, bir konuda nas varsa, hüküm o nassa veya onun dayandığı kıyasa izâfe edilir ve genel bir tarzda kendisine riayet edilmesi istenen "mücerret maslahat"a bağlanmaz.⁹¹

Maslahat-ı mürsele en büyük değeri veren Mâlikîler başta olmak üzere İslâm hukukçularının büyük çoğunluğu, maslahat-ı mürselenin senet veya delâlet bakımından kat'î olan bir nas ile çatışmasının düşünülmemeyeceğini ve böyle bir mürsel maslahata itibar edilemeyeceğini söylemişlerdir.⁹² İslâm hukukçularının çoğunluğunu teşkil eden bilginlerin bu yaklaşımlarına karşı, Hanbelîlerin özgün fakihlerinden olan Necmeddin et-Tûfî'nin⁹³ (ö. 716/1316) bu konudaki görüşleri özellikle son dönemler-

⁸⁷ İzmirli İsmail Hakkı, "Örfün Nazar-ı şer'deki Mevkii", Sebilü'r-reşâd, sy. 293, s. 132; a.mlf., "İcma, Kıyas ve İstihsanın Esasları", Sebilü'r-reşâd, sy. 295, s. 154.

⁸⁸ Ebû Sünne, a.g.e., s. 58-61; İzmirli İsmail Hakkı, "Örfün Nazar-ı şer'deki Mevkii", s. 293.

⁸⁹ Rahmi Çobanoğlu, "Fenomen ve İdeal Olarak Hukuk", İÜHFEM, XXIX, sy.3, s. 675.

⁹⁰ Mustafa Ahmed ez-Zerkâ, *el-İstıslâh ve'l-mesâlihu'l-mürsele*, Dımaşk 1988, s. 37.

⁹¹ İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lâmü'l-muvakket'in*, I, 68; Ramazan el-Bûtî, *Davâbitü'l-maslaha*, Beyrut 1982, s. 132.

⁹² Ebû Zehre, *Usûlü'l-fikh*, Kahire ts., (Dârü'l-Fikri'l-Arabî), s. 274; Zerkâ, *el-Medhal*, I, 123; Bûtî, a.g.e., s. 201.

⁹³ Tûfî'nin hayatı hk. bk. İbn Hacer el-Askalânî, *ed-Dürerü'l-kâmine*, Haydarâbâd 1929-1931, II, 154-157; İbnü'l-İmâd, *Şezerâtü'z-zehab* (nşr. Abdülkâdir Arnavûd), Beyrut 1986, VI, 39-40; Ömer Rıza el-Kehhâle, *Mu'cemü'l-müellifin*, Dımaşk 1957, IV, 266.

de geniş yankı uyandırmıştır.

Tûfî, “Zarar ve zararlar mukâbele yoktur”⁹⁴ hadisini incelerken⁹⁵ şer’î delillerin en kuvvetlisinin nas ve icmâ olduğunu, bu iki delilin ise maslahata riayet prensibine uygun veya aykırı olabileceğini; uygun olmaları halinde üç delilin de aynı hüküm üzerinde ittifak etmiş olması sebebiyle herhangi bir problem bulunmayacağını, ancak onların “maslahata riayet” prensibine aykırı olmaları halinde, maslahata riayet ve zararı def konusunda hâs olan bu hadis gereği, ilga ve iptal yoluyla değil de “tahsis ve beyan” yoluyla, maslahatın söz konusu nas veya icmaya takdim edileceğini ileri sürmüştür.⁹⁶

Tûfî’nin maslahat çerçevesinde ileri sürdüğü bu görüşün tahsis ya da nesh olup olmadığı konusundaki değerlendirmeler bir yana⁹⁷, hukuki hükümlerin geçerliliğini maslahatla sınırlayan bu yaklaşım tarzı, hukuki hükümlerin istikrar veya değişimi konusundaki tartışmalarda, değişim taraftarlarını cesaretlendiren önemli referanslardan biri olmuştur.

Bu görüş, Avrupa’da hukukî pozitivizme karşı şiddetli bir tepki olarak doğan ve kanunun yorumunda hakimin serbest davranmasını hatta kanunun metin ve gayesine aykırı sonuçlara dahi varılabileceğini savunan Serbest Hukuk Ekolü’nün iddialarına benzemektedir.⁹⁸ Ayrıca, Kur’ân-ı Kerîm ve Sünnet’in sadece birer “model teşrî” olduğunu ve İslâm hukukçularının bunların teşrî’ gayesinden yararlanarak yeni hükümler vermesi gerektiğini savunan Fazlur Rahman (ö. 1409/1988)⁹⁹ ile “Kur’an’ı bir XX. yüzyıl insanı olarak” “tarihî gelişimi ve kronolojik ilkeler esas alınarak” “yeniden yorumlamak” gerektiğini savunan Asaf A. A. Feyzi’nin¹⁰⁰ ve yorumun “metinden gerçeğe doğru ‘inen’ bir yol değil, fakat gerçekten metne doğru ‘çıkan’ bir yol” olduğunu belirten Hasan Hanefî’nin yaklaşımı¹⁰¹ da böyle bir tepkinin ifadesi sayılabilir.

⁹⁴ İbn Mâce, “Ahkâm”, 17; Nevevî, 40 Hadis (trc. Ahmed Naim), Ankara 1985, s. 40-41.

⁹⁵ Tûfî’nin söz konusu hadisin şerhi sırasında belirttiği görüşleri Cemâleddin el-Kâsîmî tarafından “*Risâle fi’l-mesâlihî’l-mürsele*” adıyla neşredilmiştir. Bk. Mecmûu resâil fi usûli’l-fıkh, Beyrut 1906, s. 37-70. Ayrıca bk. *Risâletü’l-İslâm*, Kahire 1950, II/I, 94-105. Mustafa Zeyd adı geçen risalenin tahkikli neşrini yapmıştır. *el-Maslahatü fi’t-Teşrî’l-İslâmî ve Necmüddin et-Tûfî*, yy., 1964 (Daru’l-fikri’l-Arabî), s. 206-240. Abdülvehhab Hallâf ise *Masâdirü’t-teşrî fi mâ-lâ-nassa fih* (Küveyt 1972) adlı eserinde bu risaleyi aynen nakletmiştir. s. 105-145.

⁹⁶ Tûfî, *Risâle fi’l-mesâlih*, s. 109-110; 135-144 (Hallâf’ın Masâdir’i içinde).

⁹⁷ Tûfî’nin maslahatla ilgili görüşlerinin değerlendirilmesi için bk. Zâhid el-Kevserî, *Makâlâtü’l-Kevserî*, Humus 1968, s. 120, 332-333; 119, 332; 118-119; Ebû Zehre, *İbn Hanbel hayâtuhü ve asruhü*, Kahire 1981, s. 324; Hallâf, *Masâdir*, s. 99, 101; Şelebî, *Ta’lîl’l-ahkâm*, s. 295, 296-322; Bûtî, *Davâbitü’l-maslahat*, s. 209-213; Ferhat Koca, “*İslâm Hukukunda Maslahat-ı mürsele ve Necmeddin et-Tûfî’nin Bu Konudaki Görüşlerinin Değerlendirilmesi*”, İLAM Araştırma Dergisi, I, (İstanbul 1996), s. 93-122.

⁹⁸ İslam hukukundaki örf ve maslahat anlayışları ile batıda gelişen serbest hukuk ekolünün bazı görüşlerini krş. İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ’lâmü’l-muvakki’in*, I, 337-368; Muhammed Şerif Ahmed, *Nazariyyetü tefsîri’n-nusûsi’l-medeniyye*, Bağdat 1981, s. 196-201, 271-272.

⁹⁹ Fazlur Rahman, *İslam* (trc. Mehmet Aydın-Mehmet Dağ), Ankara 1992, s. 54-55.

¹⁰⁰ Asaf A. A. Feyzi’nin bu görüşleri için bk. John Esposito-John Donohue, *Değişim Sürecinde İslam* (çev. Ali Yaşar Aydoğan-Aydın Ünlü), İstanbul 1991, s. 193-199.

¹⁰¹ Hasan Hanefî, “*Teoloji mi Antropoloji mi?*” (çev. M. Sait Yazıcıoğlu), AÜİFD, XXIII, 518.

“Kara Avrupa’sı hukuk ailesinin lafızcılık ve mantıkçılık” eğilimlerinden sonra ulaştığı teleolojik ve sosyolojik metotlar, hukuk emniyeti bakımından bazı sakıncalar taşımakla birlikte, hukukun da ancak bu yollarla canlılığını sağlayabileceği gözlemlenmektedir. Bu sebeple, gerek İslâm toplumlarında gerekse diğer ortamlarda, geçmiş devirlerde ve asrımızda doğan ve gelişen çeşitli hukuk hareketleri, “hukukun nisbîliği” (relativisme juridique) tehlikesine düşmemek, hürriyet adına hukuku formel olarak kendisinden vazgeçilebilecek faydasız ve lüzumsuz bir süs haline getirmemek ve hukukî vâkıalarla idealler arasındaki hassas dengeyi korumak kaydıyla bugünkü İslâm hukukçuları tarafından değerlendirilmelidir.¹⁰²

4. Bilinçli Hukuk (Kanun) Boşlukları

Kanun koyucuların bütün hayat münasebetlerini önceden tahmin ederek veya bilerek onları belirli birer hukuk kuralına bağlamaları zorunlu değildir. Kaldı ki, özellikle beşerî irade ve icthadla hüküm veren kanun koyucularının bütün hayat münasebetlerini kuşatıcı bir şekilde bilmeleri de imkansızdır. Dolayısıyla, kanunlarda birtakım boşlukların bulunması hem tabii hem de zaruridir.

Kanunda boşluk demek, “bir uyumsuzluk hakkında uygulanması gerekli hukuk kuralının kanunda bulunmaması” ya da “ortaya çıkan bir meseleyi kanunun cevapsız (çözumsuz) bırakması” demektir.¹⁰³

Bu boşluklar, bazen kanun koyucuların iradeleri dışında meydana gelir, bazen de kanun koyucular bizzat bilerek ve isteyerek kanunda çeşitli boşluklar bırakır ve bu boşlukların mahkeme icthadları tarafından doldurulması amacını güder.¹⁰⁴

Kur’ân-ı Kerîm’e ve Hz. Peygamber’in çeşitli hadislerine bu açıdan bakıldığı zaman, onların birtakım konularda bilinçli bir şekilde sükut geçtikleri (meskût anı, kanun boşlukları) ve bu boşlukların insanlar tarafından doldurulmasını arzu ettikleri görülür.¹⁰⁵ İslam’da bırakılan bu bilinçli hukuk boşluklarının varlığına işaret eden en önemli delil, Kur’ân ve Sünnet’te insanların dini konularda rasgele soru sormalarının hoş karşılanmamış olmasıdır.

Bu konuda Kur’ân-ı Kerîm’de şöyle buyrulmaktadır: “Ey iman edenler! Açıklanırsa hoşunuza gitmeyecek olan şeyleri sormayın. Eğer Kur’an indirilirken onları sorarsanız size açıklanır. (Açıklanmadığına göre), Allah onları affetmiştir. (Siz sorup da başınıza iş çıkarmayın). Allah çok bağışlayıcıdır, aceleci değildir. Sizden önce de bir toplum onları sormuş, sonra da bunları inkar eder olmuştu” (el-Mâide, 5/101-102).

Hız. Peygamber’den gelen bir rivayette ise şöyle anlatılmaktadır: “Oraya yol bulabilen insanların o evi haccetmesi, Allah’ın insanlar üzerindeki bir hakkıdır” (Âl-i İmrân, 3/97) âyeti nazil olduğu zaman, bir adam (el-Akra’ b. Hâbis): “Her sene mi yâ

¹⁰² İbrahim Kafi Dönmez, “İslâm Hukukunda Müçtehidin Naslar Karşısındaki Durumu ile Modern Hukuklarda Hakim’in Kanun Karşısındaki Durumu Arasında Bir Mukayese”, MÜİFD, sy. IV, s. 48-49. Ayrıca bu denge hk.bk. Muhammed Mustafa Şelebî, “el-Fıkhü'l-İslâmî beynel-misâliyye ve'l-vâkı'yye”, Mecelletül-Ezher, L/6, s. 1212-1220.

¹⁰³ Zahit İmre, *Medenî Hukuka Giriş*, İstanbul 1980, Fakülteler Matbaası, III. Baskı, s. 172.

¹⁰⁴ Zahit İmre, a.g.e., s. 172.

¹⁰⁵ Bu konuyla ilgili ayrıntılar için bk. Mehmet Erdoğan, *İslâm Hukukunda Ahkâmın Değişmesi*, s. 42-44.

Resûlellah' diye sordu. Hz. Peygamber yüzünü çevirdi. Adam: "Her sene mi yâ Resûlellah' diye üç defa tekrarladı. Hz. Peygamber de her defasında duymazlıktan geldi. Dördüncü defasında: "Canım elinde olana yemin ederim ki, eğer 'Evet' deseydim, o size vacip olurdu; eğer vacip olsaydı, o zaman da ona güç yetiremezsiniz. Onu yerine getiremediğiniz zaman da küfranda bulunmuş olurdunuz. Ben sizi bıraktığım sürece, siz de beni rahat bırakın" buyurmuştur.¹⁰⁶

Yine, Hz. Peygamber, hakkında herhangi bir hüküm inmemiş konularda soru sorulmasından memnun olmadığını şu şekillerde ifade etmiştir:

"Şüphesiz ki Yüce Allah (bazı şeyleri) farz kılmıştır, onları terk etmeyiniz; bazı sınırlar koymuştur, onları çiğneyip geçmeyiniz; bazı şeyleri haram kılmıştır, onları irtikap etmeyiniz; bazı şeyleri de, unuttuğundan dolayı değil, yalnızca size merhametinden dolayı sükut geçmiştir, onların da hükmünü araştırmayınız."¹⁰⁷

"En büyük cürüm işleyen insan, haram olmayan bir şey hakkında soru saran ve bu sorusu yüzünden o şeyin haram kılınmasına sebep olan kimsedir."¹⁰⁸

"Ben sizi terk ettikçe, siz de benim üstüme gelmeyiniz. Şüphesiz ki, sizden önceki kavimler, mutlaka peygamberlerine fazla soru sormalarından dolayı helak olmuşlardır."¹⁰⁹

Nitekim, Cenabı Hak, İsrail oğullarından bir inek kurban etmelerini istemiş onlar da bu ineğin nitelikleri hakkında çeşitli lüzumsuz sorular sorarak kendilerine zorluklar çıkarmışlardır. Kur'ân-ı Kerîm'de bu olay şöyle anlatılır:

"Musa, kavmine: 'Allah bir sığır kesmenizi emrediyor' demişti de: Bizimle alay mı ediyorsun? Demişlerdi. O da: Cahillerden olmaktan Allah'a sığınırım, demişti. 'Bizim adımıza Rabb'ine dua et, bize onun ne olduğunu açıklasın' dediler. Musa: Allah diyor ki: 'O, ne yaşlı ne de körpe; ikisi arasında bir inek' Size emredilene hemen yapın, dedi. Bu defa: 'Bizim için Rabb'ine dua et, bize onun rengini açıklasın' dediler. O diyor ki: 'Sarı renkli, parlak tüylü, bakanların içini açan bir ineştir' dedi. '(Ey Musa!) Bizim için Rabb'ine dua et de onun nasıl bir sığır olduğunu bize açıklasın, nasıl bir inek keseceğimizi anlayamadık. Biz inşallah emredilene yapma yolunu buluruz' dediler. (Musa) dedi ki: Allah şöyle buyuruyor: 'O, henüz boyunduruk altına alınmayan, yer sürmeyen, ekin sulamayan, serbest dolaşan (salma), renginde hiç alacası bulunmayan bir ineştir'. İşte şimdi gerçeği anlattın' dediler ve bunun üzerine (onu bulup) kestiler, ama az kalsın kesmeyeceklerdi" (el-Bakara 2/67-71).

İbn Abbâs'ın (ö. 68/687) da belirttiği gibi, yukarıdaki olayda, İsrail oğulları inek kurban etmekle ilgili emre ilk muhatap oldukları zaman, onu yerine getirmeye yönelseler ve herhangi bir ineği kurban etseler, bu onlar için yeterli olurdu. Ancak onlar, bu konuda sorularıyla şiddet gösterince, Allah da onlara ağırlaştırıcı hükümler

¹⁰⁶ Müslim, "Hac", 412.

¹⁰⁷ Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ* (nşr. Muhammed Abdülkâdir Atâ), Beyrut 1414/1994, Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, X, 21 (hadis nr. 19725-19726); Alâuddin Ali el-Müttakî el-Hindî, *Kenzü'l-ummâl* (nşr. Bekrî Hayyânî-Safve es-Sekâ), Beyrut 1413/1993, I, 193-194 (hadis nr. 980, 981).

¹⁰⁸ Ebû Dâvûd, "Sünne", 6.

¹⁰⁹ Nesâî, "Hac", 1; Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, II, 247.

göndererek şiddet göstermiştir.¹¹⁰

Bu ayet ve hadisler, İslam'da ahkamla ilgili alanlarda bilinçli bir şekilde boşluklar bırakıldığını ve bu alanlarda insanlara yetki ve imkanlar verildiğini göstermektedir. Bırakılan her hukuk boşluğu ise, aslında bir değişim alanıdır.

IV. SONUÇ

Hükümlerin değişimi konusunda klasik fıkıh usulündeki çeşitli araç ve imkanlara karşılık, yukarıda birkaç defa belirttiğimiz gibi, özellikle IV (X). Asırdan itibaren İslam hukuk düşüncesinde ictihat ve değişimin yerini, istikrar ve taklit anlayışının aldığı tarihî bir realitedir.

Aslında ictihad kapısının kapanmış olması, Subhî el-Mahmasânî'nin de söylediği gibi, İslam hukukunun kural ve kavramlarının bir ihlalidir ve bu durum, bütün Müslümanları sürekli bir durgunluğa ve değişim kanunlarının uygulanmasından uzak durmaya mahkum etmiştir. Böyle bir durgunluk ise, önceki fıkıhçılar zamanında mevcut olan şartları muhafaza etmeye ve bu fakihlerin kendi zamanlarında yaşayan Müslümanlar ve kendilerinden sonra kıyamete kadar gelecek nesiller için ortaya koydukları modeli izlemeye mecbur kılmıştır.¹¹¹

Aynı şekilde, Müslümanlar değişim kuralını unutup, hükümleri sabit ve donmuş bir şekilde algılayınca; "âdetler, ihtiyaçlar, zamanlar, muhitler ve durumlar değişse; milletler, ilimler, sanatlar ve hayat gelişip ilerlese dahi mezkur hükümlere, değiştirmeden ve tadil etmeden bağlanmayı kabul edince; evet Müslümanlar bütün bunları yapınca, medeniyet kervanını kaçırmak ve buna bağlı olarak sosyal hayatın bütün sahalarında geri kalmak, onlar için kaçınılmaz bir sonuç olmuştur."¹¹² Dolayısıyla, İslam hukukunda değişim yerine istikrar ve durgunluk anlayışının hakim olması, yalnızca İslam hukukunun hayatın gerisinde kalmasına sebep olmamış, aynı zamanda hukuk alanındaki bu gerileme, bütünüyle İslam medeniyetinin kötürümleşmesi ve medeniyetler yarışında geri kalmasının temel sebepleri arasında yer almıştır.

Özellikle, XVIII. Asırdan itibaren İslam dünyasının Batı karşısındaki yenilgisinin apaçık bir şekilde ortaya çıkması, İslam ülkelerinin sömürge haline getirilmesi, ekonomik ve teknolojik alanlardaki geriliğin anlaşılması üzerine ise, İslam hukuk düşüncesinde tekrar ictihad kapısının açılmasını ve değişim ilkesinin çalıştırılmasını savunan çeşitli sesler yükselmeye başlamıştır.

Ne var ki, bazı İslamcı düşünürlerin giriştiği, çoğuna ideolojik karakterin ve yüzeyselliğin hakim olduğu birtakım çabalar hariç, yapılan bu ictihad çağrıları, yalnızca bir çağrı, hatta mevcut meydan okumaların baskısı altında, bunlara cevap vermek yerine, sadece "atılan bir slogan" olmanın ötesine geçememiştir.¹¹³ Bugün dahi,

¹¹⁰ Serahsî, *Usûlü's-Serahsî* (nşr. Ebül-Vefâ el-Efgânî), Beyrut ts., Dâru'l-Ma'rife, II, 34, 83.

¹¹¹ J. Donohue – J. Esposito, *Değişim Sürecinde İslam*, s. 194.

¹¹² Subhî el-Mahmasânî, "Müslümanların Geri Kalmaları ve Kalkınmaları İslâm'ın Çağdaş Sosyal İhtiyaçları Karşılama Kabiliyeti", (Hayreddin Karaman, Yeni Gelişmeler Karşısında İslâm Hukuku içerisinde), İstanbul 1992, Nesil Yayınları, s. 82.

¹¹³ Câbirî, *Çağdaş Arap-İslam Düşüncesinde Yeniden Yapılanma*, s. 50.

kendisini tecdit ve yenilenme hareketi içerisinde gören bazı kişilerin, konu Kur'ân-ı Kerîm ve Sünnet'te bulunan tarihsel ve evrensel hükümlerin birbirinden ayırt edilmesine gelince, ayak sürümeye, bu konuda tartışanları "arkadan çekmeye" ve hatta toplumumuzda var olan "ulemaya saygı" anlayışını da istismar ederek, söz konusu tartışmacıları yüksek sesleriyle susturmaya çalıştıkları gözlenmektedir. Bu tür çifte standartlar ise, içeride ve dışarıda düşünen birtakım insanların gözünden kaçmamaktadır. Örneğin, G. H. Jansen, tecdit ve yenilenme taraftarının bu çelişkilerine işaret ederek şöyle demektedir:

"Remormist müslüman daha henüz, Kur'ân'daki hukukun bazı öğelerinin yedinci yüzyıl Arabistan'ı için uygun olmasına ve hatta zamanın şartlarına göre büyük ilerlemeler getiriyor olmasına rağmen, yirminci yüzyılın son çeyreğinin ruhuna uymadığı problemini halledebilmiş değildir."¹¹⁴

Aynı şekilde, Geoffrey Godsell ise şöyle demektedir:

"İslâm kronik bir kriz içindedir ve bu bir gayri müslimin gözüyle Rönesans'dan bu yana dünya yüzüne batıdan gelen tüm yeniliklere ayak uyduramamadan kaynaklanan bir krizdir... İslam'ın bugünkü ön plana çıkışı aslında kendini müdafaaya yöneliktir... Bu, daha henüz bugünün dünyasının gerçekleriyle teolojik olarak ve ikna edici bir tarzda hesaplaşıp, ayak uydurmayı başaramayan büyük bir dinin bağlılarının saldırgan ve meydan okuyucu haykırışlarıdır."¹¹⁵

Bugün İslam hukukunda ahkâmın değişimi önündeki engellerin kaldırılabilmesi için ne yapılabilir?

Bize göre, bu konuda yapılması gereken en önemli iş, ictihadın değerini fark eden zihinlerin önünün açılmasıdır. Buradaki ilk açılım, zihinlerin, öncelikle hayatın getirdiği yeni verilere ve onun gelişimine egemen olan kurallara açılmasıyla olacaktır. Çünkü, hukuk ile toplumsal hayatın verileri, adalet terazisinin veya tahterevallisinin iki kefesini ya da iki ucuna oturur ve aralarındaki ağırlık dengesi bozulduğu zaman, biri diğerini ya aşağı (geri) ya da yukarı (ileri) kaldırır.

Geçmişte ictihad için sarf, nahiv ve belâgat gibi Arap diliyle ilgili ilimleri ve tefsir, hadis ve fıkıh gibi dini ilimleri bilmek yeterli idi ve o dönemlerde toplumsal, ekonomik ve siyasal yapılar da bu ilimlerin içeriklerine paralel bir seyir takip etmekteydi. Bugün ise durum gittikçe farklılaşmaktadır. Bugün Batıda sosyoloji, ekonomi, biyoloji ve uzay çalışmaları... gibi çeşitli alanlarda gerçekleştirilen 'bilimsel devrim'lerle birlikte meydana gelen muazzam değişiklikler, söz konusu bilimlerin epistemolojik temellerine ve beşeri düzeydeki sonuçlarına açılmayı, ictihad yapmak isteyen birisi için zorunlu hale getirmektedir. "İctihad konusunda bu bilimlere açılmaya olan ihtiyaç, dil ve din ilimlerine olan ihtiyaçtan daha az değildir. Bugün İslam alimlerinin büyük çoğunluğunun sahip olduğu eksiklik, hayata ayak uyduran bir ictihadı beceremeleridir. Hayatın gerisinde kalan bir ictihadımsa ne bugüne ne de geçmişe bir

¹¹⁴ J. Obert Voll, *İslam Süreklilik ve Değişim* (trc. Cemil Aydın-Cengiz Şişman-Mehmet Demirhan), İstanbul 1995, Yöneliş Yayınları, II, 293 (G. H. Jansen, "Militan İslam: Tarihsel Hortum", New York Times Magazine, 6 Ocak 1980'den naklen).

¹¹⁵ J. Obert Voll, a.g.e., II, 293 (Geoffrey Godsell, *Christian Science Monitor*, Uluslar arası Baskısı, 18 Aralık 1978'den naklen).

faydası vardır.”¹¹⁶ Hatta, “eski usul kuralları çerçevesinde yapılacak her ‘ictihad’; -velev ki, yeni bir fetva vermek, hatta eski fukahânın hile-i şer’iye diye adlandırdıkları türden birtakım tatbikatlar olsa bile- reformist bir ictihad değil, taklidî bir ictihad olarak kalacaktır. Çağımıza damgasını vuran gelişmede, özelliği ne olursa olsun, bu tür hileler, çareler bir yarar sağlamaz. Zira bu, ulusal ve uluslar arası, sosyal, ekonomik ve siyasi yaşam alanında bir gelişmedir ve ancak bizzat bu gelişim seviyesindeki bir ictihad ve reform düşüncesiyle kavranabilecektir.”¹¹⁷

Öte yandan, İslam hukukunda ahkâmın değişiminden kaçınılması, muhafazakar hukukçuların zannettiği gibi, birtakım hukuki hükümlerin korunmasını sağlamayacak, aksine tarihte pek çok örneğinin görüldüğü gibi, söz konusu hükümlerin etraflarının dolanılmasına ve hatta İslam hukukunun bütünüyle ortadan kalkması sonucunu doğurabilecek bir sekülerleşme sürecine girilmesine sebep olacaktır. Böyle bir sonuca işaret eden Fazlur Rahman şöyle demektedir:

“Hukuk toplumun gündelik hayatına hakim olduğu için, kaçınılmaz sosyal değişimlerin ışığında yeniden yorumlanmak zorundadır. Yeniden yorumlanma süreci durduğunda, toplumun ya durgunlaşacağı ya da isyan edip laikliğe doğru yol alacağı âşikardır. Her iki durumda da kelam, ahlâk ve hukukun bütün yapısı sonunda çökecektir.”¹¹⁸

Netice olarak, günümüzde “çağdaş yaşamın en belirgin özelliğinin değişim olduğu hususu tartışma götürmez bir gerçektir. İnsanlar bu değişime, ister bir ilerleme ve çağdaş uygarlık seviyesine yükselme olarak, isterse birçok ‘sapıklığı’ barındıran ve ‘yüce insani değerleri’ bozmaya yönelik bir şey olarak baksınlar; itiraf edilmesi kaçınılmaz olan gerçek şudur ki, çeşitli alanlarda meydana gelen yenilikler, her gün hatta her saat birbirini takip etmektedir. Bu yenilikler, gelişime ayak uyduran medeni insanları; mevcut kanunlarını, bireysel ve toplumsal davranışlarını düzenleyen kuralları yeniden gözden geçirmeleri konusunda zorlamaktadır. Bu gözden geçirme işlemi, zorunlu olarak bu kanun veya kuralların şu ya da bu davranış kuralından dolayı tamamen kaldırılması ya da askıya alınması anlamına gelmez. Bu, çoğu kez, önceliklerin yeniden ele alınmasını, ihtiyaçlar hiyerarşisinin yeniden tespit edilmesini ve bunun gerektirdiği birtakım ilave kanunların vaz’ını zorunlu kılmaktadır.”¹¹⁹ Asaf A. A. Fezzi’nin dediği gibi, “Kanunlar, zaman ve şartların potasındaki madenlere benzerler; eriyip giderek değişik şekiller alırlar; ve sonra yeniden eritilip katı durumdan sıvı duruma geçerler. Bu evrim süreci insan toplumuyla aynı yaştadır. Ölülerle cansız varlıklar haricindeki hiçbir şey statik (hareketsiz) değildir. Kanunlar ise asla statik olamazlar.”¹²⁰

Muhafazakarı ile modernisti ile, bugün bütün İslam hukukçularının, hukukun temel zıddiyet alanlarından biri olan istikrar ve değişim konusunda yeniden ve daha

¹¹⁶ Câbirî, *Çağdaş Arap-İslam Düşüncesinde Yeniden Yapılanma*, s. 54.

¹¹⁷ Câbirî, a.g.e., s. 63.

¹¹⁸ Fazlur Rahman, *İslam ve Çağdaşlık* (trc. Alparslan Açıkgenç – M. Hayri Kırbaçoğlu), Ankara 1999, Ankara Okulu Yayınları, s. 225.

¹¹⁹ Câbirî, a.g.e., s. 64.

¹²⁰ J. Donohue – J. Esposito, *Değişim Sürecinde İslam*, s. 201.

derin düşünmelerine; geçmiş, bugün bulunulan noktayı ve gelecek perspektiflerini yeniden gözden geçirmelerine, belki de geçmiş asırlarda olduğundan çok daha fazla ihtiyaç bulunmaktadır. Bu tahlil ve eleştiri sürecinde muhafazakarların, maziye bütünüyle muhafaza etmeye değil, değerli ve öz olanı korumaya çalışmaları; değişim, yenileşme ve gelişmeyi savunan yenilikçilerin (liberalist veya modernistler) ise, neyin esas itibarıyla dinî, neyin de sadece beşerî olduğu; neyin evrensel, neyin de tarihsel olduğu konusunda ince eleyip sık dokumaları gerektiği kanaatindeyiz.

BİBLİYOGRAFYA

- Abdülvehhâb el-Hallâf, *Masâdiru't-teşri'î'l-İslâmî fi mâ lâ nassa fih*, Küveyt 1972.
- Ahmed b. Hanbel, *el-Müsned*, İstanbul 1982, I-VI.
- Ahmet Cevzci, *Felsefe Sözlüğü*, Ankara 1996, Ekin Yayınları.
- Alâuddin Ali el-Müttakî el-Hindî, *Kenzü'l-ummâl* (nşr. Bekrî Hayyânî-Safve es-Sekâ), Beyrut 1413/1993, I-XVI.
- Ali Haydar, *Dürrü'l-hükkâm şerhi Mecelleti'l-ahkâm*, İstanbul 1911, I-III.
- Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ* (nşr. Muhammed Abdülkâdir Atâ), Beyrut 1414/1994, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, I-X.
- Buhârî, *Sahîhu'l-Buhârî*, İstanbul 1981, I-VIII.
- Ebü Dâvûd, *Sünen-ü Ebî Dâvûd*, İstanbul 1981, I-V.
- Ebü Sünnne, *el-Urf ve'l-âde*, Kahire 1947.
- Ebü Zehre, *İbn Hanbel hayâtuhû ve asruhû*, Kahire 1981.
- _____, *Usûlü'l-fikh*, Kahire ts., (Dârü'l-Fikri'l-Arabî).
- Ebü'l-Hattâb el-Kelvezânî, *et-Temhîd fi usûli'l-fikh* (nşr. Müfid Muhammed Ebû 'Ameşe), Mekke 1985, I-IV.
- Ebü'l-Hüseyn el-Basrî, *el-Mu'temed fi usûli'l-fikh* (nşr. Muhammed Hamîdullah), Dimaşk 1964, I-II.
- Emre Kongar, *Toplumsal Değişme Kuramları ve Türkiye Gerçeği*, İstanbul 1995, Remzi Kitabevi, VI. Basım.
- Esat Arsebük, *Medeni Hukuk -1-*, İstanbul 1938.
- Esat Kılıçer, "Ehl-i re'y", *DİA*, X, 520-524.
- _____, *İslâm Fıkında Re'y Tarâftarları*, Ankara 1975.
- Fahreddin er-Râzî, *el-Mahsûl* (nşr. Tâhâ Câbir el-Ulvânî), Riyad 1979, I-VI.
- Fazlur Rahman, *İslam* (trc. Mehmet Aydın-Mehmet Dağ), Ankara 1992.
- _____, *İslam ve Çağdaşlık* (trc. Alparslan Açıkgenç – M. Hayri Kurbaşoğlu), Ankara 1999, Ankara Okulu Yayınları.
- Ferhat Koca, "İslâm Hukukunda Maslahat-ı mürsele ve Necmeddin et-Tüfî'nin Bu Konudaki Görüşlerinin Değerlendirilmesi", *İLAM Araştırma Dergisi*, I, (İstanbul 1996), s. 93-122.
- _____, *İslam Hukuk Metodolojisinde Tahsis*, İstanbul 1996, İSAM Yayınları.
- _____, *İslam Hukuk Tarihinde Selefi Söylem Hanbelî Mezhebi*, Ankara 2002, Ankara Okulu Yayınları.
- Gazzâlî, *el-Müsteşfâ*, Kahire 1322/1904, I-II.
- Güzelhisârî, *Menâfi'd-dekâyk fi şerhi Mecâmi'i'l-hakâyik*, İstanbul 1273.
- H. Tahsin Emiroğlu, *Esbâb-ı nüzûl: Kur'an Ayetlerinin İniş Sebepleri ve Tefsirleri*, I-XIV, Konya 1965-1983.
- Hacı Reşid Paşa, *Ruhu'l-Mecelle*, İstanbul 1908, I-VIII.
- Hacvî, Muhammed el-Hasen el-Hacvî es-Se'âlebî el-Fâsî (1376/1956), *el-Fikrî's-sâmi fi târihi'l-fikhü'l-İslâmî* (thk. Abdülaziz Abdülfettâh el-Kârî), Medîne 1976, I-II.
- Hamide Topçuoğlu, *Kanuna Karşı Hile*, İzmit 1950.
- Hasan Hanefî, "Teolojî mi Antropolojî mi?" (çev. M. Sait Yazıcıoğlu), *AÜİFD*, XXIII, 505-531.
- Hayreddin Karaman, "Adet", *DİA*, I, 369-373.
- _____, "Fıkıh", *DİA*, XIII, 1-14.
- _____, *İslâm Hukuk Tarihi*, İstanbul 1989.
- _____, *İslâm Hukukunda İctihat*, Ankara 1975.

- Hudârî, *Târîhu't-teşrî'i'l-İslâmî*, Beyrut 1983.
- Ignaz Goldziher, "Fıkıh", İA, IV, 601-608.
- İbn Âbidîn, *Neşru'l-arf*, II, 112 (Mecmûatü Resâil-i İbn Âbidîn içerisinde, ts., yy., Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, I-II).
- İbn Hacer el-Askalânî, *ed-Dürerü'l-kâmine*, Haydarâbâd 1929-1931, I-IV.
- İbn Haldun, *Mukaddime* (trc. Süleyman Uludağ), İstanbul 1982, Dergâh Yayınları, I-II.
- İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lâmü'l-muvakkı'in* (nşr. Muammed Muhyiddin Abdülhamid), Kahire 1955, I-IV.
- İbn Mâce, *Sünenü İbn Mâce*, İstanbul 1981, I-II.
- İbn Şihâb ez-Zühri, *Tenzilâtü'l-Kur'an* (nşr. Selâhaddin el-Müneccid), Beyrut 1963.
- İbnü'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'an*, Kahire 1974, I-IV.
- İbnü'l-Hâcib, *Muhtasarü'l-müntehâ*, Beyrut 1983, I-II.
- İbnü'l-İmâd, *Şezerâtü'z-zeheb* (nşr. Abdülkâdir Arnavûd), Beyrut 1986, I-V.
- İbrahim Kafi Dönmez, "Amel-i Ehl-i Medine", DİA, III, 21-25.
- _____, "el-Urfü'l-fikhi'l-İslâmî", Mecelletü mecma'ı'l-fikhi'l-İslâmî, Cidde 1988, IV/V, s. 3297-3329.
- _____, "İslâm Hukukunda Müctehidîn Naslar Karşısındaki Durumu ile Modern Hukuklarda Hakimin Kanun Karşısındaki Durumu Arasında Bir Mukayese", MÜİFD, sy. IV, s. 23-51.
- İlhami Güler, "Muhtar Bir İrade (Allah'ın İradesi) ve Mümkün Bir Tarihin (610-632) 'Kelam-ı Kedim'e ve 'Zorunlu Tarih'e Dönüşmesi", III. Kur'an Haftası Kur'an Sempozyumu 13-19 Ocak 1997, Ankara 1998, Fecr Yayınevi, s. 213.
- _____, *Sabit Din Dinamik Şeriat*, Ankara 1999, Ankara Okulu Yayınları.
- İmâmü'l-Harameyn el-Cüveynî, *el-Burhân fî usûli'l-fikh* (nşr. Abdülazîm Dîb), Katar 1978, I-II.
- İzmirli İsmail Hakkı, "İcma, Kıyas ve İstihsanın Esasları", Sebîlü'r-reşâd, XII/295, s. 150-154.
- _____, "Örfün Nazar-ı şer'deki Mevkii", Sebîlü'r-reşâd, XII/293, s. 129-132.
- J. Donald Walters, *Modern Düşüncenin Krizi* (trc. Şahabeddin Yalçın), İstanbul 1995, İnsan Yayınları.
- J. Donohue – J. Esposito, *Değişim Sürecinde İslam* (trc. Ali Yaşar aydoğan – Aydın Ünlü), İstanbul 1991, İnsan Yayınları.
- J. Obert Voll, *İslam Süreklilik ve Değişim* (trc. Cemil Aydın-Cengiz Şişman-Mehmet Demirhan), İstanbul 1995, Yöneliş Yayınları, I-II.
- Jean-Paul Charney, *İslâm Kültürü ve Toplumsal-Ekonomik Değişim* (trc. Adnan Bülent Baloğlu – Osman Bilen), Ankara 1997, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları.
- Karâfi, el-Furûk, Beyrut ts., *Âlemü'l-Kütüb*, I-III.
- Mehmet Erdoğan, *İslâm Hukukunda Ahkamın Değişmesi*, İstanbul 1990.
- Muhammed Âbid el-Câbirî, *Çağdaş Arap-İslam Düşüncesinde Yeniden Yapılanma* (trc. Ali İhsan Pala-Mehmet Şirin Çakır), Ankara 2001, Kitâbiyât Yayınları.
- Muhammed Hamidullah, "Halîfe Hz. Ömer Devrinde Adli Teşkilat - Ebû Mûsâ el-Eş'arî'ye Gönderilen Kazâi Talimatnâmeler", trc. Fahrettin Atar (İslâm Anayasa Hukuku içerisinde, nşr. Vecdi Akyüz), İstanbul 1995, s. 284-320.
- Muhammed İdris eş-Şâfiî, *er-Risale* (İslâm Hukukunun Kaynaklar), (Türkçe trc. Abdulkadir Şener-İbrâhim Çalışkan), Ankara 1996.
- Muhammed Şerif Ahmed, *Nazarîyyetü teşîri'n-nusûsı'l-medenîyye*, Bağdat 1981.
- Mustafa Ahmed ez-Zerkâ, *el-İstislâh ve'l-mesâlihu'l-mürsele*, Dımaşk 1988.
- _____, *el-Medhalü'l-fikhiyyü'l-âmm*, Dımaşk 1967-68, I-III.
- Mustafa Zeyd, *el-Maslaha fî't-Teşrî'i'l-İslâmî ve Necmüddin et-Tüfî*, yy., 1964 (Daru'l-fikri'l-Arabî), s. 206-240.
- Müslim, *Sahîhu Müslim*, İstanbul 1981, I-IV.
- Necmeddin et-Tûfî, "Risâle fî'l-mesâlihi'l-mürsele" (nşr. Cemâleddin el-Kâsımî), Mecmûu resâil fî usûli'l-fikh, Beyrut 1906, s. 37-70; ayrıca bk. Risâletü'l-İslâm, Kahire 1950, II/I, 94-105.
- Nesâî, *Sünenü'n-Nesâî*, İstanbul 1981, I-VIII.
- Nevevî, *40 Hadis* (trc. Ahmed Naim), Ankara 1985.
- Orhan Münir Çağıl, *Hukuk Metodolojisi Dersleri*, İstanbul 1962.

- Ömer Özsoy, "Müslümanların 'Yenilenme' Sorunları ve Kur'an", Değişim Sürecinde İslâm, Kutlu Doğum Haftası: 1996, Ankara 1997, Diyanet Vakfı Yayınları.
- Ömer Rıza el-Kehhâle, *Mu'cemü'l-müellifin : Terâcîmü musannıfî'l-kütübi'l-'Arabîyye*, Dımaşk 1957, I-VIII.
- Rahmi Çobanoğlu, "Fenomen ve İdeal Olarak Hukuk", İÜHF, XXIX/3, s. 664-692.
- Ramazan el-Bûtî, *Davâbitü'l-maslaha*, Beyrut 1982.
- Saffet Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile* (Hile-i Şeriyeye), İstanbul 1996.
- Serahsî, *el-Mebcut*, Beyrut 1978, I-XXX.
- _____, *Usûlü's-Serahsî* (nşr. Ebül-Vefâ el-Efgânî), Beyrut ts., Dâru'l-Ma'rife, I-II.
- Subhî el-Mahmasânî, "Müslümanların Geri Kalmaları ve Kalkınmaları İslâm'ın Çağdaş Sosyal İhtiyaçları Karşılama Kabiliyeti", (Hayreddin Karaman, Yeni Gelişmeler Karşısında İslâm Hukuku içerisinde), İstanbul 1992, Nesil Yayınları.
- Sulhi Dönmezer, "Hukuk ve Hayat", İÜHF, XXI/1-4, İstanbul 1957, s. 424-433.
- Süyûtî, *Lübâbü'n-nükûl fi esbâbi'n-nüzûl*, Dımaşk ts., Tunus 1984.
- Şâtübî, *el-Muvâfakât*, Kahire ts. (el-Mektebetü't-Ticâriyye), I-IV.
- Şelebî, Muhammed Mustafa, "el-Fıkhu'l-İslâmî beyne'l-misâliyye ve'l-vâkı'yye", Mecelletü'l-Ezher, L/6, s. 1212-1220.
- _____, *Ta'lîlü'l-ahkâm*, Beyrut 1981.
- Şevkânî, *İrşâdü'l-fuhûl*, Beyrut ts., Dâru'l-Ma'rife.
- _____, *Neylü'l-evtâr*, Kahire 1971, I-VIII.
- Şîrâzî, *Şerhu'l-Lüm'a* (nşr. Abdülmecid Türkî), Beyrut 1988, I-II.
- Ülker Gürkan, "Hukukta Değişme ve Kararlılık Sorunu", Prof. Dr. Mahmut Koloğlu'ya 70inci Yaş Armağanı, Ankara 1975, s. 306-319.
- Zâhid el-Kevserî, *Makâlâtü'l-Kevserî*, Humus 1968.
- Zahit İmre, *Medenî Hukuka Giriş*, İstanbul 1980, Fakülteler Matbaası, III. Baskı.
- Zeydân, *el-Medhal*, Bağdat 1982.

OSMANLI SULTANI MUHAMMED REŞAD DÖNEMİNDE KOCASI KAYBOLAN KADININ EVLENMESİNE İMKAN VEREN FIKHİ HÜKÜM DEĞİŞİKLİĞİ İLE İLGİLİ BİR VESİKA

Prof.Dr.Yunus Vehbi YAVUZ*

A Document From the Time Sultan Muhammad Reshad which is Related to the Changing a Juristic Principle to Allow the Remarriage of a Woman whose Husband has Disappeared

In the time of Sultan Muhammad Reshad some foreign muslim merchants were coming to Istanbul, getting married and after sometime were leaving country and disappearing. Whose legally married wives could not get livelihood and remarried. Those unjustly treated women have applied to Sheykhul-Islam. In 1334 Sheykhul-Islam has applied to Chaliphate to solve this problem. According to the Hanafite school the woman whose husband has disappeared could get remarry after passing 120 years or dying of her husband's peers. Sheykhul-Islam has stated that it is necessary to refer other Islamic legal schools in order to solve legal problems in accordance with the necessities of the age. Sultan has accepted Sheykhul-Islam's point of view in this regard and regulated that after passing three years the women whose husbands have disapperead were permitted to remarry.

İslam, insanların ihtiyaçlarına cevap vermek, sıkıntıya düşmelerini önlemek ve düştükleri takdirde çare bulmak üzere Müslümanlara dünya hayatını düzenlemede tam bir yetki vermiştir. Vahyin kesilmesinden sonra onun işlevini sürdürmek üzere Müslüman devlet yetkililerine verilen bu yetkinin adı teşri' yetkisidir. Gerek Hz. Peygamber (SAV), gerekse onu izleyen dört halife bu yetkiyi devlet bünyesinde kullanarak toplumlarını rahatlatmışlar, onların geleceklerini garanti altına almışlardır. Resmî teşri' olarak nitelendirmekte sakınca görmediğimiz bu ilk dönemden sonra gelen

* Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi

müçtehit imamlar döneminde de teşri' faaliyeti fahrî ve sivil bir çerçevede yürümüş, uygulama alanı olmaksızın sadece nazariyeler üretilmiş ve bu nazariyelerin toplum tarafından benimsenip onlarla amel edilmesi sonucunda Mezhepler oluşmuştur.

Mezhepler, başlangıçta bir kurum halinde ortaya çıkmadığı için, kurucuları sadece kendi şahsi gayretleri ile topluma hizmet vermeyi amaçlamışlar, ürettikleri düşünüşü, nazariye ve verdikleri fetvalarla yaşadıkları çağdaki insanların o günkü ihtiyaçlarını gidermeyi amaçlamışlar, kendilerinden sonra gelenler için kalıcı birer kanun metni hazırlama ve bu metinde yer alan hükümleri takip etme zorunluluğunu vurgulayan bir anlayış içinde asla olmamışlardır. Tam tersine, gerek Sahabe, gerek Tâbiûn ve gerekse Etbau't-Tabiîn neslinde yetişen müçtehitler verdikleri hükümlerin taklit edilmemesini, doğruluk ve isabet derecesinin mutlaka test edilmesi gerektiği üzerinde önemli uyarılarda bulunmuşlardır. Çünkü onlar devlet yetkisine sahip değillerdi, ümmet adına yetki ile donatılmadıkları için, yaptıkları içtihatların bağlayıcı olduğunu iddia etmeleri ve halkı buna zorlamaları hem mümkün değil, hem de doğru değildir. Vicdanların baskı altında tutulma ve düşünüş özgürlüğünün giderek kaybolma endişesini de buna ilave etmeliyiz.

Ancak, tarih boyunca resmen teşri' faaliyeti başlamadığı ve devletler içtihat mekanizmasını harekete geçirmedikleri için, anılan Mezhep imamlarının yaptıkları ve toplum tarafından kabul gören içtihatlar mezhepleşmiş ve bu mezheplere ait görüşler bir tür kanun gibi toplumda uygulanmaya gelmiştir. Bilindiği gibi, bu mezheplerin en yaygın olanı Hanefî Mezhebi olup 14 asır boyunca bu mezhebin görüşleri İslam dünyasında geniş bir uygulama alanı bulmuştur. Abbasîler, Emevîler, Selçuklular ve Osmanlılar bu Mezhebin görüşlerini mahkemelerde uygulanan bir tür kanun gibi kabul etmişler, müftüler de fetvalarını bu Mezhebe göre vermişlerdir.

Şunu peşin olarak ifade etmeliyiz ki; bugün fıkıh literatüründe yer alan mezheplere ait düşünceler yaşayan içtihatlar olmayıp tarihte yaşamış olan müçtehitlerin kendi toplumları için ortaya attıkları görüşlerden ibarettir. Bu görüşlerin bütün zaman ve mekanlar için geçerli olduğu düşünülemez. Nitekim bu içtihatları yapanlar da böyle bir iddiada bulunmamışlardır. Toplumsal yapıdaki değişim, insanların ihtiyaç ve zaruretleri fıkhıta bazı yeniliklerin yapılmasını gerekli kılıyordu. Bunlardan biri de Osmanlıların son zamanlarında Sultan Muhammed Reşâd Döneminde Şeyhulislamlık makamına yöneltilen sorular dolayısıyla açıkça ortaya çıkmıştır. İstanbul'a ve Osmanlı ülkesine dışarıdan gelen bazı Müslüman tacirlerle turist olarak ülkeye girenlerin Müslüman bazı hanımlarla evlendikleri ve bir müddet sonra ortadan kayboldukları ve kendilerinden haber alınamadığı görülmüştür. Geride bıraktıkları eşleri ise bir taraftan çalışma zemini bulamama, diğer taraftan hukuken evli bulunmaları dolayısıyla, hem başka bir koca ile evlenmekten hem de nafaka almaktan yoksun kalarak mağdur olmuşlar ve bu mağduriyetin giderilmesi için Şeyhulislamlığa başvurmuşlardır.

Bunun üzerine 1334'de Şeyhulislamlık makamı Halifeye bir arizada bulunarak bu mağduriyetin giderilmesini istemiştir. Ancak burada dikkatimizi çeken önemli bir nokta var. Hanefî mezhebine ait görüşleri hukuki düzen olarak kabul etmiş bulunan Osmanlı devletinin, bu gibi kadınların sorununu çözmesine imkan yoktu. Çünkü Hanefî mezhebine göre, kaybolmuş kadının eşi ancak 120 sene sonra yada kocasının emsalleri öldükten sonra evlenebilirdi. Bunun için bir çıkış yolu arandı ve diğer mez-

heplerden de yararlanma yoluna gidildi. Şeyhulislamlık, makamı bu konuda hazırladığı bir mazbatada diğer mezheplerin de İslam mezhebi olduğunu, çağın ihtiyaçları gereği bu mezheplerde yer alan görüş ve fetvalarla da amel edilebileceğini, devlet başkanının bu konuda yetkisinin bulunduğunu ifade eden bir yazı ile durumu Halife-yeye bildirmiş, Halife de bunu uygun görerek bu tür kadınların aradan üç yıl geçtikten sonra başka bir erkekle evlenebileceğine hükmetmiş, böylece yabancı bir hukuk kaynağına başvurmaksızın meseleyi İslamî bünye içinde çözmüştür. Esasen bu metot başlangıcından beri uygulanabilseydi, bir çok konuda ortaya çıkan sorunların çözümüne imkan tanınmış olur, belki de Batı'dan kanun ithal etmeye ihtiyaç kalmazdı. Vaktiyle , anılan mazbatanın basılmış bir suretini İstanbul Müftülüğü Meşihat Kütüphanesinden elde etmiştim. Bu yazıya onun bir fotokopisini de ekleyerek fıkıh kütürümüze kazandırmanın yararlı olacağına inanıyorum.

I.KANUN DEĞİŞİKLİĞİ İLE İLGİLİ BİR DEĞERLENDİRME

Aşağıda metin ve sadeleştirmesini vererek değerlendirmesini yapacağımız vesikada her ne kadar “zevc gaib olarak...” başlığı altında mesele sunulmuşsa da, yaptığımız araştırmada Türk örfünde kayıp anlamında kullanılmış olup Hanefî fıkıh kaynaklarında mefkuda denk gelmektedir. Mefkud iki kısma ayrılır. Birincisi gaybet-i munkatıa tarzındaki kayboluştur ki, savaşa katılanlar bunun örneğidir. Böyle kimse-lerin yaşamasından ümit kesilir. İkincisi gaybet-i gayr-i munkatıadır ki, bu da öğrenim için çıkıp bir daha kendisinden haber alınamaması, yahut ticaret için evden ayrılıp bir daha geri dönmemesi hallerine mahsustur.¹ Bizim vesikamızda bahis konusu olan kayıplık mefkudun bu ikinci türüne denk gelmektedir. Hanefî mezhebinde tercih edilen görüşe göre, kocası kaybolmuş olan kadın, kocası geri dönünceye, yahut emsalleri ölünceye kadar beklemek zorunda olup başka bir erkek ile evlenmesine imkan yoktur. Ancak, Mâlikî, Şâfî ve Hanbelî mezheplerinde böyle bir problem ile karşılaşan kadının belli bir süre bekledikten sonra evlenmesine imkan verilmektedir. Bu mezhepler arasında süre bakımından en toleranslı olanı Hanbelî mezhebi görüldüğü için, Sultan Muhammed Reşâd döneminde 20 şubat 1321/29 Rebiu'l-Ahir 1334 tarihinde çıkarılan bir kanunla bu mezhebin görüşü tercih edilerek toplum rahatlatılmıştır. Aşağıda bu kanun değişikliğinin teknik safhalarını kaydedeceğiz.

Aşağıdaki meselede bahis konusu olan kayıp kişi; uzun müddet kendisinden haber alınamayan ve ailesine geri dönmeyen kimse olup bunun İslam fıkıhındaki karşılığı mefkûddur. El-Mebsût sahibi İmam Serahsî Mefkûd'u şu şekilde tarif ediyor: “Mefkûd; yolculuğa çıkan, fakat daha sonra ne ölümü, ne hayatı ne bulunduğu yer, ne de düşmanın kendisini esir edip etmediği hakkında bilgi alınamayan ve ölümü yada öldürüldüğü belli olmayan adamdır.” İşte bu durumdaki kişi mefkûddur. Öldüğü , yada öldürüldüğü hakkında bir delil bulununcaya kadar kâdı onun işleri ile ilgili bir konuda hüküm veremez. Eşi dışında, varisleri içinde zengin olanlara nafaka verilmmez. Sadece bunlar arasında yoksul olanlara, ihtiyaçları ölçüsünde bir nafaka belir-

¹ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Dr. Muhammed Abdurrahim Muhammed, Zevcetü'l-Çâib, Dirase Mukarene Beyne's-Şerîati'l-İslamiyye ve's-Şerîateyni'l-Mesîhiyye vel-Yehûdiyye ve'l-kavânîni'l-vad'iyye, Dârusselâme, birinci baskı, 1990.

lenerek verilir. Zevce zengin de olsa kâdı onun malından nafaka almasına hükmeder. Zevce dışındaki varisler zengin oldukları halde, onun malından nafaka alamazlar. Çünkü zevcenin mirasa hak kazanışı evlilik akdi sebebiyledir; dolayısıyla onun zenginlik yada fakirliği yahut kocanın hakkı sebebiyle bağımlı olması ile değişmez. Fakat zevce dışındakilerin mirasa hak kazanması ihtiyaç sebebiyledir. İhtiyaç bulunmayınca herhangi bir nafaka alamazlar. Eğer mefkûdun geliri bulunursa kâdı onu gözetcek bir naip tayin eder. Çünkü naip kendisine bakamayacak olan kimseler içindir. Mefkûd da kendisine bakmaktan aciz olan kişidir. Dolayısıyla kâdı gelirlerini toplayıp koruyan birini nasb eder.² Bu mesele ile ilgili vesîkada yer alan hüküm mefkûdun durumuna kıyas edilerek ortaya konmuştur.

Kaybolmuş kişinin karısının, kocası aleyhine boşanma davası açabilmesine imkan veren yazının metninin aşağıda Osmanlıca metni, okunuşu ve sadeleştirilmiş şekli ile kayd ettik. Metinde bugünkü Türkçe ile anlatmak istenen şeyi aşağıda biraz daha serbest bir ifade ile anlatmaya çalışacağız:

“Osmanlı ülkesine dışarıdan geçici olarak gelen tacir ve turistlerin bazı Müslüman kadınlarla evlenmeleri ve kendi ülkelerine döndükten sonra bir daha geri dönmeleri sebebiyle, nafaka temininden yoksun kalan ve bu sebeple mağdur duruma düşen Müslüman hanımların durumları dikkate alınarak, Hicri (1334) tarihinde Şeyhulislamlığa bağlı Hey’et-i Te’lîfiyye'nin fetvâhâneye sundukları bir mazbatada durum gözden geçirilmiş ve bu gibi kadınların mağduriyetlerini önlemek üzere, bir tür kanun değişikliği teklifi yapılarak bu durumdaki kadınların evlenmelerine hukuken imkan tanınmıştır. Adı geçen mazbata, yabancı ülkelerden gelen turist ve tacirlerin bu gibi evliliklerini şer’an (hukuken) önlemenin mümkün olmadığı, dolayısıyla ortaya çıkan ihtiyaçlarla sosyal gereksinimlerin ve maslahatın dikkate alınması gerektiği açıklanmış, halifenin böyle durumlarda Hanefî Mezhebi dışındaki mezhep imamlarından biri ya da bir kaçının görüşü ile amel edilmesi hususunda emir ve fetva verme yetkisine sahip olduğu, mezhepler arasında tercih yapma yetkisinin devlet başkanına ait bulunduğu isabetli bir şekilde zikr edilmektedir.

“Adı geçen mazbatada Hanefilerce gaibin (Mefkûd) nafakasının başkalarına borçlanmak suretiyle tahsil edilmesi mümkün ise de ileride ödenmek üzere borç verecek kimselerin nadir olarak bulunduğu, dolayısıyla bunun zorluklar meydana getireceği, böyle durumlarda Hanefilerce nikâhın feshinin mümkün olmadığı, fakat üç mezhep İmamı İmam Malik, İmam Şâfi ve İmam Ahmed b. Hanbel'e göre, kaybolmuş kocadan nafaka temini mümkün olmaması durumunda, nikâhın feshinin mümkün ve caiz olduğu, Halifenin bu görüşe göre amel edilmesi için emir ve ferman buyurma yetkisine sahip bulunduğu, bunun için maslahat ve zamanın ihtiyaçlarının hukukta dayanılan bir delil olduğu ifade edilmektedir.

“Hanefilerde kocası kaybolan kadının 120 yıl evlenemeyeceği, sonraki Hanefî fakîhlerine göre ise, bu sürenin biraz daha kısaltılabileceği; kadının ancak kocasının emsali öldükten sonra evlenebileceği hükme bağlanmıştır.³ Dolayısıyla, böyle bir durum ile karşılaşan kadınların sorununa Hanefilerde bir çözüm bulunmadığı, Hane-

² Serahsî, *el-Mebsût*, 11/38

³ bkz. Serahsî, *age*, 11/34-35

fi fıkıh kaynaklarında yer almaktadır. Hanefilerce bu görüşün açıklaması, İmam Ali (R.A.)'a izafeten şöyle yapılmaktadır: "Bu kadın iptilâya maruz kalmıştır, sabretsin."⁴ Yani, Allah böyle kadınları sınava tabi kılmıştır. Amansız bir hastalığa yakalanan yada başka bir belâ ile karşılaşan insanlarda olduğu gibi, bu kadınlar da Allah tarafından sınanmaktadır, dolayısıyla sabretmelidirler. Bundan anlaşıldığına göre, toplumda büyük sıkıntılara sebep olan bu gibi sorunların çözümü için Hanefilerde herhangi bir çıkış yolu bulunmamaktadır. Oysa, üç mezhep imamı, kocasını kaybetmiş ve bu sebeple nafaka temin etmesi mümkün olmayan kadınların mahkemeye başvurarak kâdından nikâh akitlerinin feshini ve durumlarının düzeltilmesini istemeleri imkan dahilinde girmektedir.

İşte, Sultan Mehmed Reşad döneminde, Osmanlı toplumunda bir çok sıkıntı meydana getiren bu gibi olaylar nedeniyle, Şeyhu'l-İslâmlık telif heyeti, fetvahaneye hitaben bir mazbata düzenleyerek Hanefî mezhebi dışındaki üç mezhebin görüşünün alınabileceği ve bu görüşün devletçe uygulamaya konulabileceğine imkan veren bir kanun değişikliği önerisi hazırlamışlar ve Şeyhu'l-İslâm Hayri efendi tarafından bu mazbataya bir üst yazı ve mutalâa da eklenerek durum Hilâfet makamına sunulmuş, Halife Mehmed Reşad Efendi de bu kanun değişikliğini uygun görerek gereği ile amel olunmak üzere tasdik etmiş; fıkıh kitaplarında yer alan boşanma hukukunun ilgili maddelerinin bu kanun değişikliğine göre değiştirilmesini de emretmiştir.

Osmanlıların son dönemlerinde ortaya çıkan bu ve benzeri kanun değişiklikleri, İslâm Hukukunun çağın ihtiyaç ve zaruretleri ile maslahatları dikkate alınarak, topluma göre yeniden düzenlenmesi gerektiği konusunda önemli bir vesika niteliği taşımaktadır. İslâm Hukuku sadece Hanefî hukukundan ibaret olmayıp tüm müçtehit alimlerin görüşlerinin de toplumu yönlendirmede yeri ve değeri vardır. Hanefî Mezhebi dışındaki diğer üç mezhep imamından birinin, ya da İslâm'ın temel ilkelerini ilke olarak kabul etmiş alimlerin görüş ve fetvalarının da İslâm Hukukunun işlerlik kazanmasında ve uygulanmasında önemli bir yeri vardır. İslâm Hukukunun Kıyamete kadar yaşatılmamasını sağlamak için, Müslümanlar sadece Hanefî mezhebine göre hareket etmek zorunda değildir. İslâm'ın çerçevesi içinde bulunan tüm alimler ile mezheplerin de bunda büyük payları vardır. Bu gibi alimlerin ve mezheplerin de daima dikkate alınması gereklidir.

Hiçbir Müslüman'ın, İslâm âlimlerinden yada mezheplerinden birini dışlamaya hakkı bulunmamaktadır. Hatta bunlardan birinin toplumsal ihtiyaçlara cevap veren görüşlerini reddedip toplumda bir boşluk meydana gelmesinden ötürü de sorumludurlar. Aşağıda orijinal metni ile birlikte sunduğumuz aile hukuku ile ilgili kanun değişikliği, İslâm hukukunun ihtiyaçlara cevap vermesi için meselelere geniş çerçevede el atmanın bir zaruret olduğunu ortaya koymaktadır. Bu kanun değişikliği, İslâm fıkının her alanında yapılması mümkün, hatta zarurettir. Maslahat ve ihtiyaç gerekçesi ile böyle bir çabanın gösterilmesinin vacip olduğunu da söyleyebiliriz. İslâm Hukukunu her çağda yaşatmanın çaresi, meydana gelen sorunları ve bu sorunlar sebebiyle toplumda oluşan tıkanıklıkları gidermektir. Bunu yapmak şarttır. Tarih boyunca, toplumsal yapıdaki ihtiyaçlar, zaruretlere, belvâlar ve maslahatlar dikkate alınarak, eğer bu gibi kanun de-ği-

⁴ Serahsî, *age*, 11/35

şiklikleri yapılabileseydi, İslâm dünyasında İslâm hukuku yerine başka hukuk sistemlerinin uygulandığı belki de görülmeyecekti, dolayısıyla biz öz malımıza sahip olabilecektik.

II. HEY'ET-İ TE'LİFİYYENİN ŞEYHU'L-İSLAMLİK MAKAMINA SUNDUĞU DEĞİŞİKLİK MAZBATASI

A . MAZBATANIN ORİJİNALİ

EK/1-2

B. MAZBATANIN LATİN HARFLERİNE DÖNÜŞTÜRÜLMÜŞ METNİ

“Zevc gaib olarak nafakanın tahsili müteazzir olduğu takdirde zevcenin talebiyle kâdı nikâhı fesh eder.”

“Eimme-i Hanefiyye Rahimehumullahü Teala'ya göre; me'kûl ve melbûs ve meskenen ibaret bulunan nafakanın envâ-ı selâsesinden zevc âciz, ya zevc gâib olarak istihsâl-i nafaka gayr-i mümkün olsa dahi akd-i nikâh fesh olunamaz. Kâdı zevce için nafaka takdir ederek ba'dehû zevce izn-i kâdı ile bil-istikrâz nefesine infâk idüp zevc iktisâb-i yesâr ya gaybetten avdet edince ana müracaat eder.

“Nikâh bir ailenin seâdetini teşkil eden ve nev-i beşerin tezâyüdünü mûcib ve min ledün Âdem ilâ yevminâ hâzâ, meşrû bir ni'met-i ilâhiyye olup, azîme-i mezkûrenin bu gibi avâız-i cüz'iyye ile izâle ve iptal edilmesini Eimme-i Hanefiyye muvâfık görmedikleri misillü, zaten mehir ve nafakanın îta ve tesviyesine ve hukûk-i zevciyete riâyete adîmü'l-iktidar kimesnelerin tehhül ederek zevceyi ızrâr etmeleri inde'l-Hanefiyye haram olduğu cihetle, ahlâk-ı hasene ashâbı ahkâm-i şer'iyyenin her cihetini teemmül ederek andan sonra tehhül edeceklerine mebnî, bu yolda acz-i infâktan tûlay-i iftirâka ender olarak ihtiyaç messetse bile, bu gibi nevâdir ahkâm-i kavâid-i umûmiyyenin ihlâline sebep teşkil edemeyeceği âşikâr bulunmakla, Mezheb-i Hanefiyye'nin ahlâk-ı fâzıla ashâbı hakkında muvâfık-ı hikmet bulunduğu derkârdır.

“İmâm Mâlik Radiyellâhu Anh ve İmâm Şafî Radiyellâhu Anh'tan bir rivayete göre; zevc mûsir olsa bile gâib olup da tahsîl-i nafaka müteazzir bulunduğu takdirde, taleb-i zevce üzerine fesh-i nikâh olunabilir. Nitekim zevcin gaybetiyle istihsâl-i nafakanın taazzürü suretinde Ahmed b. Hanbel Radiyellâhu Anh'a göre dahi fesh-i nikâh edilebilir.

“Eimme-i Hanefiyye'ye göre; bâlâda mezkûr gaybet-i zevc sebebiyle zevce nafakadan mahrûme kaldığı takdirde Kâdı-i Hanefî, Şafî, ya Hanbelî Mezhebine mukallid bulunan ulemadan bir zatı inâbe idüp de ana fesh-i nikâh ile hükm ettirse bu hüküm sahih ve taraf-i kâdı'den tenfizi lâ bûd ve bundan sonra ba'de inkizâ'il-idde, mezbûrenin diğer bir taraftan tezevvüci caiz olacağı gibi, ba'de ba'din, zevc-i gâib hâzır olup da mezbûreye nafaka bırakmış olduğunu ve binâenaleyh, fesh-i nikâh gayr-i sahih idüğünü iddiâ ve bunu ispat idecek olsa, evvelki beyyine hükm-i kâdı ile tereccüh ettiğine mebnî zevcin mezkûr beyyinesi ve kazâ ve hüküm vâki'-i iptal olunamaz.

“Ber vech-i meşrûh, inâbe sûretiyle fesh-i nikâh edilmesinin cevazına fetvahaneden ifta edilmekte ise de, memalik-i mahrusenin her cihetinde Şafî ve Hanbelî Mezheplerine salik fukahâ bulunmadığı cihetle, inabe suretiyle fesh-i nikâh maksadı tamamiyle temin ve kafil olamamıştır.

“Zevcenin aczi derkâr ve âtîde gaybetten avdet ederek andan istihsâl olunur ümidiyle müddet-i medîde zevcenin taayyüşüne kâfi mebâliği ikrâz eden kimesne bulunamayacağı âşikâr bulunduğu cihetle, bu ahvâl zevcenin azîm zararına müeddî olmağla beraber, asr-ı hâzırda her devlet teb’asından Müslümanlar müsâferet ve ticaret tarîkiyle muvakkaten memâlik-i İslâmiyyeye gelerek Devlet-i Aliyye teb’asından bulunan İslâm kadınlarıyla izdivâc ettikten sonra zevcelerini bilâ nafaka velâ münfik bırağup bir daha gelmemek üzere memleketlerine avdet etmekte oldukları dahî kesîren mâ vâki olarak, bu takdirde zevce için istihsâl-i nafaka adîm-i imkân kalup zevce vefâtına değin sefâletle imrâr-ı ezmân eylemektedir. Vâkıa, bu gibi ecnebîler ile izdivâctan men’ edilmesi vârid-i hâtır olur ise de, men-i mezkûr ahkâm-i şer’iyye ile kâbil-i tevfiğ olamayacağı gibi, ahkâm-i âliye-i şer’iyyece nikâh sair ukûd gibi ehliyet-i şer’iyyeyi hâiz bulunan zevceynin iki şahit huzurundaki icap ve kabul ile mün’akid olacağına mebnî men-i mezkûrdan bir netîce-i mâddiyenin istihsâli gayr-i mümkün bulunmuştur. İhtilaf-i müçtehidîn, ibad için bâis-i rahmet ve bir mezhebe salik bulunan zatın inde’l-ızdırâr diğer mezhebe göre olan bir mesele ile amel veya iftâ etmesi tecvîzkerde-i şerîat olduğu gibi, mesâil-i müctehedün fihâda Emîru’l-Mü’minîn hazretleri hangi kavil ile amel olunmasıyla emir ve ferman buyurur ise anınla amel edilmesi muktezî idüğü kütüb-i fihîyyede musarrah bulunduğu ve mâdde-i ma’rûza Hanbelî Mezhebine tamamiyle muvâfık idüğüne mebnî derdest ikmâl bulunan Kitâbu’t-Talâkın münasip bir faslına ilave edilmek ve bu mesele ile alâkadar olan mevâdd-i sâire ana göre tanzim kılınmak üzere takdim kılınan mâdde hakkında irâde-i seniyyenin istihsâli muvâfık mütâlâa edilmiş ise de ol bapta 23 Rebû’l-Ahır 1334 ve 14 Şubat 1331.”

Hey’et-i te’lifiyeden
Abdurrahman

Hey’et-i te’lifiyeden
Ahmed Muhtar

Hey’et-i te’lifiyeden
Hafız Mustafa Safvet

Hey’et-i te’lifiyeden
Hafız Mehmed Zühdi

He’yet-i te’lifiyeden
Muharrem Lutfi

Hey’et-i te’lifiyeden
Hüseyin Necmuddin

Hey’et-i te’lifiyeden
Ali Haydar

“Huzûr-i Âli-i Meşihatpenâhî’ye:

“Hey’et-i te’lifiyeden itâ olunan işbu mazbata, huzûr-i sâmi-i fetvâpenahîlerine takdîm kılınmış olmakla, muktezây-i hâlin ifâ buyurulması bâbında ve her halde 23/

Rebî'u'l-Ahir, 1334.

Emîn-i Fetva Ed-Dâî
Ali Haydar

C. MAZBATANIN SADELEŞTİRMESİ

"Seyhu'l-islâmlik dairesi fetva kapısı yazı işleri aded:"

"Koca kayb olup nafakanın tahsili mümkün olmayınca, karının isteği üzerine kâdı nikâhı fesh eder."

Hanefî müçtehitlerine göre; (Allah kendilerinden razı olsun) eğer koca yiyecek, giyecek ve meskenden ibaret bulunan nafakanın üç türünü sağlamaktan aciz kalırsa, yahut koca kayb olup nafakanın tahsili mümkün olmazsa nikâh fesh olunamaz. Kâdı zevce için nafaka belirleyerek, daha sonra zevce kâdı'nın izni ile borçlanarak kendisi için gerekli harcamaları yapar, koca nafaka verme imkanına sahip olduğu, yahut gaiplikten döndüğü zaman, zevce ona müracaat eder. (Nafakayı tahsil eder).

Nikâh bir ailenin mutluluğunu teşkil eden ve insan neslinin artmasını ve Adem aleyhisselam'dan bu günümüze kadar meşru ilahî bir nimet olup adı geçen nimetin bu gibi cüzî arızalarla iptal edilmesini Hanefî müçtehitleri uygun görmedikleri gibi, zaten mehir ve nafakanın verilmesine, tavsiyesine ve karılık haklarına riayete gücü yetmeyen kimselerin evlenerek karıyı zarara uğratmaları Hanefîlerce haram olduğundan, güzel ahlak sahibi kimseler şer'î hükümlerin her yönünü düşünüp ancak ondan sonra evlenebileceklerine dayalı olarak bu yolda nafaka ödemekten aciz olduğundan ötürü karı-kocanın ayrılmasına ender olarak ihtiyaç duyulsa bile, bu gibi nadir hükümler umumî kaidelerin ihlaline sebep teşkil edemeyeceği açık bulunmakla, Hanefî Mezhebinin üstün ahlâk sahibi kimseler hakkında hikmete uygun bulunduğu aşikardır.

"İmam Malik (Allah ondan razı olsun) ve İmam Şafiî (Allah ondan razı olsun)'den bir rivayete göre; koca zengin olsa bile kaybolup da ondan nafaka tahsil etmek mümkün bulunmadığı takdirde, karının isteği üzerine nikâh fesh olunabilir. Nitekim kocanın kaybolması sebebiyle nafaka tahsilinin mümkün olmaması durumunda Ahmed b. Hanbel, (Allah ondan razı olsun)'e göre de nikâh fesh edilebilir.

"Hanefî Müçtehitlerine göre; yukarıda anılan kocanın kaybolması sebebiyle zevce nafakadan mahrum kaldığı takdirde, Hanefî kâdı, Şafiî ya da Hanbelî Mezhebinin taklit eden alimlerden bir zatı naip tayin edip de ona nikâhın feshi ile hükm ettirse bu hüküm sağlam olup kâdı tarafından uygulamaya konulması gerekli ve diğer taraftan bundan sonra iddetin bitimini müteakip adı geçen zevcenin evlenmesi caiz olacağı gibi, bir müddet sonra kaybolan koca gelip de adı geçen zevceye nafaka bırakmış olduğunu ve buna binaen nikâhın feshinin geçersiz olduğunu iddia ve bunu ispat da edecek olsa, birinci delil kâdının hükmü ile tercih edildiğinden, kocanın delilleri kabul edilerek gerçekleşen hüküm ve kaza iptal edilemez.

"Açıklandığı üzere, başka bir alimi hüküm vermede naip kılmak suretiyle ni-

kâhın fesh edilmesinin caiz olmasına fetvahaneden fetva verilmekte ise de Osmanlı ülkesinin her yerinde Şafiî ve Hanbelî Mezheplerine bağlı fakihler bulunduğu için, naip tayin etmek suretiyle nikâhı fesh etmek maksadı tamamen temin edememiştir.

Zevcenin acizliği derkar (aşikâr) ve gelecekte gaipliğinden dönerek kocasından nafaka alınır ümidiyle zevcenin geçimine yetecek meblağları uzun süre borç olarak veren kimse bulunamayacağı aşikâr bulunduğu için, bu durumlar zevcenin büyük bir zarara uğramasına sebep olmakla beraber, çağımızda her devlet teb'asından Müslümanlar yolculuk ve ticaret yolu ile geçici olarak İslâm ülkelerine gelerek Devlet-i Aliyye teb'asından olan İslâm kadınları ile evlendikten sonra zevcelerini nafakasız ve nafaka verecek naipsiz bırakıp bir daha gelmemek üzere, ülkelerine dönmekte oldukları da çok kere vuku' bulmakta olduğu için, zevce için nafaka tahsil etmek imkansız hale gelip vefatına kadar zamanlarını sefillik içinde geçirmektedir. Vakıa, bu gibi yabancılarla evlenmenin engellenmesi hatıra geliyorsa da bunu engellemek şeriatın hükümleri ile uyum sağlamayacağı gibi, yüce Şeriat hükümlerince, nikâh diğer akitler gibi şer'î yönden evlenmeye ehil bulunan karı-kocanın iki şahit huzurundaki icab-kabul (teklif ve kabul) ile akdedilmiş olacağına binaen, adı geçen evliliği engellemekten maddî bir sonucun elde edilmesi imkansız bulunmuştur.

Müçtehitlerin farklı görüşler belirtmesi, kullar için rahmete vesile ve herhangi bir mezhebe bağlı bulunan bir zatın mecbur kalınca diğer mezheplere göre olan bir mesele ile amel veya fetva vermesi, Şeriatın caiz gördüğü bir husus olduğu gibi, hakkında ictihât yapılmış meselelerde müminlerin Emiri (Halife-i Müminin) hazretleri hangi söz ile amel olunmasıyla emir ve ferman buyurur ise onunla amel edilmesi gerekli olduğu, fıkıh kitaplarında açıklanmış bulunduğu ve arz edilen madde Hanbelî Mezhebine tamamiyle uygun olduğuna göre, derdest tamamlanmış bulunan Kitabu't-Talak'ın (Boşanma Bahsinin) uygun bir faslına ilave edilmek ve bu mesele ile ilgili olan diğer maddeleri ona göre tanzim kılınmak üzere takdim edilen madde hakkında irade-i seniyyenin (Yüksek iradenin) elde edilmesi uygun mutalaa edilmişse de o konuda 29 Rebiu'l-Ahir 1334 ve 14 Şubat 1321.

Telif Heyetinden
Abdurrahman

Telif Heyetinden
Ahmed Muhtar

Telif Heyetinden
Hafız Mustafa Safvet

Telif Heyetinden
Hafız Mehmed Zühdi

Telif Heyetinden
Muharrem Lutfi

Telif Heyetinden
Hüseyin Necmuddin

Telif Heyetinden
Ali Haydar

“Telif Heyetinden verilen iş bu mazbata Fetvahaneye yüksek huzurlarına takdim kılınmış olmakla durumun gereğinin yerine getirilmesi konusunda ve her halde 23/ Rebiu'l-Ahir, 1334.

Emîn-i Fetva Ed-Dâî
Ali Haydar

IV. SEYHUL-İSLAM HAYRİ EFENDİ'NİN HALİFE-İ MÜSLİMİN MUHAMMED REŞAD'A GÖNDERDİĞİ YAZI

A. YAZININ ORJİNAL METNİ

Ek:3

B. YAZININ LATİN HERFLERİ İLE İFADE EDİLEN METNİ

Bab-1 Fetva, Daire-i Meşihat-i İslamiyye
Mektubu kalemi,
Aded

"Zevce gaib olarak nafakanın tahsili müteazzir olduğu takdirde zevcenin talebiyle nikâhı fesh eder. "

"Melfuf mazbata mucebiyle amel oluna"

Muhammed Reşad

"Mehir ve nafakanın tesviyesinde ve hukûk-i zevciyete riâyette adîmul-iktidâr bulunanların izdivâcını nazar-i hürmetle görerek tehhülü ahkâm-i âliyye-i şer'iyenin bil-etrâf netîce-i teemmülü telakkî edilen ve binâenaleyh seâdet-i ailenin mebnâ-i müteyemmeni olmak ve nev-i beşerin tezâyüdünü kâfil bulunmak hasebiyle nikâhın avârız-ı cüz'iyeye ile zevâlini muvâfık görmeyen Eimme-i Hanefiyye aleyhim rahmetü Rabbil-beriyeye hazerâtının, zevc gâib olarak istihsâl-i nafaka müteazzir olsa dahî, akd-i nikâhın fesh olunamaması ve kâdî nafaka takdir ederek zevce bil-istikrâz nefisini infâk idup zevcin avdetinde ana mürâcaat eylemesi sûretindeki ictihâdlarında mütecellî-i hikmet-i fazıla derkâr olmakla beraber, İmâm Mâlik radiyellâhu anhu ve İmâm Şâfiî radiyellâhu anhu'l-Bârîden bir rivâyete göre; zevc gâib olupda tahsîl-i nafaka müteazzir bulunduğu takdirde, zevcenin talebi üzerine fesh-i nikâh olunabilup İmâm Ahmed b. Hanbel Radiyellâhu Teâlâ anı dahî, zevcin gaybetiyle istihsâl-i nafakanın taazzürü sûretinde fesh-i nikâh edilebilmekle ictihâd eylemiş olduklarına ve zevcin avdetinde andan istihsâl edilebileceği ümidiyle müddet-i medîde zevcenin taayyüşüne kâfi mebâliği ikrâz eyleyeceklerin nedreti bir çok sefaleti müeddî olduğu gibi, terakkiyât-i asriyye ile mütenâsiben tezâyüd eden ihtilâtât netîcesi olarak, düvel-i sâire tebaâsından bir takım Müslümanlar müsâferet veya ticâret tarîkiyle mavakkaten memâlik-i Osmâniyyeye gelerek devlet-i aliyye tebaasından İslam

kadınlarla izdivâc etmekte ve bazıları zevcelerini bilâ nafaka velâ münfik bırakup bir daha gelmemek üzere memleketlerine avdet eylemekte oldukları ve bu takdirde istih-sâl-i nafakaya imkân bulunmayup zevce, vefatına kadar kemâl-i sefâletle imrâr-ı zaman eylemekte olduğu görülmekte bulunduğuna nazaran, İmâm Ahmed b. Hanbel hazretlerinin ictihâdları asrın ihtiyâcâtına evfak ve nâsın muâmelâtına erfak olup mesâil-i müctehedün fihâda Emîru'l-Mü'minîn Hazretleri hangi kavil ile amel olunmasıyla emr ve fermân buyururlar ise anınla amel olunmak muktezî olduğuna ve Fetvâhâne-i Âliyye'nin hey'et-i iftâiyye kısmına ait 20 Şaban 1322 tarihli nizamnamenin altıncı maddesinde hey'et-i mezkûre, Mezheb-i Hanefîde gayr-ı müftâbih addolunan bir kavli maslahat-ı asra evfakiyetinden nâşî ihtiyâr eder veya ilcâ-i maslahatla eimme-i selâse mezâhibine ait bir kavli tercihan muvâfık görür ise, bu bapta müdellelen bir mazbata tanzîm edeceği musarrah bulunduğundan, hey'et-i mezkûrece ihtiyâcât ve ilcâât-ı asriyyeye göre, bu meseledeki kavli Hanbelî'nin delâil-i tercihiyyesini mutazammin sâlifüzzikir madde-i nizamiyyeye tevfiikan tanzîm ve fetvâ emanetine tevdi' idilup itâ kılınan ve leffen arz ve takdîm olunan mazbatada mündemiç ve bâlâya aynen muharrer maddenin delâil-i mesrûde mûcibince hâcât-i asriyye ve refâhet-i ictimâiyyeyi temin için bad'ez'in bi'l-umûm kazâ ve iftâda düstûru'l-amel olması zımında hatt-ı hümâyûn hazret-i hilâfetpenâhîleriyle tevşîh buyurulması Emîrul-Mü'minîn Efendimiz Hazretlerinin atebe-i seniyye-i mülûkânelerinden müsterhim bulunduğu ma'rûzdur efendim."

29/Rebiul-Ahır, 1334 ve 20 Şubat 1331
Şeyhul-İslam Hayri

C. MAZBATANRIN SADELEŞTİRMESİ

"Koca kaybolup nafakasının tahsil edilmesi mümkün olmadığı takdirde zevcenin isteği ile kâdı nikâhı fesh eder."

"Ekteki mazbata gereğince amel olunmalıdır."
Muhammed REŞAD

"Mehir ve nafakanın ödenmesinde ve kocalık hakkına riayet imkanına sahip olmayanların evlenmesini saygı ile karşılayarak evlenmeyi şer'î (hukukî) hükümlerin etraflıca düşünülmesi sonucu telakki eden ve buna binaen aile mutluluğunun uğurlu (müteyemmen) temeli olmak ve insan türünün çoğalmasına kefil bulunması dolayısıyla, nikâhın beklenmedik bazı sebeplerle kaybolmasını uygun görmeyen Hanefî müçtehitleri (Aleyhim Rahmetül-Beriyye) Hazretlerinin, koca kayp olup ondan nafaka elde etmek mümkün olmasa bile nikâh akdinin fesh olunamaması ve kâdı nafaka belirleyerek, karı borçlanmak suretiyle kendi ihtiyaçları için harcamada bulunup kocanın geri dönüşünde ona müracaat etmesi şeklindeki ictihâtlarında tecelli eden üstün hikmet aşikar olmakla beraber, İmam Malik (R.A) ve İmam Şâfiî Râdiyellahu

Anhu'l-Bârî'den bir rivayete göre; zevç gaip olup da ondan nafaka tahsil etmek mümkün olmadığı takdirde, zevcenin isteği üzerine nikâh fesh olunabilmekte olup İmam Ahmed b. Hanbel (R.A) dahi zevcin gaip olmasıyla nafakanın temini mümkün olmaması durumunda nikâhın feshedilebilmesi şeklinde ictihâta bulunmuş olduklarına ve kocanın geri dönüşünde ondan tahsil edilebileceği ümidiyle, uzun süre zevcenin geçimine yetecek kadar meblağları borç olarak verecek kimselerin nadir oluşu, bir çok sefaletle sebep olduğu gibi, çağın ilerlemelerine uygun olarak artan ihtilatlar (iletişim) sonucu olarak diğer devletler tebasından bir takım Müslümanlar yolculuk yada ticaret yolu ile geçici olarak Osmanlı ülkesine gelerek Yüce Devletin tebasından Müslüman kadınlarla evlenmekte ve bazıları zevcelerini nafakasız ve nafaka verecek napsiz bırakarak bir daha geri gelmemek üzere ülkelerine dönmekte oldukları ve bu durumda nafaka tahsil etmenin imkanı bulunmayıp zevce zamanlarını vefatına kadar tam bir sefaletle geçirmekte olduğu görülmekte bulunduğuna göre, İmam Ahmed b. Hanbel Hazretlerinin ictihâtları çağın ihtiyaçlarına daha uygun ve insanların muamelelerine daha çok kolaylık getirici olup ictihâdî meselelerde Emiru'l-Müminîn =Müminlerin Emiri Hazretleri hangi görüşe göre amel edilmekle emir buyururlarsa onunla amel olunmak gerekli olduğuna ve Yüce Fetvahanenin Fetva Heyeti kısmına ait 3/ Şaban/1332 tarihli nizamnamenin altıncı maddesinde anılan heyetin Hanefî Mezhebinde kendisi ile fetva verilmeyen bir görüşü çağın maslahatına en uygun olması dolayısıyla tercih eder veya maslahat gerekçesi ile üç mezhep imamının mezheplerine ait bir görüşü tercih ederek uygun görürse, bu konuda delillere dayalı bir mazbata düzenleyeceği açıklanmış olduğundan, anılan heyetçe çağın ihtiyaç ve gerekçelerine göre bu meseledeki Hanbelî görüşünün tercih delillerini kapsayan adı geçmiş nizamname maddesine uygun olarak düzenlenip ve fetva eminliğine tevdi edilip verilen ve ekte arz ve takdim olunan mazbatada yer alan ve yukarıda aynen yazılı bulunan maddenin serd edilen deliller gereğince, çağın ihtiyaçlarını ve toplumun refahını sağlamak için bundan sonra bütün kaza ve iftalarda uygulamada düstur olması çerçevesinde, Hatt-ı Humayûn Hazret-i Hilafetpenahlarıyla tevşih buyurulması Efendimiz Hazretlerinin Yüce Saltanat eşliğinden hürmetle talep olunmuş bulunduğu arz edilmiştir efendim.

29/Rebiul-Ahır, 1334 ve 20 Şubat 1331
Şeyhul-İslam Hayri

EK 2

وفاقی کے ساتھ اور ازمان بیکہ در . واقفا کو کی جنید ایلان و و ایمنہ منج ایلرلی وار و خاطر اور ایسده منج حکور الحاکم شریعہ الیہ
 قوی تر یقین ایسده جنی کی ایلم علیہ شریعہ نکاح ساز عقود کی اہلیت شریعہ یوحناز بولنیز زہد چیکند کی شاپہ حضور ندہ کی ایجاب و قبولی ایز
 شدقد اولد جنتہ منج شیخ مذکور دن بر تخیل ناد بر تک استحقاق غیر ممکن بولنشد .
 اتقاضہ جنتہ منج جواد ایمنہ استرحیت و بر تخریب کلمت بولنیز و اکتف حد الاضطراب و کر مذہب کور اولانہ برسند ایلر علی و با اقرار حسن
 تجویز کرد و شریعت اولد لیتی کی مسائل مجتہد فیما و ذہب الیو امین حضرت نری ایکی قول ایلر علی اکتف حد الاضطراب و کر مذہب کور اولانہ برسند ایلر علی و با اقرار حسن
 ایلر کی کتب فقہیہ و مصلح بولنیز و ما و امور و ضعیف مذہبہ تمامہ موافق ایلر کی مکتبہ منجی در دست ایلر بولنیز کتب اللغات منج
 بر اخصت جواد ایمنہ استرحیت و بر مسطورہ عقود دار اولان ہوا و ما ذہب الیو امین اور زہد چیکند منج ایلر کی مکتبہ منجی در دست ایلر بولنیز کتب اللغات منج
 موافق مکتبہ اولنشد ایلر و اولجا بدہ
 ہستہ نالعدہ حشہ لعدہ منج ہستہ نالعدہ حشہ لعدہ منج ہستہ نالعدہ حشہ لعدہ منج ہستہ نالعدہ حشہ لعدہ منج
 حشہ لعدہ منج ہستہ نالعدہ حشہ لعدہ منج ہستہ نالعدہ حشہ لعدہ منج ہستہ نالعدہ حشہ لعدہ منج
 حشہ لعدہ منج ہستہ نالعدہ حشہ لعدہ منج ہستہ نالعدہ حشہ لعدہ منج ہستہ نالعدہ حشہ لعدہ منج

حضر عالی سنجینہ منجی

جنت تا یقین ان اطا اولنہ مشبہ مضبط حضور منج قو اینا جیدہ تقدیم قلمشہ اولنشد مقتضای حکمت اینا بیلر لیلی ایسده
 و ہر حالہ
 اسس العود
 الاعمی
 علی حیدر

EK 3



زوج خانبا اولرق نفقت ک تحصیل متقدر اولدنی تقدیره
زوجیتک طلبید قاضی کاخی خراج ابر...

موقوفه عظمیٰ خاتون

هر دو نفقه است و حقوق زوجیه و غیره الا قضاة بولسا ترک کا زود و ایچی نظر متقدر و کن نا حاکم عالیہ تبریک بالاطراف بنوی
تاعلیٰ کتمی ایدینه و بناؤدی سعادت کالو کتک جنای ایچی اولوق و وضع ایسکری کوزا ایچی کاضی بولوش حسیب کتک کتک کتک کتک کتک کتک کتک
اؤد ختیله بیلم متقدر بر البریه حضرت کتک زوج خانبا اولرق استحقاق نفقه متقدر اولدنی حق نفقه کتک کتک کتک کتک کتک کتک کتک کتک کتک کتک
زوجیه اولدنی استحقاق ایوب زوجیت کتک
و امام شافعی کتک
طلقی اؤد زوجه قاضی کتک اولدنی بیوب نام احمد بن جنیل رضی الله عنیه کتک کتک کتک کتک کتک کتک کتک کتک کتک کتک کتک کتک کتک کتک کتک کتک کتک
ایجه اولدنی اولدنی قاضی کتک
بر جوق سفاحی مؤدی اولدنی کتک
و با تجارت طریقید موققا کتک
بر و کتک
ایمکه اولدنی کتک
بیتد یهود و ایسکری کتک
حیث اقلید قاضی کتک
اؤ قاضی کتک
حیث کتک
رضعی امانه زوج ایسکری کتک
در فاحش چاقه کتک
اؤ قاضی کتک

کتک کتک

FIKİH YA DA MÜSLÜMANLARIN HUKUKU

Prof.Dr.Mehmet ERDOĞAN*

Fiqh or the Law of Muslims

The religion is a fact which includes the whole spheres of life. Eventually, the subject matter of fiqh was the whole religion. As it is defined as, "knowing of human being what is for and against him" includes the ethical, political, economical and other dimensions of life. Nevertheless the concept of fiqh came to mean just a practical aspect of religion. By the passing of time, the concept and field of fiqh has been narrowed and it has been used as only knowing the legal problems and for legal literatures. Contrary to the fiqh law is a complex of the concrete rules, formalities and procedures. Unlike fiqh, law does not contain a deep understanding activity. Through the Islamic history fiqh was the positive law muslim states. In its historical process, fiqh has been a system of rules which were the religious responses to the social and legal necessities.

Fıkıhın ya da yeni yaygın adıyla İslâm Hukukunun aşırı şekliyle bir "hukukçuların hukuku" olma mahiyetini gösterdiği tespitinde bulunanlar vardır¹. Öte yandan şahsen benim de katıldığım ve bir çok meslektaşımın İslâm hukukundan bahsederken "müslümanların hukuku" şeklindeki nitelemeleri bir bakıma yerinde bir tespit olmaktadır. Ancak bundan kimin neyi kastettiği ya da kimin neyi anladığı çok açık değildir. Bu yüzden bu yazımızda bu konu üzerinde durmak istiyoruz.

Burada üç tane kavram bulunmaktadır: Fıkıh, müslüman ve hukuk. Söze bunlara açıklık getirerek başlamak yerinde olacaktır. Fıkıh bilindiği gibi, kök anlamı ve bizzat Kur'ân'da yer aldığı şekliyle derinlemesine bir anlayışın adıdır. "*et-Tefakkuh fi'd-dîn*" (Tevbe 9/122) şeklindeki Kur'ânî ifade, sağlıklı, kapsamlı ve derinlikli din anlayışını ifade etmektedir. Burada bir alan sınırlaması yoktur. Bunun sebebi kısaca şudur: İslâm dininin esasını tevhîd oluşturur. Tevhîd, hem yaratmada hem de yaratılanlarla ilgili buyurmada/yönetmede yegane güç ve kudret sahibi olarak Allah'ı bilmek demektir. Yaratmada ve Rab olarak âlemlere ilişkin buyurmada başka güçlerin varlığını tanımak İslâm inancına göre şirk sayılmakta ve bu durum imanla bağdaş-

* Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi

¹ bk. Joseph Schacht, *İslâm Hukukuna Giriş*, Ankara 1986, s. 212.

mamaktadır. Şu halde dinin inanç boyutunda evreni yaratıcı olarak Allah'ın mülkü bilmek ve ayırım olmaksızın mülkünde yegane söz sahibi olarak Yüce Kudreti ve O'nun aşkın iradesini tanımak ve ona teslim olmak vardır. Dinde tefakkuh işte bu şümülü ile söz konusu edilmiştir. Bu inanç ve anlayışın bir uzantısı olarak ilk zamanlarda fıkıhın, akaid konularını, muamelat konularını ve zühde dair konuları aynı şekilde içermekte olduğu bir gerçekliktir. Fıkıhın, zâhir fıkıh-bâtın fıkıh gibi kısımlara ayrılması bu birlikteliğin bir göstergesidir. Kelam ve fıkıh Me'mun (ö. 218/833) dönemine kadar birbirinden ayrılmamıştı. Nitekim İmam Ebu Hanife'nin "el-Fıkhu'l-ekber" adlı risalesinin (Büyük Fıkıh anlamında) içeriğini inanç konularının oluşturduğu, ilgililerin malumudur.²

İslâm, en önemli tanımını bizzat Hz. Peygamber'in (s.a.v.) Cibrîl'in sorularına verdiği cevapta bulmuştur. Buna göre din olarak İslâm'ın üç veçhesi vardır: İnanç boyutunu oluşturan iman, muamelat yani günlük yaşam boyutunu oluşturan İslâm, zühd ve ahlâk boyutunu oluşturan İhsan. Hz. Peygamber'in (s.a.v.) din olarak İslâm öğretisine uygun şekilde, onu anlama, kavrama ve yaşama geçirme çabası olarak fıkıh da hem inanç konularını, hem günlük yaşantımızı, hem de zühd ve ahlâk anlayışımızı kendisine konu edinmiş ve tevhid inancının bir gereği olarak bu alanların tümünde, yani herhangi bir alan ayırımına gidilmeksizin bütün âlemlerde, yaratıcı olarak O'nun bilinmesi gerektiği gibi, buyurucu olarak da O'nun aşkın iradesinin hâkim kılınması gereğini ortaya koymaya çalışmıştır. Müslümanlar açısından fıkıh işte budur. Yani fıkıh inanç olarak Allah'a nasıl inanılması gerektiğini ortaya koyacağı gibi, günlük yaşam alanında da O'nun iradesini hesaba katmayı, ahlâk sistemi oluşturmada da O'na ait değerleri esas almayı bize öğretmek derdinde olmuştur. İslâm medeniyetinin bütünüyle bir fıkıh medeniyeti olduğunun kabulü bu hakikatin bir sonucudur. Hal böyle olunca fıkıhın, Allah'ın aşkın iradesinin, ete kemiğe bürünüp Arabî Kur'ân olarak görünmüş olduğu vahye neden bu kadar önem verdiği anlaşılabilir olmalıdır. Çünkü fıkıhın varlık amacı, Allah'a ait olan dini her veçhesiyle anlama, açıklama ve yaşama geçirme çabasıdır, fıkıh bir anlamda bu yoldaki *bezl-i mechûdün* adıdır. Öbür taraftan bizzat Allah'a ait olduğunda şüphe edilmeyen vahyin mutlak değeri yanında lafızların değiştirilemezliği ve bütün unsurların Şari tarafından özellikle seçilerek terkip edilmiş olduğunun kabulü, fıkıhın ister istemez lafzî (literal) yoruma çokça eğilme yoluna girmesi sonucunu da beraberinde getirmiştir.³ Bu demek oluyor ki, eğer fıkıh buysa, onun bu yapmış oldukları tabiidir.

Dinin, hayat karşısında ilgi duymadığı hiçbir alan yoktur; inanç, yaşantı ve ahlâka dair ne varsa, din bunlarla birebir ilgili olmuştur. Alaka yoğunluğu farklı olabilir, ancak dinin gerek adını koyarak, gerek prensibini vaz ederek kapsamadığı bir alan tahayyülî mümkün değildir. Konusu bütünüyle din olan fıkıhın da bu itibarla bir ayırım yapmaksızın her alanla ilgilenmesi, hayatın ahlâkî, siyasî, iktisadî.. bütün yönlerini kuşatması mahiyetine uygun bir özellik idi.

² Bu konuda bk. Ahmed Hassan, *İslâm Hukukunun Doğuşu ve Gelişimi*, trc. Ali Hakan Çavuşoğlu - Hüseyin Esen, İz Y. İstanbul 1999.s. 27 vd.

³ bk. İ. Kâfi Dönmez, *İslâm Hukukunda Müçtehidin Naslar Karşısındaki Durumu* MÜİFD, İstanbul 1986, sy. IV, s. 33.

Fıkıhın yaygın olarak İmam Azam Ebu Hanife'ye nispet edilen ve gerçekten klasik bir değer taşıyan "*Ma'rifetü'n-nefsi mâ lehâ vemâ aleyhâ* = Kişinin lehinde ve aleyhinde olanları bilmesidir" şeklindeki tarifi yukarıda kısaca anlatılan fıkıhın bütüncül mahiyetini ortaya koyma çabasının bir sonucudur. Ne var ki zamanla fıkıhın bu asıl anlamını kaybetmeye ve dinin sadece günlük yaşantı alanına çekilmeye başladığını müşahade etmekteyiz. Bu gelişmelere paralel olarak daha sonraları bu tarifi sonuna "amelen = yaşantı bakımından" kelimesinin eklenmesi ve Türkçe'ye de iyice hukuk alanına çekilerek "kişinin haklarını ve ödevlerini bilmesidir" diye çevrilmesi, o ilk bütüncül anlayıştan kopmanın işaretleri olmaktadır. Dahası fıkıh zamanla mahiyet ve kapsam bakımından daha da daralmış ve sonuçta hukukî meseleleri bilmek, sadece hukukî meseleler ve hatta sadece hukukî literatür için kullanılabilir hale gelmiştir.

İkinci önemli kavramımız "müslümanlar" idi. Burada müslüman olandan maksat, herhalde kendisini müslüman olarak kabul eden herkes değildir. Müslüman, yukarıdaki din tanımına uygun olarak İslâm inancını kalbine yerleştiren ve onu içselleştiren, bu inanç düzlemi üzerine günlük yaşantısını ilahî iradeye uygun olarak gerçekleştirme çabası içinde olan ve ahlâk da dahil olmak üzere bütün değerlerin kaynağını sadece Yüce Allah olarak bilen ve hayatını bu değerlerle anlamlı kılmaya çalışan kimsedir. Bu konuda bir hadis bize ışık tutabilir. Hz. Peygamber (s.a.v.), hayvan nasıl boğazlanır, besleme çekilir mi, çekilmese de olur mu gibi bir bağlamda "*Müslüman, Allah adına boğazlar, besleme çekse de çekmese de...*" buyurmuştur⁴. Yani Allah inancına sahip olan, bu inancı iligine kadar içselleştiren, her alanda Allah'ı tevhid etmeyi şiar edinen, hayat felsefesi "Allah'tan gelme, şu kısacık dünya hayatında Allah ile olma ve sonunda Allah'a dönme" olan bir müslüman yapacağı her işi, atacağı her adımı zaten Allah'tan aldığı güçle, Allah'ın adıyla, Allah ile ve Allah için yapar, atar, bunu ayrıca dili ile ha söylemiş ha söylememiş, onun fazla önemi yoktur. Tabii söylemesi elbette daha güzel olur. Bu anlamda müslümanın her işe besleme ile başlamış olmasının anlamı daha bir açık olur. Müslüman, yaptığı işin başında besleme çekerken, insanlığın genel sıfatı halife olması itibarıyla "Bismillah yani Allah adına" demiş olmakta, ikinci aşamada yani zorunlu kulluktan gönüllü kulluğa yükselme çabası içinde her alanda O'nun iradesini hesaba katmakta, "Emr"ine boyun eğmekte olduğunu ifade etmiş olmak için de "bismillah" yani "Allah'ın adıyla" demektir. Gene "bismillah"ın, isim kelimesinin mukhamlığı (zaidliği) dikkate alındığında "Allah ile" anlamına geldiği ve müslümanın bu ifadeyle O'nunla hemhal olduğu anlamını da hep kalbinde bulunduracağı hatırdan tutulmalıdır.

Adaletle hâdim nizamın adı olması gereken "Hukuk" ise, insanların, yasalara bağlı olarak fiil ve hareket serbestliğini düzenleyen esaslar ve kurallar bütünüdür. Hukuk dendiği zaman, fıkıhın aksine daha çok somut kurallar, şekli şartlar, prosüdür vb. akla gelir. Hukuk, fıkıhta olduğu gibi derinlemesine bir anlama çabasını içermez. Öbür taraftan hukuk kendisini belli bir alanla sınırlar. Örneğin insan ve Allah arasındaki ilişkileri kendisine ilgi alanı bile görmez, yasalara aykırılıkla ilgilendiği gibi, uygunlukla ilgilenmez. Yaptırım gücü bu dünyadan öbür tarafa geçmez. Dinden, örf-âdetten, ahlâktan ayrı bir kurum olarak işlev görür, kaynak olarak belki bunlardan

⁴ bk. Beyhakî, *es-Sünenü'l-Kübrâ*, Haydarabad 1356, IX, 239-240.

yararlanır, ancak yasalar yapıldıktan sonra yürürlükte olduğu sürece salt yasa olduğu için uygulanır. Şekil şartları yerine getirilen bir yasa, maksadı gerçekleştiriyor diye ihmal edilemez. Bazı yasalar eskir, yenisi ile değiştirilir ve bu böyle sürer gider. Hukukun genel karakteri tutucu oluşu ve toplumun, gelişmelerin arkasından gelişir.

Bir ülkede, belli bir zaman diliminde yürürlükte olan hukuk kurallarının tümüne birden mevzuat denir. Müspet/ pozitif hukuk tabiri de bunu ifade eder. İslâm tarihi boyunca müslümanlarca oluşturulan devletlerde hukuk/mevzuat ihtiyacını fıkıh karşılamıştır. Ancak burada söz konusu olan fıkıh, belli bir dönemde, belli bir ülkede yürürlükte olan ve belli bir ekole mensup fukahaca oluşturulmuş şerî amelî mesâile dair hükümlerdir ve asıl olan bu hükümlerin uygulanmasıdır. Mücerred, dinin anlaşılması, yorumlanması anlamında bir bezli mechûdun adı değildir.

Bugün mesela “*el-Hidâye*, bir fıkıh kitabıdır” denildiği zaman, bundan, bu kitapta toplanmış olan hükümlerin, vaktiyle Hanefî ekolüne mensup fukahanın belirli çevre şartları içinde hayata dinden bir cevap mahiyetinde oluşturmuş oldukları kurallar olduğunu anlamamız gerekir. Yoksa bundan, genel geçer bir İslâm fıkıhı anlamak hatalı olur. Eğer bu kitapta yer alan hükümler, vaktiyle belli bir mezhep çerçevesi içinde uygulama şansı da bulmuş ise, ayrıca biz ona o dönemin müspet hukuku gözüyle de bakarız. Bundan gene, onların aynen bizim için de geçerli müspet hukuk kuralları olması lâzım gelmez. Belli bir döneme ait fıkıhı, kaba bir benzetme ile mesela müzede sergilenen Fatih’in vaktiyle döktürmüş olduğu toplara benzetebiliriz. Bu topların, zamanında çağ kapayıp çağ açan büyük fetihlere imkân vermesi, fevkalade işlevsel olması, bizim için de aynı şekilde gerekli, geçerli ve işlevsel olmasını gerektirmez. Aksine bizim için önemini yitirmiş olması, o topların tarihî değerini de düşürmez. Bize düşen bunları dikkate alarak, işlevselliğini yitirmeye yüz tutmuş araçları, daha etkin olanlarıyla değiştirebilmek, günümüzde kendi ihtiyaçlarımızı karşılayabilecek olanları, onların yerine ikame edebilmek olmalıdır. Ne eskide ısrar ederek, ne geçmişî yok sayarak bir yere varmak mümkün değildir.

Bu ön açıklamalardan sonra bir yere gelelim ve şöyle bir soru soralım: Madem ki fıkıh, müslümanların hukukudur. Mesela günümüzde Türkiye’nin nüfusu tarihte hiç olmadığı şekilde müslümanlardan (% 99.9 gibi kahir bir ekseriyet) oluşmaktadır. Bugün müslümanlar olarak bizim de bir hukukumuz vardır. Öyle ise müslümanların bu hukuku aynı zamanda bizim fıkımızdır, diyebilir miyiz. Yahut yukarıdaki sözden böyle bir sonuca mı varılmak isteniyor. Yani mademki fıkıh, müslümanların hukukudur, öyle ise fıkıh fıkıh diye başka şeylerle, tarihin karanlıklarına gitme çabalarıyla ne işimiz olmalı... falan gibi.

Nasıl ki “tarihte belirli dönemlerde belirli şartlar altında uygulanmış olan mesâil-i şerîyye-yi ameliyye anlamındaki fıkıh aynen, her zaman ve zeminde herkes için geçerlidir” şeklindeki bir iddia ne kadar ifrat bir tutum ise, yukarıda soru haline getirilen tutum da aynı şekilde karşı bir aşırı (tefrit) tutumdur. Fıkıh ne o ne de berikidir.

Eğer “Fıkıh, müslümanların hukukudur” cümlesiyle, fıkıh, Hz. Ömer gibi, İmam Ebû Hanîfe gibi büyük müslüman hukukçuların üretmiş oldukları bir değerdir, denilmek isteniyorsa, elhak bu doğrudur. Zaten olan da budur. Çünkü fıkıh aynı zamanda bir sürecin adıdır. Gökten zembille inmiş, sistem halinde bir fıkıh hiçbir

zaman var olmamıştır. Ne Kur'ân, ne de Hz. Peygamber'in sünneti, bu manada tam, kapalı bir hukuk sistemi oluşturmuş ve bize gereği yerine getirilsin diye sunulmuş değildir. Mecelle'nin başında o günkü Padişah Sultan Abdülaziz'in kendi el yazısıyla düştüğü "mucibince amel olunsun" kaydı vardı. Çünkü Mecelle bir hukuk sistemidir, kendi çağına göre son derece değerli bir hukuk kodudur, belli bir sistematik içinde, genelde meselecî yöntemle maddeler halinde ortaya konulmuş ve uygulamaya sokulmuştur. Bizde 1926 yılına kadar, İslâm ülkelerinin bir çoğunda ise daha uzun yıllar başarı ile de uygulanmış, ihtiyaçları karşılamıştır. 1926 dan sonra bugün Mecelle bizim için ne anlam ifade etmektedir? Hâlâ bizim öz fıkımız mı, yoksa tarihte vaktiyle belli bir süre uygulanmış olan hukukumuz mu? Şurası unutulmamalıdır ki Mecelle'yi resmî bir hukuk sistemi haline getiren o günün ihtiyaçlarını karşılamak üzere oluşturulmasının ardından, uygulanması ve hayata geçirilmesi doğrultusunda irade-i seniyyenin iktirarı idi. Bugünkü dil ve karşılığı ile söylersek, yasama erkinin yasa yapması ve devletin başının da yürürlüğe koyması idi. O gün, hukuk, hukuk teknisyenleri tarafından yapılmakta ve bütün erkleri tek elde tutan Padişah tarafından da onaylanarak yürürlüğe konulmakta idi. Günümüzde ise erkler ayrılmış, yasa yapmayı, yasama meclisi deruhte eder olmuştur. Bu olumlu bir gelişmedir, ancak yasama meclisine seçilenlerin çoğunluğunun hukukçu olmamaları, gerek hukuk tekniği gerek hukuk mantığı bakımından yasa yapmak için gerekli bulunan melekelerden yoksun bu insanların yasa yapmaları ayrıca üzerinde durulması gereken bir husustur.

Tekrar başa dönersek şunu söyleyebiliriz. Fıkıh, her zaman ve zeminde ilahî iradenin açılımını sağlamayı kendisine meşgale edinmiş bir disiplinin adıdır. Bu yetki esasen "ulüemr"e aittir. Ulüemr, ise her bir mesele hakkında Allah'ın iradesini belirlemeye çalışma ve akabinde de bunları uygulama yetki ve sorumluluğuna sahip kişiler demektir. Bunlar vaktiyle Hz. Ebû Bekir, Hz. Ömer, Hz. Ali, Emevî halifesi Ömer b. Abdilaziz örneklerinde olduğu gibi hem içtihat melekeseğine sahip hem de yürütme erkini ellerinde bulunduran kişilerdi. Fethedilen ülkelere gönderilecek yöneticilerin gittikleri yerde hem hâkim (vali) hem de kâdîlik yapabilecek donanımda olmasına özen gösterilirdi. Ancak bu uzun sürmedi, sahabe neslinden sonra giderek emirlik, âlimlikten soyutlanmaya başladı ve böylece ulüemr vaktiyle her iki özelliğe birden sahip tek bir zümre iken giderek ayrıştı ve hukuk kurallarını koyan ulema/ hukukçular ve oluşturulan bu kuralları uygulayan emirler /ümera olmak üzere iki ayrı sınıf ile temsil edilir hale geldi.

İslâm tarihine baktığımız zaman hukukun yapılmasının tamamen ulema tarafından ve sivil bir faaliyet olarak gerçekleştiği görülmektedir. Ulema, özellikle fıkıhın oluşum dönemi olan Emevîler döneminde kendi hallerine bırakılmış/ terkedilmiştir. Emevî halifeleri bilindiği gibi din ile fazla ilgili değillerdi. O yüzden onlar, dine ve dinin hayata cevabını hazırlama vazifesinde olan fıkha fazla karışmamışlardı. Fıkıh/ ilim faaliyeti tamamen ulemanın elinde ve onlar tarafından sürdürülmekte idi. Emevî halifelerinin hukuk ihtiyacını, atamış oldukları kadılar marifetiyle, onların ürettikleri kişisel içtihadı dayalı yargı faaliyeti şeklinde karşılamış olduklarını söylemek mümkündür. Onların yerini alan ve kendilerini dinle yakından alakalı gören Abbasî halifeleri dönemine gelindiğinde ise, bu dönemde daha çok vaktiyle oluşturulmuş olan fıkıhın tedvin edildiğini, olgunlaştırıldığını ve belli ekoller aracılığı ile mevzuat ihtiya-

cının karşılanması yoluna gidildiğini, artık uygulanacak hukukun önceden belli, muayyen bir mezhep çerçevesinde ve kendi içinde belirlenmiş kuralları ve hiyerarşisi bulunan bir şekil aldığını söylemek mümkündür. Bundan böyle yargı faaliyetinin, mezheplerce üretilmiş bulunan hukuk kurallarının bizzat yargı teşkilatınca atanmış kadılar marifetiyle uygulanması şeklinde olduğunu görmekteyiz. Bu hukuk kuralları, halkın içinden, halka mal olmuş sivil ulema tarafından oluşturulmuş olduğundan yöresel olarak yüksek bir kabul görme şansına sahip olmuş bu, yöneticilerin de işine gelmiştir. Ayrıca serbest içtihadı dayalı yargı faaliyeti yerine, önceden belli ve bir hiyerarşisi bulunan mezhep çerçevesi içinde karar verilmesi anlayışı, bir anlamda kadılar için de siyasete alet olmama güvencesi sağlamış, bu hukukta önemli bir istikrarın sağlanmasının ve bunun asırlar boyu sürdürülmesinin zeminini oluşturmuştur. Ancak bu durum, sözü edilen olumlu gelişmeye mukabil serbest düşünce ve özgür içtihat anlayışına da tabii ki set vurmuştur.

Osmanlı döneminde de hukuk ihtiyacı, belirli yörelerde belirli mezheplerin esas alınması yoluyla karşılanmış ve mezheplere ait fıkıh kitapları, hukukçuların el kitabı olmuştur. Hatta *Dürer* ve *Mültekâ* gibi bazı fıkıh kitapları yarı resmî bir mahiyet bile kazanmıştır. Çeşitli ihtiyaçlar saikiyle Mecelle'nin hazırlanması aşamasına gelinmişti. Mecelle de yukarıda sözü edildiği gibi aynı şekilde hukukçulardan (ulema) oluşan bir heyet tarafından hazırlanmış ve padişah tarafından da onaylanarak yürürlüğe sokulmuştu. Dolayısıyla içeriği, kendilerine itaatın vacip olduğu ulülemrin "şerî amelî hükümler" olarak belirlediği şeylerdi ve kamu için, kamu velayetini elinde bulunduran makamın emrinin iktiranı sürdüğü müddetçe de bilfiil mucibiyle amel olunması lâzım olan müspet hukuk kodu idi. Bunun anlamı, 1926 dan itibaren bu özelliğini yitirmiş olmasıdır.

Fıkıhı az çok bilenler, zamanla fıkıh kitaplarında tedvin edilmiş bulunan hüküm ve görüşlerin Hz. Ömer gibi, mezhep imamları gibi fukahanın üretmiş olduğu hüküm ve görüşlerden ibaret olduğunu bilirler. Fıkıh, müslümanların hukuku denmesinin sebebi de budur. Ancak bu fıkıh denilen bir şeyin esasen yokluğu anlamına gelmez. Şunu demek istiyoruz ki, eğer fıkıh mücerred müslümanların görüşlerinden ibaret olsaydı, kendine özgü bir çerçevesi, bir omurgası olmasaydı o zaman, herkes bir şey söyleyeceğine göre, ortada fıkıh diye bir hakikat da olmayacaktı. Herkesin belli/aynı şeyi söylemesinin bir garantisi yoksa, o takdirde ortada hiçbir kimsenin diğerleriyle paylaşabileceği ortak bir fıkıh bulunmayacak demektir. Fiilî durum yani müslümanların ve fıkıhın tarihi bunu yalanlamaktadır. Biz biliyoruz ki, İslâm fıkıhı tek bir mahiyetten ibaret değildir. Çok değişik ve yüzlerce, binlerce farklı içtihatlar, görüşler vardır. Ekolleşenler bile onlardır. Ama bütün bunlara rağmen, bu farklı ekollerin, değişik düşüncelerin ortaya koymuş olduğu fıkıh mirası, ana gövde itibarıyla birdir ve ayrılıkları sadece ayrıntılarla ilgilidir. Usul konularındaki ayrılıklar özde değil, fer'î konulardadır. Hiçbir kimse vahyin kaynak olamayacağını söylemez. Sübutu sabit görülen naslar karşısında pervasız kalamaz. Ancak değişik yöntemlerle, farklı bakış açılarıyla değişik sonuçlara varabilir. Bu sonuçlar bile esas itibarıyla İslâm fıkıhının ana gövdesini oluşturan, çerçeve ve omurgasını teşkil eden kısımda birlik arzeder, bütün görüşler bir yerde birleşir. Mesela hiçbir mezhep ya da müçtehit abdest âyeti karşısında bigane kalamaz, herkes abdest diye bir şey olduğunda, ellerin, yüzlerin yıkanmasında, başın meshedilmesinde, ayakların ikisinden birine katıl-

masında hemfikirdirler, ancak yüzün sınırları neresidir, eller nereye kadar yıkanmalıdır, dirsekler dahil midir, başın tamamı mı, yarısı mı, dörtte biri mi, daha azı mı... gibi konulara gelince işte görüş ayrılıklarının zuhur ettiği yer burasıdır. Bunların olması da tabiidir. Görüşler, başın meshedilmesi konusunda birleşiyorsa, diğer konularda ayrışmaları çok önemli değildir.

Bu örnek de gösteriyor ki, fıkıh sabiteleri olmayan, belli bir omurgadan yoksun, çerçevesiz ve kim ne söylesse o, diyebileceğimiz bir şey değil. Mutlaka bir şekilde vahye dayanmış olması gerekir. Ancak bunun müslüman tarafından illâ da dil ile ifade edilmiş olması olmazsa olmaz bir koşul değildir. Meselâ Hz. Ömer'in Sevad uygulamasını hatırlayalım. Irak arazisi fethedildiği zaman Hz. Ömer çok önemli tarihî bir karar vermekle karşı karşıya olduğunun farkındaydı ve o hiç zorlanmadan kararını vermişti. Şimdiye kadar yapılan uygulamada fethedilen topraklar, savaşa katılan askerlere dağıtılıyordu. Hz. Ömer ise bu niyette değildi. O sahip olduğu fıkıh melekesi ve ulümler sorumluluğu ile araziye eski sahiplerinin elinde bırakmayı ve onları haraca bağlamayı, elde edilecek gelirleri de fey statüsüne tabi kılarak bütün müslümanların ihtiyaçlarını karşılamada kullanmayı kararlaştırmıştı. Onun vardığı bu sonuç fıkıhın tâ kendisiydi. Ne Kur'ân'dan bir delil okumuş ne de sünnetten bir uygulamaya dayanmıştı. Ama sahip olduğu hukuk nosyonu ile sahici bir fıkıh üretmiş ve bu kararıyla kendinden sonrakiler için geçerli olacak toprak hukukunun esaslarını atmıştı. Ancak ileri görüşlü olmayan bazı muhalifler, onlar da fıkıh adına karşı çıkmışlar ve kılıçlarımızla fethettiğimiz toprakları, bizim hakkımızı bize vermezlik edemezsin diye şiddetli bir muhalefet başlatmışlardı. Zor durumda kalan ve ısrarcılar karşısında yaka silkip illallah diyen Hz. Ömer, sonunda onları da ikna edecek bir delil ortaya koymuş ve *"Allah'ın fethedilen ülkeler halkının mallarından Peygamberine verdiği ganimetler, Allah, Peygamber, yakınları, yetimler, yoksullar ve yolda kalmışlar içindir. Böylece o mallar içinizde yalnız zenginler arasında dolaşan bir devlet olmaz..."* (Haşr 59/7) âyetini okuyarak, bu büyük arazilerin "fey" statüsünde olduğunu ve bütün müslümanların onda hakkı bulunduğunu belirtmişti.⁵

Bu uygulama bizce önemlidir. Hz. Ömer gibi bir hukukçu nasıl yetişmişti? Hz. Peygamber ile olan huzurda-seferde uzun beraberliği, bizzat ona ittiba ederek İslâm'ı öğrenmiş ve yaşamış olması, izlediği siyaseti yakından takip etmiş olması ve Şariin maksatlarını iyice kavramış olması, bunun bir tezahürü olarak muvâfakât-ı Ömer diye bilinen ve Kur'ân âyetleri ile örtüşen sözlerin sahibi bulunması, Hz. Peygamber hayatta iken, ölümünden sonra Hz. Ebû Bekir zamanında bilfiil idarede yer alması ve vezirlik yapması, yönetim tecrübesi... bütün bunları kendisinde bir meleke olarak bulduran Hz. Ömer'in, dinin ulaşmak istediği gaye doğrultusunda, bütün müslümanları kucaklayacak tarzda bir karar alması, fıkıhın tâ kendisiydi, ancak muhalifler fıkıhı, belli bir nassı okumaktan ibaret görüyorlardı. Ve sonunda onları susturabilmek için, onların isteklerine de uygun davrandı ve belli ki bir arayışla iki üç gün sonra delil olarak sözü edilen âyeti gösterdi.

Şimdi hangisi fıkıh? Kanaatimizce asıl fıkıh, Hz. Ömer'in sahip olduğu büyük

⁵ Uzun tartışmalar, istişareler ve varılan sonuç hk. bk. Ebû Yûsuf, *Kitâbü'l-Harâc*, thk. İhsân Abbâs, Beyrût 1985, s. 111 vd.

hukukçu kimliği ile ortaya koymuş olduğu hükümdür. Öbürü ise sûrî fıkihtır, fıkihtan çok hukuka uygun düşecek bir tavidir. Eğer, “fıkıh, müslümanların hukukudur” sözünden maksat, Hz. Ömer’in bu örnekte ortaya koymuş olduğumuz hükmü kabildinden hüküm ve görüşlerin ortaya konulması ise elhak bu doğrudur. Ama tekrar ederek şunu söyleyelim ki Hz. Ömer’in bu görüşünün arkasında bir ömür Hz. Peygamber ile olan beraberlik var, Kur’ân’ın adım adım nüzulü, izlenen siyasetin birebir uygulanması, ulüemr olarak kendisine tanınan yetki ve mukabilindeki sorumluluk vardır. Bir ressam, iki dakikada mükemmel bir resim çizebilir. Ama onun gerçek süresi bu yolda tüketilen şu kadar ömür üzerine ilave edilen o iki dakika olmaktadır. Fıkıhta söz sahibi olan büyük İslâm hukukçularının hayatlarına baktığımız zaman bunların hepsi Kur’ân ve sünnetin eksenini oluşturduğu bir zihniyet dünyası içinde yetişmişler ve kişiliklerini kazanmışlardır. Aralarındaki farklılık ise çevre, kültür, iklim... farklılığından ibarettir. Tekrar edelim ki, bu gün mevcut mezhepler arasındaki ayrılıklar, ana gövdede değil, ayrıntılarla ilgilidir.

Geçmişte olduğu gibi bugün de, yarın da İslâm fıkhı adına ortaya konulan her çaba, her bezli meçûd aynı değerde olacaktır. Bu çabaların hiçbirisi vahyi temel referans olarak görme esasından vazgeçemeyeceklerdir. Fıkıh adına her kim konuşursa konuşsun, zarûrât-ı diniyyesi olmayan bir fikhî yapı ikamesine imkân bulamayacaktır. Müslümanlar, hep kıbleye dönecekler, temel ibadetlerini belirli şartlar içinde hep ifa edecekler, belirli ve sınırlı sayıda haramlara riayet edecek, muamelelerinde belirli ilkeler, şartlar geçerli olacak, belirli fiillerin işlenmesi suç sayılacak ve bunların cezalandırılması yoluna gidilecektir. Kurumlar şekil değiştirirse de, fonksiyonları bir şekilde hep sürdürülecektir.

Burada Şâtıbî’nin bir sözünü hatırlayalım. Şöyle diyor: “Âdetlerin değişmesi durumunda hükümlerin değişmesinden maksat... âdetler değiştiğinde her âdet, hükmünü alacağı başka bir şer’î asla döner, demektir.”⁶ Bunun anlamı şudur: Nasla kıyamete kadar geçerlidir. Kimse onlarda bir değişiklik beklememelidir. Ancak her olay, belli bir bağlamda belli bir nas ile ilintilidir. Bağlam değişince artık o olayın, o nasla ilgisi kalmaz, bu kez başka bir nas ile ilişkilendirilir ve bu hep böyle devam eder gider. Bunu da fıkıh yapar. Donukluk da yoktur. Hayatla birlikte, hayata dinden bir cevap oluşturulacak şekilde fikhî faaliyet aynı zamanda bir süreç olarak hep devam eder gider. Genel geçer, kapalı bir sistem anlayışı içinde bir fıkihtan bahsedilemeyeceği gibi, deniz anası gibi omurgası olmayan, belli bir çerçevesi bulunmayan, sabiteleri gözardı edilen, ulaşmayı hedeflediği bir amaçtan yoksun kılınan bir fıkıh da olmaz. İslâm fıkhı söz konusu olduğunda rey, görüş... kişisel görüş, kanaat değildir. Bu tabirler, bu müktesabata yani fıkıh donanımına sahip bir fakihin durduğu yerden görünen budur anlamındadır, dolayısıyla da belli bir önemi, değeri vardır. İnsanların, o görüş sahiplerinin arkasına düşerek dinî hayatlarını yaşayabilme imkânları bulunmaktadır. Hal böyle olunca İmam Şâfiî’nin, İmam Ebû Hanîfe’nin “Estahsinü = Güzel buluyorum” sözünü duyunca, gereksiz bir tepkiyle “*Innema’l-istihsânu telezzüzün* = İstihsan, heveslere uyarak konuşmaktır ve dinle oynamaktır” şeklindeki maksadı

⁶ bk. Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, İstanbul 1990, II, 285-286.

aşan sözü, hiçbir zaman yerini bulmamış bir söz olarak kalacaktır.⁷ Çünkü İmam Ebu Hanife'yi bilenler, onun nasıl -yukarıdaki Hz.Ömer örneğinde olduğu gibi- "rey= görüş" ortaya koyduğunu çok iyi bilirler. O görüşlerin izini sürenler, mutlaka bir yerde onların delillerini de bulurlar.

İşte bizim, "Fıkıh, müslümanların ortaya koymuş olduğu hukuktur" sözünden kastettiğimiz, yada anladığımız bu olmaktadır. Öğrenci iken "Arapça değil mi uydur uydur söyle" derdik. İçine girince öyle olmadığını, dilin nasıl güçlü bir felsefesi, sabiteleri, canlı bir mekanizması, işleyişi, akışı olduğunu gördük. Canlılığının bir gereği olarak bazı kelimelerin zaman içinde nasıl öldüğünü, nasıl anlam değişmelerine maruz kaldığını bir takım tecrübelerle öğrendik. Fıkıh da öyle, onun da kendine has bir dinamizmi, onu hep ayakta tutan bir ruhu var. İnsanımızı "ıztırârî kulluktan gönüllü kulluğa yüceltme gibi"⁸ ulaştırmayı amaçladığı bir gayesi var. Ve tabii ki adamları var. O adamları elinde fıkıh, gerçek fıkıh olacak, günümüze cevap oluşturacak, yoksa biz fıkıh diye vaktiyle işlevsel olmuş araçları müzelerde seyreder gibi, geçmiş dönemlerin fikhini kendi fikhimiz zannedip, hayat ile fıkıh arasındaki uyumsuzluğu ya görmezden gelecek, ya da onunla birlikte dini de tümünden terk ederek ipini koparmış danaların sağa sola zıpladıkları gibi kendimizi geçici ve yalancı bir özgürlük içinde hissedeceğiz. Biri kırk katır, öbürü kırk satır. Seç, beğen al! durumuna düşeceğiz.

⁷ bk. Şâfiî, *er-Risâle*, thk. Ahmed Muhammed Şâkir, Beyrût, ty. s. 507.

⁸ bk. Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, I, 51.

İSLAM'DA VE GÜNÜMÜZ DEVLETLER HUKUKUNDA SAVAŞ ESİRLERİ

Doç.Dr.Ahmet ÖZEL*

The Captures of War in Islam and Modern International Law

A lot of wars have been occurred in the human history. Mostly the civilians and the captures of war have been so effected because of these wars. The most of the muslim lawyers have argued that the civilians that is, women, children and old people will not be killed. They have stated that the food and shelter needs of captures should be provided by Islamic state. Torture is totally forbidden. If an enemy soldier has embraced Islam before being captured or ran away to his own country, he had been considered free. In its historical process, muslim communities have applied these rules in their international policies. The ruler of the state had been authorized for determining the legal status of the captures of wars. In determining this he is obliged to arrive a decision which is more convenient to private status of captures of war and to public utility. In the Western history, the rules of treatment to the captures have been regulated for the first time, at the Convention of Lahey in 1899 and 1907. Because of the incapibility of this convention during the first world war, some measures have been taken in 1929 at Geneva Agreement. And then it has been revised in 1949. However, these rules have never been applied properly.

Milletlerarası ilişkilerin yeryüzünde birden fazla toplumun varlığı ile başladığını ve bu ilişkilerin odak noktasını da savaşların teşkil ettiğini söylemek mümkündür. İnsanlık tarihi toplumlar arasında sömürü, üstünlük ve varlık mücadelesinin yol açtığı sayısız savaşa sahne olmuş, savaşların ortaya çıkardığı en önemli problemlerden birini de tarafların birbirlerinden aldıkları esirler ve bunlara uyguladıkları muamele teşkil etmiştir. Tarihin bilinebilen devirlerinden bugüne gelen çizgide esirlerin durumu insanlık dışı uygulamalardan insan haysiyetine en uygun muameleye doğru bir gelişme seyri göstermiştir.

1. İslâm'dan Önceki Topumlarda:

Milletlerarası ilişkilerin uzun geçmişine rağmen bu konuda ulaşılan bilgiler ta-

* İSAM, İstanbul.

rihin bilinebilen ve nisbeten yakın olan dönemleriyle ilgilidir. Eski devirlerde milletlerarası ilişkileri düzenleyen hukukî teamüller ve antlaşmalar mevcut olmadığından savaşlarda keyfîlik hâkimdi. Muzaffer taraf muharip sivil, kadın erkek, büyük küçük demeden düşmanını imha etmeyi meşru görebiliyor, bu arada esirler de en ağır muameleye mâruz kalıyordu. Meselâ Asurlular düşmanın derisini yüzüp ele geçirdikleri şehrin kapısına asmayı, şehirde buldukları herkesi öldürmeyi dinî bir görev telakki ediyordu. Farslılar da esirleri benzer muamelelere tâbi tutuyor, kendilerine hayat hakkı tanımıyorlardı. Kısra I. Hüsrev Yemen'e gönderdiği kumandanı Vehrîz'e, anneleri Arap asıllı bile olsa siyahî (Habeşli) hiçbir kimseyi hayatta bırakmama talimatını vermiş, Vehrîz de bu talimatı yerine getirmişti. Farslılar'ın esirleri fillere çığnetme âdetleri de bilinmektedir.¹ Eski Yunanlılar ve Romalılar esirlere her türlü işkenceyi reva görüyor, vücutlarını parçalıyor, büyük küçük, kadın erkek ayırımı yapmadan hepsini öldürüyorlardı. Ancak zamanla bu toplumlarda esirleri köleleştirip onlardan faydalanma yoluna gidilmiştir. Esirlere uygulanan kötü muamele her devirde varlığını sürdürmekle birlikte köle haline getirme yine de eski uygulamalara nisbetle bir iyileştirme sayılabilir. Romalılar döneminde kölelerin sayısı hürlerin üç misline ulaşmıştı. Hatta Paulus Aemilus'un 150.000, Marius'un 140.000 ve Sezar'ın 1.000.000 köleyi bir tek seferin sonunda sattırduğu kaydedilmektedir². Romalılar'la diğer toplumlar arasında uygulanan hukuk esaslarına (*ius gentium*) göre savaş esirlerinin öldürülmesi meşru olmakla birlikte satılması veya hizmetlerinden faydalanılması daha avantajlı görüldüğünden esirler kumandanların emriyle açık arttırmaya çıkarılıyor ve satın alanın kölesi oluyordu³.

Eski toplumlardan Yahudilik ve Hıristiyanlık gibi semavî dinleri kabul edenlerin bile esirlerle ilgili uygulamalarında vahşet ve insafsızlığı terketmedikleri, aksine bunu dinin bir emri gibi telakki ettikleri görülmektedir. Meselâ Talmut'ta yalnız muharip esirler değil kadın ve çocuklarla ele geçirilen hayvanların da öldürülmesine hükmedilmişti⁴. Ancak muharref mukaddes kitaplarda bu uygulamaları onaylayan ifadelerin ilâhî kaynaklı olamayacağı muhakkaktır.⁵

İslâm'dan önce Araplar da esirlere uyguladıkları muamele bakımından diğer milletlerden farklı değillerdi. Münzir b. İmruülkays ve diğer bazı Hîre hükümdarlarının yaptığı gibi esirler bazan toplu halde yakılıyor, çeşitli organları kesilmek suretiyle işkenceyle öldürülüyor, öldürülmeleri için düşmanlarına satılıyor veya sağ bırakılıp köle olarak kullanılıyordu. Bazan da fidye karşılığında veya mübadele yoluyla serbest bırakılıyordu. Esirin kabile ileri gelenlerinden birine sığınarak kurtulduğu, bir daha savaşmamak şartıyla serbest bırakıldığı da oluyordu. Bu son muamele daha çok kabile reislerine uygulanıyordu. Bazan da reisi fidye ile bırakırlardı.⁶ Hükümdarların kur-

¹ Abdüsselâm b. Hasan el-Edgîrî, *Hukmü'l-esrâ fi'l-İslâm*, Rabat 1405/1985, s. 36, 38; Abdüllatif Âmir, *Ahkâmü'l-esrâ ve's-sebâyâ fi'l-hurûb'l-İslâmiyye*, Kahire 1406/ 1986, s. 91.

² Ziya Umur, *Roma Hukuku*, İstanbul 1974, s. 358.

³ *A.g.e.*, s. 359.

⁴ Ali Ali Mansûr, *eş-Şeriatü'l-İslâmiyye ve'l-kânûnü'd-düveliyü'l-âmm*, Kahire 1390/1971, s. 331; Edgîrî, s. 44-57; Âmir, s.92.

⁵ Edgîrî, s. 49.

⁶ Cevâd Ali, *el-Mufasssal fi târihi'l-Arab kable'l-İslâm*, Beyrut 1968-1972, V, 466-467,572,631-633; Edgîrî,

tuluş fidyesi 1000, kabilenin önde gelenlerinin 100 deve olur; cengaverlerin fidyesi 200 deveden az olmazdı. Bazan da hakaret maksadıyla çok değersiz bir hayvan fidye olarak istenirdi. Esir, onu esir alanın mülkü idi; dilerse öldürür dilerse yaşattırdı. Başkasının bu konuda yetkisi yoktu.⁷

2. İslâm'da.:

Etimoloji ve tanım. Arapça'da "savaş tutsağı" karşılığında kullanılan *esîr* kelimesi, "ip vb. şeylerle sağlamca bağlamak" anlamındaki *esr (isâre)* kökünden türemiş bir sıfattır. Esir kelimesinin, kök anlamından hareketle "mahpus" mânasında kullanıldığı da görülmektedir. Nitekim bir hadiste bu anlamda geçtiği gibi⁸ bazı müfessirler İnsân sûresinin 8. âyetinde yer alan "esir" kelimesinin bu mânaya geldiğini söylemişlerdir.⁹

Esir kelimesi Kur'an'da bir yerde tekil (el-İnsân 76/8), üç yerde çoğul olarak (el-Bakara 2/85; el-Enfâl 8/67, 70), bir yerde de fiil kalıbıyla (el-Ahzâb 33/26) geçmektedir. Esirlerle ilgili hükmün açıklandığı bir âyette de, "*Bağî sıkıca bağlayın*" ifadesiyle esir alınması hususuna işaret edilmiştir (Muhammed 47/4).

Arap dilinde esir kelimesinin, savaşta ele geçen ve asıl muharip unsur olan yetişkin erkekler için kullanılmasına karşılık kökünde "gönlünü çelmek" anlamı bulunan *seby* yalnız kadın ve çocuk tutsakları ifade eder. Esir kelimesi bazan erkekleri ve kadınları kapsayacak şekilde kullanıldığı halde seby erkekler hakkında kullanılmaz.¹⁰ Birçok hadiste yer alan seby kelimesi¹¹ Kur'an'da geçmez. İslâm hukuk kaynaklarında da bu iki kelime anlam farkları muhafaza edilerek kullanılmıştır. Osmanlı kaynak ve belgelerinde esir kelimesi savaş tutsağı yanında daha çok köle anlamında kullanılmış olup "esirci, esir tüccarı, esir pazarı, esirciler şeyhi" gibi tabirler köle alım satımıyla ilgilidir.

İlk Dönemdeki Uygulamalar. İslâm toplumunda esirin konumu incelenirken Hz. Peygamber ile Hulefâ-yi Râşidîn dönemi uygulamaları ayrı bir önem taşır. Çünkü sonraki dönemlerde birçok konuda olduğu gibi esirlere uygulanacak muameleler ve tabii tutulacakları hukukî statüsünün belirlenmesinde bu dönem örnek alınmış, Kur'an-ı Kerim'in ilgili âyetleri de bu uygulamanın ışığı altında yorumlanmıştır. Bu sebeple esirlerin hukukî statülerine geçmeden önce ilk döneme ait uygulamalardan bazı örneklerin verilmesi faydalı olacaktır.

Hz. Peygamber devrinde alınan ilk esirler, hicretin 17. ayında (Receb 2/Ocak 624) Abdullah b. Cahş kumandasındaki seriyyenin Batn-ı Nahle'de karşılaştığı Kureyş kervanından ele geçirilen iki esirdir. Mekkeliler bu esirleri kurtarmak için Medine'ye

→

s.61-73.

⁷ Ahmed Muhtâr Bezre, *el-Esr ve's-sicn fî şî'ri'l-Arab*, Dimaşk 1405/1985, s.34-47 (Araplarda esirlere uygulanan muamele için ayrıca bk. s.37-62).

⁸ Ebû Dâvûd, "Akziye", 29; Abdülhay el-Kettânî, *et-Terâtîbu'l-İdâriyye*, çev. Ahmet Özel, İstanbul 1990-1993, II, 53-55.

⁹ Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, İstanbul 1335-1338, III, 471; Ebû Bekir İbnü'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, Beyrut 1392/1972, IV, 1898.

¹⁰ *Lisânü'l-'Arab*, "esr" ve "sby" md.leri.

¹¹ bk. Wensinck, *el-Mu'cem*, "sby" md.

fidye gönderdilerse de Hz. Peygamber, sefer sırasında kafileden ayrı düşen iki müslüman geri gelmedikçe onları bırakmayacağını bildirdi. Düşman eline geçmediği anlaşılan sahâbîler bir süre sonra dönünce Kureys'in esirleri kırkar ukıyye (4752 gr.) gümüş karşılığında serbest bırakıldı.¹²

Müslümanların çok sayıda esir elde ettiği ikinci sefer Bedir Gazvesi'dir. 2. yılın Ramazan ayında (Mart 624) gerçekleşen bu savaşta müslümanlar yetmiş esir almışlardı. Resul-i Ekrem esirlere uygulanacak muamele konusunda ashapla görüşmüş, Hz. Ömer ile Sa'd b. Muâz Bedir'in müşriklerle yapılan ilk savaş, esirlerin de küfrün önde gelen temsilcileri olduğu için öldürülmeleri suretiyle düşmanın tam bir hezimete uğratılmasının gerektiği yolunda görüş bildirmiş, Hz. Ebû Bekir ise esirlerin müslümanların yakın akrabaları olduğunu belirterek fidye karşılığında serbest bırakılmalarının daha uygun olacağını söylemişti. Hz. Peygamber de bu görüşe katılınca esirler malî durumlarına göre 1000-4000 dirhem (2970-11880 gr.) gümüş arasında değişen miktarda fidye alınarak serbest bırakılmışlardı.¹³ Ancak fidyeyi ödeyemeyen Rebfa b. Derrâc'dan çok az bir şey, Hz. Peygamber'in bir silâh tüccarı olan yeğeni Nevfel b. Hâris'ten de 1000 mızrak alınmıştı.¹⁴ Bu arada İslâm'ın azılı düşmanlarından olup müslümanlara çok eziyet eden Nadr b. Haris ile Ukbe b. Ebû Muayt'ın öldürülmesine hükmedilmiş¹⁵, malî imkânları yeterli olmayan yedi esir de karşılıksız serbest bırakılmıştı. Bunlardan Ebû Azze'den hiçbir düşmanla iş birliği yapmayacağına, Sayfî b. Ebû Rifâa'dan da fidyesini göndereceğine dair söz alınmış, ancak Sayfî fidyeyi göndermemişti.¹⁶ Malî durumu müsait olmayıp da okuma yazma bilenlere ise ensar çocuklarından on kişiye okuma yazma öğretilmesi şart koşulmuştu.¹⁷ Ebû Süfyân oğlu Amr'a karşılık umre için Mekke'de bulunan Sa'd b. Nu'mân'ı alıkoymuş, durum Hz. Peygamber'e bildirilince Sa'd karşılığında Amr serbest bırakılmıştı.¹⁸

Bedir Gazvesi'nden sonra alınan ikinci büyük esir topluluğu Benî Kaynukâ' yahudileridir. 2. yılın Şevval ayı ortalarında (Nisan 624) antlaşmayı bozan Benî Kaynukâ' yahudileriyle savaş yapılmış ve yahudiler kalelerinde on beş günlük kuşatmadan sonra teslim olmuşlardı. Ancak İslâm öncesinde Hazrec kabilesinin müttefiki olan bu yahudi topluluğu Abdullah b. Übey b. Selül'ün ısrarları üzerine Medine'yi terketmek üzere serbest bırakılmış, onlar da Şam taraflarına göç etmişlerdi.¹⁹

Uhud Gazvesi'nde (3/625) müslümanlar sadece bir esir elde etmişlerdir. Ebû Azze el-Cumahî adındaki bu kişi Bedir'de de esir alınmış, fakat beş kız çocuğunun kimsesiz kalacağını belirterek affını istemiş, müslümanların aleyhinde kimseye yar-

¹² Vâkıdî, *el-Megâzî*, nşr. M. Jones, London 1965-1966, I, 13-17; İbn Hişâm, *es-Sîre*, Kahire 1375/1955, I, 603-605

¹³ Müslim, "Cihâd", 58; İbn Hişâm, I, 641-644, 649-660; Ebû Ubeyd, *el-Emvâl*, nşr. M. Halil Herrâs, Kahire 1395/1975, s. 150-154.

¹⁴ Kettânî, II,269; M. Hamidullah, *Hz. Peygamber'in Savaşları*, İstanbul 1972, s. 67.

¹⁵ Vâkıdî, I, 106-107,114.

¹⁶ İbn Hişâm, I, 659-660; Vâkıdî, I, 110,138-139, 141-142.

¹⁷ Ebû Ubeyd, s.153; Süheylî, *er-Ravdü'l-ünüf*, Kahire 1387-1390/1967-1970, V,245; İbn Kayyim, *Zâdü'l-meâd*, Kahire 1369/1950, II,67, III,215; Kettânî, I,130.

¹⁸ İbn Hişâm, I,650-651.

¹⁹ İbn Hişâm, II,47-50; İbn Kesîr, *es-Sîre*, Kahire 1384-1385/1964-1966,III,5-7; Hamidullah, s. 154.;

dım etmemek şartıyla affedilmişti. Ebû Azze bu defa da savaşa zorla karıştırıldığını belirterek tekrar affedilmesini istemişse de Hz. Peygamber müslümanın "bir yılın deliğinden iki defa sokulmayacağını" ve, "Muhammed'le iki defa alay ettim" dedirtmeyeceğini belirterek isteğini reddetmiş ve öldürülmesine hüküm vermişti.²⁰ Savaştan sonra düşmanı takip eden keşif kolundan esir alınan iki müslüman da müşrikler tarafından şehid edilmişti.²¹

5. yılın Şevvalinde (Şubat - Mart 627) vuku bulan Benî Mustalik (Müveysî) Gazvesi'nde düşmandan 200 aile esir alınmış ve köle statüsüne sokulup ganimet olarak gaziler arasında paylaştırılmıştı. Hz. Peygamber'in, kabile reisi Haris b. Ebû Dırâr'ın kızı Cüveyriyye ile evlenmesi üzerine ashabın büyük bir kısmı kendi paylarına düşen esirleri karşılıksız serbest bırakmış, bir kısmı da ganimetten altı pay karşılığı bir fidye ile salıverilmişti.²²

Resul-i Ekrem döneminde ele geçirilen önemli bir esir grubu da Benî Kurayza yahudileridir. Hendek Gazvesi sırasında Mekke müşrikleri ve onların müttelikleriyle iş birliği yapan ve Hz. Peygamber'le daha önce imzaladıkları antlaşmayı bozan Kurayzaoğulları, müslümanların savaşa meşgul oluşundan faydalanarak Medine'de savunmasız kalan ailelere saldırmak istediler. Resûl-i Ekrem harbin ardından kalelerini kuşattı. Nihayet Hz. Peygamber'in kendileri hakkında vereceği hükme rızâ göstererek teslim olmak zorunda kaldılar. Kurayzalılar İslâm öncesinde Evs kabilesinin mütteliki olduklarından Hz. Peygamber Evsliler'den Sa'd b. Muâz'ı hakem tayin etti. Sa'd yetişkin erkeklerin öldürülmesine, kadınlarla çocukların ve malların ganimet olarak paylaştırılmasına hükmetti. Resûlullah bunun ilâhî hükme de uygun olduğunu (bk. el-Ahzâb 33/26) belirterek yerine getirilmesini emretti.²³ Bu hükmün, Kurayzalıların İslâm devletiyle yaptıkları antlaşmayı bozmaları ve düşmana yardım etmeleri sebebiyle verildiği kabul edilmiştir.²⁴ Bunun yanında Sa'd b. Muâz'ın bu hükmü, Tevrat'ın mağlûplar karşısında yahudilere tanımış olduğu hakları (bk. Tesniye, 20/13-14) müslümanlara tanımak suretiyle verdiğini söyleyenler de vardır.²⁵

Mekke'nin fethi sırasında (8/630) Hz. Peygamber kaçanların takip edilmemesini, hiçbir yaralı ve esirin öldürülmemesini emretmişti.²⁶ Fetihden sonra da kendisine ve diğer müslümanlara yaptıkları zulüm ve eziyetlere rağmen Mekkeliler'in hepsini affetmişti.²⁷ Ancak daha önce müslüman olup başka bir müslümanı öldürdükten sonra dinden dönen Abdullah b. Hatal ile Mekke'de Resûl-i Ekrem'e çok eziyet eden ve hicretleri sırasında Hz. Fâtıma ile Ümmü Külsûm'e saldırıda bulunan Huveyris b. Nukayz, Benî Mustalik Gazvesi sırasında müşrik sanılıp yanlışlıkla öldürülen kardeşinin diyetini almak için müslüman görünerek Medine'ye gelen ve diyeti aldıktan

²⁰ Vâkıdî, I, 110-111, 309.

²¹ Hamidullah, s. 92-93.

²² Vâkıdî, I, 404-412; İbn Hişâm, II,289-297; İbn Kesîr, III,297-303.

²³ Vâkıdî, II,496-518; İbn Hişâm, II,233-241; Hamidullah, s.112-113, 157-158.

²⁴ Ebû Ubeyd, s. 218, İbn Kudâme, VIII, 459.

²⁵ Hamidullah, s. 158.

²⁶ Ebû Ubeyd, s. 82, 14.

²⁷ İbn Hişâm, II,411-412; İbn Kesîr, III,570.

sonra kardeşinin katilini de öldürüp Mekke'ye kaçan Mikyas b. Subâbe'yi ismen belirterek öldürülmelerini istemişti. Bunlardan başka Abdullah b. Hatal'ın Hz. Peygamber'i hicvederek şarkı söyleyen iki cariyesinden biri de yakalanarak öldürülmüştü. Kaçan diğer câriye ile daha önce vahiy kâtipliği yaptığı halde dinden dönen Abdullah b. Sa'd b. Ebû Serh ve Mekke'de Hz. Peygamber'e eziyet eden Ümmü Sâre adlı câriye ise emân dilemeleri üzerine affedilmişlerdi.²⁸

Mekke'nin fethinden hemen sonra Huneyn Gazvesi'nde de çok sayıda esir alınmıştı. Ancak savaşın ardından Hevâzin kabilesinden bir elçi heyeti gelerek İslâmîyet'i benimsediklerini ifade etmiş ve esirlerin kendilerine bağışlanmasını istemişlerdi. Fakat esirler ganimet olarak gaziler arasında paylaştırılmış ve onların tasarrufu altına girmişti. Hz. Peygamber kendisiyle Abdülmuttaliboğulları'na ait esirleri serbest bıraktığını ilân etmiş, bunun üzerine diğer müslümanlar da kendi paylarına düşen esirleri salıvermişlerdi. Ancak bazı kişiler sahip oldukları esirleri bedelsiz bırakmayacaklarını söyleyince Resul-i Ekrem, elde edilecek ilk ganimetten her esire karşı altı pay vermeyi taahhüt ederek onları da ikna etti. Bu şekilde 6000 kadın ve çocuk karşılıksız serbest bırakılmış, ayrıca 24.000 deve, 40.000 koyun ve 4000 ukıyye (160.000 dirhem - 475.200 kg.) gümüş iade edilmişti.²⁹

Hicretin 9. (630) yılında meydana gelen Benî Anber Seriyyesi esnasında Benî Temîm'in bir kolu olan Benî Anber'den on bir erkek, yirmi bir kadın ve otuz çocuk esir alınmış, daha sonra Benî Temîm heyeti gelip müslüman olduğunu bildirince esirler kendilerine iade edilmişti.³⁰

Hulefâ-yi Râşidîn dönemi fetih hareketlerine bakıldığında bunların çoğunun barış yoluyla gerçekleştiği görülür. Bu dönemde antlaşma yapım müslümanlarla barış içinde yaşamak isteyen milletlerle savaş yapılmamış, antlaşma şartlarına bağlı kaldıkları sürece esir ve köle muamelesine tâbi tutulmayacakları hususu hükme bağlanmıştır.³¹ Buna karşılık barışa yanaşmayanlara karşı savaşılmış, esir alınan muharip erkeklerin bazan öldürüldüğü de olmuştur. Muharip erkeklerin öldürülmesine genel olarak antlaşma şartlarına uyulmaması veya müslüman halka aynı şekilde davranılması hallerinde başvurulduğu görülmektedir.³² Öte yandan başta Irak olmak üzere birçok yerde fetihten sonra hiç kimseye dokunulmayarak halk zimmî statüsüne geçirilmiş ve toprakları vergi karşılığında kendilerine bırakılmıştır. Hatta Hz. Ömer'in uygulamalarında görüldüğü gibi birçok defa gaziler arasında dağıtılan veya Medine'ye gönderilen esirler bile serbest bırakılmış ve toprakları kendilerine iade edilmiştir.³³

İslâm Hukukuna Göre Esir Alma ve Esirlere Yapılacak Muamele. İslâm hukukularının büyük çoğunluğu, Hz. Peygamber ve Hulefâ-yi Râşidîn'in talimat ve uygu-

²⁸ İbn Hişâm, II,409-411; İbn Kesîr, III, 563-567; İbn Seyyidinnâs, *Uyûnü'l-eser*, Beyrut 1402/1982, II,227-229.

²⁹ Vâkîdî, III, 950-954; İbn Hişâm, II, 488-490; Kettânî, I,289-290, II,311-312.

³⁰ İbn Hişâm, II, 621-622; İbn Kesîr, IV, 85; İbn Seyyidinnâs, II,261-262.

³¹ Ebû Yûsuf, *Kitâbü'l-Harâc*, Kahire 1396, s. 74, 152. Ebû Ubeyd, s. 131-133, 238; Belâzürî, *Fütûhu'l-büldân*, nşr. Rıdvân M. Rıdvân, Beyrut 1398/1978, s. 216.

³² Ebû Ubeyd, s. 239; Belâzürî, s. 222-223, 374.

³³ Ebû Ubeyd, s. 184, 239; Belâzürî, s. 217, 371.

lamaları doğrultusunda muharip erkekler dışında kalan sivillerin yani kadın, çocuk ve yaşlıların, sakatların, din adamlarının ve savaşla ilgisi bulunmayan diğer kimselerin bilfiil savaşmadıkça öldürülmeyeceklerine hükmetmişlerdir. Şafiî mezhebinde bir görüşe göre kadın ve çocuklar dışında kalanlar bilfiil savaşmasalar da öldürülebilirler.³⁴ Bu mezhebe göre bunların hepsi esir alınabilir.³⁵ Diğer mezheplere göre ise esir alınacak kimseler prensip olarak muharip erkeklerle ganimet çerçevesinde düşünülen kadın ve çocuklardır. Hanefî âlimleri, görüş ve tecrübeleriyle düşmana yardım edecek durumda olmayan veya çocuk yapamayacak çağa ulaşan yaşlı erkeklerle yaşlı kadınlar, ayrıca din adamları ve inzivaya çekilmiş kimselerin esir alınmasının bir fayda ve anlamı bulunmamakla birlikte karşılığında esir mübadelesi yapma düşüncesiyle bunların alıkonulabileceğini söylemişlerdir. Ancak bu kişiler hiçbir şekilde öldürülemez.³⁶ Mâlikîler'e göre erkek ve kadın din adamları görüşleriyle düşmana yardım etmemeleri halinde öldürülemeyeceği gibi esir de alınmaz. Herhangi bir şekilde öldürüldükleri takdirde kendi din mensuplarına diyetlerinin ödenmesi gerekir.³⁷ Hanbelî mezhebi âlimleri ise muharip erkeklerle kadın ve çocuklar dışında kalan kimselerin esir alınmasının caiz olmadığı görüşündedir, zira bunların öldürülmesi haram olup toplanıp ele geçirilmelerinde de bir fayda yoktur.³⁸

Klasik dönem İslâm hukukçuları tarafından, muharip erkekler dışında kalan düşman fertlerinden kimlerin esir alınacağı hususunda ileri sürülen bu görüşler kendi zamanlarındaki milletlerarası örf ve şartlardan etkilenmiş olup bu tesbitlerde mukabele bilmisil prensibi yanında düşmanın zayıf düşürülmesi, müslümanların güçlenmelerinin temini gibi düşünceler göz önünde bulundurulmuştur. Muharip erkeklerle birlikte kadın ve çocukların esir alınacağını hemen bütün mezheplerin kabul etmesi, düşman nazarında taşıdıkları değer sebebiyle bunların önemli bir caydırıcılık vesilesi oluşu ve o dönemlerin şartlarında maddî gelir kaynağı teşkil etmeleri sebebiyledir. Ancak bunlara uygulanan hüküm muharip erkeklerinkinden farklı olup esir kelimesiyle özellikle muharip erkekler kastedilmiştir.³⁹

Düşman askerinin esir alınmasından sonra onunla ilgili hüküm devlet başkalarına ait olduğundan bu asker kendisini esir alan kimse tarafından öldürülemez. Öldürmesi halinde ise günahkâr olmakla birlikte tazmin gerekmez.⁴⁰ Ancak bazı hukukçular ta'zir cezası verileceğini belirtmişlerdir.⁴¹ Esirin kaçmaya veya tekrar savaşmaya teşebbüs etmesi durumunda ise öldürülmesi caizdir. Esirin şahsî malları da esir alan

³⁴ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, Kahire ts., I,327-328; Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, Bulak 1313, VI,104; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik*, Kahire 1311, V,84; Ahmet Özel, *İslam Hukukunda Ülke Kavramı: Dârü'lislâm-Dârü'lharp*, İstanbul 1991, s.81,83.

³⁵ Şîrâzî, *el-Mühezzeb*, Kahire 1378/1958, II,234-237; Remlî, *Nihâyetü'l-muhtâc*, Kahire 1967, VIII,67.

³⁶ Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, Kahire 1328, VII,101-102; Âmir, s. 86.

³⁷ İbn Rüşd, I, 325; Harâşî, *Şerhu Muhtasari Halîl*, Bulak 1317, III, 112-113.

³⁸ İbn Kudâme, *el-Muğni*, Kahire ts., VIII,372,375; İbn Müflih, *el-Mübdî'*, Beyrut 1401/1981, III,326.

³⁹ Kâsânî, VII, 119.

⁴⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, Kahire 1330, X,49,65; Kâsânî, VII,120-121; Şîrâzî, II,237; İbn Kudâme, VIII,377-378, 390; İbn Müflih, III,324.

⁴¹ Şîrâzî, II, 237.

kimseye değil devlete aittir.⁴²

İslâm hukukçuları, esirlerin beslenme ihtiyacının esir alan devlet tarafından karşılanacağını belirtmişlerdir. Kur'ân-ı Kerim'de iyi kulların özellikleri sayılırken, "Onlar kendi canları çektiği halde yemeği yoksula, yetime ve esire yedirirler" (el-İnsân 76/8) denilmektedir. Müfessirler bu âyeti yorumlarken kâfir olmasına rağmen esire yemek yedirmede büyük sevap bulunduğunu belirtirler.⁴³ Hz. Peygamber, Bedir esirlerini Medine'ye götürmek üzere ashaba dağıttıktan sonra kendilerine iyi davranılmasını emretmişti. Ashaptan Mus'ab b. Umeyr'in o sırada esir alınan kardeşi Ebû Uzeyr'in anlattığına göre Resûlullah'ın bu talimatı sebebiyle sahâbilerin kendileri hurma ile yetinip ekmeklerini esirlere vermişlerdi.⁴⁴ Ayrıca bir defasında Benî Âkil'den alınan bir esirin, "Açım, beni doyurun; susuzum, bana su verin" demesi üzerine Hz. Peygamber, "Bu senin tabii ihtiyacıdır" karşılığını vermişti.⁴⁵ Esirlerin gıda ihtiyaçları gibi giyimlerinin de esir alan devlet tarafından karşılanması gerekir. Huneyn Gazvesi esirleri Ci'râne mevkiine getirildiğinde Resûl-i Ekrem Büsr b. Süfyân el-Huzâî'ye elbise sağlamasını emretmiş, Büsr de satın almak suretiyle temin ettiği elbiseleri esirlere giydirmişti.⁴⁶

Hz. Peygamber gerek ganimetin paylaşılması gerek esirlerin satışı sırasında annelerle çocuklarının birbirinden ayrı düşürülmesini yasaklamıştı.⁴⁷ Ebû Eyyûb el-Ensârî, Hz. Peygamber'in, "Kim bir anne ile çocuğunu ayırursa Allah da kıyamet gününde onunla sevdiğini ayırsın"⁴⁸ dediğini nakleder. Bu uygulamaya göre İslâm hukukçuları da anne ile çocuğunun birbirinden ayrı düşürülemeyeceği hususunda görüş birliğine varmışlardır. Baba ile çocuğun ayrılıp ayrılmayacağı konusunda ihtilâf bulunmakla birlikte çoğunluğa göre bu da aynı şekilde haramdır. Bu hususta dede baba, nine de anne hükmünde sayılmıştır. Hanefî ve Hanbelî fakihlerine göre iki erkek veya kız kardeşi birbirinden ayırmak da haramdır. Hatta bazı Hanbelî âlimleri, çocukla hala veya teyze gibi evlenmeleri haram olan yakın akrabasının da birbirinden ayrı düşürülemeyeceğini söylemişlerdir.⁴⁹

Resûl-i Ekrem çeşitli talimat, tavsiye ve uygulamalarıyla esirlere iyi davranılmasını istemiş, onlara eziyet ve işkence edilmesini yasaklamış⁵⁰, kendisinden bilgi almak için bile esire baskı yapılmasının uygun olmadığına işaret etmiştir.⁵¹ İslâm hukukçuları da aç ve susuz bırakma vb. bir şekilde esire eziyet yapılmasının doğru olmadığını, bunun bir fayda sağlamayacağını belirtirler.⁵² Ayrıca Hz. Peygamber insan

⁴² İbn Kudâme, VIII,390.

⁴³ Cessâs, III, 471; Ebû Bekir İbnü'l-Arabî, IV, 1898.

⁴⁴ İbn Hişâm, I, 645.

⁴⁵ Ebû Dâvûd, "Eymân", 21.

⁴⁶ Vâkıdî, III, 943.

⁴⁷ A.g.e., II, 524.

⁴⁸ Tirmizî, "Büyü", 52, "Siyer", 17.

⁴⁹ İbn Kudâme, VIII,422-424; İbn Müflih, III,330; Şirâzî, II,240; Nevevî, *el-Mecmû'*, Beyrut ts., XIX,327, 328-330.

⁵⁰ Vâkıdî, II, 514.

⁵¹ İbn Hişâm, I, 616-617.

⁵² Kâsânî, VII, 120.

haysiyetiyle bağdaşmayan, sadece kin ve öfkeyi arttırmaya yarayan, insanın sağken veya öldükten sonra bir uzvunu kesmeyi (müsle) yasaklamış, bazı azılı düşmanlarına müsle yapılmasını isteyenlere, "*Ben ona müsle yapmam, peygamber bile olsam Allah da beni aynı şekilde cezalandırır*" cevabını vermiştir.⁵³ Yine düşmanın öldürülmesiyle ilgili olarak şöyle demiştir: "*Öldürme konusunda insanların en çekingeni ve şefkatli davrananı inananlardır*".⁵⁴ Savaşta öldürülen bir patriğin başı Medine'ye Hz. Ebû Bekir'e gönderildiğinde bunu hoş karşılamamış, düşmanın da aynı şekilde davrandığı söylenince şu karşılığı vermiştir: "Farslar'la Bizanslılar'ı mı örnek alacağım?".⁵⁵

Dört Sünnî mezhebin hukukçularına göre düşman askeri esir alınmadan önce İslâmiyet'i kabul ederse hayatı yanında hürriyetini de garanti etmiş olur; artık öldürülmesi veya köleleştirilmesi caiz değildir. Esir alındıktan sonra Müslümanlığı kabul etmesi halinde ise öldürülmesi haram olmakla birlikte gazilerin ganimetteki payları sebebiyle hakkında kölelik hükmü sabit olur. Şafî mezhebinde bir görüşe göre devlet başkanının köleleştirme yanında karşılıksız veya fidye ile serbest bırakma tercihleri devam eder. Hanbelî hukukçuları, müslüman olan esirin karşılıksız veya fidye ile bırakılmasını gazilerin rızâsı şartına bağlarken bu mezhepten bazı âlimler, devlet başkanının gayri müslim esirlerle ilgili olarak gazilerin rızâsına gerek görülmeden sabit olan tercih hakkının İslâmiyet'i kabul eden esirler için öncelikle geçerli olması gerektiği yönünde görüş belirtmişlerdir.⁵⁶

Esir Kadınlara Tecavüz Yasağı. Esirlere kötü muamele yapılması yasaklandığı gibi esir alınan kadınların kişilik ve iffetleri de belirli bir hukukî düzenleme getirilerek güvence altına alınmıştır. Dört Sünnî mezhebe göre, kölelik yolu ile hukukî bir statüye kavuşturulmadan önce esir alınan bir kadınla cinsî münasebette bulunmak haramdır. İmam Mâlik ve Ebû Sevr'e göre böyle bir fiile zina için öngörülen ceza uygulanır. Diğer üç mezhebe göre ise esirlerin bir bakıma ganimet çerçevesinde mütalaa edilmesinden doğan mülk şüphesi sebebiyle, bu kimseden had cezası düşmekle birlikte ta'zîr cezası verilir. Ganimet paylaşımı yoluyla köle statüsüne geçen bir kadınla cinsî ilişki, ancak onun bir âdet görüp hamile olmadığını anlaşılması ve hamile ise çocuğunu doğurması ile mümkün olur. Meşru sayılmayan ilişki sonucunda esir kadının hamile kalması durumunda nesebin hukuken sabit olup olmayacağı hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür.⁵⁷

Esir kadınlarla bu şartlar çerçevesinde ilişkide bulunmanın meşru sayılması, onların ganimet yoluyla köle statüsüne geçirilmeleri sebebiyledir. Esirlerin köleleştirilmesi ise İslâm'ın ortaya koyduğu ve arzuladığı bir uygulama olmayıp o dönemde mevcut yaygın bir teamüldü. Esasen İslâmiyet'in getirdiği şartlar içinde gerçekleşecek bir ilişki bugünkü anlamda bir tecavüz değil hukukî bir mesnede dayanan, hukuken korunan ve belirli sonuçlar doğuran bir tür karı koca ilişkisi mahiyetindedir. İslâm'ın

⁵³ Vâkıdî, I, 107.

⁵⁴ Ebû Dâvûd, "Cihâd", 110.

⁵⁵ Beyhâkî, IX, 132.

⁵⁶ Serahsî, X, 64; Kâsânî, VII,121-122; Şîrâzî, II, 237; Nevevî, XIX,313; İbn Kudâme, VIII,374-375.

⁵⁷ Ebû Yusuf, s.224; Serahsî, X, 50-51; Kâsânî, VII,122-123; Şîrâzî, II, 241-242; Haraşî, III,118,128,142; İbn Kudâme, VIII,491-492; Nevevî, XIX,338.

arzuladığı bir hedef olarak bugün kölelik müessesesi ortadan kalktığı için savaş esirlerinin köle statüsüne geçirilmesi artık söz konusu değildir. Bu durumda İslâmî hükümlere göre esir kadınlarla cinsî ilişkide bulunmak da hiçbir şekilde meşru sayılmaz.

İslâm'da esir kadınlarla cinsî ilişkinin hukukî bir çerçeveye oturtulması ve o günkü milletlerarası şartlarda bile tek taraflı ve çok sıkı sınırlamalar getirilmesine karşılık Batı'da ancak savaş örf ve hukukuna dair 1907 Lahey IV. Sözleşmesi'ne ek nizâmnâmede aile şerefi ve haklarına saygı gösterileceği belirtilmiş (md. 46) ve savaşta sivillerin korunmasıyla ilgili 1949 tarihli Cenevre IV. Sözleşmesi'yle de (md. 27) kadınların tecavüz, fuhşa zorlama vb. davranışlara karşı himayesi milletlerarası bir belgede yer almıştır.⁵⁸ Fakat buna rağmen devletler hukukunda hâlâ kuvvetin en önemli rolü oynaması ve mevcut hukukî tedbirlerin gerçek bir müeyyideden mahrum bulunması, kadınların tecavüzden korunacağını belirten maddeyi çok defa kâğıt üzerinde bırakmaktadır. II. Dünya Savaşı sırasında sadece Almanya'da 1,9 milyon kadının Rus askerlerinin tecavüzüne uğradığı, Almanlar'ın da Doğu Avrupa ülkelerinde 3 milyon kadına tecavüz ettikleri ve bunlardan 1,5 milyon çocuğun dünyaya geldiği kaydedilmektedir. Nazilerin Batı Avrupa ülkelerindeki tecavüzleri sonucunda doğan çocukların sayısı ise ülkelere göre 40-100.000 arasında değişmektedir.⁵⁹ Yine II. Dünya Savaşı'nda Japonlar Kore'de, Amerika Birleşik Devletleri askerleri de Filipinler'de on binlerce kadına özel şekilde hazırlanmış mekânlarda tecavüz etmiş ve bunları sürekli olarak fuhşa zorlamışlardır.⁶⁰ 1992 yılı başlarında Bosna - Hersek'te başlayan savaş sırasında Sırp'ların bir savaş taktiği ve etnik arındırma vasıtası olarak on-on beş yaşlarındaki çocuklardan ihtiyar kadınlara varıncaya kadar tecavüz ettikleri müslüman Boşnak kadın sayısının 40.000'i aştığı bilinmektedir.⁶¹

Esirlere Uygulanacak Hükümler. Kur'ân-ı Kerim'de esirler altı âyette zikredilmekle birlikte bunların yalnız ikisinde kendileriyle ilgili hukukî düzenlemelerden söz edilmektedir. Hüküm getiren ilk âyet Bedir Gazvesi sonrasında nazil olmuştur: "*Yeryüzünde ağır basıncaya -düşmanı tamamen mağlûp edinceye- kadar hiçbir peygambere esirler alması yakışmaz. Siz geçici dünya malını arzuluyorsunuz, halbuki Allah -sizin için- âhireti istiyor. Allah güçlüdür, hikmet sahibidir. Allah tarafından önceden belirlenmiş bir hüküm olmasaydı aldığınız fidyeden dolayı size mutlaka bir azap dokunurdu. Artık elde ettiğiniz ganimetten helâl ve temiz olarak yeyin ve Allah'tan korkun. Şüphesiz ki Allah bağışlayan ve merhamet edendir"* (el-Enfal 8/ 67-69). Hz. Peygamber'in Bedir Gazvesi'nden sonra ashabıyla görüşüp esirlerin fidye karşılığında salıverilmesinin kararlaştırılması üzerine nazil olan bu âyet, müslümanların düşmanla yaptıkları ilk savaşta onları iyice mağlûp edip kendilerine üstünlük sağlamak yerine maddî menfaati ön planda tutarak esir almalarını hoş karşılamamakla birlikte ganimetin bu ümmet için helâl kılındığını da hükme bağlamıştır. İbn Abbas'ın belirttiğine göre bu savaşta esir almanın hoş karşılanmaması müslümanların o sırada

⁵⁸ *Documents on the Laws of War*, ed. Adam Roberts – Richard Guelff, Oxford 1989, s. 56, 282.

⁵⁹ "Rape as Weapon of War", *Austria Today*, 1/1993, Wien, s. 8-11.

⁶⁰ J. Vickers, *Women and War*, London 1993, s. 21-22.

⁶¹ Roy Gutman, *Bosna'da Soykırım Günlüğü*, çev. Şakir Altınbaş, İstanbul 1994, s. 120-132, 207-232.

zayıf durumda bulunmaları sebebiyledir. Müslümanlar daha sonra güçlenince esir alınması ve esirlerin bedelsiz veya fidye karşılığında bırakılmasını düzenleyen şu âyet nazil olmuştur: "*İnkâr edenlerle -savaşt- karşılaştığınız zaman boyunlarını vurun. Nihayet onları iyice yıldırıp sindirince bağı sıkıca bağlayın (esir alın). Savaş sona erince de artık ya karşılıksız veya fidye alarak onları salıverin*" (Muhammed 47/4).⁶²

Gerek bu âyetleri gerekse Hz. Peygamber'in uygulamalarını esas alan mezhep imamları esirlerin tâbi tutulacağı statü konusunda çeşitli görüşler ileri sürmüşlerdir. Hanefî mezhebine göre devlet başkanı İslâm toplumunun menfaatine uygun göreceği şu üç hükümden birini tercih etme hakkına sahiptir: Muharip erkekleri öldürmek, köleleştirip gaziler arasında paylaşmak, gayri müslim vatandaş (zimmî) statüsüne geçirek karşılıksız salıvermek. Sonuncu madde daha çok fethedilen bir ülkenin halkı için söz konusudur. Ebû Hanîfe ile Ebû Yûsuf esirin fidye alınarak serbest bırakılmasını caiz görmezken İmam Muhammed müslümanların ihtiyaçları bulunması halinde bunu meşru sayar. Esirin esirle mübadelesi de Ebû Hanîfe'den gelen kuvvetli rivayete göre caiz değil, ondan gelen diğer bir rivayete ve Ebû Yûsuf ile Muhammed'e göre ise caizdir. Ancak Ebû Yûsuf esirlerin ganimet olarak paylaşılmasından sonra mübadele yapılamayacağını söylerken İmam Muhammed bu durumda da mübadele- nin caiz olduğunu kabul eder.⁶³ Mâliki, Şafîî ve Hanbelî mezheplerine göre ise devlet başkanı esirleri öldürme, köle statüsüne geçirme, bedelsiz veya fidye karşılığında serbest bırakma ve müslüman esirlerle mübadele etme konusunda muhayyerdir. Bu hükümlerden öldürme yalnız muharip erkeklerle ilgili olup kadın ve çocuklara, ayrıca savaş sırasında öldürülmesi caiz görülme- yen diğer sivil insanlara uygulanmaz.⁶⁴

Hukukçular, devlet başkanının tercihini kullanırken içinde bulunulan şartları ve esirlerin özel durumlarını göz önüne alarak ülke için en uygun hükmü vermekle mükellef olduğunu belirtirler. Meselâ İslâm toplumu için zararlı olacağı düşünülenlerin öldürülmesi, zararı dokunmayacağı bilinenlerle zayıf ve güçsüzlerin, malî imkânı bulunmayanların karşılıksız bırakılması, hizmetinden faydalanılacağı umulanların köleleştirilmesi, ekonomik imkân sağlayacakların da fidye karşılığında salıverilmesi uygun bir çözüm olarak önerilir.⁶⁵

Bu seçeneklerle ilgili ayrıntılar şöyle özetlenebilir:

1. Öldürme. Dört mezhebe göre devlet başkanı gerekli gördüğü takdirde muharip erkek esirlerin öldürülmesi yönünde karar verebilir. Buna karşılık sahabeden İbn Ömer, tabiînden Ata b. Ebû Rebâh, Hasan-ı Basrî, Saîd b. Cübeyr, Mücâhid ve Muhammed b. Sîrîn gibi müctehid âlimlere ve Şii Ca'feriyye mezhebine göre esirin öldürülmesi caiz değildir.⁶⁶ Hatta Hasan b. Muhammed et-Temîmî bu konuda ashabın

⁶² Ebû Ubeyd, s. 170; İbnü'l-Arabî, II, 879; Kurtubî, *el-Câmi' li-ahkâmî'l-Kur'ân*, Kahire 1386-1387/1966-1967, VIII, 48.

⁶³ Ebû Yusuf, s. 211; Serahsî, X, 24-25,63,138-140; Kâsânî, VII,119; Zeylaî, III,249.

⁶⁴ Şîrâz II, 236; Nevevî, XIX, 304; İbn Kudâme, VIII, 372; İbn Müflih, III, 325-237; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, I,325-326; Haraşî, III, 121.

⁶⁵ İbn Rüşd el-Ced, *el-Mukaddimât*, Kahire 1325, I, 278; İbn Kudâme, VIII, 373.

⁶⁶ Ebû Yûsuf, s. 212; Ebû Ubeyd, s. 161, 176; İbn Kudâme, VIII, 373; M. Hasan en-Necefî, *Cevâhirü'l-keleâm*, Beyrut ts., XXI, 122-128.

icmâi bulunduğunu kaydeder.⁶⁷ Nitekim İbn Ömer'e öldürülmek üzere esir getirildiğinde bunu reddetmiş ve esirlerin karşılıksız veya fidye ile salıverilmesini ifade eden âyeti (Muhammed 47/4) okumuştur.⁶⁸ Bu grup içinde yer alan âlimlerin delilleri söz konusu âyetle Hz. Peygamber'in genellikle esirleri bedelsiz veya fidye karşılığında serbest bırakması şeklindeki uygulamalarıdır. Esirlerin gerektiği takdirde öldürülebileceğini ileri süren İslâm hukukçularının bir kısmına göre ise yukarıda zikredilen âyet, savaş halinde kâfirlerin boyunlarının vurulmasını, caydırıcı ve yıldırıcı uygulamaların yapılmasını ve haram ayların çıkmasından sonra müşriklerin bulunabildiği her yerde öldürülmesini emreden diğer bazı âyetlerle (el-Enfâl 8/12, 57; et-Tevbe 9/ 5, 29) neshedilmiştir. Ayrıca Bedir Gazvesi'nden sonra nazil olan âyet de (el-Enfal 8/67) esirlerin öldürülmeyip fidye karşılığında serbest bırakılmasının isabetli olmadığını bildirmiştir. Bu gruba bağlı birçok âlime göre Muhammed sûresinin 4. âyeti neshedilmemekle birlikte ondan maksat esirlere uygulanacak muameleyi iki şıkla sınırlamak ve öldürmeyi haram kılmak değildir. Enfâl sûresinin 67. âyeti yanında bu âyette düşmanı iyice sindirmedikçe esir almanın yasak kılınışı, daha sonra esirlerin karşılıksız veya fidye ile salıverilmesi emrinin vücûb değil ibâha ifade ettiğini ve dolayısıyla hukukî bir muhayyerliğin sözkonusu olduğunu gösterir. Esirin öldürülmesi konusunda esas teşkil eden delil ise Hz. Peygamber'in uygulamalarıdır. Nitekim Bedir ve Uhud savaşları ile Mekke'nin fethinden sonra bazı esirler, Benî Kurayza olayında ise esirlerin hemen hemen tamamı öldürülmüştür.

Esirin gerektiğinde öldürülebileceğini ileri süren âlimlerin Muhammed süresindeki âyeti neshettiğini söyledikleri âyetlerin hepsi mevcut bir savaş sırasında takip edilmesi gereken davranış şekliyle ilgili olup hiçbiri doğrudan esirlerle alâkalı değildir. Ayrıca âlimlerin çoğunluğuna göre bu âyet neshedilmemiştir.⁶⁹ Hanefî fakihlerinden Cessâs, İbn Abbas'ın daha önce kaydedilen görüşü doğrultusunda, düşman iyice sindirilmedikçe esir almanın yasaklanmasının müslümanların zayıf durumda oldukları şartlarla ilgili bulunduğunu, güçlü ve üstün oldukları takdirde düşmanın öldürülmeyip hayatta bırakılmasının caiz görüldüğünü ve dolayısıyla nesihten söz edilemeyeceğini düşünmenin de mümkün olduğunu belirtir.⁷⁰ Esirlerin öldürülebileceği konusunda Hz. Peygamber döneminden gösterilen delil de isabetli değildir. Zira bu örneklerin hepsinde esirler sadece savaştukları ve esir alındıkları için değil savaş öncesinde veya esaret halinde iken işledikleri suçlar ve özel durumları sebebiyle ölümle cezalandırılmışlardır. Ayrıca Bedir Gazvesi'nden sonra nazil olan âyette yer alan kınamanın asıl hedefi, düşman iyice sindirilmeden esir alınıp fidye karşılığında salıverilmesidir. Sonuç olarak İslâm'da esirlerle ilgili temel hükmün karşılıksız veya fidye ile serbest bırakmaktan ibaret olduğunu, fukahanın buna öldürme tercihini de eklerken içinde buldukları milletlerarası şartlardan etkilendiklerini, düşmanın müslümanlara karşı uyguladığı bu hükmü mukabele bilmisil esasına göre muhafaza etmek zorunda kaldıklarını söylemek mümkündür.

⁶⁷ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, I, 325.

⁶⁸ Ebû Ubeyd, s. 176-177.

⁶⁹ Ebû Bekir İbnü'l-Arabî, IV, 1701-1702; İbn Kesîr, *Tefsîrü'l-Kur'ân*, II, 173.

⁷⁰ Ahkâmü'l-Kur'ân, III, 391.

Esirlerin öldürülmesinin yasaklanması yönünde Batı'da yapılan düzenlemele-
rin bir asırdan az bir maziye sahip bulunduğu, daha önceleri ise keyfiliğin hâkim
olduğu göz önüne alındığında müslüman hukukçuların esirlerin öldürülebileceğini
meşru görmeleri ve böylece mukabele bilmisil yolunu açık tutmaları yadırganamaz.
Bugün devletler hukukunca da benimsenen esirlerin öldürülmeyeceği kuralı âyetin
hükmüne uygun olduğu gibi, esirlerin öldürülebileceğini ileri süren çoğunluğun görü-
şüne göre de devlet başkanının milletlerarası taahhüt ve antlaşmalarla bu tercihten
vazgeçmesi ve esirlerin öldürülmesini yasaklaması mümkündür.

2. Serbest Bırakma. Şafîî, Mâlikî ve Hanbelî mezheplerine göre devlet başkanı
uygun bulduğu takdirde esirleri hiçbir karşılık almadan veya fidye ile serbest bırakı-
bilir. Üç mezhebin bu konudaki delilleri, "*Savaş sona erince artık ya karşılıksız veya
fidye karşılığında salıverin*" (Muhammed 47/4) mealindeki âyetle Hz. Peygamber'in
uygulamalarıdır. Kur'an'ın genel anlamda af ve ihsanı teşvik etmesinin yanında bu
âyette önce karşılıksız bırakmanın anılması da dikkat çekicidir. Hanefîler'e göre ise
esirin dârülharbe dönmek üzere karşılıksız veya fidye ile serbest bırakılması caiz
değildir. Zira bu durumda esir tekrar müslümanlara karşı savaşabilir. Ancak İslâm
devletinin tebaası olarak zimmî statüsüne geçirilmek şartıyla karşılıksız serbest bira-
kılabilir. Muhammed sûresinin 4. âyeti müşriklerin buldukları yerde öldürülmele-
rini emreden âyetle (et-Tevbe 9/ 5), Hz. Peygamber'in Bedir'de esirleri fidye ile salı-
verme hükmü ise hemen sonra inen âyetle (el-Enfâl 8/67) neshedilmiştir. Ancak İ-
mam Muhammed müslümanların ihtiyacının bulunması, söz konusu esirin görüşün-
den faydalanılmayacak biri yahut nesil bırakamayacak kadar yaşlı olması halinde
fidye ile salıverilebileceğini belirtir.

Esirlerin şartlı olarak salıverilmesi de mümkündür. Hz. Peygamber, Bedir Gaz-
vesi'nde esir alınan şair Ebû Azze el-Cumahî'yi müslümanlara karşı savaşmamak
şartıyla serbest bırakmış, Yemâme'liler'in reisi Sümâme b. Üsâl de Mekke müşrikleri-
ne yiyecek göndermemesi şartıyla salıverilmişti.⁷¹

3. Mübadele. Şafîî, Mâlikî ve Hanbelî mezhepleriyle Ebû Yûsuf ve İmam Mu-
hammed'e göre düşman esirleri müslüman esirlerle mübadele yoluyla serbest bırakı-
labilir. Ebû Hanîfe ise bunu caiz görmez. Müşriklerin öldürülmesini emreden âyetleri
delil olarak ileri süren Ebû Hanîfe'ye göre bundan vazgeçmek, ancak esirin İslâm'ı
tanıyıp benimsemesine vesile olabilecek bir yolla mümkündür. Bu da zimmî statüsü-
ne geçirmek veya köleleştirmekle gerçekleşebilir. Ayrıca mübadele yoluyla düşmana
yardım edilmiş olur. Diğer hukukçular ise esirin bir karşılıkla salıverilebileceğine dair
âyetle Hz. Peygamber'in çeşitli uygulamalarını delil kabul etmektedirler. Bu yolla
düşman elindeki müslüman kurtarılarak eziyet görmesi, inancı konusunda baskıya
ve zulme mâruz kalması da önlenmiş olur.

4. Köleleştirme. Kur'ân-ı Kerim'de insanların köleleştirilmesine dair tek bir âyet
bulunmamasına karşılık kölelerin azat edilmesi çeşitli vesilelerle teşvik edilmiş, dev-
let gelirlerinden bir kısmının köle azadına ayrılması hükme bağlanmış, yemine ri-
yetsizlik ve öldürme gibi bazı suçlardan dolayı da köle azadı mecburi tutulmuştur.
Müslüman hukukçuların köleleştirmeyi esirlerle ilgili bir düzenleme olarak kabul

⁷¹ Serahsî, X, 24-25.

etmeleri bunun o devirlerde milletlerarası bir teamül olması sebebiyledir. Bununla birlikte İslâm, konuyla ilgilenen birçok Batılı araştırmacının itiraf ettiği gibi kölelere yapılan muameleyi son derece insanî bir hale getirmiş, müslümanlar kölelerini Batı dünyasındaki gibi ağır muamelelere tâbi tutmamış, onları kendi ailelerinin bir ferdi gibi görmüşlerdir.⁷² İslâmiyet gerektiğinde mukabele bilmisil kuralından hareketle esirleri köle statüsüne geçirdiği halde onlara kötü muamele yapılmasını yasaklamıştır. Nitekim müslüman rehinelerin öldürülmesi halinde mukabele yoluyla gayri müslim rehineler öldürülemez.⁷³ Esasen Hz. Peygamber o dönemin örfüne göre bu statüyü son derece sınırlı olarak yalnız kadın ve çocuklara uygularken hiçbir yetişkin erkeği köleleştirmemiştir. Daha sonra fetihlerin artması sonucunda erkeklerin de köleleştirilmesi yoluna gidilmiştir.⁷⁴ İslâm hukukçuları da kendi zamanlarındaki milletlerarası örfе uygun olarak bu uygulamayı meşru kabul etmişlerdir.

Sonuç olarak esirlerle ilgili İslâmî hükmün karşılıksız olarak veya fidye ile serbest bırakılmaktan ibaret olduğunu, esir mübadelesinin de bu şık içinde mütalaa edileceğini söylemek mümkündür. Esirlerin öldürülmesi veya köle statüsüne geçirilmeleri konusunda İslâm hukukçularının devlet başkanına tanıdığı tercih hakkı ise o günkü milletlerarası örf ve şartların etkisiyle varılmış bir hükümdür. Ayrıca Hanefî mezhebinde hâkim olan esirlerin serbest bırakılmayacağı şeklindeki görüş de bu çerçevede mütalaa edilmelidir.

Kaçmaya veya silâh kullanmaya teşebbüs eden esirin öldürülmesi meşru görülmele birlikte yakalanmadan kendi ordusuna veya ülkesine ulaşması halinde esareti son bulur ve müslümanlara ikinci defa esir düşmesi durumunda bu kaçıncıdan dolayı cezalandırılmaz. Hz. Peygamber döneminde vuku bulduğu tesbit edilen iki kaçış olayının hiçbirinde esire ceza uygulanmamıştır.⁷⁵ Esir kaçmadan önce veya kaçtığı sırada herhangi bir suç işlemişse bu suçundan dolayı cezalandırılır. Bugünkü devletler hukukundaki uygulamalar da aynı mahiyettedir.

Âsi Esirleri. İslâm devletinde meşru yönetime karşı siyasî maksatla silâhlı isyan (bağy) hareketine katılanlarla yapılan savaşın hükümleri gayri müslimlerle yapılan savaştan farklı olduğu gibi esirlerine uygulanacak hükümlerde de farklılık vardır. Hanefî mezhebine göre âsilerden esir alınanlar, bırakıldıkları takdirde katılabilecekleri askerî bir güçleri mevcutsa devlet başkanının tercihine bağlı olarak öldürülmelerine veya hapsedilmelerine hükmedilebilir. Mevcut askerî güçleri olmamakla birlikte öldürülmeyip affedildiklerinde tekrar güç oluşturmalarından endişe edilirse hapsedilirler. Bunların kadın ve çocukları hiçbir şekilde esir alınamaz.⁷⁶ Şâfiîler'e ve Hanbelîler'e göre ise âsi esirler öldürülemez, öldürülmeleri halinde diyetleri ödenir. İtaat ettikleri takdirde serbest bırakılırlar. İtaat etmezlerse savaş sonuna kadar hapsedilir, sonra

⁷² Murray Gordon, *L'Esclavage dans le monde arabe VII-XXe siècle*, İng.'den çev. Colette Vlerick, Paris 198 s. 20-21, 24-25; Ehud R. Toledano, *Osmanlı Köle Ticareti 1840-1890*, çev. Y. Hakan Erdem, İstanbul 1994, s. 3-6.

⁷³ İbn Abidin, *Reddül-muhtâr*, Kahire 1386/1966, IV, 265.

⁷⁴ Ebû Ubeyd, s. 177-178; İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, I, 326.

⁷⁵ Vâkıdî, I, 105, 107, 117; Beyhakî, IX, 89; Serahsî, X, 93.

⁷⁶ Ebû Yusuf, s. 232; Serahsî, X, 126; Kâsânî, VII, 141.

tekrar savaşmamak şartıyla salıverilirler. Kadın ve çocukları da savaş sona erince serbest bırakılır. Hanbelî mezhebindeki bir görüşe göre kadın ve çocuklar hapsedilmez.⁷⁷ Bu mezheplerin âsi esirlerle ilgili hükümleri Hz. Peygamber'in kaçan âsilerin takip edilmeyeceği, yaralı ve esirlerinin öldürülmeyeceği, mallarının ganimet olarak alınmayacağına dair sözleriyle⁷⁸ Hz. Ali'nin Cemel Vak'ası'nda verdiği aynı hususları ihtiva eden talimatına dayanmaktadır.

Mâliki mezhebinde âsi esirlere kendi görüşlerinin propagandasını yapmayan bid'at ehlinin hükümleri uygulanır; kendilerine tövbe teklif edilir, kabul ederlerse serbest bırakılırlar, aksi halde öldürülürler. Bir görüşe göre ise âsi tövbe etmese bile öldürülmez, te'dib edilir. Kadınlar hiçbir şekilde öldürülemez. Bazı Mâlikî âlimleri erkek esirin de öldürülemeyeceğini söylerken bazıları isyanın meşru bir sebebe dayanmaması halinde öldürülebileceklerini belirtir.⁷⁹ Bu görüşlerden anlaşıldığına göre âsi esirlerin statüsü esaretten çok savaşmalarını önlemek için bir tür göz altında bulundurmaktan ibaret olup savaşın bitmesiyle esaret de sona erer. Müslüman devletlerin birbirleriyle yaptıkları savaşlarda ele geçirilen esirlere de bu hükümler uygulanır.

Müslüman Esirler. Düşman karşısında çaresiz kalan bir askerin sonuna kadar savaşması mı yoksa teslim olması mı gerektiği hususu, bugünkü devletler hukukunda ele alınmamasına karşılık müslüman hukukçular tarafından tartışılmıştır. Bu konudaki ortak görüş esareti kabul etmenin kural olarak caiz olmadığı yönündedir. Müslüman asker sonuna kadar savaşıp azîmeti tercih etmekle hem sevap kazanmış hem de düşmanın tahakküm, eziyet ve manevî baskısından kurtulmuş olur. Hayatın imkânlar nisbetinde korunması vacip olduğundan kaçma vb. vesilelerle kurtulma yolları aranmalıdır, çaresiz kalındığı takdirde teslim olmak caiz görülmüştür. Nitekim Hz. Peygamber, sayıca kendilerinden çok üstün bulunan düşmanla karşılaşan bir sahâbî grubundan teslim olmayıp savaşan ve şehid olanların yanında teslim olmayı kabul eden Hubeyb b. Adî el-Ensârî ve Zeyd b. Desine'nin bu davranışlarını da yadırgamamıştır.⁸⁰ Bazı fakihler, esareti kabul etmenin meşru sayılması için teslim olunmadığı takdirde hemen öldürüleceğine kanaat getirilmesi, kadının da teslim olduğu takdirde namusuna dokunulmayacağından emin bulunması gibi şartlar ileri sürmüşlerdir.⁸¹

Düşman elindeki müslüman esir serbest bırakılır ve kendine eman tanınırsa düşmanın canına ve malına zarar vermesi haramdır; İslâm hukukçuları bu konuda görüş birliği içindedirler. Bu durumda mümkünse dârüliislâma döner; buna engel olunursa eman geçersiz sayılacağından düşmanla savaşabilir.⁸²

İmkân olduğu takdirde düşman elindeki müslüman bir esiri fidye ile kurtar-

⁷⁷ Şîrâzî, II,219-220; Nevevî, XIX,204; Remlî, VII,407; İbn Kudâme, VIII,115.

⁷⁸ Hâkim, *el-Müstedrek*, Haydarabad 1334-1342, II, 155; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, Haydarabad 1344, VIII, 182.

⁷⁹ İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid*, II, 419; Âmir, s.121.

⁸⁰ Buhârî, "Cihâd", 170; Ebû Dâvûd, "Cihâd", 105.

⁸¹ İbn Kudâme, VIII, 483, 485; Haraşî, III, 121; *el-Mevsûatü'l-fıkhiyye*, IV, 214.

⁸² Şîrâzî, II, 244; Nevevî, XIX, 437-448; İbn Kudâme, VIII,482-483; Haraşî, III,116.

mak vaciptir. Hz. Peygamber, "*Esiri kurtarın, açığı doyurun ve hastayı ziyaret edin*" buyurmuş⁸³, Hz. Ömer de, "Kâfirlerin elindeki bir müslümanı kurtarmayı Arap yarımadasına sahip olmaya tercih ederim" demiştir.⁸⁴ Ödenecek fidye beytül mâlden karşılanır, yetmemesi halinde müslümanların mallarından alınabilir. Fidyeye ile kurtarma hususunda zimmî esirler de müslüman esirler gibidir. Ancak inanç konusunda baskıya mâruz kalmaları söz konusu olduğundan müslüman esirlere öncelik tanınır.⁸⁵

Düşman elindeki müslüman esirin hukukî ve malî tasarruflarına gelince, esirin hayatta olduğu biliniyorsa mirasçı olur ve payı kendisi için saklanır. Hayatta olup olmadığı bilinmiyorsa mefkûda (gâib) uygulanan hükümler geçerli olur. Bu durumda kazanılmış haklar bakımından sağ kabul edilir, malî mirasçılara dağıtılmaz ve hanımı başkası ile evlenemez; fakat kazanılacak haklar bakımından ölü telakki edildiğinden kimseye mirasçı olamaz. Ancak geri dönme ihtimalinden dolayı kendisine düşen pay dönüşüne veya ölümüne hükmedilmesine kadar bekletilir.⁸⁶

Şafîî, Hanbelî ve Mâlikîler'den oluşan ulemânın çoğunluğuna göre esaret sırasında had ve kısas gerektiren bir suç işlendiğinde esir gerekli cezaya çarptırılır. Bu konuda ülke ayrılığının bir etkisi yoktur. Hanefîler'e göre ise dârülharpte işlenen suçlar cezayı gerektirmediğinden müslüman esirin suç teşkil eden bir fiili işlemesi haram olmakla birlikte İslâm ülkesine döndüğünde kendisine cezaî hükümler uygulanmaz.

3. Günümüz Devletler Hukukunda:

İslâm'da milletlerarası ilişkiler çerçevesinde gerek meşru savaş, bunun mahiyet ve sınırları, gerekse savaş esirlerinin durumu ana hatlarıyla Kur'ân-ı Kerim'de ele alınmış, yine İslâm devletler hukuku Kur'ân, Sünnet, Hulefâ-yi Râşidîn'in uygulamaları ve müctehid imamların icthadlarıyla daha başlangıçta teşekkül etmişken Batı'da bu anlamda devletler hukuku on asırlık bir gecikmeyle ortaya çıkabilmiştir. Bunun gibi esirlerin durumu da Batı dünyasında ancak XIX. yüzyılın sonlarından itibaren milletlerarası bazı düzenlemelere konu olabilmıştır.

1856 Paris Deklarasyonu'nda ve daha sonraki çeşitli sözleşmelerde savaş kurallarıyla ilgili düzenlemelere gidilirken savaş esirlerine uygulanacak muamele, 1874 Brüksel Deklarasyonu'nda on iki madde halinde ele alınmış, ancak bu deklarasyon onaylanmamış ve yürürlüğe konmamıştır. 1899 Lahey Konferansı'nda II. sözleşme ve 1907 Lahey Konferansı'nda IV. sözleşmede esirlere uygulanacak muamele on yedi madde halinde düzenlenerek ilk önemli adım atılmış oldu.⁸⁷ I. Dünya Savaşı sırasında bu düzenlemenin yetersiz kalması üzerine 1929 Cenevre Sözleşmesi ile tamamlayıcı bazı tedbirler alınmış, II. Dünya Savaşı'nda bu sözleşmenin birçok alanda gözden geçirilmesi zaruretinin ortaya çıkması üzerine de 12 Ağustos 1949 Cenevre Sözleşmesi ile bu konudaki en kapsamlı düzenleme gerçekleştirilmiştir. 1949 Cenevre sözleş-

⁸³ Buhârî, "Cihâd", 171.

⁸⁴ Ebû Yûsuf, s. 212.

⁸⁵ Ebû Yusuf, s. 212; Ebû Ubeyd, s. 168-169; Kâsânî, VII,120; İbn Kudâme, VIII,445; Haraşî, III, 152-154.

⁸⁶ *el-Mevsûatü'l-fikhiyye*, IV, 219-221.

⁸⁷ *Documents on the Laws of War*, s. 48-52.

melerinin üçüncüsü savaş esirleriyle ilgili olup 143 maddeden meydana gelmektedir.⁸⁸ Daha sonra askerî çatışma ve savaşların mahiyetinde görülen gelişmeler üzerine 1974 yılında Cenevre'de düzenlenen ve 1977'ye kadar dört oturum yapan diplomatik konferans sonunda iki ek protokol imzalanmıştır. Birinci protokoldeki 43-47. maddeler esirlerin durumuyla ilgilidir.⁸⁹

Milletlerarası ilişkilerde hukuk yerine gerçekte hâlâ kuvvet dengelerinin hâkim olması, büyük ümitler bağlanan 1949 Cenevre Sözleşmesi'nin de gerçek anlamda uygulanmasını engellemiş, daha sonra vuku bulan birçok savaşta insan hakları yine çiğnenmiştir. Özellikle zayıf devletlerin askerlerine yönelik en ciddi ihlaller gizli tutulmuş, gözden kaçırılmayanlar ise birtakım sonuçsuz kınamalarla geçiştirilmiştir. İsrail ile çeşitli Arap ülkeleri arasında 1956, 1967, 1973 yıllarında meydana gelen savaşlarda, 1965 ve 1971 Hindistan - Pakistan savaşlarında, Eritre'de, Filipinler'de ve nihayet Bosna - Hersek'te müslüman esirlere uygulanan insanlık dışı muamelelerle Cenevre Sözleşmesi ihlâl edildiği halde Birleşmiş Milletler Teşkilâtı kayda değer birşey yapamamıştır. Son olarak Amerika Birleşik Devletleri Afganistan'a yaptığı saldırı sırasında Mezâr-ı Şerif'te binlerce esiri konteynerlerde aç, susuz ve havasız bırakarak, birçoğunu kurşuna dizerek öldürmüş, Küba'daki Guantanamo askerî üssüne götürdüklerine de dünyanın gözü önünde insanlık dışı muamelelerde bulunmuştur. Şimdilerde Irak'a Birleşmiş Milletler kararlarına aykırı olarak yaptığı saldırı sırasında kendi askerleri beyaz bayrak kaldıran Irak askerlerini öldürdüğünde sesini çıkarmamış, Irak yetkilileri Amerikan esirlerinin görüntülerini televizyonda gösterince, bunun Cenevre Sözleşmesi'ni ihlali olduğunu ileri sürmüştür!

Buna karşılık İslâm devletler hukukunda iç hukuk gibi maddî müeyyide yanında manevî müeyyidenin de bulunması, diğer bir ifadeyle ister yönetici ister asker olsun her müslümanın âhirette hesaba çekileceği inancını taşıması yanında, Kur'ân-ı Kerîm'in düşmana duyulan kin ve nefretin onlara karşı haksız davranışlara sevketmemesi yolundaki ısrarlı talimatları (el-Mâide 5/2, 8), müslümanların tarih boyunca esirlere mümkün olan en insanî muameleyi yapmalarının temel dayanağını oluşturmuştur. Bununla birlikte İslâm tarihinde zaman zaman görülen hukuk ihlallerinin özel sebepleri olabileceği gibi mensuplarının hiçbir şekilde mazur ve meşru gösterilemeyecek bu davranışlarının İslâm'a maledilemeyeceği de açıktır.

Esirler için son derece insanî hükümler getirmekle birlikte tarafsız bir şekilde uygulanabilmesi Birleşmiş Milletler'in ve diğer milletlerarası kuruluşların daha ciddi ve etkili tedbirler almasına bağlı olan 1949 Cenevre Sözleşmesi esas itibarıyla şu hususları hükme bağlamıştır:

Esirler kendilerini yakalayan şahıs veya askerî birliğe değil onların mensup olduğu devlete aittir ve kendilerine yapılacak muameleden bu devlet sorumlu tutulur (md. 12). Esirin ölümüne sebep olacak veya sağlığını ciddi şekilde tehlikeye sokacak davranışlar yasaktır (md. 13). Kadınlara özellikle saygı gösterilecek ve erkeklere sağlanan iyi muameleden onlar da faydalanacaktır (md. 14). Hangi türden olursa olsun kendilerinden bilgi almak için esirler bedenî veya manevî baskı ve işkenceye tâbi

⁸⁸ A.g.e., s.215-270.

⁸⁹ A.g.e., s. 387-446.

tutulamaz (md. 17). Savaş esirleri, tâbi oldukları devletin yasalarının müsaade ettiği ölçüde bir şeref sözü veya taahhüt karşılığında kısmen veya tamamen serbest bırakılabilir (md. 21). Esirler uygun mekânlarda muhafaza edilir, yiyecek ve giyecek ihtiyaçları karşılanır (md. 22, 23, 26, 27). Her kampta gerekli donanımına sahip bir revir bulundurulur ve esirlerin tedavisi için gerekli olan masraf esir alan devlet tarafından karşılanır (md. 30). Savaş esirlerine yardımcı olmak üzere esir alan devlet tarafından alıkonulan tıp personeli ve din adamları esir sayılamaz; bunların yürüteceği hizmetlerle ilgili olarak kendilerine her türlü kolaylık sağlanır (md. 33). Esirler dinî âyin ve ibadetlerini serbestçe yapabilirler (md. 34). Esir, esir alan devletin yürürlükteki kanun, talimat ve yönetmeliklerine tâbidir; bu devletin kendi silâhlı kuvvetlerine mensup biri tarafından işlendiğinde suç sayılmayan bir fiilden dolayı cezalandırılmaz (md. 82). Esir prensip olarak yalnız askerî mahkemelerde yargılanabilir; bağımsızlık ve tarafsızlık garantilerini taşımayan, sanığa savunma hak ve vasıtalarını sağlamayan bir mahkeme tarafından yargılanamaz (md. 84). Savaş esiri, bağlı olduğu devlet veya müttefik bir devletin silâhlı kuvvetlerine katılması, esir alan devlet veya müttefikinin kontrolü altındaki topraktan çıkması, bağlı olduğu devlet veya müttefiki bir devletin bayrağını taşıyan bir gemiye ulaşması halinde kanunî olarak kaçmayı başarmış sayılır ve tekrar ele geçirilmesi halinde bundan dolayı cezalandırılmaz (md. 91). Savaş halinin son bulmasından sonra esirler geciktirilmeden salıverilip hazırlanacak bir plan çerçevesinde ülkelerine iade edilir; daha önce kendilerinden alınarak muhafaza edilen para ve değerli eşyaları geri verilir (md. 118-119). Savaşın çıkması üzerine her iki taraf da eline geçen esirlerle ilgili olarak resmî bir enformasyon bürosu kurar ve onlara dair her türlü bilgiyi buraya ulaştırır; bu büro da söz konusu bilgileri hami devletlere veya Merkezî Savaş Esirleri Enformasyon Ajansı vasıtasıyla ilgili devletlere bildirir (md. 122). Esir alan devlet kendi güvenliği için veya mâkul başka bir sebeple alacağı tedbirlere uyma şartıyla dinî teşkilât, yardım dernekleri vb. kuruluşların esirleri ziyaret etmeleri ve yardım malzemelerini dağıtmaları için gerekli kolaylıkları sağlar; milletlerarası Kızılhaç Komitesi'nin bu konudaki özel durumuna her zaman saygı gösterilir (md. 125). Bu sözleşmeyi imzalayan devletler, 130. maddede sayılan kasten öldürme, gayri insanî muamele ve eziyet, vücut ve sağlığa yönelik şiddetli elem ve ciddi zarar doğuracak kasıtlı fiiller, savaş esirini düşman devletin güçleri içinde hizmet vermeye zorlama veya bu sözleşmede belirtilen meşru ve âdil yargılama haklarından kasten mahrum bırakma gibi ciddi ihlâllerden herhangi birini işleyen veya bunu emreden kimselere uygulanacak etkili cezaî müeyyideler için zaruri her türlü kanunî düzenlemeyi yapmayı taahhüt eder ve bu ihlâllerde bulunanları kendi mahkemelerine sevk etmek zorunluluğunu duyar (md. 129).

Cenevre Sözleşmesi'nde yer alan hükümler incelendiğinde esirlerle ilgili bütün temel insanî hakların esasen İslâm devletler hukukunda garanti altına alındığı, müslüman hukukçular tarafından ele alınmayan, birçoğunu bugünkü şart ve imkânların ortaya çıkardığı bazı ayrıntıları ise milletlerarası taahhüt ve antlaşmalar çerçevesinde kabul etmenin İslâm esaslarına uygun düştüğü görülür.

FREEDOM OF RELIGION AND CONSCIENCE FROM THE PERSPECTIVE OF ISLAMIC LAW

Prof.Dr.Saffet KÖSE*

حرية الدين والضمير فى الفقه الإسلامى

المشاكل المتعلقة بحرية الدين والضمير قديمة قدم تاريخ الإنسانية، وما زالت فى يومنا الحاضر تسبب مشاكل متنوعة فى الدول المختلفة وقد قام اليوم البيان العالمى لحقوق الإنسان للأمم المتحدة (مادة 18) ومعاهدة اوربا لحقوق الإنسان (مادة 9) بتعديلات هامة ، ولكن مع ذلك يوجد خلل فى التطبيق .

القيم التى جاء بها القرآن الكريم فى مجال حرية الدين و معاملة الرسول صلى الله عليه وسلم لغير المسلمين بشكل متسامح والتجربة الحاصلة المبينة على هذين المصدرين فى المجتمعات الإسلامية تساعد على حل الإختلافات الموجودة فى هذا المجال. وهذا المقال يقدم تقييما فى هذا الإطار .

İslam Hukuku Açısından Din ve Vicdan Hürriyeti

Din ve vicdan hürriyeti ile ilgili problemler insanlık tarihi kadar eskidir. Günümüzde de çeşitli ülkelere göre farklı ölçülerde problem olmaya devam etmektedir. Bu gün BM İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi (md.18) ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (md. 9) önemli düzenlemeler getirmektedir. Ancak yine de uygulamada aksaklıklar mevcuttur.

Kur'an-ı Kerim'in inanç özgürlüğü alanında getirmiş olduğu değerler dizisi, buna bağlı olarak Hz. Peygamberin diğer inanç sahiplerine gösterdiği hürriyetçi tavır ve bu iki kaynağa bağlı olarak İslam toplumlarında oluşmuş zengin tarihi tecrübe bu alandaki tartışmalara katkı sağlayacak niteliktedir. Bu makale bu çerçevede bir değerlendirmede bulunmaktadır.

* Former vice-dean of the Faculty of Theology at Baku State University, Ph.D. in Islamic Law and Principles of Islamic Jurisprudence from Marmara University (Istanbul), Professor at Selcuk University, Faculty of Theology (Konya, Turkey). I thank my friend Recep Şentürk from ISAM, Istanbul, for his comments and contribution. saffetkose@selcuk.edu.tr

Religion is a natural and thus indispensable feeling in human beings which has made it a part of the actual social reality across history in all societies. Humans carry a feeling of connectedness with and need to the All-Mighty who is above them due to the reasons that vary from person to person. Scholars of history demonstrated in their works that at no time in the history of mankind there was a society without a religion¹.

Before the arrival of modernity, throughout the history of mankind, people conceived everything from the interpretive framework of their religion which was shared by the majority of the member of the society. Yet the divisions and contradictions inside of this religion, for instance the disagreements between its various schools, has occasionally posed problems for the societies. Today we can see that important measures are being taken to overcome these type of problems that was caused by intolerance towards people who carry different ideas and believes.

We can see that a major problem of freedom of conscience and religion in history of the Western culture appeared in connection with Christianity. The dominant Roman religion at the time showed intolerance against the newly emerging Christianity because of its dogmatic monopoly. Three centuries after its initial rise, Christianity gained acceptance and appreciation by Rome. From its side, Christianity, nevertheless, favored neither schismatic and heretic groups originated from within itself, nor did it sympathize with other religions. According to the Gospel of Mathew, Jesus was full of love and mercy towards people. As against words of Jesus, who said "love your enemies, bless those, who curse you" (Mat. 5/54), Christianity divided world into two parts: the part, which belonged to God and the part, which belonged to Satan. All of those, who did not convert to the Christianity were ascribed to Satan and were fought against. A doctrine of salvation through Christianity alone (*extra ecclesiam nulla salus*), the faith in the eternal punishment of those who deny the teachings of the Church, and the most terrible punishment of God being for theological faults - all these promoted Christians to use force against anyone who is different from them. Christians tried to cleanse the earth from those who were considered guilty by them for their religious faults even if these people had possessed good qualities. Christian religion, at the outset, had strongly needed the tolerance of the Roman Empire, yet, ironically, when Christianity became powerful, it used its authority and power to limit religious freedoms of other sects and religions².

Freedom of religion and conscience³ occupies a key place among the universal values of modernity. It also figures prominently at the center of a number of philosophical, political and legal polemics. Freedom of religion and conscience, due to its strong

¹ See for instance: Günay Tümer-Abdurrahman Küçük, *Dinler Tarihi*, Ankara 1997, p.27, vol.1.

² Ömer Faruk Harman, "Din", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İstanbul, 1994, vol., 9, p.322.

³ A freedom of conscience is a wide notion, which includes in itself freedom of religion, political, economical or philosophical credo or reasoning. As for the freedom of religion, it is a specific form of freedom of conscience (Ali Fuad Bağil, "Din Hürriyeti", A. Samim Gönensay'a Armağan, İstanbul, 1955, p. 237). A reason for using these two notions together is their vagueness.

connection with personality of humans, is considered among the natural rights of him. It is a higher and a significant need of every man and rightfully holds an important place among values covered by the concept of human rights. There is an extensive literature written on the subject. In this paper, I will try to approach the subject from perspective of Islamic law, using a number of internationally published works and excerpts from the Constitution of Turkey regarding various elements of freedom of religion and conscience. I believe that this paper will contribute to the existing research in the field by introducing the perspective of Islamic law on the issue of human rights which is not known very well in the Muslim and non-Muslim world today.

I. Notion and Elements of Freedom of Religion and Conscience

Defining the notion of freedom of religion and conscience and analyzing its elements requires a survey of what the classical sources say on this subject. For the first time, the freedom of religion and conscience in the modern understanding of the term was mentioned in the Virginia Declaration of Rights⁴:

"As the duty to our Creator we have religion or belief and how to profess them shall be determined not by compulsion or force, but rather by reason and belief we have. That is why all men shall be free to profess, and by argument to maintain, their opinions in matters of religion. "

Later, in the French Declaration of Human and Citizen Rights of the 26 August 1789 in the articles 10 and 11, the freedom of conscience and expression was also mentioned. Finally, in the Universal Declaration of Human Rights of 10 December 1948, in the article 18, it is said that:

"Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief, and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in teaching, practice, worship and observance. "

The same idea can be found in the European Convention on the Protection of Human Rights and Basic Freedoms, which was signed on 4 November 1950 in Rome. The article 9 of the Convention says:

1. Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief, and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief, in worship, teaching, practice and observance.

2. Freedom to manifest one's religion or beliefs shall be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of public safety, for the protection of public order, health or morals, or the protection of the rights and freedoms of others.

According to these principles which are accepted in the leading democratic countries of the world, freedom of religion and conscience includes the following four basic elements:

1. freedom of people to choose religion of their own (îmân);

⁴ Şeref Ünal, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, Ankara, 1995, p. 206.

2. freedom of people to observe rites of their religion without any intervention from outside ('amal);
3. freedom of people to study and to teach their religion;
4. freedom of people to organize social units (Jamâ'ah).
Below I will analyze these elements:

A. Freedom to Choose a Religion (Îmân)

The most basic principal of the freedom of religion is that a man by his own free will believes in the holiness chosen by him, accepts religion of his choice, which he wants to profess⁵. Right to faith is an expression of the deep spiritual need and personal conscience. Faith is a deep spiritual state of a man who believes in his heart and is strongly connected to the Being he worships. The notion of "faith" differs very much from the notion of "belief". It is impossible to break man's connections with the holy by the external pressures because it will be disrespectful and dishonest in relation to the man's freedom and will. That is why freedom of people to choose their religion found its reflection in the field of human rights and, in particular, in the international treaties. In the Article 34 of the Turkish Constitution of 1982 we read:

"Everyone has a right to freedom of conscience, religion and thought... Nobody can be compelled to profess, to take part in any form of religious rites and ceremonies as well as to spread his religion and beliefs; nobody can be judged and blamed for his religion and beliefs".

Thus, as seen above, freedom of every citizen in the discussed field is clearly defined in the document.

B. Freedom to Observe Religious Rites ('Amal)

Religion is not only a matter of conscience in the relations between a man and a Holy Being he believes in. Religion demands from its followers to observe and to fulfill its values and rules. These rules demand from a believer to act responsibly and put restrictions. Even if these restrictions in some circumstances are light in the material sense, from the moral point of view they are extremely heavy. And this is one of the important characteristics that distinguishes faith from any belief.

When talking about religion one has two associative images: a worshipper (a man) and a worshipped (God)⁶. That is why if there is a prohibition regarding observation of the religious rites there is no freedom of religion. For this reason, the above cited international documents as well as the article 24 of the Turkish Constitution "(... confession of religion, religious rites and ceremonies are free...)" recognize this right.

C. Freedom to Study, to Teach and to Spread Beliefs

⁵ Şeref Ünal, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, Ankara 1995, p.207; Davud Dursun, "Din ve Vicdan Hürriyetinin Siyasal Sistem Açısından Anlamı ve Uygulanması", *Doğuda ve Batıda İnsan Hakları*, Ankara, 1996, p. 96.

⁶ Thomas Paine, *İnsan Hakları* (trans. M. Osman Dostel), İstanbul, 1998, p.84.

It is natural that freedom of religion considers necessity of the right to study, to teach and to spread beliefs in two aspects; Firstly, any religion has its own requirements from its adherents, who can fulfill them only by studying and teaching these requirements. Secondly, protection of the existence, development and growth of a given religion. Resistance against observation of the religious rites is nothing but an attempt to destroy a religion. Moreover, article 18 of the Universal Declaration of Human Rights of 1948 and article 9 of the European Convention on Protection of Basic Human Rights and Freedoms of 1950 included studying, teaching and spreading religions and beliefs as elements of freedom of religion and conscience. The same principle is mentioned in the article 24 of the Turkish Constitution of 1982:

"Religious and moral education and learning must be carried out under supervision and control of the state. The religious culture and moral education holds important place among basic subjects of schools. Besides, the religious education and learning of children depends on will of their legal representatives. "

Spreading beliefs and basic principles of religions, teaching them to others are the most important holy duties for believers of any religion. The reason for this is that in the view of a religious person, his religion represents the truth, which must be known to other people. That is why we see religious missionaries of various religions traveling around the world.⁷

D. Freedom to Organize Social Associations (Jamâ'ah)

The fact that a man is a social being gives him the possibility to feel that he belongs to a definite social group. The unity of a group of people who are gathered for the sake of a common goal must be allowed. In this regard, unification and participation of religious people in group activity, interconnected by the common goal, believing in one religion and sharing similar beliefs is a right, and a part of freedom of religion and conscience. In the article 20/1 of the Universal Declaration of Human Rights of UN it is said that everyone has the right to freedom of peaceful assembly and association without being compelled to belong to them. The same principles are reflected in the article 11 of The European Convention on Protection of Human Rights.

II. Freedom of Religion and Conscience According to Islamic Law

By studying freedom of religion and conscience from the point of view of Islamic law, we will base our opinion on the principles mentioned in Qur'ân and Sunnah of the Prophet Muhammad (the Prophet Muhammad's sayings and deeds). We will refer also to interrelations between Muslims and non-Muslims in Islamic societies throughout the history.

A. Theoretical Principles

Studying questions connected with freedom of religion and conscience as well as other questions related to Islam, one must refer firstly to the main source of Islamic law - the Qur'ân. Yet at the time of its revelation, Qur'ân came to denote the origi-

⁷ See: Ali Fuad Başgil, *op. cit.*, p. 234.

nal message which contained answers to many questions. In this regard Qur'ân defines the purpose of man's creation as "service to God"⁸ and emphasizes the idea about people not being punished by God until the messengers are sent down with a message (to give an advance notice)⁹. Consequently, it is possible to assume that many prophets were sent to the earth with the purpose of forwarding to people God's orders. Thus, Islamic religion is considered to be the last message in the chain of the above-mentioned messages, and the Prophet Muhammad (s.a.w.) is the last Messenger sent to the earth¹⁰.

The Holy Qur'ân mentions the word "religion" a number of times¹¹, but in all of these cases it means "Islam"¹². In this regard, the Qur'ân, using notions of "Islam" and "religion" almost interdependently, states that all the religions brought by the previous prophets were nothing else but "Islam"¹³. Some verses of Qur'ân state that all religions in the past were sent to confirm each other's message¹⁴. In some sayings of the Prophet Muhammad (s.a.w.) it can be noticed that all the prophets were descendants of one father¹⁵. Other verses of the Qur'ân, however, point to the differences between religions concerning the questions of worship due to the evolution of societies during the history¹⁶, and yet outline the similarities of their common principles¹⁷. The similarities between religions were noted even by the Prophet Muhammad (s.a.w.) in his letters calling to Islam, which were addressed to the leading world rulers of his time. For example, the Prophet Muhammad (s.a.w.) in his letter to the bishop of Ellas mentioned¹⁸ that he (the Prophet) was a true Messenger of God, that he believed in the only one God, in His Messengers, in His books, and that Îsâ the son of Mary (Jesus Christ) was a word¹⁹ of the God and His Messenger²⁰. Moreover, in the letter to Byzantine Emperor Heraclius (d.20/641)²¹ the Prophet Muhammad (s.a.w.) cited the following verse from the Qur'ân:

"Say, 'O people of the Book! Come to a word equal to us and you- that we worship none but ALLAH, and that we associate no partner with HIM, and that some of us take not others for Lords beside ALLAH. But if they turn away, then say Bear

⁸ Zâriyât (51), 56.

⁹ Isrâ' (17), 15; Fâtır (35), 24.

¹⁰ Ahzâb (33), 40.

¹¹ M. Fuâd Abdalbâqî, *al-Mu'jam al-Mufahras*, Qâhira 108/1988, pp. 340-342.

¹² Âl-i 'Imrân (3), 19.

¹³ Shûrâ (42), 13; see also: Baqarah (2), 97, 131-132; Âl-i 'Imrân (3), 48, 50, 84-85; Nisâ' (4), 47, 125; Mâidah (5), 3, 46, 48; Hajj (22), 78; Fâtır (35), 31; Saff (61), 6.

¹⁴ Baqarah (2), 41, 89, 91, 101; Âl-i 'Imrân (3), 3, 50; Mâidah (5), 46, 48; An'âm (6), 92; Yûnus (10), 37; Fâtır (35), 31; Ahqâf (46), 30; Saff (61), 6.

¹⁵ Bukhârî, "Anbiya", 48; Muslim, "Fazâil", 145.

¹⁶ Hajj (22), 67.

¹⁷ Günay Tümer, "Din", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, İstanbul, 1994, IX, 313.

¹⁸ Muhammad Hamidullah, *İslam Peygamberi* (transl. Salih Tuğ), İstanbul, 1993, I, 340.

¹⁹ Âl-i 'Imrân (3), 45.

²⁰ Âl-i 'Imrân (3), 49.

²¹ Abû Ubayd, *al-Amvâl* (ed. M. Khalîl Harrâs), Beirut 1406/1986, p.28.

witness that we have submitted to God."²²

From the following letter which the Prophet Muhammad sent to a Christian religious authority we can see the same approach:

"Know, that 'Îsâ Ibn Maryam is a spirit and a word of the God, sent to the pure Maryam. As for me, I believe in the God, in what was sent to Ibrâhim, Ismâil, Ishâq, Ya'qûb and to us. Not seeing any difference between these Prophets, I believe in what was sent to Musa, Îsâ and other Prophets. We submitted ourselves to that God..."²³

When the Qur'ân mentions a notion of "the true religion" it means that all the previous religions were corrupted and this new religion (Islam) is superior to other religions and is based on the sound principles.²⁴ That is why Islam, being the last religion, contains all fundamental values of the previous religions. Moreover, Qur'ân informs us about Islam being the world religion, which was sent to all the humanity.²⁵ Among the principles of Islam, the Qur'ân also mentions the so-called the Last Day²⁶, will mark the end of this world. From the Qur'ân we read: "Surely the true religion with ALLAH is Islam."²⁷

"This day have I perfected your religion for you and completed MY favour upon you and have chosen for you Islam as religion."²⁸

"And whoso seeks a religion other than Islam, it shall not be accepted of him, and in the Hereafter he shall be among the losers."²⁹

Despite this, Qur'ân stresses the necessity of non-compulsion in religion: "And if thy Lord had enforced HIS Will, surely, all who are in the earth would have believed together. Wilt thou, then, force men to become believers?"³⁰

"There is no compulsion in religion. Surely the right has become distinct from error; so whosoever refuses to be led by those who transgress and believes in ALLAH, has surely grasped a strong handle, which knows no breaking. And ALLAH is All-Hearing. All-Knowing."³¹

The event, which preceded revelation of the above mentioned verse (*sabab al-nuzûl*) could explain its meaning. During the time of "*jâhiliyya*" women, being afraid that their children could not survive, used to give their new-born babies to people of the scriptures (Christians and Jews) to be brought up and educated in their (Chris-

²² Âl-i 'Imrân (3), 64.

²³ Muhammad Hamidullah, op. cit., 1, 334.

²⁴ Tauba (9), 33; Fath (48), 28; Saff (61) 9; Baiyina (98), 5.

²⁵ A'râf (7), 158; Saba' (34), 28; Saff (61), 6; Furqân (25), 51; The Prophet Muhammad is also reported to say that Islam was sent to all the humanity (Bukhârî "Tayammum", 1, "Salât", 56; Nasâî, "Ghusl", 26; Dârimî, "Salât", 111)

²⁶ Fatiha (1), 4; Hijr (15), 35; Shuarâ' (26), 82; Sa'd (38), 78; Zâriyât (51), 12; Wâqi'a (56), 56; Maârij (70), 26; Muddessir (74), 46; Infitâr (82), 15, 17, 18; Mutaffifîn (83), 11.

²⁷ Âl-i 'Imrân (3), 19.

²⁸ Mâidah (5), 3.

²⁹ Âl-i 'Imrân (3), 85.

³⁰ Yûnus (10), 99.

³¹ Baqarah (2), 256.

tians' and Jews') religions. The aforementioned verse was sent to condemn the practice of upbringing children at the hands of the people of the book³². It is interesting to note that after Islam came, some of newly converted Muslims demanded from their children to revert from "the corrupted religion" they were raised with to "the true religion", that is Islam.

It must be pointed out here that the Qur'ân emphasizes the importance of the right to choose religion, which is evident from the Qur'ânic context. From the point of view of Islamic legal methodology affix of the negation "lâ" in the phrase "*lâ ikrâh*" (see note 32), preceding the indefinite noun, signifies generality³³. That is why this verse points to the importance of the right of choice and ignores any compulsion in religion, be it of material, legal, psychological or other nature.

Following the meaning of this verse, a man has a will and a responsibility³⁴. When there is a compulsion, it is impossible to speak about the will or the responsibility, because everything man does under the compulsion is not done by his own choice. According to the Qur'ân it is even permissible to become an apostate in deeds when someone is subjected to do so, the main task being to preserve the faith in the heart³⁵.

To believe or not to believe is a matter of a person's inner world³⁶. This world (soul) is the person's freedom from the moment of his birth and nothing can change it³⁷. The freedom allows this person to define his behavior according to the will of his conscience and soul. This is the moment when the person can be called responsible for his choice. The Holy Qur'ân emphasizes the importance of purity (*ikhlas*), sincerity³⁸ and God-fearing (*taqwa*). The quality of God-fearing results from love and respect³⁹. Good manners and deeds (*ihsân*) are also among the qualities of the believer

³² Ibn Jarîr al-Tabarî, *Jâmi' al-bayân*, Beirut, 1412/1992, III, 15-19.

³³ Abdulkerim Zaidân, *al-Vecîz fî usûl al-fiqh*, Beirut, 1419/1998, p. 308.

³⁴ For more see the following verses: Âl-i 'Imrân (3), 182; Nisâ' (4), 40; A'râf (7), 6-9; Tauba (9), 70; Nahl (16), 93; Kahf (18), 29; Rûm (30), 39; Mu'min (40), 17; Shûrâ (42), 30, 34; Tahrîm (66), 6; Qiyâmat (75), 36; Insân (76), 3; Zalzalâh (99), 7-8.

³⁵ Nahl (16), 106

³⁶ Baqarah (2), 139; Mâidah (5), 54; Nahl (16), 22, 106; Kahf (18), 28; Shuarâ' (26), 89; Mu'min (40), 35; Muhammad (47), 24; Hujurât (49), 7; Qâf (50), 33, 37; Mujâdele (58), 22. Qur'ân clearly says about this in the following verse: "The Desert/Wandering Arabs say: "We believe." Say (unto them, O Muhammad): "You have not truly believed yet, but rather say. "We have submitted, for true faith has not yet entered into your hearts" (Hujurât 49/14).

³⁷ Moreover, Qur'ân clearly speaks that the Prophet's coercive call to Islam will not result in success (Qasas/28, 56). According to one hadith Usâma b. Zeid - the companion of the Prophet Muhammad - killed a man, which had previously declared about his acceptance of Islam. When the Prophet Muhammad learned about the fact, he wanted to condemn Usâma. To this the companion that he had thought that the victim declared about acceptance of Islam because of his fear. To this, the Prophet Muhammad replied: "And did you look into his heart?" (Muslim, "Îmân", 158; Abû Dâwûd, "Jihâd", 95; Ibn Mâja, "Fitra", 1.

³⁸ Baqarah (2), 139; Nisâ' (4), 146; Shuarâ' (26), 89; Saffât (37), 40, 74, 84, 128, 160, 169; Sa'd (38), 83; Zumer (39), 2-3, 12, 14.

³⁹ Bukhârî, "Îmân", 37, "Tafsîr", XXI/2; Muslim, "Îmân", 1, 5, 7; Nasâî, "Îmân", 5, 6.

(*mu'min*)⁴⁰ All of these cannot be obtained by compulsion, because it is a quality of the soul. The main feature of the atmosphere of compulsion and pressure is increasing numbers of hypocrites and self-contained people. In Islam such people are called *munâfiqs* (*hypocrites*) because they, while declaring their faith publicly, hide their disbelief. Qur'ân states that hypocrites will inhabit the lowest parts of the Hell because of their danger to society⁴¹. In this case we can assume that if a man is not honest in his beliefs, his faith is useless, because he will not carry out values of his religion in practice and these values will not be important for him in his life.

The order of the Qur'ân about non-compulsion in religion is connected with psychological constitution of a man. Be it for any reason, but the connection of a man with the Being he worships, his unification with Him and placing Him to his heart is more likely to be called a condition of the soul rather of a faith⁴². That is why the faith is the highest grade of morals⁴³, which is mentioned in the Qur'ân, and there is no sense other than faith that can reach a degree of greatness in the sight of God⁴⁴. For a believer God is the highest authority. That is why the believer, putting

his trust in God, links himself with Him. Consequently, a faith is a constant and a non-changeable "intellectual concrete conviction", "submission and conformity", "hope and love"⁴⁵. This perception helps to work out a power of morals, which gives to an individual an opportunity to withstand against various difficulties⁴⁶. Imposing on a man of an alien religion by force, or activities meant to break him away from his religion will lead the man to hypocrisy only or will not result in anything. In other words, a physical pressure to the metaphysical world will be impossible.

From another side, faith means renunciation by a believer of his personal freedom, of his controlling himself and agreement to put his trust in God's will. This causes at a man a feeling of duty and responsibility at the same time. In this case a believing man will put aside his needs, will begin to control his inclinations and will try to establish contact with God and to unify by all his personality with Him⁴⁷. This knowledge regards the outer pressure unacceptable and produces a resistance against it.

The Qur'ân stresses the point that there was no compulsion in religion even from the side of the Prophet Muhammad⁴⁸ (s.a.w.). Rather, the Qur'ân describes such qualities of the Prophet Muhammad's as advising⁴⁹, bringing the blessed message (*bashîr*)⁵⁰ and admonishing (*nazîr*)⁵¹. Moreover, Qur'ân informs us that the Prophet

⁴⁰ M. Fuad Abdulbâqî, *ibid.*, p. 257, 925-928.

⁴¹ Nisâ' (4), 145.

⁴² Ali Fuad Başgil, "*Din Hürriyeti*", p. 231.

⁴³ Walter Hamel, *Din ve Vicdan Hürriyeti* (transl. Servet Armağan), İstanbul, 1981, p. 68.

⁴⁴ Başgil, *ibid.*, p. 240.

⁴⁵ Hayati Hökekleli, *Din Psikolojisi*, Ankara 1993, p. 159.

⁴⁶ Başgil, *ibid.*, pp. 239, 240.

⁴⁷ See: Hökekleli, *op. cit.*, p. 163-164.

⁴⁸ Câshiya (88), 22.

⁴⁹ Câshiya (88), 21.

⁵⁰ Baqarah (2), 119, 213; Nisâ' (4), 165; Mâidah (5), 19; A'râf (7), 188; Hûd (11), 2; Isrâ'(17), 105; Furqân (25), 56; Ahzâb (33), 45; Saba' (34), 28; Fâtir (35), 24.

Muhammad's mission was consisted of preaching (*irshâd*), propagation (*tabligh*) (bringing the God's message to the people) and religious call (*da'wa*). As for the people, they will be rewarded according to their choice. But even in this question the Qur'ân disapproves compulsion⁵². This kind of call to religion was common to all the prophets⁵³. Because the values brought by the Qur'ân in comparison with other values are like the one who can see vs. blind⁵⁴, the one who can hear vs. deaf⁵⁵, dark vs. light⁵⁶, live vs. dead⁵⁷, truth vs. error / lie⁵⁸, etc. Moreover, these values are compared with the light in the dark⁵⁹. A man is granted with ability of cognition in order to see all of this⁶⁰. The mission of the Prophet Muhammad (s.a.w.) was to call people to this kind of truth. The Qur'ân describes the methods of the calling process as follows:

"(O, Muhammad!) Call unto the way of thy Lord with wisdom and goodly exhortation and argue with them in a way that is best. Surely, thy Lord knows best who has strayed from HIS way; and HE also knows those who are rightly guided."⁶¹

That is why a call to religion must be carried out in the following way: to a scientist, who has reached a certain degree in searching proofs - "seeking the truth through science and knowledge" with the help of "proof, discovering the truth and removing doubts", by "authentic and powerful word of wisdom"⁶²; to a stubborn debater - by a nice peaceful method⁶³. The Qur'ân reminds us about the dialogue between Mûsâ (a. s.) and Pharaoh. Pharaoh tried to be a great man, pretending as a deity and by doing so he passed all the limits⁶⁴. Afraid of losing his throne, Pharaoh ordered killing of the all new born baby-boys - the fact that showed his cruelty⁶⁵. Pharaoh pretended to be a god⁶⁶. Notwithstanding this, God ordered Musa to go to Pharaoh, to forward to him His message and to speak with Pharaoh in a good manner⁶⁷. The Holy Qur'ân emphasizes the same qualities at the Prophet Muhammad (s.a.w.):

"And it is by the great mercy of ALLAH that thou art kind towards them, and if
→

⁵¹ Âl-i 'Imrân (3), 20; Mâidah (15), 92, 99; Ra'd (13), 40; Ibrâhim (14), 52; Nahl (16), 35, 82; Kahf (18), 29; Nûr (24), 54; Ankabût (29), 18; Yâsîn (36), 17; Shûrâ (42), 48; Ahqâf (46), 35; Tagâbun (64), 12; Jinn (72), 23; Insân (76), 3.

⁵² Qasas (28), 56.

⁵³ Nahl (16), 35; Yâsîn (36), 17.

⁵⁴ An'âm (6), 50.

⁵⁵ Hûd (11), 24.

⁵⁶ Ra'd (13), 16.

⁵⁷ Fâtir (35), 19-22.

⁵⁸ Baqarah (2), 256; A'râf (7), 146-147.

⁵⁹ Nisâ' (4), 174; Mâidah (5), 15-16; Ibrâhim (14), 1; Hadîd (57), 9; Talâq (65), 11.

⁶⁰ An'âm (6), 104.

⁶¹ Nahl (16), 125.

⁶² İlhan Kutluer, "Hikmet", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, İstanbul, 1998, vol., 17, p.504.

⁶³ see Hökelekli, ibid., p. 162.

⁶⁴ Yûnus (10), 83.

⁶⁵ Baqarah (2), 49; A'râf (7), 127, 141; Ibrâhim (14), 6.

⁶⁶ Nâzi'ât (79), 24.

⁶⁷ Tâhâ (20), 24-44.

thou hadst been rough and hard-hearted, they would surely have dispersed from around thee" ⁶⁸

By giving this example, the Qur'ân stresses the importance of a peaceful way of call to Islam. A person, who saw clear signs of the Qur'ân and whose heart understood the call to Islam is responsible from this same moment to decide whether to believe or not to believe. According to his decision he will be judged in the Hereafter⁶⁹. The Holy Qur'ân ordered the Prophet Muhammad to treat those, who had not accepted the call (*da'wa*) to Islam in the following way:

"But if they turn away, say, ALLAH is sufficient for me. There is no god but HE. In HIM do I put my trust, and HE is the Lord of the Mighty Throne. "⁷⁰

The Qur'ân leaves those who does not accept God's message alone with their faith. Moreover, the Qur'ân calls their faith - a religion. Qur'ân instructed the Prophet Muhammad to say the following when talking to unbelievers:

"You have your religion, I have mine. "⁷¹

"And those, who seeks other religion besides Islam, it will not be accepted from him. "⁷²

It is quite natural that the Qur'ân demands from a Muslim not to say bad words about those who worship others besides Allah:

"Do not revile the idols which they invoke besides God, least in their ignorance they revile God with rancour "⁷³

According to the Qur'ân everything mentioned above is important in the case of free and responsible person's accepting a religion. Despite that the main aim of all religions is to build principles of monotheism, The Qur'ân marks a faith of non-Muslims as a "religion" and calls to leave alone those, who does not accept the call to Islam. Consequently, it is incorrect to say that the Qur'ân views other religions as indulgent ones, because respecting a recognized right is not more than a duty. Every right must be respected by others within the predefined boundaries. Citing Rivero, the guarantee of a right lies in the defense of this right's possessors against those who violate it."⁷⁴

A person professing a religion has no right to violate the right of others by forcing them to accept his own faith. That is why the indulgence can exist only between God and his servant. Thomas Paine (d. 1809) wrote that clemency is not inverse of non-clemency, it is its falsification. They both are violation - on the one hand there is a refusal of freedom of conscience, while on the other hand there is a right to argue⁷⁵.

The word "religion" in the Qur'ân carries two meanings: "divinity" and "worship". A servant has to carry out orders of his religion while the Creator has the right to

⁶⁸ Âl-i 'Imrân(3), 159.

⁶⁹ An'âm (6), 104; Yûnus (10), 43-44, 108; Isrâ' (17), 15; Naml (27), 92.

⁷⁰ Tauba (9), 129.

⁷¹ Kâfirûn (109), 6.

⁷² Âl-i 'Imrân (3), 85.

⁷³ An'âm (6), 108.

⁷⁴ Jean Rivero, "*Hukuk Bilimi ve İnsan Hakları*", *Liberal Düşünce*, vol., 3, no., 12, Ankara, 1998, pp. 17-18.

⁷⁵ Thomas Paine, *İnsan Hakları*, p. 83.

wait. That is why religion ascribes to God, who is the Creator and the subject of worship, the following qualities: ruling, making all creatures submit to His will, judging, rewarding and punishing. Among the typical qualities of a worshipper, the following can be mentioned: worshiping, recognizing his powerlessness in comparison with his Creator, submitting himself to God and serving the will of God. Finally, religion is a law, an order and a way, which regulates relations between Creator and a worshiper⁷⁶. That is why religious belief requires carrying out religious orders in life and observing them in practice.

The most important places where religious rites and ceremonies performed are called places of worship (synagogues, churches, mosques). Consequently, every religion has its own private place of worship. Archeological excavations of the ancient places of worship preserved till our time are strong arguments for strengthening the point. That is why existence of various forms of worship places and provision of their safety are the necessary conditions of freedom of conscience. For example, the Qur'ân calls us to build and to preserve mosques.⁷⁷ One of the prominent modern Muslim thinkers, Fazlurrahman (d. 1988), commenting on the following verse from Qur'ân:

"If it were not for GOD's supporting of some people against others, monasteries, churches, synagogues, and mosques - where the name of GOD is commemorated frequently - would have been destroyed."⁷⁸

Wrote that this verse ordered to preserve and to safe Christian and Jewish places of worship, attempts on which could be a legitimate reason to wage *jihâd* for the sake of defending these places⁷⁹. We cannot notice accidents of disrespect to places of worship belonging to non-Muslims by Muslims.

The Qur'ân underlines the importance of obtaining knowledge by Muslims through the help of education and learning. For example, the following Qur'ânic verses call the leaders of society with the following words: "Oh, you who believe, preserve your souls and your family from the fire.⁸⁰ Order your family to withstand a prayer and be patient in it"⁸¹. The Qur'ân⁸² and the traditions of the Prophet Muhammad⁸³ emphasize kindness and prevention of evil as the main criteria in society, demanding from every person to follow the Islamic rule of "*al-Amr Bil Ma'rûf Wa al-Nahy an al Munkar*" according to his limits. This can be seen in the following Qur'ânic verse and the prophetic tradition:

"And let there always be among you a body of men who should invite to goodness,

⁷⁶ M. Fuâd Abdulbâqî, *al-Mu'jam al-Mufahras*, pp. 49-96. 213-215. 229-232, 234, 235, 269-270, 327-330, 545-546, 562-565; Günay Tümer, "Din", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İstanbul, 1994, vol., 9, p. 314.

⁷⁷ Tauba (9), 18.

⁷⁸ Hajj (22), 40.

⁷⁹ Fazlurrahman, "*İslam ve Siyasi Aksiyon: Dinin Hizmetinde Siyaset*" (Islam and Political Action: Politics in the Service of Religion), (transl. Adil Çiftçi), *Türkiye Günlüğü*, no., 34, Ankara, 1995, p.31

⁸⁰ Tahrîm (66), 6.

⁸¹ Tâhâ (20), 132.

⁸² see: M. Fuâd Abdulbâqî, *ibid.*, pp. 582-583.

⁸³ see: Wensinck, *Concordance*, İstanbul, 1988, vol., 4, pp. 193-194.

and enjoin virtue and forbid evil. And it is they who shall prosper."⁸⁴

"If anyone of you will see evil let him change this evil with his hands: if he will not have enough power, then let him change it with his tongue and if he will not have power even for this, let him change it with his heart (du 'â'). But this is the lowest grade of the faith"⁸⁵

Ma'rûf is everything accepted by human reason and religion; *Munkar* is everything refused and ignored by religion.⁸⁶

The Qur'ân emphasizes the superiority of Islam above the rest of religions⁸⁷ and points to its mission in exposing the lies in religion.⁸⁸ The Qur'ân describes itself as the light, which lightened the darkness,⁸⁹ having nothing comparable to it,⁹⁰ powerful without doubts in it,⁹¹ not allowing the external invasion of lie inside of it.⁹² The Qur'ân declares all other values powerless before the Qur'ânic ones. The Qur'ân also says that man is given ability to cognition.⁹³ Qur'ân calls mankind not to be prejudiced and stubborn because only in this case the man can see the truth.⁹⁴ In this connection, the Qur'ân challenges unbelievers through debates, which are called by the Qur'ân "the greater Jihâd".⁹⁵ By this, the Qur'ân means that adherents of one religion can spread their views to others. The main idea behind this is that to spread ideas of any religion and to share these ideas with others - are among the holiest duties for a believer. The Qur'ânic verses mentioned above inform us that non-Muslims, living in Muslim societies, possess these rights. However, there is only one indispensable restriction in possessing these rights when spreading one's religious ideas that is - abstaining from using force. The debate can be won only by a stronger idea. In the environment of freedom, weak ideas cannot survive, while strong and healthy ones spread and grow. Coming back to the aforementioned verses, we can note that the Qur'ân challenges non-Muslims to find⁹⁶ ideas in the Qur'ân contradicting the Qur'ân itself. The main point of this challenge is to introduce the values of Islam to all the people.

During the history, Muslim scholars carried disputes on various subjects. Sometimes these disputes were devoted to negative sayings about Islam from the side of non-Muslims. Sometimes Muslim scholars debated on their personal credo and

⁸⁴ Âl-i 'Imrân (3), 104.

⁸⁵ Muslim, "Îmân", 78, "Ru'yâ", 2-6; Bukhârî, " 'Ilm", 28, "Ta'bir", 3, 10, 26, 46; Abû Dâwûd, "Malâhim", 17, "Tibb", 24; Tirmizî, "Ru'yâ", 1, 5, 7, 10; Nasâî, "Îmân", 17.

⁸⁶ Râghib al-Isfahânî, *al-Mufradât* (ed. Safvân Adnân Dâwûdî), Dimashk-Beirut, 1412/1992, pp. 561, 823.

⁸⁷ Tauba (9), 33; Fath (48), 28; Sâff (61), 9.

⁸⁸ Isrâ' (17), 81.

⁸⁹ Nisâ' (4), 174; Mâidah (5), 15-16; Ibrâhim (14), 1; Hadîd (57), 9; Talâq (65), 11.

⁹⁰ Baqarah (2), 23.

⁹¹ Baqarah (2), 2; Sajdah (32), 2.

⁹² Fussilet (41), 42.

⁹³ An'âm (6), 104.

⁹⁴ Muddaththir (74), 16.

⁹⁵ Furqân (25), 52.

⁹⁶ see: Ali-'Imrân (3), 154-182; Nahl (16), 35-40; Yâsîn (36), 47-49; Câthiyah (45), 24-26.

credo of other respected scholars. Very often these disputes were carried out publicly or in the palace in the presence of the statesmen. Since then it became a tradition in Muslim societies to have public disputes. One of the modern Muslim thinkers - al-Mawdûdî (d. 1979) wrote the following in the project of Pakistani Constitution:

"Non-Muslims inhabiting the Muslim state should have a right to carry out agitation of their religion, to tell about positive sides of their religion, to criticize Islam without transgressing limits of a fair competition (without slander and offences), to talk about reasons made them to accept their religion, etc."⁹⁷

It is also natural when adherents of a particular religion create social associations (jamâ'ah). The Qur'ân states the following:

"For each of you WE prescribed a clear spiritual Law and a manifest way in secular matters. And if ALLAH had enforced HIS will HE would have made you all one people."⁹⁸

"And WE have made you tribes and sub-tribes that you may know one another."⁹⁹

Moreover, the Prophet Muhammad (s.a.w.) in the treaty signed with the people of Madina (the Madina Act) openly acknowledged the existence in Medina of the local groups (jamâ'ah).¹⁰⁰

Freedom of religion and conscience among non-Muslims (Jews, Christians and pagans) living in Muslim societies was guaranteed by the Qur'ân. Muslim lawyers, expressing their thoughts on freedoms of these people in Muslim societies, used the principle of "leaving people alone with their religion".¹⁰¹ To guarantee the above-mentioned freedoms there must be signed a pact known as "the treaty of *dhimmah*". According to the signed pact, a Muslim state is obliged to defend freedom of religions and conscience of non-Muslims, to guarantee to them security of live, property and honor of all the family. From their side non-Muslims have to pay a tax called "*jizya*".¹⁰² In this regard there is no difference between people of *Dhimmah* (*ahl al-Dhimmah*) and Muslims. Even the Prophet Muhammad himself, addressing the army commanders said that non-Muslims, paying a tax of *jizya*, had the same rights as Muslims did. As their Muslim counterparts, non-Muslims should have carried a responsibility and this information had to reach them.¹⁰³ Scholars of Hanafi *madhhab*, agreeing with this, wrote that relatives of the *dhimmî* killed by a Muslim had a right to revenge.¹⁰⁴

⁹⁷ Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, Istanbul 1996, I, 161-162.

⁹⁸ Mâidah (5), 48.

⁹⁹ Hujurât (49), 13.

¹⁰⁰ See article: 2-12, 16, 20, 25, 28-36, 38, 45 (for the full text see: Muhammed Hamidulah, *İslam Peygamberi*, transl. Salih Tuğ, Istanbul 1993, I, 202-210).

¹⁰¹ Sarahsî, *al-Mabsût*, Qâhira 1324-31, vol., 11, p. 102; Kâsânî, *Badâ'i' u's-sanâi'*, Qâhira 1327-28/1910, vol., 2, p. 310, 311, 312, 313; Mawsiilî, *al-Ikhtiyâr*, Qâhira, N. D, vol., 3, p. 65, 67, 111; vol., 5, p. 84.

¹⁰² Tauba (9), 29; Abû Yûsuf, *Kitâb al-Kharâj* (ed. Qusayy Muhibbuddîn al-Khatîb), Bulaq 1302, pp. 148-149; Qarâfî, *al-Furûq*, Beirut 1418/1998, vol., 3, p. 23.

¹⁰³ Kâsânî, *ibid.*, vol., 6, p. 280.

¹⁰⁴ Aynî, *Umda al-Qârî*, Qâhira 1348, vol., 2, p. 161-162.

It is reported that Ali b. Abi Tâlib (d. 40/661) said: "They (non-Muslims) accepted the treaty of *"Dhimmah"* to make their property and blood equal with ours."¹⁰⁵ The following statement of al-Qarâfî (d. 684/1285) is very significant because it reflects Muslim scholars' attitude towards this problem: "Treaty of *dhimmah* imposes on us certain obligations. They (non-Muslims) are our citizens. According to this treaty all of them are under the protection of Allah, His Prophet and Islamic religion. If somebody, by offending them (the *dhimmis*), will harm them and will assault their honor and dignity, or somehow will promote this kind of attitude, he will violate the guarantee (*emân*) given (to *ahl al-dhimmah*) by Allah, the Prophet and Islamic religion".¹⁰⁶

A treaty of *dhimmah* is not only the treaty, which protects *ahl al-dhimmah* from all kinds of assault and attacks. It also provides them sustenance in the case of necessity. Khâlid b. Walîd (d. 21/642) in a treaty signed with the people of *Hîra*, promised a payment of necessary amount of welfare-money to those, who had been

unable to pay tax.¹⁰⁷ Caliph Umar b. al-Khattâb (d.23/644), seeing once a begging Jew, said: "When he was young we had taken tax from him. Now, when he is old, how can we allow him to beg?" Later, Umar ordered payment of a pension to the Jew from the state treasure fund.¹⁰⁸

The following categories of persons are exempted from paying the *jizya* tax: monks, those who devoted themselves to the worship of God, religious activists, needy people and women. Persons, claiming that they are unable to pay the *jizya* tax, have to swear by Allah or as it is prescribed in their religion. They will be exempted from paying the tax until their ability to pay the tax will become evident.

It is reported that the Prophet Muhammad (s.a.w.) said: "If somebody will harass a *dhimmî*, or if he will burden him with a burden, which the *dhimmî* will not be able to get on with, I will complain to Allah against this person in the Day of Judgment."¹⁰⁹ If a state is not able to guarantee the rights of the *dhimmis* according to the treaty, the *jizya* tax will be automatically nullified.¹¹⁰ For example, Khâlid b. Walîd has put this as a condition in the treaty with people of *Hîra* cited above. Moreover, according to the treaty with *Hims* population signed by Abû Ubayda b. Jarrâh (d. 18/639), he returned the tax of *jizya* collected earlier, when he had learned that would not be able to defend this people from Byzantine army."¹¹¹

In conclusion to this chapter we would like to note that in exchange to the tax, known as the *jizya* collected from non-Muslims living in Muslim territories, a Muslim

¹⁰⁵ Kâsânî, *ibid.*, vol., 7, p. 111; see also: vol., 6, p. 281.

¹⁰⁶ Qarâfî, *ibid.*, vol., 3, p. 29.

¹⁰⁷ Abû Yûsuf, *ibid.*, pp. 155-156.

¹⁰⁸ Abû Yûsuf, *ibid.*, p. 136.

¹⁰⁹ Abû Yûsuf, *ibid.*, p. 135.

¹¹⁰ Abû Yûsuf, *ibid.*, p. 132. For more information on these subjects see: Ibn Qayyim al-Jawziyya, *Ahkâm ahl al-Dhimme* (ed. Salahaddin al-Munejjid), Dimashk, 1381/1961; Abdulkerim Zaidân, *Ahkâm al-Dhimmiyyîn ve al-muste'menîn*, Beirut, 1402/1982; Mehmet Erkal, "Cizye", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, İstanbul, 1993, vol., 8, p. 42-45; Ahmet Özel, "Gayr-i Müslim", *op.cit.*, İstanbul, 1996, vol., 13, p. 418-427.

¹¹¹ Abû Yûsuf, *ibid.*, p. 150; Erkal, "Cizye", p. 42-43.

state takes responsibility to guarantee their freedom of religion and conscience, to defend their places of worship, to prevent their blood to be shed, to protect their lives and property, to defend them from any kind of external force. All of the responsibilities mentioned above reflect the essence of the "*dhimmi*" treaty.¹¹²

Non-Muslims possess legal and judicial autonomy in the spheres of family law, personal law, debt responsibilities, inheritance law and other spheres of law, where personal rights stands in the first place. They can execute justice in the public courts according to their legislation. This opportunity is provided to non-Muslims in conformity with freedom of religion and conscience. This can be explained by the fact that it is taken for granted by Muslims that nobody has the right to intervene to the legal system of non-Muslims, even if this legal system is considered to be invalid from the Islamic law point of view.

Umar b. Abdil-Azîz (d. 101/719) showed interest in the question about whether the Islamic state should intervene in the matters of *ahl al-Dhimmah* such as non-legal marriages, drinking alcohol, eating swine - everything prohibited in the view of Islamic law. For the answer, he applied to Hasan al-Basrî (d. 110/728) to learn the practice of the Rightly-Guided Caliphs (al-Khulafâ' al-Râshidûn) in these matters. Hasan al-Basrî gave the following answer: "They (non-Muslims) are paying us the *jizya* tax to live according to their religion and you must submit yourself (to this order of things) and do not introduce any new law."¹¹³ By answering in such a manner, Hasan al-Basrî meant non-intervention to their religious life. Even scholars of Hanafî madhhab considered alcohol and pork as the property of *ahl al-dhimmah*. According to their view, every Muslim is responsible for the damage of this property.¹¹⁴

It should be also emphasized here that *jizya* was not a tax which was directly imposed by Islam. From the first ages onwards there had been always a tax levied from the defeated by the victorious. Islam has accepted this tax as a symbol of submission to the state by giving it humanly aspects. An amount of *jizya* per year was approximately equal to ten days income of one year. In the Islamic societies the non-muslims who were exempted of the military services because of the fact that they were paying *jizya* to the state didn't participate in the wars and that's why they proceed with their commercial activities without any negative effects out of these deadly wars. In addition, they became so rich that they could even give credits to the state. So *jizya* wasn't a being brought low but a grace and mercy for them.

The term / word of *sâghirûn* mentioned in the *jizya* verse (Tauba 9/29) can be also interpreted as an acknowledgment of submission to the sovereignty of Islamic state.

As for interrelations among non-Muslims in their private life, it is also very sensi-

¹¹² see: Abû Yûsuf, *ibid.*, pp. 148-149.

¹¹³ Sarahsî, *ibid.*, vol., 5, p. 39.

¹¹⁴ Sarahsî, *ibid.*, vol., 5, p. 38, 39, 43; Kâsânî, *ibid.*, vol., 2, p. 311, 312, 313; vol., 6 p. 113. Representatives of other madhhabs, in particular Shâfiî, considered drinking alcohol a matter of social order and consequently non-Muslims had to obey restrictions in this sphere also.

tive field of research. Even if a Muslim husband does not obey the laws of the religion of his non-Muslim wife, he does not have right to pressure her to go against her religion. Moreover, he cannot demand from his wife to take a bath because of losing her ablution (*ghusl*), menstruation or after the post-natal period passed.¹¹⁵ A detailed commentary on this kind of questions from the side of Muslim scholars is connected with their understanding of religion. Religion is a faith, a worship and morals. Religion is a comprehensive system, in which the law regulates all aspects of life.¹¹⁶

Conclusion

Religion is an eternal reality, which has been in existence since the early days of humanity. Researchers in the sphere of history of religions showed that during the history there never was a society without religion. History documents facts demonstrating us that supporters of the religious freedom prevailed in any society. The Qur'ân and the Sunnah of the Prophet Muhammad put an end to the compulsion in choosing a religion. The basic principles of freedom of conscience and religion, which just recently spread in the modern world through the declarations devoted to human rights issues, were in fact introduced by Islam about fourteen centuries ago.

¹¹⁵ Kâsânî, *ibid.*, vol., 2, p. 311; Ahmet Özel, "Gayr-i Müslim", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, İstanbul, 1996, vol., 13, p. 425.

¹¹⁶ Sarahsî, *ibid.*, vol., 5, p. 38-39, 40-41; vol., 6, p. 88; vol., 11, p. 102; Kâsânî, *ibid.*, vol., 2, p. 11; Ahmet Özel, *İslam Hukukunda Milletlerarası Münasebetler ve Ülke Kavramı*, İstanbul, 1982, p. 198; "Gayr-i Müslim", vol., 13, p. 422-423; Fahreddin Atar, *İslam Adliye Teşkilatı*, Ankara, 1999, p. 226; M. Akif Aydın, "Din", Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, İstanbul, 1994, vol., 9, p. 327.

ISLAM AND HUMAN RIGHTS AT THE AGE OF GLOBALISATION*

Dr. Mustafa YAYLA**

Globalleşme Çağında İslam ve İnsan Hakları

Dünya zorunlu bir ekonomik ve buna bağlantılı olarak da kültürel globalleşme sürecine yönlendirilmiştir. Bu süreçte yapılacak en olumlu iş insan haklarını da insanlığın hayrına globalleştirmektir. O halde müslümanlara düşen görev uluslararası kabul gören insani hak ve değerleri kendi konteksinde yoğurarak insan haklarının globalleşmesine katkıda bulunmaktır. Dünya nüfusunun neredeyse dörtte birini kucakladığı İslam gerek tarih gerek kültürel gerekse siyasal olarak bunu yapabilecek potansiyele sahiptir. İslam dünyasının ihtiyacı artık uluslararası insan hakları standartlarıyla İslami değerler arasındaki barışmayı sağlamaktır. Bunu sağlamanın yolu da ne İslami değerleri feda etmek ne de batılı insan hakları değerlerine uzak durmaktır. İnsanlığın tek bir aile olduğu tezinden yola çıkan İslamın gayesi bu aile fertlerinin insan hak ve hürriyetlerinin korunabileceği adaletli bir toplum düzeni oluşturmaktır. O halde insan haklarının da bu anlamda globalleştirilme zorunluluğu vardır. İslam kendi öz kaynaklarından beslenen bir insan hakları görüşüyle globalleşme sürecinde artık gecikmekte olan yerini almalıdır.

1. Acknowledgment

I would like to thank a few people – Michael Blades, Plater College¹, Dr. K Mofid and the organisation², which really turned Plater College into a global village, which became a meeting place for well-known speakers for the last few days.

2. Introduction

In my talk I shall try to discuss how we can invoke the Islamic view of human rights in a worldwide effort in order to overcome the social damage being caused by the globalisation process.

* Bu yazı 27 Temmuz-3 Ağustos 2002 tarihleri arasında Oxford Plater College'de düzenlenen "An Inter-faith Perspective on Globalisation" adlı uluslararası konferansta sunulmuştur.

** İslam Hukukçusu, İngiltere e-mail:yaym@yahoo.com

¹ Visit at: <http://www.plater.ac.uk>

² Visit at: <http://commongood.info>

After all, knowing the stance of Islam in respect to human rights is significant due to Islam's worldwide popularity as a living religious tradition. Muslims constitute nearly one quarter of the total population of the earth! In addition to this it is a unique Abrahamic religion with strong values against secularism.

In my talk I will also try to clarify the Islamic view of human rights, so as to contribute to the promotion of global co-existence and global dialogue, in a culture of peace not in a culture of clash of civilisations, which is self-contradictory. Civilisations communicate with each other they do not clash. If they prefer to clash with each other then they are not fit to be called civilisations.

A. Muslims and Human Rights

I. False Solution

a) Western authors and their Muslim disciples have been stressing that Muslims should separate Religion from daily life with secularisation process, that is in my view to dilute the essence of Islam and would make Muslims powerless to use their humanitarian values to prevent the social damage of economic globalisation which feeds only secularist values.

b) The call for secularism in the Islamic world has had the reverse effect among Muslims and did not find supporters in the mainstream of Muslim societies, except a few authors mostly supported by the secularists of the Muslim world and by their Western contemporaries.

II. Seeds of Human Rights in Islam

a) Western culture and politics have had an unfortunate effect on the way that Muslim authors have written about human rights. Many Muslim scholars and politicians have approached human rights from a standpoint, which is a reaction to the political and economic double standards of Western politics. These standards led even the majority of ordinary Muslims to understand and believe that western conceptions of human rights is very likely to undermine the essence of Islam, destroying the values which are the foundation of the Muslim community. They also thought that accepting the values of Western human rights would have a bad effect on Muslim belief and behaviour. The governing elite of the Islamic world also understood them as possible threats undermining their authority.

b) According to Muslim scholars Islam with its unique spiritual character has sufficed to solve the problems of Muslims, and could also offer solutions for the problems of the world. Islam was the mainstay of the Muslims and has led them to establish a great civilisation, which enlightened medieval Europe. Hence Muslims should refer back to the pure Islam, which was applied and exemplified in the life of the Prophet Muhammad and his companions. The *Qur'an* and the *Sunnah* (the sayings and practices of the Prophet) together form the foundation of Islam and it is on this foundation that Islam stands.

c) It is not surprising to see that Muslims have also viewed the human rights as something Euro-Centric, which imposes only Western culture on others. Alongside with the globalisation process a hope has arisen that the international human rights

conceptions will join the globalisation process and thus the globalisation process of human rights will be able to strip off its so-called Euro-Centric appearance.

d) However over the five decades since Universal Declaration of Human Rights the Islamic world has been discussing human rights and trying to find their references from its traditions. Over the years these discussions on one hand and the oppressive secularist or traditionalist elite regimes have made the Islamic soil ready to grow the seeds of human rights alongside with the globalisation process.

e) Despite diversities of Muslims about human rights conceptions I will show that Islam has great potential to make a very valuable contribution in dialogue with other religions, social movements and philosophies together. I think the Islamic world has already begun to realise the significance of international standards of human rights, which have been earlier thought to be the products of Western philosophy for only the Western world.

f) An example of this is when a group of The Turkish female students applied to the European Court of Human Rights for the violation of their religious freedom to attend both secondary schools and universities wearing their headscarves which are forbidden by the then Turkish government. However Turkey is now in the process of joining the European Union membership. Another good example is that human rights organisations of Muslims in the European Union and the USA are also promising signs that the majority of Muslims are ready to come to terms with international human rights standards within the context of Islamic values.

B. Islamic Approaches to Human Rights

Introduction

The majority of Muslims has always approached human rights with caution because they felt that it would impose Western secularist values on Muslim societies. Their approaches to human rights have come under two categories:

I. Traditional Approach:

a. **Rejectionists:** They view that human rights can be supported only by Western cultures. Their claim is that human rights have no value at all for Muslims and others beyond the Western sphere. Hence they see “the Universal Declaration of Human Rights” as ‘collection of... nothing but a collection of corrupt rules... to destroy” Islamic values.

b. **Revisionists:** They believe that human rights have been understood and justified within Islamic culture all along and Islam has already granted to mankind an ideal code of human rights fourteen centuries before the Universal Declaration of Human Rights. They do not deny universal standards of human rights but insist on the origins of those rights within Islam. Moderate practising Muslims share the idea however the secularists and the Westernised authors of the Islamic world do not.

II. Liberal Approach:

a) **Assimilationists:** They are the secularists and modernists of the Islamic world. However they discuss the possibility of common grounds of the current international human rights standards within Islamic culture. Once this is established

human rights will have moral legitimacy among Muslims and they will not be so easily portrayed as foreign impositions. In order to do so however they argue the need for reformation in Islam by narrowing Islam to the private (individual) area and removing Islam completely from the public field.

C. Three Foundational Principles

I have tried to clarify the general profile of Muslim approach to international human rights and how the majority of Muslims understand human rights. Therefore, I shall offer the basic philosophy of Islam on human rights so as to contribute to global dialogue and global co-existence. This idea is based on my personal as well as academic experience. Therefore I shall suggest three foundational principles, which Islam has offered in the context of human rights:

1. One God: Towards A Constructive Dialogue
2. *One Humanity: Brotherhood and Sisterhood as Children of Adam and Eve*
3. *Establishing a Just Society for All*

1. One God: Towards A Constructive Dialogue: God has not created us to clash with each other but to help one another, and to come to common terms, which is the core essence of God Almighty who asks the Prophet Muhammad *pbuh* to say that "...O People of the Scripture. Come to an agreement between us and you: that we shall worship none but Allah, and that we shall ascribe no partners unto Him, and that none of us shall take others for lords beside Allah..." (Aal-`Imran: 64).

Accordingly Islam tolerates the difference in religious beliefs as a result of God's wisdom because "...if thy Lord had willed, He verily would have made mankind one nation, yet they cease not differing. Save him on whom thy Lord hath mercy; and for that He did create them..." (Hood: 118-119).

Islam holds the human soul in high esteem and asks the Muslims to respect the dignity of mankind because Allah created them to be different with a mind, freedom and will. When the Prophet Muhammad *pbuh* stood up for the funeral that passed by the people told him: "...it is a funeral of a Jew!" So, the Prophet said: "Is he not a soul?"

Attacking and killing innocent human beings are considered as a grave sin. The Quran says that "Whosoever kills a human being for other than manslaughter or corruption in the earth, it shall be as if he had killed all mankind, and whosoever saves the life of one, it shall be as if he had saved the life of all mankind" (Al-Ma'idah: 32).

Also following the Prophet's *tradition*, his Companions have ordered their armies never to touch women, children or the elderly and never to use force against recluse monks, farmers or merchants by saying that "*Do not start the fight, do not mangle [the enemies' corpses], do not uproot trees, do not demolish houses, do not slay sheep or cows save for eating*".

2. One Humanity: Brotherhood as Children of Adam and Eve: Islam describes the whole humanity as one family. That is why the Prophet Muhammad, *pbuh* has

put it clearly in front of the gathering congregation at the *Farewell Pilgrimage* saying: "*Oh People, Your Lord is One and your father is one. All of you are traced back to Adam, and Adam was created from dust. No privilege of a certain person over the other save by righteous deeds.*"

I believe that considering humanity as a family will help us to find solidarity with each other.

This one humanity has complete right to freedom of religion as Islamic teaching does not force the human being into becoming rightly guided, therefore "...there should be no compulsion in religion. Surely, right has become distinct from wrong; so whosoever refuses to be led by those who transgress, and believes in Allah, has surely grasped a strong handle, which does not break. Allah is All-Hearing, All-Knowing". (Suratu'l-Baqarah, 2:256)

3. Establishing A Just Society for all: Muslims believe that Allah's justice is for everyone, both Muslims and others. Allah Almighty says: "*O ye who believe! Be steadfast witnesses for Allah in equity, and let not hatred of any people seduce you that ye deal not justly. Deal justly, that is nearer to your duty. Observe your duty to Allah. Lo! Allah is Informed of what ye do*" (Al-Ma'idah: 8).

Islam encourages all of us to come together to advocate just causes and stand by those citizens in the world who are weak and who have had their rights taken away. Islam is against oppression therefore it is a duty for Muslims to stand by those oppressed from any nation, colour or religion.

Muslims are always encouraged to stand right behind truth, justice, good and freedom. When it comes to facing injustice, a Muslim is required to face it courageously. Accordingly Islam support and encourage the spirit of tolerance, kindness and mercy when dealing with people from other religions not the spirit of fanaticism, cruelty and violence. Speaking to his Prophet Muhammad *pbuh*, God Almighty says: "*We sent thee not save as a mercy for all peoples*" (Al-Anbiyaa': 107)

In this just society human rights should be central to the defence of human life and freedom. However, overemphasis of individual rights and personal freedom should not lead to the neglect of the public interest.

It seems to me that the best way to root out the destructive effects of globalisation is to establish justice for all and work on unresolved issues, the first of which is to stop bloodshed and to prevent poverty everywhere in the world. The absence of justice, freedom and democracy in many countries are primary reasons behind violations of human rights.

D. Towards globalisation for human rights

In the globalisation framework of Islam and human rights it is important to think of the Muslim world beyond their ruling elite. They are either secularists or traditionalists – neither of whom intends to establish international human rights standards for the benefit of their people. We need to go beyond those elite of the Muslim countries and involve civil society/middle class (ordinary people such as scholars, writers, activists, academics, and journalists) if we would like to establish a global human rights movement to overcome the destructive effects of globalisation on values.

Most Muslim people have a critical attitude towards the Western secular values but a positive approach to the people like themselves, that is promising; and Muslim women are also as willing to participate in such movement in order to promote the global dialogue and global co-existence. If we can shift the globalisation process towards universal human rights and public interest/common good instead of capitalism, this will open up massive new possibilities for positive change and fruitful synthesis.

Therefore an independent analysis of Islamic view of human rights is crucial to reunite the human family, the children of Adam and Eve. Invoking Islamic understanding of human rights will neither lead to the clash of the civilisations nor the end of history. Accordingly the Islamic view of human rights is about global dialogue and global coexistence, not about creating conflict or clash among civilisations. It is also about reintroduction of non-secular values into globalising human rights for the common good. Its aim is to globalise us in the unity of one God, one humanity, and a just global society. This is the essence that is likely to lead us towards a more harmonious and enriching experience of living together.

I would like to leave you with the great thought of Sufi Yunus Emre (d.1320) who lived in an age of hostilities, rifts, and destruction of 14th century Muslim World.

With the mountains and rocks

I call you out, my God;

With Jesus in the sky

Moses on Mount Sinai,

Raising his sceptre high,

I call you out, my God.

For those who truly love God and his ways

All the people of the world are brothers.

The man who doesn't see the nations of the world as one

Is a rebel even if the pious claim he is holy

KARŞILAŞTIRMALI HUKUK TARİHİNDE METODOLOJİK FORMALİZMİN AŞILMASINDA İKİ YÖNTEM: İSTİHSAN VE EQUITY

Dr. Muharrem KILIÇ*

*“Summum jus summa injura”
“Hakkaniyetin etkisi altında bulunmayan
kanunun sertliği adaletsizliktir.”*

The Two Methods of Tackling Methodological Formalism in the Comparative Legal History: Istihsan and Equity

The legal systems differ from each other concerning their material and formal sources. However, they all share a universal and objective principles of justice, equity and common good. This article attempts to demonstrate this very concept, within the context of Islamic law and common law. Although they have different sources, equity in the common law and istihsan in the Islamic law serve as a universal principle to tackle the methodological formalism of both legal systems. Both notions of istihsan and equity encompass the idea of justice, common good, utility and etc. Moreover, both of these methods derived from the notion of natural law.

I. Giriş

Hukuk tarihinde tarihsel oluőumları, kaynakları ve metodolojileri açısından kendilerine özgü niteliklere sahip olan İslam ve İngiliz hukuk sisteminin birbirlerinden ayrıőan yönlerinin varlığının doğallığı kadar, bünyelerinde oluőturdukları hukuk-kuramsal ve kurumsal yapıları arasında benzerliklerin varlığı da doğaldır. Karőılaőtirmalı hukuk tarihi çalıőmalarına zemin oluşturan bu benzerliklerin arkapalanında

* Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, Araştırma Görevlisi.

yatan gerçekliğinde, hukuk kavramının anlam ve içeriğinin bütün toplumlar için temelde özdeş bir kavramsal çerçeveye karşılık gelişinde gizli olduğunu söyleyebiliriz. Hukuk ister pür seküler, ister dinsel nitelikli olsun, toplumsal yaşamı düzenlemeyi amaçlayan sosyal düzen kurallarının en önemlisidir. Bu nedenle, toplumsal yaşam biçimi ile karakterize edilen insanın salt beşeri bir gereksinimi olarak tarihin her evresinde var olagelen hukuk sistemleri insanların ortak kültürel birikimlerini yansıtır. Bu kültürel birikimlerin karşılaştırmalı bir çalışmaya konu edilmesi hiç kuşkusuz, her bir hukuk sisteminin kuramsal ve kurumsal anlamda gelişimine katkıda bulunur.

Bu çalışmanın temel amacı, iki ayrı hukuk sisteminin oluşum ve gelişim evresinde pozitif hukukun toplumsal gereksinimleri karşılama noktasındaki yetersizliklerini giderme fonksiyonunu haiz iki metodik enstrümanın analizini karşılaştırmalı bir biçimde ele almaktır. Kendi özgül tarihsel süreçlerinde varlık kazanan bu iki metodik araç artsüremlerini bir çalışmanın konusu edilmiştir. Zira, bu iki hukuk sisteminin kendi özgün oluşum ve gelişim tarihlerinde boy veren bu kavramların iki ayrı tarihsel kesitte izini sürmek mümkündür. Karşılaştırmalı temel tutamak noktalarını ise, her iki hukuk sistemi arasında tarihsel oluşum ve gelişimleri açısından varolan bir takım paralellikler oluşturmaktadır.

Nitekim mahkeme kararları ile gelişen İngiliz hukukunun oluşum ve gelişim evrelerinde yargıçların yargısal faaliyetleri başat bir role sahip olmuştur. Benzer biçimde, İslâm hukukunda da pozitif hukukun gelişim ve sosyal değişime koşut olarak dönüşümünde fetva ve yargısal kararların öncü konumda bulduklarını ifade edebiliriz. Bu noktada, İslâm hukukunun fiili gereksinimler ve yargısal uygulamalardan değil, dini ve ahlaki düşüncenin bir gerekliliği olarak ortaya çıkmış bulunan pür teorik ve spekülatif bir hukuk olup, İslâm hukukunu Roma hukuku gibi hukuk bilginlerinin hukuku olarak gören¹ klasik oryantalistik bakış bir yanılsamadan ibarettir. Fetvayı İslam hukuk doktrinlerinin gelişim ve değişiminin baş aktörü olarak değerlendirmek ve İslam hukukunu hukuk bilginlerinin hukuku değil, *müftülerin* hukuku olarak nitelendirmek² ve bu noktada İslam hukuku ile İngiliz hukuku arasında bir benzeşimin varlığından söz etmek tarihsel gerçekliğe daha uygun olsa gerektir. Zira ictihadi hukuk ya da yargıç hukuku olarak nitelendirilen İngiliz hukukunun gelişim süreci ile, ilk dönemde fetva, yargı kararları ve farazi hukuk formunda varlık kazanan pozitif hukukun (furû) oluşumundan sonra hukuk teorisi ve metodolojisine (fıkıh usulü) geçişin yaşandığı İslam hukuku arasında bir benzerlik kendisini göstermektedir.

Daha özelden metodolojik düzlemde ise, her iki hukuk sisteminin genel hukuk teorileri ve uygulamalarında *equity* ile *istihsan* arasında böyle karşılaştırmalı bir çalışmayı anlamlı kılacak ölçüde bir benzerliğin olduğunu ifade edebiliriz. Nitekim bu benzerlik, İslam hukuku alanında söz sahibi olan yazarların çalışmalarında ifadesini bulmuştur. Örneğin, Tyan istihsan yorumunun equity temelinde bir akıl yürütme biçimi olduğunu öne sürer. İslam hukuku alanında yeni yasal düzenlemelerin yapıl-

¹ J. Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, s. 209.

² Hallaq, Wael B., "From *Fatwas* to *Furu*: Growth and Change in Islamic Substantive Law", *Islamic Law and Society*, 1 (February 1994) s. 65.

masında veya zaruret, gerekisinim, yarar ve kolaylık gibi pratik sosyal değerlendirmeler temelinde, var olan hukuk kurallarının yorumunu daraltan ya da genişleten bir yöntem olarak nitelendirir. Ona göre, İslam hukukunda zamanla katı ve literal bir yorumlama yöntemi olarak varlık kazanan kıyas karşısında, istihsanın hukukun ruhu, gayesi ve temel sosyal amacı doğrultusunda yorumlanmasının yöntemi olarak gelişmiştir.³ Karşılaştırmaya konu olan benzerliğin temel yapıtaşını her iki metodik enstrümanın teorik arkaplanını oluşturan doğal hukuksal perspektifin öngördüğü adalet ve hakkaniyet idesine dayalı hukuk tasarımı oluşturur. Bu bağlamda İngiliz hukukunda equity⁴, hukukun sosyal değişimler karşısında devinimini sağlayacak olan ve hakkaniyet ilkeleri doğrultusunda hukukun yorumlanması amacıyla hizmet eden salt metodik bir araç değildir. Bunun dışında equity, İngiliz hukuk tarihinde hukuksal formalizmi temsil eden common law⁵ mahkemelerinin karşısında, uygulamada adalet ve hakkaniyet ilkelerini hukuk yorumunda egemen kılmayı amaçlayan yargısal bir mercii de (equity mahkemeleri) deyimler. İslam hukuk tarihinde ise, salt istihsan uygulamaları ile yetkilendirilmiş ayrı bir yargısal merciin varlığından söz edemeyiz.⁶ İstihsan ve benzeri metodolojik kavramların (istislah gibi) genel hukuk

³ Bkz., Makdisi, John, "Legal Logic and Equity in Islamic Law", *The American Journal of Comparative Law*, c. 33 (1985), s. 68; Tyan'ın yaklaşımının tersine Makdisi, İslam hukukunda Batılı hukuk geleneğindeki benzer bir equity kavramının olmadığını öne sürer. Ona göre, pozitif hukuktan ayrı ve onun ötesinde vicdani ilkeler bütünü olarak varlık kazanan ve meşruiyetini doğal hak ve adalet inancından alan equity'nin, hukukun temel kaynaklarının vahiy temeline dayandığı İslam hukuku ile çeliştiğini iddia eder. Makdisi, John, "agm.", s. 67.

⁴ İngiliz hukuk sistemindeki Equity hukukunu, 'hakkaniyet hukuku' kavramı ile karşılayabiliriz. Kuvvetler ayrımının bulunmadığı hukuk sistemlerinde siyasal erkin başı olan hükümdar ya da kral ya da onun temsilcisi olan kişi pozitif hukukun katı kurallarını equity/hakkaniyet adına esnetme ya da yumuşatma yoluna gitmiştir. Roma hukukunda bu görevi pretörler yaparken, İngiliz hukukunda da krallık divanı (lord chancellor) yapmıştır. Ancak bugünkü anlamıyla hakkaniyet kavramı, en üst bir ahlaki düşünceyi deyimleyen adalet kavramından farklı olarak, somut olayın özellikleri çerçevesinde adaletin gerçekleştirilmesi başvurulmuş bir kavramdır. Dolayısıyla hakkaniyet kavramını 'somut olay adaleti' ya da 'bireysel adaletin gerçekleştirilmesi' olarak da nitelendirebiliriz. Bkz., Esener, Turhan, *Hukuk Başlangıcı Derleri*, s. 35-38. Öktem, Niyazi, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi*, s. 58.

⁵ Common law; (İngiliz ortak hukuku/ortak hukuk sistemi) yasama organı tarafından vaz' edilen hukuktan ayrı olarak, meşruiyetini eski örf ve adetlerden ya da bu örf ve adetleri benimseyen ve uygulayan mahkemelerin yargısal kararları ya da hükümlerinden alan hukukun adıdır. Bkz., Black, H. Campbell, *Black's Law Dictionary*, s. 144.

⁶ İslam hukukunda equity'nin mezalim mahkemeleri ve özel mahkemeler biçiminde varlık kazandığını öne süren Khadduri, bu mahkemelerin, prosedürel adaletin geliştirilmesi ve İslam hukukunda uygulanabilir bir kuralın bulunmadığı sorunlara cevap veren bir pozitif hukuk bütünü sunması amacıyla düzenlendiğini ifade eder. Ona göre, prosedürel adaletin geliştirilmesini amaçlayan Roma'da praetor ve İngiliz equity'sinde şansölye mahkemesine (chancery) benzer biçimde, İslam hukuk tarihinde normal mahkemenin yargılama yetkisine girmeyen prosedürel adalet ve hukuk davasına ilişkin sorunları çözmek için mezalim mahkemeleri varlık kazanmıştır. Olağan mahkemelerin yetki alanı dışında kalan davalara bakılan mezalim mahkemelerini bu dar anlamında equity mahkemelerine benzetmektedir. Ancak mezalim mahkemeleri İngiliz equity mahkemeleri arasında böyle bir benzerliğin kurulması pek isabetli görünmüyor (Khadduri, Macit, *The Islamic Conception of Justice*, s. 156-157). Zira İslam tarihinde devletin yargı sistemi içerisinde mezalim mahkemeleri daha çok idari davalara bakan bir idari yargı kurumu olarak var olagelmıştır (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Atar, Fahrettin, *İslam Adliye Teşkilatı*, s. 167-174; Akyüz, Vecdi, *İslam Hukuku'nda Yüksek Yargı ve Denetim: Divan-ı Mezâlim*, İstanbul 1995).

teorisi ve yargısal uygulamalar içerisinde içselleştirildiğini ifade edebiliriz. Roma hukukunda doğal hukuk ya da hakkaniyet ilkelerinin varolan hukuk -pozitif hukuk- içerisinde özümsemesi yönüyle de İslam hukuku ile Roma hukuku arasında bir benzerliğin varlığından söz edebiliriz.

Çalışmamızda hukukta metodolojik formalizmin aşılmasında equity mahkemelerinin genel hukuk teorisi ve uygulamasına yansıyan metodik katkıları ile, istihsanın İslam hukuk teorisi ve uygulamasındaki katkıları analiz edilmeye çalışılacaktır. Benzer metodik ve pratik amaçlara hizmet eden bu iki kavram, her iki hukuk sistemi için temelde özdeş bir işlevselliğe sahip olagelmışlerdir. Son olarak, bu çalışmada pür teorik bir çerçeve çizmekle yetinmenin bu kavramlara ilişkin kuşatıcı ve realist bir panorama sunmasının imkansızlığı nedeniyle, uygulamada bu yönetsel araçların örneklerini sunmaya çalışacağız. Bu çerçevede, İngiliz hukukundan katı formalist yorum anlayışı ile çatışan Anglo-sakson gelenekte yirminci yüzyıl equity hukukçuları olarak nitelendirebileceğimiz enstrümantalistlerin yorumsama tutumlarını örneklendireceğiz. Diğer yanda ise, onbirinci yüzyıl Hanefi hukuk bilginlerinden olan Serahsî'nin (öl. 483/1090) doktrinde zikrettiği istihsan uygulamalarını bir örneklem olarak alacağız.

II. Equity Law (Hakkaniyet Hukuku)

Sosyal ve kültürel yaşamda aktif ve aktüel bir konuma sahip olan hukukun fonksiyonel ve teleolojik karakterini yansıtır biçimde, “*adalet yönelmiş bir toplumsal yaşam düzeni*” olarak tanımlanması mümkündür. Bu tanımlama gereğince hukuk kavramı, düzen, adalet ve sosyal gereksinimleri karşılama olmak üzere üç temel fonksiyonu içerir.⁷ Buna bağlı olarak da, hukuk normlarının üç temel niteliği bulunur: biçim/norm, sosyal olgu ve değer yargısı. Sosyal yaşamı düzenleme amacı güden hukuk, sosyal yaşamla ilgili olmak ve gereksinimlere yanıt vermek durumundadır. Bu yüzden hukuk normunun oluşumunu sosyal yaşam ve gereksinimleri belirler.⁸ Bu üç temel niteliği açısından ele alınması zorunlu olan hukuk, bir sosyal olay olmanın yanı sıra hem bir norm ve hem de değer kimliğini taşıyıcı bir kavramdır. Bu yönüyle hukuk sosyolojik, normatif ve felsefi olmak üzere her üç açıdan da ele alınmak durumundadır.⁹ Bir değer kimliği taşıması nedeniyle hukukun felsefi açıdan ele alınışında, hukukun normatif/biçimsel yönünün arkaplanında var olan ve pozitif hukukun bir anlamda meşrulaştırım aracı olan hakkaniyet, adalet ve nısfet ilkeleri açısından hukuk sistemleri eşittir. Nitekim, “nerede toplum varsa orada hukuk vardır” (*Ubi societas ibi jus*) özdeyişi gereğince hukuk ile birlikteliği kaçınılmaz olan toplumsal yaşamı düzenleme altına alan sosyal düzen normlarının en önemlisi olan hukukun amaçlarını, sosyal gereksinimlerin karşılanması, eşitlik, kamu düzeni, adalet ve benzeri nitelikler oluşturur.¹⁰

⁷ Bkz., Çağıl, O. Münir, *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş*, s. 23; Aral, Vecdi, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, s. 13.

⁸ Güriz, Adnan, *Hukuk Başlangıcı*, s. 28-29.

⁹ Aral, Vecdi, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, s. 142.

¹⁰ Güriz, Adnan, *a.g.e.*, s. 19.

İlkesel olarak, 'bütün hukuk bir oluş içerisinde bulunur; bugünün hukuku, geçmişin hukukundan geleceğin hukukuna bir geçişi' temsil eder.¹¹ Hukukun doğasında içkin olan bu devingen sürecin bilincinde olarak hukuk sistemlerinin, bütünlüklü bir analizi için kendi özgül tarihsel gelişim serüvenleri ışığında ele alınmalarının gerekliliği ortadadır. Ancak, özellikle İngiliz hukukunun bu perspektifle ele alınarak tarihsel orijininin analiz edilmesi zorunludur. Zira, bazı hukuk sistemleri diğerlerine göre, sosyal ve ekonomik değişimlere rağmen kendi geçmişine ve hukuk düşüncesinin geleneksel formlarına daha sıkı bağlıdır. Bunların başında da, kara Avrupası hukuk sistemlerinin tersine, Roma hukukundan oldukça az etkilenen İngiliz hukuk sistemi gelmektedir.¹² O yüzden bu çalışmamızda İngiliz hukukuna ilişkin sunacağımız tarihsel panoramanın yeterli ölçüde geniş tutulmasına özen göstereceğiz.

1. Kavramsal Çerçeve

Latince *aequitas* veya *aequas* sözcüklerinden türeyen equity¹³ terimi üç farklı anlamda kullanılmaktadır. Bunlardan ilki, ahlak (morality), doğal adalet (natural justice), dürüstlük (honesty) ve doğruluk (uprightness) kavramları ile karşılanan terimsel anlamıdır. İkinci olarak ise, hukukun belirlenmiş kurallarını esneten 'doğal adalet ilkesi' anlamında kullanılır. Hukukun yetersiz, katı ya da teknik olduğu durumlarda adalet (justice), hakkaniyet (equity) ve kamu vicdanı ile hukuk desteklenecektir. Üçüncü anlamıyla equity, belirli kurallar bütününe ifade eder. Bu anlamıyla equity, common law'un ve yasama hukuku'nun (statute law) kurallarına paralel bir sistemi deyimler. İngiliz hukukunda equity konu edildiği zaman, terimin öncelikle bu teknik ve dar anlamıyla kullanıldığını söyleyebiliriz.¹⁴

Kökenini Yunan düşüncesinde bulduğumuz hakkaniyet (*epietkeia/aequitas*) kavramı¹⁵, Roma hukukunda formalist pozitif hukukun yanında, değişen toplumsal ilişkilerin doğurduğu yeniliklerin karşılanması amacıyla daha serbest bir hukukun gelişimine olanak sağlamıştır. Katı, sert ve oldukça teknik olan Roma medeni hukuku (*ius civile*), Roma toplumunun gereksinimlerine cevap verememesi ya da yetersiz kalması nedeniyle, hakkaniyet (*aequitas*) ilkesi önce yabancılar hukukunda (*ius gentium*) varlık bulmuştur. Daha sonra hakkaniyet (*aequitas*) ilkesinin Roma hukuk sistemi içerisinde özümsemişi görülmektedir.¹⁶ Aslında common law ve equity ayrımını yalnızca İngiliz hukuk sistemine özgü bir ayırım olmayıp, tüm gelişen toplumların hukuk sistemlerinde görünen bir ayırım olmuştur. Benzer ayırımın yukarıda da belirttiğimiz üzere, Roma hukuk sisteminde de önemli bir yere sahip olduğunu görmekte-

¹¹ Aral, Vecdi, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, s. 145.

¹² Bkz., Zweigert, K.- Kötz, H., *Introduction to Comparative Law*, s. 188. Cottrell, Roger, *The Politics of Jurisprudence*, s. 22.

¹³ Salmond, John, *Salmond's Jurisprudence*, s. 202.

¹⁴ Bkz., Rahim Bakhsh, *Principles Maxims and Leading Cases in Equity*, s. 1; Martin Elizabeth A., *A Concise Dictionary of Law*, s. 151.

¹⁵ Aristo, adalet (justice) ve hakkaniyet (equity) kavramlarının her ikisinin de erdemli olmak anlamlarına gelmekle birlikte, hakkaniyetin (equity) daha üstün olduğunu ifade eder. Bkz. Aristotle, *Ethics* (trans. J.A.K. Thomson), s. 199.

¹⁶ Güriz, Adnan, *a.g.e.*, s. 204.

yiz.¹⁷

Ancak, Roma-Cermen hukukunun temel karakteristiğini oluşturan kamu hukuku ve özel hukuk ayırımının İngiliz hukukunda yer almadığını görüyoruz. Kara Avrupası hukukundan farklı olarak kendine özgü bir sistematik ve hukuk anlayışını temsil eden İngiliz hukukunda, common law ve equity ayırımının yapıldığını ve bu temel ayırımın İngiliz hukukunun tarihsel oluşum ve gelişiminde belirleyici bir role sahip olduğunu görmekteyiz. Uygulamada kamu-özel ayırımına karşılık gelen bu ayırımın varlığını sürdürdüğünü ifade edebiliriz.¹⁸

2. Tarihsel Arkaplan

Tarihsel süreçte İngiltere’de equity’nin gelişimi onüçüncü yüzyılın sonunda I’in Edward’ın hükümranlılığı dönemine kadar geri götürülebilir. O dönemde Kral mahkemesi (the King’s Bench), hukuk mahkemesi (the Common Bench) ve Hazine mahkemesinden (Exchequer) oluşan üç büyük yargı organınca formüle edilip geliştirilen ve ülkenin genel örfüne (common custom) dayanan hukuk common law olmuştur.¹⁹ Altıncı yüzyılda İngiltere’de gezici yargıçlar tarafından geliştirilmiş ve gelenek hukukuna dayanmış olan common law sisteminde hukukun yaratıcısı yargıçlar olmuştur. İngiltere onsekizinci yüzyıldan sonra başlayan kanunlaştırma girişimlerinin dışında kalmış ve İngiliz hukuku ‘örnek olay hukuku’ niteliğini korumuştur. Toplumsal gelişim ve değişimin etkisi ile İngiliz hukuku, ondokuzuncu yüzyıldan günümüze değin yasama hukuku (statute law) olarak adlandırılan ve yasama organınca çıkarılan yasalarla common law’un eksikliklerini tamamlamıştır.²⁰

İngiliz hukuk sisteminde kökenini eski örf ve adetlerden ve bu örf ve adetlere ilişkin yargısal icthadlardan alan hukuk kurallarının bütünü²¹ olarak tanımlanabilecek olan common law,²² eski common law mahkemelerince ülkenin genel örfüne (common custom) dayanarak formüle edilmiş, geliştirilmiş, uygulanmış ve orijinalinde yazılı olmayan hukuktur. Bu hukuk adalet, hakkaniyet ve nısfet ilkelerini uygulayan şansölye mahkemesi (court of chancery) tarafından uygulanan kurallar bütününe ifade eden equity hukukundan ayırdır.²³ İngiliz tarihinin geçmiş yüzyıllarında kök salmış olan common law geleneği, hukukun evrimsel gelişiminde yargıçların merkezi statüsünü ortaya koyan ve mahkeme kararlarıyla oluşan hukuk doktrininde içkin

¹⁷ Farrar, John H.- Dugdale, Anthony M., *Introduction to Legal Method*, s. 34.

¹⁸ David, René, *Çağdaş Büyük Hukuk Sistemleri* (çev. Argun Köteri), s. 313.

¹⁹ Salmond, John, *a.g.e.*, s. 204.

²⁰ Gözübüyük, Şeref, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, s. 13-14.

²¹ Ovacık, Mustafa, *İngilizce-Türkçe Hukuk Sözlüğü*, s. 75.

²² “Normanların istilasından (1066) sonra ilk üç yüzyıl boyunca kraliyet mahkemeleri (royal courts) tarafından geliştirilen kurallara dayanan ve yerel örflerin (local customs) tersine bütün ülkede uygulanan İngiliz hukukunun bir bölümü” olan common law iki anlamda kullanılmaktadır. İlki, medeni hukuka (civil law) karşı Anglo-amerikan hukukunu deyimler. İkincisi ise, Equity’nin karşıtı bir anlamda kullanılır. Bkz., Martin, Elizabeth A., *a.g.e.*, s. 77. Zweigert, K.- Kötz, H., *a.g.e.*, s. 195. Cotterrel, Roger, *a.g.e.*, s. 22. Dolayısıyla common law’un tarihini Normanların İngiltere’yi istila tarihi olan 1066’ya kadar geri götürülebiliriz. Bkz., Parry, Clive, *İngiliz Hukuk Sistemi* (çev. Vakur Versan), s. 18.

²³ Rahim Bakhsh, *a.g.e.*, s. 5.

olan bir hukuktur.²⁴

Katı bir hukuk sistemi niteliğini haiz olan common law ile haklarını elde edemeyip, krala başvuran dava taraflarının dilekçeleri krallık divanına (Lord Chancellor) gönderilmekteydi. Bu tür uyuşmazlıklarda Lord Chancellor (onüçüncü yüzyıldan onaltıncı yüzyıla kadar bir din adamı bu görevi yürütürken daha sonra bu görev meslekten hukukçulara verilmeye başlanmıştır) adaletin gereğini kendi vicdani kanaatine göre yerine getirmeye çalışıyordu. Onyedinci ve onsekizinci yüzyıllarda common law'u tamamlayan ayrı bir hukuk halini alan equity hukuku, ondokuzuncu yüzyılın başında bu yöndeki gelişimini tamamlamıştır. 1875'de adli reform yasası (Judicature Act) ile, her iki hukuk davalarına bakan mahkemeler birleştirilmiştir. İngiliz hukukunda kara Avrupası hukukundakinin tersine, pozitif hukukun uygulanması ile equity uygulaması arasında kesin bir ayrılık söz konusudur. Sosyal şartlardaki değişime koşut olarak pozitif hukukta değişimi öngören ve realize eden kara Avrupası hukukunda nesafet ilkesi, pozitif hukuk ile bütünleşmiştir.²⁵

Equity hukuku, katı olan common law'un usul hukuku ve maddi hukuk anlamındaki yetersizliklerini telafi etme ve onu tamamlama amacıyla var olagelmıştır. Adalet, hakkaniyet ve ahlak kurallarının gerektirdiği doğrultuda hukukun sosyal değişimler karşısında daha esnek bir karakterde olması sağlanmıştır. Kıta Avrupası hukukunda ise, hukukun bizzat kendi ilkeleri çerçevesinde sosyal değişime cevap verme yetkinliğini ortaya koymaya çalıştığını görmekteyiz.²⁶ Buna karşılık, common law'un bir şerhi gibi onun boşluklarını doldurma ve onu tamamlama biçiminde bir fonksiyon icra etmiş olan equity'nin ise,²⁷ tarihsel süreçte üç uygulama alanının varlığından söz edebiliriz. Bunlar, common law'daki katı usul'ün (inflexible procedure) esnetilmesi, yetersiz olan hakkın temini yollarının (inadequacy of remedy) genişletilmesi ve usulî eksiklik (defective procedure) nedeniyle belirli olaylarda common law'da yasal bir çarenin (relief) bulunmaması durumunda çareler sunulması şeklinde sıralanabilir.²⁸

Equity'nin common law/hukuk ile bir çelişki içerisinde olmayıp, hukukun yetersizliklerini telafi etmeyi ve toplumun ortaya çıkan gereksinimlerine uyum sağlamayı amaçladığını görmekteyiz.²⁹ Tamamlayıcı hukuk (supplementary law) niteliğinde olan equity'nin uygulandığı şansölye mahkemesi üç şekilde common law mahkemelerine yardımcı olmuştur. Bunlar,

- a. yeni haklar yaratmak,
- b. yeni yasal çareler (remedies) oluşturmak -sözleşmenin aynen ifası gibi-,
- c. yeni bir usul oluşturmak, -davalının kanıt sunmaya zorlanması gibi.³⁰

Tarihsel süreci içerisinde equity'nin, common law'a egemen olan hukuksal

²⁴ Cotterrel, Roger, *a.g.e.*, s. 21.

²⁵ Güriz, Adnan, *a.g.e.*, s. 204-205.

²⁶ David, René, *a.g.e.*, s. 314.

²⁷ Curzan, L.B., *English Legal History*, s. 97.

²⁸ Rahim Bakhsh, *a.g.e.*, s. 4.

²⁹ Rahim Bakhsh, *a.g.e.*, s. 5.

³⁰ Bkz., Rahim Bakhsh, *a.g.e.*, s. 4, 8.

formalizmden uzak bir biçimde, adalet ve hakkaniyet gibi doğal hukuksal üst-normlar düzleminde bir hukuk kuralları bütünü oluşturduğunu görmekteyiz. Adli reform yasasıyla (Judicature Act) ile 1873-1875 yıllarında gerçekleşen düzenlemelerle yargılama usulündeki düalist yapıya son verilmiştir. Bu yetki birleşimi ile common law ve equity kurallarının uygulanmasının tek bir yargı organından talep edilebileceği kabul edilmiştir. Ancak bu reform, İngiliz hukukuna özgü olan equity ve common law ayırımını tümünden ortadan kaldırmış değildir. Bu temel ayırım varlığını sürdürmekle birlikte, etkinliğini zaman içerisinde kaybetmiştir.⁵¹ Bu yasa ile (Judicature Act) gerçekleştirilen değişimin amacı aslında bu iki hukuk sistemini birleştirmek değil, iki ayrı yargı sistemini ortadan kaldırmaktır. Bu amaçla Adalet Yüksek Mahkemesi (High Court of Justice) ve onun üzerinde bir temyiz mahkemesinden (Court of Appeal) oluşan yargı sistemi benimsenmiştir.⁵²

Başlangıçta equity mahkemesinde yargıcın yargılamada esas alacağı ilkeler bulunmadığı için, yargıç kendi sağduyusu ile hüküm veriyordu. Ancak zaman içerisinde uygulama ile birlikte, equity hukukunu şekillendiren ilkeler/maksimler ortaya çıkmıştır. Davanın adalet ve hakkaniyete uygun bir hükümle sonuçlandırılması noktasında common law'a kural ve usul açısından destek olan şansölye mahkemesi yargısal yetkisini belirli genel ilkelere dayanarak kullanmıştır. Equity maksimleri olarak adlandırılan bu ilkelere⁵³ bazıları şunlardır:

a. Equity hukuku izler *-Equity follows the law/Aequitas Sequitur Legem-*: Equity hukukunun uygulayıcısı olan hükümdar şansölyesi common law kurallarına karşı hukuk kuralları koyma amacını taşııyordu. Ancak hakkın kötüye kullanımını önlemek, iyi niyet ve hakkaniyet ilkeleri gibi kavramları hukuk uygulamasında devreye sokarak, common law'un sertliklerini gidermeyi amaçlıyordu. Equity mahkemeleri vicdani kanaatinin ve ahlaki kuralların gerektirdiği düzeltme ve tamamlamaları gerçekleştirmek amacıyla kraliyet yetkileri üzerine oturan özel yargı mercisi olmuştur.⁵⁴

b. Telafisi olmayan kusur yoktur *-No wrong without a remedy/Ubi jus ibi remedium-*: Bu maksim tüm equity hukuk biliminin kaynağını oluşturur. Equity'nin yargılama yetkisini tanımlayan ve düzenleyen hukuk doktrinleri ve kurallarının bütünündeki gelişiminde kendisini gösterir. Bu maksime göre, bir hak mahrumiyeti ya da gaspı söz konusu olduğu zaman buna hukuki bir çare (remedy) sunulur. Haklar ve çareler eşzamanlı olarak var olurlar. Örneğin, common law'a göre elindeki senedi (a sealed instrument) kaybolan bir alacaklı (creditor) ona ilişkin bir dava açamaz. Equity'e göre ise, alacaklıya dava açabilmesi için yasal bir çare (relief) sunulmuştur.⁵⁵

c. Equity acts *in personam*: Yargılama sürecinde şansölye davayı, davalıya emir ve yasaklamalar yöneltmek suretiyle bağlardı. Davalıya yönelen bu emir ve yasaklar ahlak kuralları ve objektif vicdani ilkelere uygun davranışlara yönlendirici bir

⁵¹ Bkz., Salmond, John, *a.g.e.*, s. 72-73. Rahim Bakhsh, *a.g.e.*, s. 8-9; David, René, *a.g.e.*, s. 318-319.

⁵² Salmond, John, *a.g.e.*, s. 208-209.

⁵³ Rahim Bakhsh, *a.g.e.*, s. 10-12.

⁵⁴ Bkz., Zweigert, K.; Kötz, H., *a.g.e.*, s. 197; Rene David, *a.g.e.*, s. 314.

⁵⁵ Rahim Bakhsh, *a.g.e.*, s. 11.

nitelik arz etmekteydi. Davalının bu emirlere karşı hareket etmesi durumunda hapis ya da mallarının müsaderesi gibi bir takım yaptırımlar söz konusu olurdu.³⁶

d. Equity talep eden kişi kendi üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirmelidir- *He who seeks Equity must do Equity*: Bu, yargılama sürecinde mahkemenin vereceği kararların vicdani ve iyi niyet ilkelerine bağlı olarak ortaya çıkmasını öngören bir maksimdir. Equity mahkemesi davalıya karşı olan yükümlülüğünü yerine getirmedeği takdirde davacıya yasal bir çare (relief) sunmaz.³⁷

e. Eşitlik equity'dir *-Equality is equity-*: Oldukça geniş bir uygulama alanı olan ve bir çok equity/hakkaniyet doktrininde de kaynağını oluşturan eşitlik ve tarafsızlığı deyimler. Buna göre equity, mümkün olduğunca hak ve yükümlülükler konusunda ilgililerin eşitlenmesi ilkesini öngörür. Ancak bu maksimde öngörülen eşitlik literal bir eşitlik değil, orantısal bir eşitliktir. Örneğin, common law'a göre bir kıymetli evrakla alacaklı olan ya da bir borç ilişkisi kuran kişinin (a bond creditor) böyle olmayan bir alacaklıya (a simple contract creditors) önceliği söz konusudur. Equity'ye göre ise, bütün alacaklılar eşit hakka sahiptirler.³⁸

Equity hukukunun uygulama ile oluşan tarihsel-hukuksal birikiminin özsel ifadelendirilişi olan bu ilkeler zamanla common law bünyesinde özümsemiştir. Ancak mahkeme kararlarına dayalı tipik bir ictihad hukuku (case law) olan İngiliz hukukunda yargıçların ortaya koymuş oldukları kuralların (judge-made law) bağlayıcı bir nitelik arz etmesi (rule of precedent)³⁹ nedeniyle, hukuksal yorumlamada formalist eğilimin ağırlığı kendisini hissettirmiştir.

Anglo-sakson hukuk geleneğinde common law ile equity arasındaki bu gerilimin günümüze taşınarak güncelliğini koruyan kadim bir sorun olduğunu ifade edebiliriz. Nitekim hukukun yorumlanması ve uygulanması bağlamında common law geleneğinde yirminci yüzyıl başlarında kendini gösteren metodolojik formalizm, enstrümantalistlerin ağır eleştirilerine maruz kalmıştır. Hukukun yorumlayıcısı ve uygulayıcısı olan yargıçların formalist hukuksal yöneme başvurmalarını eleştiren konu yapan yargıç Holmes, 'hukuk yaşamının mantık değil, tecrübe olduğunu' ifade etmiştir.⁴⁰ Bu bağlamda, formalist eğilimli common law hakimlerinin ve bunların karşısında eleştirel bir tutum sergileyen enstrümantalist hukukçuların bir dava konusuna ilişkin olarak metodolojik yaklaşımlarını ipotetik bir kaç örnekle örneklen-direlim:

Davalının hamilelik dönemindeki ihmali nedeniyle ömür boyu sakat kalan bir çocuğun/davacının tazminat talebine ilişkin dava, davacı çocuğun yetkili temsilcisi tarafından ikame edilmiştir. Olayda hukuki mükellefiyetlere sahip olmayan davacının, zarara uğradığı sırada böyle bir hakkı kullanma yetki ve imkanı söz konusu değildir. Hukuki mükellefiyetler ile haklar arasında karşılıklılık ilkesi egemen oldu-

³⁶ Rene David, *a.g.e.*, s. 316.

³⁷ Rahim Bakhsh, *a.g.e.*, s. 16.

³⁸ Rahim Bakhsh, *a.g.e.*, s. 20.

³⁹ David, René, *a.g.e.*, s. 346.

⁴⁰ Yörükoğlu, Ömer, *Yirminci Yüzyılın İlk Yarısında Amerika Birleşik Devletlerinde Hakim Olan Hukuk Teorisi*, s. 131.

ğundan kişi, şahsiyeti olmadığı bir döneme ait zarardan dolayı hak talep edemez. Zira zararın meydana geldiği anda davalının ihlal ettiği hukuki haklar söz konusu değildir.

Bunun karşısında hukuku bir formal sistem olarak görmeyen enstrümantalist hukuk teorisyenlerinin bakış açısının getirdiği yorumlama biçimi ise şöyle ifadelendirilir:

“Eğer henüz doğmamış çocuğun hukuki mükellefiyetleri yoksa, hukuki hakları olabilir. Ve biz hakimler yararlı hedefler için bu kavramlarda değişiklik yapabiliriz. Eğer yukarıdaki çoğunluk kanaati hak-mükellefiyet ilişkisinde bir karşılıklık ve simetri üzerinde ısrar ederse, o halde çocuğun da, sahip olduğu hak nisbi bir haktır. Çoğunluk kanaatinin dayandığı, bu davayı kazanmak için başvuru olan bir mantık şeklidir ve mantığın kötüye kullanılmasıdır. Gerçekten bu katı konseptualizm ve en kötü halinde, mekanik bir genel hukuk teorisidir. Asıl hakiki mesele hareket noktalarının seçilmesindedir. Mantık bunu emretmez. Mahkeme yeni tip bir haksız fiil iddiasının kabul edilmesi için maddi muhteva ile ilgili düşüncelerle bilgi edinmelidir. İhmal yüzünden, husule gelmiş bu zarar karşısında, zararın giderilememesi için bir sebep göremiyoruz.”⁴¹

Yine, oldukça genelleştirilmiş hukuk beyanlarına itibar eden formalist hakimlerin yaklaşımlarını ortaya koyan olmuş bir olaya dayalı başka bir ipotetik örnek aktaralım:

“Burada davacı, bir hayvanını dikkatsizce, hatta ihmalle, yolun kenarına bağlamıştır. Davalı otomobilini kullanırken sert bir virajı hızlı dönmüş ve bağlı olduğu için yoldan uzaklaşamayan hayvanı öldürmüştür. Mahkeme, hayvanın kaybindan dolayı davacıya, davalının bir tazminat ödemesini reddetmiştir. Bu kararın dayanağı, (B)'ye karşı (T) davasının emsal kararıdır. O kararda da müştereken kusurlu olduğu için davalı, bu arada gene kusurlu olan davacıya bir tazminat vermemektedir. Orada davacı gece hızlı araba kullanarak, anayoldan aşağı inmekte iken ve davalı tarafından tıkanan yol kenarına çarpmıştır. Mahkeme bu emsali, aynen kendi kararına örnek kabul etmiştir.”

Bu olayda formalist yargıçların önceki mahkemenin yaptığı genellemenin otoritesine dayanarak hüküm verdiklerini görmekteyiz. Buna karşı enstrümantalistlerin benimseyecekleri şöyle bir muhalefet şerhi ortaya çıkar:

“Mahkeme çoğunluğunun düşüncesi, önceki mahkemenin emsal görüşü ‘müşterek kusuru tam bir engel’ olarak kabul ettiğine göre, ona uymak gerektiği merkezindedir. Bu yanlıştır. Emsaldeki müşterek kusurla ilgili, sözde kural fazla geneldir. Emsal olayındaki hedefler fazla sürati menetmek, başkasına ika edilen zararı gidermektir. Oysa elimizdeki olaya, emsaldeki ‘müşterek kusur’ diye bir kavramı uygulamak hem yanlıştır, hem de emsaldeki hedefler elimizdeki olayın vakıalarına uymamaktadır; aslında yararlı kılınacak hedefleri de bozmaktadır. Elimizdeki olayda fazla sürat yapan davalıdır. Yoksa emsalde sürati sınırlanacak olan davacıdır. Sonra burada giderilecek olan zarar, emsaldekine nazaran daha fazladır. Buradaki davacı,

⁴¹ Yörükoğlu, Ömer, *a.g.e.*, s. 132-133.

ordaki davacıya nazaran daha çok kusurludur. Böylece emsal olan (B)'ye karşı (T) davası, vakıaları bakımından tamamen farklı nitelikte olduğundan çoğunluk kararına katılmamak gerekir.”

Formalist yönetime karşı enstrümantalistler hukukun yorumlanmasında ‘kamu yararı düzenlemesi’ düşüncesine öncelik vermişlerdir. Hukukun sosyal değişime paralel olarak değişiminin gerekliliğini vurgulamışlardır. Uygulamaya esas olan emsal kararın bir kesinlik ifade etmediğini ve common law’da gerçek bir hukuksal objektivenin olmadığını öne sürmüşlerdir. ‘Kural şüpheciliği’ olarak adlandırılan bu tutum emsal kararlarda daima açık bir belirsizliğin olduğunu ortaya koyar.⁴² Hukukun yorumlanmasında enstrümantalistler, formalist tutumun öngördüğü lafzi yorumu eleştiri konusu yapmışlar ve bunun yerine gai yorum yöntemini tercih etmişlerdir.⁴³

III. İstihsan⁴⁴

İslam hukukunun ilk yüzyılında, hukukun temel işlevlerinden biri olan toplumsal yaşamın gereksinimlerini karşılama amacı doğrultusunda hukuk bilginlerinin çabaları, toplumsal ilişkileri düzenleyen pozitif hukuku oluşturmuştur. Hukuksal alana ilişkin çoğunlukla tümel veya tikel normları içeren iki temel kaynağın –Kur’an ve sünnet- rey ve ictehad yöntemleri ile yorumlanması ya da düzenlemeye konu olmayan boşlukların doldurulması çabası ile pozitif hukukun oluşumu gerçekleşmiştir. Ancak zaman içerisinde pozitif hukuk alanındaki bu serbest düşünüş biçiminin, hukuk metodolojisi alanındaki gelişim ile birlikte kıyas yöntemi dolayımından geçerek formalize edilmesine tanık olmaktadır. Hukukun temel niteliklerinden birinin düzen oluşu, hukukta biçimin/formalizmin gerekliliğini ortaya koymaktadır.⁴⁵ Ancak klasik hukuk metodolojisinde formüle edilen bu lafız-anlam ilişkisine dayalı titiz ve ince bir yorumlama yöntemi, anlamın metodolojik formalizme kurban edilmesini önleyecek biçimde doğal hukuksal zeminde yorumlanan ve şekillenen bir hukuk anlayışına engel teşkil etmemiştir. Bunun en önemli kanıtını da, kıyas yönteminin katılıklarını düzeltmek amacıyla istihsan ve ıstıslah gibi akıl yürütme yöntemlerine başvurarak hakkaniyet ve ‘ortak iyi’ kavramlarına pozitif hukukun yorumlanmasında yer verilmesinde görmekteyiz.⁴⁶ Bu yönüyle istihsan, olan ve olması gereken hukuk ayırımı temelinde şekillenen ve bu ikisi arasında bir köprü kurmayı amaçlayan doğal hukuk-

⁴² Yörükoğlu, Ömer, *a.g.e.*, s. 134-136.

⁴³ Yörükoğlu, Ömer, *a.g.e.*, s. 152.

⁴⁴ Burada konunun teknik ayrıntısına girmeksizin daha çok kavramın işlevselliği üzerinde odaklanarak istihsanın metodolojik formalizmin aşılması bağlamında equity ile özdeş olan ve doğal hukuksal düşüncenin bir yansıması olarak varlık kazanan temel karakteristiği üzerinden durmaya çalışacağız. İstihsan’ın hukuk metodolojisinde ve doktrin içindeki gelişimi konusundaki teknik anlatımı konusunda bkz., Bardakoğlu, Ali, “İstihsan”, *DİA*, XXIII, 339-347.

⁴⁵ Bkz. Aral, Vecdi, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, s. 16-19.

⁴⁶ Chehata, Chafik, “Hukuk Mantığı ve İslam Hukuku” (çev. İ. Kâfi Dönmez), s. 88. Chehata, İslam hukukunda kıyas yönteminin doğuracağı katı ve formalist yorum anlayışının aşılması amacıyla hukuk bilginlerinin istihsan ve ıstıslaha başvurduklarını kabul etmekle birlikte, doğal hukuksal düşüncenin olmadığını öne sürmektedir. Chehata, Chafik, “agm.”, s. 87. Aslında, yerleşik kuralın ya da kıyas yönteminin pozitif hukuk alanında yarattığı katılığın ve formalizmin aşılmasının metodik bir aracı olan istihsanın teorik zeminini doğal hukuk anlayışının oluşturduğunu görmekteyiz.

sal anlayışın metodolojik düzlemdeki tezahürü olmuştur.⁴⁷ Zira, hukuku değerler sisteminin bir parçası olarak gören doğal hukuk doktrini olanla, olması gereken/değer arasında bir köprü kurma işlevini üstlenir. Değer ile hukuk arasında bir birleşme ve kesişmeyi ifade eder. Doğal hukuk bir takım değerlerin normatif bir biçimde ifadelendirilmesi ve mutlak ve soyut olan değerlerin normatif bir dile dönüştürülmesi çabasıdır.⁴⁸

1. Kavramsal Çerçeve

Arap dilinde istihsan sözcüğü, “bir şeyi iyi ve güzel bulmak” anlamında kullanılır.⁴⁹ İslam hukuk tarihinde ilk kez kimin tarafından kullanıldığı tartışmalı olmakla birlikte istihsan, Ebû Hanîfe'nin şahsında Hanefî hukuk ekolü ile özdeşleştirilmektedir.⁵⁰ Genel anlamıyla İslam hukuku kaynaklarından hüküm çıkarma yöntemlerinden birini ifade eden istihsan kavramının tanımlanması, işlevlerinin belirlenmesi konusunda metodolojik düzeyde ciddi tartışmaların yapıldığı görülmektedir. Burada yapılan teknik tartışmalara girmeksizin istihsanı, daha çok kavramın işlevselliğini gözler önüne serici bir genel tanımlamanın verilmesi ile yetineceğiz. Bu doğrultuda istihsan, hukuk bilgininin bir hukuksal sorunu çözerken icma, zaruret, örf ve maslahat gibi bir takım daha özel ve güçlü hukuksal delillere dayanarak genel ve yerleşik kuraldan ayrılıp hukukun genel amaçlarına uygun başka bir hüküm vermesi olarak tanımlanabilir.⁵¹

İngilizce'de *juristic equity* ya da *preference* olarak karşılayabileceğimiz⁵² istihsan Hanefî hukuk bilginleri ile özdeşleşen bir yorumlama aracı olarak bu ekolün önde gelen isimlerinden olan Ebü'l-Hasan el-Kerhî'ye (öl. 340/951) yapılan atıfla terminolojide, “daha güçlü ve üstün bir gerekçe/delil nedeniyle bir konuda, benzerlerinin hükmünden vazgeçip başka bir hükme dönmek” olarak tanımlanmıştır.⁵³ Yine bu hukuk ekolünün önde gelen isimlerinden biri olan Cessâs (öl. 370/981) ise istihsanı, “kendisine nisbetle önceliği bulunan bir delil nedeniyle kıyasın terkedilmesi” biçiminde tanımlamıştır.⁵⁴

İstihsan, kamu yararı, hakkaniyet veya adaletin gerçekleşmesi amacıyla katı kıyas uygulamasından ya da yerleşik kuraldan yüz çevirmektir.⁵⁵ Bu bağlamda kıyas terimi, hukuk metodolojisinde bir akıl yürütme biçimini deyimleyen ‘kıyas’⁵⁶ anla-

⁴⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Bardakoğlu, Ali, “*Tabii Hukuk Düşüncesi Açısından İslâm Hukukçularının İstihsan ve İstislah Görüşü*”, *EÜİFD*, sy. 3 (1986), s. 111-138.

⁴⁸ Keyman, Selahattin, “*Tabii Hukuk Doktrininin Epistemolojik Tahlili*”, *AÜHFD*, c. 47, sy. 1-4 (1998), s. 32-33.

⁴⁹ İbn Manzûr, *Lisânü'l-Arab*, “h-s-n” md., XIII, 114, 117.

⁵⁰ Bu konudaki tartışmalar için bkz., Hasan, Ahmad, *The Early Development of Islamic Jurisprudence*, s. 145-146.

⁵¹ Bardakoğlu, Ali, “*İstihsan*”, *DİA*, XXIII, 339.

⁵² Abdur Rahim, *Muhammadan Jurisprudence*, s. 164.

⁵³ Abdülazîz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, IV, 3; Gazzâlî, *el-Mustasfâ*, I, 283.

⁵⁴ Cessâs, *el-Fusûl*, IV, 234.

⁵⁵ Hasan, Ahmad, *a.g.e.*, s. 145.

⁵⁶ İslam hukuk metodolojisinde kıyas, daha çok bilinen terimsel anlamında kullanılır. Bu da, bir “tekin/fer'in”, hükmün illetindeki birlik nedeniyle “tümelin/asl'ın” hükmüne dahil edilmesidir. Bir diğer

mında değil, İslam hukukunun formel yanını/temel normlarını temsil eden ve hukuk terminolojisinde kapsam yönüyle genel nitelikli şer'î nas/genel norm anlamında kullanılır. Terminolojide bir diğer kullanımı ise, İslam hukukunda veya bazı hukuk ekollerinde kabul edilen ve yerleşik genel kural anlamındadır.⁵⁷

2. İstihsan'ın Teorik Temelleri ve Uygulama Örnekleri

Normatif ve etik bir bilim olan hukuk alanında iki doğruluğun sağlanması gerekir. Bunlar, mantıkî doğruluk ve etik doğruluk ya da adalete uygunluktur.⁵⁸ Bir ayırma gitmeksizin hukuk sistemlerinde bu iki temel doğruluk biçiminin gerçekleşmesi, daha çok sosyal değişimlerle birlikte doğan toplumsal gereksinimlerin zorlamaları ile ortaya çıkmıştır. Yalnızca mantıksal doğruluğun esas alınmasının yaratacağı toplumsal sıkıntıların aşılması bağlamında her hukuk sistemi kendi iç dinamikleriyle metodik refleksler geliştirmiştir. Metodolojik düzlemde mantıksal formalizmin doğuracağı katı, metin-merkezci ya da literalist yorumbilimsel yaklaşımın sakıncaları yine hukuk sistemlerinin kendi metodik enstrümanları ile aşılmıştır. Nitekim İngiliz hukukunda equity örneğinde olduğu gibi, İslam hukukunda da istihsanın bu amacı gerçekleştirme foksiyonu ile ortaya çıktığını ifade edebiliriz.

Hukuk sistemlerinin süreklilik, değişmezlik ve düzen kaygısı ile sosyal değişimler karşısında normatif bir refleks sergilemelerine karşın, değişimin kaçınılmaz meydan okuyuşu karşısında hukuk teorilerinde değişim metodolojisi kadim bir problematik olarak varlığını sürdürügelmiştir. Farklı hukuk sistemlerinde sosyal değişimin bu kaçınılmaz meydan okuyuşlarına karşı farklı yöntemlerin formüle edildiğini görmekteyiz. Yukarıda da ifade edildiği üzere, metodolojik formalizmin veya katılığın Roma hukukunda *jus civile* karşısında esnek olan *jus honorarium* ile, İngiliz hukukunda (common law) ise, equity hukuku yolu ile giderilme yoluna gidilmiştir.⁵⁹ Benzer biçimde İslam hukuk teorisinde de, sosyal değişimin gereklerine cevap verebilmenin yöntemsel aracı olarak niteleyebileceğimiz birden çok metodik unsurun varlığından söz edebiliriz. Bunların başında da teorik çerçevesini ve uygulamasını, öncelikle Hanefî hukuk ekolünde görmüş olduğumuz istihsan gelmektedir. "Bu metod sayesinde bir yandan doktrinde iç tutarlılığın kontrol edildiği, bir yandan da yerleşik hukuk kuralları ile realite, adalet düşüncesi ve hukuk idesi arasında köprü kurulduğu görülür."⁶⁰

Son dönemde İslam hukuk tarihi alanında yapılan çalışmalar, pozitif hukuk ile sosyo-ekonomik, politik ve diğer gerçeklikler arasında çok yakın bir bağın olduğunu ortaya koymuştur. Bunun yanında pozitif hukuk ile hukuk teorisi arasında da sıkı bir ilişkinin varlığı da inkar edilemez. Serahsi hukuk teorisi üzerine kaleme aldığı eserini, pozitif hukuk sistemini üzerine inşa ettiği metodolojinin açıklaması olarak niteler. Serahsi'nin *fikih usûlü*, onun pozitif hukuk ve hukuk uygulamasına verdiği önemi

→

anlamı ise, kapsamı yönüyle genel nitelikli şer'î nass anlamıdır. Bkz. Şa'ban, Zekiyyüddin, *İslâm Hukuk İlminin Esasları* (çev. İ. Kâfi Dönmez), s. 159-160.

⁵⁷ Bkz., Şelebi, *Ta'îl'ül-ahkâm*, s. 337.

⁵⁸ Bkz., Aral, Vecdi, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, s. 13-15.

⁵⁹ Masud, M. Halid, *İslam Hukuk Teorisi* (çev. Muharrem Kılıç), s. 32.

⁶⁰ Bardakoğlu, "İstihsan", s. 346.

gösterir. Eserin furû konularına ilişkin referansları onun pozitif hükümler ile hukuk metodolojisi ve hukuki yorumlama teorisi arasındaki ilişkinin varlığını ortaya koyar. Benzer biçimde, diğer Hanefî hukuk bilginleri de kendi dönemlerinin hukuki uygulamalarına büyük bir önem vermişlerdir. Dolayısıyla, *usûl-ü fikhın* gerçek varlık nedeni ve temel amacı pozitif hukuk olmuştur.⁶¹ Pozitif hukuk ile hukuk teorisi arasındaki bu sıkı ilişki hukuk uygulamasının hakkaniyet ve nasafet ilkeleri doğrultusunda gerçekleşmesinin metodik aracı olarak istihsan ortaya çıkmıştır. Nitekim, Roma ve İngiliz hukuk sistemlerinde olduğu gibi İslam hukukunda da, yargısal adaletin daha üst düzeyde gerçekleştirilmesi suretiyle yargısal süreçte bir reforma gereksinim duyulduğu durumlarda bazı equity formları ortaya çıkmıştır. Gerçekte bütün hukuk sistemlerinde içkin bulunan standart adaletin (justice) bütün durumlara uygulanabilirliğinin imkansızlığı nedeniyle, Aristo yasal adaletin düzelticisi olarak equity'e gereksinim olduğunu belirtir.⁶²

Hukukun adaletli olabilmesi için, adalet düşüncesinin ya da doğal hukuk ilkelerinin gereklerini yerine getiriyor olması gerekir.⁶³ Bu gereklilik doğrultusunda, başta İslam hukuku olmak üzere tüm hukuk sistemlerinin yasal düzenlemelerine -pozitif hukuka- yön verecek ya da çerçeve çizecek bir üst-normlar veya tümel ilkelerin varlığı söz konusudur. Bir anlamda tüm hukuk sistemlerinin evrensel ortak paylaşım alanını deyimleyen bu doğal hukuksal zemin her bir hukuk sistemi içinde var olagelmıştır. Adalet, hakkaniyet ve eşitlik gibi tümel ilkelerin belirlediği kavramsal çerçevenin pozitif hukuk ve hukuk metodolojisi alanında yönlendirici bir işleve sahip olduğunu görmekteyiz. Nitekim, İslam hukuku özelinde 'adalet' ve 'hakkaniyet' ilkelerinin hukukun birincil kaynağında⁶⁴ formüle edildiğine tanık olmaktadır.

Hanefî hukuk bilginlerinin istihsanı, 'gizli kıyas istihsanı' ve 'istisna yoluyla istihsan' olmak üzere iki ana bölüme ayırdıkları görülmektedir.⁶⁵ Çalışmamıza örneklem olarak belirlediğimiz Serahsî'ye göre istihsan, "üzerinde iyice düşünmeden hemen hatıra geliveren açık kıyasa aykırı olan delildir. Olayın hükmü ve bunun genel kurallardan benzerleri üzerinde iyice düşünüldükten sonra, bu aykırı olan delilin daha kuvvetli olduğu anlaşılır ve bu delil ile amel etmek gerekir".⁶⁶ 'İstisna yoluyla istihsan' başlığı altında hukuk bilginlerinin istihsan uygulamalarının dayanakları açısından yaptıkları alt sınıflamaya göre, hukuk metodolojisinde beş çeşit istihsan uygulaması görülmektedir. Bunlar nass, icma, zaruret, örf ve maslahat sebebiyle yapılan istihsan türleridir. Bir hukuksal sorunun genel bir hükmün ya da kuralın kapsamına sokularak ya da ona kıyas edilerek hukukun genel gayelerine aykırı bir biçimde çözümlenmesi kamu yararını zedeleyici -insanların sıkıntıyla yüzleşmesi-

⁶¹ Hallaq, Wael B., "Usul Al-Fiqh: Beyond Tradition, *Journal of Islamic Studies*, s. 182-183.

⁶² Khadduri Macit, *The Islamic Conception of Justice*, s. 155-156. Bkz., dipnot no. 15.

⁶³ Aral, Vecdi, *Toplum ve Adaletli Yaşam*, s. 223.

⁶⁴ Bkz., 2/282; 3/21; 4/3, 58, 127, 129; 5/8, 42; 6/152; 7/29, 159, 181 vd.

⁶⁵ 'Gizli kıyas istihsanı', çözümü aranan hukuki soruna uygulanabilecek birbiriyle çatışan iki kıyas hükmünün bulunması durumunda hükmün sevk amacı açısından daha güçlü ve fakat gizli olan kıyas hükmünün, daha açık olan ve sevk amacı yönüyle daha zayıf olana tercih edilmesidir. Bardakoğlu, "İstihsan", s. 342.

⁶⁶ Serahsî, *el-Usûl*, II, 200.

nitelikte olabilir. Bir kısım maslahatların göz ardı edilerek insanların sıkıntıya girmelerine neden olabilecek biçimde yapılan böyle bir hukuk uygulamasının doğuracağı sakıncaların giderilmesi amacıyla, hukuk metinlerinde yer alan ilgili düzenlemeye (Kur'an ya da sünnette) başvurulması nass sebebiyle istihsan olarak adlandırılır.⁶⁷

Serahsî, hocası Şemsü'l-Eimme Abdülaziz el-Hulvânî'den (öl. 448/1050) riva-yetle, istihsan'ın temel işlevlerini ortaya koyan bir takım tanımlar aktarmıştır. Bu tanımlara göre istihsan, "kıyasın terk edilerek insanlar için en uygun ve yararlı olanın" veya "karşılaşılan zorluklarda, hükümler için kolay olanın alınmasıdır." Benzer biçimde uygulamada istihsanın kullanım amacını ortaya koyar biçimde, hüküm verirken "genişliğin, rahatlığın ve kolaylığın esas alınması" olarak tanımlanmıştır.⁶⁸ Görüldüğü üzere, istihsanın temel işlevi insanlar için en uygun, yararlı ve kolay olanın tercihi ile karakterize edilmektedir. Toplumsal yarar ve kolaylık ilkesi, hukukun etik doğruluk ya da adalet değeri bağlamında yorumlanmasını öngörür. Mantıksal formalizmin yol açabileceği adaletsizlik ve toplumsal sıkıntılar, doktrinde hukuk bilginlerince istihsan formu ile varlık kazanan bir yöntembilimsel araçla çözümlenmeye çalışılmıştır.

Hukuk bilginleri istihšana, 'genel norm/kıyas karşısında daha güçlü bir delilin bulunması' durumunda başvurmuşlardır. Burada genel norm/kıyas karşısında istihšana yönelmenin temel nedeni, hükmün oluşumunu doğrudan belirleyen illet ve delilin istihsandaki daha güçlü olarak bulunmasıdır.⁶⁹ Genel norma/kıyasa dayalı olarak hüküm verilmesi kamu yararını ve hakkaniyet ilkelerini zedeleyici nitelikte ise, daha güçlü bir delile dayanarak hüküm inşa edilir. Örneğin, istisnâ (eser) sözleşmesi genel norma/kıyasa göre geçersizdir. Ancak hukuk bilginleri icma'ya dayanarak yaptıkları istihsan ile bunun geçerliliğine hükmetmişlerdir.⁷⁰ Doktrinde istisnâ (eser) sözleşmesi icma sebebiyle istihsan uygulamasına örnek olarak zikredilmiştir.

İstihsanın temel işlevlerini ortaya koyar biçimde Serahsî'nin aktardığı tanımlar, bir anlamda hukuk bilginlerinin istihšana başvuru gerekçelerini ortaya koymaktadır. Bu gerekçelerden birisi de, genel anlamda güçlük ve zorluğu kaldırma, kolaylığı sağlama ve zararı giderme olarak nitelendirilebilir.⁷¹ Bu çerçevede genel norm/kıyasın yaratacağı toplumsal sıkıntıların aşılması bağlamında, hukukta teknik ifadesiyle *zarûret* ilkesine dayanarak istihšana başvurulduğunu görmekteyiz. Örneğin, kuyu ve havuzların içine düşen pisliklerden arındırılabilmesi kullanılan suyun pislikle sürekli teması nedeniyle genel norma/kıyasa göre mümkün değildir. Ancak, toplum için bir zorluk yaratabilecek olan bu kıyas hükmü, istihsanın amacı olan kolaylık ilkesi gereğince terk edilerek, belirli bir miktarda suyun kuyu ve havuzlardan

⁶⁷ Bkz., Serahsî, *el-Usûl*, II, 202 vd. (Nass ve icma'nın bizzat kendilerinin hüküm kaynağı olduğu, deliller hiyerarşisinde kıyastan önce geldiği ve istihšana da nass ve icmain bulunmadığı alanlarda başvurulabileceği gerçeğinden hareketle *nass ve icma sebebiyle istihsan* şeklindeki klasik ifadeye karşı çıkan İslam hukukçuları da vardır. Bu konuda bk. Zerkâ', *el-Fıkhü'l-İslâmî fî sevbihi'l-cedîd*, Dımaşk 1967-68, I, 85-86).

⁶⁸ Serahsî, *el-Mebsût*, X, 145.

⁶⁹ Abdülaziz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, IV, 9.

⁷⁰ Bkz., Serahsî, *el-Usûl*, II, 203; Abdülaziz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, IV, 10.

⁷¹ Serahsî, *el-Mebsût*, X, 145.

boşaltılarak temizlenebileceği hükmüne varılmıştır.⁷² Bu çerçevede doktrinde yer alan şu örnek de ilgi çekicidir. Hanefî hukuk ekolünde doktrinde benimsenen genel kural, ihtiyaç sahibi/fakir zimmî bir babası olan müslümanın, din ayrılığı gerekçesiyle ona nafaka verme yükümlülüğü söz konusu değildir. Zira hukuken birbirlerinin terikelerine mirasçı olmamaları nedeniyle, nafaka ödeme yükümlülükleri de söz konusu değildir. Ancak, Hanefî hukuk bilginleri, evrensel ahlaki bir norm niteliğinde olan “onlarla/ana-babayla dünyada iyi bir şekilde geçin”⁷³ ilkesine/ayetine dayanarak (nass sebebiyle) istihsana yönelip, doktrinde yerleşik kuralla çelişir biçimde zimmî de olsa müslümanın fakir olan ana-babasına nafaka vermesi gerektiği yönünde bir sonuca gitmek suretiyle, kamu yararı ilkesi gibi daha üst bir normu/doğal hukuk ilkesini esas alan bir yorumlamaya gitmişlerdir.⁷⁴

Yine toplumda kadınların karşılaşılabileceği bir sosyal soruna hukuksal bir çözüm üretme bağlamında doktrinden şu örneği aktarabiliriz. Ölümcül bir hastalığa yakalanan kişinin eşini boşamasından sonra, kadının bekleme (iddet) süresi içinde ölmesi durumunda, hukukun genel normu ya da kıyas hükmü uyarınca boşanan kadının eşine mirasçı olmaması gerekir. Ancak bu mağduriyeti gideren istihsan hükmü gereğince, kadın bekleme süresi içerisinde ölmesi durumunda kocasına mirasçı olabilir. Hukuk bilginleri bu konuda ‘sahabe ittifakı’ ile ortaya çıkan istihsan hükmünü esas alıp, genel normu/kıyas hükmünü bırakmışlardır.⁷⁵

İslam hukukunda benimsenen genel kurala göre, bir satım sözleşmesinde mevcut olmayan şeyin *-ma’dûmun-* satımı hukuken geçersizdir. Buna bağlı olarak, tamamen çıkmamış ya da olgunlaşmamış tarım ürünlerinin satımı geçersizdir.⁷⁶ Ancak hukuk bilginleri kendi dönemlerindeki yerleşik örf ve teamüle dayanarak, hukukun bu genel hükmüne aykırı olmasına rağmen, karpuz, patlıcan, üzüm gibi ürünlerde bu tür satımı hukuken geçerli kabul etmişlerdir. Bu konuda hukuk bilginleri yerleşik teamülü esas alarak istihsan yapmak suretiyle, hukuksal formalizmin doğuracağı toplumsal sıkıntıyı aşmışlardır.⁷⁷ Yine bir başka istihsan uygulaması doktrinde şöyle ifadelendirilmiştir. Hukukta yerleşik kurala göre, kişi bizzat kendi gözüyle görmediği bir şey konusunda tanıklık yapamaz. Ancak, Hanefî hukuk bilginleri nesep, nikah, ölüm gibi konuların kanıtlanmasında işitme yolu ile elde edilen bilgiye dayanarak tanıklık yapılabileceğini istihsan hükmünü esas alarak kabul etmişlerdir. Bu tür konularda görmek suretiyle bilgi sahibi olmanın oldukça az ve bazı kişilerce mümkün olması ve bu konuların ileriye dönük uzun etkilerinin bulunması nedeniyle istihsana yönelinmiştir. Bunun doğuracağı sıkıntı ve güçlüğün, aşılması amacıyla, kesin bilgiye dayanması gerekliliğini öngören genel norm/kıyas hükmü terk edilmiştir.⁷⁸

Maslahat ya da kamu yararı ilkesine dayanan bir istihsan uygulaması örneği

⁷² Serahsî, *el-Usûl*, II, 203; Abdülazîz el-Buhârî, *Keşfü'l-esrâr*, IV, 11.

⁷³ 31/15.

⁷⁴ Serahsî, *el-Mebsûl*, V, 206, 226.

⁷⁵ Serahsî, *el-Mebsûl*, VI, 154-155.

⁷⁶ Serahsî, *el-Mebsûl*, XII, 193, 195, 196.

⁷⁷ Serahsî, *el-Mebsûl*, XII, 197.

⁷⁸ Serahsî, *el-Mebsûl*, XVI, 149-150.

de ziraat ortaklığıdır (*müzâraa*). Hanefî hukuk ekolündeki yerleşik kurala göre ziraat ortaklığı, kira sözleşmesinde olduğu gibi akdi yapan tarafların veya taraflardan birinin ölümü ile sona erer. Fakat zararı gidermek ve maslahat düşüncesiyle, bazı durumlar bu kuraldan istisnâ edilmiştir. Örneğin, toprak sahibi ölmüş ve mahsul henüz yetişmemiş ise, varisler araziyi boşaltmasını istese bile, bu durumda, kıyasa aykırı olmakla beraber istihsanen sözleşmenin devam edeceğine hükmedilmiştir. Burada, emek sahibinin menfaatini korumak ve zarara uğramasını önlemek için genel kural bırakılarak istihsan yapılmıştır.⁷⁹

Son olarak kişisel mağduriyetin telafi ve tazmini bağlamında yetersiz olan genel normun/kıyas hükmünün terkedilip, hakkaniyet ilkesine dayalı bir hükme yönelmenin bir örneği olarak şunu zikredebiliriz. Kamunun yararlandığı bir ana yolun kenarında kendisine ait bir arazide bir duvar inşa eden kişinin yaptığı bu duvar tehlikeye arz edecek bir biçimde eğilirse ve bu durum kendisine bildirildiği halde onu yıkmak suretiyle gerekli önlemi almadığı takdirde, duvarın kendiliğinden bir insanın üzerine yıkılması durumunda, kıyas hükmüne göre o kişiye tazmin gerekmez. Zira, bu olayda, arazi sahibinin bizzat gerçekleştirdiği bir haksız fiil söz konusu değildir. Ancak Hanefî hukuk bilginleri kıyas hükmünün doğuracağı mağduriyeti gidermek amacıyla, istihsan yöneltmişler ve onun tazmin yükümlülüğünün olduğu yönünde bir hüküm vermişlerdir.⁸⁰

Sonuç

Hukuk sistemleri yaratıcı kaynakları ya da biçimsel kaynakları açısından birbirlerinden ayrışıyor olsa bile, insanlığın ortak değerleri olan adalet, hakkaniyet ve ortak iyi gibi kavramlarla içeriklendirilen hukukun kökeni konusunda evrensel ve nesnel bir hukuk-kuramsal zeminin varlığından söz edebiliriz. Tüm pozitif hukuk sistemleri için varlığını kabul edebileceğimiz bu evrensel ve nesnel arkaplan 'olması gereken hukuk' olarak kavramsallaştırılan doğal hukuksal perspektiftir. Hukuk sistemlerine ilişkin karşılaştırmalı tarihsel bir analiz bu gerçekliği kanıtlar niteliktedir. Özellikle, tarihsel oluşum ve gelişim biçimleri açısından göreceli olarak, bu iki hukuk sistemi arasında karşılaştırmalı bir çalışmayı daha da anlamlı kılacak bir takım benzerliklerin olması konuyu daha ilgi çekici yapmaktadır.

İnsanlığın toplumsal belleğinde var olan hukuk idesinin, olgusal dünyada bir form/biçim kazanmasında belirleyici oluşu, hem pozitif hukuk ve hem de hukuk kuramı alanında bir takım arayışlara kapı aralamıştır. Her hukuk sisteminde adalet, hakkaniyet ve nasafet ilkeleri gibi soyut ilkelerin hukuk uygulamasında gerçeklik kazanması amacına dönük metodolojik araçlar var olagelmiştir. Nitekim bu çalışmanın sınırlı çerçevesi içerisinde ortaya koymaya çalıştığımız üzere, her iki hukuk sistemi özdeş amaçlara yönelen bir değer boyutuna referansla metodolojik ve pozitif hukuksal gelişimini sürdürmüşlerdir. Bu makalenin konusunu oluşturan, İngiliz hukukunda *equity* ve İslam hukukunda istihsan, bu bağlamda özdeş işlevlere sahip olmuşlardır. Özdeş bir işlevselliğe sahip olan bu iki metodik aracın arkaplanında da

⁷⁹ Serahsî, *el-Mebsût*, XXIII, 45.

⁸⁰ Serahsî, *el-Mebsût*, XXVII, 9.

evrensel ve nesnel değerler içeren doğal hukuksal bakış açısının varlığı kendisini göstermektedir.

Kaynakça

- Abdur Rahim, *Muhammadan Jurisprudence*, Lahore, tsz.
- Abdülazîz el-Buhârî (öl. 730/1330), *Keşfü'l-esrâr*, I-IV, Beyrut, 1994.
- Aristotle, *Ethics*, (trans. J.A.K. Thomson), London, 1976.
- Aral, Vecdi, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, İstanbul, 1979.
- , *Toplum ve Adaletli Yaşam*, İstanbul, 1988.
- Atar, Fahrettin, *İslam Adliye Teşkilatı*, Ankara, 1991.
- Bardakoğlu, Ali, "İstihsân", *DİA*, XXIII, 339-347.
- , "Tabii Hukuk Düşüncesi Açısından İslâm Hukukçularının İstihsan ve İstislah Görüşü", *EÜİFD*, sy. 3 (1986), Kayseri 1986, s. 111-138.
- Black, H. Campbell, *Black's Law Dictionary*, Minnesota, 1983.
- Cessâs, Ebû Bekr Ahmed b. Ali er-Râzî (öl. 370/981), *el-Füsûl fi'l-usûl*, thk. Acîl Câsim en-Neşmî, Kuveyt 1994, I-IV.
- Cehata, Chafik, "Hukuk Mantığı ve İslam Hukuku" (çev. İ. Kâfi Dönmez), *İslam Tetkikleri Enstitüsü Dergisi*, VIII/1-4, İstanbul, 1984, s. 71-88.
- Cotterrell, Roger, *The Politics of Jurisprudence*, Philadelphia, 1992.
- Curzan, L. B., *English Legal History*, London, 1968.
- Çağıl, O. Münir, *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş*, İstanbul, 1966.
- Esener, Turhan, *Hukuk Başlangıcı Dersleri*, İstanbul, 1998.
- Farrar, John H.-Dugdale, Anthony M., *Introduction to Legal Method*, London, 1990.
- Fransworth, E. Allan, *Amerikan Hususi Hukukuna Giriş*, İstanbul, 1961.
- Gazzâlî, Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed (öl. 505/1111), *el-Mustaşfâ fi ilmi'l-usûl*, Bûlak-Kahire 1906'dan ofset Beyrut ts.
- Gözübüyük, Şeref, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, Ankara, 1993.
- Hallaq, Wael B., "Usul Al-Fiqh: Beyond Tradition", *Journal of Islamic Studies*, 3, (1992).
- "From Fatwas to Furu: Growth and Change in Islamic Substantive Law", *Islamic Law and Society*, 1 (February 1994), s.17-56, 4.
- Hasan, Ahmad, *The Early Development of Islamic Jurisprudence*, Islamabad, 1988.
- İbn Manzûr, Ebu'l-Fazl Cemalüddîn (öl. 771/1369), *Lisânü'l-Arab*, I-XV, Beyrut, 1990.
- John Makdisi, "Legal Logic and Equity in Islamic Law", *American Journal of Comparative Law*, 33 (1985), s.63-92.
- Keyman, Selahattin, "Tabii Hukuk Doktrininin Epistemolojik Tahlili", *AÜHFD*, c. 47, sy. 1-4, 1998.
- Khadduri, Macit, *The Islamic Conception of Justice*, London, 1984.
- Masud, M. Khalid, *İslam Hukuk Teorisi* (çev. Muharrem Kılıç), İstanbul 1997.
- Ovacık, Mustafa, *İngilizce-Türkçe Hukuk Sözlüğü*, Ankara, 1986.
- Öktem, Niyazi, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi*, İstanbul, 1988.

- Özsunay, Ergun, *Karşılaştırmalı Hukuka Giriş*, İstanbul, 1976.
- Parry, Clive, *İngiliz Hukuk Sistemi* (çev. Vakur Versan), İÜHF yay., İstanbul 1945.
- Rahim Bakhsh, *Principles Maxims and Leading Cases in Equity*, Lahore, ty.
- Rene David, *Çağdaş Büyük Hukuk Sistemleri* (çev. Argun Köteli), İstanbul, 1966.
- Salmond, John, *Salmond's Jurisprudence*, Lahore, 1989.
- Schacht, J., *An Introduction to Islamic Law*, Oxford, 1965.
- Serahsî, Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ahmed (öl. 483/1090), *el-Usûl*, nşr. Ebu'l-Vefâ el-Afgânî, Beyrut 1991, I-II.
- , *el-Mebsût*, Kahire 1324-31'den ofset Beyrut, 1993, I-XXX.
- Şelebî, Muhammed Mustafa, *Ta'îlü'l-ahkâm*, Beyrut 1981.
- Şaban, Zekiyyüddin, *İslâm Hukuk İlminin Esasları* (çev. İ. Kâfi Dönmez), Ankara, 1990.
- Yalçinkaya, Namık Kemal, *İngiliz Hukuku*, Ankara, 1981.
- Yörükoğlu, Ömer, *Yirminci Yüzyılın ilk Yarısında Amerika Birleşik Devletlerinde Hakim Olan Hukuk Teorisi*, İstanbul, 1982.
- Zerkâ', Mustafa Ahmed, *el-Fıkhü'l-İslâmî fi sevbihi'l-cedîd*, Dımaşk 1967-68.
- Zweigert, Konrad- Kötz, Hein, *Introduction to Comparative Law*, Oxford, 1992.

İSLAM VE TÜRK BORÇLAR HUKUKUNA GÖRE SATIM SÖZLEŞMESİNDE HASARIN GEÇİŞİ SORUNU

Yrd.Doç.Dr.Talip TÜRCAN*

The Question of Transmission of Damage in The Contract of Sale According to Islamic and Turkish Law of Obligations

The problem of transmission of damage is concerned with the question that which party, vendor or buyer, will bear the damage occurred upon the object (which is being sold) within the period between the conclusion of contract of sale and the delivery.

There are two basic adopted systems to regulate the transmission of damage in a contract of sale. The first system is termed as the contract principle, which stipulates the conclusion of contract for the transmission of damage to the buyer. As for the other system, it is termed as the delivery principle, which stipulates the delivering of object for the transmission of damage. In the classical doctrine of Islamic law, while some legal schools accept the contract principle, some others adopt the delivery principle.

In this article, having compared the Islamic law and Turkish law, we studied the question of transmission of damage in the contract of sale.

Key Words: Islamic Law, Turkish Law, Contract of Sale, Transmission of Damage

Giriş

Satım sözleşmesinde hasarın geçişine ilişkin hukukî sorunun özünü, sözleşmenin kurulmasından itibaren satılanın teslimine kadar geçecek süre içinde bedellerden yalnızca satılarda (*mebi*) meydana gelebilecek zarardan ötürü ortaya çıkacak mâlî kayba satıcı ve alıcıdan hangi tarafın ve hangi andan itibaren katlanacağı hususu teşkil etmektedir.¹ *Semenin* uğrayabileceği zarar sebebiyle oluşacak mâlî kayıp, satım sözleşmesinde hasarın geçişi teriminin kavramsal içeriğine dahil değildir. Bu

* Süleyman Demirel Üniversitesi İlahiyat Fakültesi

¹ Feyzioglu, Feyzi Necmeddin, *Borçlar Hukuku Hususî Kısım (Akdin Muhtelif Nevileri)*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1970, I, 148.

itibarla semende oluşacak zarar ve doğuracağı sonuçlar söz konusu sorunun kapsamına girmemektedir.²

Hasar, satım sözleşmesinin kurulmasından itibaren satılanın teslim edilmesi-ne kadar olan süre içinde sözleşmenin konusunu teşkil eden malda, satıcıya isnad edilmesi mümkün olmayan nedenlerden (*kusursuz imkansızlık* teşkil eden hallerden) ötürü meydana gelen yok olma (helâk/telef) ya da bozulma/kötüleşme/eksilme (ayıp/noksan) yüzünden doğan mâlî kayıp demektir.³ Diğer bir ifadeyle hasar, satıcının herhangi bir kusuru olmaksızın satılanın teslim edilememesi ya da daha düşük değerde teslim edilebilmesi sebebiyle oluşan mâlî zarardır. Bu itibarla söz konusu zarara, borca ilişkin hasar da denilmektedir. Borca ilişkin hasar, satıcıyı, kendi borcundan kurtulmakla birlikte 'semeni talep etme hakkını kaybetmek' ve alıcıyı ise, satılanı, -telef olması sebebiyle- hiç veya -bozulması sebebiyle- sözleşmede öngörülen niteliklerine uygun olarak elde edememesine rağmen bedelini ödemek ve dolayısıyla 'satılardan veya karşı edimden yoksun kalmak' biçiminde tehdit eden bir tehlike olarak tezahür eder.⁴

Satılarda oluşabilecek zarar, yok olma (helâk/telef) ya da bozulma/kötüleşme/eksilme (ayıp/noksan) biçiminde ortaya çıkabilir. Yok olma ile satılanın tümüyle kıymetsizleşmesi, bozulma ile de onun kıymetinde meydana gelen eksilme kastedilmektedir. Görüleceği üzere, hasar, satılarda meydana gelen yok olma ya da bozulma biçimindeki zarardan farklı bir kavramsal içeriği temsil etmektedir. Çünkü satılarda meydana gelen zarar olgusal; taraflardan birini ya da her ikisini tehdit eden mâlî kayıp/zarar (hasar) ise, hukukî (isnâdî)dir.

Klasik İslâm hukuk doktrininde satılarda meydana gelen zarardan doğan mâlî kayıp, *hasâr*⁵ ve söz konusu mâlî kayba katlanma yükümlülüğü/ sorumluluğu da *damân*⁶ ya da *uhde*⁷ terimleri ile ifade edilmektedir. Fakat kimi zaman damân terimi-

² Zevkliler, Aydın/Aydoğdu, Murat/Petek, Hasan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Seçkin Yayınevi, Ankara 1998, 36.

³ Bkz. Tunçomağ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku*, I-II (II. Cilt: *Özel Borç İlişkileri*), Sermet Matbaası, İstanbul 1977, II, 67.

⁴ Feyzioğlu, I, 148; Yavuz, Cevdet, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, I-II, Beta Basım Yayın Dağıtım A. Ş., İstanbul 1989, I, 47-48; Karahasan, Mustafa Reşit, *Türk Borçlar Hukuku*, I-VI (Cilt IV-VI: *Özel Borç İlişkileri*), İstanbul 1992, IV, 69; Uygur, Turgut, *Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu*, I-VII (Cilt III-VII: *Özel Borç İlişkileri*), Seçkin Yayınevi, Ankara ty., III, 195.

⁵ Bkz. İbn Ruşd el-Hafid, Ebu'l-Velid Muhammed b. Ahmed el-Kurtubî, *Bidâyetü'l-Muctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid*, I-II, Kahraman Yayınları, İstanbul 1985, II, 154; İbn Cuzeyy, Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed b. Muhammed el-Kelbî, *el-Kavânînu'l-Fikhiyye*, Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, Beyrut 1409/1989, 248.

⁶ Bkz. el-Kâsânî, Alâuddin Ebû Bekr b. Mes'ûd, *Bedâiu's-Sanâi' fî Tertîbi's-Şerâi'*, I-X, Tahkik: Alî M. Muavvid ve Âdil A. Abdulmevcûd, Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut 1418/1997, VII, 226 vd.; İbn Cuzeyy, 248; en-Nevevî, Muhyiddin Ebû Zekeriyyâ Yahyâ b. Şeref, *Minhâcu't-Tâlibîn ve Umdu't-Mufîtin fî'l-Fikh* (el-Ensârî'nin *Metnu'l-Menhec'*i ile), Mektebetu's-Sekâfe, Aden ty., 102; İbn Kudâme, Muvaffakuddin Ebû Muhammed Abdullâh b. Ahmed, *el-Muğnî*, I-XII+2 (*eş-Şerhu'l-Kebîr* ile), Dâru'l-Fikr, Beyrut 1417/1997, IV, 235-238.

Ancak belirtmemiz gerekir ki, *damân* teriminin anlamı yalnızca hasar kavramı ile sınırlı değildir. *Damân* teriminin klasik İslâm hukuk literatüründe hangi kavramsal içeriklerde kullanıldığı hususunda bkz. Aktan, Hamza, "Damân", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İstanbul 1993, VIII, 450-453.

⁷ Bkz. İbn Hazm, Ebû Muhammed Alî b. Ahmed b. Saîd, *el-Muhallâ bi'l-Âsâr*, I-XII, Dâru'l-Fikr, Beyrut

nin hasâr kavramını karşılayacak biçimde kullanıldığı da görülmektedir.⁸ *Mecelle* ise, sorunu düzenlediği 293. maddesinde söz konusu kavramı belirtmek için *zarar* kelimesini kullanmaktadır. Buna karşılık Türk Borçlar Kanunu (BK.)'nin 183. maddesinde, tıpkı klasik İslâm hukuk doktrininde olduğu gibi, *hasar* kelimesi tercih edilmiştir. Türk hukuk doktrininde ise, *hasar*⁹ teriminin yanı sıra, *zarar*¹⁰ ve *tehlike*¹¹ kelimeleri de kullanılmaktadır.

Hasarın geçişi denildiğinde ise, belirtilen süreçte satılanın kusursuz imkansızlık teşkil eden hallerden ötürü yok (helâk/telef) olması ya da bozulması/ kötüleşmesi/eksilmesi sebebiyle ortaya çıkan mâlî kaybın, satıcının sorumluluğundan çıkıp alıcının sorumluluğuna intikali anlatılmak istenmektedir. Klasik İslâm hukuk doktrininde bunu ifade etmek üzere, katlanma sorumluluğunun geçişi anlamında *intikâlu'd-damân*¹² tabirinin kullanıldığı görülmektedir. Şu halde hasarın geçişi sorunu, esas itibarıyla satım sözleşmesinde hasara katlanma yükümlülüğünün alıcıya ne zaman ve nasıl geçeceği ile ilgilidir.

Soruna ilişkin tanımlamaya dikkat edilirse, hasarın geçişi, *kusursuz imkansızlık halleri* ile sınırlanmaktadır. İslam hukukunda *sebeplî sorumluluğunun* asıl olması nedeniyle, satıcı ya da alıcının *mubâşeret* yoluyla verdikleri zararlarda kusurlu olup olmadıklarının bir önemi bulunmamaktadır. Yani, tarafların kusuru olmasa bile, *mubâşeret* yoluyla katıldıkları zararların sorumluluğu onlara nisbet edilmektedir. Çünkü *mubâşeret* yoluyla gerçekleşen haksız fiil sorumluluğu için, hukuka aykırı fiilin, ortaya çıkmış bir zararın ve zararı fiile bağlayan nedensel irtibatın (illiyet) bulunması yeterlidir. Kusur, ancak *tesebbüben* gerçekleşmiş haksız fiiler bakımından sorumluluğun bir unsurunu teşkil etmektedir.¹³ Bu itibarla hasarın geçişi kusursuz imkansızlık halleri ile sınırlandırıldığında, satılan şeyde doğrudan satıcı ya da alıcının fiili ile oluşan zararlar, İslam hukuku bakımından bahse konu sorununun kapsamında değerlendirilemeyecektir.

→

ty., VII, 272 vd.

⁸ Bkz. İbn Cuzeyy, 248.

⁹ Bkz. Feyzioğlu, I, 147 vd.; Yavuz, I, 47 vd.

¹⁰ Bkz. Uygur, III, 193.

¹¹ Bkz. Tunçomağ, II, 65 vd.

¹² Bkz. İbn Receb, Ebu'l-Ferec Abdurrahmân, *el-Kavâid fi'l-Fikhi'l-İslâmî*, Murâca ve Ta'lîk: Tâhâ A. Sa'd, Mektebetu'l-Kulliyâtî'l-Ezheriyye, Kâhire 1392/1972, 56-57; el-Haraşî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Abdillâh b. Alî, *Şerhu Muhtasari Sîdî Halîl*, I-VIII (Alî el-Adevî'nin hâşiyesi ile), Dâru Sâdir, Beyrut ty. (Bulak 1318 baskısından), V, 85, 159; ed-Derdîr, Ebu'l-Berakât Sîdî Ahmed, *eş-Şerhu'l-Kebîr*, I-IV (ed-Desûkî'nin hâşiyesi ve Muhammed Uleyş'in *takrîrâtı* ile), Dâru'l-Fikr, by. ty., III, 146.

¹³ *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, md. 92-93, 887-888, 912-925. Alî Haydâr, Hoca Emîn Efendizâde, *Dureru'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, I-IV, Matbaa-i Tevsi-ı Tıbbat, İstanbul 1330, I, 194-195; Mahmasânî, Subhî, *en-Nazariyyetu'l-Âmme li'l-Mücebât ve'l-Ukûd fi'ş-Şeriatî'l-İslâmiyye -Bahsun Mukâran fi'l-Mezâhibi'l-Muhtelif ve'l-Kavânini'l-Hadîse-*, I-II, Dâru'l-İlm li'l-Melâyîn, Beyrut 1983, I, 168 vd.; ez-Zuhaylî, Vehbe, *Nazriyyetu'd-Damân ev Ahkâmu'l-Mes'ûliyyeti'l-Medeniyye ve'l-Cinâiyye fi'l-Fikhi'l-İslâmî -Dirâsetun Mukârane-*, Dâru'l-Fikr, Dımaşk 1402/1982, 18 vd., 196-197.

1. Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçişine İlişkin Sistemler ve İslâm Borçlar Hukuku

Satım sözleşmesinde hasarın geçişi, çeşitli hukuk düzenlerinde farklı çözüm biçimlerine bağlanmıştır. Hasarın geçişi sorununun düzenlenmesine ilişkin olarak, esas itibarıyla, *sözleşme ilkesi* ve *teslim ilkesi* biçiminde nitelenen iki ana sistemin mevcut olduğu görülmektedir. Şu kadar ki, hasarın geçişi meselesinde aynı sisteme bağlı hukuk düzenleri arasında da mülkiyetin kazanılma anına (sözleşme ya da teslimle) göre farklı düzenlemeler bulunabilmektedir.

Roma hukukunda 'hasar alıcıya aittir' (*periculum emptoris est*) kuralı geçerliydi. Roma hukuku, mülkiyetin geçmesi için ayrı bir işlemin (*tradito, mancipatio, in iure cessio*) daha yapılmasını aradığı halde, hasarın geçişinde sözleşmenin kurulmuş olmasını yeterli görmekte idi. Satılanın teslim ve mülkiyetin de devredilmemesine rağmen, sözleşmenin kurulmasından itibaren alıcı hasardan sorumlu kabul edilmekteydi ki, buna *sözleşme ilkesi* denilmektedir. Ancak söz konusu ilke, yalnızca *parça borçları* (ferden muayyen şeylerin satımı) hakkında geçerliydi. *Cins borçlarında* (nev'an muayyen şeylerin satımında) ise, 'çeşit yok olmaz' (*genus non perit*) kuralı gereği hasarın borçluya ait olduğu öngörülmüştü.¹⁴

Hasarın geçişinde, Ortak hukuk gibi, İsviçre ve Türk hukuk düzenleri de Roma hukukunda öngörülen çözüm biçimini, yani sözleşme ilkesini benimsemişlerdir.¹⁵

Türk borçlar hukukunda satım sözleşmesinde hasarın geçişine ilişkin kural (BK.183), tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde sonradan kusursuz imkansızlık nedeniyle borcundan kurtulmuş olan borçlunun, henüz karşı edim kendisine ifa edilmemişse, onu isteme hakkını kaybedeceğini; karşı edimin daha önce ifa edilmiş olması halinde ise, aldığını haksız iktisap (sebepsiz zenginleşme) hükümlerine göre iade etmekle yükümlü olduğunu bildiren düzenlemenin (BK.117/II) bir istisnası niteliğindedir. Hasarın geçişine ilişkin kuraldan, yeterince açık olmayan¹⁶ 'halin icabı' ifadesiyle belirtilen bir kısım durumlar ve 'hususî şartlar' ifadesiyle de sözleşme yapılırken taraflarca başka türlü kararlaştırılan hususlar (BK.183/I) ile kimi özel kanun hükümlerinden kaynaklanan durumlar istisna edilmiştir. Buradan, söz konusu kuralın emredici nitelikte olmadığı da anlaşılmaktadır. Ayrıca kuralın geçerliliği, cins borçları bakımından ayırt etme işleminin yapılmış ve satılan başka yere gönderilecekse satıcının onun üzerinden elini çekmiş olmasına bağlıdır (BK.183/II). Ta'likî şart (geciktirici/erteleyici koşul) ile yapılan satımlarda ise, hasarın, alıcıya şartın gerçekleştiği andan itibaren intikal edeceği kabul edilmiştir (BK.183/III).

Fransız ve Anglo-Sakson hukukları da sözleşme ilkesine bağlı bulunmaktadır. Ancak, aynı ilkeyi benimseyen belirttiğimiz hukuk düzenlerinden farklı olarak, bu hukuk düzenlerinde alıcının sözleşme ile yalnızca alacak hakkını değil, mülkiyet hakkını da kazandığı kabul edilmektedir. Buna göre hasar, sözleşmenin kurulmasının

¹⁴ Rado, Türkân, *Roma Hukuku Dersleri (Borçlar Hukuku)*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1987, 125-126. Ayrıca bkz. Feyzioğlu, I, 150; Tunçomağ, II, 68.

¹⁵ Feyzioğlu, I, 150; Tunçomağ, II, 68; Yavuz, I, 50.

¹⁶ Bkz. Tunçomağ, II, 87. Ayrıca bkz. Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, 73.

dan itibaren mülkiyetle birlikte alıcıya geçmektedir. Şu kadar ki, kuralın cins borçları bakımından geçerliliği ayırt etme işleminin yapılmış olması koşuluna bağlıdır. Ayırt etme işlemi yapılmadığı takdirde, hasar satılanın teslimi ile alıcıya geçer. İspanya, İtalya ve Belçika hukuklarının da bu gruba dahil oldukları belirtilmektedir.¹⁷

Kimi hukuk düzenleri ise, hasarın alıcıya geçişini satılanın teslimine bağlamıştır. Sözgelimi Alman hukuku, bir kısım istisnaları bulunmakla birlikte, prensip olarak hasarı, ancak satılanın alıcıya teslim edildiği andan itibaren geçmiş saymaktadır ki, buna teslim ilkesi denilmektedir.¹⁸ Ayrıca burada Alman hukukuna göre, hasarın geçişinde aranılan teslimin mülkiyeti geçirmek amacıyla yapılmış olmasının gerekmediğini de belirtmemiz icap eder.¹⁹

İslâm borçlar hukukunda satım sözleşmesinin kurulmuş olması, mülkiyetin kazanılması bakımından yeterli görülmüştür. Yani, alıcı satım sözleşmesinin kurulduğu andan itibaren teslim şartı aranmaksızın satılana ilişkin olarak mâlik sıfatını kazanmaktadır.²⁰ Bununla birlikte, hasarın geçişi meselesinde klasik İslam hukuk ekollerinin tümü aynı çözüm biçimini benimsemiş değildirlere. Mâlikî, hanbelî ve zâhîrî ekolleri sorunun çözümünde genel kural olarak sözleşme ilkesini kabul etmişlerdir.²¹ Mülkiyet ve hasarın geçişini birbirine bağlamaları itibarıyla, söz konusu ekollerin Fransız hukuku ile aynı yaklaşımı savundukları söylenebilir. Hanefî ve şâfiî ekolleri ise, mülkiyetin sözleşme ile kazanıldığını benimsemelerine rağmen, hasarın alıcıya geçişinde satılanın teslim edilmiş olmasını şart koşmuşlardır.²² Hanefî ve şâfiî ekollerinin yaklaşımı, teslim ilkesini benimsemeleri açısından Roma hukukunun ve onu takip eden hukuk düzenlerinin sistemi ile benzeşmektedir. Şu kadar ki, söz konusu hukuk düzenlerinden farklı olarak mülkiyet, hanefî ve şâfiî ekollerine göre sözleşmenin kurulması ile karşı tarafa intikal etmektedir. Burada İslam hukuk ekollerine nisbet edilen yaklaşımların, her bir ekol bakımından -aşağıda belirtilecek- bir kısım istisnalar içeren genel ilkeler niteliğinde kabul edilmesi gerektiğine işaret etmemiz icap eder.

¹⁷ Feyzioğlu, I, 150; Tunçomağ, II, 68; Yavuz, I, 48-49.

¹⁸ Feyzioğlu, I, 151; Tunçomağ, II, 69; Yavuz, I, 49.

¹⁹ Yavuz, I, 49.

²⁰ Burada *mutlak satım sözleşmesi* kastedilmektedir. Mülkiyetin ilke olarak teslim şartı aranmaksızın satım sözleşmesinin kurulması ile alıcıya geçmesi hususunda bkz. el-Kâsânî, VII, 216; ed-Derdîr, III, 103; eş-Şîrâzî, Ebû İshâk İbrâhîm b. Alî b. Yûsuf el-Fîrûzâbâdî, *et-Tenbîh fî Furû'l-Fikhi's-Şâfiyye*, Dâru'l-Fikr, Beyrut 1417/1996, 77; en-Nevevî, 100; es-Suyûtî, Celâluddîn Abdurrahmân, *el-Eşbâh ve'n-Nazâir fî Kavâid ve Furû's-Şâfiyye*, Şirketu Mektebe ve Matbaatu Mustafâ el-Bâbî el-Halebî ve Evlâdih, Mısır 1378/1959, 318; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 32, 35, 36, 40, 101; İbn Hazm, VII, 271. Ayrıca bkz. Alî Haydar, I, 427.

²¹ İbn Ruşd, II, 154; İbn Cuzeyy, 248; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 237-238; el-Behûtî, Mansûr b. Yûnus b. İdrîs, *Keşşâfu'l-Kinâ' an Meini'l-İknâ'*, I-VI, Âlemu'l-Kütüb, Beyrut 1403/1983, III, 244; İbn Hazm, VII, 271 vd.

²² el-Kâsânî, VII, 225 vd.; eş-Şâfiî, Muhammed b. İdrîs, *Mevsûatu'l-İmâmi's-Şâfiî el-Kitâbu'l-Umm*, I-XV, Tevsîk ve Tahric: A. Bedruddîn Hassûn, Daru Kuteybe, by. 1416/1996, VI, 13; eş-Şîrâzî, 77; eş-Şîrbînî, Şemsuddîn Muhammed b. Muhammed el-Hatîb, *Muğni'l-Muhtâc ilâ Ma'rîfeti Maânî Elhâzî'l-Minhâc*, I-VI, Tahkîk: Alî M. Muavvid ve Âdil A. Abdulmevcûd, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1415/1994, II, 456-457.

İbn Ruşd (ö.595/1199), İslâm hukuk ekolleri arasındaki görüş ayrılığının, teslimi (*kabz*), kimi hukukçuların satım sözleşmesinin *sıhhat* ya da *luzûm* şartlarından saymalarına, kimilerinin de sözleşmenin -onsuz da *lâzım* nitelik kazandığı- bir hüküm kabul etmelerine bağlamaktadır. Buna göre, teslimi, sözleşmenin sıhhat ya da *luzûm* şartlarından sayanlar, satılan alıcıya teslim edilinceye kadar hasara katlanma yükümlülüğünün satıcıya; sözleşmenin teslim gerçekleşmeden de kurulup *lâzım* hale geldiğini kabul edenler ise, hasara katlanma yükümlülüğünün sözleşmenin kurulma anından itibaren alıcıya ait olduğunu benimsemişlerdir.²³

Mecelle'de de hanefî görüşüne uygun olarak hasarın geçişi, satılanın teslim edilmesine bağlanmıştır (md.293). Satılanın tesliminden sonraki hasar sorumluluğunun alıcıya ait olduğu da açıkça düzenlenmiştir (md.294). Buna rağmen, Türk hukuk literatüründe bir kısım yazarlar tarafından *Mecelle*'nin, tıpkı Fransız hukukunda olduğu gibi, hasarın geçişini mülkiyetle birlikte sözleşme ilkesine bağladığı ifade edilmektedir.²⁴ Söz konusu yazarların bu tespitlerine "Bey'de kabz şart değildir" biçimindeki 262. maddeyi gerekçe gösterdikleri görülmektedir. Halbuki, belirttiğimiz gibi, *Mecelle* hasarın geçişi meselesini 293. ve 294. maddelerinde çok açık biçimde düzenlemiştir. Hatta kanaatimize göre 294. madde bulunmasaydı bile 293. madde bu hususta yeterli açıklığı sağlayabilirdi. "Bey'de kabz şart değildir" (md.262) hükmüyle kastedilen ise, sözleşmenin kurulmasının ve mülkiyetin intikalinin teslimin gerçekleşmesine bağlı olmadığıdır.²⁵

Ayrıca burada, *Mecelle*'nin hasarın alıcıya geçişinde esas aldığı teslimin, aynı ilkeyi benimseyen Alman hukukundan farklı olarak mülkiyetin intikal etmiş olması nedenine dayanması gerektiği anlaşılmaktadır. Çünkü *sevm-i şirâ* yoluyla teslim alınan şey, alıcının elinde iken telef olursa semenin belirlenmesi halinde bile, semenin ödenmesi değil, tazmin edilmesi yükümlülüğünü doğurmaktadır. Semen belirlenmemiş olması halinde ise, *sevm-i nazarda* olduğu gibi, mal emanet hükmündedir (md. 298-299).

2. Hasarın Alıcıya Geçişinin Koşulları

a. Satım Sözleşmesinin Kurulmuş Olması veya Satılanın Teslim Edilmiş Olması

Hasarın alıcıya geçişinden söz edebilmek için öncelikle taraflar arasında bir satım sözleşmesinin yapılmış olması, sorunun kavramsal içeriğine bağlı bir zorunluluktur. Burada satım sözleşmesinin kurulmuş olmasının hasarın alıcıya geçişinde bir koşul olarak ifade edilmesi, sorunun çözümünde sözleşme ilkesini kabul eden hukukî yaklaşımı belirtmek içindir. Satılanın teslim edilmiş olması denildiğinde ise, hasarın geçişinde teslim ilkesini benimseyen hukukî yaklaşım belirtilmek istenmektedir.

²³ İbn Ruşd, II, 154.

²⁴ Mesela bkz. Feyzioğlu, I, 150; Yavuz, I, 49; Zevkliler/Aydoğdu/Petek, 38.

Feyzioğlu'nun 262, 293 ve 294. madde metinlerini dipnotta vermiş olmasına rağmen söz konusu yanılığın devam ettirmesi anlaşılabilir. Bkz. *Borçlar Hukuku Hususî Kısım (Akdin Muhtelif Nevileri)*, I, 150 (219 no'lu dipnot).

²⁵ Ali Haydar, I, 427.

Yukarıda ilke düzeyinde tespit ettiğimiz gibi, İslam borçlar hukukunda mâlikî, hanbelî ve zâhirî hukukçular hasarın alıcıya geçişinde satım sözleşmesinin kurulmuş olmasını yeterli görmekte dirler. Hanefî ve şâfiîler ise, sözleşmenin kurulmuş olmasının yanı sıra, satılanın alıcıya teslim edilmiş olmasını da hasarın geçiş bakımından bir koşul olarak aramaktadırlar.

Burada kastedilen *mutlak satım sözleşmesidir*. Mutlak satım sözleşmesi, *sa-hih*, *lâzım* ve *nâfiz* sözleşmedir. Yani, sözleşmenin *fesâdına* yol açan eksiklikler ya da şartlar taşımaması, tarafların *muhayyerlik* haklarının bulunmaması ve *mevkûf* olmaması (hükümlerini hemen doğurmaya başlaması) kastedilmektedir.

Hanefîler ve mâlikîler hariç, diğer İslâm hukukçularına göre *fâsid satım sözleşmelerinde* hasarın geçişine ilişkin prensip geçerli değildir. Çünkü fâsid sözleşmeler yoluyla hiçbir hukukî sonuç elde edilemez. Daha açık bir ifadeyle, fâsid bir sözleşmeye dayalı olarak satılan teslim edilmiş olsa bile, onun haksız iktisaptan ötürü satıcıya iade edilmesi gerekir. Şu halde satılanın alıcının elinde tümüyle ya da kısmen zarara uğraması halinde, alıcının sorumluluğu bedele (*semen*) ilişkin hasar niteliğinde değerlendirilemez. Mâlî kayba ilişkin sorumluluk, malın kendisine veya kıymetine ilişkin tazmin yükümlülüğü niteliğindedir.²⁶

Malikî doktrininde de fâsid satım sözleşmeleriyle, ilke olarak, mülkiyet kazanılamamaktadır.²⁷ Bu itibarla satım sözleşmesinin fâsid olması, aşağıda geleceği üzere, mâlikîlerce benimsenen hasarın intikaline ilişkin sözleşme ilkesinin istisnalarından biridir.²⁸ Fakat piyasanın değişmesi, malın alıcının elinde uzun zaman kalması, hukukî tasarruflara konu olması, masraf yapılarak bir beldeden diğerine götürülmesi gibi bir kısım istisnâ sebeplerin bulunması halinde fâsid sözleşmelerin sıhhat kazanacakları ve dolayısıyla onlar yoluyla mülkiyetin de geçebileceği kabul edilmektedir.²⁹ Fâsid sözleşmeler sıhhat kazanamaları bile, satılan teslimden sonra alıcının elinde zarara uğrarsa, şayet fesâd hukuken ihtilaf edilen türden bir sebebe dayanıyorsa –ki böyle bir durumda mahkeme kararı gerekir-, bedele ilişkin hasar söz konusu olur. Fesâd, hakkında görüş birliği bulunan bir sebepten kaynaklanıyorsa –ki mahkeme kararına ihtiyaç yoktur-, kıyemî olan mallarda kıymetin, mislî olanlarda ise mislin veya mümkün olmaması halinde ise kıymetin ödenmesi gerekir.³⁰

Hukukî sonuçları bakımından *fâsid* ve *bâtıl* sözleşmeleri birbirinden ayıran hanefî hukukçulara göre ise, alıcı satılanı satıcının sarîh ya da zımnî izni ile teslim almışsa, mülkiyeti kazandığı gibi, satılana meydana gelecek zarar sorumluluğunu da yüklenmiş olur. Her ne kadar fâsid satım sözleşmelerinde zarara katlanma yükümlülüğü teslimle alıcıya geçmekte ise de, bu bedele ilişkin bir hasar niteliğinde

²⁶ el-Mâverdî, Ebu'l-Hasen Alî b. Muhammed b. Habîb, *el-Hâvi'l-Kebîr*, 1+I-XVIII+1, Tahkîk ve Ta'lik: Alî M. Muavvîd ve Âdil A. Abdulmevcûd, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1414/1994, V, 316 vd.; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 310-311; İbn Hazm, V, 332.

²⁷ el-Haraşî, V, 85-86.

²⁸ İbn Cuzeyy; 248.

²⁹ el-Haraşî, V, 86 vd; ed-Desûkî, Şemsuddîn Muhammed Arafe, *Hâşiyetu'd-Desûkî ale's-Şerhi'l-Kebîr*, I-IV (eş-Şerhu'l-Kebîr ve Muhammed Uleyş'in *takrîrâtı* ile birlikte), Dâru'l-Fikr, by. ty., III, 72 vd.

³⁰ el-Haraşî, V, 86-87; ed-Desûkî, III, 70-71.

değildir. Sahîh sözleşmelerden farklı olarak, alıcı satılanın mislini ya da kıymetini tazminle sorumludur.³¹ Dolayısıyla bu tür bir zarar sorumluluğunun hasarın geçişi ile kastedilen kavramsal çerçeve içinde ele alınması mümkün değildir.

Görüleceği üzere fâsid sözleşmelerde yalnızca mâlikî doktrini kısmen hasar sorumluluğunu tanımış bulunmaktadır. Ancak burada teslim esas olduğu için, hasarın geçişinde benimsedikleri sözleşme ilkesine bir istisna teşkil etmektedir.

İslâm borçlar hukukuna göre satım sözleşmesi yapılırken taraflardan biri ya da her ikisi, belli bir süre içinde sözleşmeyi feshetmek veya icâzet verip geçerli hale getirmek (infâz) hususunda muhayyerlik hakkına sahip olmayı şart koşabilirler. Taraflardan biri ya da her ikisi bakımından kararlaştırılabilecek muhayyerlik hakkı için öngörülecek süre, kimi hukukçular bakımından en fazla üç gün gibi emredici belli bir süre, kimilerine göre ise belirlenmiş olmak kaydıyla karşılıklı anlaşmaya bağlı bir süre niteliğindedir.³² Malîkî doktrininde muhayyerlik şartının süre belirlenmeden mutlak olarak öngörülmesi de mümkündür. Bu durumda tamamlayıcı kurala başvurulur ki, o da hakim tarafından satılanın cinsi için geçerli olan sürenin uygulanmasıdır.³³ Muhayyerlik hakkı, sözleşme bakımından ta'likî (erteleyici, geciktirici) bir şart konumundadır.

Hanefilere göre, yalnızca satıcının muhayyer olması durumunda mülkiyet alıcıya geçmez. Bu durumda satılan alıcıya teslim edildikten sonra onun elinde zarara uğrarsa, alıcının yükümlülüğü, bedele ilişkin hasar niteliğinde olmayıp, teslim anındaki kıymeti ödemesi gerekir. Yalnız alıcının muhayyer olması halinde ise, satılanın mülkiyetinin ona intikal ettiği kabul edilmektedir. Teslimden sonra ortaya çıkacak zarara ilişkin sorumluluk, hasarın intikali ilkesine tâbidir. Şu kadar ki, Ebû Hanîfe'ye göre yalnızca alıcı muhayyer olduğunda, satılan satıcının mülkiyetinden çıkmakla birlikte, alıcının mülkiyetine intikal etmemektedir. Yalnızca satıcının muhayyer olduğu sözleşmelerde de bunun aksi geçerlidir.³⁴

Mâlîkî doktrininde muhayyerlik hali, satıcı ve alıcıdan ister herhangi biri isterse her ikisi birden şart koşmuş olsunlar, hasarın alıcıya geçişine engeldir. Muhayyerlik süresi içinde satılarda meydana gelecek zarar ilke olarak satıcının sorumluluğundadır. Bununla birlikte mâlikîler, teslimden sonra alıcının elinde ortaya çıkan zararda, onun yalan söylediği anlaşılırsa ya da satılan şey ziynet gibi gizli eşya türünden olursa –sorumluluğu olmadığını kanıtlayamadığı sürece- mâlî kayba alıcının katlan-

³¹ es-Serahsî, Ebû Bekr Muhammed b. Ebî Sehl, *el-Mebsût*, I-XXX+1, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut 1409/1989, XIII, 22-23; el-Kâsânî, VII, 376; el-Aynî, Ebû Muhammed Bedruddîn Mahmûd b. Ahmed, *el-Binâye fî Şerhi'l-Hidâye*, I-X, Tashîh: el-Mevlevî Muhammed Umer, Dâru'l-Fikr, by. 1400/1980-1401/1981, VI, 377; el-Halebî, İbrâhîm b. Muhammed b. İbrâhîm, *Multeka'l-Ebhur*, I-II (*et-Ta'liku'l-Muyesser alâ Multeka'l-Ebhur* ile birlikte), Tahkîk: V. S. Gâvecî el-Elbânî, Muessesetu'r-Risâle, Beyrut 1409/1989, II, 26; İbn Âbidîn, Muhammed Emîn, *Reddu'l-Muhtâr ale'd-Durri'l-Muhtâr*, I-V, Matbaa-i Âmire, İstanbul 1307, IV, 171-173. Ayrıca bkz. *Mecelle*, md. 371; Alf Haydar, I, 618-621.

³² Bu husustaki ihtilaf için bkz. İbn Ruşd, II, 174-175.

³³ Bkz. İbn Ruşd, II, 175.

³⁴ el-Kâsânî, VII, 285-286; el-Aynî, VI, 267-269; el-Halebî, II, 10; *Mecelle*, md. 308-309. Geniş bilgi için bkz. Alf Haydar, I, 494 vd.

ması gerektiği görüşündedirler ki,³⁵ bu, kusursuz imkansızlık durumları ile sınırlı olan hasarın geçişi sorununun kapsamına dahil değildir. Anlaşılacağı üzere, muhayyerlik hali, mâlikîlerce benimsenen sözleşme ilkesinin bir istisnasını teşkil etmektedir.

Şâfiî hukukçuların yaklaşımına gelince; tıpkı hanefî doktrininde olduğu gibi, satıcının muhayyerliği halinde satılanın mülkiyeti alıcıya geçmez. Alıcının muhayyer olması durumunda mülkiyet ona intikal eder. Her iki taraf için muhayyerlik öngörülmüş ise, o takdirde bir taraf diğerinden öncelikli olmadığı için *tevakkuf* söz konusudur. Yani, bedellerden her biri sahibinin mülkiyetinden çıkmamış kabul edilir.³⁶ Muhayyerlik süresi içinde alıcı satılanı teslim almış ve onun elinde iken zarara uğramış ise, alıcı semenden ister az isterse çok olsun, malın kıymetini ödemekle yükümlüdür. Muhayyerlik hakkının satıcı, alıcı ya da her ikisi için şart koşulmuş olması arasında fark bulunmamaktadır. Çünkü sözleşme bağlayıcılık kazanamadığı zaman, alıcının satılan şeyi iade etmesi gerekir. Bir şeyi mâlikine iade etmekle yükümlü olan kimse, o şey zarar gördüğünde kıymetini ödemekle de yükümlüdür.³⁷ Bu ise, hasarın geçişi sorununu ilgilendirmemektedir.

Diğer ekollerden farklı olarak hanbelî doktrininde, satıcı ve alıcıdan biri veya her ikisi lehine kararlaştırılacak muhayyerlik şartının hasarın geçişi hususunda benimsenen sözleşme ilkesine bir istisna getirmediği görülmektedir. Hanbelî doktrininde ağırlıklı görüşe göre, muhayyerlik şartının bulunması hasarın –cins borcuna ilişkin olmamak kaydıyla- sözleşmenin kurulması ile birlikte alıcıya geçişine engel değildir. Çünkü satıcı için muhayyerlik şart koşulsa bile mülkiyet sözleşme ile birlikte alıcıya geçmektedir. “Menfaat, zarara katlanma yükümlülüğü karşılığıdır” (*el-Harâc bi'd-damân*)³⁸ ilkesi, mülkiyet ve ona bağlı menfaatle birlikte hasarın da alıcıya geçmesini gerektirir.³⁹

Zâhirî doktrininde ise, satım sözleşmesi yapılırken taraflardan herhangi biri lehine muhayyerlik hakkının şart koşulamayacağı kabul edilmektedir.⁴⁰ Zira, onlara

³⁵ İbn Ruşd, II, 175; el-Haraşî, V, 120-121; ed-Derdîr, III, 103-104.

³⁶ eş-Şirbînî, II, 422; er-Remlî, Şemsuddîn Muhammed b. Ebi'l-Abbâs Ahmed b. Hamze b. Şihâbiddîn, *Nihâyetu'l-Muhtâc ilâ Şerhi'l-Minhâc*, I-VIII (eş-Şebrâmellîsi ve el-Mağribî er-Reşîdî'nin hâşiyeleri ile), Dâru İhyâi't-Turâsî'l-Arabî ve Muessesetu't-Târîhi'l-Arabî, Beyrut 1413/1992, IV, 19-20.

³⁷ eş-Şâfiî, VI, 12, 14.

³⁸ “*el-Harâc bi'd-damân*” ifadesi bir hadîstir. Bkz. Ebû Dâvud, Suleymân b. el-Eş'as b. İshâk el-Ezdî es-Sicistânî, *es-Sunen*, I-V, Dâru Sahnûn ve Çağrı Yayınları, İstanbul 1413/1992, Buyû' 71; et-Tirmizî, Ebû İsmâ Muhammed b. İsmâ b. Sevre, *es-Sunen*, I-V, Dâru Sahnûn ve Çağrı Yayınları, İstanbul 1413/1992, Buyû' 53; en-Nesâî, Ebû Abdîrrahmân Ahmed b. Alî b. Şuayb, *es-Sunen*, I-VIII, Dâru Sahnûn ve Çağrı Yayınları, İstanbul 1413/1992, Buyû' 15; İbn Mâce, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezîd el-Kazvinî, *es-Sunen*, I-II, Dâru Sahnûn ve Çağrı Yayınları, İstanbul 1413/1992, Ticârât 43; İbn Hanbel, Ebû Abdillâh Ahmed b. Muhammed, *el-Musned*, I-VI, Dâru Sahnûn ve Çağrı Yayınları, İstanbul 1413/1992, VI, 49, 208, 237.

Hadîs, klasik İslâm hukuk doktrininde bir fıkıh kâidesine dönüşmüştür. *Mecelle* söz konusu kâideyi “Bir şeyin nef'i, damânı mukâbelesindedir” (md. 85) biçiminde ifade etmektedir.

³⁹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 28-40; el-Behûtî, III, 205-207.

⁴⁰ İbn Hazm, VII, 260 vd.

göre, muhayyerlik şartı sözleşmenin kurulmasına engel olur.⁴¹

İbn Ruşd İslâm hukuk ekolleri arasındaki bu ihtilafın, ‘muhayyerlik, satım sözleşmesini feshedebilmek için mi yoksa onu tamamlamak (bağlayıcı hale getirmek) için mi şart koşulmaktadır’ sorusuna verilen cevaptan kaynaklandığını söylemektedir. Şayet muhayyerlik sözleşmeyi feshedebilmek için şart koşulmaktadır denilirse, zarardan doğan sorumluluğun alıcıya; sözleşmeyi tamamlamak için şart koşulmaktadır denilirse, söz konusu sorumluluğun satıcıya ait olduğu kabul edilmiş olur.⁴²

İslâm borçlar hukukunda tasarruf ehliyetindeki eksiklik ve sözleşme konusu üzerinde başkasının hakkının bulunması, sözleşmeyi *mevkûf* hale getirir. *Tevakkuf*, yani sözleşmenin mevkûf olması, onun hukukî sonuçlarını derhal doğurmasına (nâfiz olmasına) engel olan tek taraflı bağlamazlık yaptırımını niteliğindedir. Tasarruf ehliyetindeki eksiklik sebebiyle mevkûf olan sözleşmelerde veli ya da vasinin; sözleşme konusunda başkasının hakkı bulunması sebebiyle mevkûf olan sözleşmelerde ise, hak sahibinin veya onun yetkilendirdiği kimselerin icâzet vermesiyle sözleşme hukukî sonuçlarını doğurmaya başlar. Sonradan verilen icâzet önceden verilen vekâlet gibidir. İcâzet verilmemesi halinde ise, sahîh olarak doğmuş olan sözleşme bâtil hale gelir.⁴³

Klasik İslam hukuk doktrininde mevkûf sözleşmeler, hanefî ve mâlikî hukukçularca *mun’akid* ve *sahîh*;⁴⁴ şâfiî ve zâhirî hukukçularca *bâtil* kabul edilmektedir.⁴⁵ Hanbelî doktrininde ise, hem ehliyet eksikliğinden ötürü hem de sözleşme konusu üzerinde başkasının hakkı bulunmasından ötürü mevkûf olan sözleşmeler bakımından her iki yaklaşıma uygun düşen görüşler savunulmaktadır.⁴⁶

Şâfiî ve zâhirî hukuk ekolleri mevkûf sözleşmeleri bâtil kabul ettikleri için, onlar bakımından mevkûf satım sözleşmesinde hasarın geçişi sorunundan söz etme imkanı bulunmamaktadır.

Hanefî doktrinine göre, mevkûf sözleşmelerde hasarın geçişine ilişkin ilkenin geçerliliği, icâzetin verilmiş olmasına bağlıdır. Mesela yetkisiz temsilcinin yaptığı sözleşmelerde, satılan teslimden önce zarar görürse sözleşme ortadan kalkar. Satılana ilişkin zarar teslimden sonra ve henüz icâzet verilmeden önce ortaya çıkarsa, mâ-

⁴¹ İbn Hazm, VII, 271.

⁴² İbn Ruşd, II, 176.

⁴³ Mevkûf sözleşmeler hususunda bkz. *Mecelle*, md. 111, 112, 365, 368, 746, 747, 967, 993; ez-Zerkâ, Mustafâ Ahmed, *el-Fikhu'l-İslâmî fî Sevbihî'l-Cedîd*, I-III, Dâru'l-Fikr, Matâbiu Elifbâ, (I. Cilt: Dokuzuncu Baskı), Matbaatu Tarbeyn (II. Cilt: Onuncu Baskı), Dimaşk 1967-1968 baskısından, (III. Cilt: Altıncu Baskı, by. ty.), I, 418-434; es-Senhûrî, Abdurrazzâk, *Masâdiru'l-Hakk fî'l-Fikhi'l-İslâmî Dirâsetun Mukârana bi'l-Fikhi'l-Ārabî*, I-VI, Dâru İhyâ'it-Turâsî'l-Arabî ve Muessesetu't-Târîhi'l-Arabî, Beyrut ty., IV, 125-139; Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I-III, Nesil Yayınları, İstanbul 1986-1987, II, 261-262, 275-283; Apaydın, H. Yunus, “İslâm Hukukunda Mevkuf Akitler (Bağlı Akit Teorisi)”, *Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Sayı: 6, Kayseri 1989, 177-200.

⁴⁴ el-Kâsânî, VI, 533, 569; el-Haraşî, V, 8-9, 17-18; ed-Derdîr, III, 5-6, 12.

⁴⁵ en-Nevevî, 94-95; es-Suyûtî, 285; eş-Şirbînî, II, 332-333, 351; İbn Hazm, VII, 351-358, 508.

⁴⁶ İbn Kudâme, Şemsuddîn Ebu'l-Ferec Abdurrahmân b. Ebî Umer Muhammed b. Ahmed el-Makdisî, *eş-Şerhu'l-Kebîr alâ Memî'l-Muknî*, I-XII+2 (*el-Muğnî* ile birlikte), Dâru'l-Fikr, Beyrut 1417/1997, IV, 7-8, 18-19.

lik ya alıcıya ya da yetkisiz satıcıya zararı tazmin ettirir. Zararı alıcı tazmin ederse, yalnızca vermiş olduğu semen kadar yetkisiz satıcıya rucu edebilir. Yoksa mâlike tazmin ettiği miktarı talep edemez.⁴⁷ Dolayısıyla icâzetten önceki zarar sorumluluğu hasarın geçişine ilişkin ilkenin kapsamına dahil değildir.

Mâlikî ve hanbelî doktrinlerinde de, mevkûf sözleşmeler bakımından herhangi bir istisna yapılmadığı dikkate alındığında, hasarın geçişine ilişkin olarak benimzedikleri ilkenin icâzetin verilmesi halinde geçerlilik kazanacağı söylenebilir.

Türk borçlar hukukunda hasarın alıcıya geçebilmesi için sözleşmenin kurulmuş ve tamamlanmış olması gerekir. Buna göre ta'likî şarta bağlı olarak yapılan sözleşmelerde, sözleşmenin kurulma anından şartın gerçekleşmesine kadar geçecek süre içinde hasar alıcıya geçmez (BK.183/III). Tecrübe ve muayene şartıyla yapılan satışlar da ta'likî şarta bağlı satışlardan olup, aynı hükme tâbidir.⁴⁸

Ta'likî şarta bağlı bir sözleşmede, satılan şartın gerçekleşmesinden önce teslim edilmesi halinde, BK.183/III hükmünün geçerli olup olmayacağı doktrinde iki ayrı görüşe yol açmıştır. İlkine göre, satılanın teslim edilmesi halinde şartın infisahî nitelik kazandığının kabul edilmesi gerekir. Teslimle birlikte hasar alıcıya geçer. Sözleşmenin ta'lik edildiği şartın gerçekleşmemesi halinde ise, satılan satıcıya iade edilmedir. Üstelik alıcı BK.151/I hükmü gereği, teslimle şartın gerçekleşmesi arasında kalan süre içinde doğabilecek yararları sahip olmaktadır. Hakkaniyet, onun bu süre içinde hasara da katlanmasıdır.⁴⁹ Diğer yaklaşıma göre ise, satılanın şartın gerçekleşmesinden önce teslimi, hasarın alıcıya geçişini gerektirmez. Çünkü satıcı zorulu olmadığı halde satılanı kendi isteğiyle teslim etmiştir. Ayrıca BK.151/I'deki düzenleme yararın alıcıya aidiyetini şartın gerçekleşmesine bağlamıştır. Şart gerçekleşmezse satılanla birlikte elde edilen yararları da satıcıya iade etmekle yükümlüdür (BK.151/II).⁵⁰

İnfisahî (bozucu) şartın bulunması ise, hasarın sözleşmenin kurulması ile birlikte alıcıya geçişine engel değildir. Aynı şekilde mülkiyeti muhafaza kaydıyla yapılan sözleşmelerde de hasar sözleşme ile intikal eder. Çünkü Türk borçlar hukukunda hasarın geçişi ile mülkiyet birbirine bağlanmamıştır.⁵¹ Şuf'ada ise, şuf'a bedeli ve masraflarının yatırıldığı anda hasarın alıcıya geçtiği kabul edilmektedir.⁵²

b. Satılanın Zarara Uğramasında Satıcının ve Üçüncü Kişilerin Sorumluluğunun Bulunmaması

Hasar, satıcının kusuru olmaksızın satılanın yok olması ya da bozulması sebebiyle ortaya çıkan malî kayıp demektir. Bu itibarla, satılanın uğradığı zararın oluşumunda satıcının bir kusuru bulunması halinde, hasarın alıcıya intikali söz konusu

⁴⁷ el-Kâsânî, VI, 580-581; İbn Âbidîn, IV, 195; Alî Haydar, I, 634.

⁴⁸ Feyzioğlu, I, 156; Tunçomağ, II, 72.

⁴⁹ Bkz. Yavuz, I, 52; Uygur, III, 196.

⁵⁰ Bkz. Feyzioğlu, I, 157.

⁵¹ Feyzioğlu, I, 156, 157; Tunçomağ, II, 72; Zevkliler/Aydoğdu/Petek, 44.

⁵² Uygur, III, 196.

olmaz.⁵³

Biz satıcının ve üçüncü kişilerin sorumluluğu ifadesiyle, kusurlu ya da kusursuz zararın oluşumunda etkili ve satıcıya ya da üçüncü kişilere bağlanabilen bütün olayları kastediyoruz. Çünkü İslam borçlar hukukunda, yukarıda da değindiğimiz gibi, haksız fiil ile zarar arasında illiyet kurulabildiği ve mubaşeretin bulunduğu her durumda sorumluluk fiilin sahibine aittir. Yani mubaşeret bulunduğu anda artık kusur araştırılmaz.

İslam borçlar hukukunda hasarın alıcıya geçişinde ister sözleşme ve isterse teslim ilkesi benimsenmiş olsun, tüm hukukçulara göre teslimden önce satılana satıcının ya da üçüncü kişilerin fiilleri ile bir zararın doğmuş olması halinde, hasardan kusurun bulunup bulunmamasına bakılmaksızın söz konusu kimselerin sorumlu tutulacağı kabul edilmiştir. Hanefilere göre teslimden önce satılan satıcının fiiliyle tamamen yok olursa, sözleşme ortadan kalkar (munfesih/bâtıl olur) ve alıcı semeni ödemekten kurtulur. Satılan üçüncü bir kişinin fiili ile yok olursa, alıcı sözleşmeyi feshetmekte ya da geçerli kılıp devam ettirmekte muhayerdir. Sözleşmeyi feshetmezse, semeni satıcıya ödemek zorundadır.⁵⁴ Şayet satılan tümüyle yok olmaz ve kısmen zarar görürse, yani kötüleşirse semenden zarar oranında indirilir. Zararın satılanın kıymetinde bir azalmaya ya da vafında bir kötüleşmeye yol açması arasında fark bulunmamaktadır. Teslimden önce satılana üçüncü kişilerce verilen kısmî zarar, onun tümüyle yok edilmesi halinde geçerli olan hükme tâbidir.⁵⁵

Şâfiî doktrininde ise, satıcının sorumlu olduğu zarar sebebiyle sözleşmenin ortadan kalkıp kalkmayacağı hususunda iki farklı görüş savunulmaktadır. Onlardan ilki, hanefilerin yaklaşımıyla aynı ve doktrinde ağırlıklı olan görüştür. Diğer görüş ise alıcının, sözleşmeyi feshedip semeni ödemekten kurtulamak veya sözleşmenin devamını sağlayıp satıcıya zararın tazmini talebi ile rucu etmek arasında muhayer olduğu biçimindedir. Üçüncü kişilerin satılana itlaf etmesi durumunda da ikinci görüşün öngördüğü düzenleme geçerlidir.⁵⁶ Satılan satıcının fiili sebebiyle tümüyle yok olmayıp, kötüleşirse (ayıplı hale gelirse) alıcı, hanefilerin yaklaşımından farklı olarak, ya tüm semen karşılığı sözleşmeyi geçerli kılıp devam ettirir ya da fesheder. Satıcının zarar kadar kısmî tazmin etmesi talebinde bulunamaz. Üçüncü bir kişinin teslimden önce satılana kısmî zarar vermesi halinde ise, sözleşme ortadan kalkar.⁵⁷

Hanbelî hukukçulara göre , teslimden önce satıcı ve üçüncü kişilerin fiilleri ile ortaya çıkan zarar sebebiyle oluşan mâlî kayba ilişkin düzenlemenin parça ve cins borçları bakımından ayrı ayrı ele alınması gerekir. Aşağıda geleceği üzere, mâlikî ve hanbelî hukuk ekollerinin benimsedikleri sözleşme ilkesi yalnızca parça borçları bakımından geçerlidir. Cins borçlarında ise, hanefî ve şâfiî doktrinlerinde olduğu gibi,

⁵³ Tunçomağ, I, 73.

⁵⁴ el-Kâsânî, VII, 226-227; İbn Âbidîn, IV, 57-58.

⁵⁵ el-Kâsânî, VII, 229, 231-232; İbn Âbidîn, IV, 63.

⁵⁶ eş-Şîrâzî, 77; eş-Şîrbînî, II, 459-460.

⁵⁷ İbn Hacer, Ebu'l-Abbâs Şihâbuddîn Ahmed el-Heytemî, *Tuhfetu'l-Muhtâc bi Şerhi'l-Minhâc*, I-XIII (eş-Şîrvânî ve İbn Kâsım el-Abbâdî'nin hâşiyeleri ile), Tashîh ve Zabt: M. A. el-Hâlidî, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1416/1996, VI, 16-17; eş-Şîrbînî, II, 460-461.

hasarın alıcıya intikali teslimine bağlıdır. Ayrıca mâlikî ve hanbelî doktrinlerinde sözleşme ilkesinin başka istisnaları da mevcuttur. Fakat mâlikîlerce bu bağlamda parça ve cins borcu ayırımının dikkate alınmadığı anlaşılmaktadır. Zira onlar, hasarın geçişinin sözleşme ya da teslimine bağlı olduğu satım sözleşmelerinde, teslimden önce satılanın satıcının ya da üçüncü kişilerin fiilleri sebebiyle uğradığı zararın ilgili kişiler tarafından alıcıya tazmin edileceği kanaatindedirler.⁵⁸ Hanbelîlere göre ise, cins borçlarında satıcı ya da bir başka kimsenin zarar vermesi durumunda, alıcı sözleşmeyi feshedip, semenden kurtulamak veya sözleşmeyi geçerli kıлып, zarar veren kimseye tazmin talebi ile rucu etmek arasında muhayyerdir. İkinci yolun tercih edilmesi durumunda, alıcının semeni ödemesi gerekir.⁵⁹ Çünkü bu esnada hasar satıcıya aittir. Cins borçlarına ilişkin olarak yapılan bu istisna, sözleşme ilkesinin geçerli olduğu parça borçlarında mülkiyet ve hasarın alıcıya ait olması nedeniyle, haksız fiil sorumluluğunun esas alındığını göstermektedir.

İbn Hazm (ö.456/1063)'ın ifadelerinden, zâhirî doktrininde parça ve cins borcu ayırımına bağlı herhangi bir istisnanın olmadığı ve dolayısıyla sözleşmeden sonra satıcı ya da üçüncü kişilerin fiilleri ile doğacak zararın haksız fiil sorumluluğuna tâbi olduğu anlaşılmaktadır.⁶⁰

İslam borçlar hukukunda satıcının temerrüdü de hasarın alıcıya geçişini engelleyen sebeplerden kabul edilmiştir.⁶¹

Alıcının teslimden önce satılana kusurlu ya da kusursuz olarak zarar vermesi⁶² veya teslim almada temerrüde düşmesi⁶³ halinde –ki, parça borçlarında teslim ilkesini benimseyenler ve cins borçlarında da tüm hukukçular bakımından belli durumlarda geçerli olmak üzere- ise, hasar ona intikal etmektedir. Diğer bir ifadeyle, alıcının zarar vermesi ve kimi durumlarda temerrüdü, satılanın teslim alınması hükmündedir.

Türk borçlar hukukunda da satılanın uğradığı zararda satıcının doğrudan veya dolaylı olarak kusurunun bulunması (BK.96) halinde hasar alıcıya geçmez.⁶⁴ İsviçre/Türk hukuk doktrinlerinde hasarın intikali meselesi bağlamında satıcının şahsına bağlanabilen her türlü olay kusur kavramına dahil edilmek suretiyle, kusursuz sorumluluğun alanının oldukça daraltıldığı görülmektedir.⁶⁵ Benzer şekilde satıcının

⁵⁸ ed-Desûkî, III, 150-151.

⁵⁹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 236-237; İbn Kudâme, *eş-Şerhu'l-Kebîr*, IV, 126; el-Behûtî, III, 243.

⁶⁰ Bkz. İbn Hazm, VII, 271-272.

⁶¹ el-Kâsânî, VII, 230; el-Haraşî, V, 160; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 238; İbn Receb, 56; el-Behûtî, III, 244; İbn Hazm, VII, 314.

Ayrıca bkz. Yaran, Rahmi, *İslam Hukukunda Borcun Gecikmesi Borçlunun Temerrüdü ve Alacaklının Temerrüdü*, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul 1997, 122.

⁶² el-Kâsânî, VII, 226; İbn Âbidîn, IV, 57; el-Haraşî, V, 159; ed-Derdîr, III, 150.

⁶³ Bkz. İbn Hacer, VI, 3, 7; İbn Receb, 55, 56-57; el-Behûtî, III, 242; İbn Hazm, VII, 314.

Belirtmek gerekir ki, hanbelî doktrininde her halükârda teslim gerçekleşinceye kadar hasarın alıcıya geçmeyeceğine dair de bir görüş bulunmaktadır. Bkz. İbn Receb, 56.

Bu hususta ayrıca bkz. Yaran, 222-223; Aybakan, Bilal, *İslam Hukukunda Borçların İfası*, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul 1988, 203.

⁶⁴ Fezyioğlu, I, 161.

⁶⁵ Bkz. Tunçomağ, II, 73.

mütemerrid olması (BK.102) halinde de, temerrüdün gerçekleştiği andan itibaren alıcı bakımından hasar sorumluluğundan bahsedilemez. Yani temerrüd anından itibaren zarardan doğan mâlî kayba katlanma sorumluluğu satıcıya döner. Şu kadar ki, temerrüde düşen satıcı satılanın yok olması ya da kötüleşmesi sebebiyle ortaya çıkan sorumluluktan BK. 102/II'ye göre kurtuluş beyyinesi getirerek kurtulabilir.⁶⁶ Parça borçlarında hasarın geçişi sözleşmeye bağlandığı için alıcının temerrüdünün bir önemi bulunmamaktadır.

c. Satılanın Belirli (Muayyen) Olması

Satılanın belirli olması koşulu, parça ve cins borçlarına göre farklı kavramları göstermekte ve hasarın alıcıya geçişinde farklı düzenlemelere vücut verebilmektedir.

Parça borcu denildiğinde, borç konusunun bir başka şeyle karıştırılmayacak biçimde kendi özellikleri ile ayırt edilip belirlenmesi kastedilmektedir. Diğer bir ifadeyle, borç konusu şeyin ferdî, yani kendine özgü nitelikleri ile belirtilmiş olması parça borcuna vücut vermektedir. Bu itibarla parça borcuna *ferden muayyen borç* da denilmektedir.⁶⁷ Parça borçlarının konusunu öncelikle *kiyemî eşya* teşkil eder. Çünkü kiyemî şeyler ferdî nitelikleri ile diğerlerinden ayrılırlar. Bununla birlikte parça borçları yalnızca kiyemî eşyadan ibaret değildir. Kendi cinsi içinde ayırt edilip işaretlenmek suretiyle belirli (ferden muayyen) hale getirilen *misli eşyaya* ilişkin borç da parça borcu niteliğindedir. Nitekim yığın ya da götürü halde satılan misli eşya da parça borcu kavramına dahildir.⁶⁸ Belirtilen tanımıyla parça borcu İslam hukukundaki *ayn borcu* kavramına denk düşmektedir.⁶⁹

Cins borcu ise, ferdî özellikleri ile değil, yalnızca cinsi ve miktarı bakımından belirlenmiş borç demektir. Cins borcunda, borcu teşkil eden eşya kendi cinsine/çeşidine⁷⁰ belli bir miktar dahilinde nisbet edilmekle yetinilmektedir.⁷¹ İslam borçları hukukunda ayırt edilmemiş (gayr-i muayyen) misli eşyayı ifade eden *deyn* terimi, cins borcu karşılığında kullanılmaktadır.⁷²

İslam borçları hukukunda mâlikî, hanbelî ve zâhirî doktrinleri, daha önce tespit ettiğimiz üzere, hasarın alıcıya geçişinde sözleşme ilkesini benimsemişlerdir. Ancak hasarın sözleşme ile alıcıya geçeceğini öngören ilke, zâhirî doktrini hariç, -mutlak olarak değil- yalnızca parça borçları bakımından geçerlidir. Şu kadar ki, hanbelî doktrininde üstün tutulan görüşe göre, aşağıda geleceği üzere, parça borcu niteliğinde olmasına rağmen ayırt edilmiş (muayyen) misli mallar da teslim edilinceye kadar

⁶⁶ Feyzioğlu, I, 162; Tunçomağ, II, 73; Karahasan, IV, 79.

⁶⁷ Feyzioğlu, I, 158; Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, I-III, "S" Yayınları, Ankara 1989, I, 133.

⁶⁸ Bkz. Ali Haydar, I, 245-246.

⁶⁹ *Mecelle'de ayn* "Ayn, muayyen ve muşahhas olan şeydir.

Meselâ, bir hâne ve bir at ve bir sandalye ve meydanda mevcut bir yığın buğday ve bir miktar akçe hep a'yândandır" (md.159) biçiminde tanımlanmaktadır.

⁷⁰ *Mecelle'de cins*, "Cins, şâmil olduğu efrâdı beyninde garazca tefâvüt-i fâhiş olmayan şeydir" (md.140) biçiminde tanımlanmaktadır.

⁷¹ Eren, I, 133-134. Ayrıca bkz. Bardakoğlu, Ali, "Cins", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*, İstanbul 1993, VIII, 20-21.

⁷² Bkz. *Mecelle*, md. 158. Ayrıca bkz. Ali Haydar, I, 244-245.

satıcının sorumluluğundadır. Buna karşılık Ebû Ya'la (ö.458/1066) ve onu takip edenlere göre, ayırt edilmiş mislî mallarda da hasar, sözleşme ile birlikte alıcıya intikal eder.⁷³

Mâlikî ve hanbelî doktrinlerinde, sözleşmenin kurulabilmesi için satılanın cins (çeşit) ve miktarıyla belirlenmiş olması yeterli olduğu halde, hasarın alıcıya geçebilmesi için ayrıca ayırt edilmiş olması koşulu da aranmaktadır. Ayırt edilmemiş (gayr-i muayyen) cins borçları hasarın geçişi meselesinde sözleşme ilkesine tâbi değildir. Bu tür borçları konu edinen sözleşmelerde hasar alıcıya ancak teslimin gerçekleşmesi anında intikal etmektedir.⁷⁴

Zâhirî doktrininde ise, İbn Hazm'ın ifadelerinden borcun parça ya da cins niteliğinde olmasının, hasarın sözleşme ile geçeceğini öngören ilke bakımından bir fark doğurmadığı anlaşılmaktadır.⁷⁵

Hanefî ve şâfiî doktrinlerinde hasarın alıcıya geçişinde teslim ilkesi benimsendiği için satılanın parça ya da cins borcu niteliğinde olması, -bir başka ilkenin geçerli olmaması anlamında- bir fark oluşturmamaktadır.

Görüleceği üzere, zâhirîler istisna edilirse bütün İslâm hukuk ekolleri satılanın cins borcu teşkil etmesi halinde, hasarın geçişini teslim bağlamaktadırlar. Ancak belirtmeliyiz ki, hukuk ekollerinin teslim kavramını farklı tanımlamaları nedeniyle cins borçlarında hasarın alıcıya geçiş zamanı farklılık gösterebilmektedir:

Hanefîlere göre, cins borçlarında hasarın geçişi için 'satılanın alıcı tarafından teslim alınabilmesi hususunda satıcının her türlü engeli kaldırması' anlamında kullanılan *tahliye* işleminin yapılmış olması yeterlidir. Buna göre tahliye işleminden sonra ve ölçme/tartma işleminden önce satılana meydana gelecek zarar alıcının sorumluluğundadır.⁷⁶

Mâlikî doktrininde ayırt edilmemiş cins borcu (nev'an muayyen borç), kendisinde *hakk-ı tevfiye* bulunan borç biçiminde nitelenmektedir. Tevfiye, mislî eşyaya ilişkin ifa (te'diye) yükümlülüğü olup, satıcının satılanı – özelliğine göre- ölçmesi, tartması ya da sayması suretiyle gerçekleşir.⁷⁷ Cins borcu teşkil eden satılana ilişkin teslimin gerçekleşebilmesi için, ölçme, tartma ya da sayma (tevfiye) işleminin yeterli olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır.⁷⁸ Tevfiye işleminin yeterli olmadığı, eşyanın alıcının hakimiyet alanına geçirilmiş olması gerektiği görüşünün yerleşik hale geldiği anlaşılmaktadır.⁷⁹

Şâfiîler, cins borçlarında teslimin gerçekleşmesi için naklin yanı sıra, ölçme (hacim ve uzunluk), tartma veya sayma işlemlerinin yapılmış olmasını da gerekli görmekteyler. Onlar belirtilen yaklaşımı, Hz. Peygamber'in yiyecek maddesi satın

⁷³ İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV, 235-236; İbn Kudâme, *eş-Şerhul-Kebîr*, IV, 124.

⁷⁴ İbn Ruşd, II, 154; İbn Cuzeyy, 248; İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV, 235-236; İbn Kudâme, *eş-Şerhul-Kebîr*, IV, 124.

⁷⁵ Bkz. İbn Hazm, VII, 271-272.

⁷⁶ *el-Kâsânî*, VII, 237.

⁷⁷ *el-Haraşî*, V, 157; *ed-Derdîr*, III, 144.

⁷⁸ İbn Cuzeyy, 248.

⁷⁹ Bkz. *el-Haraşî*, V, 157; *ed-Desûkî*, III, 144.

alan kimsenin onu ölçmedikçe bir başkasına satmamasını öngören yasağına dayandırmaktadırlar.⁸⁰

Buna karşılık, hanbelî doktrininde üstün tutulan görüşe göre, ölçme, tartma ya da sayma işlemlerinin yapılmış olması yeterlidir. Şu kadar ki, Ahmed b. Hanbel'den nakledilen diğer bir görüş, sırf ayırt etme (*temyîz*) işleminin yapılmış olmasını değil, aynı zamanda satılanın tahliye edilmesini öngörmektedir. *Tahliye* ile, satılanın alıcının hakimiyet alanına girmesi hususunda herhangi bir engelin kalmaması kastedilmektedir.⁸¹

Türk borçlar hukukunda da cins borçları (nev'an muayyen borçlar) sözleşme ilkesine tâbi değildir. BK.183/II'de cins borçlarında hasarın geçişi için edimin aynı ya da başka yerde ifa edilmesine göre değişen ikili bir düzenleme öngörülmüştür. Buna göre cins borçlarında hasarın alıcıya geçmesi için, satılan aynı yerde ifa edilecekse ayırt edilmiş olması; başka yere gönderilecekse, satıcının bu maksatla satılan üzerinden elini çekmiş (yedini refetmiş) olması gerekir.

Satılanın aynı yerde teslim edileceği sözleşmelerde⁸² hasarın geçiş zamanını ayırt etme kavramı belirlemektedir. Kanunda tanımlanmamış olan ayırt etme kavramının ne anlama geldiği hususunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bunlar satıcının satılanı tek taraflı ayırt etmesi, satıcının ayırt edip alıcıya haber vermesi (ihbar görüşü), alıcı ve satıcının beraber ayırt etmeleri (birlikte ayırt etme görüşü) ve ayırt etmenin satılanın teslim edilmesi anlamına geldiği (teslim görüşü) biçimindedir.⁸³ Ancak ayırt etmenin sözleşme ile alıcıya bırakılması da mümkündür.⁸⁴

Gönderme suretiyle satımlarda, ayırt etmenin yanı sıra, satıcının satılardan elini çekmiş olması koşulu ise, çeşidi ile belirlenmiş şeyin alıcıya gönderilmesi amacıyla bir taşıyıcıya ya da taraflarca görevlendirilen üçüncü bir kişiye fiilen tevdi edilmesi biçiminde anlaşılmaktadır.⁸⁵

d. Hasarın Geçişinde Benimsenen İlkenin Uygulanmasına Engel Olacak İstisnaların Bulunmaması

İslam borçlar hukukunda, satım sözleşmesinde hasarın alıcıya geçişi meselesinde benimsenen sözleşme ya da teslim ilkesine kimi satım türleri bakımından bir kısım istisnaların getirildiği görülmektedir. Buna göre;

aa. Satılanın görülmeden, nitelikleri belirtilmek suretiyle (vasıf üzerine) ya da alıcı tarafından daha önce görülmüş olmasına dayalı olarak satımı: Mâlikî ve hanbelî doktrininde parça borçlarına ilişkin hasarın geçişinde geçerli olan sözleşme ilkesinin bir istisnası, satılanın görülmeden nitelikleri belirtilmek suretiyle ya da alıcı tarafından daha önce görülmüş olmasına dayalı olarak satımıdır. Bu tür satım sözleşmele-

⁸⁰ eş-Şirbînî, II, 469-470; er-Remlî, IV, 99-100.

⁸¹ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 238.

⁸² Aynı yerde ifa, satılanın kanunî ifa yerinde teslimi demektir ki, o da borçlunun mukim olduğu yerdir (BK.73/b.3).

⁸³ Bu hususta bkz. Feyzioğlu, I, 159-160; Tunçomağ, II, 75-78; Zevkliler/Aydoğdu/Petek, 41.

⁸⁴ Zevkliler/Aydoğdu/Petek, 41 (37 no'lu dipnot).

⁸⁵ Feyzioğlu, I, 161; Uygur, III, 198.

rinde hasar, ancak satılan teslim alındığı andan itibaren alıcıya geçmektedir.⁸⁶ Bununla birlikte, satılanın nitelikleri belirtilmek suretiyle yapılan satım sözleşmesinde hasarın geçişine ilişkin olarak İmâm Mâlik (ö.179/795)'ten üç farklı görüş nakledilmektedir. İlki, sözleşmede aksi öngörülmedikçe teslim kadar hasara satıcının; ikincisi, aksi öngörülmedikçe sözleşmenin kurulmasından itibaren alıcının katlanmasıdır. Nakledilen üçüncü görüş ise, borcun ifa edileceği zamana kadar kalacağına güvenilen (me'mûnu'l-bekâ) ve güvenilemeyen mallar arasında ayırım yapmaktadır.⁸⁷

Görüleceği üzere, vasıf üzerine satımda hasarın geçişine ilişkin İmâm Mâlik'e nisbet edilen ilk iki görüşün öngördüğü düzenleme emredici nitelikte değildir. Taraflarca aksinin kararlaştırılabileceği anlaşılmaktadır.⁸⁸

bb. Sözleşmenin Fâsid Olması: Mâlikîlere göre satım sözleşmesinin fâsid olması halinde, hasar alıcıya ancak satılanın teslim edildiği andan itibaren intikal etmektedir.⁸⁹ Bu düzenleme, mâlikîlerce parça borçları bakımından benimsenen sözleşme ilkesinin bir istisnası niteliğindedir.

cc. Satılanın mislî eşya ya da yiyecek maddesi olması: Hanbelî doktrininde Ahmed b. Hanbel'e nisbet edilen ve üstün tutulan görüşe göre, mislî mallar ayırt edilmiş (muayyen) olsa bile, hasara ilişkin sorumluluk alıcıya ancak teslimin gerçekleştiği andan itibaren intikal eder. Benzer şekilde satım sözleşmesine konu olan bütün yiyecek maddeleri -mislî mal niteliğinde olmasalar dahi- Ahmed b. Hanbel'e göre, hasarın intikali açısından teslim ilkesine tâbidir.⁹⁰

Bu tür satımlar, hanbelî doktrininde benimsenen parça borçlarında hasarın geçişine ilişkin sözleşme ilkesinin birer istisnasını teşkil etmektedir.

dd. Câiha meselesi: Câiha, doğal âfet demektir. Meyvelerin ağaç üzerinde satılması halinde, doğal âfetlerden ötürü meydana gelebilecek hasara kimin katlanacağı hususunda İslam hukukçuları arasında görüş ayrılığı bulunmaktadır. Mâlikî ve hanbelîlere göre ağaç üzerinde satılan meyvelere ilişkin hasar sorumluluğu, meyvelerin âfete uğrama ihtimali ortadan kalkıncaya kadar satıcıya aittir. Âfete uğrama ihtimalinin ortadan kalkma zamanı ile meyvelerin tamamen olgunlaşmaları ya da toplanacak hale gelmeleri kastedilmektedir. Hasar sorumluluğunun, ancak bu aşamadan sonra alıcıya intikal edeceği kabul edilmektedir.⁹¹ Mâlikî ve hanbelîlerin belirtilen

⁸⁶ İbn Ruşd, II, 154; el-Haraşî, V, 159; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 238; el-Behûtî, III, 242.

⁸⁷ İbn Ruşd, II, 154.

⁸⁸ Aybakan, Mâlik'e göre hasarın geçişine ilişkin düzenlemenin emredici olmadığını genel bir tespit olarak vermekte ve BK. 183/I'deki düzenleme ile karşılaştırmaktadır. {Bkz. *İslam Hukukunda Borçların İfası*, 57 (47 no'lu dipnot)}. Halbuki, belirttiğimiz gibi, düzenlemenin emredici olmaması, yalnızca sözleşme yapılırken hazır olmayan/görülemeyen eşyanın satımı ile ilgili ve Mâlik'ten nakledilen ilk iki görüşe göredir.

⁸⁹ Bkz. Sahnûn b. Saîd et-Tenûhî, *el-Mudevvenetu'l-Kubrâ*, I-V (İbn Ruşd el-Cedd'in *Mukaddemât*'ı ile), Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1415/1994 (Eser kapakta İmâm Mâlik'e nisbet edilmiştir), III, 194; İbn Cuzeyy, 248; el-Adevî, Alî b. Ahmed, *el-Hâşiye alâ Şerhi Muhtasari Sîdî Halîl*, I-VIII (el-Haraşî'ye ait *Şerhu Muhtasari Sîdî Halîl*'in hâmişinde), Dâru Sâdir, Beyrut ty. (Bulak 1318 baskısından), V, 159; ed-Desûkî, III, 70.

⁹⁰ İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 236, 237; İbn Kudâme, *eş-Şerhu'l-Kebîr*, IV, 124.

⁹¹ Sahnûn, III, 195; el-Haraşî, V, 159; ed-Derdîr, III, 146-147; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, IV, 233-234; İbn Kudâme, *eş-Şerhu'l-Kebîr*, IV, 271 vd.; İbn Receb, 56, 57.

yaklaşımı, Hz. Peygamber'den nakledilen ve ağaç üzerinde satılan meyvelerin doğal âfete uğraması halinde, alıcıdan bir şey talep edilmemesini öngören bir kısım haberlere dayandırdıkları görülmektedir.⁹²

Hanefî ve şâfiî hukukçular ise, câiha meselesinde, hasarın alıcıya geçmesi hususunda tahliye işlemini yeterli görmektedirler. *Tahliye*, satılanın teslim alınması hükmündedir.⁹³ Zâhirî doktrininde ise, bütün satım sözleşmelerinde olduğu gibi, câiha meselesinde de hasarın intikali bakımından sözleşme ilkesi geçerlidir.⁹⁴ Mâlikîler ve hanbelîler dışında kalan hukukçular, onların dayandıkları hadisleri farklı yorumladıkları gibi, kendileri de başka bir kısım rivayetlerle görüşlerini desteklemektedirler.⁹⁵

Anlaşılabileceği üzere, mâlikî ve hanbelî doktrinlerinde ağaç üzerinde meyve satımı ile ilgili olarak benimsenen yaklaşım, hasarın intikaline ilişkin sözleşme ve teslim ilkelerinden ayrılan özel ve istisnâî bir düzenleme niteliğindedir.⁹⁶ Klasik İslam hukuk doktrininde kimi hukukçularca benimsenen bilhassa köleler bakımından, teslimden sonra –üç günden bir yıla kadar uzayabilen süreçte– hasarın satıcıda kalmaya devam ettiği kendine özgü başka istisnaların da bulunduğunu⁹⁷ belirtmemiz gerekir. Fakat burada onlara sadece işaret etmekle yetiniyor, üzerinde durmayı gerekli görmüyoruz.

Türk borçlar hukukunda da hasarın geçişi meselesinde kabul edilmiş olan sözleşme ilkesinin sözleşmeden, halin icabından ve özel kanun hükümlerinden kaynaklanan bir kısım istisnaları bulunmaktadır.

Satım sözleşmesinde hasarın intikalini düzenleyen BK. nun 183. maddesi emredici değildir. Taraflar sözleşme yaparken kanun hükmünden ayrılabilir ve aksini kararlaştırabilirler. Sözleşmeden doğan bu istisna, ilgili kanun hükmünde yer alan 'hususî şartlar' (BK.183/I) kaydına dayanmaktadır.⁹⁸

Kanunda 'halin icabından' kaynaklanan istisnaların neler olduğu belirtilmemiştir (BK.183/I). Doktrinde halin icabı tabiri, hasarın alıcıya sözleşme ile geçmesinin nasafet ve hakkaniyete aykırı düştüğü durumlar biçiminde yorumlanmaktadır.⁹⁹ Halin icabından kaynaklanan istisnalara, satılanın tesliminin satıcı lehine ertelenmiş olması, satıcının aynı şeyi iki ayrı kişiye satmış olması, seçimlik borçlarda seçim hakkının satıcıya bırakılmış olması, satım sözleşmesinin peşin para karşılığı yapılmamış olması ve diğer bir bazı durumlar örnek olarak zikredilmektedir.¹⁰⁰

Sözleşme ilkesinin istisnaları özel kanun hükümlerinden de kaynaklanıyor

⁹² İbn Ruşd, II, 155; İbn Kudâme, *el-Muğni*, IV, 234; İbn Kudâme, *eş-Şerhu'l-Kebir*, IV, 273 vd.

⁹³ el-Kâsânî, VII, 244; İbn Hacer, VI, 134; eş-Şirbînî, II, 501-502.

⁹⁴ İbn Hazm, VII, 272, 279 vd.

⁹⁵ Bu hususta bkz. İbn Hazm, VII, 279-283.

⁹⁶ Câiha meselesinde mâlikî ve hanbelî ekollerinin benimsediği söz konusu istisnâî düzenleme için ayrıca bkz. es-Senhûrî, VI, 73-77.

⁹⁷ Bu hususta bkz. İbn Hazm, VII, 272; İbn Cuzeyy, 248; ed-Derdîr, III, 146.

⁹⁸ Feyzioğlu, I, 163; Yavuz, I, 54; Zevkliler/Aydoğdu/Petek, 39.

⁹⁹ Feyzioğlu, I, 163.

¹⁰⁰ Bkz. Feyzioğlu, I, 164; Tunçomağ, II, 87; Yavuz, I, 54.

olabilir. Taşınmaz (BK.216) ve hayvan (BK.56) satımları bu tür istisnalara örnek verilebilir.¹⁰¹

Değerlendirme ve Sonuç

Yapılan analiz göstermektedir ki, satım sözleşmesinde hasarın alıcıya geçişini düzenleyen sistemler, bütün hukuk düzenleri bakımından genel olarak sözleşme ve teslim ilkelerinin dışına çıkmamaktadır. Hukuk düzenlerinde, özellikle satıma konu olan eşyanın türüne ve satılanın nerede teslim edileceğine bağlı olarak çeşitli istisnalar öngörülebilirlikle birlikte, sözleşme ya da teslim ilkelerinden birini ana sistem olarak benimsendiği görülmektedir.

İslam borçlar hukukunda hasarın alıcıya geçiş meselesinde mâlikî, hanbelî ve zâhirî ekollerî sözleşme ilkesini; hanefî ve şâfiî ekollerî ise teslim ilkesini asıl sistem olarak kabul etmişlerdir. Satım sözleşmesinde hasarın geçiş Türk borçlar hukukunda da prensip olarak sözleşme ilkesine bağlanmıştır. Bu itibarla mâlikî, hanbelî ve zâhirî doktrinleri ile Türk borçlar hukuku arasında, hasarın sözleşmenin kurulmasından itibaren alıcıya geçeceğinin kabul edilmesi bağlamında bir benzerlik kurulabileceği anlaşılmaktadır.

Bununla birlikte İslam borçlar hukukunda sırf (mutlak) satım sözleşmesinin kurulmasıyla -teslim koşulu aranmaksızın- mülkiyetin karşı tarafa intikal edeceği hususunda, mâlikî, hanbelî ve zâhirî doktrinleri de dahil herhangi bir görüş ayrılığı bulunmamaktadır. Türk borçlar hukukunda ise, satım sözleşmesi mülkiyeti karşı tarafa geçirmemekte; yalnızca satıcı bakımından mülkiyeti nakletme borcu doğurmaktadır. Bu nedenle, Türk borçlar hukukunda benimsenen sözleşme ilkesi, henüz mâlik olmadığı halde alıcının hasardan sorumlu tutulması sonucunu doğurmaktadır. Her ne kadar alıcı lehine yarar (nefi) ve hasar dengesi kurulmuş olsa da (BK.183/I), satılarda ona fazlalık getiren yararın ortaya çıkışı, hasara göre daha nadir olduğu için, söz konusu düzenlemenin hakkaniyet açısından kabul edilebilmesi güç görünmektedir. Üstelik alıcı, sahip olmadığı bir şeyin yararına mâlik kılınmaktadır. Ancak gerek kanunda öngörülen istisnalar ve gerekse doktrinde yapılan yorumlar yoluyla söz konusu düzenlemenin geçerli olduğu alan oldukça sınırlanmıştır. Dolayısıyla, hasarın geçişini mülkiyetle birlikte sözleşmenin kurulmasına bağlayan mâlikî, hanbelî ve zâhirî doktrinlerine ait yaklaşımın, alıcının mâlik sıfatıyla kendi mâmeleğine dahil bir şeyin uğrayacağı zarara katlanmakla sorumlu tutulması bakımından hakkaniyete daha uygun olduğu kabul edilmelidir.

Hasarın geçişini teslimle bağlayan hanefî ve şâfiî doktrinlerinde, mülkiyet intikal etse bile, satılanın alıcının hâkimiyet alanına fiilen girmemiş olmasının öne çıkarıldığı görülmektedir. Diğer bir ifadeyle teslim ilkesinde, istisnalar bir tarafa bırakılırsa, alıcının mülkiyete bağlı hukukî tasarruf yetkisinden kaynaklanan çıkarı değil, şeyin kullanımına yönelik çıkarı esas alınmaktadır. Bununla birlikte, sözleşmenin kurulmasından itibaren mâlik sıfatını kazanmasından ötürü teslim kadar satılarda ortaya çıkacak yararın alıcıya ait olduğunun kabul edilip (*Mecelle*, md.236), hasarın satıcıda bırakılması, "Bir şeyin nef'i, damânı mukâbelesindedir" (*Mecelle*, md.85)

¹⁰¹ Özel kanun hükümlerinden kaynaklanan istisnalar için bkz. Feyzioğlu, I, 164-170; Uygur, III, 200.

ilkesine ve dolayısıyla hakkaniyete aykırı düşmektedir. Hasarın teslimine kadar satıcıda bırakılması, ancak mülkiyetin de teslimine bağlanması halinde âdil ve anlaşılabilir bir çözüm biçimi olarak kabul edilebilir.

Sonuç olarak, hasarın geçişi sorunu denildiğinde, kavramsal içeriği itibariyle *kusursuz imkansızlık hallerinde* ortaya çıkacak zarardan kaynaklanan mâlî kayba kimin katlanacağı kastedildiğine göre, hasarın mülkiyetle birlikte sözleşmenin kurulmasından itibaren alıcıya intikal edeceğini kabul eden yaklaşımı, alıcının mâlik sıfatıyla hem satılan üzerinde tasarruf imkanına kavuşması ve hem de yararına sahip olması nedenlerinden ötürü, en uygun sistem olarak değerlendiriyoruz.

İSLAM CEZA HUKUKU ÜZERİNE

-GENEL KISIM ÖZEL KISIM AYIRIMI VE BELİRLENMİŞ SUÇLAR BAKIMINDAN CEZALARIN TAKSİMİ-

Dr.Haluk SONGUR*

On the Islamic Criminal Law

-Partition of General Part and Private Part and Classification of Penalties with Respect to Fixed Offences-

In Continental-European Law which is originated from Roman Law, Criminal Law consists of general part and private part. General part deals with theories, definitions and elements of crime and private part deals with the offences one by one. Formally one cannot detect this division and concludes that general part in which theories, definitions and elements of crime is discussed is not consisted by Islamic Criminal Law (*Ukûbât*). But it does not mean that Islamic Criminal Law does not confine subjects of such parts as it claimed by some orientalist like Schacht and contemporary lawyers. We can detect all subjects of general part sometime as a separate title and mostly while discussing crimes one by one.

Islam provides such a unique legal system which contains the permanently fixed elements of "Hadd" and variable elements of "Ta'zeer". Hadd literally means the limit and signifies fixed punishments for certain offences. This is universal and the variations of time and place have no impact on this. "Ta'azeer" literally means punishment and signifies the quantum of punishment for the offences for which no punishment is fixed by the *nass* (Qur'an and Sunnah) and which is determined by the discretion of the Counsel of Consultants (State) or the judges. This variable element which responds to the changes of time and place.

Giriş

İnsan, tabiatı gereği medeni bir varlık olduğu için tek başına değil, topluluk halinde yaşar. İnsanların toplu bir halde hayatlarını devam ettirebilmeleri için de belli

* Süleyman Demirel Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, Araştırma Görevlisi, e-mail:hasongur@hotmail.com

bir düzen ve nizamın olmasının gereği de çok açıktır. Dolayısıyla bu düzen ve nizamın ihlali doğal olarak toplumun zararına olacağı için bunu ihlal eden davranışların niteliği ve bunlara uygulanan müeyyidelerin tespiti de ortak yaşam kadar gerekli ve eskidir.

Tarihte ilk devirlerden günümüze kadar toplum düzenini ihlale yönelik davranışlara uygulanan müeyyideler yani cezalar toplumdan topluma, zamandan zamana değişiklik arzetsen de genellikle; öldürme sürgün etme hapsedmek suretiyle toplumdan ayırmak, bedenen işkence veya azap verme, sosyal bakımdan zararlara uğratma¹ şeklinde uygulanagelmıştır.

Ceza Kavramı

Arapça “c.z.y.” kökünden ism-i mastar olan *ceza* kelimesi iyi veya kötü bir şeyin karşılığı² olarak kullanılmaktadır ki ayet ve hadislerde de bu anlamları görmek mümkündür. Örneğin Kur’an’da hırsızlık suçuna karşılık olarak konulan ceza olumsuz karşılık anlamında “ceza” kelimesi ile geçerken³, yine aynı surenin bir başka ayetinde “güzel davrananların mükafatı işte budur”⁴ diyerek ceza kelimesi olumlu karşılık anlamında kullanılmıştır. Türkçe’de ise ceza kelimesi Arapça anlamının bir kısmını içerecek şekilde sadece olumsuz karşılık⁵ anlamında kullanılmaktadır. İstilah anlamında cezayı suçluya uygulanacak maddî ve manevî müeyyide olarak tanımlanmaktadır.⁶ Arapça hukuk metinlerinde cezayı karşılayan kelime olarak *ukûbe* kullanılmaktadır. Ukûbe veya ıkâb kelimesi kötülüğün, günahın sonucu, karşılığı⁷ anlamındadır. Buna göre ukûbe “emir ve yasakları ihlale engel olmak için Şâri’ tarafından konulan müeyyide”⁸ diye tanımlanır.

İslâm Ceza Hukuku

İslâm Ceza Hukuku denildiğinde kamu yararını korumak amacıyla tayin edilen

¹ Dönmezer, Sulhi – Erman, Sahir, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, I-III, Yeniden Gözden Geçirilmiş Onikinci Bası, Beta Basım Yayım, Genel Kısım, İstanbul, 1997, I, 6; Gökçen, Ahmet, “*Cezanın Amacı ve Hürriyeti Bağlayıcı Cezanın İnfaz Sistemleri*”, 46, (M. Emin Artuk, Ahmet Gökçen, A. Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Makaleleri*, Güven Yayınları, İstanbul, 2002 içinde).

² İbn Manzûr, *Lisânu'l-Arab*, I-XV, Dâru Sâdir, Beyrut, t.y., XIV, 143.

³ Maide, V/38.

⁴ Maide, V/85.

⁵ Şemseddin Samî, *Kamûs-i Türkî*, Dersaaadet, 1317, 475; *Türkçe Sözlük*, I-II, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara, 1988, I, 255; Mehmet Doğan, *Temel Büyük Türkçe Sözlük*, Bahar Yayınları, Birinci Baskı, İstanbul, 1994, 118.

⁶ Bardakoğlu, Ali, “Ceza”, *DİA*, VII, 469.

⁷ Zeynuddin Muhammed b. Ebi Bekr b. Abdilkâdir er-Râzî, *Muhtârü's-Sıhah*, Müessesetü'r-Risale, Beyrut, 1988/1408, s.444

⁸ Üdeh, Abdülkadir, *et-Teşriü'l-Cinâi'l-İslâm Mukârenen bi'l-Kânûni'l-Vad'i*, I-II, Dâru İhyâi't-Turâsi'l-Arabî, Dördüncü baskı, Beyrut, 1985/1485, I, 609; Ceza tanımları için bak: el-Mâverdi, Ebü'l-Hasan Ali b. Muhammed b. Habib, *Ahkâmus's-Sultâniyye*, Dâru'l-Fıkr, Beyrut, t.y., s.364; Fudaylât, Cebr Mahmûd, *Sukûtu'l-Ukûbât fi'l-Fıkhî'l-İslâmî*, I-II, Dâru Ammâr, Amman, 1987/1408, I, 22; Bardakoğlu, Ali, “Ceza”, *DİA*, İstanbul, 1993, VII, 470; Çalıskan, İbrahim, “İslâm Hukukunda Ceza Kavramı ve Hadd Cezaları”, *AÜİFD*, c.XXXI, Kuruluşunun 40. Yılı Özel Sayısı, Ankara Üniversitesi Basımevi, 1989, s.367; Dağcı Şamil, *İslâm Ceza Hukukunda Müessir Fiiller*, s.31

yasak fiiller ve bu fiillere karşı devletin uyguladığı cezalar yönünden fertle devlet arasındaki ilişkileri düzenleyen hukuk dalı anlaşılmalıdır⁹. İslâm dininin ana kaynağı olan Kur'an ve sünnet İslâm Ceza Hukukunun aslî kaynağı olup bu alandaki, temel prensipleri ve amaçları belirlemişlerdir. İslâm hukukçuları ve hukuk ekolleri ise bu esas ve amaçların günlük hayata uygulanma tarz ve şartlarıyla ilgili, hukuki, yorum ve ayrıntıyı geliştirerek kendi devir ve toplumların problemlerini bu çerçevede çözmeye çalışmışlardır. Bu sebeple İslâm Ceza Hukukunun klasik yapısı Kur'an, Sünnet ve İslâm hukukçularının içtihatları şeklinde hiyerarşik üç merhaleden oluşmuştur¹⁰.

İslâm Hukukunda, Roma Hukuku, Cermen ve Kanonik hukuka dayanan bugünkü Kıta Avrupası Hukukundan farklı bir tasnif vardır. İslâm Hukukunda *İbadât*, *Muâmelât* ve *Ukûbat* şeklinde bir taksim söz konusudur. Ukûbat Ceza Hukukunun karşılığıdır. Ancak Ceza Hukukunun konuları fıkıh kitaplarında Ukûbat adı altında değil de *Babu'l-Kıyas*, *Kitâbu'l-Cinâyât*, *Kitâbu'l-Hudûd*, *Kitâbu't-Ta'zîr*, *Kitâbu'l-İkrâh*, *Kitâbu'd-Diyât* gibi başlıklar altında incelenmiştir. Ayrıca Ceza Muhakeme Usulü de *Kitâbu's-Şehâdât*, *Kitâbu Edebi'l-Kâdî* gibi bölümlerde ele alınmıştır.

Bugünkü Modern Ceza Hukuku, genel ve özel kısım olmak üzere iki bölüme ayrılmıştır. Genel kısımda; suç kavramı, unsurları, cezanın mahiyeti, suça başlangıç, teşebbüs, iştirak, içtima, cezanın düşmesi gibi konular işlenir. Özel kısımda ise; her suç özel olarak ayrı ayrı ele alınır. İslâm Ceza Hukukunda, bu şekilde genel ve özel kısım ayrımı yapılmamıştır. Bugünkü modern ceza hukukunun genel kısmında yer alan konular Klasik İslâm Ceza Hukuku literatüründe her özel suçta tekrar tekrar incelenmiştir. Ancak zaman zaman bu konuların başlıbaşına incelendiği de¹¹ görülmektedir.

Klasik fıkıh literatüründe, bugünkü şekliyle tasnif edilmiş bir ceza hukuku bulunmayışı bazı araştırmacıları İslâm'da genel ceza hukuku kavramı bulunmadığı şeklinde hatalı bir sonuca götürmüştür. Joseph Schacht (ö.1969) bunlardan birisidir. Ona göre İslâm hukukunda suç – ceza ve sorumluluk kavramları pek az gelişmiştir. Teşebbüs, suç ortaklığı¹² ve muvafakat nazariyesi de yoktur. Şahsi intikam, hadd cezaları, ta'zir, zecrî ve önleyici tedbirler ayrımı ile birlikte ceza nazariyesi geniş bir fikir çeşitliliği arzeder¹³. Ceza hukukçusu Bahri Öztürk de aynı görüşü şu ifadelerle savunmaktadır: "İslâm Ceza Hukukunda yani Ukûbatta suç genel teorisi yoktur. Kaynakları Kur'an, Sünnet, icma' ve kıyastır (içtihatır)"¹⁴.

⁹ Akşit, M. Cevat, *İslâm Ceza Hukuku ve İnsanî Esaslar*, Edebiyat Fakültesi Matbaası, İstanbul, 1976, s.33

¹⁰ Bardakoğlu, Ali, "Ceza", *DİA*, VII, 472.

¹¹ Örneğin İbn Hazm haddleri tek tek sırayla incelemeden önce '*Kitâbu'l-Hudûd*' başlığı altında haddlerin tanımı, kapsamı, şüphenin haddleri düşürüp düşürmediği, haddlerin bir keffaret olup olmadığı gibi pek çok konuyu ele almıştır. (İbn Hazm, *el-Muhallâ*, XII, 3-160) Daha sonra özel olarak zina haddi, hırsızlık haddi gibi haddleri tek tek inceleme konusu yapmıştır. Bkz: İbn Hazm, *el-Endelüsî*, *el-Muhallâ bi'l-Âsâr*, I-XII, Tahkik: Abdülğaffâr Süleyman el-Bendârî, Daru'l-Fikr, Beyrut, t.y., s.3 vd.

¹² Bu konuyla ilgili müstakil çalışma olarak bakınız: Songur, Haluk, *Suçta İştirak Teorisi-Mukayeseli Bir İnceleme-*, Basılmamış Doktora Tezi, S:D.Ü., Sosyal Bilimler Enstitüsü, Isparta, 2001.

¹³ Schacht, Joseph, *İslâm Hukuna Giriş* (terc: Mehmet Dağ-Mehmet Aydın), Ankara, 1986, s.192

¹⁴ Öztürk, Bahri - Erdem, Mustafa Ruhan - Özbek, Veli Özer, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, Seçkin Yayınevi, 4. Basi, İzmir, 1998, s.33.

Burada bir şeyin gözardı edilmemesi gerekir. İslâm Hukuku kazuistik¹⁵/ meseleci metotla gelişmiş bir hukuktur. Gerçekten de İslâm Hukukçuları çeşitli meseleleri incelerken, umumiyetle teoriler vaz'etmeyip tikel meseleler üzerinde durmuşlardır. Ancak bu meselelerin temelinde bir takım temel prensipler ve yerleşik kaideler mevcuttur ki bu günkü araştırmacılar çalıştıkları alanlarla ilgili İslam hukukundaki teorileri ortaya koymaktadırlar. Klasik kaynakların günümüz sistematiğine göre ele alınmayışı konunun özü ile ilgili bir eksiklik değil, metot farkıdır. Nitekim ondokuzuncu asrın ikinci yarısından itibaren İslâm aleminde bu yolda çalışmaların yapıldığı görülmektedir. Bu bağlamda son yıllarda bu alanda yapılan tezler ve "*Mecelle*" ve M. Kadri Paşa'nın (ö.1888) "*Mürşidü'l-Hayrân*"ı gibi kanunlaştırma örneklerini zikretmek mümkündür¹⁶.

Sonuç olarak İslam Ceza Hukukunda, bugünkü şekliyle bir ceza genel kısmı olmadığı muhakkaktır, ancak mahiyet itibarıyla suç kavramı, suçun unsurları, teşebbüs, iştirak ve içtima¹⁷ gibi kavramlarla ifade edilen meselelerin olmadığını ve gelişmediğini iddia etmek isabetli değildir. Çünkü daha önce sözünü ettiğimiz bölümlere bakarsak, her suçun başında özellikle de haddlerle alakalı olarak suçun tanımı, rükünleri (unsurları) ve özel olarak bu suça teşebbüs ve iştirak konularının işlenmiş olduğu görülecektir. Dolayısıyla Ceza Genel kısmının müstakil olarak incelenmediği fikrine katılmakla birlikte mahiyet olarak bunu kabul etmek mümkün değildir.

Cezaların Tasnifi

İslam Ceza Hukukunda cezalar değişik açılardan farklı tasniflemelere tabi bulunmuştur. Tasnifin esası belirli açılardan ortak yönleri, özellikleri olan türleri bir araya getirerek bir başlık altında toplamaktır¹⁸. Bu tasniflere göre cezalar aralarındaki var olan ilgi bakımından, miktarları üzerinde hakimnin takdir yetkisinin bulunup bulunmaması açısından, kendilerine uygulanacak hükümlerin gerekliliği (seçimlik ceza) yönünden, uygulandıkları yer ve kendileri için belirlenmiş suçlar bakımından gruplandırılmışlardır¹⁹.

İslam Ceza Hukukunda genel anlamda cezaların tasnifinde ana unsuru belirlenmişlik oluşturmaktadır. Özellikle İslam hukukçularının çoğunluğuna ait olan bu fikre göre cezalar hadd (ç. hudûd) ve ta'zîr olmak üzere ikiye ayrılır. Hadler belirlenmiş, ta'zîr de belirlenmemiş ve takdiri zaman ve zeminin ihtiyaçlarına göre devlete bırakılmış olan cezaları ifade eder.

¹⁵ Muhammed Halid Mesud, *Islamic Legal Philosophy, A Study of Abu Ishaq Al-Shatibi's Life and Thought*, Islâmîc Research Institute, İslâmabad (Pakistan), 1977, s.11; Aydın, M. Akif, "İslâm Hukukunda Gasp", *İslâm Tetkikleri Enstitüsü Dergisi*, c., 9, sy. 1-4 (Prof. Dr. Nihad M. Çetin Hatıra Sayısı), Edebiyat Fakültesi Basımevi, İstanbul, 1995, s.163.

¹⁶ Akdemir, Salih, "Üdeh'in Tercümesi "*et-Teşri'u'l-Cinâi el-İslâmî*" Adli Eserinin Tercümesi Üzerine", *AÜİFD*, c.:XXVIII, Ankara, 1986, s. 38.

¹⁷ Erturhan, Sabri, *İslâm Ceza Hukukunda İçtima*, Rağbet Yayınları, İstanbul, 2003 .

¹⁸ İlimlerde tasnif ile ilgili olarak bakınız: Çağıl, Orhan Münir, *Hukuk Metodolojisi Dersleri*, 1-7.Üçüncü Baskı, İstanbul Üniversitesi Yayınları, No:945, Hukuk Fakültesi, No:194, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1962.

¹⁹ Üdeh, I, 632-634; Çalışkan, İbrahim, "İslâm Hukukunda Ceza Kavramı ve Hadd Cezaları", s.371.

Hanefîler belirlenmiş cezalara bir kriter daha ekleyerek Allah hakkı olarak belirlenmiş- kul hakkı olarak belirlenmiş ceza ayırımına gitmişlerdir. Bu yönüyle de cezalar hadd cezaları, kısas cezası ve ta'zîr cezası²⁰ olmak üzere üç kısma ayrılır. Şimdi bunlar üzerinde ayrı ayrı durarak konumuza açıklık getirelim

Hadd Cezası

Hadd kelimesi fiil olarak engellemek, isim olarak da iki şeyin arasını ayıran sınıır, bir şeyin sonu anlamlarına gelir. Kapıda durarak, içeriye girişi engelleyene (*bevâb*) denilmiştir. Gardiyana da suçluların dışarıya çıkışını engellediği için (*seccân*) ya da (*haddâd*) denilir²¹.

Terim olarak *hadd*; miktarı Şari' tarafından (Hanefîlere göre Allah hakkı olarak) kesin bir şekilde belirlenen cezadır²².

Tarifte haddin Allah hakkı olarak belirtilmesinin sebebi, bu cezaların Allah'ın bir emri olarak yerine getirilmesi ve bu cezaların uygulanmasında fert ve toplumun herhangi bir müdahalesinin söz konusu olmamasıdır. Bu özelliği ile hadd kul hakkı olan kısas cezasından; miktarını tayin edilmiş olması ile de, miktarı tayin edilmemiş olan ta'zir cezasından ayrılmaktadır²³.

Haddin tarifinde geçen Allah hakkı tabiri genellikle "toplumun hakkı" olarak yorumlanmaktadır. Çünkü Allah hakkı olarak belirtilen cezaların hepsinde kamu yararı gözetilmektedir. Bu da insanların maslahatını temin etmek ve fesadı onlardan gidermekle gerçekleşir. Allah hakkı olan suçlar genellikle bu yararı ihlal ederken, konulan cezalar da bu maslahatı ihlal edeni cezalandırmaya yöneliktir.²⁴

Hadd kelimesi hem suçun hem de cezanın nitelemesi olduğu için fakihler hadd cezalarını gerektiren suçlar için de suç kelimesini kullanmadan sadece haddler (hudûd) şeklinde ifade ederler.²⁵

Fıkıh kitaplarında hadd cezasını gerektiren suçlar yedi olarak belirlenmiştir. Bunlar:

1. Zina suçu²⁶
2. Kazf suçu (iffetli bir kadına zina isnadında bulunmak)
3. Şûrb suçu (şarap içme)
4. Hırsızlık suçu²⁷.

²⁰ Üdeh, I, 78.

²¹ *Muhtaru's-Sıhah*, s.125-126

²² es-Serahsî, Muhammed Ahmed b. Ebu Sehl, *el-Mebsûl*, I-XXX, Çağrı Yayınları, İstanbul, 1983, IX, 36; Mâverdi, s.221; Mevsilî, Abdullah b. Mevdud, *el-İhtiyar li- Tâlibi'l-Muhtâr*, Beyrut, t.y., IV, 79; Üdeh, I, 78-79; Ebû Zehra, *Cerime*, I, 54; Ayrıca genel olarak ceza özel olarak hadd için bakınız: Çalışkan, İbrahim, "İslâm Ceza Hukukunda Ceza Kavramı ve Hadd Cezaları", *AÜİFD*, XXXI, Kuruluşunun Kırkıncı Yılı Özel Sayısı, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1989.

²³ Çalışkan, "Ceza", s.373.

²⁴ Üdeh, I, 79; Ebu Zehra, *Cerime*, s.54.

²⁵ Üdeh, I, 79.

²⁶ Geniş bilgi için bakınız: Keskin, Yusuf Ziya, *Recm Cezası-Ayet ve Hadis Tahlilleri*- Beyan Yayınları, İstanbul, 2001.

²⁷ Geniş bilgi için bakınız: İzzet Hasenin, *Cerâimü's-Serikat Beyne's-Şer'iat ve'l-Kânûn Diraseten*

5. Hirabe (yol kesme ve eşkiyalık) suçu.

6. İrtidat suçu.

7. Bağy suçu (Devlete isyan)²⁸.

Kıyas veya Diyet Cezası

Kıyas veya diyet cezaları, hayatı ve vücut bütünlüğünü ihlal eden suçlara karşı olarak konulmuş cezalardır. Kıyas ve diyetten her biri, kul hakkı olarak miktarı belirlenmiş cezalardır. Kıyas miktarlarının belirli olması itibarıyla hadd cezalarına benzer, ancak Allah hakkı (kamu hakkı) değil, kul hakkı olması itibarıyla da ondan ayrılır. Bu tür cezalar azaltılıp çoğaltılamaz. Fertlere ait bir hak olduğu için af geçerlidir. Suçun mağdurunun suçluları affetme yetkisi vardır²⁹.

Kıyas veya diyet gerektiren suçlar şu şekilde belirlenmiştir³⁰:

1. **Amden Katl**: Bir kimseyi haksız yere yaralayıcı bir aletle veya onun hükümünde olan bir şeyle öldürmek³¹.

2. **Şibhi Amd İle Katl (Amden Benzeyen Öldürme-Kastın Aşılması Suretiyle Katl)**: Bir kimseyi yaralayıcı aletlerden sayılmayan bir şey ile haksız yere ve kasten öldürmektir.

3. **Hataen Katl (Taksirle Öldürme)**: Bir kimseyi kasıt olmaksızın hata ile öldürmektir. Hata iki türlü olur.

Birincisi fiilde hatadır. Ava veya boşluğa atılan bir kurşunun bir kişiye isabet etmesi sonucu meydana gelen öldürmedir. Bu durum fiilde yapılan hata sonucu meydana gelen öldürmedir.

İkincisi kasıttadır. Av zannedilerek atılan bir kurşunun insana isabet etmesi sonucu meydana gelen ölümdür. Bu da kasıttadır hata ile adam öldürmedir.

4. Hata gibi Kabul Edilen (hata yerine Geçen) Öldürme: Bu kısım öldürme, hata gibi kabul edilen (hata mecrasında) irade dışı bir fiille meydana gelen öldürmedir. Örneğin bir kimsenin uyku halinde iken bir başkasının üzerine düşerek onu öldürmesidir.

5. Ölümüne Sebep Olma: Ölümüne sebebiyet verme (tesebbüben katl) bir kişinin ölümüne sebep olmaktır. Yetkili makamların izni olmaksızın bir kişinin yola bir kuyu kazması sonucu başka birinin bu kuyuya düşerek ölmesidir. Bu durumda sebep olan kişi gerçek katil olmasa da ölümüne sebebiyet vermiştir.³²

Fıkıh kitaplarında suç ve cezaların bu kısmı "*Kitâbu'l-Cinâyât*"³³, "*Kitâbu'd-*

→

Mukâreneten, Daru'l-Ulum, b. y., 1984/1405.

²⁸ Üdeh, I, 79; Ayrıca Bağy suçu ile ilgili olarak geniş bilgi için bakınız: Muhammed Niyazi Hatate, *Cerâimü'l-Buğâ Dirâseten Mukâreneten*, II. Baskı., Kahire, t. y.

²⁹ Üdeh, I, 79; Ebu Zehra, *Cerîme*, s.55.

³⁰ Üdeh, I, 79; Fâhîrî, Çays Muhammed, *el-İştirâkû'l-Cinâî fi'l-Fikhi'l-İslâmî Dirâseten Mukâreneten bi'l-Kânûni'l-Vadî*, Camiatu Karyunus, Bingazi, 1993, s40.

³¹ Geniş bilgi için bakınız: Adli Celil, *Cerâimü'l-Katli'l-Amdî İlmen ve Amelen*, Kahire, t. y.; Ahmet el-Hasarî, *ed-Diyet el-İsyânî'l-Müsellah fi'l-Fikhi'l-İslâmî*, Mektebetü'l-Külliyeti'l-Ezheriyye, Kahire, t. y.

³² Çalışkan, "Ceza", s.375; Uzunpostalcı, Mustafa, *Hukuk ve İslâm Hukuku II*, Konya, 1990, s.102.

³³ es-Serahsî, XXVII, 84; el-Kâsânî, Alaaddin Ebu Bekr Mes'ud, *Bedâiyü's-Sanâî fi Tertîbi's-Şerâî'*, Beyrut, t. y., VII, 233-234.

*Diyât*³⁴, “*Kitâbu'l-Cirâh*”³⁵, “*Kitâbu'l-Cirâhi'l-Amd*”³⁶, “*Babun fi'd-Dima*”³⁷ şeklinde farklı başlıklar altında ele alınmıştır.

Fakihlerin farklı başlıklar tercih etmelerinin değişik sebepleri vardır. “*Ahkâmu'd-Dimâ*” denmesi, yaralama ve ölüm olması ve çoğunlukla bunların cezasında da kısas gerekli olmasından dolayıdır. “*Cirâh*” başlığı da, ihlallerde esas sebebin bu olmasındandır. “*Kitâbu'l-Cinâyât*” denmesi de yaralama ölümü kapsayan genel bir ifade olmasındandır³⁸.

Ta'zîr Cezası

Terim olarak kısaca ta'zîr'i “Şârî'in belirlemediği cezalar”³⁹ şeklinde tanımlamak mümkündür. Maverdî (ö.450/1058), “hakkında hadd cezası tayin edilmeyen tedbîr”⁴⁰ diye tanımlar.

Ta'zîr cezası, hadd ve kısas cezaları dışında bir cezayı gerektiren Kur'an ve Sünnet tarafından yasaklanmış fiillerin faillerine uygulanan müeyyidedir. Ta'zîr cezası gerektiren suçların ve cezaların tayini *ulu'l-emre*⁴¹ (otoriteye) bırakılmıştır. Ta'zîr cezası idare hukukunun konusu gibi kabul edilmiş ve ilgili makamlar tarafından cezalandırılması düşünülmüştür⁴². Ta'zîr cezası, hadd ve kısas cezaları gibi sınırlı, mahdut değildir. Ayrıca bu cezaları sınırlamak mümkün değildir. Çünkü bugün topluma zararlı olmadığı düşünülen bir fiil bir başka zaman topluma zararlı hale gelebilir veya öyle kabul edilebilir. “Muhakkak ki insan varlığının temel şartları suça yansdığı için, suç tipinin bütün zamanlar ve milletler açısından geçerlilik bulan muayyen bir çekirdek unsuru mevcuttur. Fakat bunun haricinde cezai tehditler (zaman içinde) dünya görüşündeki veya hayat şartlarındaki değişikliklerle, milli, kültürel ve toplum politikasındaki farklılıklar tarafından karakterize edilmektedir.”⁴³ Faiz, ema-

³⁴ es-Serahsî, XXVI, 58; el-Buhûtî, Mansur b. Yunus b. İdris, *Keşşâfu'l-Kimâ' an Metni'l-İknâ'*, Beyrut, 1406/1983, VI, 5.

³⁵ eş-Şirbînî, Şemsüddin Muhammed b. Muhammed el-Hatib, *Muğni'l-Muhtâc ilâ Ma'rifeti Meânî Elfâzi'l-Minhâc*, Dirase, tahkik, talik:Şeyh Ali Muhammed Muavvid ve Şeyh Muhammed Adil Ahmed Abdül-Mevcud, Beyrut, 1994/1415, V, 210; İbn Kudâme, Muvaffakuddin Ebû Muhammed Abdullah b. Ahmed, *el-Muğni* (Şemsüddin Ebi'l-Ferac Abdurrahman b. Ebi Ömer Muhammed b. Ahmed b. Kudame el-Makdisi, eş-Şerhu'l-Kebir ile birlikte), Daru'l-Fikr, Beyrut, 1997/1417, IXX, 319.

³⁶ eş-Şafîî, Muhammed b. İdris, *Mevsûatu'l-İmâm Şafîî: Kitâbu'l-Umm*, Daru Kuteybe, 1416/1996, XXII, 5.

³⁷ ed-Dusûkî, Şemsüddin Muhammed Arafe, *Hâşiyetu'd-Dusûkî ale's-Şerhi'l-Kebir*, Ebu'l-Berekât Seyyidî Ahmed ed-Derdîr, eş-Şerhu'l-Kebir ve Muhammed Aliş'in *Hâmişetü's-Şerh* ile birlikte basım, Daru'l-Fikr, Beyrut, t.y, IV, 237.

³⁸ Fâhirî, *el-İştirâk*, s.41.

³⁹ İbn Teymiyye, Takiyyüddin, *es-Siyasetü's-Şer'iyye fi İslâhı'r-Râî ve'r-Raiyye*, IV. Baskı, Mısır, 1969, s.111-112; Üdeh, I, 81; Ebu Zehra, *Cerîme*, s.112; Fâhirî, *el-İştirâk*, s.42; *Ta'zîr*, s.78

⁴⁰ Maverdî, s.236.

⁴¹ el-Alvânî, Taha J., “The Rights of Accused in Islam”, 352, AJISS, içinde, c.IV, no.3, 1994

⁴² Silyia Tellenbach, “Modern Zamanlarda Uygulanacak İslâm Ceza Hukuku”, yayınlanmamış makale, 1; Modern zamanlarda İslâm Ülkelerinde İslâm Ceza Hukukunun tatbikiile alakalı olarak geniş bilgi için bkz: Adı geçen makale; Ayrıca ta'zîrle ilgili olarak daha geniş bilgi için bkz: Âmir, Abdülazîz, *et-Ta'zîr fi's-Şer'ati'l-İslâmiyye*, Kahire 1969; Şekerci, Osman, *İslâm Ceza Hukukunda Ta'zîr Suçları*, Yeni Ufuklar Neşriyat, İstanbul, 1996.

⁴³ Gallas, Wilhelm, “Cezalandırabilirliğin Temelleri ve Sınırları, Suç Kavramı Üzerine Düşünceler”, Ter-

nete hıyanet, sövme, rüşvet gibi ta'zir cezasını gerektiren bir kısım suçlar tespit edilirken büyük bir kısmı da devlet başkanının takdirine bırakılmıştır. Buradaki sınır şudur; devlet başkanı bu ceza ve suçları takdir ve tayin ederken İslamın genel prensiplerine aykırı hareket edemez. Çünkü bu tür suç ve cezaların devlet başkanına bırakılmasından maksat, kamu yararının gözetilmesi, toplumun düzene sokulması, toplum ve fertlerin ıslahı amacıyla gerekli tedbirlerin alınmasıdır⁴⁴.

Ta'zir cezası hapis, darp⁴⁵, tokat, kulak çekme, azarlama veya hakimin azarlaması gibi farklı biçimlerde olabilir. Dayak atmanın sınırı ile ilgili fıkıh kitaplarında yer alan bazı ölçüler vardır. Ebû Hanîfe'ye (ö. 150/767) göre en fazla otuz dokuz değnek,⁴⁶ Ebu Yusuf'a (ö.182/798) göre yetmiş beş ayrıca *nevadir* rivayete göre de yetmiş dokuz değnektir⁴⁷. Bu hususta Ebu Hanife'nin görüşü tercih edilmiştir. Bunun gerekçesi ta'zir cezasının miktar olarak hadd cezasından fazla olmaması gerektiğidir. Hadd cezasının en alt miktarı kırk değnektir, bu da kazif ve içki içmede kölelere uygulanan cezadır. Bunu yanında ta'zir cezasının on değnekten fazla olamayacağı da söylenmiştir⁴⁸.

Taksimın Sonuçları

Yukarıda yaptığımız, hadd cezası, kısas ve diyet ve ta'zir cezası şeklinde yapılan bu taksimının ortaya koyduğu bazı neticeler vardır⁴⁹. Bunları aşağıdaki şekilde maddeler halinde sıralayabiliriz.

Af ve Şefaât Açısından

Haddler Allah hakkı oldukları için af ve şefaate düşmezler. Kısasta ise suçun mağduru af yetkisine sahiptir. Ta'zîrde durum, eğer tamamen devlet hakkı ile alakalı, kul hakkı hiç yoksa ve hakim fayda mülhaza ederse affedebilir. Ta'zîrin kul hakkı ile alakalı olması halinde ise af ve ceza talebi suçun mağduruna kalmıştır⁵⁰.

Ağırlatıcı ve Hafifletici Sebepler Açısından

Ağırlatıcı ve hafifletici sebeplerin hadd ve kısas cezalarına bir etkisi söz konusu değildir. Ta'zîr cezalarında ise bu sebeplerin etkisi vardır⁵¹.

İspat Açısından

İslam Ceza Muhakemeleri usulü hadd ve kısasın ispatı noktasında belirli ispat yolları tayin etmiştir. Ta'zîr suçları ise tek şahitle sabit olurlar⁵².

→

cüme: İzzet Özgenç, *SÜHFD*, Ceza Muhakemeleri Usul Kanunu'nda Yapılan Son Değişiklikler Sempozyumu Özel Sayısı içinde, c. IV, sayı.1-2, 1994, 324.

⁴⁴ Üdeh, I, 80

⁴⁵ Kâsânî, VII, 64 .

⁴⁶ Kâsânî, VII, 64.

⁴⁷ Kâsânî, VII, 64.

⁴⁸ İbn Teymiyye, *es-Siyâsetü's-Şer'iyye*, s.55-56.

⁴⁹ Üdeh, I, 81-83; Fâhîrî, *el-İştirâk*, s.43-46.

⁵⁰ İbn Nüceym, Zeynüddin İbrahim, *el-Eşbâh ve'n-Nazâir*, Tahkik ve takdim: Muhammed Mutî' el-Hâfız, Daru'l-Fikr, Dimeşk, 1983/1403, s.145.

⁵¹ Üdeh, I, 82.

⁵² İbn Nüceym, *el-Eşbâh*, 145; Üdeh, s.83.

Hakimin Takdir Yetkisi Açısından

Hadd ve kısas cezalarında hakimin takdir yetkisi yoktur. Ta'zîr cezalarında ise hakimin belli kurallar çerçevesinde cezanın cinsine ve miktarına karar vermek hususunda takdir yetkisi vardır⁵³.

İtlaf Edilenin Tazmini Açısından

Devlet başkanının hadd uygulaması sonucu bir zarar hasil olursa bu hederdir, çünkü Allah'ın emrini yerine getirmiştir. Ancak ta'zîr cezasının tatbiki, sonucu oluşan zarar tazmin olunur. Çünkü Hz. Ömer bir kadını mahkemeye celbettiğinde kadın çocuğunu düşürmüş ve bunu tazmin etmiştir⁵⁴.

Sonuç

İslam Hukuku, kendine özgü bir bölümlenmeye sahiptir. Bu bölümlemede "Ukûbât" ceza hukuku yerini tutar.

Roma Hukukunun etkisi altında şekillenen bugünkü Kıta-Avrupa Hukukundan farklı olarak formel anlamda genel ve özel kısım ayrımı yoktur. Ancak bazı oryantalistler ve çağdaş hukukçular iddialarının aksine, İslam ceza Hukukunda formel anlamda olmasa da mahiyet olarak ceza genel kısım dolayısıyla orada yer verilen teorik konuların işlendiğini görüyoruz. Kaldı ki Kıta-Avrupa Hukuku sistematiği tek değil bundan farklı olarak farklı olarak Anglo-Saxon geleneği vardır. Dolayısıyla İslam Ceza Hukukunun, modern ceza hukuku sistematiğine göre yeniden sunulması gereğine inanmakla birlikte, bunun özgünlüğünü ortaya koyacak biçimde yapılması gerektiğini düşünmekteyiz.

Ayrıca İslam Ceza Hukukunda cezalar değişik açılardan tasnif edilmiştir. Bunlardan, kendileri için belirlenmiş suçlar bakımından cezaların taksimi, yani cezaların belirlenmiş olup olmaması ve Allah hakkı veya kul hakkı olup olmaması açısından yapılan taksim özgün bir taksimdir.

⁵³ Üdeh, I, 82

⁵⁴ Mâverdî, s.238.

İSLÂM HUKUKUNDA CEZASI İNFAZ EDİLEN BİR SUÇUN UHREVÎ BOYUTU

Yrd.Doç.Dr.Sabri ERTURHAN*

Dimension of the Executed Punishments in the Hereafter from Angle of the Islamic Criminal Law

Islamic Law is based on the Divine Revelation originally. In addition, an equivalent relating to this world and the hereafter is laid down for every deed of persons in this law. This situation is valid for the deeds with respect to the criminal law; that is, the punishment from the angle of the Islamic Penal Code is related to both this world and the hereafter. There are two basic approaches among the Islamic jurists as to whether the punishment executed in this world for a criminal act can also remove its responsibility in the hereafter. While some jurists, considering that the executed punishments for crimes heavy and deterrent enough, see that there is no need to punish the criminal/guilty in the hereafter, the others think that the worldly punishments are not enough to remove the responsibility of the sinful deeds in the hereafter and so the criminal have to repent for their acts to get rid of the responsibility of their acts in the hereafter.

In this article we discussed all the different opinions among the Muslim jurists. In addition, we studied some deeds that occurred in different shapes such as accidental and impossible acts. In these cases the purpose of the guilty is to be considered.

GİRİŞ

İslâm hukuku orijin itibariyle vahye istinat etmektedir¹. Ayrıca bu hukukta bi-

* Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi

¹ Udeh, et-Teşrîu'l-cinâi'l-İslâmî, I/17-18; Bassiouni, *Sources of Islamic Law* (ICJS adlı eserin içinde), s. 8-10; Zeydân, *Mecmûatü bühûsi'l-fıkhiyye*, s. 377; Bedrân, *Târîhu'l-fıkhi'l-İslâmî*, s. 235; Der'ân, el-Medhal, s. 38; Coulson, *A History of Islamic Law*, s. 1; Ahmad Hasan, *The Early Development of Islamic Jurisprudence*, s. XIII; Çeker, *Fıkıh Dersleri*, s. 19-28.

reyin her bir fiilinin hem dünyevî, hem de uhrevî bir karşılığı bulunmaktadır². İslâm Hukukunun hem dünyevî hem de uhrevî bir veçhete sahip olması onu diğer hukuk sistemlerinden ayıran temel özelliklerinden biridir. Bu yapının doğal bir sonucu olarak kişinin hukuka uygun her davranışı (salih amel) karşılığında hem dünyevî hem de uhrevî mükâfat³, hukuk dışı davranışları karşılığında da hem dünyevî, hem de uhrevî ceza⁴ öngörülmüştür⁵. Yani ödül de ceza da hem dünyevî hem uhrevîdir. Bu husus fıkhnın klasik olarak ibadât, muâmelât ve ukûbât şeklinde tasnif edilen bütün dallarına şamildir. Dolayısıyla bu din mensuplarının her türlü tasarruf ve icraatlarında meselinin uhrevî boyutunu dikkate alma zorunlulukları bulunmaktadır.

Bir şahsın hayatı boyunca gerçekleştirmiş olduğu ama cezası infaz edilmemiş olan bütün ihlallerin uhrevî sorumluluğunu taşıyacak olmasında kuşku yok ise de⁶, teknik anlamda suç sayılan fiillerden birini işleyen ve karşılığında cezası infaz edilen şahsın aynı suç sebebiyle âhirette ayrıca cezalandırılıp cezalandırılmayacağı hususu fukaha arasında tartışmalıdır.

Bir suçun uhrevî boyutu, İslâm öğretisini benimseyen kişi açısından son derece önem arz etmektedir. İnanan kişi her hangi bir hareket ve davranış içerisine girerken, hem yaratıcısının karşısında mahcup olmamak hem de âhirette şiddetli azaba maruz kalmamak için mutlaka meselinin uhrevî boyutunu hesaba katacaktır. Bu bilince sahip bir mü'min Allah'ın huzuruna açık bir alınla çıkmak isteyecek, bu itibarla da işlediği suçun günahından aklanmayı her zaman yeğleyecektir. İşte bu noktada yani cezaların aklayıcılığı konusunda fakihlerin iki gruba ayrıldıkları görülmektedir. Kimi fakihler ceza infazıyla suçun uhrevî cezasının da kalkmış olacağı görüşünü taşırlarken, diğerleri aksi bir yaklaşım sergilemektedirler. Çektiği cezanın, suçun uhrevî müeyyidesini kaldıracağına inanan muttakî bir kişinin, uhrevî cezadan kurtulmak için

² Awwa, *The Basis of Islamic Penal Legislation* (ICJS adli eserin içinde), s. 131; Hacvî, *el-Fikru's-sâmî*, I/61-62; Udeh, *et-Teşri'u'l-cinâî'l-İslâmî*, I/172; Ebû Zehra, *el-Cerime*, s. 12-18; a. mlf, *el-Ukûbe*, s. 47 vd; Zerkâ, *el-Medhal*, I/56-57; Zeydân, *el-Medhal*, 38-39; Bedrân, *Târîhu'l-fikhi'l-İslâmî*, s. 239-240; Abdülazîm Şerâfuddîn, *Târîhu't-teşri'i'l-İslâmî*, s. 34-35; Der'ân, *el-Medhal*, s. 40; Ahmad Hasan, *The Early Development of Islamic Jurisprudence*, s. XIII.

³ Konuya ilişkin bazı ayet meâlleri şöyledir: "Ve (bu kitap size) Rabbinizden mağfiret dilemeniz, sonra da ona tövbe etkeniz için indirildi. Şayet bu emrolunanları yaparsanız Allah sizi tayin edilmiş bir süreye kadar güzel bir şekilde yaşatır ve erdem sahibi herkese kendi mükâfatını verir." Hûd, 11/3. "Bu dünyada güzel amellerde bulunanlara güzel mükâfat vardır. Ahiret yurdu ise onlar için daha hayırlıdır" Nahl, 16/30. "Mü'min olarak salih amel işleyen bütün erkek ve kadınları güzel bir hayatla yaşatırız. Ve onların mükâfatlarını yapmakta oldukların en güzeliyle veririz" Nahl, 16/97. Ayrıca bkz. Nahl, 16/41, 122; Ankebût, 29/27; Rahmân, 55/46. Ayrıca bkz. İbn Kayyim, *İ'lâmu'l-muvakkîn*, II/157-158.

⁴ Konuya ilişkin bazı ayet meâlleri şöyledir: "Allah ve Rasûlüne itaat edin, birbirinizle çekişmeyin. Sonra korkuya kapılırsınız da gücünüz elinizden gider..." Enfâl, 8/46. "Kim beni anmaktan yüz çevirirse şüphesiz onun için dar bir geçim vardır ve biz onu kıyamet günü kör olarak haşrederiz." Tâhâ, 124.

⁵ Zeydân, *Mecmûatü bühûsi'l-fikhiyye*, s. 380-381; Muhayzif, *Der'u'l-ukûbâti bi's-şübühât*, I/36-37.

⁶ Â'râf, 7/9; Yûnis, 10/61; Nûr, 24/24; Furkân, 26/68, 69; Tekvîr, 81/8-9; Zilzâl, 99/7-8, Kâria, 101/8-9; Bu bağlamda Hz. Peygamber de bir hadislerinde bir duruşma esnasında taraflardan birinin, diğerine oranla davasını daha iyi savunabileceği ve bu savunmaya istinaden kendisinin de (kişi aslında haksız olmasına rağmen) bu kişi lehine karar verebileceğini, dolayısıyla bu kişilerin bu kabil haksız kazanımlarıyla aslında kendilerini âhirette ateşe maruz bırakmış olacaklarına dikkat çekmiştir. Bkz. San'ânî, *Sübülü's-selâm*, IV/21; Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, VIII/320.

cezasını mutlaka bu dünyada çekmek isteyecek olacağında şüphe yoktur.

Uygulanan bir cezanın, âhiretteki sorumluluğu ortadan kaldırmayacağı görünün kabulü halinde kişilerin ne tür davranışlar içerisine girecekleri, bu davranışların ne gibi bireysel ve toplumsal yansımalarının olacağı hususu da önem arz etmektedir.

Ele aldığımız problem ta'lîlî bir mesele değildir, yani aklın hareket alanını oldukça aşan bir husustur. Bu münasebetle çalışmada Kur'an ve Sünnet merkezli bir yol izlenecektir. Fakihlerin bu problem karşısında sergiledikleri farklı yaklaşımları da ayrıca bir tahlile tabi tutulacak, gerekçeleri karşılaştırılarak bir sonuca ulaşmaya çalışılacaktır.

A. İnfazın Uhrevî Cezayı Kaldıracağı Görüşü

Aralarında *Kenz şârihi Semerkandî'nin*⁷ de bulunduğu cumhûru oluşturan fukahaya göre İslâm hukukunda suç sayılan⁸ fiillerden birini işleyen faile işlediği suçun cezasının infaz edilmesiyle birlikte, failin uhrevî cezası düşer. Bir başka ifadeyle infaz edilen bu ceza işlenen suçun günahına keffâret olur ve suçun günahını siler. Bu görüşü benimseyen fakihlere göre cezası çekilen bir suçun günahının silinmesi için şahsın ayrıca tövbe etme şartı da bulunmamaktadır. Çünkü hadd ve kısas cezaları yeterince ağır cezalar olup, kişi işlediği suçun cezasını eksiksiz çekmiştir, bu itibarla ayrıca tövbe etme zorunluluğu bulunmamaktadır⁹.

Şafîî hukukçusu Büceyrimî (1221/1806), sahih olanın, hadlerin bir müslüman açısından suçun günahını silme (cevâbir), gayr-i müslim kişi açısından ise genel önleme özelliğine (zevâcir) sahip olduğu görüşünü belirtir¹⁰. Uygulanan cezaların tövbeye gerek kalmaksızın suçun uhrevî cezasını doğrudan düşüreceğini savunan fakihler iddialarını Hz. Peygamber'in hadisleriyle temellendirmişlerdir. Ubâde b. Sâmî kanalıyla gelen bir hadiste Hz. Peygamber, orada hazır bulunan insanlardan şirk koşmamaları, hırsızlık, zina ve iffete iftira suçu işlememeleri, çocuklarını öldürmemeleri, meşrû emirlere (ma'rûf) isyan etmemeleri konusunda söz almış, akabinde de şöyle buyurmuştur. *"Kim bu fiillerden (zina, öldürme, vb) birini işler ve karşılığında bu dünyada cezalandırılırsa bu ceza o kişi açısından keffârettir. Yine kim bu suçlardan birini işler de gizlerse onun işi/hükmü Allah'ın takdirine kalmıştır. Allah dilerse onu*

⁷ Tam adı Eb'l-Kâsım b. Bekr el-Leysî es-Semerkandî olup hicrî dokuzuncu asrın ikinci yarısında yetişen bilginlerdendir. Neseffî'nin *Kenz* adlı eserine yazdığı şerhin özgün ismi *Mustahlasu'l-hakâik*'dir. Bkz. Serkis, s. 1044-1045, 1853.

⁸ İslâm ceza hukukunda suçlar öngörülen cezalara göre hadd, kısas ve ta'zîr gerektiren suçlar şeklinde üçlü bir ayırma tâbî tutulmuştur. Suçların değişik açılardan tasnifi için bkz. Udeh, *et-Teşriu'l-cinâî*, I/78-107; Ebû Zehra, *el-Cerime*, s. 49-168; Husarî, *es-Siyâsetü'l-cezâiyye*, III/26-49; Zeydân, *el-Medhal*, s. 336-337; Çalışkan, "İslâm Hukukunda Ceza Kavramı ve Hadd Cezaları", *AÜİFD*, C. XXXI, s. 368-397; Akşit, *İslâm Ceza Hukuku*, s. 46; Dağcı, *İslâm Ceza Hukukunda Müessir Fiiller*, s. 22-30.

⁹ Mâverdî, *el-Hâvî'l-kebîr*, XVII/25; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, XII/12; İbn Kudâme, *el-Muğnî*, XII/77; Nevevî, *el-Minhâc*, XI/221; İbn Kudâme el-Makdisî, *eş-Şerhu'l-kebîr*, XII/64; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, V/211; Şelebî, *Hâşiye*, (Tebyinü'l-hakâik'le birlikte), III/163; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik*, V/3; Ruhaybânî, *Meâlîb*, VI/168; İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhâr*, IV/4. Ayrıca bkz. İbn Hacer el-Askalânî, *Fethu'l-Bârî*, I/97; Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, VII/66.

¹⁰ Büceyrimî, *el-Büceyrimî ale'l-Hatîb*, V/3.

cezalandırır, dilerse de affeder.”¹¹

Aynı muhtevada benzer bir hadis de Huzeyme kanalıyla rivayet edilmiştir¹².

Konuya ilişkin olarak Hz. Ali tarafından rivayet edilen bir başka hadiste de Hz. Peygamber şöyle buyurmaktadır: “Kim bu dünyada bir günah/suç işler ve (bu suç karşılığı öngörülen) cezasını çekerse Allah, (adaleti gereği) aynı suç karşılığı kullarını (âhirette) ikinci kez cezalandırmaktan münezzehtir. Yine Allah (c.c.), bu dünyada işlediği bir günahını gizlediği ve affettiği bir kulunu âhirette (lütfu ve keremi dolayısıyla) cezalandırmaktan münezzehtir.”¹³ Hz. Ali de Şurâha'ya recm cezasını uyguladıktan sonra “kim haddi gerektiren bir suç işler de bu hadd infaz edilirse, bu infaz söz konusu suçun keffâreti olur”¹⁴ demiştir.

İşlenen suç karşılığı tertip edilen cezaların uygulanmasının, aynı suçun günahını da sileceği yönünde vârid bu hadisler yanında Hz. Peygamber'in, infaz edilen bir cezanın suçun günahını da sileceğine dair kesin bir bilgiye sahip olmadığını beyan eden ifadeleri de bulunmaktadır. Ebû Hureyre kanalıyla gelen rivayette Hz. Peygamber konuya ilişkin olarak, “*Tübbâ*¹⁵’ın *nebi olup olmadığını, Zü'l-karneyn'in nebi olup olmadığını, hudûdun bu suçları işleyen kimselere keffâret olup olmadığını bilmiyorum*”¹⁶ demektedir. Kaynaklarda her iki hadisin de Hz. Peygamber'in aidiyetinin sahih olduğu kaydedilmektedir¹⁷. Hal böyle olunca hadis bilginleri bu iki hadisin arasını te'lîfe çalışmışlar, bunun için de her iki hadisin arka planını araştırmışlardır. Hadis şârihlerinin konuya ilişkin yorum ve değerlendirmelerini şu şekilde özetlemek mümkündür: Hz. Peygamber'in herkesi bağlayıcı niteliği bulunan (dînî/hukukî) konularda ihtimalli ifadeler kullanması söz konusu olamaz. Cezaların telâfi edici özellikle

¹¹ Şâfiî, *el-Ümm*, VI/189-190; Abdurrezzâk, *el-Musannef*, VI/4; IX/464; Buhârî, İman, 11, I/10; Ahkâm, 49, VIII/125; Müslim, Hudûd, 10, II/1333-1334; Tirmizî, Hudûd, 12, IV/45; Nesâî, Bey'a, 9, VII/141-142; İbn Mâce, Hudûd, 33, II/868; Ahmed b. Hanbel, V/314; İbn Kesîr, *Tefsîru'l-Kur'ânî'l-Azîm*, II/51; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, VIII/570; Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, VII/62; Hadis hasen, sahih ve müttetekun aleyh'dir Bkz. Tirmizî, Hudûd, 12, IV/45; Tirmizî, Hudûd, 12, IV/45; Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, VII/62; Elbânî, *Irvâu'l-ğalîl*, VII/366-367. İmam Şâfiî, hudûdun ehline keffâret olacağı konusunda bu hadisten daha güzel bir söz duymadığını ifade etmektedir. Bkz. Şâfiî, *el-Ümm*, VI/189-190; Tirmizî, Hudûd, 12, IV/46; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, VIII/570; Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebir*, XIII/334.

¹² Ahmed b. Hanbel, V/204; Dârekutnî, *Sünen*, III/214; Bağavî, *Şerhu's-sünne*, X/311; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, VIII/570; Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebir*, XIII/334. Bu husutaki hadisler bazı fıkıh kaynaklarında genellikle “el-Hudûdu keffârâtun li ehlihâ” şeklinde kaydedilmiştir. Herhalde fakihler hadisin manasını esas alarak böyle bir yola gitmiş olmalılar. Bkz. İbn Rüşd (ced), *el-Mukaddemât ve'l-mümehhedât*, III/279; Karâfî, *ez-Zahira*, XII/273; Sâvî, *Bulğatü's-sâlik*, IV/335.

¹³ İbn Mâce, Hudûd, 34, II/868; İbn Kesîr, *Tefsîru'l-Kur'ânî'l-Azîm*, II/51; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, VIII/570; Suyûtî, *el-Câmiu's-sağîr*, II/571; Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, VII/65.

¹⁴ Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, VIII/571.

¹⁵ Tübbâ', Yemen (himyer) hükümdarları için kullanılan bir lakaptır. Onlar Sebe' kavminin bir boyu olup M. Ö. 115 de Sebe' ülkesinde iktidara gelmişler ve M. S.: 300 yılına kadar bu iktidarlarını devam ettirmişlerdir. Bkz. İbn Kesîr, *Tefsîru'l-Kur'ânî'l-Azîm*, IV/143-145; Mevdûdî, *Tefhîmu'l-Kur'ân*, V/308; Harman, “Tübbâ' Kavmi”, *İslâm'da İnanç, İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, IV/381.

¹⁶ Hâkim en-Nisâbü'rî, *el-Müstedrek*, I/93; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, XII/14; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, VIII/570; Muttakî el-Hindî, *Kenzü'l-ummâl*, XII/81.

¹⁷ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, XII/14; Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, VIII/570; İbn Hacer el-Askalânî, *Fethu'l-Bârî*, I/93-97; XIV/34-35; Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, VII/63 vd.

ri konusunda kesin bir bilgiye sahip olmadığını beyan ettiği hadisin Hz. Peygamber'e aidiyetinde bir tereddüt bulunmayınca böyle bir hadisin, bu konuda kendisine henüz kesin bir vahiy gelmeden önce söylenmiş olduğu açığa çıkmaktadır. Kendisine bu konu hakkında vahiy geldikten sonra ise Hz. Peygamber, hudûdun keffâret olacağını açıkça beyan etmişlerdir. Dolayısıyla her iki hadis arasında bir teâruz söz konusu değildir¹⁸.

B. İnfazın Uhrevî Cezayı Kaldırmayacağı Görüşü

Çoğunluğunu Hanefiler'in oluşturduğu hukukçulara göre bir suçun cezasının infaz edilmiş olması, o suçun âhiretteki cezasını kaldırmış olmaz. Yani dünyevî cezasını çekse dahi fail işlediği suçun günahından âhirette ayrıca sorumlu tutulacaktır. Hanefî hukukçuları dışında Mu'tezile ile bazı tabiûn da aynı görüşü taşımaktadırlar.¹⁹ Bu fakihlere göre hadlerin aslî hükmü ve temel gayesi insanların can, mal ve şeref, namus ve haysiyetlerine vâki olabilecek ihlallerin önüne geçilmesi böylece ülkenin fesat unsurundan arındırılmasıdır. Diğer taraftan hadler, kamunun tamamını ilgilendiren ve Allah hakkı tabir edilen haklar kapsamında yer almakta dolayısıyla hadd cezaları kamu yararının sağlanması, toplumda huzur ve güven ortamının tesisi amacıyla infaz edilmektedir²⁰. Bu sebeple ceza infazı yoluyla bir suçun günahının da silinmesi/tathîr, haddin aslî değil, tebeî/ikincil gayesidir. Çünkü suçun günahının silinmesi veyahut failin uhrevî sorumluluğunun kalkması sadece haddin infazıyla değil aynı zamanda failin işlediği suçtan tövbe etmesi halinde mümkün olabilir. Kur'an'da hirâbe (terör) suçu işleyenlerin konu edildiği ayette "...*Bu onların dünyadaki rüsvaylığıdır. Onlar için âhirette de büyük azap vardır.*"²¹ ifadesi tövbe gereğinin açık kanıtıdır. Ayette haddin infazıyla âhiretteki cezanın düşmeyeceğine vurgu yapılmıştır. Hanefî hukukçusu Ebu'l-Leys (373/983 veya 393/1003) bu ayetten hareketle infaz edilen haddin, ilgili suçtan dolayı ayrıca tövbe etmeyen failerin uhrevî cezasını kaldırmayacağını altını çizmiştir²². Özetle belirtmek gerekirse hadler suçlunun uhrevî sorumluluğunu kaldırıcı (cevâbir) değil aksine ıslah edici, caydırıcı, kamu güvenliğini koruyucu, mağdur ve yakınlarını teskin edici (zevâcir) gibi tamamen dünya hayatına yönelik bir niteliği haizdir²³. Suç işleyen müslüman bir bireyden başka İslâm öğretisini inkar eden şahsa da hadd uygulanmasının temelinde cezaların işte bu dünyevîliği özelliği yatmaktadır. Gayr-i müslime uygulanan bir haddin onun uhrevî sorumluluğunu kaldırmayacağı açıktır. Ceza tatbiki aynı zamanda ilgili suçun

¹⁸ Hâkim en-Nisâbûrî, *el-Müstedrek*, I/93; İbn Hazm, *el-Muhallâ*, XII/14; Beyhâkî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, VIII/570; Nevevî, *el-Minhâc*, XI/220; İbn Hacer el-Askalânî, *Fethu'l-Bârî*, I/93-97; XIV/34-35; Şevkânî, *Neylû'l-evtâr*, VII/63 vd.

¹⁹ İbn Hacer el-Askalânî, *Fethu'l-Bârî*, I/97; Şevkânî, *Neylû'l-evtâr*, VII/66.

²⁰ Zeyleî, *Tebyînü'l-hakâik*, III/163; Aynî, *el-Binâye*, VI/190-191; Bâbertî, *el-İnâye*, V/212; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, V/211.

²¹ Mâide, 5/33.

²² Şelebî, *Hâşiye*, (Tebyînü'l-hakâik'le birlikte), III/163.

²³ Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'an*, II/579; Zeyleî, *Tebyînü'l-hakâik*, III/163; Bâbertî, *el-İnâye*, V/212; Aynî, *el-Binâye*, VI/190-191; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, V/211; İbn Nüceym, *el-Bahrü'r-râik*, V/3; Âlûsî, *Rûhu'l-meânî*, C. IV, Cüz. V, s. 169 vd; Sâys, *Tefsîru âyâtü'l-ahkâm*, I/582.

günahını da temizlemiş olsaydı, söz konusu cezaların bu inkarcı kişiler için geçerli ve hukukî olmaması gerekirdi. Bir başka ifadeyle gayr-i müslim bir şahıs bu inkarı nedeniyle işlediği bütün suç ve günahların cezasını çekecektir. Yine bu inkarına istinaden, kendisine infaz edilen bir ceza onun işlediği suçun uhrevî cezasını kaldırmayacaktır. Çünkü İslâm dairesi içerisinde değildir ve çünkü İslâm'ın inanç esaslarını temelden reddetmektedir. İnfaz edilen bir cezanın gayr-i müslim bir kişinin uhrevî sorumluluğunu kaldırması bakımından bir etkisi bulunmayınca doğal olarak ona dünyevî cezanın uygulanmaması da gerekirdi. Oysaki gayr-i müslim suç faillerinin de bu cezaların muhatabı olduklarında kuşku yoktur. Hal böyle olunca bir haddin infazının asıl amacı failin işlediği suçun günahının silinmesi (tuhr) olmayıp, onun inzicâridir²⁴

Bu hukukçuların, infazın, suçun uhrevî cezasını kaldıracağı konusunda delil getirilen hadislere yaklaşımları ise şöyledir:

a) Söz konusu hadisler, ceza infazının suçun günahını da silmesinin, ancak suçlunun ceza akabinde tövbe etmesiyle mümkün olabileceğine hamledilir. Bu nedenle infaz sonrası failin aynı suçtan dolayı ayrıca tövbe de etmesi gerekir. Aksi takdirde suçun uhrevî cezasından kurtulması söz konusu olmaz²⁵. Bir başka ifadeyle kendisine hadd uygulanan şahıs ayrıca tövbe etmezse, infaz edilen bu suçun günahı devam eder²⁶.

b) İleri sürülen hadisler zannî olup, kat'î olan Kur'an nassıyla takyid/kayıtlanmışlardır. Sübûtu zannî olan bu hadislerin kat'î olan Kur'an nassının önüne geçirilmesi mümkün ve uygun değildir²⁷.

c) Hadiste keffâret yani suçun günahının da kalkması cezaya izafe edilmiştir. Bu şu anlama gelmektedir; yargı önüne çıkan ve kendisini adalete teslim eden şahıs, işlediği suçun cezasının infaz edileceğini, bundan kesinlikle kurtuluş olmadığını anlayınca pişmanlık duyar, tövbe eder, Allah da bu tövbesine/pişmanlığına istinaden suçunun günahını affeder. Böylece ceza endirekt olarak (bi vâsîtatın) suçun günahına keffâret olmuş olur²⁸.

Suçun uhrevî sorumluluğunun kalkabilmesi için ceza ile birlikte tövbeyi de şart olarak ileri süren fakihlerin en kuvvetli dayanakları az önce de zikredildiği gibi "...Bu onların dünyadaki rüsvaylığıdır. Onlar için âhirette de büyük azap vardır."²⁹ ayetidir³⁰. Fakat ayetin kesin yorumu bu fakihlerin anladıklarından ibaret değildir. Ayetin tefsiri bağlamında başka farklı görüşler de ileri sürülmüştür. Bu görüşler özetle şöyledir: Terör suçu karşılığı öngörülen cezanın uygulanmasından başka suç failinin ayrıca uhrevî ceza ile muhatap kılınmış olmaları bu ayetin müşrikler hakkında

²⁴ Zeyleî, *Tebyînü'l-hakâik*, III/163; Aynî, *el-Binâye*, VI/190-191; Şelebî, *Hâşiye*, (Tebyînü'l-hakâik'le birlikte), III/163.

²⁵ İbn Kesîr, *Tefsîru'l-Kur'ânî'l-Azîm*, II/51-52; İbnü'l-Hümâm, *Fethu'l-kadîr*, V/211; İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, V/3.

²⁶ İbn Âbidîn, *Reddü'l-muhtâr*, IV/4.

²⁷ İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, V/3; Sâys, *Tefsîru âyâtî'l-ahkâm*, I/582.

²⁸ İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik*, V/3; Sâys, *Tefsîru âyâtî'l-ahkâm*, I/582.

²⁹ Mâide, 5/33.

³⁰ Âlûsî, *Rûhu'l-meânî*, C. IV, Cüz. V, s. 173.

indirildiğini savunanların görüşlerini destekler niteliktedir³¹. Dünyevî cezalarını çeken müslüman suçlular ise Ubâde kanalıyla rivayet edilen hadise istinaden uhrevî cezadan muaf tutulmuşlardır. Uhrevî cezanın müslümanlara teşmil edilmesi ancak bu suçun dünyevî cezasını çekmemeleri durumunda söz konusudur. Kısacası “*dünyadaki rüsvaylık*” ibaresinin suçun cezasını bu dünyada çekenler hakkında kullanılması muhtemeldir. Yani hirâbe suçunu işleyen kişiler öngörülen cezaları çekmiş olmalarıyla dünyada rüsvay ve perişan bir duruma düşmüş olmaktadır. Uhrevî sorumluluk ise, cezaları dünyada infaz edilmeyen failer bakımından söz konusudur. Ayetin böyle yorumlanması durumunda hirâbe ile diğer hadler arasında her hangi bir farklılık kalmamış olmaktadır³².

Udeh, Hamdi Yazır, Mevdûdî ve Zeydân gibi çağdaş İslâm bilginlerinin de tövbeyle desteklenmeyen ceza infazının işlenen suçun günahını silmeyeceği görüşünü taşıdıkları anlaşılmaktadır³³. Bu bilginlerden Mevdûdî, Mâide sûresi, 39. ayetin³⁴ tefsiri bağlamındaki düşünceleri şöyledir: ...Hırsızlık suçunu işleyen şahıs kendisine hadd uygulandıktan sonra tövbe eder, kendini islah eder, gidişatını düzeltir ve Allah'a gerçek anlamda kul olursa kendisini işlediği suçun günahından temizleyecek olan Allah'ın gazabından kurtarır demektir. Şayet kişi eli kesildikten sonra pişman olmaz, halini düzeltmez ve suç işleme yönünde kötü düşünceler beslemeye devam ederse, gördüğü ağır cezadan sonra dahi kalbini hiç temizlememiş demektir. Bu yüzden eli kesilmeden önce olduğu gibi yine Allah'ın gazabını hak edecek demektir. Kur'an'ın bu karakterdeki bir kişiyi, Allah'ın affını dilemeye ve kendini düzeltmeye teşvik etmesinin nedeni budur. El, toplum huzurunun korunması için kesilir. Ceza, mutlaka ruhu temizleyecek değildir. Ruh, ancak tövbe ve Allah'a içtenlikle yönelmekle temizlenir³⁵.

Bu yorumlara katılmamak mümkün değildir. Şu kadar var ki ayette geçen tövbeyle ceza infazından sonra yapılması gerekli tövbeye hasretmek pek isabetli gözükmemektedir. Çünkü bu ayet, infaz öncesi tövbenin cezayı düşüreceğini kabul eden

³¹ Hirâbe suç ve cezası ile ilgili ayetin nüzulüyle ilgili farklı rivayetler bulunmaktadır. Kaynaklarda zikredildiğine göre bu ayet, a) Hz. Peygamber'le yaptıkları anlaşmayı bozan kitap ehlerinden bir kavim hakkında, b) Müşrikler hakkında, c) Ureyneliler hakkında, d) Hilâl b Uveymir'in kavmi hakkında, e) Bu suçu işleyen müslümanlar hakkında nazil olmuştur. Kimi fakihler bu ayetin hükmünün kafirlere münhasır olduğu düşüncesini taşırlarken, kimileri de müslüman suçlulara da şamil olduğu düşüncesindedirler ki bu cumhûrun görüşüdür. Bu görüşü taşıyan fakihler bu kanaate ulaşırlarken, *sebebin özel oluşunun, hükmün genel olmasına engel teşkil etmeyeceği* yönündeki usûl kuralından hareket etmişlerdir. Bkz. Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'an*, II/573; Râzî, *et-Tefsîru'l-kebîr*, XI/169; Kurtubî, *el-Câmi' li ahkâmi'l-Kur'an*, VI/147-149; İbn Kesîr, *Tefsîru'l-Kur'ânî'l-Azîm*, II/48-50; Yazır, *Hak Dini Kur'an Dili*, III/1661-1662; Sâys, *Tefsîru âyâtü'l-ahkâm*, II/577.

³² Kurtubî, *el-Câmi' li ahkâmi'l-Kur'an*, VI/157; İbn Kesîr, *Tefsîru'l-Kur'ânî'l-Azîm*, II/51; Ebû Hayyân el-Endelüsî, *el-Bahru'l-muhîr*, IV/241; Süleyman Cemal, *el-Fütühâtü'l-İlâhiyye*, II/217.

³³ Bkz. Udeh, I/170; Yazır, *Hak Dini Kur'an Dili*, III/1676; Zeydân, *Mecmûatü bühûsî'l-fıkhiyye*, s. 381-382; Mevdûdî, *Tefhîmu'l-Kur'an*, I/480.

³⁴ Zikri geçen ayetin meâli şöyledir: “Kim bu haksız fiilinden dolayı tövbe eder ve durumunu düzeltirse şüphesiz Allah, onun tövbesini kabul eder. Allah çok bağışlayıcı ve esirgeyicidir.”

³⁵ Mevdûdî, *Tefhîmu'l-Kur'an*, I/480.

hukukçuların temel aldıkları dayanakları arasında yer almaktadır³⁶. Tövbenin, cezanın düşmesinde müessir olacağı düşüncesini taşıyan bu fakihler, Mâide, 39. ayetin, aynı sûrenin 38. ayetini³⁷ tahsis ettiğini ileri sürmektedirler. Bu iddialarını da “*zahirde tearuz eden iki nassın zaman itibarıyla biri birlerine yakınlık arz etmeleri (mukarın) durumunda naslardan birinin diğerini tahsis edeceği*” şeklinde formüle edilen bir usûl kuralına dayandırmışlardır. Bu usûl kuralı gereğince Mâide sûresi 39. ayeti, bir önceki ayeti tahsis edecektir. Bu tahsisin pratik sonucu olarak da hirâbe/terör suçunda olduğu gibi infazdan önce tövbe eden kimseden de hırsızlık cezası düşmüş olacaktır³⁸.

Salt ceza infazının suçun uhrevî sorumluluğunu kaldırmada yeterli olmayacağı görüşünde olan hukukçuların bir diğer dayanakları da şu hadistir. Hırsızlık yaptığı iddiasıyla Hz. Peygamber’in huzuruna getirilen bir şahsa Hz. Peygamber, “*zannetmem ki çalasan*” şeklinde bir ifade kullanmış, failin ısrarla birkaç kez itirafı üzerine de haddin uygulanmasını emretmiş, infaz sonrası ayrıca failin tövbe etmesini istemiş, akabinde de Hz. Peygamber, birkaç kez “*Allah’ım bu şahsın tövbesini kabul et*”³⁹ şeklinde dua etmiştir⁴⁰:

Hadis şârihi Sindî (911/1505) bu hadisi yorumlarken bu hadisin, *hudûdun infazının, suçun uhrevî cezasına keffâret olamayacağı* görüşünü taşıyanların iddialarına gerekçe olamayacağını belirtmiş ve şu düşüncelere yer vermiştir: Çünkü hadlerin ilgili suçun günahını da sileceğini ifade eden hadisler neredeyse tevâtür derecesinde bir sıhhati haizdir. Hz. Peygamber’in, bu şahıstan ayrıca tövbe etmesini istemiş olması, işlediği bu hırsızlık suçu karşılığı olmayıp daha önce işlemiş olduğu diğer yasak fiiller mukabilinde veya aynı suçu tekrar işlemeyeceğine dair olabilir⁴¹. Ünlü Zâhirî hukukçusu İbn Hazm bu konuda ileri sürülen hadislerin “mürsel”⁴² derecesinde ol-

³⁶ Bkz. Behnesî, *el-Ukûbe*, s. 236; a. mlf, *el-Mevsûatü’l-cinâiyye fi’l-fıkhi’l-İslâmî*, I/401; “Tevbe”, *el-Mevsûatü’l-fıkhiyye*, XIV/131; “Sukût”, *el-Mevsûatü’l-fıkhiyye*, XXV/87-88; Dalgın, *İslâmda Tevbe*, s. 93. Krş. Râzî, *et-Tefsîru’l-kebir*, XI/181; Süleyman Cemal, *el-Fütûhâtü’l-İlâhiyye*, II/217; Âlûsî, *Râhu’l-meânî*, C. IV, Cüz. VI, s. 197; Zuhaylî, *el-Fıkhü’l-İslâmî*, IX/768.

³⁷ Söz konusu ayetin meâli şöyledir: “Hırsızlık eden erkek ve kadının, yaptıklarına karşılık bir ceza ve Allah’tan (suça mütemayil olan diğer kişilere) bir ibret olmak üzere ellerini kesin. Allah izzet ve hikmet sahibidir.”

³⁸ Ebû Zehra, *el-Ukûbe*, s. 219; Dalgın, *İslâmda Tevbe*, s. 93.

³⁹ Ebû Davûd, *Hudûd*, 9, IV/542-544; İbn Mâce, *Hudûd*, 29, II/866; Nesâî, *Kat’u’s-sârik*, 3, VIII/67; Hâkim, *el-Müstedrek*, IV/422; Şevkânî, *Neylû’l-evtâr*, VII/159.

⁴⁰ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, XII/37-38; Behnesî, *el-Mevsûatü’l-cinâiyye fi’l-fıkhi’l-İslâmî*, I/416.

⁴¹ Sindî, *Hâşiye* (Sünen-i Nesâî ile birlikte), VIII/67.

⁴² Bir çok hadisçinin kabulüne göre *Mürsel hadis: Tâbiînün, sahâbeyi atlayarak Hz. Peygamber’e izafe ettikleri hadistir*. Mürsel hadis zayıf hadisler arasındadır. Zayıf sayılmasının nederi senedindeki inkıtâ’ (kopukluk) dir. Bir de hadisi doğrudan Hz. Peygamber’den değil de, rivayet eden sahabeden nakleden diğer sahabînin mürsellersi vardır ki, bu kabil mürsel hadislerin delil olması noktasında ittifak vardır. Hicrî ikinci ve üçüncü asırda yaşayan tâbiîn ve tebeü’t-tâbiîn’in rivayet ettikleri mürsellersin delil kabul edilmesi konusunda ise farklı eğilimler bulunmaktadır. Hanefîler’e göre bu mürsellers de hüccettir. Mâlîkî mezhebinde tercih edilen görüş ile Ahmed b. Hanbel’in bir görüşü de bu yöndedir. Şafiîler ancak bir takım şartların oluşması halinde bu kabil rivayetleri delil kabul etmektedirler. Zâhirî mezhebinde göre ise bu özellikteki mürsellers kesinlikle delil kabul edilmezler. Bkz. Abdülaziz Buhârî, *Keşfu’l-esrâr*, III/7; Şâkiru’l-Hanbelî, *Usûlü’l-fıkhi’l-İslâmî*, 248-249; Koçyiğit, *Hadis Usûlü*, s. 99-100; Çakan, *Hadis usûlü*, s.

dukları gerekçesiyle delil kabul edilemeyeceğini, cezaların, suçun uhrevî sorumluluğunu da kaldıracağını ifade eden hadislerin daha kuvvetli olduğunu belirtir⁴³.

İbn Hazm'ın, ceza infazının suçun günahını da sileceği görüşünde olduğu yukarıda belirtilmişti. Fakat İbn Hazm'ın hirâbe suçunu diğer suçlardan ayrı mütalaa ettiği görülmektedir. Ona göre hirâbe suçunu işleyen ve dünyevî cezasını çeken bir şahsın tövbe etmeksizin uhrevî cezasının düşmesi söz konusu değildir. Çünkü Mâide, 5/33. ayette geçen “*bu ceza (haddin infazı) onların dünyadaki rüsvaylığıdır. Onlar için âhirette de büyük azap vardır*” ibaresi, ceza infazının, âhiretteki cezayı kaldıracağı yönünde bir yorum yapılmasına muhtemel olmayacak kadar açık ve kesindir⁴⁴. Yani bu suç diğer suçlardan ayrı bir niteliği haiz olduğundan cezası da o oranda ağırlaştırılmıştır⁴⁵.

C. Kısasen İdam Cezalarında Durum

Bazı İslâm hukukçuları ceza infazının suçun günahını kaldırıp kaldırmayacağı konusunda hadd ve kısas cezalarını birbirinden ayrı mütalaa etmişlerdir. Bu cümleden olarak kimi hukukçular hadd-kisas cezaları arasında bir ayırımı gitmez iken, kimi hukukçular ceza infazının suçun uhrevî sorumluluğunu kaldırmasıyla ilgili nasların sadece hadd kapsamına giren suçlarla sınırlı olduğunu, dolayısıyla kısas gerektiren suçlara teşmil edilemeyeceğini iddia etmişlerdir⁴⁶.

Uygulanan bir kısas cezasının, failin âhiretteki cezasını düşüreceği düşüncesinde olan fukahanın dayanakları *hudûdun ehline keffâret olacağı* şeklinde formüle edilen ve yukarıda zikredilen aynı hadislerdir. Hanefî hukukçusu ve Kenz şârihi Semerkandî, kendisine kısas cezası uygulanan bir kâtilin suçun uhrevî cezasından kurtulmuş olacağını dile getirir ve bu konuda tövbe gibi hiçbir şart ve kayıt ileri sürmez⁴⁷. Konuya ilişkin olarak bazı Şafîî kaynaklarında şu ifadeler yer almaktadır: Öldürülen kişilerin yakınları (vârisleri), kısas veya diyet, sulh ve af gibi diğer alternatif cezalarla kâtilden haklarını almaları durumunda hukukun zahirine göre (zavâhiru's-Şer') bu kişilerin âhirette kâtilden tekrar davacı olma hakları düşer. Nitekim Nevevî de bu yönde fetva vermiştir⁴⁸.

İbn Teymiyye (728/1327)'nin konuya ilişkin mütalaaası da şöyledir: Bir müslümanı kasten öldüren kâtilin bu cinayeti sebebiyle üzerinde iki hak bulunmaktadır. Birincisi Allah hakkıdır. Çünkü fail, Allah'ın yasaklarını çiğnemiş ve hudûdunu ihlal (teaddî) etmiştir. Allah, kâtilin samimi bir tövbesi sonucu bu hakka taalluk eden günahı, affeder. (Allah'dan ümidin kesilmemesini ve tövbeyi âmir ayet ve hadisler bunu göstermektedir.) İkinci hak kul hakkıdır. Bu hakkın ifâsı da kâtilin, maktûl

→

132-133.

⁴³ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, XII/37.

⁴⁴ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, XII/12.

⁴⁵ Bkz. Kurtubî, *el-Câmi' li ahkâmi'l-Kur'ân*, VI/157; İbn Âşûr, *et-Tahrîr ve't-tenvîr*, VI/185-186.

⁴⁶ İbn Rüşd (ced), *el-Mukaddemât ve'l-mümehhedât*, III/279; Karâfî, *ez-Zahîra*, XII/273; Uleyş, *Minehu'l-celîl*, IX/335; Sâvî, *Bulğatü's-sâlik*, IV/335.

⁴⁷ Şelebî, *Hâşiye*, (Tebyînü'l-hakâik'le birlikte), III/163.

⁴⁸ Mâverdî, *el-Hâvî'l-kebir*, XII/7-8; Şirbinî, *Muğni'l-muhtâc*, V/211; Büceyrimî, *el-Büceyrimî ale'l-Hatîb*, IV/495.

yakınlarına kısas veya diğer alternatif cezalarla tecziyesi amacıyla kendisini teslim etmesiyle mümkün olur. Öldürülen şahsın, cezası infaz edilen kâtilinden âhirette ayrıca davacı olup olamayacağı konusunda farklı iki görüş bulunmaktadır. Maktûlün dava hakkı bulunduğu görüşünde olan aralarında Ahmed b. Hanbel'in de bulunduğu fakihler, çözüm olarak failin halini düzeltmesini, olabildiğince çok salih amel işlemini, hayır hasenâta bulunmasını tavsiye etmektedirler. Bu hukukçulara göre kâtilin salih amellerinden/sevabından maktûlün hakkına taalluk eden kadarı maktûlün hesabına devredilecek, geri kalanı kendisine ait olacaktır. Tövbekâr kâtilin olabildiğince hasenât ve salih amel işlemesi durumunda Allah'ın rahmetinin ümit edileceği yine bu fakihlerin serdettikleri görüşler arasındadır⁴⁹.

Kisas infazının, suçun günahını ortadan kaldırmayacağı düşüncesinde olan fakihlerin gerekçelerine gelince onlara göre infazın, haksız yere öldürülen maktûle sağlayacağı her hangi bir yarar bulunmamaktadır. Bu infazın yararı ancak hayatta olanlar açısından düşünülebilir o da; kısasın adam öldürme suçlarını önleyici bir etkiyi haiz olmasıdır. Daha açık bir ifadeyle kısasla hedeflenen amaç zecr ve maktûl yakınlarının teskini, böylece intikam alma düşüncesinin önüne geçilmesidir. Kısaca amaç kamu güveni ve huzurunun idamesine yöneliktir. “Sizin için kısasta hayat vardır”⁵⁰ ayetiyle kastedilen de budur. Hal böyle olunca yani kısasın infazının yararı ancak yaşayan insanlar ve toplum açısından söz konusu olunca kısas cezaları, *hadlerin keffâret olacağını ifade eden hadisin* genel kapsamından istisna edilmiş olmaktadır. Bununla birlikte bu yöndeki hadislerin kul hakkına değil de Allah hakkına taalluk eden müeyyidelerde geçerliliği(mâmülün bih) daimidir. Bu görüşü savunan hukukçuların bir diğer gerekçesi, Mâide, 33. ayette geçen “Bu (infaz) onların dünyadaki rüşvaylığıdır. Onlara âhirette ayrıca büyük bir azap vardır” ibaresidir. Çünkü ayetin zahiri hadlerin tatbik edilmiş olmasının ilgili suçun günahına keffâret olmayacağını açıkça belirtmektedir⁵¹.

İslâm hukukçuları bu zikredilen hususların dışında ayrıca masum bir kişiyi (müslümanı) kasten öldüren câninin tövbesinin kabul edilip edilmeyeceğini de tartışmışlardır. Kimi hukukçular bu kişinin tövbesinin geçerli kabul etmezken, kimi hukukçular geçerli kabul etmişlerdir.

Böyle bir kâtilin tövbesinin geçersiz olduğu düşüncesini taşıyan hukukçuların başında İbn Abbas gelmektedir. İbn Abbas'a göre, “bir müslümanı kasten öldüren şahsın tövbesi makbul değildir.”⁵². Ayrıca seleften Zeyd b. Sâbit, Ebû Hureyre, Abdül-

⁴⁹ İbn Teymiye, *Mecmûu fetâvâ*, XXXIV/138, 140, 171-173. Ayrıca bkz. Ruhaybânî, *Metâlib*, VI/3-5.

⁵⁰ Bakara, 2/179.

⁵¹ İbn Rüşd (ced), *el-Mukaddemât ve'l-mümehhedât*, III/279; Karâfi, *ez-Zahira*, XII/273; Uleyş, *Minehu'l-celil*, IX/335; Sâvi, *Bulğatü's-sâlik*, IV/335. Krş. Ruhaybânî, Ruhaybânî, *Metâlib*, VI/3-5.

⁵² Nesâî, *Tahrîm*, 2, VII/85; Ahmed b. Hanbel, I/240, 294; Kurtubî, *el-Câmi' li ahkâmi'l-Kur'an*, V/333; İbn Kesîr, *Tefsîru'l-Kur'âni'l-Azîm*, I/536; Sâyis, *Tefsîru âyâtü'l-ahkâm*, I/499. Kal'acî, *Mevsûatü fîkhi İbn Abbâs*, I/318. İbn Abbas'tan kâtilin tövbesinin muteber olduğuna dair ikinci bir görüşün bulunduğu da belirtilmiştir. Neden önceki görüşünün aksine bir görüş ortaya koyduğunun sorulması üzerine, önceki şahsın gerek kızgınlığı, gerek diğer davranışlarından mü'min ve masum bir kişiyi öldürme kastının bulunduğu izlenimini edindiğini, bu nedenle kasten bir mü'mini öldüren kişinin tövbesinin geçerli olmayacağını ifade etmiştir. Bkz. Kurtubî, *el-Câmi' li ahkâmi'l-Kur'an*, V/333; Âlûsî, *Râhu'l-meânî*, C. IV, Cüz.

lah b. Ömer, Ebû Seleme b. Abdirrahman, Ubeyd b. Umeyr, Hasan, Katâde ve Dahhâk b. Müzâhim'in de bu görüşte oldukları kaydedilmektedir⁵³. Bu hukukçuların ileri sürdükleri gerekçelerini şöyle sıralayabiliriz:

*"Kim bir mü'mini kasden öldürürse cezası, içinde ebedîyyen kalacağı cehennemdir."*⁵⁴ Abdullah b. Abbas, kendisine bir mü'mini tammüden öldüren şahsın durumunu soranlara bu ayeti okuyarak cevap vermiştir. Kâtilin, tövbe edip salih amel işlemesi halindeki durumunun sorulması üzerine bu kişinin tövbesinin yine de geçerli olmayacağını belirtmiş, bu düşüncesine Hz. Peygamber'in *"kıyamet günü maktûl koparılan başını bir eliyle, kâtilini de diğer eliyle tutarak damarlarından kanlar akar bir vaziyette Allah'ın huzuruna gelir ve ya Rabbî, bu kuluna sor ki hangi gerekçeyle beni öldürdü..."*⁵⁵ mealindeki hadisini dayanak göstermiştir⁵⁶. Bu yaklaşımda olan fakihlere göre yapılan tövbelerin Allah nezdinde makbul olduğunu ifade eden Furkân sûresi 68-70. ayetleri Nisâ 93. ayetiyle neshedilmiştir. Dolayısıyla masum bir müslümanın kâtilinin tövbesi geçerli değildir⁵⁷.

Bu konuda ileri sürülen bir diğer gerekçe de Hz. Peygamber'in, amden bir şahsı katleden kâtilin affedilmesi konusunda müracaat ettiği kadar başka hiçbir hususta Allah'a müracaatta bulunmadığını buna rağmen Allah'dan böyle bir kâtilin tövbesini kabul noktasında olumlu bir cevap alamadığını ifade eden hadisleridir⁵⁸.

Bu iddialara karşın cumhûru oluşturan fakihler kâtilin tövbesinin muteber olduğunu savunmuşlar ve gerekçelerinde şu ayet ve hadislere yer vermişlerdir:

Ayetten deliller: *"Şüphesiz ki Allah kendisine ortak koşulmasını asla bağışlamaz, dilediği kimselerin bunun dışında kalan günahlarını da bağışlar"*⁵⁹

*"Ancak tövbe ve iman edip salih amel işleyenler başka; Allah onların kötülüklerini iyiliklere çevirir, Allah çok affedici ve çok merhametlidir."*⁶⁰. *"İyilikler kötülükleri siler"*⁶¹ Bu ayetlerin dışında daha başka ayetler de delil gösterilmiştir⁶².

Hadisten deliller: Geçmiş ümmetlerden birinde yüz kişiyi öldüren bir kâtilin yaptığı tövbeyi Allah'ın kabul ettiğine dair Hz. Peygamber'in anlattığı örnek olay⁶³, şirk üzere ölme veya bir müslümanı haksız yere kasten öldürme dışında diğer bütün

→

V, s. 170.

⁵³ İbn Kesîr, *Tefsîru'l-Kur'âni'l-Azîm*, I/536.

⁵⁴ Nisâ, 4/93.

⁵⁵ Tirmizî, *Tefsir*, 4, V/44; Ahmed b. Hanbel, I/240, 294, 364; Nesâî, *Tahrîm*, 2, VII/85, Kasâme, 49, VIII/63.

⁵⁶ Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebir*, XII/4; İbn Rüşd (ced), *el-Mukaddemât ve'l-mümehhedât*, III/276; Kurtubî, *el-Câmi' li ahkâmi'l-Kur'an*, V/332; İbn Kesîr, *Tefsîru'l-Kur'âni'l-Azîm*, I/536.

⁵⁷ Taberî, *Câmiu'l-Beyân*, IV/218-221; İbn Rüşd (ced), *el-Mukaddemât ve'l-mümehhedât*, III/276; Kurtubî, *el-Câmi' li ahkâmi'l-Kur'an*, V/332; Nevevî, *el-Mecmû'*, XX/266; İbn Kesîr, *Tefsîru'l-Kur'âni'l-Azîm*, I/536; İbn Müflih, *el-Mübdî'*, VIII/240; Sâbûnî, Muhammed Ali, *Ravâiu'l-beyân*, I/473.

⁵⁸ İbn Ebî Şeybe, *el-Musannef*, VI/398; Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebir*, XII/4.

⁵⁹ Nisâ, 4/48, 116.

⁶⁰ Furkân, 25/70.

⁶¹ Hûd, 11/114.

⁶² Bkz. Enbiyâ, 21/47, 94; Muhammed, 47/35; Zilzâl, 99/7-8.

⁶³ Müslim, *Tevbe*, 8, III/2118-2119; Ahmed b. Hanbel, III/72; Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, VII/62-63.

günahları Allah'ın affedebileceği⁶⁴, günahtan tövbe edenin sanki hiç günah işlememiş gibi olacağı⁶⁵ meâlindeki hadislerdir.

Bu hukukçular gerekçelerinde ayrıca şu görüşlere de yer vermektedirler: Allah'ın varlığının ve iman esaslarının inkarı, kasten adam öldürmeden daha ağır bir günahdır. Bununla birlikte kâfir küfründen tövbe eder ve İslâm'a dönerse yaptığı tövbe makbuldür. Hal böyle olunca kasten adam öldüren bir kâtilin tövbesi öncelikli olarak makbul olur. Çünkü öldürme fiili kişinin imanını ortadan kaldırmaz. Öyleyse onun yaptığı tövbe de makbuldür.

Tövbe kapısının açık olduğu düşüncesinde olan fakihler aksi görüşü savunan fakihlerin ileri sürdükleri gerekçelerin isabetli olmadığını söylerlerken, kâtilin tövbesinin geçerli olmadığı konusunda delil getirilen Nisâ 93. ayetinin Mıkyes b. Dubâbe veya Subâbe adlı bir şahıs hakkında nazil olduğunu, bu kişinin ise önce müslüman olup sonra irtidat eden bir şahıs olduğunu, hal böyle olunca tövbenin geçersiz olma hükmünün, kâfir kişiler bakımından veya bir müslümanı öldürmenin helal olduğu inancını taşıyan kişiler açısından geçerli olduğunu ifade etmektedirler. Ayrıca bu ayetin (Nisâ, 93.) hükmü tövbenin makbul olduğunu ifade eden diğer ayetlerle tahsîs edilmiştir. Yine ayette geçen "hulûd" lafzı ebedî olarak değil, çok uzun süre cehennemde kalma anlamına gelmektedir⁶⁶.

D. Farklı Şekillerde Ortaya Çıkan Suçların Uhrevî Boyutu

Yukarıda zikredilen hususlar bütün unsurlarıyla tanıma uygun olarak gerçekleşen bir suçun uhrevî sorumluluğuyla ilgilidir. İşlenen fiiller her zaman kanunda öngörülen tanıma uygun olarak gerçekleşmeyebilir. Meselâ kasten işlenmek istenen bir suç teşebbüs aşamasında kalabilir, fiil işlenemez suç olarak veya taksirli olarak tezahür edebilir. Bu kabil fiillerin maddî müeyyidesi dış dünyaya yansıdığı kadar olacaktır. Suçun uhrevî sorumluluğunu ise failin gerçek niyet ve kastı belirleyecektir. Şimdi bu farklı durumları örneklerle somutlaştırmaya çalışalım:

a) Suça Teşebbüs Hali: Hz. Peygamber bir hadislerinde öldürme kastıyla birbirlerine silahlarını (kılıç) çeken iki müslümandan hem öldüren hem de ölenin cehennemde gireceklerini ifade etmiştir. Kâtilin cehennemde olmasının anlaşılır olduğu, ama neden maktûlün de cehennemde olacağı şeklinde yöneltilen bir soruya karşılık olarak da Hz. Peygamber, onun yani maktûlün yaşaması halinde hasmını öldürme konusunda ortaya koyduğu irade ve fiilî teşebbüsünü gerekçe göstermiştir⁶⁷. Bu hadis, istenen suç gerçekleştirilememiş olsa bile failin suç kasdı ve gerçek niyetinin uhrevî sorumluluğunu taşıyacağını açıkça ifade etmektedir. Şu hususu da hemen belirtmeli-

⁶⁴ Ebû Davûd, Fiten, 6, IV/463-464; Nesâî, Tahrîm, 1, VII/81; Ahmed b. Hanbel, IV/99.

⁶⁵ İbn Mâce, Zühd, 30, II/1420.

⁶⁶ Bkz. Mâverdî, *el-Hâvi'l-kebir*, XII/7-8; İbn Rüşd (ced), *el-Mukaddemât ve'l-mümehhedât*, III/276-277; Kurtubî, *el-Câmi' li ahkâmi'l-Kur'ân*, V/332-335; Nevevî, *el-Mecmû'*, XX/266-267; İbn Kesîr, *Tefsîru'l-Kur'âni'l-Azîm*, I/536-537; İbn Müflih, *el-Mübdî'*, VIII/240; Şirbîni, *Muğni'l-muhtâc*, V/211; Uleyş, *Minhu'l-celîl*, IX/3; Sâys, *Tefsîru âyâti'l-ahkâm*, II/499-500; Sâbüni, Muhammed Ali, *Ravâiu'l-bevân*, I/474-475; Behnesî, *el-Mevsûatü'l-cinâiyye fi'l-fikhi'l-İslâmî*, I/409.

⁶⁷ Bkz. Buhârî, İman, 22, I/13; Müslim, Fiten, 14, 15, III/2213-2214; Ebû Davûd, Fiten, 5, IV/462-463; Nesâî, Tahrîm, 29, VII/124-125; İbn Mâce, Fiten, 11, II/1311; Ahmed b. Hanbel, IV/401-403.

yiz ki salt niyet ve düşüncesi nedeniyle kişi ne dünyada ne de âhirette kesinlikle sorumlulu tutulmamıştır⁶⁸. Yani salt niyetler ceza konusu olamaz.”⁶⁹ Ama burada durum tamamen farklıdır. Kişi suç işlemeye sadece niyet etmemiş, aksine bilfiil suçun maddî unsurunu da gerçekleştirmeye başlamıştır. Şu kadar var ki bu hareket diğer failin fiiliyle inkıtaa uğramıştır. Yani maktûlün fiili, kâtilin fiiliyle kesilmiştir. Bu itibarla maktûl bu kastı ve teşebbüsünün uhrevî cezasını çekecektir. Bununla birlikte hakîkî anlamda kâtil olmadığından yine de cezası gerçek kâtilin uhrevî sorumluluğuna oranla hafif olacaktır⁷⁰.

b) Taksirli Fiiller: Bazı fiiller failin esas iradesi ve kastı dışında yani hatalı gerçekleştirilebilir⁷¹. Bu durumlarda ceza, fiilin dış dünyaya yansıdığı oranda infaz edilecek, âhirette ise fail gerçek kastına göre sorgulanacaktır. Bu cümleden olarak iyi niyetle harekete geçmekle birlikte sonuç istediğinin aksine gerçekleşmiş olsa dahi fail uhrevî mükafata erişecek, suç kastıyla hareket edip, sonuç istemediği şekilde sonuçlandığında dünyevî ceza görmese bile, bu kötü niyetine istinaden uhrevî cezaya maruz kalacaktır. Meselâ müslüman olduğu kanaatiyle öldürdüğü kimsenin harbî veya kanı masum olmayan bir şahıs çıkması halinde fail dünyevî cezadan kurtulmakla birlikte uhrevî cezasını çekecektir. Aynı şekilde masum bir şahsa yönelttiği ok/merminin ava isabeti durumunda fail kastı nedeniyle uhrevî cezaya maruz kalacaktır⁷². Çünkü bu örnek olaylarda fail suç işleme kastıyla harekete geçmiş, ama fiil istediği şekilde sonuçlanmamıştır.

Uyumakta olan bir şahsı yakınında bulunan zehirli yılanın sokmasından kurtarmak amacıyla attığı ok veya merminin kurtarmak istediği kişiye isabeti sonucu ölümünü intaç etmesi halinde fail bu taksirli öldürme suçu karşılığı dünyevî cezaya çarptırılacak ama asıl niyeti dolayısıyla da Allah nezdinde sevap kazanacaktır⁷³. Açlık nedeniyle ölme noktasına gelen ızdırar halindeki bir kişiyi kurtarmak amacıyla yiyecek yutturan ve fakat yiyeceğin zehirli olması sonucu ölümüne neden olan kişinin durumu da böyledir. Bu örnek olayda gıda maddesini yutturan şahıs tamamen insanî ve İslâmî bir düşünceyle hareket etmekte ve yiyeceğin zehirli olduğunu bilmemektedir. Dünyevî ceza olarak, failin kendisi kendi malından mağdurun keffâretini, âkilesi de mağdurun diyetini ödemekle yükümlü olmakla birlikte fail, bu iyi niyeti karşılığı uhrevî sevaba ulaşacaktır⁷⁴. Ava attığı ok/merminin masum bir şahsa isabeti sonucu

⁶⁸ İbn Mâce, Talak, 16, I/659; Zeylei, *Nasbu'r-râye*, II/75.

⁶⁹ Ebû Zehra, *el-Cerîme*, s. 355. Niyet konusunda detaylı bilgi için bkz. Zuhaylî, *el-Fıkhü'l-İslâmî*, IX/81-162; Bûrnû, *Mevsûatü'l-kavâidi'l-fıkhıyye*, I/120-159.

⁷⁰ Mâverdî, *el-Hâvî'l-kebîr*, XIII/465.

⁷¹ Öldürdüğü şahsın, kastettiği kişi olmadığına ortaya çıkması halinde kasıta hata söz konusu olur. Meselâ düşman askeri olduğu kanaatiyle ateş ettiği kişinin kendi arkadaşı olduğunun ortaya çıkması durumunda kasıta hata meydana gelmiştir. Fiilde hata ise hedefte sapma şeklinde özetlenebilir. Meselâ failin, attığı merminin sekmesi sonucu öldürmek istemediği başka bir şahsa isabet etmesi halinde fiilde hata söz konusu olur. Diğer suçlarda ada aynı taksirli fiiller meydana gelebilir. Bkz. Udeh, *et-Teşrîu'l-cinâi'l-İslâmî*, I/407, II/104-108; Behnesî, *el-Mevsûatü'l-cinâiyye fi'l-fıkhî'l-İslâmî*, II/262 vd; Apaydın, “Hata”, *DİA*, XVI/437-442.

⁷² İbn Kayyim, *İ'lâmu'l-muvakkîîn*, III/93.

⁷³ Ebû Zehra, *el-Ukûbe*, s. 48.

⁷⁴ İbn Abdisselâm *Kavâid*, I/23.

vâki olan bir öldürme olayında da aynı durum söz konusudur⁷⁵. Bu ve benzeri durumlarda fail, ihtiyatsızlık ve tedbirsizlik nedeniyle şeklen de olsa bir hukuk kuralını ihlal etmiştir. Dolayısıyla hafifletilmiş de olsa fiilin dünyevî cezasına muhatap olacaktır. Bununla birlikte gerçek niyetinin karşılığı olarak âhirette mükafatlandırılacaktır⁷⁶.

c) İşlenemez Suçlarda⁷⁷ da durum böyledir. Şöyle ki suç kastıyla harekete geçen ve fiili gerçekleştiren şahsın gerçekleştirdiği fiilin işlenemez suç kapsamına girmesi halinde suçun unsurları tamamlanmadığından o suç için öngörülen dünyevî bir ceza uygulanamayacaktır. Fakat şahsın gerçek niyeti/iç iradesinin suç işleme yönünde olması onu uhrevî ceza ile karşı karşıya getirecektir. Meselâ zina işleme kastıyla bir kadınla cinsel ilişki kuran şahsın, bu kadının kendi eşi olduğunun açığa çıkması, zina için öngörülen dünyevî cezanın uygulanmasını imkansız kılacaktır. Ama gerçek niyeti yani suç işleme kastının uhrevî sorumluluğunu taşıyacaktır⁷⁸. Suç kastıyla çaldığı malın kendi malı çıkması halinde de durum böyledir⁷⁹. Canlı olduğu inancıyla esasında ölmüş bir şahsa ateş açan failin fiili ile⁸⁰ öldürme kastıyla silahına sarılan şahsın silahının bozuk vb. olması nedeniyle öldürme olayının gerçekleştirilememesi hadiselerinde de (idarî otoritenin faillere uygun bir ta'zîr cezası tertibi konusundaki hak ve yetkisi mahfuz olmakla birlikte) söz konusu suçlar karşılığı kanunen belirlenen maddî cezaların uygulanması söz konusu olamayacaktır. Çünkü suçun maddî unsuru gerçekleştirilememiş ve tanıma uygun bir fiil vâki olmamıştır⁸¹. Ama kişi gerçek niyet ve kastı nedeniyle fiilinin uhrevî cezasını çekecektir.

Ünlü hukukçu İzz b. Abdisselâm (660/1262), kasten öldürdüğü kişinin, kanının akıtılması caiz olan kimselerden olduğu, zina amacıyla cinsel ilişkiye girdiği kadının kendi eşi olduğu anlaşılan suç failinin kastına istinaden çekeceği uhrevî cezanın dünyada öngörülen zina ve kısas cezası derecesinde olmayacağını, çünkü kasıtlı da olsa failin fiillerinin işlenemez suç kapsamına girdiğini, gerçek anlamda zâni ve kâtiller ile bu kişiler arasında bir farkın bulunması gerektiğini çünkü ilahî adaletin bunu gerektirdiğini belirtmektedir⁸². Hz. Peygamber'in *bir iyilik yapmayı tasarlayıp yapmayana Allah'ın tam bir iyilik sevabı yazacağını, tasarladığı bu iyiliği gerçekleştirmesi halinde ise on katından yedi yüz veya daha fazla derecede sevap yazacağını*,

⁷⁵ İbn Kayyim *İ'lâmu'l-muvakkîn*, III/93.

⁷⁶ Apaydın, "Hata", *DİA*, XVI/437-442.

⁷⁷ İşlenemez Suç: Ya kullanılan araçların elverişsiz olması, ya da suç konusunun bulunmaması sebebiyle icra hareketlerinin bitirilmesine veya neticenin meydana getirilmesine imkan bulunmayan suçlardır. Çocuk düşürmede düşürülecek ceninin var olmaması, ateş edilmek istenen silahta merminin bulunmaması gibi hususlar işlenemez suç kapsamına girmektedir. Dönmezer-Erman, *Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku* (Genel Kısım), I/458 vd; Alacakaptan, *Suçun Unsurları*, s. 30-31.

⁷⁸ İbn Kayyim, *İ'lâmu'l-muvakkîn*, III/93; Suyûtî, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 8; Takiyyüddîn el-Hisnî, *Kitâbu'l-kavâid*, I/266.

⁷⁹ Udeh, *et-Teşrîu'l-cinâi'l-İslâmî*, II/588; Bilmen, *İstılâhât*, III/268; Demirbaş, *Ceza Hukuku* (Genel Hükümler), s. 187.

⁸⁰ Udeh, *et-Teşrîu'l-cinâi'l-İslâmî*, II/12-13.

⁸¹ Udeh, *et-Teşrîu'l-cinâi'l-İslâmî*, II/61-62, I/355-356.

⁸² İbn Abdisselâm *Kavâid*, I/22-23; Suyûtî, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 8; Takiyyüddîn el-Hisnî, *Kitâbu'l-Kavâid*, I/266.

*buna karşılık bir kötülük yapmayı tasarlayıp yapmayana Allah'ın tam bir iyilik (hasene/güzel amel) sevabı yazacağını, bu kötü fiilini gerçekleştirmesi halinde ise sadece tek bir kötü fiil günahı yazacağını*⁸⁵ ifade eden hadisleri, bu kabil konularda niyet ve kastın önemine yeterince ışık tutmaktadır⁸⁴.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Ceza infazının, failin uhrevî sorumluluğunu kaldırıp kaldırmayacağı konusunda İslâm hukukçuları arasında temel iki farklı yaklaşım bulunmaktadır. İnfazın suçun uhrevî sorumluluğunu kaldıracağı düşüncesinde olan fakihler, bu hükmün ayrıca kısas cezalarına da teşmili noktasında ihtilaf etmişlerdir.

Hadd ve kısas cezalarının aynı zamanda işlenen suçun günahına da keffâret teşkil edeceği görüşünü taşıyan fakihlerin temel düşüncelerine göre gerek Kur'an gerekse Sünnetle belirlenen ve başka herhangi bir otoritenin eksiltme, artırma veya yürürlükten kaldırma konusunda yetkisinin bulunmadığı hadd-kisas cezaları hem zecr hem de günaha keffâret olabilecek yeterlilikte ağır müeyyidelerdir. Bu nedenle failin dünyevî cezasını çektiği bir suç karşılığı âhirette ayrıca cezalandırılması söz konusu değildir.

İnfaz edilen bir cezanın, failin uhrevî sorumluluğunu kaldırmayacağı düşüncesinde olan fakihlere göre ise fail, suç sayılan bir fiili işlemekle bir hukuk normunu, kanunen korunması amaçlanan bir hukukî yararı kısacası yasayı ihlal etmiştir. Dolayısıyla cezanın infaz nedeni, söz konusu olan bu ihlaldir. Bir cezanın infazıyla hem suçlunun zecri amaçlanmış, hem de kamu düzeni ve ihlal edilen hukuk kuralının korunması hedeflenmiştir. Bu itibarla cezanın uygulanmasının yararı tamamen kamuya matuf olup, failin uhrevî sorumluluğunun kalkmasına bir etkisi bulunmamaktadır. Suç işleyen bir fail, aynı zamanda Allah'ın yasağını çiğnemiş olmakla günah da işlemiştir. Bu sebeple failin suçun uhrevî cezasından kurtulabilmesi için dünyevî cezasını çekmesinden başka ayrıca çok içtenlikle Allah'a tövbe edip affını istemesi zorunluluk arz etmektedir.

Her iki grubun gerekçeleri İslâm hukuk disiplinin genel esasları çerçevesinde genel bir değerlendirmeye tâbi tutulduğunda infaz edilen hadd veya kısas cezalarının suçun uhrevî sorumluluğunu da kaldıracağı düşüncesindeyiz. Kanaatimize göre bu yönde ileri sürülen deliller daha genel kapsamlı (âmm) ve açık gözükmektedir. Ayrıca hadd ve kısas kapsamına giren cezalar yeterince ağır cezalardır, hadiste de vurgulandığı üzere aynı derecede ağır bir cezanın âhirette tekrarının Allah'ın adaletiyle bağdaştırılmasının isabetli olmayacağını düşünüyoruz. Özellikle Peygamber döneminde aralarında Mâiz⁸⁵, Gâmid'li kadın⁸⁶ ve Eslem kabilesine mensup bir şahsın⁸⁷ da bu-

⁸⁵ Buhârî, Rikâk, 31, VII/187; Müslim, İman, 206, 207, I/118; Tirmizî, Tefsir, 6, 10, V/265; Dârimî, Rikâk, 70, II/627; Ahmed b. Hanbel, I/227, 279, 310.

⁸⁴ İbn Kesîr, *Tefsîru'l-Kur'âni'l-Azîm*, II/196-197; Ebû Zehra, *el-Ukûbe*, s. 47.

⁸⁵ Buhârî, Hudûd, 28, VIII/24; Ebû Dâvûd, Hudûd, 23, IV/578; İbn Mâce, Hudûd, 9, II/854; Ahmed b. Hanbel, I/270, 289, 335; Dârekutnî, *Sünen*, III/196; Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, VII/119-121.

⁸⁶ Dârekutnî, *Sünen*, III/92; Şevkânî, *Neylü'l-evtâr*, VII/159.

⁸⁷ Mâlik, Hudûd, 1, II/820; Şafîî, *el-Ümm*, VI/190.

lunduğu kimi suçluların⁸⁸, işledikleri bu suçun utancından kendilerini temizleyerek Allah'ın huzuruna günahsız çıkma arzusuyla cezalandırılmaları için Hz. Peygamber'e defalarca başvurmuş olmaları infazın suçun günahını da temizleyeceğine dair verilebilecek somut örnekler arasındadır.

“Mü'minler için âhiret inancı ve bunun içerdiği uhrevî tehdidin, hem genel, hem de fâil-i meçhul cinayetlerde “faal-effective” suçluların ortaya çıkmasında önemli ve kalıcı (perpetual) bir psikolojik faktör olacağı muhakkaktır⁸⁹. İşte bu uhrevî tehditin intaç edeceği uhrevî cezayla yüz yüze gelmemek için suçlu cezasını bu dünyada çekmek isteyecektir.

Ceza infazının uhrevî sorumluluğu kaldıracağı inancında olan bir şahıs yukarıda verilen örneklerde de görüldüğü üzere işlediği suçu itiraf etme yolunu seçecek, bu da fail-i meçhul cinayetlerin sayısını azaltmada, adaletin yerini bulmasında önemli katkı sağlayacaktır.

Ceza infazının uhrevî cezayı kaldırmada yeterli olmayacağının bir kural olarak sunulması, failerde cezalarını âhirette çekme düşüncesini hakim kılabilir. Bu düşünce onları işledikleri suçları gizlemeye sürükleyebilir. Böyle bir durum da fail-i meçhul suçlarda artışlara yol açabilir. Ceza infazının uhrevî sorumluluğu kaldırabilmesi için tövbeyi şart koşan fakihlerin dayanak kabul ettikleri hirâbe ayetinin sadece ilgili suça münhasır olması daha isabetli gözükmemektedir. Tövbe konusunda varid nasları, ceza infazından sonra mutlaka tövbe edilmesi gerektiği şeklinde yorumlamak pek tutarlı gözükmemektedir. Çünkü naslarda bu denli sarahat olmadığı gibi, aynı nasların farklı yorumlara tâbi tutulduğu da göz ardı edilmemelidir.

Ceza kendisine infaz edilse dahi aynı kişinin ayrıca tövbe etmesi en güzel bir davranıştır.

Sağlam itikatlı bir mü'min tövbe etmeden hiçbir zaman imtina etmez. Tövbe söz ile yapılabileceği gibi, fiilî davranışlar segilenerek de gerçekleştirilebilir. Az önce de belirtildiği gibi, suçun günahından temizlenmek amacıyla yapılan itiraflar, kanaatimizde fiilî tövbenin somut örnekleridir. Hz. Peygamber dahi masumiyetine rağmen günde yetmiş veya yüz defa Allah'a tövbe ve istiğfarda bulunduğunu beyan etmiştir⁹⁰. Bütün bunlarla birlikte inkar sâiki bulunmaksızın, cezası infaz edilen ve bir şekilde tövbe etmeden ölen kimsenin aynı suç karşılığı tekrar cezalandırılacağını öngörmenin pek yerinde bir yaklaşım olmadığını düşünüyoruz. Tövbe etsin veya etmesin şirk dışında kalan bir suçun cezasını çekmeden ölen bir kişiyi dahi istediğinde Allah'ın

⁸⁸ Bu konuda mevcut hadislerden birinin meali şöyledir: Amr b. Semura Hz. Peygambere gelerek, falan kabilenin bir devesini çaldığını, bu nedenle cezayı infaz suretiyle kendisini temizlemesini talep eder. Hz. Peygamber de olayın doğru olup olmadığını tetkik amacıyla zikri geçen kabileye araştırmacı gönderir. Kabileye mensup kişilerin bir develerinin kaybolduğunu bildirmeleri üzerine de failin elinin kesilmesi talimatını verir. İbn Mâce, Hudûd, 24, III/863. İnfaz esnasında hazır bulunan Sa'lebe failin eli kesildiğinde onu izlediğini, infaz dan sonra failin kesilen eline hitaben “beni senden kurtaran/temizleyen Allah'a hamdolsun, sen benim vücudumu cehennem sokmak istiyordun” dediğini duyduğunu söylemektedir. Bkz. a. y.

⁸⁹ Ebû Zehra, *el-Ukûbe*, s. 18 vd; Awwa, *The Basis of Islamic Penal Legislation* (ICJS' adlı eserin içinde), s. 131; Dağcı, *İslâm Ceza Hukukunda Müessir Fiiller*, s. 37.

⁹⁰ Bkz. Buhârî, *Deavât*, 3, VII/145; Müslim, *Zikr*, 42, III/2075-2076.

affedebileceği malum iken⁹¹, cezasını çeken bir şahsın ayrıca âhirette cezalandırılmasını gerekli görmek kanaatimize göre Allah'ın rahmet, adalet, af gibi sıfatlarına tenakuz arz eder niteliktedir. Her iki görüşü de âdetâ telif eder nitelikte İbn Kayyim(1221/1806), infaz edilen cezaların failler açısından bir keffâret olacağı, bu infazla onların âhirette söz konusu suçlardan tekrar sorgulanmaktan kurtaracakları, özellikle de içtenlikle (tövbe-i nasûh) yapılan bir tövbenin kişiyi bütünüyle günahlardan arındıracağı ve bunun da Allah'ın rahmetinin bir yansıması olduğu görüşünü dile getirmektedir⁹².

Makalemizi noktalarken İbn Rüşd (520/1126)'ün, “*O yaptıklarından sorumlu tutulamaz, Ama insanlar yaptıklarından sorguya tabi tutulacaklardır.*”⁹³ ayetini referans göstererek vurguladığı gibi diyoruz ki, bütün bu hususlar âhiret hayatına ilişkin meseleler olup tamamen Allah'ın takdir ve iradesi dahilindedir⁹⁴. Şu kadar var ki yine Kur'an bütünlüğü ve mevcut hadislerden hareketle dünyevî cezasını çeken şahsın aynı suç mukabili uhrevî cezasının kalkacağı görüşünü taşıyor ve bu yöndeki görüşleri daha isabetli buluyor, bu cümleden olarak cezaların hem zecr, hem de suçun günahını telâfi edici bir özelliğe sahip olduklarını düşünüyoruz⁹⁵.

BİBLİYOGRAFYA

- Abdülazîm, Şerafüddîn, *Târîhu't-teşrîi'l-İslâmî*, Menşûrâtü Kâr Yûnis, Bingazi, 1409/1989.
- Abdülaziz Buharî (730/1330), *Keşfu'l-esrâr alâ Usûli'l-Pezdevî* (nşr.Muhammed el-Mu'tasım billâh el-Bağdâdî) Dâru'l-kitâbi'l-Arabî, I-IV, Beyrut, 1414/1994 (*Keşfu'l-esrâr*).
- Abdurrezzâk, Ebû Bekr b. Hemmâm es-San'ânî (211/826), *el-Musannef* (thk. Habîbu'r-Rahman el-A'zamî), Meclisü'l-ilmî, I-XI, Beyrut, 1970.
- Ahmad Hasan, *The Early Development of Islamic Jurisprudence*, Islamic Research Institute Publication, Islamabad (Pakistan), 1988..
- Âlûsî, Ebu'l-Fadl (1270/1854), *Rûhu'l-meânî*, Dâru'l-fikr, I-XV, Beyrut, 1414/1994.
- Apaydın, Yunus, “Hata”, *DİA*, XVI/437-442.
- Awwa, Muhammed Salim, *The Basis of Islamic Penal Legislation* (ICJS adlı eserin içinde), Oceana Publications Inc., New York, 1982.
- Aynî, Ebû Muhammed Bedrüddîn Mahmûd b. Ahmed (855/1451), *el-Binâye fî şerhi'l-Hidâye* Dâru'l-fikr, I-XII, Beyrut, 1411/1990 (*el-Binâye*).
- Bâbertî, Ekmelüddîn Muhammed b. Mahmûd (786/1384), *el-Înâye ale'l-Hidâye (Fethu'l-Kadîr* le birlikte), Dâru'l-fikr, I-X, Beyrut, ty (*el-Înâye*).
- Bağavî, Ebû Muhammed el-Huseyn b. Mes'ûd el-Ferrâ' (516/1122), *Şerhu's-Sünne* (thk. Şuayb el-Arnaûd), el-Mektebetü'l-İslâmî, I-XIII, Beyrut, 1983.
- Bassiouni, M. Cherif, *Sources of Islamic Law and The Protection of Human Rights in the Islamic Criminal Justice System*, Oceana Publications Inc., New York, 1982.

⁹¹ Bkz. Nisâ, 4/48; Zümer, 39/53.

⁹² İbn Kayyim, *İ'lâmu'l-muvakkiîn*, II/100. Ayrıca bkz. Bilmen, *İstîlâhât*, III/41-42.

⁹³ Enbiyâ, 21/23.

⁹⁴ İbn Rüşd (ced), *el-Mukaddemât ve'l-mümehhedât*, III/279.

⁹⁵ Behnesî, el-Ukûbe, s. 16; a.mlf, *el-Mevsûatü'l-cinâiyeye fî'l-fikhi'l-İslâmî*, II/50-54.

- Bedrân, Ebu'l-Ayneyn, *Târîhu'l-fikhi'l-İslâmî*, Dâru'n-nehdati'l-Arabiyye, Beyrut, ty.
- Behnesî, Ahmed Fethî, *el-Mevsûatü'l-cinâyye fi'l-fikhi'l-İslâmî*, Dâru'nehdati'l-Arabiyye, I-IV, Beyrut, 1412/1991.
- el-Ukûbe*, Dâru'ş-şurûk, Beyrut, 1403/1983.
- Beyhakî, Ahmed b. Hüseyin b. Ali (458/1066), *es-Sünenü'l-kübrâ* (thk. Muhammed Abdulkâdir Atâ), Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye, I-X, Beyrut, 1414/1994.
- Bilmen, Ömer Nasuhi (1971), *Hukukî İslâmîyye ve Istilâhâtü Fıkhiyye Kamusu*, Bilmen Yayınevi, I-VIII, İstanbul, 1967 (*Istilâhât*).
- Bûrnû, Sıdkî b. Ahmed Ebu'l-Hâris el-Ğazzî, *Mevsûatü'l-kavâidi'l-fikhiyye*, Mektebetü't-tevbe, Riyad, 1418/1997 (*Mevsûatü'l-kavâid*).
- Büceyrimî (1221/1806), Süleyman b. Muhammed, *el-Büceyrimî ale'l-Hatîb*, Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye, I-V, Beyrut, 1417/1996.
- Cessâs, Ebû Bekr Ahmed b. Ali er-Râzî (370/981), *Ahkâmu'l-Kur'an*, Dâru'l-fikr, I-III, Beyrut, 1414/1993.
- Coulson, Noel, J., *A History of Islamic Law*, Edinburg University Press, Edinburg, 1991.
- Çakan, İsmail Lütfî, *Hadis Usûlü*, MÜİF Yayınları, İstanbul, ty.
- Çeker, Orhan, *Fıkıh Dersleri*, Seha Neşriyat, İstanbul, 1999.
- Çalışkan, İbrahim, "İslâm Hukukunda Ceza Kavramı ve Hadd Cezaları", *AÜİFD*, C. XXXI, s. 368-397.
- Dalgın, Nihat, *İslâm'da Tevbe ve Cezalara Etkisi*, Eser Ofset Matbaası, Trabzon, 1996.
- Dârekutnî, Ali b. Ömer b. Ahmed (385/995), *Sünenü'd-Dârekutnî*, (thk. Abdullah Hâşim Yemânî), Dâru'l-mehâsin, I-IV, Kahire, 1386/1966 (*Sünen*).
- Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku* (Genel Hükümler), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2002.
- Der'ân, Abdullah, *el-Medhal li'l-fikhi'l-İslâmî*, Mektebetü't-tevbe, Riyad, 1413/1993.
- Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir, *Nazarî ve Tatbiki Ceza Hukuku* (Genel Kısım), Beta Yayınları, I-III, İstanbul, 1997.
- Ebû Hayyân el-Endelüsî (754/1353), *el-Bahru'l-muhît*, Dâru'l-fikr, I-X+fihrist, Beyrut, 1412/1992.
- Ebû Zehra; Muhammed (1394/1974), *el-Cerîme*, Dâru'l-fikri'l-Arabî, Kahire, ty.
- el-Ukûbe*, Dâru'l-fikri'l-Arabî, Kahire, ty.
- Hacvî, Muhammed b. Hasen, *el-Fikru's-sâmî fi târihi'l-fikhi'l-İslâmî* (thk. Eymen Salih Şa'bân), Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye, I-IV, Beyrut, 1416/1995 (*el-Fikru's-sâmî*).
- Hâkim en-Nisâbüri, Ebû Abdullah İbnü'l-Beyyî Muhammed (405/1014), *el-Müstedrek* (thk. Abdulkâdir Atâ), Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye, I-IV, Beyrut, 1411/1990.
- Harman, Ömer Faruk, "Tübba' Kavmi". *İslâm'da İnanç, İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, MÜİFYayınları, İstanbul, 1997, IV/381.
- İbn Abdisselâm, Ebû Muhammed İzzüddîn Abdülazîz (660/1262) *Kavâidu'l-ahkâm fi masâlihi'l-enâm*, Müessesetü'r-reyyân, I-II, Beyrut, 1410/1990 (*Kavâid*).
- İbn Âbidîn, Muhammed Alâuddîn (1252/1836), *Reddü'l-muhtâr ale'd-Dürri'l-muhtâr*, Dâru'l-fikr, I-VIII, Beyrut, 1412/1992 (*Reddü'l-muhtâr*).
- İbn Âşûr, Muhammed et-Tâhir (1394/1973), *et-Tahrîr ve't-tenvîr*, I-XXIX, yy, ty.
- İbn Ebî Şeybe, Abdullah b. Muhammed (235/849), *el-Musannef*, Dâru'l-fikr, I-VIII, Beyrut, 1409/1989.
- İbn Hacer el-Askalânî, Şihâbüddîn Ahmed b. Muhammed (852/1448), *Fethu'l-Bârî bi şerhi Sahîhi'l-Buhârî* (thk. Abdülazîz b. Abdullah), Dâru'l-fikr, I-XV, Beyrut, 1415/1995 (*Fethu'l-Bârî*).
- İbn Hazm, Ebû Muhammed Ali b. Ahmed b. Saîd (456/1064), *el-Muhallâ*, Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye, I-XII, Beyrut, ty.

- İbn Kayyim el-Cevziyye, Ebû Abdillâh Şemsüddîn (751/1350), *İ'lâmu'l-muvakkîn an Rabbi'l-âlemin* (nşr. İsmâüddîn es-Sabâbitî), Dâru'l-hadîs, I-IV, Kahire, 1414/1993 (İ'lâmu'l-muvakkîn).
- İbn Kesîr, İsmâil b. Ömer (774/1373), *Te'fsîru'l-Kur'âni'l-Azîm*, Mektebetü dâri't-türâs, I-IV, Kahire, 1400/1980.
- İbn Kudâme, Muvaffakuddîn Abdullah b. Ahmed (620/1223), *el-Muğnî*, Dâru'l-fikr, I-XII, Mekke, 1412/1992.
- İbn Kudâme el-Makdisî, Şemsüddîn Ebû'l-Ferec Abdurrahman b. Ebî Ömer Muhammed el-Makdisî (682/1283), *eş-Şerhu'l-kebir alâ metni'l-Mukni* (Muğnî ile birlikte), Dâru'l-fikr, I-XII, Mekke, 1412/1992 (eş-Şerhu'l-kebir).
- İbn Müflih, Ebû İshâk Burhanüddîn İbrahim b. Muhammed (884/1479), *el-Mübdî' fî şerhi'l-Mukni*, el-Mektebetü'l-İslâmî, I-X, Beyrut, 1402/1982 (el-Mübdî').
- İbn Nuceym, Zeynüddîn b. İbrahim (970/1562), *el-Bahru'r-râik şerhu kenzi'd-dekâik*, Dâru'l-ma'rife, I-VII, Beyrut, 1413/1993 (el-Bahru'r-râik).
- İbn Rüşd, Ebû'l-Velîd Muhammed b. Ahmed (ced, 520/1126), *el-Mukaddemât ve'l-mümehhedât*, Dâru'l-ğarbi'l-İslâmî, I-III, Beyrut, 1408/1988.
- İbn Teymiye, Takiyyüddîn b. Ahmed Abdülhalîm (728/1327), *Mecmûu fetâvâ*, I-XXXVII, yy, ty.
- İbnü'l-Hümâm, Kemâlüddîn Muhammed b. Abdilvâhid (861/1456), *Fethu'l-kadîr*, Dâru'l-fikr, I-X, Beyrut, ty.
- Kal'acî, Revvâs, *Mevsûatü fihhi İbn Abbâs*, I-II, Mekke, ty.
- Karâfî, Ebû'l-Abbâs Şihâbüddîn Ahmed b. İdris (684/1285), *ez-Zahîra* (thk. Muhammed Haccî), Dâru'l-ğarbi'l-İslâmî, I-XIV, Beyrut, 1994.
- Koçyiğit, Talat, *Hadis Usûlü*, İlmî Yayınlar, Ankara, ty.
- Kurtubî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Ahmed (671/1273), *el-Câmi' li ahkâmi'l-Kur'ân*, Dâru İhyâi't-türâsi'l-Arabî, I-XX, Beyrut, 1985.
- Mâverdüfî, Ebû'l-Hasan Ali b. Muhammed (450/1058), *el-Hâvi'l-kebir* (thk. Ali Muhammed Muavvad-Adil Ahmed Abdülmevcûd), Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye, I-XVIII+Fihrist, Beyrut, 1414/1994.
- Mevdüdüfî, Ebû'l-A'lâ, *Te'fîmu'l-Kur'ân*, İnsan yayınları, İstanbul, 1991.
- Muhazîf, Muhammed b. Abdillâh, *Der'u'l-ukûbâti bi's-şübühât*, Matâbiu't-teqniyye, I-II, Riyad, 1414.
- Muttakî el-Hindî, Alâuddîn Ali b. Abdilmelik (975/1567) *Kenzü'l-ummâl fî süneni'l-akvâl ve'l-ef'âl*, Dâru İhyâi't-türâsi'l-Arabî, I-XVIII, Beyrut, 1413/1993 (Kenzü'l-ummâl).
- Nevevî, Ebû Zekerîyya Muhyiddîn b. Şeref, (676/1277), *el-Mecmû' şerhu'l-Mühezzeb* (nşr. Muhammed Necîb el-Mutîfî), Dâru İhyâi't-türâsi'l-Arabî, I-XXIII, Kahire, 1415/1995 (el-Mecmû').
- , *el-Minhâc şerhu Sahîhi'l-Müslim*, Dâru'l-ma'rife, I-XVIII+ Fihrist, Beyrut, 1419/1998 (el-Minhâc).
- Özel, Ahmet, "Harbî", *DİA*, XVI/112-114, İstanbul, 1997.
- Râzî, Ebû Abdillâh Fahrüddîn Muhammed b. Ömer (606/1210), *et-Te'fsîru'l-kebir*, Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye, I-XXX, Beyrut, 1411/1990.
- Ruhaybânî, Mustafa Suyûtî (1243/1827), *Metâlibu üli'n-nühâ fî şerhi "Ğâyetü'l-müntehâ"*, I-VI, Beyrut, 1415/1994 (Metâlib).
- Sâbüni, Muhammed Ali, *Ravâiu'l-beyân te'fsîru âyâtü'l-ahkâm mine'l-Kur'ân*, Derseâdet, I-II, İstanbul, ty (Ravâiu'l-beyân).
- San'ânî, Muhammed b. İsmâil (1182/1768), *Sübülü's-selâm şerhu Bülüği'l-merâm*, Dâru İhyâi't-türâsi'l-Arabî, I-IV, Beyrut, 1960 (Sübülü's-selâm).

- Sâvî, Ahmed b. Muhammed (1241/1825), *Bulğatü's-sâlik li Akrabi'l-mesâlik* (eş-Şerhu's-sağîr'le birlikte), (nşr. Mustafa Kemal Vasfî), Dâru'l-maârif, I-IV, Kahire, ty ([Bulğatü's-sâlik](#)).
- Sâysis, Muhammed Ali, *Teşîru âyâtü'l-ahkâm*, Dâru İbn Kesîr/ Dâru'l-Kâdirî, I-IV, Dımaşk/beyrut, 1415/1994.
- Serkis, Yusuf İlyan, *Mu'cemu'l-Matbuâtü'l-Arabiyye ve'l-Muarrabe*, Mısır, 1928.
- Sindî, Ebu'l-Hasen Nûruddîn b. Abdi'l-Hâdî (911/1505), *Hâşîye* (Sünen-i Nesâî ile birlikte), Çağrı Yayınları, I-VIII, İstanbul, 1423/1992.
- "Sukût", *el-Mevsûatü'l-fikhiyye*, XXV/87-88.
- Suyûtî, Ebu'l-Fadl Celâlüddîn Abdurrahman b.Ebû Bekir (911/1505), *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, Dâru'l-fikr, Beyrut, ty.
- el-Câmiu's-sağîr*, Dâru'l-fikr, I-II, Beyrut, 1401/1981.
- Süleyman Cemel (Süleyman b. Ömer b. Mansur el-Acîlî eş-Şâfi-1204/1790-), *el-Fütühâtü'l-İlâhiyye*, Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye, I-VIII, Beyrut, 1416/1996.
- Şâfiî (204/819), Ebû Abdillâh Muhammed b. İdris, *el-Ümm* (nşr. Mahmûd Mataracı), Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye, I-IX, Beyrut, 1413/1993.
- Şâkiru'l-Hanbelî, *Usûlü'l-fikhi'l-İslâmî*, Suriye, 1368/1948.
- Şekerci, *Fıkıh Mezheplerine Giriş*, Rağbet Yayınları, İstanbul, 1999.
- Şelebî, Ahmed Şihâbüddîn (947/1540), *Hâşîye*, (Tebyînü'l-hakâik'le birlikte), el-Matbaatül-Kübrâ el-Emîriyye, Bulak, 1315.
- Şevkânî, Ebû Abdillâh Muhammed b. Ali (1250/1834), *Neylü'l-evtâr şerhu Münteka'lâhbâr*, Dâru'l-hadîs, I-VIII, Kahire 1413/1993 ([Neylü'l-evtâr](#)).
- Şirbînî, Şemsüddîn Muhammed b. Muhammed (977/1570), *Muğni'l-muhtâc ilâ ma'rifeti meânî elfâzı'l-minhâc* (thk. Ali Muhammed Muavvad-Adil Ahmed Abdulmevcûd), Dâru'l-kütübi'l-ilmîyye, I-VI, Beyrut, 1415/1994 ([Muğni'l-Muhtâc](#)).
- Taberî, Ebû Cafer Muhammed b. Cerîr (310/922), *Câmiu'l-Beyân an te'vil'Kur'ân*, Dâru'l-fikr, I-XV, Beyrut, 1408/1988 ([Câmiu'l-Beyân](#)).
- "Tevbe", *el-Mevsûatü'l-fikhiyye*, XIV/131.
- Takiyyüddîn el-Hısnî, Ebû Bekir muhammed b. Abdilmü'min, (829/1425), *Kitâbu'l-kavâid* (thk. Cibrîl Muhammed el-Basîlî), Mektebetü'r-rüşd, I-II, Riyad, 1418/1997.
- Udeh, Abdulkadir (1954), *et-Teşriü'l-cinâi'l-İslâmî*, Müessesetü'r-risâle, I-II, Beyrut, 1415/1994.
- Uleyş, Muhammed b. Ahmed (1299/1882), *Minehu'l-celîl şerhu muhtasari Sıydi Halil*, Dâru'l-fikr, I-IX, Beyrut, 1409/1989 ([Minehu'l-celîl](#)).
- Yazır, Elmalılı Muhammed Hamdi (1942), *Hak Dini Kur'an Dili*, Eser Yayınları, I-IX, İstanbul, 1971.
- Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Medhalü'l-fikhiyyü'l-âmm el-Fıkhu'l-İslâmî fı sevbihi'l-cedîd*, Dâru'l-Fikr, I-III, Dımaşk, 1968 ([el-Medhal](#)).
- Zeydân, Abdülkerîm, *el-Medhal Lidirâsetiş-Şerîati'l-İslâmîyye*, Bağdad, 1969 ([el-Medhal](#)).
- Mecmûatü bühûsi'l-fikhiyye*, Müessesetü'r-risâle, Bağdat, 1402/1982.
- Zeyleî, Fahrüddîn Osman b. Ali (743/1343), *Tebyînü'l-hakâik şerhu Kenzi'd-dekâik*, el-Matbaatül-Kübrâ el-Emîriyye, Bulak, 1315 ([Tebyînü'l-hakâik](#)).
- Zuhaylî, Vehbe, *el-Fıkhu'l-İslâmî ve edilletühü*, Dâru'l-fikr, I-IX, Dımaşk, 1989.

RİSÂLE Fİ'L-ĞİNÂ' EL-MÜLHÎ
(EĞLENCE İÇERİKLİ MÜZİĞİN HÜKMÜNE DAİR)
İBN HAZM (v.456/1064)

Çeviren: Dr. Ali PEKCAN*

Treatise About the Amusing Music's Judgement

Ibn Hazm (d. 456/1064) is one of the most important person in Islam's thought history. With his classical study of hadiths that is the pact he is professional in branch of knowledge which is largely about thought his works, that he had wrote in the wide field, testimony this case. According to my opinion, to evaluation of Ibn Hazm who has marginal and contrary thought according to some evaluation as crative person who has an originial thoughts and as intellectual who consistent in his methods, will be better.

One of his extraordinary ideas is manner of conduct that allowed the music. With this manner He fall in to disagreement with others. But He alliance with Gazzâlî (d.505/1111) according to the common opinion in Islam the music is forbidden by religion, Ibn Hazm in opposition that is in this field in his unions and evaluationed the hearsay that is this field, in his unions and bring different conclusion. To come to relrable conclusion difference of opinions impartialy. Unfortunately When we research to foreigner's and notive's works in this field will see that this works that had been affected from common union , have evaluationed negative for the religiousness. But, to be necessary researching objectively, eguitably, justicely and totalitarian When we research religions maters judgment. For this sensiveness we want to present different thought about music s judgment for those cocerned and investigater And in this study we gave the original translation of text.

Sunuş:

İbn Hazm (v.456/1064), İslam düşünce tarihinin önemli şahsiyetlerinden biridir. Onun klasik hadisçiliğinin yanısıra düşünce ağırlıklı disiplinler alanında da de-

* DİB. Selçuk Eğitim Merkezi Öğretim Görevlisi

rinlikli bir düzeyde olduğu malumdur. Bu hususa onun kaleme aldığı çeşitli alan ve yelpazedeki eserleri tanıklık etmektedir. Kimi değerlendirmelere göre marjinal ve aykırı görüşlere sahip olmasıyla tanınan İbn Hazm'ı, bu nitelemeyle değerlendirmek yerine özgün görüş ve değerlendirmeleri olan, kendi metodolojisi içinde tutarlılığı bulunan bir entellektüel olarak tanıtmak daha yerinde olur kanaatindeyiz. Onun sıra dışı gibi gözükken değerlendirmelerinden biri de müziği mubah sayan tutumudur. O bu yönüyle de diğer görüş sahiplerinden ayrılmakta, Gazzâlî (v.505) ile aynı çizgide yer almaktadır. Bilindiği üzere genel kanı, müziğin haramlığı üzerinde yoğunlaşmaktadır.

İbn Hazm ise, bu kanaatin aksine bu alandaki rivayetleri kendine ait diyalektiği içerisinde değerlendirerek farklı bir sonuca varmaktadır. Müziğin hükmü konusunda sağlıklı bir sonuca varmak için ilgili tarafların görüşlerine tarafsız bir şekilde yer vermek gerekir. Maalesef ilgili alana ilişkin yerli ve yabancı bütün çalışmalarda gözlemlediğimiz; konunun tek taraflı ve genel ve yaygın kanaatin etkisinde kalarak 'olumsuzlayan' bir tavırla ele alınması bu tavrın da dindarlık(!) adına yapılmasıdır. Halbuki bir konunun 'dîni' hükmünü araştırırken veya belirlerken, konunun bütüncül bir biçimde ve ilgili tarafların görüşlerinin olabildiğince objektif bir şekilde insaf ve hakkaniyet ölçülerinin ışığında değerlendirilmesi gerekir. Bu hassasiyetten yola çıkarak müziğin hükmüne dair farklı bir görüşü orjinalinin çevirisini vererek ilgililere ve araştırmacılara sunmak istiyoruz.

RİSALENİN ÇEVİRİSİ¹

Bismillâhirrahmânirrahîm

Ve sallallâhu alâ seyyidinâ muhammed ve âlihi ve sahbih

Eğlence içerikli musikînin mubah mı yoksa, haram mı olduğu hakkında Risâle

Ebû Muhammed (İbn Hazm (v.456/1064)) dedi ki:

Hamd Alemlerin Rabbi olan Allah'adır. Sonuç kulluk bilincinin şuurunda olanlarıdır. Düşmanlık sadece zalim olanlardır. Peygamberlerin sonuncusu Hz.Muhammed' (sav) e salat olsun.

Allah seni ve beni yardımıyla desteklesin. Haklarını yerine getirmemiz için lütfuyla bize yardım etsin. Sen eğlence amaçlı şarkının mubah mı yoksa haram mı olduğu noktasında benden görüş istedin. Bu konuda şarkıyı yasaklayan ve mubah gören bir takım hadisler vardır. Ben şarkıyı yasaklayıcı hadisleri zikredip illetlerine, mubah kılıcı hadisleri zikredip sıhhatlerine işaret edeceğim. En doğrusunu Allah bilir.

YASAKLAYICI HADİSLER

1. (...) Hz. Aişe'den naklettiği bir hadiste Rasûlullâh (sav) şöyle söylemiştir:

* Risâle, Dr. İhsân Abbâs'ın, İbn Hazm' a (ö.456/1064) ait risâlelerden derleyerek oluşturduğu '*min Resâilî İbn Hazm el-Endelüsî*' (Beyrut, 1987, II.B. s.419-439) adlı eserinden alınarak çevrilmiştir.

2. **'Allah kadının şarkı söylemesini haram kıldı. Onun alım-satımını, ondan para kazanılmasını, (ona şarkıcılık) öğretilmesini ve dinlenmesini yasakladı.'**²
3. (...) Ali b. Ebî Talip'ten nakledilen bir hadiste Rasûlullâh şöyle demiştir:
4. *'Ümmet şu beş şeyi yaptığı zaman kendilerine musibet hak olur. Mal çoğalıp, emanet zayı olduğunda, zekat verilmediğinde, erkek karısına itaat ettiğinde, kişi anasını köleleştirip babasına cefa verdiğinde, mes-citlerde seslerin yükseldiğinde, toplumun en alçak olanının şerrinden korkulduğundan dolayı en şerefli haline geldiğinde, ipek elbise giyilip kadın şarkıcılar ve telli çalgılar mülk edinildiğinde, bu ümmetin so-nuncularının öncekilerine lanet ettiğinde, işte bu durumda kırmızı bir kokuyu, değişimi ve yere batmayı beklesinler.'*
5. (...) Muaviye'nin rivayet ettiği bir hadiste o şöyle söylemiştir:
6. *'Rasûlullâh dokuz şeyi yasakladı ben de sizleri onlardan nehyediyorum. Dikkat edin bu dokuz şey; Şarkı, ağıt, resimler, şiir, al-tın, yırtıcı hayvanların derileri, ipek kumaş ve ipektir.'*
7. Selam b. Miskin bir hocasından naklen Onun, İbn Mes'ud'u şöyle söy-lerken gördüğünü bildirir: *'Şarkı kalpte nifakı yetiştirir.'*
8. (...) Ebû Ümâme'den naklen; Rasûlullâh'ı şöyle derken işittim;
9. *'Şarkıcı kadınların eğitim-öğretimi, alım-satımı ve mülk edinilmesi he-lal değildir. Onlardan alınan bedel de haramdır. Allah kitabında bu konuda şu ayeti indirmiştir: "İnsanlardan öyleleri vardır ki bilgisizce insanları Allah'ın yolundan saptırmak için sapık sözü satın alırlar" (Lokman 6). Nefsim elinde olan Allah'a yemin olsun ki şarkı söyleyerek sesini yükselten hiçbir kimse yoktur ki iki şeytan onu izleyip susuncaya kadar ayaklarıyla göğsüne ve sırtına vuruyor olmasın.'*
10. (Aynı senedle) Abdullah İbn Ömer b. Hafs b. Asım'ın rivayet ettiği bir hadiste
11. Rasullullah şöyle söylemiştir:
12. *'Şarkı söyleyen kimsenin kulağı şeytanın elindedir. Susuncaya kadar şeytan onu titretir.'*
13. (Aynı senedle) Ebû Ümame'den gelen bir rivayette Rasûlullâh şöyle buyurmuştur:
14. *'Muhakkak ki Allah şarkıcılığı, şarkıcı kadınların alım-satımını ve on-lardan elde edilen kazancın yenmesini haram kılmuştur.'*
15. Buhârî'nin kendi senediyle yaptığı bir rivayete göre³;
16. Ebû Amir veya Ebû Malik el-Eşarî Peygamberi şöyle derken işitmiştir: *'Ümmetinden öyle toplumlar olacak ki; mücevher, ipek, içki ve çalgı aletleri ile helal sayarlar.'*

² Hadîs Tirmizî'nin Sünen'indedir. (Tefsîru sûre, 31); Ayrıca bk. *Telbîsu İblîs*, 233.

³ Buhârî, "Eşribe", ayrıca bkz. *İrşâdü's-Sârî*, 8/318.

17. (...) Enes'ten rivayet edilen bir hadiste O, Rasûlullâh'ın şöyle söylediğini rivayet etmiştir:
18. *'Kim kadın şarkıcının yanında oturursa kıyamet günü iki kulağına kurşun dökülür.'*
19. Aynı senedle İbni Abbas'tan gelen rivayette: İbn Abbas, Lokman 6. ayetteki Lehve'l Hadis'in 'şarkı' olduğunu söylemiştir.
20. (...) Abdurrahman b. Ğanem'in dediğine göre Ebû Malik el-Eşarî Peygamberimizi şöyle söylerken işittiğini haber vermiştir:
21. *'Ümmetimden bir takım insanlar başlarında çalgılar çalındığı halde, içkinin ismini değiştirerek içecekler. Allah onları yere batırsın!'⁴*
22. Bir hadiste de şu vardır:
23. *'Allah Teala lanetlenmiş iki sesi yasaklamıştır; Ağıtçı kadın sesi, şarkıcı kadın sesi.'*

Bütün bu hadisler sahih değildir, mevzudur.

Hız. Aişe hadisinde Said b. Razîn ve kendisinden rivayet ettiği kardeşinin kim olduğu bilinmemektedir.

Hız. Ali hadisine gelince Yahya b. Said'e kadar olan râvîlerin tamamının kim oldukları bilinmemektedir. Yahya b. Said de Muhammed b. Hanefî'den ne bir şey rivayet etmiş ne de ona mülaki olmuştur.

İbn Mesud hadisinde ismi bilinmeyen ve kimsenin tanımadığı bir hadis hocası vardır.

Muaviye hadisindeki Keysan'ın kim olduğu bilinmemektedir, Muhammed b. Muhacir zayıftır ve hadiste şiiri men vardır halbuki onlar, şiiri mubah saymaktadırlar.

5-6-7- Abdulmelik b. Hubeyb hadislerinin tamamı uydurmadır.

8- Ebû Ümâme hadisinde İsmail b. Ayyaş ve Kasım zayıf râvîlerdir.

9-Buharî'nin rivayetine gelince; O, bu hadîsi müsned olarak rivayet etmemiştir...Ebû Âmir'in kim olduğu bilinmemektedir.

10-İbn Şa'bân'ın rivayetleri işe yaramaz.

11-Enes hadisi iki mechul râvîden geldiği için hastalıktır. Bu hadisi Mâlik'in sika olan ahabından hiçbirisi rivayet etmemişlerdir. İkinci varyantta Mekhûl, Hız. Aişe'den rivayette bulunmaktadır. Halbuki Mekhûl, onunla karşılaşmadığı gibi ona ulaşmamıştır da!...Ayrıca bu rivayette Hişam v.Nâsîh ve Amr b. Mûsâ adlı şahısların kim oldukları bilinmemektedir. Üstelik bu rivayet munkatı'dır. Üçüncü varyanttaki Ebû Abdillâh ed-Dûrî'nin kimliği mechuldür.

12- İbn Ebî Şeybe hadisinde Muâviye b. Salih zayıf râvîdir. Malik b. Ebû Mer-yem'in de kim olduğu bilinmemektedir.

13- İki sesi yasaklayan hadise gelince bu hadisi kimin rivayet ettiği

bilinmemektedir. Dolayısı ile bu konuda gelen bütün hadisler değerden düşmüştür.

⁴ Bkz. İbn Mâce, "Fiten", 22

14-“İnsanlardan bazıları var ki lehvel hadisi satın alırlar” ayetine gelince;

Burada lehvel hadisin şarkı olduğu ne Rasûlullâh’tan ne de sahabenin birisinden naklolunmuştur. Bunun şarkı olduğunu söyleyenler görüşlerine delil arayan bazı müfessirlerdir. Şayet ‘lehvel hadis’ şarkı olsa idi ayette talik olmazdı. Çünkü Allah Teala “...Allah yolundan saptırmak için” diyor. Allah yolundan saptırıcı her şey günah ve haramdır. Velez ki Mushaf satımı ya da Kur’an öğretimi olsun. Muvaffakiyet Allah’tandır.

Aslen bu konuda sahih herhangi bir şey sabit değildir.

Allah Teala Enam 119. ayette “Allah size haram olan şeyleri açıkladı” Bakara 29. ayette “O Allah ki yeryüzündeki her şeyi sizin için yaratmıştır” buyuruyor. Rasûlullâh (s.a.v) de Sad b. Ebî Vakkas kanalıyla şöyle buyuruyor: “İslamiyet’te insanların en günahkarı kendisine haram olmayan bir şeyin hükmü sorulduğunda onu haram kılan kimsedir.” Şu gerçektir ki Allah-u Teala bize haram kıldığı şeyleri açıklamıştır, hakkında açıklama yapmadığı şeyler ise helaldir.

MUBAHLIK İFADE EDEN RİVAYETLER

1. (...) Hz. Aişe’den naklolunan bir hadiste; “Mina günlerinde Hz. Aişe’nin yanında iki cariye şarkı söylerken Ebû Bekir (ra) oraya geldi. Bu sırada Rasûlullâh (sav) elbisesine bürünmüştü. Ebû Bekir (ra) cariyeleri azarladı bunu gören Rasûlullâh (sav) şöyle dedi: Bırak onları Yâ Eba Bekir! zira bu günler bayram günleridir.’

2-Yine Hz. Aişe’den farklı bir senetle hadis şöyledir:

Rasûlullâh (sav), buas günü Hz. Aişe’nin yanında iki cariye şarkı söylerken yanlarına girdi, yatağına uzandı ve yüzünü çevirdi. Sonra Ebû Bekir girdi ve beni azarlayarak şöyle dedi: Rasûlullâh’ın yanında Şeytan çalgıları ha!? Rasûlullâh ona yönelerek “Bırak onları!” dedi.

Eğer denilirse ki Ebû Üsame bu hadisi Hişam b. Urve’den, O da babasından rivayet etmiştir ve hadiste şu ifade vardır ;(O iki cariye şarkıcı değildi).

Buna şöyle cevap verilir: Hz. Aişe “Şarkı söylüyorlardı” diyor. Bununla şarkı olduğu sabittir ve “şarkıcı değillerdi” sözü; “ güzel söylemiyorlardı” manasınadır. Rasûlullâh (sav) Ebû Bekir’in ‘Şeytan çalgıları ha!’ sözünü işitmiş ve onu uyarmıştır fakat cariyelerin şarkı söylemesine bir şey dememiştir. Bu, aksine bir izah getirilemeyecek bir delil olup kendisine teslim olmak gerekir.

3-Nafi rivayet ettiği bir hadiste şöyle der:

İbn Ömer bir kaval sesi işitti ve parmakları ile kulaklarını tıkadı. Yoldan ayrılarak şöyle dedi: Ey Nafi bir şey işitiyor musun? Nafi: Hayır dedi ve İbn Ömer parmaklarını kulaklarından kaldırdı ve şöyle dedi: “Rasûlullâh ile beraber iken benzer bir ses işitti ve aynı bu şekilde yaptı.” Eğer bu sesi dinlemek haram olsa idi Rasûlullâh (sav), İbn Ömer için, İbn Ömer de Nafi için bu sesi dinlemeyi mubah saymazlardı. Fakat Rasûlullâh (s.a.v) nasıl ki yaslanarak yemek yemeyi, içerisinde guslettiği elbise ile kurulanmayı, Hz. Aişe’nin divanı üzerinde ve Hz. Fatıma’nın kapısında süslü örtü bulunmasını ve yanında dinar ve dirhem bulunduğu halde bir gece geçirmeye kerih görmüşse kendisi için Allah’a takarrup amacı olmayan her şeyi kerih saymıştır. Zira Aleyhisselatü vesselam kötülükten men edici, iyiliği emredici olarak gönderilmiştir.

Eğer bu ses haram olsa idi Rasûlullâh (s.a.v) İbn Ömer'e kulaklarını tıkamasını emretmeksizin ve o sesi dinlemesini yasaklamaksızın sadece kendisi kulaklarını kapatmazdı. Bu konuda Rasûlullâh herhangi bir şey yapmamıştır bilakis onu onaylamış ve kendisi de kaçınmıştır. *Sahih olan şudur ki; aynen diğer mubah olan dünya eğlencelerinin durumunda olduğu gibi şarkı/müzik mubahtır; fakat onu terk etmek efdaldir.* Bu iki durum arasında herhangi bir fark yoktur.

4-Hz. Aişe'den gelen bir rivayet şöyledir:

Habeşliler bir bayram günü geldiler ve mescitte halay çekmeye başladılar. Rasûlullâh da beni çağırdı. Ben de başımı Rasûlullâh'ın omuzuna yasladım ve onların oyununa bakmaktan vazgeçinceye kadar oyunlarını izledim.

5-Amir b. Sad el-Becelî'den gelen bir rivayet şöyledir:

Ebû Mesud el-Bedri, Kurza b. Ka'b, Sabit b. Zeyd çardakta idiler ve yanlarında şarkı söyleniyordu. Dedim ki; Şarkı ve siz Allah'ın Rasulünün ashabı ha! Onlar da dediler ki; "Rasûlullâh bize düğün günü şarkıya ; ağıt yakmaksızın ölen için ağlamaya ruhsat vermiştir."

Ancak Şu'be olayda Sabit b. Zeyd yerine Sabit b. Vedia'yı zikretmiş Ebû Mesud'u ise hiç zikretmemiştir.

6-Muhammed b. Sîrin'den gelen bir rivayet:

Adamın biri Medine'ye cariyeler getirdi ve İbn Ömer'in evinde konakladı. Cariyelerin içinde tef çalan bir cariye vardı. Adamın biri gelip o adamla pazarlık yaptı fakat adam cariyelerin fiyatında indirim yapmadı. İbn Ömer dedi ki: "Alışveriş açısından sana daha iyi fiyat verecek şu adama git." Adam da Abdullah b. Ca'fer'e gelip cariyeleri ona sundu. Ve bir cariye "başla" diye emretti. O da (çalmaya) başladı. Bu sırada İbn Ömer kendisinin hadiseye baktığını fark etti ve şöyle dedi: "Şeytan çalgıları olarak günün kalan kısmı yeter". Adam cariyeyi sattı. Sonra İbn Ömer'e gelerek "Ey Ebû Abdurrahman 900 dirhem aldandım" dedi. İbn Ömer satıcı ile beraber müşteriye gelerek şöyle dedi: "Bu adam 900 dirhem aldanmıştır 900 dirhemi ona iade et ya da alışverişi ispat et." Müsteri "900 dirhemi ona veriyorum. Görüldüğü üzere İbn Ömer ve Abdullah b. Ca'fer valla çalınan şarkıyı dinlediler. Eğer İbn Ömer hadiseyi kerih görse idi tavrını koyardı. Buna rağmen onu yasaklamadı. Aynı şekilde şarkıcı bir cariye'nin satımı için aracı oldu. Eğer haram olsaydı buna baştan cevaz vermezdi."

Birisi çıkıp derse ki; "Allah Teala; Yunus 32. ayette "Gerçekten sonra sapıklıktan başka ne var" buyuruyor olduğu halde şarkı/müzik bu ayetin neresinde yer alır?"

Ona şöyle cevap verilir: Bahçelerde bulunan rahatlatıcı şeyler ve elbiselerin rengarenk boyanması işte bunların hepsi lehviyattandır. Allah Resulü "Amellere niyetlere göredir, her bir kimseye niyet ettiği şey vardı" demektedir. Kişi bunlarla Allah'a itaat noktasında takvasından dolayı nefsinin rahatlamaya ve dinlendirmeye niyet ederse sapıklık yapmış olmaz.

Ebû Hanife (v.150) şöyle söylemektedir: "Kim kaval ya da ud aletini çalarsa (hırsızlığını yaparsa) eli kesilir. Bunları kıran kimse ise tazmin eder."

Herhangi bir şeyin haram kılınması ya da mübah sayılması Allah ve Resulünden bir nass olmadıkça helal olmaz. Çünkü bu, Allah'tan haber verme demektir. Allah'tan haber verme ise ancak kendisinde şüphe bulunmayan nass ile caiz olur. Allah Resulü ise şöyle der: "Kim bilerek bana yalan isnad ederse cehennemdeki yerini ha-

zırlasın! ”

Ebû Bekr Abdülbâqî b.Biryâl el-Hicârî (v.502/1108) şöyle demektedir: İbn Hazm (v.456/1064) devrinin ileri gelen büyüklerden biri bana onun şöyle söylediğini haber verdi: “İçerisinde şarkıyı kötileyen, şarkıcı kadınların satımını yasaklayan hadislerin ve Ebû Muhammed’in konu ile ilgili mutalâsının bulunduğu nüshayı fakih İmam İbn Abdilberr’e (v.460/461) sundum. Günlerce bekleyerek imamın yorumunu gözetledim. Nüsha günlerce onun yanında kaldı sonra huzuruna vararak “Herhangi bir şey yaptın mı?” dedim. O da; “Bunda ne ekleyeceğim ne de çıkaracağım bir şey buldum” dedi.

Müziğe dair risale Allah’ın hamdı ve yardımı ile sona erdi.

RİSALEYİ NEŞREDENİN DEĞERLENDİRMELERİ

Müzik konusunda bir çok görüş bulunmaktadır. *İbnü’l-Cevzî* (ö.595/1199), müziğe ait farklı durumları özetleyerek şöyle demiştir;

“ İnsanlar müzik konusunda uzun uzadıya söz etmişler, kimileri onu haram sayarken, kimileri kerâhetsiz mubah kabul etmiş, kimileri de kerâhetle birlikte mubah olduğunu söylemişlerdir.”⁵

Sonraları, müzik konusundaki düşünceler, müziğin değişik müzik âletleriyle birlikte ve onlar bulunmaksızın, durumunun ne olduğuna yönelmiştir. İnsanlardan bir kısmı, müziğin, bazı âletlerle birlikte kullanılmasını caiz görürken, diğer bir kısmı ise müzik âletlerinin tamamının kullanımının yasak olduğunu savunmuşlardır.⁶

Konu hakkındaki farklı düşünceler, kitapların özel bölümlerinde, risâlelerde, konuya tahsis edilmiş eserlerde belirgin hâle gelmiştir. *Gazzâlî* (ö.505/1111), konuyu, *İhyâ’sının* farklı bölümlerinde ele almış, *Nüveyrî* (ö.733/1332) ise, konuya ilişkin bilgileri, *Nihâyetü’l-Ereb* (4/161-188)’adlı eserinde özetlemiş, ayrıca *Sühreverdî* (ö.632/1235), *Avârîfü’l-Maarîf*’inde, *Ebû Tâlib Mekki* (ö.386), *Qûtu’l-Kulûb*, da konuya temas etmişlerdir. Konu hakkındaki müstakil eserlerle ilgili risâlelerin sayısı ise çoktur. Bunlardan bazıları şunlardır.

1-*Abdülmelik b. Habîb* (328/852)’in müziğin mekruh oluşuna dair kitabı⁷,

2-*İbn Ebi’d-Dünyâ* (ö.281/894), *Zemmu’l-Melâhi*’si (1938 de Londra’da James Robson tarafından yapılan tahkikiyle birlikte neşredilmiştir. (bu esere *Bevâriqu’l-İlmâ*’ adlı eser de eklenmiştir. Aşağıdaki 5 nolu maddedeki bilgiye bkz./ Her iki kitap ta kitapların nâşiri tarafından İngilizceye çevrilmiştir.)

3-*İbn Teymiyye* (ö.728/1328)⁸ ve *İbn Qayyim* (ö.752/1351)⁹ in belirttiklerine göre, *Ebû’t-Tayyib et-Taberî eş-Şâfî* (ö.450/1058)’nin müziğin kötülüğü ve yasaklanmasına dair bir kitabının olduğunu belirtirler.

4-İbn Kayserânî (ö.507/1113) Kitâbü’s-Semâ’ (tahk. Ebû’l-Vefâ el-Merâğî, Ka-

⁵ bnü’l-Cevzî, Abdurrahmân (ö.597/1201), *Telbisü İblîs*, s.223

⁶ Bkz. Nuveyrî, *Nihâyetü’l-Ereb*, 4/133

⁷ Qâdî İyâd, *Tertîbü’l-Medârik*, (mağrib baskısı), 4/131

⁸ *Telbisü İblîs*, 230

⁹ *Fetâvâ İbn Teymiyye*, 11/577

hire,1970)¹⁰

5-*Ebûlfütûh Ahmed b. Muhammed el-Gazzâlî* (ö.520/1126), *Bevâriqu'l-İlmâ'*, (*İbn Ebi'd-Dünyâ*'nın adı geçen kitabı ve eserin İngilizceye yapılan çevirisi ile birlikte neşredilmiştir.)

6-İbn Teymiyye'nin 'Kitâbü's-semâ' ve'r-Raks'ı (Mecmûatür'-Resâilî'l-Kübrâ i-çerisinde,Kahire, 1323,II/277-315)

7-İbn Hacer el Heysemî (ö.973/1575)'nin '*Kitâbü keffi'-Ruâ an muharremâti'l-Lehv ve's-Semâ'*¹¹ (Kahire,1310,1325)'ı

8-Abdülğânî en-Nablûsî (ö.1143/1731) nin '*İzâhu'd-Delâlat fi Semâ'l-Âlât'*¹² (Dimeşk,1302-Bombay,1303)

İbn Hazm'ın '*Risâle fi'l-ğınâ el-Mülhî e mubâhun huve em Mahzûrun*' adlı risâlesi, kendinden önce ve sonra yazılan bir çok eserden oluşan uzun bir dizi arasında yer alır. Sadeliğine rağmen, müziği kötüleyip, onu yasaklayan hadislerin zayıflatılması önündeki kapıyı açıcı niteliğiyle büyük bir öneme sahiptir.

Doğal olarak *mutasavvıfların semâ*'ın mubahlığını desteklemeleri, bu alanda kaleme aldıkları eserlerin oldukça çok olması, hadisleri bırakıp, kendinden önceki(selef)lerin uygulamalarına yönelmeleri, bu yaptıklarını da sahabe tabiin den sâlih kimselerin davranışlarına dayandırdıklarını görmemiz normaldir. Fakat asıl üzerinde düşünülmesi gereken husus, bu hadise tutunanların bizzat kendilerinin iki gruba ayrılmalarıdır. Bunlardan bir grup, *semâ*'ın haramlığını vurgulayan ilgili hadislerin rolünü ortaya koymuşlar, diğer kısım ise, bu yöndeki hadislerin varlığını kabul etmekle beraber onları zayıf saymaya çalışmış, başka hadislere tutunmuşlardır.

Şimdi biz, *İbn Hazm*'ın ortaya koyduğu hadis ve nasslarla kayıtlı bulunan bir takım örnekler vermek istiyoruz.

1-Âişe hadisi; " Allah teâlâ, şarkıcı kadını, onun satışını, ondan elde edilen kazancı ve onun (şarkıcılık için) eğitilmesini yasaklamıştır.!"

İbn Hazm, bu hadisi rivâyet zincirindeki ismi '*Said b. Ebi Razin kardeşinden...*' olan kimliği bilinmeyen birisinin bulunduğunu söyleyerek hadisi reddeder. Zehebî, (*mizân,II/136*) ve İbn Hacer (*İsân,III/29*) de onu teyid ederler.Buna rağmen İbnü'l-Cevzî (ö.597/1201) bu hadisi kabuleder (*telbis,233*). *İbn Qayserânî* bu hadisi zikretmezken, *İbn Ebi'd-Dünyâ* (s.46)

2-" Ümmetim on beş şeyi yaptığı zaman..." hadisi.

Bu hadis, Hz.Ali tarafından merfû olarak rivayet edilir. İbn Hazm ise bunu reddeder. Çünkü senedde kimliği bilinmeyen birkaç kişi bulunmaktadır.

Mesela, bunlardan biri *Ebû'l-Muraccî el-Geylânî* olup, Zehebî bu ravî hakkındaki söz etmezken *İbn Hacer*, İbn Hazm'ın adı geçen râvî hakkındaki değerlendirmesini nakleder.

¹⁰ Kitaptan neşredilen kısım eksiktir. Çünkü *İbnü'l-Cevzî*, bu kitaptan birçok nakilde bulunmuştur. Fakat bunlar, neşredilen eserde yer almamaktadır. Kitapta (*Telbis,241*), *Şâfiî ve Ahmed b.Hanbel'e* ait hikayeler ve onları *semâ*'a izin verişini nakletmektedirler.(s. 241-243)

¹¹ Kitabın yazma bir nüshası *Britanya* müzesinde bulunmaktadır. (No.1221) *Brocelmann tekmilesi* II/528

¹² Kitabın yazma bir nüshası Berlin (no.5522), Campric, (no.143) Nâfiz (no.389), Kâhire (no.I/271), Bkz. *Brockelmann 'ın Tarihi*, II/347; *Tekmile*, II/474

Diğer ravî Ahmed b. Saîd olup, Zehebî bu ravî hakkındaki söz etmezken *İbn Hacer*¹³, İbn Hazm'ın adı geçen râvî hakkındaki değerlendirmesini nakleder.

Muhammed b.Himsî?. (*İbn Hacer ve Zehebî* bu râvîye değinmezler)

Bir başka ravî, Ferec b.Fudâle dir. (Ahmed b. Hanbel bunun hakkında 'Yahya b. Saîd'den bir çok münker hadis naklettiği gibi, diğer bir çok sika ravîden münker rivayetlerde bulunur.' derken, İbn Ebî Hâtım onun hakkında, 'Yahya b. Saîd'den yaptığı rivayetlerde münkerlik bulunmaktadır.' demiştir. Sâcî ? ise, 'Yahya b. Saîd'den münkerleri vardır demiştir.'¹⁴

Bütün bunlara rağmen *İbn Ebi'd-Dünyâ* (s.42) ve *İbnü'l-Cevzî* (*Telbîs*, 234) bu hadisi kabul etmişler, *Kayserânî* de onu hadis olarak zikretmiş, ancak hadisin değerlendirilmesi konusunda İbn Hazm'ın safında yer almıştır. Hadisin zayıflığını Ferec b. Fudâle'nin kimliği üzerinde yoğunlaştırmış, adı geçen râvî hakkında cerh ve ta'dîl alimlerinin görüşlerine yer vermiştir. Aktardığı görüşlerden biri de İbn Hibbân'a aittir. O şöyle der; '*Ferec b. Fudâle; İsnadları ters düz eden, vâhî metinleri sahîh senedlere ekleyen biridir. Dolayısıyla onun hadisleriyle delillendirme yapılamaz.*' Bundan sonra bu hadisin kendisine yer vererek, söylediklerine, bu hadisle delil getirir.¹⁵

3-Rasûlullah'ın *-aralarına müziğin de bulunduğu-* dokuz şeyden yaptığı nehyi içeren hadis.

İbn Hazm, bu hadisi de kabul etmez. Zira seneddeki *Keysân*'ın kim olduğu bilinmemektedir. Yine, Muhammed b. Muhâcir isimli râvî,zayıftır.

Zehebî adı geçen hadis hakkında söz etmezken, İbn Hacer;

'İsmi, Keysân olup, Muâviye'nin mevlâsıdır. Muhammed b. Muhâcir'e gelince, kendisi bu isim anılan altı şahıs bulunmaktadır. İbn Hazm'ın zayıf olduğunu söylediği râvînin bunlardan hangisi olduğu bilinmemektedir. Belki de O, çokça hadis uydurucu (vaddâ') Muhammed b. Muhâcir'i kastetmemektedir. Çünkü bunun vefatı sonradır, (yaklaşık 260/874 civarı...' demektedir.) Bu hadisi, ne Kayserânî ne de İbnü'l-Cevzî zikretmemişlerdir.

4-İbn Mes'ûd'un '*müzik/ğınâ kalpte nifak bitirir*' sözü merfû ve munkatı' olarak rivayet edilmiştir. Nitekim İbn Ebi'd-Dünyâ¹⁶ ve İbnü'l-Cevzî¹⁷ bu sözle delil getirmişlerdir. İbnü'l-Cevzî' bu rivâyete '*...Suyun sebzeyi/baklayı bitirdiği gibi.*' Ziyâdesini ekler. İbn Kayserânî bu rivâyeti İbn Mes'ûd'dan müsned olarak riayet eder. Yani İbn Mesud'un tarîkindan başka bir tarikte zikreder. Ki bu rivayetin senedinde Abdurrahman b. Abdullah el-Amrî/Ömerî? Vardır. Bu şahıs hakkında Ahmed b. Hanbel; '*...hadislerini yaktık...hadisleri münker olup, kendisi de kezzâbtır...*'

demiştir. Daha sonra Kayserânî İbn Mes'ûd tarîkını zikrederek şöyle der; '*Bu rivayeti Sellâm adlı râvî mechûl bir şeyhden rivâyet etmiştir.*' Bu İbn Hazmın görüşünün aynısıdır.

¹³ *Lisânü'l-Mizân*, I/179

¹⁴ *Tehzîbü't-Tehzîb*, 8/260-262

¹⁵ *Semâ'*, s.85

¹⁶ *Zemmu'l-Melâhî*, 46

¹⁷ *Telbîsu İblîs*, 235

5-Ebî Ümâme'nin '*..İnsanlardan bir kısmı vardır ki, lehve'l-hadîs'i satın alırlar..*'¹⁸ mealindeki ayeti de ekleyerek 'şarkıcı kadınlara müzik eğitiminin verilmesi ile onların satışının yapılmasının haramlığı'na dair merfû olarak yaptığı rivayet ...

İbn Hazm bu rivayeti, râvîlerden İsmail b. Ayyâş'ın zayıf olduğunu belirterek reddeder. Söz konusu âyetin tefsîri hakkında ise, 'Bu, kendilerinin görüşleri geçerli kabul edilmeyecek bir kısım müfessirin düşüncesidir...' derken İbnü'l-Cevzî bu rivayeti kabul eder. Telbîs'te¹⁹, aralarında İbn Mes'ûd, İbn Abbâs, Mücâhid, İkrime, Hasan-ı Basrî, Saîd b. Cübeyr, Katâde ve İbrâhim en-Nehaî'nin de içinde bulunduğu müfessirlerin adı geçen âyet hakkındaki görüşlerini verir... İbn Kayserânî²⁰, ilgili rivayeti (bir çok mu'dal rivayetin sahibi) Abdurrahman b. Zahr? tarîkıyle verir. Aynı rivayette, Kâsım b. Abdurrahman adlı bir râvî vardır ki, kendisi münkeru'l-hadîs olup, sahâbîlerden bir çok mu'dal rivayette bulunmuştur.

İbnü'l-Kayserânî, '*insanlardan bir kısım var ki, lehve'l-hadîsi satın alırlar...*' ayeti üzerinde uzun uzadıya durmuş sonra da; '(Birtakım kimseler) bu konuda Abdullah b. Abbâs ve Abdullah b. Mes'ûd ve Abdullah b. Amr'a dayandırılan bir çok rivayette bulunmuşlardır. Ben bu rivayetlerin tamamını inceledim. Sahabeye dayandırılan sadece bir rivayete rastladım...' ²¹ demiştir. Sonra şunları söylemiştir; '*Bu rivayetlere tutunanlara şöyle denir: 'Zikrettiğiniz tefsirler, bu ayet hakkında görüşlerini zikrettiğiniz sahabilerin kendilerine Rasûlullâh (sav)'ın öğrettiği bilgiler midir? Yoksa değil midir... son derece imkansız olan bir durum vardır ki, o da, lehve'l-hadîs'i müzik diye tefsir edilmesidir. Halbuki Rasûlullâh (sav), Hz.Âişe'ye 'sizinle birlikte bir eğlence/müzik olsaydı olmaz mıydı? Çünkü Ensar, eğlence(lehv)den hoşlanırlar...' ²²buyurmuştur.*

5,6,7-İbn Hazm, Abdülmelik b.Hubeyb/habîb in rivayet ettiği hadisleri kabul etmez. Hepsini yok olmuş sayar. Abdülmelik b. Habib (v.238/852)²³ Meşhur Endülüs-lü fakih olup, doğuya seyahat etmiş, bir çok ilmi kendisinde topladıktan sonra tekrar Endülüs'e dönmüş, (ünlü) Yahya b. Yahya el-Leysî'nin müşaviri olmuştur. Hakkında verilen bilgilere göre O, doğrudan işitmediği bir takım hadisleri rivayet edermiş. İbnü'l-Farazî, 'İbn Habib hadis ilmini bilmez' der. İbn Hazm ve Ebû'l-Velîd el-Bâcî, İbn Abdilberr'den, Onun yalancı olduğunu söylediğini naklederler. Fakat bunun yanında bazı Endülüs-lü bilginler, ilminin genişliği, fazileti ve çokça eserinin bulunması sebebiyle Onu şiddetle müdafaa ederler.

İbn Hazm'ın irad ettiği hadisleri rivayet etmesine bakılırsa O, müziğin kerahtine kail idi. Bunun yanısıra, onun kendisinden yapılan aktarıma göre O, semâ' konusunda ruhsatı alıyordu. Hatta onun kendisine şarkı okuyan cariyeleleri vardı. Bu nedenle 'ğazâl' ismi ile meşhur şâir Yahyâ b.Hakem el-Ciyânî şiiriyle ona tarzide bulunmuştu. (Ancak) birinci görüş daha kuvvetlidir.

¹⁸ Lokman, 6

¹⁹ Telbis, 231,232

²⁰ Semâ', 79

²¹ Semâ', 75

²² Semâ', 76 vd.

²³ Biyografisi için bkz.İbnü'l-Farazî, 1/312-315; Tertibu'l-Medârik, 4/122 (Mağrib baskısı)

8- İbn Hazm, Buhârî'nin '*...Ümmetimden gelecekte altın, ipek şarap ve çalgı aletlerini helal sayacak bir grup ortaya çıkacak...*' şeklindeki rivayetini Buhârî'nin; 'Hişâm b. Ammâr dedi ki', demekle yetinip, 'müsned olarak rivayet etmediğini' ileri sürerek zayıf saymış, ayrıca, adı geçen hadisin senedinde 'Ebû âmir veya Ebû Mâlik' isminde kimliği bilinmeyen birisinin bulunduğunu savunmuştur.

İbn Kayyım ise İbn Hazm'ı tenkid ederek şöyle demiştir; 'Şu durum ona gizli kalmıştır ki, Buhari kendisinden ta'lîkan rivayette bulunduğu kimse ile mülâki olarak hadis dinlemiştir ki, bu şahıs Hişâm b. Ammâr'dır. Ayrıca bu hadisi, Hişâm b. Ammâr'ın dışındaki bir çok hadis imamı müsned olarak rivayet etmişlerdir. İşte bu şekilde İbn Hazm, Rasûlullâh'tan sabit oluşu hakkında hiçbir şekilde kusur bulunmayan bir çok sahih sünneti iptal etmiştir.'²⁴

İbn Kayyım'ın verdiği kaynak doğrudur. Çünkü *Buhari*, Hişâm b. Ammâr Ebû'l-velîd es-Sülemî'den rivayette bulunmuştur.²⁵ Ve, onunla sadece müzakeresi²⁶ bulunduğundan dolayı 'Bize haddesenâ' diyerek rivayette bulunmadı' şeklinde bir tabir kullanmıştır. '*Ebû Amîr veya Ebû Mâlik*' biçimindeki şekk ifadesine gelince; (-ki Ebû Davud'daki rivayette şeksiz olarak '*bana Ebû Malik tahdis etti*' şeklindedir.) bu şekkin sahabi'ni isminde olduğu için zarar vermez denilmiştir. İsmi'nin Abdullah b. Hâni veya Abdullah b. Vehb veya Ubeyd b. Vehb olduğu biçiminde de ihtilaf edilmiştir. Adı geçen şahıs Abdülmelik b. Mervan'ın hilafeti zamanında yaşamıştır.²⁷

9- '*Kim kadın şarkıcıyı dinlemek üzere oturursa, iki kulağına kurşun dökülür*' hadisi: İbn Hazm, bu hadisin, mechul iki râvîden rivayet edildiğinden dolayı hastalıklı bir hadis olduğu söyler. İbnü'l-Kayserânî'ye göre '*(râvîlerden) Ebû Nuaym'ın (asıl adı) Ubeyd b. Muhammed olup, (hadiste) zayıf bir kimsedir. İbnü'l-Mubârek'ten de hadis rivayet etmemiştir. Malik'ten yaptığı rivayetler ise çok münker/zayıftır. Ayrıca O, İbnü'l-Münkedir'den mürsel olarak rivayet ederdi...*'

İbnü'l-Kayserânî'nin (bu hadisin) isnadına yönelik söyledikleri İbn Hazm'ın yaptığı değerlendirmelere yakındır.

10- '*İnsanlardan birtakım kimseler lehve'l-hadis'i satın alırlar...*' ayeti hakkındaki değerlendirmeler daha önce geçmişti. (5 nolu değerlendirmeye bk.)

11- '*Ümmetimden bir takım kimseler, şarabı (asıl isminin dışında) değişik isimler altında içerler...*' hadisi: İbn Hazm bu hadisi, seneddeki 'Muâviye b. Sâlih'in zayıf, bir diğer râvî olan Mâlik b. Ebî Meryem'in ise kimliğinin meçhul olmasını gerekçe göstererek zayıf sayar. (Zehebî bu hususta İbn Hazm'ı teyid ederken, İbn Hibbân ise, bu râvînin sika olduğunu söyler)

Muâviye b. Sâlih el-Hadramî el-Hımsî'ye²⁸ gelince...Endülüs'e gitmiş, (zamanın sultanı) Abdurrahmân b. Muâviye tarafından Kurtuba'ya kadı olması istenmiş *eyyâm-ı dâhilin* (?) sonuna doğru vefat etmiştir.²⁹ Bu şahıs hadiste zayıf sayılmıştır. İbn

²⁴ *Ravzatü'l-Muhbbîn*, 130-131

²⁵ *Tehzîbü't-Tehzîb*, 11/52

²⁶ *İrşadü's-sarî*, 8/317

²⁷ a.g.e., aynı yer.

²⁸ İbnü'l-Faradî, 2/137-139; *Tehzîbü't-Tehzîb*, 10/212

²⁹ İbn Hibbân adı geçen şahsın ölüm tarihini 172/788 olarak verir. Bk. *et-Tehzîb*, 212

Maîn bunu hakkında '*hoşlanılan bir râvî değildir (leyse bi merzâ)*' derken, başkaları onu sika saymışlardır. Bu hadis bize açık bir problemi ortaya kor. Zira, iki râvîden İbn Hazm razı olmazken, diğer hadisçiler onları tevsik ederler ki bu durumda iki (zıt) görüşün hangisi alınacaktır ?! (belirsizdir!). Yine bir çok hadis rivayet edilmiştir ki bu rivayetlerde çalgı aletleriyle, şarkıcı kadınlarla ve içkiye düşkünlükle birlikte yeryüzünde bazı çöküntüler ve insanlarda suret değişikliklerinin meydana geleceği ifade edilmiştir. (mes.bkz. zemmu'l-melâhî s.41,42; 44-46)

12-(Ağıtıcı ile şarkıcının sesi olmak üzere) İki lanetlenmiş ses'ten nehyeden hadis:

Bunu İbn Ebi'd-Dünyâ rivayet etmiştir. (s.50) İbn Kayserânî ise, bu hadisin iki varyantından bahseder. Birincisi, 'sizi iki ahmak-günahkar sestem nehyettim bunlar: başa gelen bir musibet sırasındaki sestir. Diğer ise; şeytanın çalgıları ile oyun ve eğlence sırasındaki şarkının sesi...' hadisi olup, bunun hakkında ' Bu hadisi Câbir rivayet etmiştir. Onun bu rivayeti reddedildiğinden dolayı zayıf sayılmıştır.' Derken, İbn Hıbbân ise, 'Bu şahıs, hıfzının kötü, hatasının çok, çok kötü hata yapan, teveh-hümle ve zann üzere rivayet den, bir çok münker rivayeti bulunmasından dolayı terkedilmeye layıktır.. Kaldı ki Ahmed b. Hanbel ve Yahya İbn Maîn³⁰ de bu şahsın rivayetlerini terketmişlerdir.' Der. Câbir denilen zat, muhtemelen Câbir b.Yezîd el-Cu'ffî (v.128/746)dir. Bu şahıs, yalan,tedlis ve şiflikte ileri gitmesiyle tanınır³¹...

İkinci rivayete gelince, bu rivayetin senesinde Muhammed b. Yezîd et-Tahhân el-Yeşkürî vardır ki, pis bir hadis uydurucusudur!³²

Müziğin zemmi ve ondan sakındırma ile ilgili bir takım rivayetler daha vardır ki, İbn Hazm bunları zikretmez...İşte onlardan bazıları:

1- "Nefsim kudret elinde olan Allah'a yemin olsun ki insanların üzerine (çöküntü/patlama gibi) bir felaket gelmedikçe dünyanın sonu gelmeyecektir. Dediler ki: Ey Allah'ın Rasulü! Anamız babamız hakkı için söyle bu ne zaman olacaktır?

Rasûlullâh şöyle dedi: Şarkıcı kadınlar çoğaldığı, Kadınların ata bindiği ve yalancı şahitlik yapıyor olduklarını halde gördüğün zaman."

Hadisi, Süleyman el Yemâmî Ebû Hureyre'ye dayandırarak rivayet etmiştir. Buhari'nin dediğine göre ravî el-Yemâmî, münkerü'l-hadîstir.³³

2- "Ümmetimden birtakım topluluklar yeme, içme ve eğlence halinde geceleyecekler. Sonra maymunlar ve domuzlar olarak sabahlayacaklar. Ümmetimden bir takım topluluklara; şarkı söylemeleri, içki içmeleri, def çalmaları ve ipek giymeleri sebebiyle (çöküntü/patlama gibi) felaket isabet edecek."

Hadiste mübhem bir râvî vardır. O da Ziyad b. Ziyâd el-Cessas olup, metrûku'l-hadîstir.³⁴

³⁰ es-Semâ' 85; hadis için ayrıca bkz. *Telbîsü İblîs*, 233

³¹ Biyografisi için bkz. *Tehzîbü't-Tehzîb*, 2/ 46-51

³² es-Semâ', 83

³³ es-Semâ', 81

³⁴ es-Semâ', 81

3- 'Rabbim bana, tanbur ve kavalı yasaklamamı emretti.' Hadisi İbrahim b. el-Yes'a rivayet etmiştir. Buhari'nin dediğine göre O, münkerü'l-hadistir.³⁵

İbnu'l-Cevzî, aynı hadisi diğer bir varyantla (Telbis-i İblis s.233) şu şekilde zikretmiştir: 'Kaval ve davulu ortadan kaldırmak için gönderildim.' üçüncü bir varyantta ise: "Çalgı aletlerinin kırmak üzere gönderildim" şeklindedir.

4- Ali (ra) şöyle söylemiştir: 'Rasûlullâh bana şarkıcı kadınları, ölünün arkasından para karşılığı ağıt yakan kadınları dinlemeyi ve bunların alım-satım ve ticaretini yasakladı ve şöyle dedi: Onlardan elde edilen kazanç haramdır.' Hadisin senedinde Haris b. Nebhân vardır ki bu şahsın hadisi yazılmaz.³⁶

5- "Şarkıcı kadına bakmak haramdır. şarkıcı kadının söylediği şarkı da haramdır. Şarkıcı kadından elde edilen ücret de haramdır."

Hadisi Yezid b. Abdülmelik en-Nevfelî rivayet etmiştir. Fakat metrûkü'l-hadis olup, münkerleri rivayet eder.³⁷

6- Safvan b. Ümeyye'den rivayet edilen bir hadiste o, şöyle söylemiştir:

Biz Rasûlullâh ile otururken Amr b. Kurra geldi ve şöyle dedi: Ey: Allah'ın Nebisi! Allah (cc) Bana kısmetsizlik yazdı. Ben kendim için elimle çalmış olduğum (def gibi) çalgı aletlerinden elde edeceğim rızıktan başka rızık bulamıyorum. Aşırıya kaçmamak kaydıyla bana bu konuda izin ver. Bunun üzerine Rasûlullâh (sav) şöyle dedi: Bu konuda ne bir izin ne bir güzellik ne de bir nimet vardır!'

Hadisin senedindeki Yahya b. el-Alâ' sika değildir.³⁸ Hadis, Sünen-i İbn Mace'de geçmektedir. İbnu'l-Cevzi de hadisi İbn Mace'den almıştır.(Telbîsu İblis,234)

Şarkının mubah olduğu görüşünde olanların dayandıkları hadislere gelince -ki bu hadisleri şarkının mekruh ya da haram olduğunu söyleyenler de kullanmışlardır- İbn Hazm'ın düzenlemesine göre bazıları şunlardır:

1-Hz. Aişe'nin yanında iki cariye şarkı söylerken Hz.Ebûbekr (ra) onların yanına girdi ve iki cariyeyi azarladı. Bunun üzerine Rasûlullâh (sav) "*Ey Ebû Bekr bırak onları (söylesinler) zira bugün bayram günüdür*" dedi.

Hz. Aişe'den gelen başka bir hadiste: Hz. Aişe'nin iki cariyesi Buas günü şarkı söylüyorlardı. Hz. Ebû Bekir onları azarladı ve "şeytan çalgısı ha" dedi. Bunu gören Rasûlullâh (sav) "*Bırak onları*" buyurdu. Aynı hadiste şu ifade de vardır: "O iki cariyenin mesleği şarkıcılık değildi". İbnu'l-Kayşerani³⁹ iki cariye hadisini delil olarak kullanmıştır. İbnu'l-Cevzi bu iki hadisin şarkıya işaret etmediğini söyleyerek Kayserani'ye cevap sadedinde şöyle demiştir: o gün insanlar şiir söylüyorlar ve bunu tekrar ettirmelerinden dolayı da şarkı diye isimlendiriyorlardı. Bu normal bir durumdur...

Ebû Tayyip et-Taberi şunu söylemiştir: 'Bu hadisi bizim için delildir. Çünkü

³⁵ es-Semâ', 81

³⁶ es-Semâ', 82

³⁷ es-Semâ', 84-84

³⁸ es-Semâ', 88

³⁹ es-Semâ', 37-38

Ebû Bekir (ra), cariyelerin şarkı söylemelerini "*Şeytan şarkıları*" diye nitelendirmiş ve peygamber (sav) de Ebû Bekr'in bu sözünü yadırgamamıştır. Bu olayın cereyan ettiğinde Hz. Aişe küçüktü, gelişip, buluş çağına geldikten sonra ise kendisinden şarkının zemmi dışında bir şey nakledilmemiştir.⁴⁰

İbn Teymiyye ise konuyla ilgili şunları söylemiştir. 'Bu hadisten anlaşılmalıdır ki bu durum Hz. Peygamber'in adetinden değildi bundan dolayı da Ebû Bekr onları 'şeytanın mizmanı' şeklinde isimlendirdi. Rasûlullâh (sav) ise cariyelerin durumunu onayladı...Fakat "cariyeteyn" hadisinden Rasûlullâh'ın bunları dinlediği çıkarılamaz. Zira emir ve nehiy, bilinçli dinlemeyi arzulamakla alakalı olup,mücerred işitmekle ilgili değildir.'⁴¹

2- İbn Ömer hadisi ki; Kaval sesi işittiğinde kulaklarını kapadı ve şöyle dedi: 'Ben Rasûlullâh ile beraberken kendisi benzer bir ses işitti ve aynısını yaptı.'

Bu hadis şarkının helal olmadığını söyleyenleri destekleyen bir hadistir. Bundan dolayı İbnü'l Cevzi hadisi alarak şöyle söyler: Sahabenin herhangi bir ses işittiklerinde tavırları doğruluktan ayrılmamak iken zamane insanların şarkı ve nefesli sazlar karşısındaki durumları nicedir!?'⁴²

İbn Teymiyye konuyla ilgili şöyle söyler: Bazı kimseler vardır ki şunu söylerler: "*Rasûlullâh İbn Ömer'e kulaklarını kapamasını emretmemiştir.*" Bunlara şöyle cevap verilir: İbn Ömer o zaman çocuktu ya da dinlemek istemediği halde duyuyordu, bunda ise günah yoktur.⁴³

4- Habeşlilerin hadisi ki onlar bir bayram günü mescitte horon oynarlardı. Rasûlullâh (s.a.v) Hz. Aişe'yi onları izlemek üzere çağırmıştır. Hadisi İbnü'l Kayseranî⁴⁴ rivayet etmiştir, İbn Ebi'd-Dünya ve İbnü'l Cevzi ise bu hadisi zikretmezler...

5-6: Sahabeden naklolunan haberlere gelince: Sahabe çardakta şarkı dinlerdi. İbn Ömer'den naklolunduğuna göre o, şarkıcı bir kadının satımı için yolculuk yaptı. İbn Ömer ve Abdullah b. Ca'fer ud ile çalınan şarkıyı dinlediler. Bizim itimad ettiğimiz kaynaklar İbn Hazm'ın tek kaldığı kaynaklardır. Fakat bu da onun görüşünü desteklemez. Çünkü kitap ve sünnetin dışındaki kaynaklar onun yanında delil değildir. İbn Hazm'ın şarkının mubahlığı noktasında yapmış olduğu ihticac gerçekten gariptir.....

⁴⁰ *Telbîsu İblîs*, s.237,238

⁴¹ İbn Teymiyye, *Fetâvâ*, c.11, s.566

⁴² *Telbîsu İblîs*, 237, 238

⁴³ İbn Teymiyye, *Fetâvâ*, c.11, s.567

⁴⁴ es-Semâ', 39

HİLE-İ ŞER'İYYE KONUSUNDA İLGİNÇ BİR RİSÂLE

Prof.Dr.Saffet KÖSE*

An Interesting Treatise (*Risâlah*) on Legal Stratagems/Tricks (al-Hiyal al-Shar'iyah)

Hiyal – [sing. Hila] (Legal Stratagems) have been practised throughout history. It concerns seeking to evade the admitted purport and consequences of the law through devising loopholes and legal fictions. Hiyal often frustrated the intentions and spirit, if not the actual letter, of the Islamic law. Therefore the scholars of jurisprudence have concerned that the purposes of the Islamic Law were subverted and its holistic principles were overlooked by this process.

The use of such hiyal in the practice of Islamic law became particularly associated with Hanafis, particularly Abu Hanifah (d.150/767). Some Shafi'is scholars also allowed hiyal but both the Malikis and the Hanbalis condemned the practice. Ibn Taymiyya (d. 728/1327) and his disciple Ibn Kayyim el-Cevziyye (d.751/1350), the Hanbali scholars, particularly attacked hiyal and declared their use invalid. The scholars of Islamic jurisprudence would not approve of practising such hiyal by which a lawful end would be achieved by those which was forbidden.

This treatise, critically edited with introductions and notes, is therefore necessarily a document of the greatest importance for the study of the early hiyal discussions. It indicates particularly that hiyal applied to legalise interest/riba prohibition in Islamic law is invalid. The manuscript titled by the editor, as er-Red 'alâ men temesseke bi-mezhebeyi'l-İmâmeyni Ebî Hanîfe ve'ş-Şâfi'î fî istibâhati'r-ribâ bi'l-hiyel, is catalogued as Usul no. 502, in Dâr al-Kutub al-Misriyya (Egyptian National Library). The last page clearly indicates that the manuscript is an original copy of the Hanbali jurist Abdurrahman b. İbrâhim b. Osman and dates as 674/1275.

İnsanın şanına yaraşır bir hayat sürebilmesi için toplum halinde yaşama zorunluluğunun bulunduğu kabul edilen bir gerçektir. Çünkü ihtiyaçların temini ancak bu yolla mümkündür. Bu durumda kaçınılmaz olan menfaat çatışmalarını çözümlenebilmek için hukuk kuralları vazedilmiştir. Her toplumda uyulması zaruri olan amir hükümler mutlaka mevcuttur. Aksi takdirde cemiyet hayatından sözedilemez. Bu

* Selçuk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, e-mail:saffetkose@selcuk.edu.tr

sebeple hukuk kurallarının ihlalini önlemek amacıyla bir takım müeyyideler vazedilmiştir. Buna göre kural ihlali ceza ile sonuçlanmaktadır. Bu durumda kendisinde bu kurallardan kurtulma temayülü mevcut olan insanın hem istediği neticeyi elde edebilmesi hem de cezadan kurtulabilmesinin en emin yolu kanuna karşı hile halidir. Çünkü bu yola başvuran fert hukukun izin vermediği bir neticeyi yine hukukun izin verdiği bir başka muamele arkasına gizlemektedir. Her cemiyette bu tür insanlar bulunmuştur. Buna göre böyle bir yola başvuran ferdin niyyeti dikkate alınarak yaptığı işlem iptal mi edilmelidir?! Yoksa şekil şartları yerine getirildiği için geçerli mi sayılmalıdır?! Birinci durumda niyyet sübjektif olduğu için tesbiti güçtür ve hukukun istikrar fonksiyonunu zedeleme tehlikesi sözkonususudur. İkinci halde de hukuk kurallarının istihdaf ettiği gayelerin temini mümkün değildir. Hatta bu bizzat hukukun özüne yönelik en büyük tehlikedir denilebilir. Zira hukuk kurallarının uygulanmasından doğacak maslahat yine hukuk yoluyla katledilmektedir. İşte hukuk varolduğu günden beri hukukçuları en fazla meşgul eden problemlerden birisi budur.

Tabii olarak İslam hukukçuları da bu mesele üzerinde ciddiyetle durmuşlardır. Her cemiyette olduğu gibi İslam toplumlarında da çeşitli saiklerle kanuna karşı hile yoluna sapanlar bulunmuştur. Ancak şu noktaya kısaca işaret etmek gerekir ki bunlar bireysel sapmalar olup mezhep imamlarından hiçbirisi meşru yolları kullanarak gayr-ı meşru neticelere ulaşma anlamında hileye cevaz vermemişlerdir. Bazı kaynaklarda bunun tersi yönünde birtakım iddialar mevcutsa da bunun sebebi daha ziyade hiyel konusundaki kavram kargaşasıdır. Bunlar üzerinde durmak maksadı aşacağından [Bu konularda bk. Saffet Köse, *İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile (Hile-i Şer'iyye)*, İstanbul 1996, Birleşik Yayıncılık; a.mlf., "Hiyel", *DİA*, XVIII, 170-178] biz az ileride neşredilen risale ile ilgili değerlendirmelere yer vermeden önce başlangıcından günümüze hiyel literatürüne bir göz atacağız.

Hile-i Şer'iyye konusunda eser yazma geleneğinin müctehid imamlar döneminde başladığı yapılan tartışmalardan ortaya çıkmaktadır. Hanefî mezhebi imamı Ebû Hanîfe'nin (ö.150/767) hiyelle ilgili bir kitabının bulunduğu dair bazı görüşler varsa da bu iddiaların tutarsız olduğu anlaşılmaktadır. Elimizde bulunan ilk hiyel kitabı muhtemelen *el-Mehâric fi'l-hiyel* (nşr. Joseph Schacht, Leipzig 1930) adlı eserdir. Bu kitabı Ebû Hanîfe'nin talebelerinden Ebû Yûsuf'a (ö.182/798) nisbet edenler bulunmakla birlikte hakim kanaat İmam Muhammed'e (189/805) ait olduğu yönündedir. Ne var ki içindeki bazı ifade ve hükümlerle tasnif sistemi kitabın bu iki imama nisbetini güçleştirmektedir (bu konudaki uzun tartışmalar için bk. Köse, a.g.e., s.28-48). Ancak İmâm Muhammed'in *zâhiru'r-rivâye* kitaplarından *el-Asl*'da (Süleymaniye Kütüphanesi, Âşir Efendi, nr. 90) bir hiyel bölümü bulunmaktadır. İmâm Muhammed'in öğrencilerinden Mûsâ b. Nusayr er-Râzî'nin *Kitâbü'l-Mehâric* adlı bir eser yazdığı ve bu kitabın, türünün en güzel örneklerinden birisi olduğu ifade edilmektedir (İbn Kutluboğa, *Tâcü't-terâcim*, Bağdad 1962, s.74). Fakat bu eserin günümüze ulaşip ulaşmadığı konusunda bir bilgimiz yoktur. Hanefî fukahasından Ebû Bekir Ahmed el-Hassâf'a (ö.261/874) ait olan *Kitâbü'l-Hiyel* bu gün elimizde mevcuttur. Kahire'de (1314) basılan bu eser oldukça hacimlidir. Ünlü oryantalist Joseph Schacht (ö.1969) bu eserle ilgili bir doktora tezi hazırlamış ve teziyle beraber eseri Hannover'de neşretmiştir (1923). Hassâf'ın bu kitabı Halvânî (ö. 448/1056), Serahsî

(ö.483/1090) ve Hâherzâde (ö.483/1090) tarafından şerhedilmiştir (*Kesfü'z-zunûn*, I, 695). Bu üç şerhin 36 varaklık bir özeti *Telhîsu Şerhi Hiyeli'l-İmâm el-Hassâf* adıyla Dâru'l-Kütübi'z-Zâhiriyye'de mevcuttur (Fıkhu'l-Hanefî, nr. 7438). Büyük hadis alimi İmâm Buhârî'nin *el-Câmi'u's-sahîh* adlı meşhur hadis kitabında da hiyel bölümü mevcuttur (Buhârî'nin bu eserindeki bilgilerin tahlili için bk. Mustafa Baktır, "Buhârî'nin Sahîhindeki *Kitâbü'l-Hiyel*'i Hakında Bazı Mülâhazalar", *Atatürk Üniv. İlahiyat Fak. Der.*, sy. 10, Erzurum 1991, s.59-79) ve konu açısından bu eserin şehlerinden Kirmânî'nin (ö.786/1384) *el-Kevâkibü'd-derârî*'si, Kastallânî'nin (ö.923/1517) *İrşâdü's-sârî*'si, İbn Hacer'in (ö.852/1448) *Fethu'l-Bârî*'si, Aynî'nin (ö.855/1451) *'Umdetü'l-Kârî*'si ile Keşmîrî'nin (ö.1933) *Feyzü'l-Bârî*'si oldukça değerlidir. Hiyel konusunda yazılan ve günümüze kadar ulaşan en hacimli eser Saîd b. Ali es-Semerkandî'nin *Cennetü'l-ahkâm ve cünnetü'l-hisâm*'ıdır. Daha önce yazılmış bir çok hiyel kitabından nakillerde bulunması sebebiyle günümüze ulaşmamış ya da henüz gün yüzüne çıkmamış bulunan eserlerden müstağnî kılacak özelliğe sahiptir. En son Serahsî'den nakilde bulunduğu dikkate alınırsa Semerkandî'nin VI./XI. Yüzyılın başlarında yaşadığı tahmin edilebilir. Eserin çeşitli kütüphanelerde yazma nüshaları mevcuttur (örnek olarak Süleymaniye Ktp., Yeni Cami, nr.1186). Fikhî meseleleri tasavvuf ve felsefenin bakış açısından ele aldığı görülen Hakîm et-Tirmizî (ö.320/932) *Kitâbü'l-ekyâs ve'l-muğterrin* (AÜDTCF Ktp., İsmail Saib Sencer, nr. 1571) adlı risâlesinde özellikle üç talakla boşanmış olan kadını boşayan kocaya helal kılmak amacıyla yapılan şeklî evlilik anlamına gelen *hülle* üzerinde durmuş ve genel anlamda hile-i şer'iyye'nin caiz olmadığı yönündeki delilleri serdetmiştir. Şafî mezhebi alimlerinden Ebû Bekir *es-Sayrafi* (ö.330/941) ile Ebü'l-Hasan Muhammed el-*Âmirî*'nin (ö.416/1025) hiyel türünden teliflerde buldukları nakledilmektedir (*Kesfü'z-zunûn*, I, 695). Bu eserlerden aynı mezhep alimlerinden Ebû Hâtim Mahmûd el-Kazvî'nî (ö.440/1048) günümüze ulaşan *Kitâbü'l-Hiyel*'inde (nşr. Joseph Schacht, Hannover 1924), Bedruddîn ez-Zerkeşî (ö.794/1392) de *el-Kavâ'id* adlı eserinin hiyelle ilgili bölümünde istifade etmişlerdir. Sayrafi ve Âmirî'nin kitapları henüz ortaya çıkmasa da bu eserler sebebiyle onlardan dolaylı olarak yararlanma imkanı vardır. Hanbelî mezhebine mensup alimlerden *el-Hul' ve mâ yehillü minhü ve mâ lâ yehillü ve ibtâlü'l-hile li'l-hurûc mine'l-ahkâmi'l-meşrû'a* (nşr. Muhammed Hâmid el-Fikî, *Min Defâini'l-künûz* içinde, Kahire 1349/1931) adıyla bir eser yazan İbn Battâ'dan (ö.387/997) sonra Kâdî Ebû Ya'lâ el-Ferrâ' *İbtâlü'l-hiyel*'i kaleme almıştır. Bu eser de henüz ortaya çıkmamıştır. Fakat İbn Teymiyye (ö.728/1327) *İkâmetü'd-delîl alâ ibtâli't-tahlîl* (*el-Fetâvâ'l-kübrâ* 3. cilt içinde, Kahire 1385/1965) adlı hacimli eserinde; talebesi İbn Kayyim el-Cevziyye (ö.751/1350) de hiyele geniş yer ayırdığı *İ'lâmü'l-muvakkî'in* adlı meşhur kitabında ondan istifade etmişlerdir. İbn Teymiyye'nin *Mecmû'u fetâvâ*'sı ile İbn Kayyim'in *İgâsetü'l-lehfân min mesâyidi's-şeytân*'ı da hiyel açısından zengin muhtevaya sahiptirler. Bu çalışmalar hiyele karşı serdedilen görüş ve deliller, hiyeli doğuran sebepler açısından vazgeçilemeyecek derecede önemlidir. Hiyelin tanımı ve hukuki tahlili konusunda dikkate değer bir eser de meşhur Mâlikî fakîhi Şâtıbî'nin (ö.790/1388) *el-Muvâfakât*'ıdır. Hiyel konuları içinde özel bir öneme sahip olan hülle ile ilgili Âlim Muhammed b. Hamza el-Aydî'nî

(ö.1284/1867)'nin *Risâle fi'l-Hülle* adlı (Süleymaniye Ktp., Süleymaniye, nr.1038) eseri mühimdir. Bunların yanısıra genel nitelikli fıkıh kitapları içerisinde de hiyele yer veren önemli eserler mevcuttur. Bunlardan Ebü'l-Leys es-Semerkindî'nin (ö.373/983) *en-Nevâzil* (Süleymaniye Ktp., Damad İbrahim Paşa, nr.724), *Hizânetü'l-fikh* (nşr. Selâhuddîn en-Nâhî, Bağdad, 1385/1965) ve *'Uyûnü'l-mesâil*'i (nşr. Selâhuddîn en-Nâhî, Bağdad, 1386/1967) ile Serahsî'nin (ö.483/1090) *el-Mebsût*'u (Kahire 1324-31) ayrı bir önemi haizdir. Ahmed b. Muhammed b. Ebî Bekr'in (ö.522/1128) *Hizânetü'l-fetâvâ* (TSMK, nr. A 799/1-2; Süleymaniye Ktp., İzmir, nr. 268) adlı eserinde özellikle Hassâf'ın *Kitâbü'l-Hiyel*'indeki meselelerden bir çoğu çeşitli konular içinde serpiştirilmiştir. Hanefîlerin en muteber kaynaklarından olması açısından bu mezhebin hiyel karşısındaki tavrını ve hiyelden ne anladıklarını öğrenme açısından bu eserlerdeki konu ile ilgili malumat oldukça değerlidir. Bunun yanısıra fetvâ mecmûalarında da hiyelle ilgili bölümler bulunmaktadır. Örnek olarak Velvâlicî'nin (ö.540/1146) *el-Fetâvâ*'sı (TSMK, nr. A 783); Tâhir b. Ahmed el-Buhârî'nin (ö.542/1147) *Hulâsatü'l-fetâvâ*'sı (aynı müellifin *Hizânetü'l-vâkı'ât* ve *en-Nisâb* adlı eserlerinin hulâsasıdır. Leknev'de basılmıştır, bk. Ahmet Özel, *Hanefî Fıkıh Alimleri*, Ankara,1990, s.50); Hüseyin b. Muhammed es-Sem'ânî'nin (ö.740/1339) *Hizânetü'l-müftin*'i (TSMK, nr. A 813); İbnü'l-Bezzâz el-Kerderî'nin (ö.827/1424) *el-Câmi'u'l-veciz* adlı fetvâ mecmuası (el-Fetâvâ'l-Hindiyeye, Bulak 1310, kenarında); Âlim b. Alâ'nın (ö.768/1384) *el-Fetâvâ't-Tatarhâniyye*'si (Süleymaniye Ktp., İsmihan Sultan, nr. 234-235); Sultân Evrengzîb Âlemgîr'in (ö.1118/1707) emriyle Şeyh Nizâm (ö.1090/1679) başkanlığında bir heyet tarafından fıkıh kitaplarında dağınık vaziyette bulunan kuvvetli görüşlerin kaza ve fetvaya esas olacak şekilde tasnif edilmesi amacıyla oluşturulan (Ahmet Özel, "Âlemgîriyye", *DİA*, II, 365) meşhur fetva mecmuası *el-Fetâvâ'l-Hindiyeye (Âlemgîriyye)*; Burhânüddîn el-Buhârî'nin (ö.616/1219) *Zahîretü'l-fetâvâ*'sı (Süleymaniye Ktp., İsmihan Sultan, nr. 221); Zahîrüddîn el-Mergînânî'nin (ö.619/1222) *el-Fetâvâ'z-Zahîriyye*'si (TSMK, nr. A 830) zikredilebilir. Bunlardan başka İbn Nüceym'in (ö.970/1562) *el-Eşbâh ve'n-nezâ'ir*'i ve şerhleri özellikle Hamevî'nin (ö.1098/1687) *Gamzü 'uyûni'l-besâ'ir*'i; İbn Murtezâ'nın *el-Mefâtih*'i (Süleymaniye Ktp., Âşir Ef., nr. 118); Ebü'l-Kâsım Nâsirüddîn Muhammed b. Yûsuf es-Semerkindî'nin *Kitâbü'l-Mültekât mine'l-Câmi'i'l-kebir*'i ve Şevkânî'nin (ö.1250/1834) *Katru'l-veli*'si (Kahire, ts., Dâru'l-Kütübi'l-hadîse) konu açısından zikre değer eserlerdir. Yine büyük Ca'ferî fakîhi Ebû Ca 'fer et-Tûsî (ö.460/1068) *el-Mebsût* (nşr. Muhammed Bâkır el-Behbûdî, Tahran 1387) adlı meşhur fıkıh kitabının *şuf'a* ve *talâk* bölümlerinde hiyelden bahsetmektedir. Bu noktada dikkati çeken hususlardan birisi de Hanefî alimlerinin yazmış oldukları eserlerin "zekât" ve "şuf'a" bölümlerinde hiyel meselesini tartışmış olmalarıdır. Bunun sebebi Ebû Hanîfe'nin iki talebesi Ebû Yûsuf ve İmâm Muhammed'in zekât ve şuf'a hakkını düşürmek için hileye cevaz verdikleri yönündeki iddialardır ki bunlar isabetli değildir. Her iki imam da zekatta hileye başvurulmasını caiz görmemişlerdir. Ebû Yûsuf'un şuf'ayı düşürmek için hileye cevaz verdiği iddia ediliyorsa da onun hareket noktası tamamen farklıdır (bu konularda bk. Köse, a.g.e., s.229-242, 394-407).

Günümüz araştırmacıları da hiyelle ilgili değerli çalışmalar yapmışlardır.

Joseph Schacht'ın az önce değindiğimiz doktora tezi dışında yazdığı bir çok makalesi mevcuttur (bunlar hk. Bk. Köse, a.g.e., muhtelif yerler). Diğer bazı çalışmaları da şöyle zikredebiliriz:

1. Jean Baz, *Essai sur la fraude a la loi en droit musulman*, Paris 1938. Lyon Üniversitesi Hukuk fakültesinde hazırlanmış doktora tezidir.
2. Muhammed Abduvehhâb el-Buhayrî, el-Hiyel fi'ş-Şerî'ati'l-İslâmiyye ve şerhu mâ verede fihâ mine'l-âyât ve'l-ehâdîs ev keşfü'n-nikâb 'an mevki'i'l-hiyel mine's-Sünneti ve'l-Kitâb, Kahire 1394/1974.
3. Abdüsselâm Zihnî, el-Hiyelü'l-mahzûr minhâ ve'l-meşrû', Kahire 1946.
4. Muhammed eş-Şerkâvî, el-Hiyelü'ş-Şer'iyye ve eseruhâ fî nümüvvi'l-fikhi'l-İslâmî (doktora tezi, Câmi'atü'l-Ezher Külliyyetü'ş-Şerî'a ve'l-kânûn, 1973, fakülte ktp., nr. 433).
5. Ali İbrahim en-Necâsî, el-Hiyel fi'l-fikhi'l-İslâmî (doktora tezi, Câmi'atü'l-Ezher Külliyyetü'ş-Şerî'a ve'l-kânûn, 1973, fakülte ktp., nr. 498-499).
6. Hâdî Ahmed el-Hâdî, Eseru'l-bâ'is gayri'l-meşrû' fi'l-'ukûd ve't-tasarrufât (doktora tezi, Câmi'atü'l-Kâhire Külliyyetü Dâri'l-'ulûm, 1985, Mektebetü'l-Merkeziyye, nr. 4392). Bu tezin tamamı hiyelle ilgili olmamakla birlikte konusuyla ilgisi itibariyle hiyelle geniş yer vermektedir.
7. Muhammed Abdülhamîd Mekkî, el-İhtiyâl fi'l-kânûni'l-'ukûbât dirâse mukârene (doktora tezi, Câmi'atü'l-Kâhire Külliyyetü'l-Hukûk, 1988, Mektebetü Külliyyetü'l-Hukûk, nr.345/432).
8. Mahmûd Abdürrahîm ed-Dîb, el-Hiyel fi'l-kânûni'l-medenî dirâse mukârene bi'l-fikhi'l-İslâmî (doktora tezi, Câmi'atü 'Ayn Şems Külliyyetü'l-Hukûk, 1992, Mektebetü Külliyyetü'l-Hukûk, nr.349/6).
9. Muhammed b. İbrâhim, el-Hiyelü'l-fikhiyye fi'l-mu'âmelâti'l-maliyye, Tunus 1983.
10. Sâlih b. Suûd Âl-i Ali, ez-Zerâ'i' ve'l-hiyel fi'ş-Şerî'ati'l-İslâmiyye (yüksek lisans tezi, Câmi'atü'l-İmâm Muhammed b. Suûd, nr. 1393-1394).
11. Hâmid Topçuoğlu, Kanuna Karşı Hile, İzmit 1950.
12. Ahmet Şen, İslam Hukukunda Hiyel (yüksek lisans tezi, 9 Eylül Üniv., Sos. Bil. Enst., 1991).
13. Faruk Çaykara, İslam Hukukunda Hile-i Şer'iyye'nin Mahiyeti ve Hilede Gözetilen Gayeler (yüksek lisans tezi, Ankara Üniv., Sos. Bil. Enst., 1994).
14. Saffet Köse, İslam Hukukunda Kanuna Karşı Hile (Hile-i Şer'iyye), İstanbul 1996 (Birleşik Yayıncılık).

Bu çalışmaların yanısıra konu ile ilgili birçok makale ve küçük çaplı araştırmalar yapılmış ve ilmi mecmualarda yayımlanmıştır (konu ile ilgili zengin bir bibliyografya için bk. Saffet Köse, "Hiyel", *DİA*, XVIII, 170-178; Joseph Schacht, "Die arabische hijel Literatur", *Der Islam*, XV, Berlin 1926, s.211-232).

er-Red 'alâ men temesseke bi-mezhebeyi'l-İmâmeyni Ebî Hanîfe

ve's-Şâfi'î fî istibâhati'r-ribâ bi'l-hiyel

Bu risâlenin Hanbelî fukahâsından Abdurrahman b. İbrâhim b. Osman'a ait olduğu sonunda verilen bilgiden anlaşılmaktadır. Bunun dışında müellif hakkında maalesef bir bilgiye ulaşamadık. Risale Kahire'deki Dâru'l-Kütübi'l-Mısriyye'de Usûl bölümü nr. 502'de kayıtlıdır. 41 varak ve harekelidir. Az da olsa okunmayan yerleri mevcuttur. Bunları tesbit etmeye çalıştık ve bu yerleri [?] işaretiyle gösterdik. Hadislerde de, kaynak kitaplardaki farklılıkları yine köşeli parantez içerisinde verdik. Maalesef risâlenin ismi ve tabii olarak başka nüshalarının olup olmadığı konusunda da bir bilgiye ulaşamadık. Muhtevaya uygun bulduğumuz "*er-Red 'alâ men temesseke bi-mezhebeyi'l-İmâmeyni Ebî Hanîfe ve's-Şâfi'î fî istibâhati'r-ribâ bi'l-hiyel*" ismini verdik. Risâle 674/1275 tarihlidir ve bizzat müellifin kendi hattıyla yazılmış olmasından ayrı bir değere sahiptir. Onun bu özelliği bir anlamda diğer nüshalara ihtiyaç bırakmayabilir. Bu sebeple neğrinin ilim âlemi açısından önemli olduğuna inandığımızdan bu yönde çaba sarfettik.

Risaleyi önemli kılan bir başka husus da onun konusu ve muhtevasıdır. Çünkü hiyel gündeme geldiğinde hakkında en fazla sözedilen şahıs Ebû Hanîfe'dir. Hanbelîlerden bir grup alim de dahil olmak üzere onu, çeşitli hilelerle şer'î hükümleri düşürmeye cevaz verdiği yönünde suçlayanlar vardır. Hanbelî mezhebine mensup bir alimin Ebû Hanîfe ve Şâfi'î'nin görüşlerinden hareketle bir takım hileli yollara başvurarak faize yol bulmaya çalışan insanların çoğaldığı bir dönemde bu iki mezhebin esaslarına göre bu uygulamaların caiz olmadığını söyleyerek iki imamı savunması önemlidir. Keza şeklen hukuka uygun yöntemlerle hukukun izin vermediği neticelere ulaşma anlamında hilenin caiz olmadığı yönünde sarfettiği çaba hukuk mantığı ve felsefesi açısından oldukça tutarlıdır. Görüşlerini temellendirmede başvurduğu naklî ve aklî delilleri değerlendirirken sergilediği zihni çaba fıkıh usulü tekniklerinin pratiği açısından da önemlidir. O'nun hüsn - kubh, helallik – haramlığın eşyanın tabiatında var olduğunu dolayısıyla hileli yollara başvurmak suretiyle elde edilen estetik görüntülerin hükmün mahiyetini değiştirmeyeceğini savunması tabii hukuk fikrine ne derece önem verdiğini göstermektedir. O'na göre şer'î şartlar hakiki değerleri sebebiyle zorunludur ve yasaklanmış ya da emredilmiş şeylerin arkasındaki sebep onların özünde olan çirkinlik ve mefsedet, güzellik ve maslahattır. Dolayısıyla sun'î yollarla onların mahiyetini değiştirmek mümkün değildir. Buna göre hileli yollarla helal haram, haram da helal olmaz. Daha sonra Hanbelî fukahâsından İbn Teymiyye ve talebesi İbn Kayyim el-Cevziyye tarafından da bu fikir savunulmuştur (*İkâmetü'd-delil*, s. 132,141; *İ'lâmü'l-muvakkı'in*, III, 183). Bu düşünce şer'î hükümlere karşı başvuru hilenin caiz olamayacağını gösteren önemli bir esastır.

Özel anlamda faiz yasağına karşı başvuru hilelerin caiz olmadığını göstermek amacıyla yazılan bu risale genel anlamda hiyele karşı geliştirilen bir tavrı da yansıtmaktadır.

[الرد على من تمسك بمذهبي الامامين أبي حنيفة والشافعي في استباحة الربا بالحيل]

لعبد الرحمن بن ابراهيم بن عثمان الحنبلي
عني به أ. د. صفوة كوسه
(جامعة سلجوق-كلية الاليهيات/ قونيا- تركيا)

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله حمدا يكافي ما اولاه ويوافي قبوله ورضاه واشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له شهادة شفعت بالاخلاص فشفعت في قائلها بالخلاص وأشهد أن محمدا عبده الصادق ورسوله المبعوث إلى كافة الخلائق صلى الله عليه و على آله ما بدت حركة أو سكون صلوة يرضى بها من يقول للشئ: ﴿كُنْ فَيَكُونُ﴾¹ وبعد،

إني رأيت متفقهى زماننا قد غلب عليهم الاخذ برخص اختلف العلماء فيها وانعقد الاجماع على حل ما ينافيها مع رجحان دليل حظرها و اتفاق العلماء على اشتباه أمرها وأن تركها تنزيه ولا يتهافت على مثلها [تنبيه؟] إلا أن منها ما عم وجوده و كثر في المعاملات عقود كالاختيال على الاستفادة بالدين زيادة على [قدره؟] من العين بمعاملة نقل جوازها من تمسك بمذهبي الامامين العظمين أبي حنيفة والشافعي رحمة الله عليهما من غير تطلع الى قصدهما وعندى ان فتياهما مقولة على عدم التواطى من المتعاقدين لكون [مذهبيهما؟] مبنيين على الكتاب والسنة والاثر عن الصحابة رضى الله عنهم و ذلك يدل على صحة ما ادعيته على ما سيأتى ذكره إن شاء الله تعالى ويعضد هذا الحمل ان كل من نقل عنهما ذلك يحتج بأتهما قصدا بذلك الفرار من الربا وان من شرط كل عقد سلامته من ذكر ما وقع الاحتيال على استباحته و هذا يلزم منه فساد ما اقترن من العقود بالمواطأة المشروط لصحة العقد سلامته منها لوجوه ثلاثة

الوجه الاول: ما احتج به لهما من نقل عنهما ذلك بأتهما قصدا به الفرار من الربا لان قصد الفرار من الربا مع المواطأة على ما قصد الفرار منه جمع بين النقيضين و هو محال.

الوجه الثاني: ان تأييد فتياهما بما إذا انتفت معه التهمة بقصد معنى الربا يدل على تمسكهما بما ورد في ذلك من السنة [فتيين؟] جزما لبناء مذهبيهما على النصوص والاثر.

فعن جابر قال: أتيت النبي صلى الله عليه وسلم وكان لى عليه دين فقضاني و زادني²

وعن أبي هريرة قال: كان لرجل على النبي صلى الله عليه وسلم [جمل] سن من الابل فجاء [ه] يتقاضاه فقال أعطوه فطلبوا سنه فلم يجدوا [له] إلا سنا فوقها فقال أعطوه فقال أوفيتني أوفاك

يس (36) ، 82.

الخارى ، الصلاة، 59؛ استقراض، 7؛ هبة : 23؛ مسلم ، مسافرين ، 71؛ أبو داود ، بيوع ، 11 ؛ النسائي ، بيوع ، 53.

الله [أوفى الله بك] فقال النبي صلى الله عليه وسلم: إن خيركم [خياركم] أحسنكم قضاء.³

وعن سهل بن أبي حيثمة قال: نهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع التمر بالتمر ورخص في العرايا أن تشتري بخرصها يأكلها أهلها رطباً وفي لفظ نهي عن بيع التمر بالتمر وقال ذلك الربا تلك المزابنة إلا أنه رخص في بيع العرية النخلة والنخلتين يأخذها أهل البيت بخرصها تمرأ يأكلونها رطباً. وعن زيد بن ثابت مثل هذه الرواية أخرج هذه الأحاديث البخاري ومسلم والامام أحمد⁴

وعن عائشة قالت: قلت: يا رسول الله إن الجيران يقترضون الخبز والخمير و يردون زيادة ونقصانا فقال لا بأس إنما ذلك من مرافق الناس لا يراد به الفضل. أخرجه أبو بكر صاحب الشافى في كتابه⁵.

وعن أنس قال: رسول الله صلى الله عليه وسلم: إذا أقرض أحدكم قرضاً فأهدى إليه أو حمله على الدابة فلا يركبها ولا يقبله إلا أن جري بينه وبينه قبل ذلك أخرجه ابن ماجه في سننه⁶ وأخرج البخاري في تاريخه نحوه

وعن فضالة بن عبيد أنه أتى النبي صلى الله عليه وسلم بقلادة وفيها ذهب وخرز ابتاعها بتسعة دنانير أو سبعة دنانير فقال صلى الله عليه وسلم: لا حتى تميز بينه وبينه قال إنما أردت الحجارة قال: لا حتى تميز بينهما قال: فرد حتى ميز بينهما أخرجه أبو داود⁷ الى ما يطول ذكره من الأحاديث الدالة على ان الربا دائر مع قصد الفضل و مظان التهم

فان قيل: أبو حنيفة لا يقول بأحاديث العرايا قلت ما ذكرت من السنة قبلها و بعدها كاف وكونه لم يعمل بما يدل على لزوم ما حملت عليه فتياه لانه إذا ترك العمل بالسنة الثابتة لمقتضى الربا مع عدم قصد الفضل فكيف يميز ما يقصد معه الفضل هذا لا ينبغي لاحد دعواه

الوجه الثالث: إن الامامين وغيرهما من الائمة اتفقوا على أن القرض لا يتأجل وإن أجله المتعاقدان لان التأجيل ارتفاق فلو صح شرطه لصح التعويض عنه كالارتفاق بالسكنى والتعويض عن اجل الدين صريح الربا وقضاة زماننا يكتبون في سجلاتهم القرض دينا مؤجلا ليسوغ لهم الحكم بما كتبوه وهم مع ذلك يعلمون أنه قرض بل هم يعاملون بذلك و يأمرؤن من ولى بأمرهم مال يتيم و نحوه بذلك و يسجلون أيضا وثائق فيها رهون وان الراهن قد اباح المرهق منافع الرهن و هذا لا ينبغي لمسلم تسجيله لان اباحة المنافع قبل استيفائها وعد و وعد المديون إذا تعاقدوا عليه صار عين الربا من غير نزاع ولو خلا عنه العقد لم يلزم الوفاء به من غير نزاع ولا خلاف نعلمه

البخاري، وكالة، 5؛ استقراض، 6، 7؛ ابن ماجه، صدقات، 17؛ أحمد بن حنبل، المسند، ج، 2، ص: 377، 393، 431.

انظر: المعجم المفهرس لا لفاظ الحديث النبوى لونسك (Wensinck)، مادة عرية.

انظر أيضا الديلمى، الفردوس، التحقيق: السعيد بن بسبوى زغلول، بيروت، 1987/1407، ج، 3، ص: 408 [ليس بذلك بأس يعنى الخمير يقرضه الجيران فيردونه أكثر أو أقل إنما هو ترافق بين الجيران وليس يراد به الفضل].

ابن ماجه، صدقات، 19.

أبو داود، بيوع، 13.

فكيف يحل الحكم بذلك ام كيف يصح عزؤه الى مذهب احد امامين قد اصبحا عبارة عن نصف الاسلام وشطر شريعة نبينا عليه افضل الصلاة والسلام فلا بد من حمل كلام أئمة ورثوا علم الشريعة واضحوها للامة والنحو الوسيلة الى الله والذريعة على ما دلت عليه نصوص الكتاب والسنة ونبه عليه اجماع الامة والقياس الحلي يقتضيه والنظر الصحيح يوجبه بما يختاره العالم التقى ويرتضيه فان ساغ لدع دفع ما حملته وادعيته ولم يستصوب ما راعيته او رعيتها او تحامل على معاند جاهل او حاسد متجاهل ولعمري ما سلم احد قبلي من احد هذين فأسلم ومن تصدى للنزال لا غرو ان لم يقتل ان يكلم فأجعلها مسألة خلاف اتمسك فيها بمذهب الامامين المعظمين علمى طرق السنة الى الهداية وامامى أهل الرواية والدراية الامام مالك بن أنس والامام أحمد بن حنبل رضى الله عن الائمة اجمعين ولا يضرني مع قصد الحق ان يظهر لى لدا التصدى ما يفيدني به من عارضني بالتحدى فان الدين لله تعالى وقد وعد ان يحقق الحق ويطل الباطل وهذه ادلتى فيما رمته قد تألفت بحمد الله عجابا وقد قسمتها أبوابا

الباب الاول: فيما دلت عليه صيغ النصوص من العموم والخصوص

الباب الثاني:

الوجه الاول: ان الناهين عن الحيل تجب متابعتهم وتحرم مخالفتهم

الوجه الثاني: ان النهى عن الحيل يكون واجبا لقوله تعالى: ﴿ قَالُوا مَعذِرَةٌ اِلَى رَبِّكُمْ ﴾⁸ اى

ان لم ننههم لم يكن لنا ما نعتذر به الى الله فلا بد من اقامة العذر عنده بنهيمهم

الوجه الثالث: ان ذلك سوء من الفعل يهلك فاعله وينجو من نهي عنه لقوله تعالى: [ف]

﴿ اَجْمَعْنَا الَّذِينَ يَنْهَوْنَ عَنِ السُّوءِ ﴾⁹

الوجه الرابع: ان المستبيح بالحيلة ما لم يبيح بدونها ظالم مأخوذ بظلمه لقوله ﴿ وَأَخَذْنَا الَّذِينَ

ظَلَمُوا بِعَدَابٍ يَبْسُ بِمَا كَانُوا يَفْسُقُونَ ﴾¹⁰ وهو أيضا فاسق لقوله ﴿ بِمَا كَانُوا يَفْسُقُونَ ﴾¹¹

الوجه الخامس: ان الالتفات الى الحيل والاستباحة بما عتو عن امر الله ونهيه لقوله تعالى: ﴿

فَلَمَّا عَتَوْا عَنْ مَا نُهُوا عَنْهُ قُلْنَا لَهُمْ كُونُوا قِرَدَةً خَاسِئِينَ ﴾¹² هذا مع كونهم لم يباشروا يوم السبت

عملا فبطريق الاولى من باشر بالحيلة ما لا يباح له

ووجه سادس: من قوله تعالى: ﴿ فَجَعَلْنَاهَا نَكَالًا لِّمَا بَيْنَ يَدَيْهَا وَمَا خَلْفَهَا وَمَوْعِظَةً

لِّلْمُتَّقِينَ ﴾¹³ لان الموعظة هي القضية الزاجرة فوجب اعتبار قضيتهم والاتعاظ بها

فان قيل: هذه القصة اخبار عن بنى اسرائيل وكان التضييق فيما شرع لهم اكثر منه فيما

شرع لنا ولا يلزم من شرع من كان قبلنا ان يكون شرعا لنا والذى يدل على ان التضييق عليهم

الاعراف (7)، 164

الاعراف (7)، 165.

الاعراف (7)، 165.

الاعراف (7)، 165.

الاعراف (7)، 166.

البقرة (2)، 66.

أكثر ان الله تعالى رفع عنا الاصر الذى كان عليهم واحل لنا ما حرم عليهم كالغنائم وشحوم البقر والغنم واباحة عمل السبت الى غير ذلك¹⁴ وانزل القران رحمة لنا وفضلا علينا ومن تمام منته علينا ان قص علينا ذكر ما عاقب به غيرنا وعافانا من المؤاخذة به

فالجواب: ان نقول أما التضييق عليهم دوننا فغير مطرد وقد كلفنا من الصلاة والصيام والحج اكثر منهم وحرمت علينا الخمر لعينها ووصفها الى غير ذلك وأما التعلق بكون شرع من قبلنا لا يلزم أن يكون شرعا لنا فعنه اربعة اوجه:

الاول: انه ان لم يلزم كونه شرعا لنا فلا يلزم أيضا كونه غير شرع لنا لكن فى اخبار الله لنا بعقابهم وجعلهم موعظة دلالة على انه إذا حرم شيئا كان التحيل على الوصول الى أخذه معصية يستحق بها العقاب وقيام هذه الدلالة يرجح بقاء هذا الحكم فينادون سقوطه عنا

الجواب الثانى: ان هذا الحكم من شرعنا لما روى عن ابي هريرة ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من أدخل فرسا بين فرسين وهو لا يأمن أن يسبق فلا بأس ومن أدخل فرسا بين فرسين وهو امن ان يسبق فهو قمار أخرجه الامام أحمد وأبو داود وابن ماجه¹⁵ ولان احسن الاحوال فيه ان يكون شبهة وقد نص رسول الله صلى الله عليه وسلم على ان من وقع فى الشبهة وقع فى الحرام¹⁶ وسيذكر الحديث فى موضعه ان شاء الله

الجواب الثالث: ان الله إذا حرم شيئا وجب ان يكون فى تركه مصلحة وفى أخذه مفسدة وتلك المفسدة لا يجوز ان يزيلها احتيال العبد بعقد أو فعل شرع لغير ذلك الشئ وإلا لصار المباح والمحظور سواء قال ايوب السخيتان¹⁷ انهم ليخادعون الله كأنما يخادعون صبيا لو كانوا يأتون الامر على وجهه كان أسهل

الجواب الرابع: ان المقتضى لما اصاب المعتدين فى السبت قائم وهو الحيلة إنما النزاع فى مقتضاه ومضى وجد المقتضى فىنا لزم ان يكون ما اخبرنا به من قصتهم تحذيرا لنا من مصابهم ودلالة على ما ان تكبوه لقوله تعالى: ﴿ وَمَوْعِظَةٌ لِّلْمُتَّقِينَ ﴾¹⁸ واما التعلل بأن الله تعالى رفع عنا اصرهم فهو حجة لنا و تقريره من وجهين

الاول: انه تعالى لما رفع الاصر عنا ذكر ذلك وامتن به علينا فلو رفع هذا عنا لبينه لتظهر المنة

انظر لهذه المسائل فى الاحاديث: البخارى، تيمم، 1، صلوة، 56، خمس، 8، انبياء، 50، بيوع، 103، 112، مسلم، مساجد، 3، 5، جهاد، 32، مساقاة، 12، 13، 14؛ أبو داود، جهاد، 121؛ الترمذى، سير، 5؛ الدارمى، صلوة، 111، سير، 28؛ احمد بن حنبل، المسند، ج، 2، ص: 252، 317، 318؛ ج، 5، ص: 248، 256.

ابن ماجه، جهاد، 44؛ الدارمى، جهاد، 62؛ أحمد بن حنبل، المسند، ج، 2، ص: 505. البخارى، إيمان، 39؛ مسلم، مساقاة، 107؛ أبو داود، بيوع، 3؛ ابن ماجه، فتن، 14؛ الدارمى، بيوع، 1.

وهو الامام الحافظ سيد العلماء أبو بكر بن ابي تيممة كيسان العتري ولد سنة 687/68 و توفي سنة 749/131 فى بصرة انظر لمزيد من التفصيل: الطبقات الكبرى لا بن سعد، ج، 7، ص: 246-251؛ التاريخ الكبير للبخارى، ج، 1، ص: 409-410؛ الجرح والتعديل لا بن أبى خاتم، ج، 2، ص: 255-256؛ حلية الاولياء لا بن نعيم، ج، 3، ص: 3-14؛ تهذيب الكمال للمزى، ج، 3، ص: 457-464؛ سير أعلام النبلاء للذهبي، ج، 6، ص: 15-26؛ تهذيب التهذيب لا بن حجر، ج، 1، ص: 397-399. البقرة (2)، 66.

به كما ظهرت برفع الاصر فلما لم يظهر التعرض برفعه دل على ان القصة ذكرت تخويفا لنا و تحذيرا من مصابهم

الوجه الثاني: ان دعوى سقوط الشئ اقرار بثبوته في الاصل والاصول لا تزول بالاحتمال واما التشبث بان من تمام المنة علينا ذكر ما عاقب به غيرنا وعافانا منه فان صحة ذلك موقوفة على ذكر اباحة ثبت بها المنة اما مع اطلاق القصة فلا يصح التشبث بذلك ولا يجوز القول بتغيير ما سبقت سنة الله في عبادته بحظره ما لم يبيحه كتاب الله او رسوله لان الله تعالى نهي عن ذلك و قبحه وحذر منه وتوعد عليه فقال تعالى: ﴿ وَلَا تَقُولُوا لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتِكُمُ الْكَذِبَ هَذَا حَلَالٌ وَهَذَا حَرَامٌ لَّتَفْتَرُوا عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ إِنَّ الَّذِينَ يَفْتَرُونَ عَلَى اللَّهِ الْكَذِبَ لَا يُفْلِحُونَ مَتَاعٌ قَلِيلٌ وَلَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾¹⁹

النوع الثاني: في ان الحيلة لا تفيد حلا ولا تنقل ملكا قال الله تعالى: ﴿ وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ ﴾²⁰ الآية والتمسك بهذه الآية من طريق الاجمال والتفصيل أما الاجمال فهو ما دلت عليه هذه الآية بطريق النهي عن أكل المال بالباطل عند الادلاء الى الحكام من ان في المترافعين الى الحكام من يحتال على ان يحكم له بما لا يباح له ولو ترك الحيلة لم ينله وان الحكام يقضون بذلك لان الله تعالى لا يخفى عليه ما يكون ونحن إذا تفقدنا ما يقع به حكم الحكام من ذلك لم نر شيئا اكثر وقوعا ولا اعم وجودا من الحيل علي استباحة ما حرم من باب الربا فعلمنا ان المعنى بالباطل في الآية مشتمل على المدعى أعظم اشتمالا منه على ما يقل وقوعه ويندر وجوده

وعن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لياتين على الناس زمان لا يبقى أحد إلا أكل الربا فمن لم يأكله أصابه من بخاره [غباره] أخرجه أبو داود والنسائي²¹ والاجمال في الآية دال بالنهي عن أكل ما قضى به الحكام عند الادلاء اليهم على ان الحكم منهم يقع بالقضاء لمن لا حق له وذلك قد يكون اما لكون الحاكم يتبع ما لزمه من الحكم ظاهرا فيحكم بما امر به وهو في نفس الامر باطل

كما روى عن أم سلمة قالت جاء رجلا ن يختصمان الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في مواريث بينهما قد درست ليس بينهما بينة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انكم تختصمون الى وإنما انا بشر ولعل بعضكم الحن بحجته من بعض وإنما اقضى بينكم على نحو مما اسمع فمن قضيت له من حق أخيه شيئا فلا يأخذه فإنما اقطع له قطعة من النار يأتي بها اسطاما في عنقه يوم القيامة²²

النحل (16)، 116.

البقرة (2)، 188.

أبو داود ، بيوع ، 3 ؛ ابن ماجة ، تجارة ، 58 .

احمد بن حنبل ، المسند ، ج ، 6 ، ص : 320 (290 ، 307 ، 308) ؛ انظر أيضا البخارى ، الحيل ، 10 ، احكام ، 20 ؛ مسلم ، أقضية ، 4 ؛ أبو داود ، أقضية ، 7 ؛ النسائي ، قضاة ، 33 ؛ ابن ماجة ، احكام ، 5 ؛ الا مام مالك ، الموطأ ، أقضية ، 1 .

أخرجه الجماعة واللفظ للامام أحمد وأبي داود

واما أن يكون الحاكم مبيحا ما لا يباح اما لجهله بالحق او لجوده عنه او لميله الى شبهة لا يخفى على ذى بصيرة كونها حيلة على استباحة محرم وكل ذلك قد وجد من حكام الاعصار والامصار ومما يدل على ان الميل الى شبهة من الحكم المدرج تحت اجمال هذه الاية وان الحكم المدعى من جملة المعنى فيها بالباطل ما سنوضحه في وجوه التفصيل ان شاء الله الان

واما التفصيل فمن وجوه ثلاثة:

الاول ان فى الاية محذوفا تقديره لا تأكلوا أموالكم بينكم بالمعنى الباطل او بالامر الباطل عند الله لان الحكام لا يعترفون ببطلان ما يحكمون به وهذا يقتضى أمرين

أحدهما: ان الحكام قد يجورون فما اعتمدوه من القضاء بما منعوا منه فلا يحل لمن قضوا له بشئ من ذلك أخذه وقد روى فى التفسير ان هذه الاية نزلت فى الراشدين والمرثيين وهذا يدل على أنها نزلت زجرا عن التعرض لما نهى عنه وان كون ما اخذ بذلك باطلا لا يؤثر فيه حكم حاكم ولا يخرجه عن كونه باطلا فيتناول الحيل ما لم ينتف معنى الربا معها لان لفظ الاية لم يخص باطلا دون باطل وإنما جاءت مطلقة فى سياق النهى فكانت عامة فى كل ما قضى الشرع بحرمة وبطلان المعاقدة عليه لان الالف واللام اما لاستغراق جنس الباطل او للمعهود الشرعى بدليل انها ليست من المنسوخ ولا مما تقيد لفظه بسبب نزوله

الامر الثانى: ان الحكام قد يدلى اليهم بظاهر من الامر مما يجوز لهم الحكم به أو يجب عليهم فما قضوا به مما ظهر حله وهو فى نفس الامر مما حرمه الله او متضمن لما حرمه لم يفد قضاء الحكام به حالاً

الوجه الثانى: ان قوله تعالى: ﴿لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِّنْ أَمْوَالِ النَّاسِ﴾²³ يدل على ان ما أخذ من ذلك وقضى به الحاكم لم ينتقل الملك فيه كما ينتقل فيما أخذ بحق وهو منصوص مذهب الامام الشافعي رحمه الله عليه لانه أضاف للاموال المأكولة الى الناس فدل على عدم انتقال الملك فيها الى الاكلين ثم أكد ذلك بقوله بالاثم لتحقيق الدلالة فان الانسان لا يأثم بما أكله من مال نفسه فثبت ان ما حرم بأصل الشرع لا ينتقل الى الاباحة بحيلة يحتفى معها أمر التحريم ولا يزول عنه الخطر بحكم حاكم ولا ينتقل الملك فيه بهما

الوجه الثالث: ان قوله تعالى: ﴿وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ﴾²⁴ يؤكد صحة ما قررناه لان الواو للحال اى فى حال علمكم بقيام المعنى الذى فهمتم عن أكلها لاجله فدل على ان من علم تحريم شئ لم يجز له التعرض لهوان اوجبه له الحكام ولا يسوغ لاحد اليوم ان يدعى الجهل بالربا وقد نص موارد الشرع على صورته ومعانيه ومطانه حتى صار الجهل بالتساوى فى الربويات كالعلم بالتفاضل والنسيئة فى الجنسين كالزيادة فى الجنس فحرمت المزابنة والمحاولة والصرف فى الذمة واشترط التقابض فى المجلس والمثلية فى القرض الى غير ذلك مما لا يخفى معه على من له ادنى بصيرة وايسر فهم إذا

البقرة (2)، 188.

البقرة (2)، 188.

تدبر صور الربا فيما وردت به النصوص وانعقد عليه الاجماع ان الحكم المدعى لا ينفك عن كونه ربا وان مراعاة مظان الربا بالتحري لها واجبة وانه لا يحل القول باباحة ما لزم منه معنى من المعاني المنصوص عليها إلا بدليل قطعي موجب للعلم لا للظن فضلا عن الفهم قال الله تعالى: ﴿قُلْ أَرَأَيْتُمْ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ لَكُمْ مِنْ رِزْقٍ فَجَعَلْتُمْ مِنْهُ حَرَامًا وَحَلَالًا لَا قُلَّ اللَّهُ أَذِنَ لَكُمْ أَمْ عَلَى اللَّهِ تَفْتَرُونَ﴾²⁵ وقال تعالى: ﴿قُلْ إِنَّمَا حَرَّمَ رَبِّيَ الْفَوَاحِشَ مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَمَا بَطَّنَ وَالْأَثَمَ وَالْبَغْيَ بِغَيْرِ الْحَقِّ وَأَنْ تُشْرِكُوا بِاللَّهِ مَا لَمْ يُنَزَّلْ بِهِ سُلْطَانًا وَأَنْ تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ﴾²⁶

الفصل الثاني فيما يفيد المدعى عموما و خصوصا

فمن ذلك قوله تعالى: ﴿قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا﴾²⁷ الى قوله: ﴿وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾²⁸ وهذه الايات مفيدة للمدعى بطريق الاجمال وبسبيل التفصيل أما الاجمال فان قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾²⁹ جملتان مجملتان في ثبوت حكمين متضادين و بين ما دلت عليه الجملتان اشتباه من جهة المعاملة واشترك من طريق المعاوضة واحدى الجملتين مقررة للاباحة لا تدل على وجوب فعل ولا اجتنابه والجملة الاخرى مقررة حظر فعل يعاقب فاعله و يثاب تاركه وليس في اللفظ تفصيل يميز بين المعنى المباح من المحظور فيتعين اجتناب ما اشتباه من المعاوضات واهم من المعاملات حتى يقوم الدليل القطعي الموجب لحصول العلم وازالة الشك على محل الاباحة فان من حكم بتحليل او تحريم برأيه كان في غمار من نعى عليهم القرآن ذلك في قوله تعالى: ﴿قُلْ أَرَأَيْتُمْ مَا أَنْزَلَ اللَّهُ لَكُمْ مِنْ رِزْقٍ﴾³⁰ الاية

فان قيل: القرآن كله حكم و فوائد فإذا صح القول بوجوب اجتناب ما اهم ولم يبق للاجتهاد في طلب الحل مساغ فما فائدة الاجمال و اى حكمة في ذلك

قلت: ان الحكمة الالهية اقتضت شرع الحل والحظر امتحانا وابتلاء ليظهر في الواقع انقياد الطابع و اباة العاصي وكما اقتضت الحكمة شرع الحلال والحرام اقتضت اجمال الاية لسابق علم لله تعالى بأن من عباده من لا ينقاد ومنهم من ينقاد على كره و منهم من ينقاد على رضى ليميز الكاره من الراضى باتيان المشتبه واجتنابه كما يتميز المطيع من العاصي بقبول التحريم و رده فيتعين على كل مسلم طلب ما يأمن به الاقدام على محارم الله و يسلم به من خطر التجري على سلطان الله ويعاين به من التحكم على دين الله

فان قيل: فقوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾³¹ مطلق وتفيده عن الحل بشبهة الربا رد لاطلاق هذا النص وتحكم فلا نقبله واطلاق لفظ البيع يتناول محل النزاع بحقيقة ودعوى زوال حكمه إنما تسوغ إذا تأولنا العقد بأنه في معنى الربا وحكم معنى الربا مرجوح من وجوه ثلاثة

يونس (10)، 59.

الاعراف (7)، 33.

البقرة (2)، 275.

البقرة (2)، 275.

البقرة (2)، 275.

يونس (10)، 59.

البقرة (2)، 275.

الاول: رجحان الحقيقة على المجاز

الثاني: ان فيه تقييدا لما اطلق الله بالتحكم

الثالث: ان في تقييده حجرا والفرار من الحرام واجب فإذا اتسع باب الفرار منه كان انفى للحرص فمن اجتنب هتك محارم الله بالعقود المباحة لا يجوز أن يكون عاصيا لان الله تعالى نفى الحرج بقوله: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾³²

فالجواب: ان الاطلاق في لفظ البيع إنما يفيد حل البيع المطلق وهو ما سلم من مماثلة الربا اما ما لزم منه شبهة الربا فانه ليس هو البيع المطلق عندنا لان الله تعالى انكر على من زعم ان البيع يشبه الربا بقوله: ﴿قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا﴾³³ فكان البيع عند الاطلاق منصرفا الى ما لا يتضمن معنى يلزم منه مماثلة الربا بحال مع ان اطلاق لفظ البيع يتناول الربا وغيره فالاحتجاج به باطل ودعوى الحقيقة لنا لان حقيقة البيع من سلم من مماثلة الربا وما دعوى الحرج فباطلة لان في [سعة/ صحة؟] المعاملات من غير شبهة غنية ومندوحة عن التجريء على الله في دينه بما لا برهان عليه ودعوى التحكم بالتقييد غلط او مغلطة لان الله انكر مماثلة البيع للربا و رسوله عليه الصلاة والسلام حذرنا من الوقوع في المشتبه ففي الصحيحين و [عامة؟] المسانيد المشهورة من حديث النعمان بن بشير قال: سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: وأهوى النعمان بإصبعيه الى أذنيه إن الحلال بين وإن الحرام بين وبينهما مشتبهات لا يعلمهن كثير من الناس فمن إتقى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام كالراعى يرعى حول الحمى يوشك ان يرتع فيه ألا ولكل ملك حمى ألا وان حمى الله محارمه ألا وان في الجسد مضغة إذا صلحت صلح الجسد كله وإذا فسدت فسد الجسد كله ألا وهى القلب³⁴ وهذا صريح في ان من وقع في الشبهات وقع في الحرام ولو لا الاسهاب لتكلمت على مقتضى الحديث محل النزاع وما يلزم منه من زعم اباحة الخيل و فيما تقرر من مقتضى الاجمال في هذه الاية وما نص عليه هذا الحديث الصحيح ما يدل على ان من خلط ما عهد من معنى الحرم بما عرف من صور المحلل ولم يقتنع بما تمحض فيها من معنى الخيل سالما من تضمن معنى المنهى عنه ولم يصح انقياده لتحليل الله و تحريمه

وأما التفصيل فالتمسك به من وجوه ستة:

الاول: ان قوله تعالى: ﴿ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا﴾³⁵ بيان لسبب قيام القائلين هذا القول من قبورهم قيام من يتخبطه الشيطان من المس بخبال الجنون فلزم ان يكون البيع المشروع مباينا للربا بمنافاة تقطع المماثلة من كل طريق ولا نزاع في ان البيع من حيث الاطلاق [يتناول؟] الربا لان مبادلة الربويات نسيئة بيع ومبادلة بعض الجنس ببعضه متفاضلا بيع فلو لا اختصاص الربا بمعنى يدور معه التحريم ويشترط لجواز البيع المشروع سلامته من ذلك المعنى لكانت المباينة بين الربا

الحج (22)، 78.

البقرة (2)، 275.

البخارى، إيمان، 39، بيوع، 2؛ مسلم، مساقاة، 107؛ أبو داود، بيوع، 3؛ ترمذى، بيوع، 1؛ النسائى، بيوع، 2، اشربة، 50؛ ابن ماجة، فتن، 14؛ الدارمى، بيوع، 1؛ أحمد بن حنبل، المسند، ج4، ص: 267، 269، 270، 271، 275.

البقرة (2)، 275.

والبيع ممتنعة لان الربا إذا كان بيعا والبيع منافيا للربا كان الشئ الواحد مبائنا لنفسه وهذا محال ولو قال قائل بامتناع المباينة بين البيع والربا لكان ذلك منه ردا على الله في انكاره قول من قال إنما البيع مثل الربا وإذا كان التحريم دائرا مع معنى كان ذلك المعنى علة للتحريم و موجبا لوجوب الحظر حيث وجد وكيف وقع ومهما حصل وإلا لخرج عن كونه مدارا للتحريم ولو خرج عن كونه مدارا للتحريم لم يبق للربا معنى ولا للتحريم أثر ولا للنص فائدة فعلم قطعا ان التحريم دائر مع معنى الربا وان المدعى ثابت بنص الكتاب وان القول بجمل ما لزم معنى الربا فيه من المعاملات على اى صورة كان مناقض لنص التزويل

الوجه الثاني: ان اللام في البيع والربا في قوله تعالى: ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا ﴾³⁶ للعهد لا لاستغراق الجنس بدليل ان البيع يشتمل على الربا فلزم أن يكون المعهود من معنى الربا لديهم مناطا لتعلق التحريم بنص القرآن صريحا لا يقبل التأويل و النزاع إنما هو في الحيلة على الاستفادة بذلك المعنى فلو أفادت الحيلة نقله الى الاباحة لم يبق مناطا للحرمة وهو خلاف النص

الوجه الثالث: ان البيع في الشرع عبارة عن دفع عوض في مقابلة معوض ينتقل الملك فيهما بالعقد ويستقر بالقبض لا يتصور مع الحيلة لدا القرض لان عقد القرض لا ينقل الملك قبل القبض اجماعا وهل ينتقل بالقبض او بالتصرف فيه خلاف بين الائمة ومع بقاء ملك المقرض في المال لا يسوغ تعوضه عنه لثلا يصير العوض والمعوض لملك احد المتعاقدين في زمن واحد ومتى انتقل الملك في مال القرض الى الاخذ بقبضه او بتصرفه فيه تعلق مثله بدمته عوضا عنه ودخل هو في ملكه وصار ارتفاقه به ارتفاقا بملك نفسه فلا يصح التعويض عنه لانه لا يصح تعويض الانسان عن ملكه بملكه وما لا تصح المعاوضة عنه لا تفيد المواطأة عليه كالميتة والدم والخنزير وغيرها

الوجه الرابع: ان الربا هو الزيادة قال الله تعالى: ﴿ وَمَا آتَيْتُمْ مِّن رَّبِّا لِّيَرْبُوَ فِي أَمْوَالِ النَّاسِ فَلَا يَرْبُو عِنْدَ اللَّهِ وَمَا آتَيْتُمْ مِّن زَكَاةٍ تُرِيدُونَ وَجْهَ اللَّهِ فَأُولَئِكَ هُمُ الْمُضْعِفُونَ ﴾³⁷ ولزيادة المحرمة شرعا هي ما أخذت بمعاملة تشتمل على دين او اتحاد جنس في عوضين ربويين فوجب أن يكون احتمال على تحصيل هذه الزيادة طالبا للربا وأكلها أكلا للربا بنص القرآن

الوجه الخامس: قوله تعالى: ﴿ فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ ﴾³⁸ اى ما أخذه من الربا قبل ذلك والموعظة هي الزجر ولهذا قال فانتهى فجعل المسامحة بما سلف قبل الاسلام والزجر عن الربا مشروطة بالانتهاء فدل على ان الزيادة المسماة ربا لا سبيل الى أخذ ما عمد منها وان الانتهاء عنها ورد ما أخذ منها بعد نزول هذه الاية فرض لازم

الوجه السادس: انه قال: ﴿ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ ﴾³⁹ ولا خلاف في ان المسلم إذا اعتقد حرمة الربا ثم أكله لم يجز الحكم عليه بالخلود في النار ولا باستحقاق الخلود ولا يجوز تخصيص الكافر بهذه الاية لان خلود الكافر في النار ليس موقوفا على أكل الربا

البقرة (2)، 275

الروم (30)، 39.

البقرة (2)، 275.

البقرة (2)، 275.

فدل على ان المراد بالعود العود الى استباحة المعنى المعهود من الربا
 روى عن عطية السعدى ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لا يبلغ العبد ان يكون من
 المتقين حتى يدع ما لا بأس به حذرا لما به بأس⁴⁰ أخرجه الترمذى
 وعن أنس قال ان كان النبي صلى الله عليه وسلم ليصيب التمرة فيقول لو لا انى أخاف انها
 من الصدقة لا كلتها⁴¹ أخرجه الامام أحمد والبخارى و مسلم

فيالله العجب نبي الله يبلغ به اجتهاده الى اجتناب ثمرة لاحتمال الاصل عدمه ولا دليل على
 ثبوته و فقهاء زماننا يفتنون بحل الاموال العظيمة و يأكلونها مع وجود معنى الربا وتحقيقه ما أجازهم
 على الله وازهدهم في سنة رسوله و من هذا الفصل قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا
 أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ ﴾⁴² وهذا يدل على حكم المدعى
 لانه غاير بين أكل الاموال بالباطل و بين أكلها بالتجارة لان كلمة "إلا" في الاية بمعنى "لكن"
 للاستدراك على قراءة من قرأ تجارة بالرفع فكأنه قال لا تأكلوا أموالكم بينكم بالامر الباطل شرعا
 لكن ان كانت لكم تجارة تتراضون على بيعها فكلوا والدليل على لزوم المدعى من هذه الاية ان الله
 تعالى اشترط التراضى ولا يمكن وجوده في محل النزاع لان التراضى من باب التفاعل الذى لا
 يمكن حصوله من واحد ولهذا انعقد الاجماع على اشتراط الايجاب والقبول من المتعاقدين في المجلس
 ورضى كل واحد من المتعاقدين إنما يكون معتبرا حيث يصح تعلق غرضه فمضى تعلق غرض كل
 واحد منهما بما يستفيده العقد الذى حصل اتفاقهما على عقده كان ذلك تراضيا ولا شك ولا
 حفى في ان من اشترى بألف مثلا ما قيمته مئة من المقرض او أفاده بما يزيد على قدر القرض او
 وهبه ما وقع التواطئ عليه من ذلك قولا او عرفا ان تراضيهما لم يوجد لان المقترضة لم يرض
 بالمبايعه او الهبة لغرض تعلق منه بأحدهما وإنما عاقده على ذلك لغرض تعلق منه بالمقرض والمقرض لم
 يرض ببذل ماله قرضا وإنما رضى به لتعلق غرضه بما واطأه عليه قولا او عرفا من محاباة او هبة او
 اباحة منفعة فكان رضا كل واحد منهما و غرضه في عقد لا رضا للاخر فيه ولا غرض وذلك هو
 المدعى لان كل واحد منهما يستبيح من مال الاخر ما لم يبحه له عقد التجارة المشروعة والبيع
 المشروع او الهبة المشروعة ومن كان له ادنى بصيرة وحقق النظر علم ان الذى قررته عين علة الربا
 ولاح له وجه الحكمة في انكار الله تعالى قول من قال إنما البيع مثل الربا الذى يزيد ما قررته
 إيضاها وتأييدا و برهاننا ان الاجماع منعقد على ان عقود المكره لا تفيد الحل لان المكره لم يرض
 بما عقده لتعلق غرضه بإفادة العقد و إنما رضا بالعقد لتعلق غرضه بسلامته ودفع الضرر به عن نفسه
 فبان و تحقق ان الرضى إنما يعتبر حيث يتعلق الغرض ولقد بولغ في هذا الامر حتى صار كثير من أهل
 العلم الى ان طلاق السكران لا يقع لكونه لا يصح غرضه ولا يسلم وقال اكثر أهل العلم لا يقع
 طلاق المكره وقال كلهم لا يقع طلاق الطفل وذلك لان المكره قد دل الاكراه على عدم غرضه

ابن ماجه ، زهد ، 24 ؛ الترمذى ، قيامه ، 19 .

مسلم ، زكاة ، 164 ، 166 ؛ أحمد بن حنبل ، المسند ، ج2 ، ص: 180 ، 183 ، 193 ، 317 ، ج ، 3 ،
 ص : 119 ، 132 ، 184 ، 193 ، 241 ، 258 ، 292 .

النساء (4)، 29.

وان رضاه بالطلاق رضى بالخلاص لا بالطلاق وأما الطفل فلانه يرضى بما لا غرض له فيه ولان غرضه غير معتبر لانه لا يتقيد بتحصيل مصلحة ولا دفع مفسدة هذا كله مع كون الطلاق محله اللسان من غير اعتبار نية ولا نعلم احدا من أهل العقد والحل اعتبر النية لصريح الطلاق وإنما تعتبر النية لكنايات الطلاق وإذا انعقد الاجماع على ان طلاق الصغير والمجنون غير معتبر لكون غرضهما غير معتبر فكيف يجوز القول بإفادة عقد شرط له التراضى الدال على تعلق الاغراض مع العلم بتفاوت التراضى و الاغراض واختلافها و سأذكر ان شاء الله في غير هذا الباب من النصوص ما استشهد بها في مظانها

الباب الثاني: في الاستدلال بمقتضى الاجماع على محل النزاع وله طرق ستة

الاول: لا نعلم خلافا بين أهل العلم في انه لو قال بعني دينارا بدينار و قيراط وإلا قيراطا او الى أجل فقال بعتك لم ينعقد بينهما بيع ولو قال زوجتك ابنتي فقال قبلت بمحضرة عدول وابنته في عدة من غيره او كان تحته اختها او اربع سواها لم ينعقد بينهما نكاح ولو قال فلان حر من غير وكالة ولا اذن لم يكن ذلك عتقا ولو قال ان طار الحمل او ضحك الحوت او ولد الغراب عنزرا او قدم العام الماضى ونحو ذلك فزوجته طالق لم يكن ذلك تعليقا ولو قال لفلان عندى ما ورثته من ابي او ما كسبته يدي او ما وهب لى لم يكن ذلك اقرارا ولو قال لله على ان اصلى الخمس او اصوم رمضان او ازكى مالى لم يكن ذلك نذرا ولو قال كل الناس زناة او أهل الشام او العراق او الروم لم يكن ذلك قذفا ولو قال قبضت دينارا الا جملا او ركبت الدواب إلا عصفورا او له على دينار إلا دينارين او صام الناس إلا الحائط لم يكن ذلك استثناء ولو قال رجل لآخر لى عليك الف درهم فقال ما لك على كرى او وسق تمر او قنطار زيت لم يكن ذلك انكارا ولو قال ان طلقت زوجتى فعدى حر او قال ان اعتقت امتى فزوجتى طالق لم يكن ذلك تنجيذا ولو قال اشهد بالله ان زوجتى زنت عيناها او امها او امها لم يكن ذلك لعانا ولو قال صبي لشيخ انت ابني او شيخ لطفل هذا ابي او جدى لم يكن ذلك اقرارا بالنسب الى ما يطول ذكره فعمم ان اللفظ في كل صورة من عقد او حل او ايجاب او نفى او جحد او تعليق او غير ذلك لا يفيد معنى يباين ما شرع له باجماع أهل العقد والحل وذلك هو المدعى لان النزاع فيما استعملت من عقد البيع والهبة لاستباحة معنى ثبت تحريمه بأصل الشرع

وعن عائشة قالت: دخلت على بريرة وهى مكاتبة فقالت اشتريني فأعتقيني قلت نعم قالت لا يبيعون حتى يشترطوا ولائي قالت لا حاجة لى فيك فسمع ذلك النبي صلى الله عليه وسلم او بلغه قال ما شأن بريرة فذكرت عائشة ما قالت فقال اشتريتها فأعتقها واشترط أهلها ولائها فقال النبي صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق وان اشترطوا مئة شرط متفق عليه واللفظ للبخارى وفي رواية له حذيتها واشترطى لهم الولاء وإنما الولاء لمن أعتق⁴³

انظر: البخارى، صلوة، 70، شروط، 3، 10، 13، 17، أطعمة، 31، فرائض، 19، 20، 22، 23، طلاق، 14، كفارات، 8، نكاح، 18، زكاة، 61، مكاتب، 5، بيوع، 67، 73، مسلم، عتق، 5، 6، 8، 10، 12، 14، 15؛ أبو داود، فرائض، 12، عتاق، 2؛ ترمذى، فرائض، 20، وصايا، 7، ولأء، 1؛ النسائى، زكاة، 99، طلاق، 29، 30، 31، بيوع، 75، 76، 78؛ ابن ماجه، طلاق، 29، عتق، 3؛ الدارمى، طلاق، 15، فرائض، 51، 53؛ الإمام مالك، الموطأ، طلاق، 25، عتق،

فثبت بوفق الاجماع والنص ان كل لفظ من شرط او عقد او غيرهما لا يفيد حكما لم يبحه

الشرع

الطريق الثاني: ان العلماء اتفقوا على المنع من صحة كل عقد تعلق النهى به لمعنى فى نفس العقود عليه كبيع الحر والمضامين والغائب المجهول وما لا يقدر على تسليمه والمسجد المشهود والوقف المفيد ونكاح المسلم المشتركة وبيعه الخمر والخنزير وأجمعوا على صحة ما تعلق النهى به لمعنى فى غير النهى عنه كالبيع على بيع أخيه و عند النداء لصلوة الجمعة والطلاق فى مدة الحيض واختلفوا فى صحة ما تعلق النهى به لمعنى لا بس المنهى عنه كبيع الحاضر للبادى و عند تلقى الركبان والنكاح بغير ولى ونحو ذلك ولا نزاع فى ان الربا حرم لمعنى فيه ولا يرتاب ذو فهم ولا يتردد من له لب ولا يخفى على ذى بصيرة ان المعنى الذى يصير البيع به ربا ثابت فيما استفاده المقرض بسبب القرض مما حصل التواطئ عليه من هبة او محاباة لا يتغابن الناس بمثلها غالبا بخلاف ما إذا زاده عند الوفاء من غير مواطأة فان العقد لم يقع التراضى عليه لشائبة الربا

الطريق الثالث: ان الاجماع منعقد على ان الحظر بلفظ التحريم أبلغ منه بلفظ النهى ولهذا لم يوجد الخلاف فيما ورد النص فيه بلفظ التحريم كما وجد فيما ورد النص فيه بلفظ النهى عنه وحظر الربا ثبت بلفظ التحريم كالميتة والدم ولحم الخنزير ولا خلاف فى ان السبيل الى استباحة جزء من ماهيات ما حرم بلفظ التحريم من ذلك وغيره منسدة ولا يرد على هذا اختلافهم فى جلد الميتة إذا دبح لان الاجماع منعقد على حرمة ما دام المعنى المرامى بالتحريم فيه قائما وهو الرطوبة التى كانت فيه حال الموت ولهذا نقول ها هنا إذا زال معنى الربا صحت العقود ثم لا تفسد بعد ذلك بما أفاده المقترض من غير شبهة لمواطأة سابقة للعقد او مقترنة به قولاً او عرفاً ولا خلاف فى انه لو خالط يسير دم مائع من طعام او شراب يجرمه ولو اشتبه يسير من لحم خنزير بكثير من لحوم الانعام وطبخ معه لحرم الجميع ولو قطر من الخمر فى مائع مباح لحرم و صار نجسا وإذا انعقد الاجماع على تحريم ما خالط هذه الاشياء او اشتبه بها فكيف يسوغ لمدع قول باباحة ما لزم منه معنى الربا وعلته مع كونه اشد حظرا من الميتة والدم ولحم الخنزير وابلغ تحريما والدليل على ذلك ان الرخصة فى حق المضطر الى هذه الاشياء قد ورد به النص وانعقد عليها الاجماع ولا نعرف الرخصة فى الربا بحال والتغليظ فيه لم يرد مثله فى شئ من الميتة والدم ولحم الخنزير قال الله تعالى: ﴿الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لَا يَقُومُونَ إِلَّا كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنَ الْمَسِّ﴾⁴⁴ الى قوله: ﴿وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾⁴⁵ و قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَذَرُوا مَا بَقِيَ مِنَ الرِّبَا إِن كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ فَإِن لَّمْ تَفْعَلُوا فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِّنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ وَإِن تُبْتُمْ فَلَكُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾⁴⁶ وقال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا

→

17، 18، 19؛ أحمد بن حنبل، المسند، ج1، ص: 281، 321؛ ج2، ص: 28، 100، 113، 144، 153، 156؛ ج6، ص: 33، 42، 46، 82، 103، 121، 135، 161، 172، 175، 178، 180، 186، 190، 213، 272.

البقرة (2)، 275.

البقرة (2)، 275.

البقرة (2)، 278-279.

مُضَاعَفَةً وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ وَاتَّقُوا النَّارَ الَّتِي أُعِدَّتْ لِلْكَافِرِينَ ﴿٤٧﴾ فخوف المؤمنين من الربا بالنار المعدة للكفار وقد جعل الله الربا مساويا للصد عن سبيله والصد عن سبيل الله كفر فقال تعالى في ذم اليهود: ﴿وَبَصَدَّهُمْ عَنِ سَبِيلِ اللَّهِ كَثِيرًا وَأَخَذَهُمُ الرَّبُّ وَقَدْ نُهِوا عَنْهُ﴾ ﴿٤٨﴾ فعطف به على الصد والمعطوف له حكم المعطوف عليه

وعن ابن مسعود ان النبي صلى الله عليه وسلم لعن آكل الربا ومؤكله و شاهده و كاتبه ⁴⁹ أخرجه الامام أحمد وأبو داود و ابن ماجه والترمذى وصححه وأخرجه النسائي ولفظه قال آكل الربا ومؤكله و كاتبه ملعونون على لسان محمد صلى الله عليه وسلم يوم القيامة

وعن عبد بن حنظلة غسيل الملتكة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم درهم ربا يأكله الرجل وهو يعلم أشد من ستة وثلاثين زنية ⁵⁰ أخرجه الامام أحمد

وعن جابر قال لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم آكل الربا ومؤكله ⁵¹ أخرجه مسلم ولان أكل الميتة والدم ولحم الخنزير معصية لا غير و أكل الربا معصية لله و ظلم للعباد ولان التوبة من أكل الميتة وأخويها تحصل بالندم والاستغفار والتوبة من أكل الربا لا يكفي لحصولها ذاك إلا يرد الزائد قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ تَبُتُمْ فَلَكُمْ رُؤُوسُ أَمْوَالِكُمْ لَا تَظْلِمُونَ وَلَا تُظْلَمُونَ﴾ ⁵²

الطريق الرابع: ان الاجماع منعقد على ان ما حرم على الاطلاق حرم ما كان وسيلة اليه وما نتج منه كتحسين الظلم للقادر ودلالة السارق على المال ودلالة المحرم على الصيد واعانته على اصتياده والنظر الى ما يثير الشهوة من الاجنبيات ولمسهن لشهوة و فتح حرز فيه مال لآخر وارسال الكلب العقور على الناس وتغريهم مسلم بما يضره او يوقعه في معصية وخيانة المستشير والسعي بيريئ الى مسلط جائر وكتمان الشهادة بحق آدمى وحفر بئر في طريق المسلمين وتأجيج نار في مظنة تعدى الحريق الى معصوم من نفس او مال ودفع انسان على مثل حبة او نار او نحوهما وفتح سد يقي من سيل يضر معصوما ودفع سلاح الى من يقا تل به المسلمين الى ما يطول عده من الوسائل المحرمة وكذلك يجرم ما تولد من المحرم كالسمع وهو ما تولد بين الذئب والشاة وكالبغل عند من يرى تحريم الحمار الاهلى وهم أكثر أهل العلم وكذلك ما استفيد بالحرم كأجرة الفجور و ثمن الخنزير والجعل على قتال المسلمين ونحو ذلك

وعن جابر انه سمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول ان الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام فقبل يا رسول الله أرأيت شحوم الميتة فانه يطلى بما السفن يدهن بما الجلود ويستصبح بما

آل عمران (3)، 130-131.

النساء (4)، 160-161.

انظر : البخارى ، لباس ، 86، 96؛ مسلم ، مساقاة ، 106 ؛ أبو داود ، بيوع ، 4 ؛ الترمذى ، بيوع ، 2؛ النسائي ، زينة ، 25؛ ابن ماجه ، تجارات ، 58؛ الدارمى ، بيوع ، 4؛ أحمد بن حنبل ، المسند ، ج ، I ، ص: 83، 88، 93، 107، 121، 133، 150، 158، 393، 394، 402، 409، 453.

أحمد بن حنبل ، المسند ، ج ، 5، ص: 225 .

مسلم ، مساقاة ، 106.

البقرة (2)، 279.

الناس فقال لا هو حرام ثم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم عند ذلك قاتل الله اليهود ان الله لما حرم شحومها حملوه [ها] ثم باعوه [ها] وأكلوا ثمنه [ها]⁵³ أخرجه الجماعة

وعن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال: لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا اثمائها وان الله تعالى إذا حرم على قوم شيئاً حرم عليهم أكل ثمنه⁵⁴ أخرجه الامام أحمد وأبو داود

وكذلك كلما حرم في صورة لمعنى حرم في سائر الصور ما دام ذلك المعنى او اثر ذلك المعنى قائماً كالحرم إذا امسك صيدا فدفعه الى حلال فانه لا يزول عنه الخطر ولو ذبحه الحلال كان ميتة لان أثر التحريم لم يزل عنه ولو ارسله ثم اصطاده الحلال في الحل لزل المعنى الموجب للمحظور ولو امسك انسان صيدا في الحرم ثم أخرجه الى الحل لم يزل التحريم عنه ولو ذبحه الصائد وغيره كان ميتة وإذا انعقد الاجماع على حرمة ما فيه اثر المعنى الموجب للتحريم فكيف إذا تحقق المعنى الموجب للحرمة ومن يتسع لاحد إخراج الحكم المدعى عن مقتضى الاجماع في جميع الوجوه المذكورة والصور المثلة في هذا الطريق او في بعضها

الطريق الخامس: ان الاجماع منعقد بين الائمة على ان ما حرم الانتفاع به حرم التعرض له والتصرف فيه كبيع الخمر والخنزير من أهل الكتاب والميتة من المشركين ولم يجز القول باعتبار صحة معاملتهم بينهم بذلك و حل ما في أيديهم إذا صار الينا بوجه معاملة جائزة او غنيمة او جزية او غير ذلك مما لا تعرض لنا فيه بما يصح تصرفهم فيه دوننا

فان قيل: فقد اجاز كثير من العلماء التعرض للخمر بتخليها

فالجواب من وجهين:

أحدهما: أنها كمحل النزاع في الخلاف والنصوص قاضية بالمنع من تخليها

فعن أنس ان النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن الخمر تتخذ خلا فقال: لا⁵⁵ أخرجه الامام أحمد ومسلم وأبو داود والترمذى و صححه

وعن أنس أن النبي صلى الله عليه وسلم عن ايتام ورثوا خمرا قال اهرقها قال افلا اجعلها خلا؟ قال: لا⁵⁶ أخرجه الامام أحمد وأبو داود وفي رواية للامام أحمد والدارقطنى ان يتيما كان في حجر أبي طلحة فاشترى له خمرا فلما حرمت الخمر سأل النبي صلى الله عليه وسلم أتخذ خلا؟

البخارى، انبياء، 50؛ بيوع، 103، 112؛ مسلم، مساقاة، 71-74؛ أبو داود، بيوع، 64؛ الترمذى، بيوع، 60؛ النسائى، بيوع، 93، فرع، 8، 9؛ الدارمى، أشربة، 9؛ الامام مالك، الموطأ، صفة النبي، 26؛ أحمد بن حنبل، المسند، ج، 1، ص: 25، 247، 293، 322؛ ج، 2، ص: 117.

البخارى، بيوع، 103، 112؛ مسلم، مساقاة، 71، 73، 74؛ ابن ماجه، تجارات، 11؛ أبو داود، بيوع، 64؛ الترمذى، بيوع، 60؛ النسائى، فرع، 35، بيوع، 93؛ الامام مالك، الموطأ، صفة النبي، 26؛ أحمد بن حنبل، المسند، ج، 1، ص: 247، 293، 322؛ ج، 2، ص: 213، 362، 512؛ ج، 3، ص: 324، 326، 370، 499.

مسلم، أشربة، 11؛ أبو داود، أشربة، 3؛ الترمذى، بيوع، 58؛ الدارمى، أشربة، 17؛ أحمد بن حنبل، المسند، ج، 3، ص: 119، 180، 260.

أحمد بن حنبل، المسند، ج، 3، ص: 119.

قال: لا⁵⁷.

وعن سعيد قال: قلنا لرسول الله صلى الله عليه وسلم لما حرمت الخمر ان عندنا خمرا ليتيم لنا فأمرنا فأهرقناها أخرجه الامام أحمد و أخرجه الحميدى فى مسنده من حديث أبى هريرة ان رجلا سأل النبى صلى الله عليه وسلم عن الخمره فحرمها قال: فكيف اصنع بما؟ قال: شنها فى البطحاء فى كثير من الاخبار والاثار أيضا

الوجه الثنى: ان تحريم الخمره إنما كان لمعنى فيها وهى الشدة الغالبة على العقل وهى صفة طارئة على عين مباحة والتحليل تعريض بابطال ذلك المعنى واذهابه والتقريب إنما كان على ان الاجماع منعقد على ان ما حرم الانتفاع به حرم التعرض له لا باذبابه هما التعرض بالخمره لمعناها فنعود بالله ان نسب الى القول بجوازه مسلما وقد لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم على التعرض لها بكل معنى فعن أنس قال لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الخمره عشرة عاصرها ومعتصرها وشاربها وحاملها والحمولة اليه وساقيتها وبائعها واكل ثمنها والمشتري لها والمشتري له⁵⁸ أخرجه الامام أحمد وأبو داود والترمذى وابن ماجه فعلم ان الاجماع على ان ما حرم الانتفاع به حرم التعرض له وان القول باستباحة معنى حرم به الربا وجواز التعرض له فى صورة من الصور مخالف للاجماع

الطريق السادس: ان الاجماع منعقد على حرمة ما اشتبه فيه المباح بالمحظور كتحريم النكاح إذا اشتبهت اخت او نحوها بجمع اجنبيات و تحريم الاكل إذا اشتبهت ميتة بمذكيات وحرمة البيع إذا اشتبه حر بعبيد والصور فى ذلك كثيرة ومحل النزاع لو لم يتحقق كونه حراما لما خرج عن كونه من المشتبه لان اقرب أحواله وأحسنها ان يكون دائرا بين كونه حراما لوجود الربا فيه معنى وبين كونه مباحا لسلامة العقد من اشتراط ما وقعت عليه المواطأة قولاً او عرفاً وايا ما كان فقد ثبت بالاجماع حظره

فان قيل: دعوى الاجماع على الاطلاق فى هذا المسلك باطلة بما إذا اشتبهت ذات محرم بنساء مصر وبالتحرى فى الانية عند اشتباه النجس بالطاهر وبالتحرى فى القبلة وغير ذلك

فالجواب: انه ليس شئ مما ذكر معارضا لما ادعيناه من حكم الاجماع أما اشتباه ذات المحرم بنساء مصر فلان فى امتناعه من النكاح للحظر على سبيل الاطلاق ضررا والضرورات تبيح المحظورات⁵⁹ ولان مصادفة ذات محرمه من بين نساء مصر نادر والنادر لا حكم له وامالتحرى فى الانية كمسألتنا ندعى وجوب اجتنابها بمقتضى الاجماع مع ان فيه نظرا آخر وهو تغليب جانب الترك اجماعا اما من منع جواز التحرى فظاهر واما من اجازه فلانه لم يجوز التحرى والعمل بدليل يوجب غلبة الظن إلا بعد إستناده الى امر غير موقوف على الاجتهاد لان منهم من يشترط لجواز التحرى كون الانية ليس فيها ما لا اصل له فى الطهارة ولا يتحرى إلا فيما كان اصله الطهارة

الترمذى ، بيوع ، 58.

أبو داود ، أشربة ، 2 ؛ الترمذى ، بيوع ، 59 ؛ ابن ماجه ، أشربة ، 6 ؛ أحمد بن حنبل ، المسند ، ج، 1، ص: 316 ؛ ج، 2، ص: 97 .

مجلة ، مادة : 21.

فلو كان مشتبه به بولا لم يتحر وهو مذهب الامام الشافعي وهذا يؤيد ان ما كان محظورا في الاصل حرم غيره للشبهة به واحتمال الوقوع فيه ومنهم من يشترط زيادة عدد الطاهر لان الحكم عنده ابدا للغالب مع ان الكلام مفروض فيما يتعلق به غرض الانسان والتحرى عند اشتباه الانية قد ألجأ اليه فرض الطهارة على واحد الماء فصار في معنى الضرورة المبيحة للمحظور ودعوى الاجماع إنما كانت في الصور التي يشتبه فيها المباح بالمحظور لا فيما ألجأ اليه واجب او ضرورة واما اشتباه القبلة على المصلى فليس مما نحن فيه لان القبلة وجب استقبالها لصحة الصلاة لا لحظر استقبال غيرها لانا نحكم على من صلى بغير تحر باعادة الصلاة لا بارتكاب محظور فعلم ان دعوى الاجماع على حظر ما اشتبه فيه المباح بالمحظور ثابتة قطعاً والله اعلم

الباب الثالث: في المعنى والاستدلال به من ثلاثة مسالك

المسلك الاول: ان الحكمة الالهية اقتضت تحريم الربا فلا بد من مراعاة معنى الربا بالتحريم اذ لو سقط اعتبار معناه وجاز الحكم بحل ما تضمن معنى الربا لتوجه الطعن في الحكمة الالهية وتقرير ذلك من وجوه اربعة:

الوجه الاول: ان التوصل الى ابطال حرمة الربا يكون ممكناً حينئذ لان المكلف إذا جاز احتياله على استحابة معنى الربا وابطال التحريم عنه وضح ذلك منه لم يبق للنص بالتحريم اثر ولا حكم لتمكين المستبيح من نقل ما حظره صريح النص الى الاباحة بالاحتياط

الوجه الثاني: ان الحكمة حينئذ تكون قد اقتضت تحريم ما لا وجود له لان الالفاظ وضعت للدلالة على المعاني ولفظ الربا لا حظر فيه فان لم يتعلق التحريم بما دل عليه لفظ الربا من المعنى المعهود لم يبق للمقصود بالتحريم وجود والمعنى المعهود هو ما تبادرت الاذهان اليه عند ذكر الربا

الوجه الثالث: ان موارد الشرع قد نصت على صور الربا وتلك الصور لا ينبغي ان تكون محرمة لذاتها لانها وسائل والوسائل إنما تحرم لتحريم ما يتوصل بها اليه والذي يدل على انها وسائل وانما غير معتبرة لذاتها انعقاد الاجماع على انه ليس بين العبد وسيده ربا في شئ من صور الربا فلزم ان يتعلق التحريم بالمعاني المقصودة من صور الربا فلو تخلف التحريم عن تلك المعاني لم تبق تلك الصور قائمة للتحريم وحينئذ تكون النصوص قاضية بتحريم ما لا يحرم والقول بذلك طعن في الحكمة الالهية

الوجه الرابع: ان النبي صلى الله عليه وسلم علل النهى عن بيع التمر بالرطب بموجب معنى الربا

فعن سعد بن أبي وقاص قال سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يسأل عن اشتراء التمر بالرطب فقال لمن حوله أينقص الرطب إذا بیس قالوا نعم فنهى عن ذلك⁶⁰ أخرجه الامام أحمد وأبو داود والنسائي وابن ماجه والترمذی وقال حديث صحيح

فعلل بالنقص عند بیس وقضى بان ما لزم منه معنى الربا في المآل بالنقص لم يخرج بالمساواة

أبو داود، بیوع، 18؛ الترمذی، بیوع، 14؛ النسائی، بیوع، 36؛ ابن ماجه، تجارات، 53؛ الامام مالك، الموطأ، بیوع، 22.

في الحال عن كونه ربا ولهذا المعنى حرمت المزابنة مع ان كل عاقل يعلم ان النقص يحدث بعد تمام البيع وانفصال المتبايعين بالحال والزمان فلو ساغ القول بسقوط مراعاة معنى الربا بالمنع لصار مراعاة النبي صلى الله عليه وسلم لمعنى الربا في غير زمن البيع عبثا

المسلك الثاني في القياس وفيه منهجان:

المنهج الاول: ان المحتمل إنما يكون محتالا في محل لا ينفك فيه عن قيام معنى يحتال على استباحته بعد تحريمه وإلا لما كان محتالا لان المباح لا معنى للاحتيال على استباحته فنقول قصد [ما لزمته التهمة] بأخذ ما حرم عليه بفعل يتوصل بموجب ما يحدث عنه الى أخذه حلالا فوجب ان يعاقب بنقيض قصده كمن قتل قريبا يرثه ويؤكد هذا ويوضحه ما روى في بيع العينة وهو ان يبيع شيئا نسيئة ثم يشتريه بأقل مما باعه به نقدا

فعن ابن عمر ان النبي صلى الله عليه وسلم قال: إذا ضن الناس بالدينار والدرهم وتبايعوا بالعينة واتبعوا اذئاب البقر وتركوا الجهاد في سبيل الله أنزل الله بهم بلاء فلا يرفعه حتى يراجعوا دينهم⁶¹ أخرجهم الامام أحمد وأبو داود واللفظ للامام وقوله حتى يراجعوا دينهم تقتضى انهم تركوه بتبايعهم ما لا يجوز وتركهم الجهاد لاجل الحرث والزرع وعن أبي اسحاق السبيعي عن امرأته العالوية بنت أيفع أنها دخلت على عائشة فدخلت معها ام ولد زيد بن أرقم فقالت يا أم المؤمنين اني بعت غلاما من زيد بن أرقم بثمانئة درهم نسيئة وان ابتعته منه بستمئة نقدا فقالت لها عائشة بثمنا اشتريت و بثمنا شريت أبلغى زيدا انه قد ابطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم أخرجهم الامام أحمد والدارقطني وسعيد بن منصور في سننه وأخرج نحوه رزين من حديث ام يونس ولفظه قالت جاءت ام ولد زيد بن أرقم الى عائشة فقالت بعت جارية من زيد بثمانئة درهم الى العطاء ثم اشتريتها منه قبل حلول الاجل بستمئة و كنت شرطت عليه انك إن بعتها فانا اشتريتها منك فقالت لها عائشة بثمنا شريت و بثمنا اشتريت أبلغى زيد بن أرقم انه قد ابطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب منه قالت: فما يصنع؟ قال: فتلت عائشة: ﴿فَمَنْ جَاءَهُ مَوْعِظَةٌ مِّن رَّبِّهِ فَانْتَهَى فَلَهُ مَا سَلَفَ وَأَمْرُهُ إِلَى اللَّهِ وَمَنْ عَادَ فَأُولَئِكَ أَصْحَابُ النَّارِ هُمْ فِيهَا خَالِدُونَ﴾ [البقرة (2)، 275] ⁶² فلم ينكر أحد على عائشة والصحابة متوفرون هكذا أخرجهم رزين وهذا البيع ليس فيه سوى التهمة بقصد ما حرم بالربا

فان قيل: انكار عائشة على زيد لا يكون حجة عليه في مذهبه مع أنه قد قيل إنها إنما أنكرت الاجل الى العطاء فانه مجهول

فالجواب من وجوه:

الاول: أن الحديث النبوي المذكور قبل هذا يدفع هذا الاعتراض

الثاني: أن أم ولد زيد استفتت له عائشة بقولها فما يصنع وهذا يدل على كونها رسول زيد

أبو داود، بيوع، 54؛ أحمد بن حنبل، المسند، ج، 2، ص: 28، 84.

انظر: الدارقطني، السنن، ج، 3، ص: 52؛ البيهقي، السنن الكبرى، ج، 5، ص: 539-540؛ اقامة الدليل على ابطال التحليل لا بن تيمية، ص: 135؛ اعلام الموقعين لا بن قيم الجوزية، ج، 3، ص: 166-167.

للسؤال

الثالث: أن عائشة لا يظن بها أنها تقدم على هذا التخليط في حق رجل من علماء الصحابة ومجاهديهم إلا بما علمته من بعلمها عليه أفضل الصلاة والسلام ويحقق هذا ما تقدم من حديث ابن عمر أنفا

الرابع: أن قول الراوى فلم ينكر أحد على عائشة والصحابة متوفرون يدل ان قولها اشتهر بين القوم ولم ينكره أحد فكان اجماعا منهم او في معنى الاجماع وكون الاجل الى العطاء لا يلزم منه الجهالة لان المراد به الى زمن العطاء و زمن العطاء يكون باعتبار العام معلوما عادة الاهلة او ما لا يختلف غالبا ثم لو فرضنا اعتبار جهالة الاجل لما كان موجبا لجواز هذا التخليط وهذه المسألة قول أكثر أهل العلم و منصوص مذهب أبي حنيفة

المنهج الثاني: ان الشئى قد يحرم لمعنى معقول كالسمومات والمسكرات ومملوكات الاجانب ونحو ذلك وقد يحرم لمعنى غير معقول كمذكيات المحوس ونكاح خامسة وما لم يكن قبل تحريمه مستقذرا كالميتة ونحوها والحمير الاهلية ونحوها و متى حرم الشئى لمعنى معقول لزم التحريم عين ذلك الشئى ثم دار مع ذلك المعنى كالحمرة حرمت لعله السكر فلزم التحريم عينها حتى صارت نجسة لا تصح الصلاة مع مجاورتها ووجب التطهير منها ثم دار التحريم مع السكر فصار كل مسكر حراما وإذا حرم الشئى لا لمعنى معقول صار كل جزء من ماهيات ذلك الشئى كمجموعه يحرم به ما لايسه او اشتبه به كالميتة والدم ونحوهما والربا لا يخرج عن هذين القسمين فان كان مما حرم لمعنى معقول وجب ان لا يختلف العلماء في علة تحريمه كسائر العلل المعقولة وليس بين العلماء اتفاق في شئى من علل الربا اشهر ولا اكثر من اتفاقهم على كون الدين علة في تحريم الربح به والاستفادة وهذه العلة موجودة في صورة الحيلة فيتعين القول بالحظر وان كان من القسم الثانى وجب ان يتعلق التحريم بكل معنى من معاني الربا و بكل ما اشتبه بشئى منه ولا يباح شئى من ذلك باكتسابه وصفا من اوصاف المباحات او انتظامه بالتسمية في سلك المحللات

فان قيل: دعوى لزوم التحريم كل جزء من ماهيات الربا باطله بالبيع المشروع لان البيع من ماهيات الربا ألا ترى ان بيع المثليات نسيئة ربا وبيع الجنس بالجنس متفاضلا او مجهولا ربا ودعوى لزوم الحظر مع تغير أحوال المحظور باطله بجلد الميتة إذا دبح

فالجواب: اما البيع المشروع فليس من الربا في شئى وما ذكر فليس من البيع المشروع في شئى لان الله تعالى أنكر المماثلة بينهما وقد سبق شرح ذلك وأما الدباغ فليس مذهبا لنا فهو كمحل النزاع

المسلك الثالث: في التقسيم والنظر وفيه ثلاثة انواع

النوع الاول: ان الربا لا يخلو من ان يكون عبارة عن لفظ الربا ومعناه او عن لفظه دون معناه او عن معناه دون لفظه او عن لفظه ومعنى غيره او عن معناه و لفظ غيره او معنى غيره و لفظ غيره لا جائز ان يكون عبارة عن غير لفظه ومعناه ولا عن لفظه ومعنى غيره لانه لا قائل بواحد منهما ولا جائز ان يكون عبارة عن لفظه ومعناه معا لان الربا يكون بلفظ البيع أخرج البخارى ومسلم والامام أحمد من حديث أبي سعيد قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تبيعوا

الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض لا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض لا تبيعوا منها غائبا بناجز⁶³ ولان الاجماع منعقد على ان يبيع الربويات نسيئة ربا إلا في التقدين بغيرهما ببيع الربوى بمثله غير متساووين ربا ولا جائز ان يكون عبارة عن لفظه دون معناه لان لفظه ليس محرما كالكذب والغيبة والنميمة والقذف والكفر ونحو ذلك فبقي ان يكون عبارة عن معناه فقط او عن معناه ولفظ غيره وذلك هو المدعى

النوع الثاني: ان التجاذب في هذه المسألة بيننا في مدار التحريم فنحن نقول هو دائر مع معنى الربا والخصم يقول هو دائر مع اشتمال العقد على معنى الربا وايا ما كان فيلزم صحة ما ندعيه اما إذا دار مع معنى الربا فظاهر واما إذا دار مع معنى العقد فلان النزاع انما هو فيما وقعت المواطأة عليه لفظا او عرفا وصار لفظ البيع او الهبة بطريق المواطأة المعهودة مشتملا على معنى الربا والصحيح انه دائر مع معنى الربا لما تقرر من مقتضى النصوص والاجماع والنظر ولم يتقيد بمعنى الربا لكان المعنى غير معتبر ولا يمكن نقض التحريم عن كل معنى بالنقل له الى غير محله ولم يبق لتحريم الشرع وتحليله فائدة وقد جعل الله تعالى ذلك زيادة في الكفر وسوء عمل زين لفاعليه وضلالا قال تعالى: ﴿ إِنَّمَا التَّسْبِيءُ زِيَادَةٌ فِي الْكُفْرِ يُضَلُّ بِهِ الَّذِينَ كَفَرُوا يُحِلُّونَهُ عَامًا وَيُحَرِّمُونَهُ عَامًا لِيُوَاطِّؤُوا عِدَّةَ مَا حَرَّمَ اللَّهُ فَيَحِلُّوا مَا حَرَّمَ اللَّهُ زَيْنَ لَهُمْ سُوءُ أَعْمَالِهِمْ وَاللَّهُ لَا يَهْدِي الْقَوْمَ الْكَافِرِينَ ﴾⁶⁴

النوع الثالث: ان ما كان من فروع الدين لا يخلو من ان يكون مستندا الى نص او اجماع او قياس فيجب ان لا يصح دعوى المخالف لان النصوص دالة على المنع منه على ما تقرر في صدر المسألة و خلالها واما الاجماع فمنتف بالخلاف الواقع واما القياس فهو رد فرع الى اصل بعللة جامعة او الحاق حكم بحكم لاتحاد معنى يوجب اجتماعهما وذلك يوجب الحاق محل النزاع بمحض الربا لاتحاد معناهما والله أعلم وهذه النبذة كافية لمن نظر اليها بعين الانصاف ومغنية عما يسهب لكثرة الالفاظ والاراداف وانا أسأل تعالى عفوه عما هفوت به او زل قلمي وان يعيذني ان تزل بالهوى قدمي والحمد لله وحده وصلواته على خير خلقه وخاتم رسله محمد وآله وصحبه

علقها مؤلفها عبدالرحمان بن ابراهيم بن عثمان في العشر للاخر من شهر شوال من سنة

اربع وسبعين وستمئة

البخارى، ؛ بيوع ، 77، 78، 81؛ مسلم ، مساقاة، 75-78، 91؛ أبو داود ، بيوع ، 13 ؛ الترمذى ، بيوع ، 24؛ ؛ النسائي ، بيوع ، 47، 50؛ الا امام مالك ، الموطأ ، بيوع، 30، 34، 35؛ أحمد بن حنبل ، المسند ، ج، 3، ص: 4، 9؛ ج، 6، ص: 22. التوبة (9) ، 37.

MU'TEZİLE EKOLÜNÜN USÛL-İ FIKHA DAİR GÖRÜŞLERİ

Dr. Ali PEKCAN

Biz bu tanıtım yazımızda Dr. Ali b. Sa'd b. Sâlih ed-Duveyhî'nin doktora tezi olarak sunduğu "*Ârâu'l-Mu'tezile el-Usûliyye Dirâseten ve Takvîmen*" adlı çalışmasını ele alacağız.

Müellif bu eserinde, oldukça önemli bir konuyu Mu'tezile mezhebinin, Usûl-i Fıkh'a ilişkin görüşlerini asli kaynaklara inerek ele almış, çeşitli açılardan konuyu değerlendirmiştir. *Mu'tezile ile Usul-i Fıkh* terimleri bir araya gelince, konunun önemi ve değeri bir kat daha artmaktadır. Zira Mu'tezile, her ne kadar tek sesli bir birlikteliği ve söylemi ifade etmese de diğer temel İslâmî bilimlerdeki rolü ve konumunda olduğu gibi Usûl-i fıkh'ta da söyledikleri ve ileri sürdükleri görüş ve değerlendirmelerin dikkatle ele alınması gerekir. Çünkü Mu'tezile, bir itikadî ekol olması nedeniyle, bazı itikadî meselelerin (*mesela: İlet-hikmet-sebeb ilişkileri, husn-kubuh, ta'lîlîl-ahkam vb.*) Usûl-i fıkh disipliniyle de ortak olması nedeniyle usul-i fıkh'ta ve bu konudaki eserlerde bu görüşlere yer verilmiştir.

Müellifin bu eseri, 1/3/1412 H. tarihinde Riyad Hukuk Fakültesi'nde doktora çalışması olarak hazırlanarak 1995'te *Riyad*'da basılmış, hacim olarak 720 sayfadan müteşekkildir. Eserde kaynak olarak 218 adet eser, referans olarak kullanılmıştır.

Eserde Mu'tezile'ye bu konudaki görüşler, çoğunlukla Mu'tezilenin önde gelen isimlerinden ,

Kâdî Abdülcebbar'ın (ö.415/1024) "el-Muğnî," "Tesbîtu Delâilî'n-Nübüvve"ve "el-Muhtasar fi Usûliddin" adlı eserleri ile "el-Muhît bi't-Teklif", "Şerhu'l_Usûlîl-Hamse",si

Ebu'l-Huseyn el-Basrî (ö.436)'nin "*el-Mu'temed fi Usûlu'l-fıkh*"ı,

Ebu'l-Huseyn el-Hayyât (ö.300/912) ın "*el-İntisâr*"ı,

Ebu Rüşd Said b.Muhammed en-Neysabûrî'nin "*el-Mesâilu'l-Hilâf beyne'l-Basriyyîn ve'l-Bağdadiyyîn*"i bu arada zikretmekte fayda vardır.

Eserde görüşüne başvuru mutezile usulcü ve kelamcılardan bazıları ise şunlardır: *Kâdî Abdülcebbar* (ö.415/1024), *Ebu'l Huzeyl el-Allâf* (ö.235/849), *Abdurrahman b. Keysân* (ö.200/815), *Ma'mer b. Abbâd es-Sülemî* (ö.215/829), *İbrahim Nazzâm* (ö.231/845), *Câhız* (ö.255/870), *Ebû Ali el-Cübbâî* (ö.303/915), *Ebu Haşim el-Cubbâî* (ö.321/933), *Bişr b. el-Mu'temir* (ö. 210/825), *Ahmed b. Ebî Dûâd*

(ö.240/854), *Ebu'l-Huseyn-el-Hayyât* (ö.300 /912), *Ebu'l-Kasım-el-Ka'bi* (ö.319/931)

Çalışma ; bir “*mukaddime*”, genel bilgilerden oluşan bir “*hazırlık*” bölümü ile “*esas konu*” ve bir “*sonuç*”tan oluşmaktadır.

Müellif eserin “*mukaddime*”sinde; aklın önemi, nasları anlamada ve hüküm çıkarmadaki rolünden bahsetmiş, sonra bu konuyu ele alma gerekçelerinden bahsetmiş, bu sebepleri şöylece sıralamıştır;

1. Bu konuda müstakil bir çalışmanın bulunmayışı sahasında tek oluşu,

2. Usul-i fıkıh konularındaki Mu'tezile'nin (bu konudaki olumlu olumsuz olar) ne söylediğinin tesbiti.

3. Mu'tezile'nin usul'e dair görüşlerinin ikincil ve dolaylı kaynaklarından değil de orijinal ve güvenilir kaynaklara dayandırılması,

Daha sonra bu araştırmada izlediği bilimsel yöntem ve teknikten (ondokuz madde) halinde söz etmiştir.

Eserin “*hazırlık*” bölümünde, Mu'tezilenin tanımı, doğuşu, akaiddeki beş temel ilkeleri (*el-Usûlü'l-Hamse*) bu ilkelerin usul-i fıkıhla bağlantılarından söz etmiştir.

Beş ana başlık (bab) altında şu konulara yer vermiştir:

1. Mu'tezilenin şer'i hükümle ilgili görüşleri:

a-Hâkim'e ilişkin düşünceler, (Akıl eşyadaki husun ve kubuhu anlayabilir mi? -karşı görüşün delilleri ve değerlendirilmesi-, nimet veren kimseye şükürün vacib oluşu akılla kavranabilir mi?)

b-Teklîfi hüküm ve kısımları(Emirde iradenin şart olmadığı hususu, vâcib-i muhayyer, tahrîm, mubah,v.b)

c-Mahkûmun Fih (Mükellefin fiilleri, Emri yerine getirmenin emredileni yerine getirmeye delalet edip etmediği ,İstene teklîfi hükmün yapıma zamanı, bir fiili terketmenin bir fiil olup-olmadığı v.b)

d-Mahkûmun aleyh (Mükellef,mükrehin teklîfi,ma'dûmun teklîfi v.b)

2-**Şer'i delillere ilişkin Mu'tezilenin görüşleri**:(Delilin sözlük ve terim olarak tārifi, sünnet, icma' kıyas v.b)

3-**Neshe ilişkin Mutezilenin görüşleri** (Neshin aklen ve şer'an caiz olup-olmaması, bütün teklif ve

ibadetlerin neshi , tilavetin ve hükmünün neshedilmesi)

4-Lafızların delaletlerine ilişkin mutezile görüşleri (Emir-nehî ile umum-hususun mahiyeti v.b)

5-**İctihad ve taklide ilişkin görüşleri** (Rasûlullahın nass dışında icthad edip-etmediği)

Allah (cc) 'ın, rasûlüne ve alime dilediği şekilde hüküm verebilme yetkisini verip-vermediği hususu,müctehid hata ederse günahkar olur mu? Kâdî'nin icthadla vardığı hüküm bozulabilir mi? Bir müctehidin, delillerine bakmaksızın herhangi bir mezhebi tercihle yetinip-yetinmemesi v.b

Müellif eserini, yaptığı bu çalışmada ulaştığı sonuçları *altmış* maddede özetleyerek bitirmiştir.Varılan bu sonuçlara gözden geçirildiğinde bunlardan önemli bir kısmının oldukça yeni ve orijinal tesbitler olduğunu söylemek mümkündür.

Sonuç olarak söylemek gerekirse, elimizdeki bu doktora çalışması içerik itibarıyla önemli bir konuyu ele alıp incelemiştir. Bu çalışmanın *Usûl-ı fıkıh* sahasında önemli bir boşluğu doldurduğu kanaatindeyiz.

DOÇ. DR.OSMAN ŞEKERCİ'NİN ARDINDAN...

Yrd. Doç. Dr.Abdullah Özcan*

Cumhuriyet döneminde yetişmiş akademik hüviyete sahip ender kişilerden biri olan Osman Şekerci ağabeyimizi 27. 04. 2003 Pazar günü ikindi namazını müteakip Zincirlikuyu (İstanbul) mezarlığında son yolculuğuna uğurladık.

Osman Şekerci, son haftada Almanya'nın Gothe Üniversitesinde ki Kutlu Doğum Konferansı, fakülteadaki akademik kurul ve Cuma gün ki Çanakkale Çan Fabrikalarındaki Cuma hutbesinin arkasından İstanbul'a dönüşüyle kalbinin yorgun düştüğünün farkında bile olmadan 26. 04. 2003 Cumartesi günü saat 08.00 civarında evinde ruhunu Allah'a teslim ederek ebedî yolculuğuna çıktı.

Osman Şekerci, Elazığ merkez köylerinden Aşağı Demirtaşta (Helpenk) 1943 yılında dünyaya geldi. Babası Ali Efendi, annesi Firdevs hanımefendi Onu ve kardeşlerini yetiştirmek için her türlü fedakarlığı sergilediler.

İlk öğrenimini tamamladıktan sonra Elazığ Kur'an Kursu'na devam etti ve hafızlığını tamamladı. Elazığ İmam Hatip Lisesi orta kısmını tamamladıktan sonra Elazığ müftüsünün teşvikiyle sınava girdi ve imamet görevine atandı. O esnada henüz emsallerine göre küçük olmasına rağmen kendisindeki kabiliyyet ve becerileri müşahede eden çevresine ümit vaat eden bir kişiliğin izlerini bırakmaya başladı. Orta öğrenimini Elazığ'da tamamladıktan sonra İstanbul Yüksek İslam Enstitüsü'nde yüksek öğrenimine başladı. Bu sırada öğrenci derneklerinde görev alarak geleceğe yönelik toplumla aktif diyalogun temellerini kurdu. Toplumun sosyal aktivitelerine katılarak İslam'ın üstün değerlerini paylaşmaya başladı ve üstlendiği misyonun gereğini yerine getirme bilincini sergileyen davranışlar ortaya koydu.

1972 yılında Yüksek İslam Enstitüsünü tamamlayarak Biga İmam Hatip Lisesi'ne öğretmen olarak atandı.

Çok yoğun geçen Biga'daki öğretmenlik döneminde, Biga İmam-Hatip Lisesi ile yurt binası ve camiinin yapımına yoğun olarak katkıda bulundu ve önderlik etti. Ayrıca Çan İmam-Hatip Lisesi ile Biga Kur'an Kursu'nun yapılmasına destek oldu. Bir ayandan Biga yöresi halkıyla bütünleşirken bir yandan da Çanakkale Seramik Grubu ve Sayın İbrahim Bodur'la diyaloga girerek sanayi camiasıyla tanıştı ve İbrahim Bo-

* Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi

durun davetiyle öğretmenlik görevinin yanı sıra Cuma günleri fabrika camiinde Cuma vaaz ve hutbelerini irad etmiştir.

Osman Şekerci bu arada bilimsel çalışmalara da başlayarak çok yönlü olarak hayatını devam ettirmeye başladı. Beyrut, Şam ve Bağdat'ta belirli süreler kalarak araştırmalarda bulundu. Özellikle Bağdat Üniversitesi'ndeki çalışmalarından sıkça söz ederdi. Öğretmenlik hayatına bir süre Robert Koleji'nde devam etti.

Kale Grubu ve Sanayi Camiasıyla olan diyalogu Onun hızlı temposuna hız katma ve akademisyenlik yolunda mesafe almasında etkili olmuştur.

Osman Şekerci, özelde Biga ve Çan halkı, genelde tüm yöre halkıyla olan sıcak diyalog kurmuş ve onların eğitiminde aktif rol oynamıştır.

Osman Şekerci, vakıf çalışmalarında bulunmuş, sırasıyla Biga İlim-Yayma Cemiyeti Başkanlığı, Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı kurucuğu, Kur'an Araştırma Vakfı kuruculuğu gibi hasbi görevleri de üstlenmiştir. Bütün bunların yanında çeşitli iktisadi faaliyetlerde bulunmuş, Kale şirketlerinde ortaklık, Gönen Gıda kuruluşuna destek, Maden işletmeciliği, Ziraî işletmecilik (buğday-pirinç üretimi), Et Tavukçuluğu işletmeciliği, Kuveyt Finans kurucu ortaklığı ve Odalar Birliği danışmanlık hizmetlerini yürütmüştür.

Bilimsel yönüyle Osman Şekerci, öğretmenlik yıllarında rahmetli Prof. Dr. Muhammed Hamidullah'ın İstanbul Üniversitesi'ndeki seminerlerine devam etmiş ve altı yıl süren bu devre Onun ilimle olan bağlantısını arttırmıştır.

"İslam Şirketler Hukuku" adlı doktora tezini tamamladıktan sonra Erzurum Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi'nde Temel İslam Bilimleri Bölümü'nde İslam Hukuku Öğretim Üyeliğine başladı ve dokuz yıl bu görevi yürüttü.

Bir çok telif eserinin yanında, tercümeleyen Şekerci, çeşitli bilimsel toplantılarda tebliğler sundu. Telif ettiği eserler:

İslam Terbiyesi

İslam ve Biz

Cuma Konuşmaları

İslam da Resim ve Heykel

İslam Peygamberinin Dilinden Zikirler ve Dualar

Hicret

İslam Şirketler Hukuku

Kur'an-ı Kerim'de Ahlak

İslam'ı Anlamaya Doğru

Fıkhi Mezheplere Giriş

İslam-Devlet-Cumhuriyet ve Müslüman

İslam Ülkelerinde Gayri Müslimlerin Temel Hakları

İnsan Hakları Alanında Temel Belgeler ve İslam

Amerikan Fundamantalizminin Tarihi Yapısı ve İslam Gerçeği

Tazir Suçları ve Cezaları

Cuma Konuşmaları

Sunduğu Tebliğlerden Bazıları:

Suçların Önlenmesinde İslam'ın Ön Tedbirleri

İslam Şirketler Hukuku Açısından Anonim Şirketleri
İslam Ülkelerinde Sanayinin Gelişimi Önünde Duran Başlıca Engeller
İslam Ülkelerinde Sanayi Alanında Müşterek Kalkınma Projeleri
Bir Ödeme Aracı Olarak Kadı Mektupları
Bilgi Toplumunun Oluşumunda AR-GE Çalışmaları
İslam Kadın Haklarının Yasal Boyutu

Osman Şekerci, gelişmeye açık bir çok yeni çalışma alanının üzerinde durulması gerektiğini izhar ederek fıkıh çalışmalarının yeniden ele alınması fikrini vurgulardı.

Yaptığı Tercümeleler:

Prof. Dr. Zem'a ve Prof. Dr. Ömer Faruk-Faiz Tarihi ve İslam

Prof. Dr. Mustafa Halidi ve Dr. Ömer Ferruh-İslam Ülkelerinde Misyonerlik ve Emperyalizm

Gazzâli-Nasîhatü'l-Mülûk

Muhammed Ebû Zehra-Zekat Hukuku

M. Ebû Zehra-İslam'ın Gölgesinde İnsanlık

M. Ebû Zehra-İslam da Beşeri Münasebetler

Osman Şekerci, asil bir ailenin çocuğu olarak almış olduğu İslami değerlerle harmanlanmış aile kültürünün milli değerler olarak üst düzeyde tezahür ettiği bir kişiliğe sahiptir. O Allah Teâla'nın "*İyilik, güzellik, hayır ve Allah korku ve sorumluluk bilincine dayanarak yardımlaşınız, aranızda düşmanlık ve Allah'a isyanda dayanışma yapmayınız*" (Maide/2) mesajının tezahür ettiği bir hayal çizgisi sergilemiştir.

Osman Şekerci denilince dayanışma, yardımlaşma ve aktif diyalog anlaşılır. O bulunduğu ortamda herkesle iyiliklerini paylaşmayı, başarabilmek için dayanışmayı ve diyalogu öne çıkarmıştır.

O, bulunduğu ortamda diyalog kurduğu kişilerle üstün aklı kullanarak çatışma ve sürtüşme ortamlarına geçit vermeyen bir barış adamıydı.

Kişileri ve düşüncelerini iyi anlamaya çalışır ve muhatabının anlayacağı bir dille düşüncelerini aktarırdı. Başarısının sırrı da burada yatıyordu. O kolaylaştırmayı hedefler, zorlaştırmadan yol alır ve insanlar Onda zorluğun sıkıntılarını hissetmezlerdi.

O müjdeleyici bir ilişkiler zincirinden oluşmuş manyetik yoldan yürürdü. Nefret ettirici, dışlayıcı ve uzaklaştırıcı bir görüntüyü Onda görmek mümkün değildi. "*Kolaylaştırın, zorlaştırmayın, müjdeleyin, nefret ettirmeyin*" hadis-i şerifinin Onda davranış olarak tecelli ettiği görülürdü.

O elinden ve dilinden kimseye zarar vermeyen biriydi ve kendisi için istediğini başkaları içinde ister ve bunu bariz bir şekilde öne çıkarırdı.

O, haset, kin, düşmanlık gibi insanlığın önünü tıkayan olumsuzluklardan uzak, ufuk açıcı, hediyeleşmeyi seven bir sevgi insanıydı.

Öğrencisini, arkadaşlarını ve işadamlarını sever, iş ve aş üretimi için çalışanlara, iş adamlarına saygı duyardı. Çünkü bu ülkenin risk üstlenen ve üreten insanlarla ayakta kalacağına ve yükseleceğine inanırdı. Onun için Sanayi ve Ticaret bir ülkenin atar damarıydı, o damarda bir sıkıntı olursa Ülke can çekişirdi.

O, Kur'an'ı günümüz anlayışı ile anlamada ve yorumlamada ayrı bir hüner sahibi olup bunun için vahyin esenliğine sığınmak en önde gelen hedeflerinden biriydi.

Hız. Peygamber'in (s.a.s.) ahlakı, Onun benimsediği ana çizgiydi. O çizgide yürüyebildiği zaman mutluluğu yakalayabileceğini vurgulardı.

Sabırlı bir kişiliğe sahip olup isyana tevessül etmezdi. Teslimiyetiyle yanındakilere huzur ve verirdi. Çalışan herkese destek olmak isterdi.

Mütevazı bir insan olup, gurur ve kibir Onda barınmazdı. Çünkü genelde Allah'a sığınmayı başarırdı.

O bir bilim adamıydı. Bilimsel düşünceyi benimser ve bilimsel düşünce ile üretime geçileceğini ifade ederdi. Ve ilgilendiği konuyu araştırarak insanların istifadesine bir kitap olarak sunmayı hedeflerdi. O nedenle genç yaşta hayata veda etmesine rağmen azımsanamayacak kadar eser bırakmıştır. Bu bağlamda ilk çalışmasında bulunduğu sosyal ortamın gereği olarak sermaye ve emeğin üretime yönlendirilmesini amaçladığı İslam'da Şirketler Hukuku çalışma konusu olmuştur. Yukarıda sayılan çalışmalarının yanında kaleme aldığı ve bir kısmını tamamladığı son çalışma "Kur'an Hükümleri ve Çağdaş Hukuk" ismini taşımaktadır. Osman Şekerci, ülkemizin dışında bir yanda Ortadoğu ile Uzakdoğu Avrupa ile Amerika, öbür yanda Türk memleketleri ve Balkanlarda diyalogu olan Müslümanların gelişme ve dayanışmasında harcı olan bütün insanlığı kucaklayan bir anlayışa sahipti.

Sovyetler Birliği'nin dağılmasının akabinde 4-5 arkadaşıyla beraber bir anda, birisinin Kırım'da şu kadar dolara camii yapılıyor demesi üzerine hemen oradaki arkadaşlarıyla birlikte gerekli meblağı toplayıp ilgili kişiye teslim ederek camiinin açılmasına ön ayak olması ve "bir günde namaz kılmaya gideriz" demesi duyarlı kişiliğinin bir göstergesiydi.

Beraber başladığımız Sakarya Üniversitesi'ndeki akademik hayatımız uzun zaman oda arkadaşlığı şeklinde devam etmiştir. Yaklaşık on yıl süren bir ağabey-kardeşlik dönemi, akademik kurullarda olaylara nezaketle kazandırdığı açılım, Üniversite ve Fakültemizin maddi sorunlarını çözmek için gösterdiği gayret, öğrencilere sağladığı burslar, personele sağladığı destekler Onun hatırasını yaşatan izler olacaktır.

Osman ağabeyin Ali Fuat isminde bir üniversite öğrencisi olan oğlu ve bir de lise son sınıf öğrencisi Melek adında kızı vardır. Ailesine bundan sonraki hayatlarında sağlık ve afiyetler dileriz.

Biz arkadaşları, dostları ve öğrencileri Onu rahmetle anıyor, Allah Teâla'dan mağfiretini niyaz ediyoruz. Yattığın yer nur, mekanın cennet olsun. Amin!