

ATATÜRK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLÂM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI

Zeki KOÇAK

144598

İSLAM HUKUK METODOLOJİSİNDE TEARUZU GİDERMEDE

TERCİH YÖNTEMİ

(Hanefi Uygulaması)

DOKTORA TEZİ

TEZ YÖNETİCİSİ

Prof. Dr. Davut YAYLALI

144598

ERZURUM – 2004

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu çalışma Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı'nın İslam Hukuku Bilim Dalında Jürimiz tarafından Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.



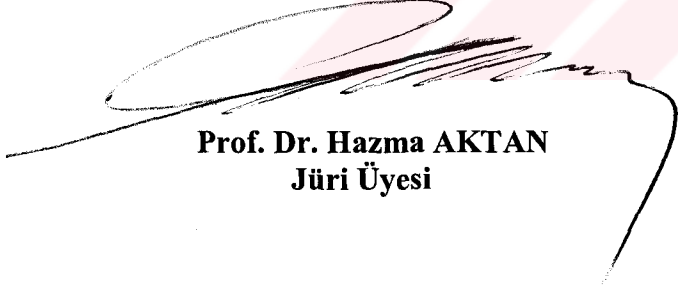
Prof. Dr. Davut YAYLALI
Danışman / Jüri



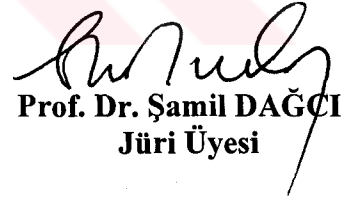
Prof. Dr. Mustafa BAKTIR
Jüri Üyesi



Prof. Dr. Niyazi USTA
Jüri Üyesi



Prof. Dr. Hazma AKTAN
Jüri Üyesi



Prof. Dr. Şamil DAĞCI
Jüri Üyesi

Yukarıdaki İmzalar adı geçen Jüri üyelerine aittir.

20.07/2004



Enstitü Müdürü
Prof. Dr. Vahdettin BAŞÇI

İÇİNDEKİLER

ABSTRACT.....	IV
ÖNSÖZ	V
KISALTMALAR	VII

GİRİŞ

I- KONUNUN ÖNEMİ VE AMACI	1
II- KONUNUN SINIRLANDIRILMASI	3
III- ARAŞTIRMANIN METODU VE PLANI	4

BİRİNCİ BÖLÜM

TERCİH VE ANLAMININ KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ

I- TERCİH KAVRAMI VE KULLANIMI	6
1. Tercih'in Sözlük Anlamı	7
2. Tercih Kavramının Ortaya Çıkışı	8
3. Tercih'in İstilahî Anlamı	13
4. Tercih – Anlama İlişkisi	19
II- BİR ANLAMA FAALİYETİ OLARAK TERCİH İLE DOĞRUDAN İLGİLİ KAVRAMLAR	21
1. Fıkıh	22
2. Re'y	25
3. İc̣tịhat	27
4. Te'vil	30
5. İllet	32
6. Tearuz	34
6.1. Fıkıh Usulü Eserlerinde Tearuz Kavramının Kullanımı	34
6.2. Günümüz Hukuk Eserlerinde Tearuz Kavramının Kullanımı	41
7. Cem ve Te'lif	44
8. Tevakkuf ve Tesakut	46
III- BİR ANLAMA FAALİYETİ OLARAK TERCİH İLE DOLAYLI İLGİLİ KAVRAMLAR	47
1. Tarihsellik	48
2. Hermeneutik	52
3. Değerlendirme Kavramı ve Hukuk	55

İKİNCİ BÖLÜM

TERCİH YÖNTEMİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE SEBEPLERİ

I- TERCİH YÖNTEMİNİN HUKUKİ MAHİYETİ VE FONKSİYONU	62
1. Tercih'in Mahiyeti ve Fonksiyonu	63
2. Tercih'in Hükmü	67
3. Tercih'in Şartları	69
3.1. Tearuz Eden Delillerin Sübut Derecelerinin Tespiti	70
3.2. Tearuz Eden Deliller Arasında Neshin Araştırılması	71
3.3. Tearuz Eden Delillerin Birlikte (Cem) Yorumlanmasının Araştırılması	71
3.4. Sosyal Realitenin Dikkate Alınması	72

II- TERCİH YÖNTEMİNE BAŞVURMA SEBEPLERİ	72
1. <i>Senet ve Rivayetten Kaynaklanan Tercih Sebepleri</i>	73
1.1. Senet Yönünden Tercih	73
1.1.1. Senetteki Ravi Sayısının Tercihe Etkisi	74
1.1.2. Senetlerin Sıhhat Derecelerinin Tercihe Etkisi	76
1.2. Ravinin Vasıfları Yönünden Tercih	80
1.2.1. Ravinin Yaşça Büyük Olması ve Olaya Şahit Olmasının Tercihe Etkisi....	81
1.2.2. Ravinin Hukukçu (Fakih) Olmasının Tercihe Etkisi.....	82
1.3. Metin Kritiği Yönünden Tercih	86
1.3.1. Metin Kritiği Açısından Kur'ân'a Uygunluğun Tercihe Etkisi.....	86
1.3.2. Metin Kritiği Açısından Diğer Sosyolojik SebeplerinTercihe Etkisi.....	89
1.3.3. Metin Kritiğinin Teknik Anlamda Yapılması	90
1.3.3. Peygamberin Sözleri ile Fiilleri Arasında Tercih.....	96
1.3.4. Peygamberin Prensip Kararları ile Olay Kararları Arasında Tercih	100
2. <i>Metindeki Lafızlardan Kaynaklanan Tercih Sebepleri</i>	101
2.1. Vaz Olduğu Mana Bakımından Lafızlar Arasında Tercih.....	104
2.1.1. Âmm İle Has Arasında Tercih.....	104
2.1.2. Müsterek Lafızda Tercih	118
2.1.2. Mutlak İle Mukayyet Arasında Tercih	119
2.2. Kullanıldığı Mana Bakımından Lafızlar Arasında Tercih.....	126
2.2.1. Hakikat İle Mecaz Arasında Tercih.....	126
2.2.2. Sarih İle Kinaye Arasında Tercih.....	129
2.3. Manaya Delaletin Açıklığı ve Kapalılığı Bakımından Lafızlar Arasında Tercih.....	130
2.3.1. Zahir, Nass, Müfesser ve Muhkem Arasında Tercih.....	131
2.3.2. Hafi, Müşkil, Mücmel, ve Müteşabih Arasında Tercih.....	138
2.3.3. Te'vilde Tercih	147
2.4. Manaya Delaletin Şekli Bakımından Lafızlar Arasında Tercih.....	151
2.4.1. İbarenin Delaleti ile İşaretin Delaleti Arasında Tercih.....	154
2.4.2. Nassın Delaleti ile İktizanın Delaleti Arasında Tercih.....	160
3. <i>Hükme Delalet Açısından Tercih Sebepleri</i>	167
3.1. Teklifi Hükümler Arası Tercih.....	168
3.1.1. Haram İle Mubah Arasında Tercih.....	169
3.1.2. Azimet İle Ruhsat Arasında Tercih	173
3.2. Müsbet Delil İle Nefyedici Delil Arasında Tercih	177
3.3. İcmalar Arası Tercih	181
3.4. Kıyaslar Arası Tercih	185
3.5. Haber-i Vahid ile Kıyas Arasında Tercih	190
4. <i>Harici Sebeplerle Tercih</i>	192
4.1. Maslahat ve Makasıt Açısından Tercih.....	193
4.2. Fer'î Deliller Arasında Tercih	196
4.3. Hukukî ve Ahlakî Olan Arasında Tercih	207
4.4. Fetva Yönünden Tercih.....	211
SONUÇ	219
BİBLİYOGRAFYA	221
ÖZGEÇMİŞ	239

ÖZET

DOKTORA TEZİ

İSLAM HUKUK METODOLOJİSİNDE TEARUZU GİDERMEDE TERCİH YÖNTEMİ

Zeki KOÇAK

Danışman: Prof. Dr. Davut YAYLALI

2004 – SAYFA: 238

Jüri: Prof. Dr. Davut YAYLALI

Prof. Dr Mustafa BAKTİR

Prof. Dr. Niyazi USTA

Prof. Dr. Hamza AKTAN

Prof. Dr. Şamil DAĞCI

Bu çalışma, İslam hukuk metodolojisinde yer alan “*tercih yöntemi*”nin, Hanefi hukuk mektebindeki yer ve hukukî değerini ortaya koymayı amaçlamaktadır. Bu bağlamda tezimizde hukuk, salt kurallar manzumesi olmaktan ziyade, sosyal bir yürürlük olarak da algılanmaktadır. Delile dayalı, hukuksal değerlendirmenin bir ürünü olan tercih, içtihat faaliyetinin farklı bir versiyonudur. Bunu ispat için hukukun kavramsal kaynaklarına ihtiyaç duyulduğu kadar, diğer yürürlük kaynaklarına da atıfta bulunulmaya çalışılmıştır.

ABSTRACT

Ph. D. Thesis

THE PREFERENCE TECHNIQUE IN THE SOLUTION OF THE CONTRADICTION IN
THE METHODOLOGY OF ISLAMIC LAW

Zeki KOÇAK

Supervisor: Prof. Dr. Davut YAYLALI

2004 – PAGE: 238

Jury: Prof. Dr. Davut YAYLALI

Prof. Dr Mustafa BAKTIR

Prof. Dr. Niyazi USTA

Prof. Dr. Hamza AKTAN

Prof. Dr. Şamil DAĞCI

This study, aims to make clear the place of “*preference method*” in Islamic law methodology in Hanefi law school and its legal valve. For this reason, the law concept in this study is understood in its social application rather than being a series of rules. Preference, which is a product of legal evaluation based on evidence, is a different version of problem-solving activity. To focus on this, this study includes sources of application as well as theorethical sources.

ÖNSÖZ

İlahi kaynaklara istinat ettiği kadar, sosyal realiteyi de dikkate alan İslam hukuku, geniş bir kültürel mirasa sahiptir. Fıkıh kültürümüzde, nazari ve mevzuî hukuk yönünden zengin olan birikimin bir süzgeçten geçirilmesi zaruridir. İşte biz de bu zenginlik içerisinde tercih yöntemini seçtik. Tezimizde özellikle Hanefilerin üzerinde durduğu tercih yöntemini genişçe işledik. Usulî bir değerlendirme olan tercih faaliyeti, içeriği ve şekli karakteriyle son zamanlarda giderek dikkatleri üzerine çekmiştir. İnsani bir fenomen olan tercih, hukukun bütün yönlerini kapsayacak niteliktedir. Bu yüzden çalışmamızda birtakım sınırlamalara gitmek zorunda kaldık. Örneğin, hanefi metodolojisinde tercihi ele alırken zaman zaman diğer mezheplere de atıfta bulunduk. Hatta günümüz hukuk anlayışına az da olsa değindik. Ancak mevzuî hukukla tam bir mukayese yapamadık. Çünkü böyle bir mukayesenin ayrı bir çalışmayı gerektirecek kadar kapsamlı olduğunu tespit ettik.

Kaldı ki bizim çalışmamız, içtihadın bir formu olan tercih faaliyetinin Hanefi yönteminde nasıl bir fonksiyon icra ettiğini tespitiye yöneliktir. Temel kaynakları referans olarak araştırmamızı sürdürürken, çağdaş çalışmalardan da azami derecede istifade etmeye çalıştık. Araştırma safhasında elde ettiğimiz bulguları tezimiz içerisinde ilgili yerlere serpiştirerek, ileri sürdüğümüz iddiaları ispat etmeye yöneldik ve yeni çalışmalara ve farklı bakış açılarına olan ihtiyacı sunmayı hedefledik.

Çalışmanın konusunu tespit başta olmak üzere, bu araştırmanın sonuçlanmasına kadar fikir ve düşüncelerinden istifade ettiğim, değerli tez yöneticisi hocam Prof. Dr. Davut YAYLALI'ya teşekkürü ifa edilmesi gereken bir borç bilirim.

Ayrıca bu çalışmamız esnasında tez komitesinde bulunup yardım ve rehberliklerini esirgemeyen Prof. Dr. Mustafa BAKTİR, Prof. Dr. Niyazi USTA Beylere, yine çalışmam sırasında kendilerinden istifade ettiğim Prof. Dr. Hamza AKTAN, Prof. Dr. Beşir GÖZÜBENLİ, Prof. Dr. H. İbrahim ACAR'a şükranlarımı arz ederim.

Aynı şekilde tezimin oluşmasında ve olgunlaşmasında etkili katkılarını gördüğüm ve kütüphanesinden faydalandığım Din İşleri Yüksek Kurulu eski Başkanı Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Öğretim Üyesi Prof. Dr. Şamil DAĞCI, zaman zaman metodolojik ve mantıksal yorumlarıyla ufkumu açan değerli hocam sabık Erzurum Müftüsü ve emekli Öğretim Görevlisi Yunus KAYA, Prof. Dr. Mevlüt ÖZLER ve fikirlerinden faydalandığım Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Öğretim Üyesi Prof. Dr. Yunus APAYDIN'a şükranlarımı arz ederim.

Tez yazımında büyük yardımlarını gördüğüm değerli mesaî arkadaşım İsmail AKBULUT'a da teşekkür ederim.

Zeki KOÇAK

Erzurum – 2004



KISALTMALAR

a.e.	:	Aynı eser
a.m.	:	Aynı makale
AY	:	Anayasa
b.	:	İbn, bin.
bkz.	:	bakınız
DFHFM	:	Daru'l-Fünun Hukuk Fak. Mecmuası
DİA	:	Diyanet İslam Ansiklopedisi
DİD	:	Diyanet İlmi Dergi
H.z.	:	Hazreti
Haz.	:	Hazırlayan
DİA	:	İslâm Ansiklopedisi
İA	:	İslam Ansiklopedisi
İsl. Ar.	:	İslami Araştırmalar
İÜHFM	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fak. Mecmuası
Krş.	:	Karşılaştırınız
md.	:	madde
MK.	:	Medeni Kanun
s.	:	sayfa
S.	:	Sayı
SAÜİFD	:	Sakarya Üniversitesi İlahiyat Fakülte Dergisi
şrh.	:	Şerh eden
thk.	:	Tahkik
trc.	:	Tercüme eden
tsz.	:	Tarihsiz

GİRİŞ

I- KONUNUN ÖNEMİ VE AMACI

XX. Asrın başlarından itibaren İslam dünyasında yöntem tartışmaları hız kazanmıştır. Son çeyrek asırda ise bu tartışmalar hızlı çıkış ve inişlere dönüşmüştür. Bunun nedeni, yenilikçi ve gelenekçi ayırımının biraz daha barizleşmesidir. Bu zaman zarfında acelecilik ise, her iki yöntem sunucularının ortak karakteri olmuştur. Oysa yöntem; hem oluşması hem de oluşturanı açısından belli bir süreci gerektirir. Nitekim hukuk/fıkıh doktrinlerinin oluşum süreci bunun en güzel kanıtıdır.

Tezimizin önemi, fıkıh kültürümüzde mevcut olan bir dönemdeki uygulamaların, yani tarihsel tecrübenin tespitinde yatmaktadır. Eğer bu tespit çalışmasında başarılı olursak, günümüzde yapılmak istenen yeni yöntem arayışlarına bir katkıda bulunmuş olacağız. Yalnız şurasını belirtelim ki, bizim araştırmamızın ağırlık noktası bir tespitin yapılmasına yöneliktir. Çünkü mantıki olan, problemin tespitinin, çözümünden önce olmasıdır. Bu günkü problem ise, yöntemden ziyade yöntemi oluşturmada nereden başlamalı? ve neleri esas almalı? şeklindedir. Geçmiş dönemdeki hukukçular Cedel ve Hilafiyat sahasında yazdıkları eserlerle dönemlerindeki çalışmaların iç tutarlılığını sağlamışlardır. Eğer bu eleştirel yöntem devam ettirilse idi bu gün daha iyi bir yönetime ulaşmış olabilirdik. Çünkü yeniden çelişmezlik ve tümellik ilkelerine uygun bir yöntem oluşturmak zordur. En basitinden kullanılacak terimlerin anlam alanını, diğer bir ifade ile içlemine ve kapsamını yeniden tespit etmek gerekir. Oysa kavramlar kamuya mal olmuştur. Bunları değiştirmek veya yerlerine yenilerini koymak bir hayli zaman gerektirecektir. Yapılması gereken, kavramların içlemine ve kapsamını yeniden doldurmaktır, diyebiliriz. Nitekim Peygamber (s.a.v.), geçmiş büsbütün reddetme yerine onu düzeltmeye gayret etmiş ve bu yöntemin doğru olduğuna da “Ben ancak güzel ahlakı tamamlamak için gönderildim”¹ diyerek işaret etmiştir.

¹ Malik b. Enes, Ebu Abdullarh el-Himyari, Muvatta, Hüsnü'l-Hulk, 8, thk., M. F. Abdalbaki, Daru'l-Hadis, 1997, Malikî (حسن الاخلاق) tabirini kullanmıştır. Aclunî Yukarıdaki durumlara atıfta bulunmasının yanında Taberi'nin “Evsat”ında senette Ömer b. İbrahim el-Kureşî'nin olduğunu (ki bu şahıs zayıftır) ve burada ilaveten “وكمال محاسن الافعال” ibaresine yer verilmiştir. Aclunî, manaca bunun da sahih olduğunu belirtmiştir. Hadisin bu kısmı da işaretin delaletiyle görüşümüze temel olacak niteliktedir. Aclunî, İsmail b. Muhammed, Keşfu'l-Hafa, Beyrut, 1351, I, 211-212.

Fıkıh kültürümüzü incelediğimizde Ebu Hanife'nin o günkü problemleri çözdüğü anlaşılmaktadır. Daha sonraları, fıkıh mevcut realiteyi muhatap almasına rağmen hukuki çözümler yeterince üretilmemiş ve hukuki boşluklar doldurulamamıştır. Bugün de bu sıkıntı aynen devam etmektedir. Dördüncü asrın sonlarında kapandığına inanılan içtihat kapısı² tercih yöntemi adıyla yeniden açılmaya çalışılmış, Onuncu asırdan itibaren de içtihadın yapılması gereği çeşitli bilim adamları tarafından seslendirilmeye başlanmıştır. Fakat bu canlanma hareketi dört asır geçmesine rağmen pek bir başarı sergilememiştir. Bunun nedenini, bir yönüyle mezhep metodolojilerinin tam olarak anlaşılamadığına ve mezhepler arası uygulanan tercih yönteminin yeterli şekilde kullanılamadığına bağlayabiliriz.

Öyleyse bizim ödevimiz geleneği iyi tespit etmek –gelenekten, fıkıh usulündeki fukaha (Hanefi) metodu ile kelamcı (usulcü-Şafii) metodunu kastediyoruz- müçtehitlerin yöntemlerini kurarken etkilendikleri sosyolojik yapı ile felsefi birikimlerini de dikkate almaktır. Eğer acelecilik ve örnekçilikle hareket edersek zıt tespitlerde bulunmamız kaçınılmaz olacaktır. Yalnız, bu farklı tespit ve yorumlar zıtlıkları değil, alternatif bakış açılarını gündeme getirirse faydalı olabilir. Ayrıca çelişik olmak ve tümellikten uzak olmak her zaman sosyolojik ve psikolojik gerçeklikle açıklanamaz. Bu durumda yöntemde tutarsızlığın olduğunu ifade etmek daha gerçekçi olabilir. Kanaatimizce tutarsızlıktan kurtulmak için, tarihsel okuma biçimini –tarihte olanı olduğu yerde anlama- yöntemsel okuma biçimine doğru devam ettirmeliyiz. Yani tümevarım –tekilden tümele- yöntemi ile tespitimizi yapmalı, tümünden gelim –tümelden tekile- yöntemiyle önerimizi sunmalıyız, diye düşünüyoruz. Netice itibariyle çalışmamız, bir yöntem çalışması olduğu kadar bir yöntem tarihi incelemesi ve hukuk başlangıcı özelliğini de yansıtır. Yalnız şunu ifade edelim ki kapsamlı bir yöntemden ancak bir süreç içerisinde toplumsal hayatta pratize edildikten ve maşeri vicdanda kabul gördükten sonra bahsedilebilir.

Biz neden böyle bir çalışmaya ihtiyaç duyduk? Sosyal bilimlerde yorum serbestisi vardır. Ancak bu durum, sınırsız yorum yapılacağı anlamında değildir. Şöyle ki, belirli bir metot ışığında yapılmayan yorumlar, kaoslara ve parçalanmalara sebep olabilir. Oysa sosyal bilimlerde özellikle de dini bilimlerde hedeflenen, toplumsal düzeni korumak ve umumi hayrı tahakkuk ettirmektir. Bunu sağlamak için de bir yönetime uymak şarttır. Eğer

² Karaman, Hayrettin, İslam Hukukunda İctihat, İstanbul, 1996, s. 9-10.

belirli bir yöntem dikkatle takip edilirse, sunulan farklı bakış açıları, nassları anlamada bir zenginlik kabul edilebilir.

Bizim amacımız, Hanefi metodolojisinin tarihteki yerini alırken nasıl bir seyir izlediğini ortaya koymaktır. Bu çalışmayı yaparken özellikle mezhebin metodunun oluşması aşamasında etkisine inandığımız tercih yönteminin mahiyetini vurgulamaktır. İleride yapılacak diğer çalışmalara –örneğin mezhebin oluşmasında etkili olan mezhep içi tercih- katkıda bulunmak arzusundayız.

II- KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Tearuz ve bunu giderme yöntemleri fıkıh metodolojisi ile ilgili eserlerde incelenmiştir. Konuyla ilgili yapılan müstakil çalışmalarda ise ansiklopedik bir yaklaşım sergilenmiştir. Örneğin, konumuzla doğrudan ilgili olan el-Berezenci'nin "et-Tearuz ve't-Tercih" isimli çalışması, Bedran Ebu'l-Ayneyn Bedran'ın "Edilletü't-Teşrii'l-Mütearize"si ve el-Hafnevi'nin "et-Tearuz ve't-Tercih"i bu niteliktedir. Biz ise, çalışmamızda daha merkezi bir formu esas aldık. Çünkü doktora çalışmasının belirli bir problemi çözmeye veya bir tespitte bulunmaya yönelik olması gereğine inanıyoruz. Bu yüzden tezimizde tearuzu giderme yollarının hepsini inceleme yerine sadece tercih yöntemini incelemeyi esas aldık. Nitekim Hanefilerin tearuzu gidermede takip ettikleri metodun ilk sırasında kullanılan nesh yöntemi, nassların nüzul ve vürud sebeplerini ve tarihlerini bilme esasına bağlıdır. Bu konudaki temel yaklaşımları ise; tearuzun ancak bir birini nesh edebilen deliller arasında gerçekleşeceği³. Nassların nüzul ve vürud sebepleri tam olarak tespit edilemediğinden onlara göre tearuzu gidermede ikinci sırada gelen "tercih" yöntemi önem kazanmıştır. Ayrıca amm ve hassın delaleti, ammin tahsisi gibi konular tercih yönteminin oluşmasında merkezi bir etkiye sahiptir. Diğer Müçtehitler tearuzu gidermede ilk olarak "cem" yöntemini ileri sürmüş ve bunun mantığını şöyle kurmaya çalışmışlardır⁴. Tearuz ancak cem'i⁵ mümkün olan deliller arasında vardır⁶. Cem'i mümkün olduktan sonra tearuzun ortadan kalkacağı tabii bir sonuçtur. Bu durum, Hanefilerde nasih mensuhun

³ Serahsî, Şemsu'l-Eimme, Usulu's-Serahsî, thk., Ebu'l-Vefa Afgani, Beyrut, tsz., II 12-13.

⁴ Tearuzu gidermede cumhurun yöntemi hakkında geniş bilgi için bkz., Berezencî, Abdullatif, et-Tearuz ve't-Tercih, Beyrut, 1993, I, 167.

⁵ Cem', şer'î deliller arasındaki ihtilafı gidermek amacıyla akli veya nakli yöntemler yardımıyla tevil yapılmasına denir.

⁶ Şatibî, Ebu İshak, Muvafakat, Daru'l-Fikr, tsz., IV., 175.

tespiti sonucunda problemin çözüleceği fikriyle örtüşmektedir. Fakat sonuç itibariyle nesh ve cem yöntemiyle giderilemeyen ve tearuz eden bir çok delille karşı karşıyayız. Dolayısıyla tercih yöntemine yönelmek kendiliğinden zorunlu hale gelmektedir. Kısaca tercih yöntemi fakihlerin azami müşterekleri konumuna yükselmiştir. Zaten pratikte Maliki mezhebinin dışında bütün mezhepler tearuzu gidermede tercihi ilk önce kullanmışlardır. Biz de çalışmamızı tearuzu gidermede sadece tercih yöntemine ayırarak daha merkezi bir yaklaşımla konuyu mütalaa etmeye çalıştık.

Diğer taraftan tercih konusunu bütün mezhepler bağlamında değil de –yer yer onlara da değinerek- sadece Hanefi mezhebi açısından ele aldık. Çünkü diğer şekilde, konu çok kapsamlı olacaktı. Şöyle ki, taklit döneminden itibaren günü kurtarma açısından fetvalarla problemleri çözümleme ve bu esnada tercih prensibini ön plana çıkarma her ekol içerisinde ayrı ayrı özelliklere bürünmüştür. Bu yüzden de tercih, fetva ve ihtilafla ilgili çeşitli eserlerin kaleme alınmasında etkili olmuştur.

Çalışmamız bir yöntem tespitine yönelik olduğundan, çokça örnek vermektense nazari yapı işlenirken, örneklere atıfta bulunmanın daha isabetli olacağı kanısındayız.

III- ARAŞTIRMANIN METODU VE PLANI

Konumuz bir ilk dönem çalışması niteliğini de yansıttığından, daha ziyade hicri ilk V. asrın sonuna kadar olan kaynakları kullanacağız. Metodumuz üç aşamalı bir yapıya sahiptir. *Birinci* aşamada problemlerin varlığını tespit etmeye çalışacağız. *İkinci* aşamada klasik usul ve furu ile ilgili eserlere yönelerek sadece buradan oraya değil, oradan da buraya bakmaya çalışacağız. *Üçüncü* aşamada günümüz şartlarını göz önünde bulundurarak anlama ve yorumlamayla ilgili çalışmalara atıfta bulunacağız

Araştırma planımızın *birinci bölümünde* tercihin kavramsal alanı ve bize kadar ulaştığı süreçte geçirdiği istihaleleri inceledik. Diğer taraftan Hanefi yönteminin oluşmasında tercihin etkisi ve bunun bir içtihat faaliyeti olup olmadığını da tartışarak konunun değerlendirilmesine yöneldik. Ayrıca tezimizle ilgili fıkıh, rey, içtihat, te'vil, illet, tearuz, cem, tesakut gibi klasik kavramların yanında, tarihsellik, hermeneutik ve değerlendirme gibi çağdaş kavramların da tarihi seyri içinde geçirdikleri anlam daralmaları, genişlemeleri ve anlam kaymalarına dikkat çektik. Bu anlam durumlarının,

anlama ve tercihle olan ilişkisine de atıfta bulunacağız. Çünkü bu kavramlar tercih yönteminin alt yapısını oluşturmaktadır.

İkinci bölümde, tercihin tarihsel süreçte nasıl yapıldığı ve kapsam alanı ile icra ettiği fonksiyonlara tercih yöntemi ve sebepleri başlığı altında dikkat çektik. Ayrıca tercihe etki eden sebepleri Hanefi metodunu esas alarak usul-ü fıkıhtaki metodoloji bağlamında – özellikle istinbat metotlarında- sunmayı hedefledik. Söz konusu olan sebepleri hukuka olan katkısı ve tercihe kazandırdığı aktivite açısından da değerlendirdik. Dolayısıyla asli ve fer’i deliller bağlamında sosyal realitenin, hukuk-ahlak ilişkisi ile hukuk-gaye ilişkisinin, tercih yönteminin nazariyeden doğan kısmen statik yapısını seyyaliyetli bir hale dönüştürmedeki etkisini sunmaya çalıştık. Bütün bunları yaparken yeni bir şey icat ettiğimiz iddiasından ziyade bilimsel çalışmalarda fasılasızlığın esas olduğu düşüncesinden hareket ettik. Ancak tespitlerimizi ve değerlendirmelerimizi kategorik bir yapı içerisinde sunmak yerine, üretmeye ve anlamaya yönelik bir şekilde ele almayı gaye edindik.

BİRİNCİ BÖLÜM

TERCİH VE ANLAMININ KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ

I- TERCİH KAVRAMI VE KULLANIMI

Tercih kavramını ve kullanımını açıklamaya geçmeden önce, ileride genişçe açıklayacağımız “tearuz”⁷ kavramının, şimdilik bir fikir vermesi amacı ile tarifini verebiliriz: “Aynı seviyedeki iki delilden her birinin aynı konuda diğerinin hükmüyle çatışan bir hükmü getirmesi”dir⁸.

İslam hukuk metodolojisinde hukukçuların işlevi olarak vurgulanan tercih⁹, hemen hemen hukukun bütün alanlarını (ibadet, muamelat, ukubat) şeklilik, aklilik ve nassa bağlılık açısından kapsar niteliktedir. Çünkü tercih insani bir fenomendir ve insani bir değerlendirmenin ürünüdür. Dolayısıyla hukukçunun yaşarken yaptığı tercihler, biraz da kendi hayatındaki yapıp ettiklerinin temelinde mevcut olan birtakım değerlendirmeler ve anlamalardır. Öyleyse “bir şey hakkında herhangi bir tutum oluşurken etkili olan unsurları; bilişsel öge, duygusal öge, ön yaşantılar, tecrübeler ve toplumsal ortam olarak sıralamak mümkündür”¹⁰. Bu yüzden tercih iki şeyden birine değer atfetmek şeklinde düşünülürse, değer subjektivizmini doğurur. Oysa tercih konusu olan objektif bir olay veya metin, bazen aynı olduğuna göre o olay veya metnin kendine özgü bir vasfının, değerinin olması gerekir. İşte bu subjektivizmden kurtulmak için fıkıh usulünde, hüküm istinbatında kullanılan delillerin değeri biçilmiş ve deliller hiyerarşisi oluşturulmuştur. Bu nedenle tercih yöntemi bir denetim altına alınmıştır diyebiliriz. Tercihin asıl mahiyeti ise bir olayda kendi alanı ile benzerleri arasındaki “yeri tespit” etmedir. Bu tespit işlemi hukukçular arasında da yapıldığından¹¹ tercihin sadece deliller arasında değil bizzat anlayanlar ve değerlendirenler arasında da yapılması klasik usulde soyutla somutun birlikteliği veya örtüştürülmesi olarak değerlendirilebilir.

⁷ Tez Metni, s. 34 vd.

⁸ Mahmud Hamid Osman, el-Kâmusu'l-Mübin fi Istılahati'l-Usuliyyin, Kahire, 2000, s. 78-79.

⁹ Hafnavi, Muhammed, et-Tearuz ve't-Tercih, Daru'l-Vefa, 1987, s. 279.

¹⁰ Usta, Niyazi, “Dinin Ansezinim Cana Paradigma-Metodolojini Probleması”, Türkçeden Kırgızca'ya trc. Ait Mirza Satı Baliyev, (Kırgızca'dan trc. Fazlı Polat), Oşh Memlekettik Üniversteti Teologa Fakültetti İlmi Jurnal, Cəhbö, 5, 2004, s. 7.

¹¹ Geniş bilgi için bkz. İbn Abidin, “Ukudu Resmi'l-Müfti”, Mecmuatu Resaili İbn Abidin, Alemü'l-Kütüb, tsz., II, 11-12.

1. Tercihin Sözlük Anlamı

Tercih kelimesi köken olarak Arapçadır. “رجح” kökünden türetilen “ترجیح” mastarı ziyadeli bablardan olan “تفعيل” kalıbına nakledilerek elde edilmiştir. Sözlüklerde ve fıkıhla ilgili kaynaklarda farklı şekillerde tanımlanmıştır. Kur'an-ı Kerim'de hiç kullanılmamakla birlikte hadislerde sıkça kullanılmıştır.

İbn Manzur, tercih kavramını; diğerlerinden öne alma, üstün tutma, değer verme şeklinde izah ederken; kavramın diğer türevlerine de genişçe atıfta bulunmuştur. Örneğin, “ارجح الميزان” şeklindeki kullanımında teraziyi (kefesini) ağırlaştırdı, meylettirdi anlamını vermiştir. Diğer taraftan “رجح في مجلسه” örneğini de kişinin manevi ağırlığı, saygınlığı anlamında kullanmış ve bunun bir darb-ı mesel olarak kullanıldığına da işaret etmiştir. O, bu anlamı pekiştirmek için hilm sahibi insanlara, hafif ve basit kişilikli insanların karşısı olarak “الرجاحة” kelimesinin kullanıldığını söylemiştir¹². Fiyruzabadi de aynı anlamlara işaret etmekle birlikte “değer verme” anlamına dikkat çekmiştir¹³. Tahanevi tercihin sözlükte bir şeyi galip ve zait kılmak anlamında olduğuna ve mecazen de bir itikadın üstünlüğünde kullanıldığına “على اعتقاد الرجحان” ifadesiyle dikkat çekmiştir. Ayrıca tercihin muarazanın olmadığı yerlerde de kullanılacağına örnek olarak terazinin kefelerinden birinin diğerine ağır ve galip gelmesini göstermiştir¹⁴. Oysa burada terazinin ilk halini düşünürsek şeklen bir denkleğin, tearuzun ve eşitliğin olduğunu görürüz. İşte bu denkliği bozan şey, tercihi gerektirendir. Zira Ebu'l-Beka da tercihi “iki mütearizden birinin diğeri üzerine olan kuvvetinin açığa çıkması” şeklinde tanımlamıştır¹⁵.

Heyet tarafından hazırlanan Mu'cemu'l-Arabî isimli çağdaş arapça sözlükte “رجح” kelimesinin beş anlamda kullanıldığına dikkat çekilmiştir. Sırasıyla, bir şeyin ağırlığı, insan aklının kamilleşmesi olgunlaşması ve tamamlanması, kişinin görüşünün başkasının görüşüne galip gelmesi, şahsın vakarının artması ve terazinin bir kefesinin diğerinden ağır gelmesi anlamında ifade etmek için kullanılır. Heyet, “ترجیح” kavramında iki görüşten (re'y) birinin diğeri üzerine baskın olduğunu, bu durumun da üstünlükten, kuvvetten ve

¹² İbn Manzur, Cemaluddin, Lisanu'l-Arap, Beyrut, 1997, II, 445.

¹³ Fiyruzabadi, Ebu't-Tahir, Muhammed b. Yakub, el-Kamusu'l-Muhit, Beyrut, 1987, s. 279.

¹⁴ Tahanevi, Muhammed Ali b. Ali, Kitabu Keşşafî İstilahî'l-Funun, İstanbul, 1984, I, 538.

¹⁵ Ebu'l-Baka, Eyyub b. Musa el-Kefevi, el-Külliyat, Beyrut, 1993, s. 315.

diğerine olan meyilden kaynaklandığını vurgulamıştır¹⁶. Neticede tercih, bir şeyin üstünlüğünü ortaya koymak ve takviye etmek anlamında kullanılmıştır¹⁷.

2. Tercih Kavramının Ortaya Çıkışı

Tercih kavramının nasıl ortaya çıktığını tespit pek kolay değildir. Öyle anlaşıyor ki fakihler, benimsedikleri görüşleri veya içtihatlarını ifade etmek için farklı terimler kullanmışlardır. Genel kullanıma ulaşmak için önemli bir sürecin geçtiğini düşünüyoruz. Ebu Hanife, muhafızın (bekçi) namaz kılması konusundaki bireysel tercihin belirmek için أحب إلي “bana daha sevimli geliyor” ifadesini kullanmıştır¹⁸.

Evzai ise bu kavramı iki yerde kullanmıştır; O, Müslümanlar düşmanlarıyla savaşırken aradaki çocukların, kalelerdeki insanların zaruret olmadığında öldürülmemesi “bana daha sevimli gelmektedir” ve korunmaya daha uygundur, demektedir¹⁹. Tespitimize göre Ebu Yusuf’un er-Reddu ala Siyeri’l-Evzai isimli eserinde tercih kavramı kullanılmamıştır. “أحب إلي” nin kullanımından hareketle ilk dönem fakihlerinin tercih kavramının yerine bunu kullandığı ve bununla içtihadını ifade etmek istediğini söyleyebiliriz.

Tercih kavramına klasik kaynaklarımızdan olan İmam Muhammed’in Camiu’s-Sağir’inde de rastlamamaktayız. Örneğin, namazlarda kıraatin rekatlarda ne kadar olacağı konusunda İmam Muhammed bütün namazların ilk rekatlarında kıraatin diğer rekatlardan uzun olması bana sevimli geliyor, أحب إلي şeklindeki bu lafzı kanaatimizce “tercih ediyorum” yerine kullanmıştır. Çünkü bu eserin şerhinde Abdulhayy el-Leknevî, bu ifadeyi açıklarken konuyla ilgili Katade’nin rivayetinde Peygamberimizin birinci rekatlarda uzun okuduğunu zikretmiştir. Öyleyse bu sadece bir gönlün arzusu değil delile dayalı bir tercihten ibarettir²⁰. Yine bir başka yerde de” Ebu Yusuf ve İ. Muhammed’in birlikte hocalarının hilafına bir durumu tercih ettiklerini gösterir nitelikte أحب إلينا ifadesini kullanmışlardır²¹. Belki de bu kavram, net bir delile dayandırmanın mümkün olmamasına

¹⁶ Mu’cemu’l-Arabiyyi’l-Esasi, (Heyet), Tunus, tsz., s. 505.

¹⁷ Tercih kavramının diğer anlamları ve yapılarıyla ilgili bilgi için bkz. Sanu, Kutup Mustafa, Mu’cemu Mustalahati Usuli’l-Fıkh, Dimeşk, 2000, s. 130-132.

¹⁸ Ebu Yusuf, Yakub b. İbrahim, er-Reddu ala Siyeri’l-Evzai, thk. Ebu’l-Vefa Afgani, Mısır, tsz., s. 89-90.

¹⁹ Ebu Yusuf, a.e., s. 90.

²⁰ Şeybanî, Muhammed, Camiu’s-Sağir maa Şerhi’n-Nafii’l-Kebir (Abdulhay el-Leknevi) Beyrut, 1986, s. 96.

²¹ Şeybanî, a.e., s. 163.

binaen *sezgisel* olarak birinin diğerinden daha uygun olduğu kanaatinde olmaklığı ifade etmek için de kullanılmış olabilir.

İmam Şafii de aynı terimi daha sık kullanmıştır. örneğin, ben ağza ve buruna su vermenin abdest alana farz olduğunu söyleyen kimse bilmiyorum. Ayrıca bilerek veya kasten terk edenin namazını iade etmeyeceği hususunda da ihtilaf edildiğini bilmiyorum, fakat abdest alan kişinin ellerini yıkadıktan sonra ağzına ve burnuna üç defa su vermesi “bana sevimli geliyor”²² demiştir. Şafii’nin de bu lafzı tercih anlamında kullandığını düşünüyoruz. Çünkü Peygamberimiz abdestte ağza ve buruna su vermenin de önemini bildirmiştir²³. Dolayısıyla bu hadis, Şafii’nin ağza-burna su vermeyi tercih ettiğinin sebebi olarak kabul edilebilir.

Diğer taraftan Tahavi ise, yolcunun namazını bitirip selam verdikten sonra vakit çıkmadan mukimliğe niyet etmesi halinde namazını iade etmesi “bana sevimli geliyor” diyerek, Hanefi ve Şafiilere aykırı bir görüşü yine aynı ifadeyle dile getirmiştir²⁴. Bu, onun tercihi olarak değerlendirilebilir.

Bu terimin, “istihsan yapıyorum” anlamında kullanılmadığı kanaatindeyiz. Çünkü istihsanın reddedildiği yerlerde “أستحسن” lafzı kullanılmıştır²⁵. Dolayısıyla “أحب إلي” ifadesi tercihe mahsustur. Neticede “istihsan” ve “güzel bulma” terimleri, fıkıh usulünün oluşum sürecinde anlam daralmasına uğrayarak daha teknik ve hususi bir yapıya kavuşmuştur, diyebiliriz.

Tercih kavramı ve diğer türevlerinin Muvatta’nın dışındaki meşhur 8 hadis kitabında 49 yerde kullanıldığını görmekteyiz. Örneğin, Buhari ve Müslim’de “فأرجح في الميزان” ifadesiyle Hz. Bilal’in tartıda ağır tarttığını ifade için bizzat Peygamberimiz tarafından kullanılmıştır²⁶. Yine, tartı yapan kişiye peygamberimiz “زن و أرحح” ifadesiyle biraz ağır tartmasını emretmiştir²⁷.

²² Şafii, Muhammed b. İdris, el-Ümm, thk., Mahmud Matraci, Beyrut, 1993, I, 77.

²³ Malik b. Enes, Muvatta, Taharet, 4; Buharî, el-Vudu, 137; Müslim, Taharet, 226, 236; Ebu Davud, Taharet, 53.

²⁴ Tahavi, Ebu Cafer, Muhtasarü İhtilafî'l-Fukaha, İhtisar eden: Ebu Bekir Cassas, thk, Abdullah Nezir, Beyrut, 1996, I, 361.

²⁵ Şafii, Kitabu İbdali'l-İstihsan (el-Ümm ile birlikte), VIII, 496.

²⁶ Buharî, Buyu, 49; Müslim, Rada, 57.

²⁷ Ebu Davud, Buyu, 7; İbn Mace, Ticaret, 34; Nesai, Buyu, 54.

Ahmed b Hanbel'in Müsned'inde ve Buhari'de Hz. Aişe, Medine'de 9 yaşlarındayken arkadaşlarıyla "أرجوحة" denilen bir oyuncakta oyun oynadığını şöyle ifade ediyor: "وإني لفي أرجوحة"²⁸. Müslim'i tahkik eden M. F. Abdulkaki, Sahih-i Müslim'de geçen bu kelimeyi (أرجوحة) tahtaravelli olarak açıklıyor²⁹. Ebu Davud'da ise bu hadis, "وأنا وألعي على أرجوحة" şeklinde geçmektedir³⁰. Bu kavramı İbn Manzur'un da aynı anlamda kullandığını görüyoruz³¹. Ancak İbnu'l-Esir bu kavramı salıncak olarak zikrederken, insanın salıncakta gidip gelmesinden hareketle bu ismin verildiğine dikkat çekmiştir³². Bu anlama Fiyruzabadi'de de rastlıyoruz³³. Fakat biz bu kavramın tahtaravelli anlamında olduğunu tercih ediyoruz. Çünkü tercih kavramının anlamı somut olarak burada anlaşılmaktadır. Şöyle ki, salıncak bir sarkaç gibi sadece gidip gelmektedir, oysa tahtaravelli bir terazi gibi ağırlık verilen tarafa göre meyletmektedir. Boş olduğunda ise her iki taraf da dengede olacağından sarkma söz konusu değildir. Zaten İslam hukuk metodolojisindeki tercih de eşit seviyedeki iki delilin dengede kalması durumunda ek bir delil ile bir taraftakinin diğerine takdim edilmesidir. Dolayısıyla bu kavramın semantik açıdan konumuzla doğrudan ilişkili olduğu kanaatindeyiz. Diğer taraftan salıncakta karşı taraf yoktur ki tercihi çağrıştırsın. Yalnız salıncığın gidip gelmesi müçtehidin tearuz eden deliller arasında tercih işlemini yaptığı esnadaki zihinsel faaliyetine teşbih edilirse ona katılırız. Kanaatimizce İbnu'l-Esir de bu duruma işaret etmek istemiştir.

Tercih kavramına manevi bir ağırlık anlamının verildiğine de şahit oluyoruz. Örneğin Ahmed b Hanbel, "فترجح حسناته على سيئاته" şeklinde bir ifadeyle kişinin sevaplarının günahlarına ağır geleceğini nakletmiştir³⁴. Bu durum bize kavramın soyut alanda somutlaştırmada kullanıldığını göstermektedir. İbn Mace'de aynı paralelde mizanda ağır gelecek bazı kavramları bizzat İbn Abbas, Cüveyriye'den nakletmiştir³⁵. Tirmizi ise, hadis rivayet eden kişiler arasında birinin diğerinden sikalıkta daha kuvvetli ve güvenilir olduğunu ifade etmek için "أرجحهما" veya "أرجح" lafzını kullanmıştır³⁶. Bu kullanım şekli

²⁸ Ahmed b. Hanbel, Müsned, XVII, 49, 212; Ahmed Muhammed Şakir, hadisin senedinin sahih olduğunu söylemiştir.

²⁹ Müslim, Nikah, 69; İbn Mace, Nikah, 13; Darimi, Nikah, 56.

³⁰ Ebu Davud, Edeb, 63.

³¹ İbn Manzur, II, 446.

³² Cezeri, İbnu'l-Esir, en-Nihaye Fi Garibi'l-Hadis ve'l-Eser, thk., Ebu Abdurrahman Salah, Beyrut, 1997, II, 181.

³³ Fiyruzabadi, s. 279.

³⁴ Ahmed b Hanbel, II, 330.

³⁵ İbn Mace, Edep, 56.

³⁶ Tirmizi, Eşribe, 14, Tefsiru'l-Kur'an, 53.

tercihin insanlar arasındaki seçimde de kullanıldığını, dolayısıyla insani erdemliklerin bir ağırlık oluşturduğunu yansıtır mahiyettedir.

Ayrıca sahabenin bu kavramın diğer şekillerini maddi ve manevi ağırlığı ifade etmek için kullandığını görüyoruz. Örneğin, Peygamberimiz bir gün rüya görenin olup olmadığını soruyor, sahabeden Ebu Bekr'e gördüğü rüyayı şöyle anlatıyor "Gökten bir terazi indi, Ebu Bekir'le tartıldınız, fakat siz ağır geldiniz "فرجت انت بأبي بكر" sonra Hz. Ebu Bekir'le Hz. Ömer tartıldı, Hz. Ebu Bekir ağır geldi "فرج ابو بكر" ...” Peygamber bu duruma pek memnun kalmamıştır³⁷. Darimi’de geçen bir hadiste ise Peygamber efendimize iki melek geliyor ve biri diğerine Peygamberimizi bir insanla tartmasını emrediyor neticede Peygamberimiz ağır geldiğini "فوزنته" kelimesiyle zikrediyor. Sonra melek Peygamberimizi 10 kişiyle tartınca yine ağır geldiğini bu defa "فرجتهم" kelimesiyle ifade ediyor. Sonra 100 ve 1000 kişiyle tartıldığını, yine ağır geldiğini aynı lafızlarla tekrarlıyor. Terazinin diğer tarafında olanların yine de çok hafif kaldıklarını söylüyor. Hatta meleklerden biri diğerine diyor ki, Eğer onu ümmetiyle tartsan "لرجحها" o ümmetinden de ağır gelecektir³⁸. Bu hadiste dikkatimizi çeken iki husus vardır. Birincisi Peygamberimiz tek kişiyle tartılırken "فوزنته" lafzını kullanmış, kişiler çoğalınca "فرجتهم" lafzını kullanmıştır. Dolayısıyla birinci lafız –her ne kadar burada Peygamberin maddi ve manevi ağırlılığı olsa da- maddi ağırlıklar için kullanılırken, ikinci lafız (tercih) hem maddi hem de manevi ağırlıklar için kullanıldığına işaret edilmiştir. Fakat ikinci kelimenin çoğunlukla manevi değerleri ve ağırlıkları tespitinde kullanıldığına dikkat çekilmiş olabilir. Zaten fıkıh kültürümüzdeki kaynaklarda sadece tercih kavramının kullanılmış olması da bunun kanıtıdır. Ayrıca yukarıda Tirmizi’den zikrettiğimiz rivayetin sonunda Peygamber’in memnun kalmaması da bizi destekler mahiyettedir. Çünkü sahabe manevi bir ağırlığın varlığına işaret etmek istemiştir. Yoksa gerçek bir ağırlık kastetmemiştir. Eğer öyle bir şey olsaydı onu "وزن" kelimesiyle ifade etmesi gerekirdi, diye düşünüyoruz. Hadisten anladığımız ikinci husus ise tercihte kesinlikle dengenin bozulacağı mutlaka bir tarafın galip ve ağır geleceğidir. Ancak bunu gerçekleştirmek için ek bir değere ihtiyaç hissedilecektir.

³⁷ Tirmizî, Rüya, 10, Tirmizî bu hadisın hasen ve sahih olduğunu söylemektedir.

³⁸ Darimi, Mukaddime, 3.

Müctehit imamların eserlerinde tercih kavramının kullanılmamasına karşılık daha sonra kaleme alınan hadis eserlerinde bu kavramın kullanılmasını iki açıdan değerlendirebiliriz. *Birincisi*, Peygamber, terimleri her zaman teknik anlamda kullanmamıştır, fakat o'nun kullanması terimlerin oluşmasında ve kullanıldığı teknik anlamı ifade etmede yine öncüdür. Bu nedenle Peygamber'in kullandığı diğer terimleri de hukuki (teknik) anlamında kabul etmek her zaman isabetli olmayabilir. *İkincisi*, tercihin teknik anlamına kavuşması fakihler sayesinde olmuştur. Fakat bu oluşum tabii bir süreç geçirdiğinden, hadislerde kullanılan sözlük anlamıyla (daha çok) fıkhıta kullanılan teknik anlamı ciddi bir örtüşme içerisindedir. Tercih kavramına ulaşmadan önce kullanılan “أحب” ve “أبغ” gibi lafızlar genel bir anlam yelpazesini oluştururken, tercih daha sistematik ve yöntemsel bir anlamı sunmaktadır. Bu duruma sahayla ilgili ilk usul eserlerinde rastlamaktayız³⁹. Cassas'ın usul eserinden önceki eserlerde tercih kavramına sistematik olarak rastlayamadık, ancak bu kavramın Cassas tarafından oldukça dar anlamında kullanılması bunun daha önceleri de kullanıldığı izlenimini vermektedir. Örneğin, Kerhi, “İmamlarımızın sözüne muhalif olan ayetlerin nesh edildiğine veya tercih edildiğine hamlederiz.”⁴⁰ İfadesiyle bizzat tercihi kullanmış ve akabinde te'vile de değinmiştir. Hatta sonraki usul eserlerinde çokça kullanılan örneklerden iki tanesini de zikretmiştir. Bu durum Kerhi'nin konuya sistematik olarak baktığını, ancak yazmadığını göstermektedir.

Bir diğer husus da, fakihlerin sıralaması yapılırken, İbn Kemal tarafından yapılan değerlendirmede, Ashab-ı Tercih, beşinci tabaka olarak gösterilmiştir. Burada tercih; İslam hukukçularından mukallid sayılanların bazı rivayetleri diğer bazılarına üstün görerek seçmeleri şeklinde değerlendirilmiştir⁴¹. Bu değerlendirme, tercihin basit bir şeklini ifade etmektedir. Hatta mukallidler arasında yapıldığını ileri sürmek tercihin gerçek yapısıyla pek örtüşmediği kanaatindeyiz. İbn Kemal'in bu görüşe ulaşmasında dönemindeki hukuki düşüncenin etkili olduğu görüşündeyiz.

³⁹ Cassas, Ahmed b. Ali er-Râzî, el-Fusul fi'l-Usul, thk. C. en-Neşmi, İstanbul, 1994, IV., 203.

⁴⁰ Kerhî, Ebu'l-Hasan, Risale fi'l-Usul, (Ebu Zeyd ed-Debbusi'nin Te'sisü'n-Nazar'ı ile birlikte), thk., Mustafa M. Kabbani, İstanbul, 1990, s. 179.

⁴¹ İbn Abidin, Resmu'l-Müfti, I, 12.

3. Tercihin Istilahî Anlamı

Müctehitlerin hüküm vermede kullandıkları tercihin normatif bir fonksiyon icra ettiğine klasik fakihlerde rastlanmaktadır. Örneğin, Kerhi, “Haberi vahidin kıyasa tercih edileceğini” söyledikten sonra illetini de şöyle açıklar, çünkü haberi vahid zanna galip geldiğinden kıyasa takdim edilir ve haberde içtihat ve hata ihtimali kıyastan daha azdır⁴².

Kerhi’nin öğrencisi olan Şaşi, tercihte izlenecek yöntem kısaca hiyerarşik olarak değinirken “mukaddem” lafzıyla bu konuya atıfta bulunmuştur⁴³. Oysa hem Kerhi’nin hem de Şaşi’nin talebesi olan Cassas konuya sistematik bir boyut kazandırmaya gayret etmiş ve konuyu müstakil bir başlık altında işlerken tercih metotlarına da yer vermiş, ancak tercihin tanımını yapmamıştır. Konuyu haberlerin (sünnet) ve kıyastaki illetlerin tearuzuyla birlikte mütalaa etmiştir⁴⁴. Kerhi’nin tercih kavramını kullandığı yerde Cassas, “مقدم” lafzını da kullanmıştır⁴⁵. Dolayısıyla klasik kaynaklarımızda bazen tercih yerine “takdim” lafzının kullanıldığına şahit oluyoruz. Ancak takdim kavramını daha ziyade amm-hass arasındaki ilişkilerde kullanırken, kıyasın illetleri arasında ve haberlerin tearuzunda tercih kavramının kullanılmış olması bu kavramın teknik bir anlamda yani içtihadı çağrıştıran bir formda kullanıldığı kanaatine bizi ulaştırabilir. Çünkü Cassas teknik anlamdaki tercihe şöyle işaret etmektedir: “Eğer tearuz eden iki kıyasta illetlerden biri nass ile (mansus aleyh) diğeri istinbat ile sabit ise bu durumda mansus illetin yanında müstenbat illetin bir payı yoktur”⁴⁶. Diğer taraftan Cassas, sorulan soruda iki durumdan biriyle hüküm verilmişse, seçilen bu hükümden dönmek caiz değildir, görüşündedir. Ancak ikinci görüşünü açıklayacak bir üstünlük “إلا برجحان” varsa, o zaman müstefti ikinci görüşle amel edebilir⁴⁷ diyerek tercihin teknik kullanımına yer vermiştir.

Ebu Zeyd ed-Debbusi ise tercih kavramını kıyas konusundan sonra tamamen bağımsız başlık halinde ele alıp önce sözlük açısından açıklamasını yapmıştır. Ona göre tercih, “iki eşit şeyden birisinin diğeri üzerine asıl olarak değil de vasıf olarak ziyadeliğinin

⁴² Cuburi, Hüseyin Halef, el-Akvalu’l-Usuluyye Li’l-İmam Ebi’l-Hasen’il-Kerhî, Mekke, 1989, s. 82.

⁴³ Şaşi, Ebu Yakub, Usulu’s-Şaşi, thk., M. Enver Bedahşani., İstanbul, tsz., s. 165.

⁴⁴ Cassas, IV., 203.

⁴⁵ Cassas, I, 211.

⁴⁶ Cassas, IV., 208.

⁴⁷ Cassas, IV., 346.

açığa çakmasıdır”⁴⁸. Müellif burada tercih kavramının aslında teknik anlamını vermiştir. Fakat daha sonra sözlük anlamlarına ve zıt anlamlarına atıfta bulunmuştur. Debbusî, “iki şahidin şahadetleri tearuz ettiğinde bunlardan birinin hali meçhul, diğerinin hali adil olarak bilirse adil olan tercih edilir. Zira, adalet, şahitliğin sıfatıdır, fakat şahitlerin çokluğu sıfat olmadığından tercihte bunun tesiri yoktur” diyerek konuyu gayet net bir şekilde ortaya koymaya çalışmıştır. Tercih konusunu kıyas ve nass bağlamında en serbest bir şekilde ele alırken tanımdaki “vasfen” kaydına bütün örneklerde riayet etmiştir. Ayrıca “illet” ve “vasıf” ayrılığına dikkat çekerek kıyas ile tercih işleminin mahiyetlerine atıfta bulunmak istemiştir⁴⁹.

Görebildiğimiz kadarıyla Hanefi fakihlerden konuyu en sistematik şekilde ilk defa Pezdevî incelemiştir. Ona göre tercih, “eşit mertebede iki şeyden birinin diğerine vasfen üstünlüğüdür”⁵⁰. Abdulaziz Buhari’ye göre bu, tercihin sözlük anlamıdır. Teknik anlamına Pezdevî şu iki şekilde işaret etmiştir⁵¹. *Birincisi*, “Tercih, eşit seviyedeki iki delil üzerinde ve iki eşit seviyede (مئین) delilin aralarında tearuzun meydana gelmesi üzerine vasfen oluşan bir duruma binaen yapılan şeydir”⁵². *İkincisi* ise “tercih konusunda aslolan tearuz esnasında eşit olan terazinin keferlerinden birine bir şey ekleyerek tearuzun ortadan kaldırılmasıdır”⁵³. Abdulaziz Buhari, bu ikinci tanımın teknik anlamda olma ihtimaline karşılık birinci tanımın sözlük anlamında olacağına ihtimal vermektedir⁵⁴. Oysa, birinci tanımın teknik anlamda olması daha uygundur. Çünkü birinci tanımda kullanılan “وصفا” kaydı önemlidir. Şöyle ki, tercihte aynı bir ağırlık yerine vasfi bir ağırlık esas olmalıdır. Zaten bu durumu izah ederken Pezdevî diyor ki: iki şahit getiren kişiye karşılık daha fazla şahit getireninki tercih edilmez. Çünkü aslolan rüknün tamamlanmasıdır. Dolayısıyla üçüncü kişinin arttırılması tercihi gerektirmez⁵⁵. Abdulaziz Buhari, birinci tanımda kullanılan tercih lafzının “رجحان” (ağır gelmek, kamil olmak) anlamında kullanıldığını belirterek “tercih rüçhanı, üstünlüğü ispattan ibarettir”⁵⁶ demektedir. Kanaatimizce O, bu

⁴⁸ Debbusî, Ebu Zeyd, Takvîmu’l-Edille fi Usulî’l-Fıkh, thk., Şeyh Halil Mîs, Beyrut, 2001, s. 339.

⁴⁹ Geniş bilgi için bkz., Debbusî, a.e., s. 339-348.

⁵⁰ Pezdevî, Fahu’l-İslam, Usul (Abdulaziz Buharî’nin Keşfü’l-Esrar Şerhi İle Birlikte), tahrir: Muhammed Mu’tasım Billah, Beyrut, 1997, IV., 133.

⁵¹ Abdulaziz Buharî, Alauddin, Keşfü’l-Esrar, Beyrut, 1997, IV., 133.

⁵² Pezdevî, IV., 133.

⁵³ Pezdevî, IV., 134.

⁵⁴ Abdulaziz Buharî, IV., 133.

⁵⁵ Pezdevî, IV., 136.

⁵⁶ Abdulaziz Buharî, IV., 133.

ifadeyle birinci tanımı sözlük anlamında kabul etmiştir. Ne var ki “vasfen” kaydı bu düşüncüyü geçersiz kılmaktadır. Nitekim, konuyu aynı paralelde inceleyen Serahsî de Pezdevî’nin birinci tanımını tercihin sözlük anlamı olarak değerlendirmiştir. Fakat Pezdevî, şer’î anlamını (teknik) vereceğini söylediği halde buna açıkça değinmediğinden kanaatimizce sözlük ve teknik anlamını birlikte vermek istemiştir. Bu nedenle Pezdevî’nin kullandığı birinci tanım, Serahsî tarafından hem sözlük hem de teknik anlamında kullanılmıştır⁵⁷. Semerkandi de tercihin şer’î tanımının sözlük anlamından alındığına işaret etmektedir. Ona göre tercih, “zahiren tearuz eden iki delilden kuvvetli olanın tarafını almaya” denir⁵⁸. Netice itibariyle tercihin tanımı konusunda Hanefi ekolündeki usulcülerin öncüsünün Debbusi olduğu anlaşılmaktadır. Çünkü ondan sonraki usulcüler aynı tanımı ve metodu biraz daha şeklileştirerek takip etmişlerdir.

Şafii ekolünden olan Şirazi tercih kavramını bizzat kullanmakla birlikte tanımını yapmamış, sadece tercihin kıyasın tearuz eden illetleri arasında kullanılacağına yer vermiştir. O da diğer usulcüler gibi tercihin ilmin (kesin bilgi) meydana gelmediği yerlerde yapılabileceği kanaatindedir. Çünkü tercih ilim ifade eden deliller ve illetler arasında yapılamaz. Nitekim ilim ifade eden şey üzerine bir ziyadelik söz konusu olamaz. Bu nedenle deliller ve illetler birbirinden kuvvetli olsun ya da olmasın durum değişmez.⁵⁹ Bu yorum Şirazi’nin tercihi bir keyfilik gibi görüyor olmasından kaynaklanabilir. Belki de Şafii’nin istihsana olan eleştirisinden etkilenerek böyle bir düşünceye meyletmiş olabilir. Çünkü Hanefilere göre istihsan işlemi de hafi (gizli) kıyasın celi (açık) kıyasa bir tercihidir⁶⁰. Cüveyni ise tercihi, zan yoluyla bazı emarelerin (alamet, işaret) diğer bazalarına galip gelmesi şeklinde tanımlamıştır⁶¹. Cüveyni’nin tercihin tanımını fazla irdilemediğinden dolayı Şirazi ile aynı kanaatte olduğunu düşünüyoruz. Diğer taraftan Amidi, racihle amelin vacip olduğunu (zanni olan iki şeyde) ve bu hususta seleflerinin ve sahabenin icma ettiklerini⁶² bildirirken, Şafii mezhebinde de tercihin önemli bir yeri olduğunu belirtmektedir. Bu ifadelerden Şafiilerin giderek Hanefilere yaklaştığı anlaşılabılır.

⁵⁷ Serahsî, Usul, II, 249.

⁵⁸ Semerkandî, Alaaddin, Mizanu’l-Usul, thk., M. Zeki Zeki Abdilberr, Kahire, 1997, s. 730.

⁵⁹ Şirazî, Ebu İshak, Kitabu’l-Luma fi Usuli’l-Fıkh, Beyrut, 1995, s. 118.

⁶⁰ Cassas, IV., 234; Abdulaziz Buhârî, IV., 12.

⁶¹ Cüveyni, İmamü’l-Harameyn, Burhan, Daru’l-Vefa, 1999, II, 741.

⁶² Âmidî, Ali b. M. El-İhkam fi Usuli’l-Ahkam, thk., Seyyid Cümeyl, Beyrut, 1986, IV., 246.

Maliki usûlcü el-Bacî, tercih konusunu, tercihin hükmü, metinlerin tercihi ve mananın tercihi diye üç kısımda gayet sistematik bir şekilde kitabının son bölümünde incelemiştir. Birinci ve ikinci bölümde özellikle Sünnetin değerlendirilmesini tercih bağlamında hem senet kritiği hem de metin kritiği yönünden ele almıştır. üçüncü bölümde ise kıyastaki illetleri tercih açısından incelemiştir. Fakat tercihin tanımını müstakil olarak yapma yerine her bölüme göre değerlendirmiştir. Örneğin, birinci bölümde tercihi “haberi ahad hususunda tearuz olunca iki haberden birinin diğerine karşı galip zannın kuvveti olarak ” tanımlamıştır⁶³. Medine ehlinin amelinin tercih sebebi olduğuna da ayrıca vurgu yapmıştır⁶⁴.

Maliki usûlcü İbn Hacib ise, çağdaşlarından farklı olarak tercihi “tearuz ettiği diğer delil üzerine takviye eden bir emarenin (alametin) mukarin olmasıdır” şeklinde tanımlamıştır⁶⁵. Ona göre tercihi gerçekleştirecek tearuzun olabilmesi için ilmin oluşması gerekir çünkü iki nakz ile ilmi ortadan kaldıracak akli veriler arasında tearuz yoktur. Bu durum birer tasavvurdan ibarettir. Tercihin ancak tasdikât nevinden olan iki nakli delil, iki akli delil veya biri nakli diğeri akli olan deliller arasında olacağına da işaret ederek konuyu hukuk mantığı açısından ele almıştır⁶⁶.

Diğer bir Maliki hukukçusu Şatıbi de konuyu kitabının en sonunda tearuz başlığı altında ele alır. Tercihin tanımını yapmaz. Ona göre, şeriatta ihtilafın esasını iki uç arasında kalan kısımlar oluşturur. Çünkü iki uç arasında kalan kısım şeri delilin ilgili bulunduğu bir sebeple her iki tarafın hükmünü de alabilir. İşte bu ortadaki hükme iki uçtaki delil taalluk ettiğinden her uç, meseleyi kendine doğru çekmek ister. Böylece tearuz oluşur. Bu durumun tabii sonucu olarak tercihe ihtiyaç doğmaktadır. Eğer tercih imkanı yoksa tevakkuf etmek gerekmekte ve onu müteşabihten saymalıdır⁶⁷. Şatıbi, tercihi tearuzla birlikte fıkıhın diğer konularına yansıtarak işlemeye çalışmış ve genişçe içtihadı atıfta bulunarak da konunun içtihadî fonksiyonunu vurgulamıştır. Nitekim O, konuyu işlerken şeriâtın usulde olduğu gibi furu alanında da pek çok görüş ayrılığı olsa bile sonuçta tek bir

⁶³ Bacî, Ebu'l-Velid, el-İşarat fi Ma'rifeti'l-Usul, thk., M. Ali Ferkus, Mekke, 1996, s. 329.

⁶⁴ Bacî, s. 335.

⁶⁵ İbn Hacib, Cemaluddin Ebi Amr, Münthe'l-Vusul ve'l-Emel Fi İlmi'l-Usuli ve'l-Cedel, Beyrut, 1980, s. 222.

⁶⁶ Geniş bilgi için bkz., İbn Hacib, s. 222-229.

⁶⁷ Şatıbi, IV., 174-175.

görüŖe varıp dayandığını belirterek⁶⁸, konunun mutlaka tercih veya cemle sonuçlanıp bir neticeye vardırılmasına işaret etmek istemiŖtir. Tek hükümde veya bir görüşte birleŖmek için de en uygun yöntem tercihtir. Çünkü Şatıbi de içtihat konusunu işlerken, eğer cem mümkün değılse tercihin yapılmasında usulcülerin ittifak ettiklerini, söylemektedir⁶⁹. Ayrıca Şatıbi, istihsanın İmam Malik'e göre tercih esasına (aslına) dayandığını, إن معنى الاستحسان يرجع الى تقديم الاستدلال المرسل الى القياس ifadesiyle açıkça vurgulamıştır⁷⁰. Kendisi bir Maliki olduğundan, tearuzu gidermede ilk sırada cem'i kullanması pek tabidir. Ancak tercihte usulcülerin ittifak ettiklerine dikkat çekmesi onun tercihi öne alma girişimi olarak değerdendirilebilir.

Hanbeli fakihi İbn Kudame, tercih konusunu, "delillerin tertibi ve tercihi bilme" başlığı altında ele almıştır. Kullanmış olduğu bu başlık tercih meselesini kısa ve en güzel şekilde ifade etmektedir. Müellif, tercihin bizzat tanımını yapmamakla birlikte müçtehidin bütün meselelerde öncelikle icmaya başvurması gereğı üzerinde durmuştur. Ona göre icma kat'i bir delildir. Ona muhalif olan Kitap ve Sünnet'in mensuh olduğu kabul edilir⁷¹. Dolayısıyla İbn Kudame tercihi "delillerden en kuvvetli olanla amel etme", şeklinde zımnen tanımlamak istemiştir diyebiliriz⁷². Ayrıca tearuz eden delillerden önce uzlaştırmaya, sonra neshe başvurulmasına da işaret ederek Malikilerin cem yöntemine öncelik verdiği anlaşılmaktadır⁷³. Diğer taraftan Ebu Ya'la da tearuz durumunda öncelikle mecaz, takyid, ve tahsis gibi yollarla uzlaştırma (cem) mümkün olmazsa tercih kurallarıyla hareket edilerek konunun çözülmesini önermektedir⁷⁴.

⁶⁸ Şatıbi, IV., 63.

⁶⁹ Şatıbi, IV., 65.

⁷⁰ Şatıbi, I, 16.

⁷¹ İbn Kudame'nin icmaya muhalif olan nassın nesh edilmiş olacağını veya o nassın te'vil edileceğini ileri sürmesi, Hanefilerden Kerhî'nin "Tearuz eden nasslar içerisinde Mezhebin görüşüne uymayan nassın nesh edildiğini veya o nassın te'vil edileceğini" görüşüyle örtüşmektedir. Kerhî burada kendi mezhebinin görüşünü bir nevi icma gibi telakki etmiş olabilir. Ayrıca onun mantığı şudur, selefimiz nasslara bizden daha yakın olduğundan hangisinin nasih hangisinin mensuh olduğunu bizden iyi bilir. Zaten tearuzun temelinde ise nassların nasih ve mensuhunu bilmemek yatmaktadır. Dolayısıyla bize göre tearuz gibi görünen iki nassta bizden öncekilere göre tearuz yoktur. Çünkü onlar hangisiyle amelin esas olduğuna vakıftırlar. Ayrıca İbn Kudame, tercih konusundaki bu tutumuyla Gazalî'den doğrudan etkilendiğini göstermektedir. Karşılaştırma için bkz., Gazalî, Ebu Hamid, Mustasfa, Beyrut, tsz., II, 632-633; İbn Kudame, Muvaffakuddin, Ravdatu'n-Nazır ve Cünnetü'l-Münazır fi Usulî'l-Fıkh, thk., A. en-Nemle, Riyad, 1994, III, 1028 vd.

⁷² İbn Kudame, a.e., III, 1028-1029.

⁷³ İbn Kudame, a.e., III, 1029.

⁷⁴ Ebu Ya'la'nın bu konuda ileri sürdüğü objektif kaideler için bkz., Ebu Ya'la el-Ferra, İbnü'l-Ferra M. b Hüseyin, el-Udde fi Usulî'l-Fıkh, nşr., Ahmed b Ali Seyr, Riyad, 1993, III, 1019, 1023-1032.

Zahirilerin tercih hakkındaki kanaatlerini İbn Hazm ortaya koymuştur. O, dört mezhebin tercih yaptığı yerleri teker teker değerlendirmeye almış, çoğunluğunu reddetmekle birlikte bazen de “هذا ترجيح صحيح” bu doğru bir tercihtir” diyerek desteklemiştir. Örneğin İslam alimleri bir olaya bizzat şahit olan ravinin rivayetini, olaya şahit olmadan nakledeninkine tercih etmişlerdir. Mesela, Hz. Peygamber’in eşi Meymune diyor ki “Peygamber, ikimiz de ihramlı değilken beni nikahladı”⁷⁵. İbn Abbas ise, “Rasulullah Meymune’yi o ihramlıyken nikahladı”, diyor. İşte İbn Hazm buradaki Meymune’nin ifadesinin tercih edilmesine katılarak şöyle devam ediyor: “Haber, olaya şahit olmayan biri tarafından nakledilmiştir. Kimden nakledildiğini bilemiyoruz, dolayısıyla mechul ile hüccet getirmek doğru olmaz. Ayrıca kişinin kendisinin şahit olduğu bir şeyi bildirmesinde şüphe yoktur”⁷⁶, diyerek konuyu başka bir açıdan değerlendirmiştir. Netice itibariyle İbn Hazm kendi metodolojisine göre izah edebileceği tercihleri kabul etmiş ve bunlara “burhan” ismiyle işaret etmiştir⁷⁷. İbn Hazm, yöntemine uymayan tercihleri ise mutlak bir dille reddetmiştir, çünkü ona göre nassların hepsini almak eşit seviyede vaciptir, dolayısıyla birinin diğerinden daha kuvvetli olduğu iddiası caiz değildir. Bu ancak nefsin hoşlanmasından ibarettir. Ve bu da batıl bir istihсандır⁷⁸. Bu ifade dikkat çekicidir. Şöyle ki, İbn Hazm, kıyası çağrıştıracak tercihleri reddetmektedir. Çünkü o, diğer mezheplerin (özellikle Hanefilerin) kullandıkları tercihi istihsan veya kıyas olarak telakki etmektedir. Bu anlamda tercihi reddetmesinin gerekçesini ise Davud Zahirî’nin kullandığı “Eğer o, Allah’tan başkasından gelseydi onda birçok tutarsızlık bulurlardı”⁷⁹ ayetiyle ortaya koymaktadır. Bu ayetten hareketle hadisler arasında da tearuzun olmadığını vurgulamış ve şu kuralla konuyu geliştirmek istemiştir. “Sebebi batıl olan her şeyin, bu batıl sebepten ortaya çıkan sonucu da his ve müşahadeyle zarureten batıldır”⁸⁰. Dolayısıyla nasslar arasında tearuz batıldır. Bunun sonucu olan tercih de pek tabi olarak batıl olmak zorundadır.

Sonuç itibariyle müellif, literal (lafızcı) okumasına uygun olarak, bazen tercihi kabul edip, bazen de kıyasa benzeterek kabul etmemektedir. O, daha çok baştan

⁷⁵ Müslim, Nikah, 5; Tirmizî, Nikah, 24. Tirmizî, bu hadisin hükmünü hasen ve sahih olarak belirtmiştir. Ayrıca bkz., İbn Mace, Nikah, 45; Nesai, Menasik, 90.

⁷⁶ İbn Hazm, Ebu Muhammed Ali, el-İhkam fi Usulî’l-Ahkam, I, 182.

⁷⁷ Geniş bilgi için bkz., İbn Hazm, I, 182-201.

⁷⁸ İbn Hazm, I, 179.

⁷⁹ Nisa, 4/82.

⁸⁰ İbn Hazm, I, 177.

metodolojisiinde yer vermediği kıyasa, diğer bir ifadeyle içtihadı yakın gördüğü tercihlere reddetmektedir. Bu durum onun tercihi bir anlamda içtihat olarak telakki ettiği sonucuna götürmektedir.

Netice itibariyle Hanefiler tercih konusunu özel başlık altında tenakuz (çelişme, uyuşmama), mümanaat (çatışma, engelleme, men') ve tearuzun akabinde kıyasın bir bölümü gibi işlemişlerdir. Bu durum onların tercihi bir içtihat faaliyeti olarak algıladıklarını gösterir. Diğer mezheplerde ise tercih konusu tearuz ve tercih başlıkları altında daha sistematik olarak işlenmiştir. Bu yapı diğer mezheplerin tercihi belli bir kontrol altına alarak kıyas gibi şekilleştirdiklerini yansıtırken, Hanefiler konuyu daha serbest olarak, bir içtihat mantığı altında işledikleri izlenimini vermektedir. Cumhurun işleyiş şekli çağımızda yazılan usul eserleri tarafından da ele alınmıştır. Bu yapı sistematik görünse de tercih faaliyetini belirli kalıplara soktuklarından gelişmesini engellemiştir.

Buraya kadar anlattıklarımızdan hareketle kanaatimizce tercih; hukukçunun, tearuz eden hükümlerden (deliller) birisiyle amel edilebilmesi için, asli ve fer'i delillere, hiyerarşideki değerlerini de dikkate alarak müracaat edip, hukukî gerekçesiyle birlikte bir hükmü seçmesidir.

4. Tercih – Anlama İlişkisi

Anlama kavramını net bir şekilde tanımlamak pek mümkün olmayabilir. Ancak “anlam” kavramından hareket edersek, anlama kavramını biraz daha açık şekilde tanımlayabiliriz. Sözlük olarak anlam, bir kelimenin, sembolün, işaretin, anlatımın, teorinin, önermenin, hüküm veya dilsel bir ifadenin bir iletişim ortamında taşıdığı muhtevayı içerik olarak barındıran şeydir⁸¹. Anlama ise, “genel olarak bir şeyi yalnızca dıştan değil, kendi içinden kavrama, bir şeyin özünü bir bağlam bütünü olarak anlatımını tanıma”⁸² veya “bir önermenin önceki bir kanunla ilgisinin farkına varma”⁸³ şeklinde

⁸¹ Akarsu, Bedia, Felsefe Terimleri Sözlüğü, İstanbul, 1994, s. 22; Bolay, Süleyman Hayri, Felsefe Doktrinler ve Terimler Sözlüğü, Ankara, 1997, s. 21; Ömer Demir-Mustafa Acar, Sosyal Bilimler Sözlüğü, İstanbul, 1993, s. 28.

⁸² Akarsu, s. 22.

⁸³ Bolay, s. 21.

tanımlanmaktadır. Yani anlama, anlamın yeniden bilinmesi, kavranması ve yeniden inşasıdır⁸⁴.

Fıkıh usulünü anlama faaliyeti olarak kabul edersek, tercih bu anlamının bir sonucudur diyebiliriz. Hukukun bir “gerege” cevap vermek için oluşturulduğunu düşünürsek, tercih bu gereğin seslendirilmesi, betimlenmesi ve verilen hükmün onanmasıdır. Bir anlama yöntemi sunan fıkıh usulünün gelişmesinde etkili olan içtihat faaliyeti ise bu anlamının özünü teşkil etmektedir. Tercih de içtihat (*iddialı fikir*) kadar olmasa da en azından “*imalı fikir*” mahiyetindedir. Tabi ki bu durum tercihin genel anlamı için söz konusudur. Oysa tercihin usûlî anlamı bizzat bir içtihat faaliyetidir. Çünkü tercihin delilsiz olamayacağı ittifakla kabul edilmiştir⁸⁵. Dolayısıyla tercihi, kuru bir anlamadan ziyade, anlamın kavranması içselleşmesi ve betimlenmesi şeklinde algılamak daha uygun olacaktır.

Nitekim tercih anlama işlemini gerçekleştirdikten sonra tearuz eden anlamlardan birini bir başka delile, emareye, gai bir unsura ve fiili bir realiteye dayanarak öne alma işlemidir. Bu yüzden tercih kavramı her ne kadar yöntem olarak anlama ile bir ilişki içerisinde olsa da sonuç itibariyle anlamının önündedir. Başka bir ifadeyle tercih bir somutlaştırma, şekillendirme ve rölativizmi disipline etmedir. Oysa anlamada böyle bir durum yoktur. Yani anlamada içsellik hakimdir. Tercihde ise dışa vurma, betimleme ön plandadır. Fıkıh usulünde tercihin en sonda işlenmesi bu yöntemin anlama faaliyeti olan fıkıh usulünün de son adımı olduğunu yansıtmaktadır. Bu nedenle anlama ile anlatılan arasındaki ilişki gibi, fıkıh usulü ile tercih arasında da böyle bir ilişkiden söz edebiliriz. Diğer bir ifade ile anlatım anlamayı somuttan soyuta veya soyuttan başka soyutlara yönelerek çeşitli şekillerde aktarma faaliyetinde bulunmaktır. Tercih de aynı işlemleri üstlenmekle birlikte, daha ziyade –nasslar bağlamında düşünürsek- soyutu başka soyutlarla ifade etme sanatıdır. Salt bir anlatımdan öte, yeni bir biçim verme, değer atfetme işlemidir. Mezheplerin oluşmasında da etkili olan işte bu mahiyetteki tercih yöntemidir diyebiliriz.

⁸⁴ Tatar, Burhaneddin, Felsefi Hermenutik ve Yazarın Niyeti, İstanbul, 1999, s. 83. Netice itibariyle bir anlama faaliyetinde beş unsurun varlığından söz edilebilir. 1-Anlatan (anlamadan anlatırsa konuşandır), 2-Anlatılan, 3-Bağlam ve Amaç, 4-Anlaşılan, 5-Anlayan (anlamadığı takdirde sadece dinleyendir.) Bir anlama faaliyetinde asıl amaç ise anlatılan ile anlaşılanın örtüşmesidir. İşte bu noktaya mana denir. Kanaatimizce mana ise anlamı da içine alıp hikmet ve hakikati işaret etmektedir. Bu konuda geniş bilgi için bkz., Görmez, Mehmet, Sünnet ve Hadisin Anlaşılması ve Yorumlanmasında Metodoloji Sorunu, Ankara, 1997, s. 24-40.

⁸⁵ Semerkandî, s. 688; Merginani, Burhanüddin Ebu'l-Hasan, Hidaye Şerhu Bidayeti'l- Mübtedi, Beyrut, 1990, III, 15.

Neticede nesh, bizim müdahalemiz ve tercihimiz olmadan şari'in tasarrufudur. Cem', delillerin ikisini de amel ettirmede bir tercih yöntemi olabilir. Sonuç itibariyle tercih ise, ihata edici şemsiye bir kavramdır.

II- BİR ANLAMA FAALİYETİ OLARAK TERCİH İLE DOĞRUDAN İLGİLİ KAVRAMLAR

İnsan fiilleri zaruri (otonom) ve ihtiyaridir. Anlaması da bunlara paralel olarak zorunlu ve istidlalidir. Bunlar aynı zamanda bilgi yollarıdır. Bilgiyi elde etmek için kullandığımız kavramlar ise hakim görüşe göre bir kısaltma ve soyutlamadan ibarettir. Dolayısıyla bu kavramların düşünme ve anlama sırasındaki rolleri paranın ekonomide oynadığı role benzemektedir⁸⁶. Soyutlama ile elde edilen bilgiler otonom hareketler gibi nispeten kendiliklerinden oluşurlar. Bir de insanda merak diye ifade edilen bir duygunun sebep olduğu anlama vardır. İşte bizim kastettiğimiz anlamının başlangıç noktası burasıdır. Klasik usulümüzdeki anlama “derin kavrayış” ve “ince anlayış” şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu anlayışın temeli üretime yönelik bir anlamadır. Dolayısıyla fıkıhtaki anlama süreli bir anlama değil, süresiz bir anlama faaliyetidir. Hayatın akışıyla paralel olması gereken bir anlamadır. Çünkü fıkıhın lugatta “konuşanın sözünden onun gayesini anlamak”⁸⁷ manasında kullanılması bizim görüşümüzün temeli niteliğindedir. Fıkıhın kaynağı ilahi metinler olunca, anlamada kavramların referans alınması kaçınılmaz olacaktır. Diğer bir ifade ile “doğru anlama”, kullanılan kavramların anlam boyutlarının dışında olamaz. Eğer olursa bu metinden bağımsız anlama olur. İşte bunların metne karıştırılmaması veya metne söylettirilmemesi gerekir. Bu nedenle klasik usulümüzdeki anlama göreceli olmaktan çok, yöntem eksenli ve derecelidir. Dolayısıyla anlama faaliyeti başı boşluktan ziyade hem anlayan hem de anlaşılan açısından bir disiplin altına alınmıştır. İşte fıkıh usulü, bunların gereğini ortaya koymak ve yöntemsizliği bertaraf etmek için oluşturulmuş bir anlama faaliyeti ve metodolojisidir. Daha açık bir ifadeyle mantık ilmi fikrin, hadis usulü sözün disipline edilmesini sağladığı gibi fıkıh usulü de aklın, sözün ve fikrin disipline edilmesini topyekün ele alan bir yöntem bilimidir, diyebiliriz.

⁸⁶ Hırş, Ernest, Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri, derleyen, Selçuk Veziroğlu, Ankara, 1996, s.102.

⁸⁷ Râzî, Fahrettin, el-Mahsul fi İlmi'l-Usul, Beyrut, 1988, I,11; Anlamayla ilgili kavramların izahı için bkz., Görmez, s. 9-40.

1. Fıkıh

فقه kökünden türeyen fıkıh kelimesi “bir şeyi bilmek ve anlamak”⁸⁸ anlamında kullanılmıştır. Bu manada fıkıh ve fehim müteradiftir⁸⁹. Fıkıh kelimesi فقه الرجل ifadesinde kaf harfinin üstün okunmasıyla “anlamada başkasını ileri geçti”, esre ile okunursa “anladı”, ötre ile okunursa “fıkıh (anlama, bilme) o adamın seciyyesi, fitratı oldu” anlamlarına gelir⁹⁰.

Kur'an-ı Kerim'de “anlayış” ve “bilgi elde etmek” için kullanılmıştır⁹¹. Peygamber (s.a.v.), İbn Abbas'a dua ederken “Allahım, onu dinde alim (ilim sahibi) ve te'vilde fakih (bilgili, kavrayışlı) kıl” demiştir⁹². Burada ilim “vahyi bilgi” demektir. Te'vilde de düşünce gerektiğinden fıkıh kelimesi kullanılmıştır. O dönemde fıkıh daha ziyade zihinsel ve akli faaliyetler için geniş boyutlu olarak kullanılmıştır. Bu yüzden de fıkıh “bilimsel bir çaba” olarak tanımlanmıştır⁹³.

Pezdevî, “Allah hikmeti dilediğine verir. Kime hikmet verilirse ona pek çok hayır verilmiş demektir”⁹⁴ ayetindeki “hikmet” kelimesini fıkıh olarak yorumlamış ve İbn Abbas'ın “Sen Rabbinin yoluna hikmet ve güzel öğütle çağır”⁹⁵ ayetindeki hikmeti fıkıh, “mev'izeyi haseneyi” şariat olarak değerlendirdiğini nakletmiş, diğer taraftan Pezdevî, hikmetin ilim ve amel manasına geldiği gibi fıkıhın da aynı anlama geldiğini vurgulamıştır⁹⁶. Elmalılı da birinci ayette geçen hikmet kelimesinin 23 anlama geldiğini söylerken fıkıh kelimesinin hikmet kelimesine müradif gibi olduğunu Mücahit'ten naklettikten sonra “şunun hikmet veya sırrı veya ruhi hakikati şudur” yerinde “fıkıh şudur”

⁸⁸ İbn Manzur, V, 345.

⁸⁹ Ahmet Hasan, İslam Hukuk Biliminin Gelişimi, trc. Haluk Songur, İstanbul, 1999, s.27.

⁹⁰ İbn Atiyye'nin tefsirinden naklen Zuyeh b. Nas en-Nas, Kasım b. Kutluboğa el-Hanefi'nin Hulasatu'l-Efkar Şerhu Muhtasarı'l-Menar'ın mukaddimesinde, Beyrut, 1993, s.7 Ayrıca Bkz., Ragib el-İsfehâni, el-Müfredat, Beyrut, tsz., s.384; Ayni, Bedrüddin, Umdetu'l-Kari, Beyrut, 1998, II, 388 Ayrıca Fıkıh ve Usul-u Fıkıh terimlerinin lügat ve ıstılah anlamlarının yorumu ve diğer terimlerle kullanımı için bkz., Acem, Refik, Mevsuatu Mustalahat-ı Usulu'l-Fıkhi inde'l-Müslimin, Lüben, 1998, II, 1107, 1115.

⁹¹ Hud, 11/91; İsrâ, 17/44; Nisa, 4/78; A'raf, 7/179.

⁹² Buhârî, Vudu, 4; Aclunî, Hadisin sahih olduğunu ve “و علمه الحكمة” ifadesiyle geçtiğini söylemektedir. Bkz., Aclunî, I, 192.

⁹³ Açıkgenç, Alparslan, “Kur'anda İlim Kavramı Çerçevesinde Tarihselliğe Bir Yaklaşım ve Bunun Tefsir Yöntemine Katkısı” (Basılmamış makale), Malezya, tsz., s.11.

⁹⁴ Bakara 2/269.

⁹⁵ Nahl, 16/125.

⁹⁶ Pezdevî, I, 48-49.

denilir. Ayrıca hikmet gibi fıkıh dahi vücuh ve esbabı mufassalası ile “ilmi dakik” ve “ameli nafi” ifade eder diyerek fıkıhı en geniş boyutta yorumlamıştır⁹⁷

Ebu Hanife'nin fıkıhı; kişinin leh (hak) ve aleyhine (sorumluluk) olanları bilmesidir⁹⁸, şeklindeki tanımlaması, o dönemde fıkıhın daha geniş bir anlam alanının olduğunu da göstermektedir. Nitekim Tahanevi bu tanımın bütün dini ilimleri kapsadığını söylemektedir⁹⁹. Hicri II. Yüzyıla kadar fıkıh terimi bu geniş anlamını korumuştur. Ebu Hanife'nin el-Fıkhu'l-Ekber isimli eserinin akaid konularını içermesi bunun en güzel kanıtıdır. Fakat Me'mun zamanında Yunanca'dan yapılan tercümelerin de etkisiyle kelimeler ilmi Mutezililer tarafından ayrı bir yere oturtularak fıkıh teriminin içi nispeten boşaltılmıştır¹⁰⁰. Emevilerin son dönemine kadar fıkıh vakıadan hareket ederken Ebu Hanife ile fıkıh teoriden pratiğe doğru hareket eder olmuştur¹⁰¹. Bu durum fıkıhın bir forma kavuşmasını sağlamıştır. Yalnız alan daralmasına da uğratmıştır. Belki de ihtisaslaşarak, özerkleşerek asıl kendi anlam alanına çekilmiştir diyebiliriz. Diğer taraftan Elmalılı fıkıh lugatta bir şeyi illet ve hikmetiyle anlamak, fehmi dakik ile fehmetmek manasınadır ki, bunda “marifetü'n-nefs” manası da mündemiçtir, diyerek Ebu Hanife'nin tarifinin fıkıhın lugat anlamıyla da doğrudan ilgili olduğunu vurgulamak istemiştir¹⁰².

Ragıb el-İsfehani fıkıha “bilinenden bilinmeyene ulaştırıcı”¹⁰³ anlamını vererek, fıkıhın insan düşüncesiyle elde edilebilecek bir bilgi ifade edeceğine işaret etmiştir. Ayrıca bu tariftan hareketle fıkıhın tarihi seyir içinde anlam daralmasına uğradığını da söyleyebiliriz. Şöyle ki, bilinenden bilinmeyene ulaşma bir nevi re'y ve icthad faaliyetinin sistematik şekli olan kıyası çağrıştırmaktadır. Diğer taraftan aynı bilgin, fıkıhın “ilimden daha özel”¹⁰⁴ olduğunu ifade ederken de fıkıhın akli boyutuna, ilmin rivayet boyutuna dikkat çekmiştir. Çünkü burada kullanılan ilim, külli bilgi anlamında yani “vahyî bilgi” bağlamındadır. Fıkıh ise bilimsel bilgi anlamındadır. Çünkü bilimsel bilgi insanın akli

⁹⁷ Yazır, Elmalılı Hamdi, Hak Dini Kur'an Dili, İstanbul, 1979, II, 916-917.

⁹⁸ Sadru'sh-Şeria, Ubeydullah b. Mes'ud, Kitabu't-Tenkîh maa Şerhi't-Tavdîh, (Haşiye: Taftazanî, Kitabu't-Telvîh), İstanbul, 1310., I, 19; Molla Hüsrev, Mir'atu'l-Usul, İstanbul, tsz., s.16.

⁹⁹ Tahanevi, II, 1157.

¹⁰⁰ Ahmet Hasan, s.30.

¹⁰¹ Cabiri, Abid, Arap Aklının Oluşumu, trc. İbrahim Akbaba, İstanbul, 1997, s.136.

¹⁰² Yazır, III, 1994.

¹⁰³ Ragıb el-İsfehani, Ebu'l-Kasım, el-Müfredat fî Garibi'l-Kur'ân, .Beyrut, tsz., s.384.

¹⁰⁴ Ragıb el-İsfehani, s.384.

düşünme gayretiyle ortaya koyduğu bir bilgidir¹⁰⁵. Yalnız Aristo'nun Yunancada bilim anlamında kullandığı “episteme” kavramı Arapçaya ilim olarak çevrildiğinde Müslümanlar fıkıhı bilim anlamında kullanıyordu¹⁰⁶. Bu tesbite katılıyoruz. Çünkü o dönemde fıkıh bir episteme olabilir. Ancak bir epistemoloji değildir. Yani fıkıh o dönemlerde (ilk bir buçuk asır) bir bilim kuramı veya çeşitli bilimlerin koyduğu sorunları inceleyen bir felsefe dalı değildir. Ancak zamanla fıkıh usulü dinin kavranması ve yorumlanması açısından bu anlamı ifade etmiştir, diyebiliriz. Bunun tercüme hareketleriyle nedenli ilişkisinin olduğunu henüz tespit edemedik. Fakat fıkıh usulünün bir nüve olarak ta baştan mevcut olduğunu, yalnız Hicri II. asırdan III. asra geçerken mutlak müctehitlerin azalıp, mukallitlerin baş göstermesi üzerine var olan bu yöntemlerin kaleme alındığını söyleyebiliriz. Bunun ilk örneğini de –mutlak müctehit olmakla birlikte- Şafii vermiştir. Şafii'nin bu eserine “er-Risale” ismini vermesi, bir konuda basitçe yazılı mektup şeklinde cevap vermeden öte, dikkat edilmesi gereken bir husustur. Çünkü o, “fıkıhın yöntemi” diye büyük bir laf etmekten çekinmiştir. Bu durumun onun fıkhi anlayışıyla ilişkili olduğu kadar, eserinin içeriğiyle de ilgilidir. Belki de Şafii bu eseriyle sadece nasslardaki durumu ortaya koymak istemiştir.

Usul eserlerinin kaleme alınmasıyla yöntemler belirginleşmeye başlamıştır. Bunun tetiklemesi sonucunda mezhep içi anlayışlarda farklılıklar yavaş yavaş baş göstermiş ve tercih yöntemi kullanılarak mezhep dışında saflar mezhep içinde de kanaatler netleşmeye başlamıştır. Bu durum Hicri IV. Asrın sonlarına kadar sürmüştür. Bundan sonra ise zihni hareketlilik yerini mevzi çalışmalara ve kanaatlere terk etmiştir. Öyleyse “Fıkıh fert, Allah, toplum ve devletler arası ilişkiler çerçevesinde hak ve yükümlülükleri ele alıp tanzim eden bir disiplin”¹⁰⁷ haline gelmiştir. Günümüzde kazandığı bu anlamların yanında, muamelat ve ukubatla ilgili fonksiyonlarını hukuk terimine kaptırmış görünmektedir. Bu yüzden hukuk terimi fıkıh terimi yerine kullanılır olmuştur. Oysa bu kullanım doğru değildir. Çünkü fıkıh küllidir, hukuk ise cüzidir. Aralarında umum husus min vech vardır. Bu durum, her zaman iki terimin bir biri yerine kullanılamayacağını gösterir niteliktedir. İki terimin bir biri yerine kullanılabilmesi için müradif olması gerekir. Bu yaygın kullanım fıkıhın anlam daralmasını, ihtisaslaşmasını getirmiştir. Ancak, gelişen hukuki akımları da

¹⁰⁵ Açıkgöç, a.m., s.12.

¹⁰⁶ Açıkgöç, a.m., s.13.

¹⁰⁷ Özafşar, M. Emin, Hadisi Yeniden Düşünmek, Ankara, 1998, s.13.

göz önüne alırsak bir taraftan da tabi olarak anlam genişlemesine doğru hareket etmektedir diyebiliriz.

Neticede tercih, bir anlama faaliyeti olduğundan, fikhî bir hadisedir. Gerçek anlamda tercihin yapılabilmesi için, delillerin doğru anlaşılması gerekmektedir. Fıkıh, her ne kadar tercih yöntemini içine alsada da, tercih yöntemi de fikhın gelişimini devam ettirebilmesi için içtihat gibi gerekli bir yöntemdir.

2. Re'y

Re'y terimi sözlükte şahsi görüş, fikir, itikat ve kanaat anlamına gelir¹⁰⁸. Fıkıh literatüründe teknik olarak hakkında açık bir nass bulunmayan bir konuda hukukçunun belirli metotları kullanarak ulaştığı şahsi görüştür¹⁰⁹. Cüveyni, re'yin aslının kıyas olduğunu ifade ederken bu metotlara işaret etmiştir diyebiliriz¹¹⁰. Bu tanımlardan hareketle re'ye içtihattan daha serbest bir faaliyet sergilendiğini söyleyebiliriz¹¹¹. Her ne kadar Kevseri, Ebu Hanife'yi re'yci olarak suçlamada bulunanları reddederken onları “ıctihat yapılması gereken yerleri bilmeyenler”¹¹² diyerek içtihatla re'yi aynı seviyede algılasa da biz re'yin daha serbest bir fonksiyon icra ettiğini kanımsındayız. Nitekim Bedir savaşında ordugahın tesbitinde, bir sahabe olan Hubab b. el-Münzir'in, Peygamber'e bu yeri kendi görüşüne (re'y) dayanarak mı, yoksa Allah'tan gelen bir vahiy üzerine mi seçtin?, sorusuna, Peygamber kendi görüşüne dayanarak seçtiğini söyler, sahabe daha uygun bir yer gösterince de peygamber “لقد اشرت بالرأي, sen doğru bir görüş belirttin” diye karşılık verir¹¹³. Ayrıca Hz. Ömer'in Savad arazisini gazilere dağıtmaması üzerine çıkan tartışmanın neticesinde sahabiler “الرأي رأيك, seninki doğru görüştür”¹¹⁴ tabirini kullandılar.

¹⁰⁸ Fıyruzabadi, s. 1659; el-Mu'cemu'l-Arabiyyi'l-Esasiyyi, s.495.

¹⁰⁹ Re'yin çeşitleri ve yorumu için bkz., İbnu'l- Kayyım, el-Cevzi Şemsü'd-Din, İ'lamu'l-Muvakın, Beyrut., 1993, I, 67, ayrıca bkz., 37-66.

¹¹⁰ Cüveyni, II, 485.

¹¹¹ Darimi, Fütüya, 20, Hz. Ömer, Kadı Şüreyh'e yazdığı mektupta “إن شئت إن تجتهد رأيك” dersen kendi reyinle içtihat et, diyerek, reyin içtihattan daha serbest bir yapıya sahip olduğunu gösterir. Ayrıca, bkz., İbnu'l- Kayyım, I, 67-68.

¹¹² Kevserî, Muhammed Zahit, Fıkhu Ehli'l-Irak ve Hadisuhum, thk., Abdulfettah Ebu Gudde, Matbaatu'l-İslamiyye, tsz., s.21.

¹¹³ İbn Hişam, Ebu Muhammed, Siyetü'n-Nebeviyye, thk. Mustafa es-Sadak, Beyrut, 1971, II s. 210-211.

¹¹⁴ Ebu Yusuf, Yakub b. İbrahim, Kitabu'l-Harac (İmam Yayha el-Kureşi ve İbn Recep el-Hanbeli'nin Kitabu'l-Harac'ları ile birlikte), Beyrut, tsz., s. 25; Fazlurrahman Hz. Ömer'in bu görüşünden sonra Haşr Süresinin 10. ayetiyle tesadüfen karşılaştığını söyler. (Bkz., Fazlurrahman, Tarih Boyunca İslami Metodoloji Sorunu, trc. Salih Akdemir, Ankara, 1995, s.186) Bu durum kesin değildir. Belki de Hz. Ömer, o ayeti

Hiz. Ömer'in gözettiğı kamu yararı ve nassların işareti sahabe tarafından anlaşılınca onun görüşü kabul edilmiştir.

Bu bağlamda Ebu Hanife ve arkadaşlarına "re'y ehli" denmesinin sebebini anlayabiliriz. Çünkü Ebu Hanife de bazen istihsan delilini –salt re'y olmamakla birlikte- kullanarak hüküm vermiştir. Hanefilerin hadisleri kabul ederken senet kritiğinin yanında manevi inkıta¹¹⁵ diye tabir edilen metin kritiğı yaptıkları ve fıkhî hükümlerde esas aldıkları rivayetleri bir takım kıstaslar kullanarak tercih ettikleri görülmüştür¹¹⁶. Bu durum "re'y ehli" olmalarının sebepleri arasında görülebilir. Buna karşılık re'y ve icthad faaliyetini kıyasla kontrol altına almaya çalışan Şafii ve taraftarları ise hadis ehli diye isimlendirilmiştir. Diğer yandan Şafii hadislerin kabul edilmesinde daha sıkı bir tutum sergileyerek senet ittisalini ön şart olarak kabul etmiştir. İşte bu yapı giderek yöntem farklılığının açısını germiş ve sonuçta ciddi boyutta ihtilaflara yol açmıştır. Öte yandan buna paralel ortaya çıkan Zahiriler, sadece nassların metnine sıkı sıkıya bağlanmanın gerekliliğini ileri sürerek, kıyası da reddedip yeni bir hukuk ekolünün doğmasına sebep olmuşlardır diyebiliriz. Belki de Şafiilerin ve Zahirilerin nassçı tutumlarına, Hanefi usulcülerin nass-vakıa bağlamalı yorumları etki etmiştir, denebilir.

Burada şu hususa da işaret edebiliriz. Müçtehitlerin uyguladıkları yöntemleri net çizgilerle "re'yciler" ve "hadisçiler" diye ayırmak pek isabetli görülmemektedir. Nitekim, Kevseri de İslam hukukçılarını re'y ve hadis taraftarları olarak ikiye ayırmanın isabetli olmadığını belirttikten sonra bunu müteahhirinden zayıf görüşlü bazı kişilerin Ahmed b Hanbel'in Mihnet isimli eserinden sonra uydurduğunu söylemiştir¹¹⁷. Aslında re'y taraftarları deyimi "Halk-ı Kur'an" meselesinin ortaya çıkmasından sonra kullanılıp raviler tarafından Iraklılara, Ebu Hanife ve ona tabi olan Kufelilere ad olarak verilmiştir¹¹⁸. Oysa Hanefi ekolünün baş mimarı konumundaki İbrahim en-Nehai "rivayet ancak re'y ile, re'y

bildiğı için böyle bir görüşe varmıştır da diyebiliriz. Ayrıca Hiz. Ömer, bir iki gün sonra hüccetini bulduğunu söyleyerek ilgili ayeti okumuştur. Bu bir tesadüf değil bir araştırmadır, Ebu Yusuf, Kitabul-Harac, s. 26.

¹¹⁵ Metin kritiğı yapılan hadisin Kur'an'a, akla, umum-u belva'ya aykırı olmasıdır.

¹¹⁶ Ebu Hanife ve talebeleri hadisleri; 1. Kur'ana uygunluk, 2. Akla uygunluk, 3. İnsana verilen değer, 4. Kolay ve maslahata uygun olanı tercih, 5. Maksada uygun olanı tercih, 6. Örfü uygunluk, 7. Zamanla ortaya çıkan gelişmeleri dikkate alma gibi hususları göz önüne alarak tercih etmişlerdir. Bu konuyla ilgili geniş bilgi için bkz., Ünal, İsmail Hakkı, İmam Ebu Hanife'nin Hadis Anlayışı ve Hanefi Mezhebinin Hadis Metodu, Ankara, 1994, s.83-122 Ayrıca bkz., Tekineş, Ayhan, "Şerhu Meani'l-Asar'da Hadisler Arasındaki İhtilafları Çözümleme Yöntemi", SAÜİFD, Sakarya; 2001, S.3, s.197-216.

¹¹⁷ Kevserî, s.23.

¹¹⁸ Kevserî, s.20.

de ancak rivayetle müstakim olur” demiştir¹¹⁹. Diğer taraftan bu duruma etki eden faktörlerden birisi de Ebu Hanifenin haber-i ahadın kabulüyle ilgili ileri sürdüğü şartlardır¹²⁰. Oysa hadis ekolü diye ifade edilen Şafiiler ve Hanbeliler tarafından bu kadar ince şartlar ileri sürülmemiştir. Öte yandan Şafiinin kıyası tercih ettiği bir çok yerde Hanefilerin hadisle amel ettiği klasik eserlerimizde yoğunlukla mevcuttur¹²¹. Ayrıca Şafiilerin hadisle amel ettikleri yerlerde Hanefilerin Kur’anla amel ettiklerine şahit oluyoruz¹²².

Zamanla re’y terimi, içtihadın temel aracı olan, “muteber şahsi görüş” anlamındaki kullanımını kaybetmiştir. Bunun nedeni içtihadın ve kıyas faaliyetinin yoğunluklu olarak işlenmesi ve kıyasa belirli bir formun kazandırılması gösterilebilir. Bu nedenle anlam daralmasına uğrayan re’y, yerini içtihada bırakmıştır diyebiliriz.

Netice itibariyle tercih faaliyeti, hukukçunun kendi görüşünü ihsas ettirmesinden ibarettir. Dolayısıyla re’y ile tercih, sıkı bir ilişki içerisinde. Ancak re’y, daha serbest bir yapıyı ifade ederken, tercih görüşlerin daha sistematik bir şekilde ortaya konmasını gerektirir.

3. İctihat

İctihat sözlükte etimolojisine (kökbilim) uygun olarak çaba göstermek gayeye ulaşmak için bütün gücü sarfetmek gibi anlamlara gelir. İstılahta ise, fakihin şer’i ameli bir meselenin hükmünü istinbat etmek için aciz kalıncaya kadar bütün gücünü “sarf” ve “bezl” etmesidir¹²³. İctihat terimi Kur’an-ı Kerim’de kullanılmamaktadır. Hadisi şeriflerde kadı ve yöneticilerin hüküm verirken ellerinden gelen gayreti göstermeleri gereği üzerinde

¹¹⁹ Kevserî, (İbn. Nuaym’ın “Hilye” adlı eserinden nakletmiştir), s. 48.

¹²⁰ Kevserî, Muhammed Zahid, Te’nibu’l-Hatib, Beyrut, 1981, s.222-225.

¹²¹ Merginani, III, 37, 73.

¹²² Geniş bilgi için bkz., Merginani, III, 25; Ayni, Ebu Muhammed, el-Binaye fi Şerhi’l-Hidaye, thk., Nasıru’l-İslam Ramefuri, Beyrut, 1990, VII, 134-140.

¹²³ İbn Manzur, III, 135; Cürçani, Seyyid Şerif, et-Ta’rifât, Beyrut, 1990, s.8; Ebu’l-Beka Eyyub b Musa el-Hüseyn el-Kefevî, el-Külliyat, Beyrut, 1993, s.44; Cassas, IV., 11; Gazalî, II, 510; İbn Melek, İzzüddin Abdullatif, Şerhü’l-Menar fi Usuli’l-Fıkh, İstanbul, tsz., 288; Taftazanî, Mes’ud b. Ömer, Kitabu’t-Telviḥ, İstanbul, 1310, II, 639; Apaydın, H. Yunus, “İctihad”, DİA., XXI, 432 Fazlurrahman bu çabayı şöyle tanımlamaktadır “İçinde bulunulan duruma uygulanabilecek şekilde kural içeren bir nassın veya benzer geçmiş bir uygulamanın anlaşılması ve bundan çıkarılan genel ilkenin teşmil, tahsis ya da aksi halde ta’dil edilmesi çabasına içtihad denir.” İslam ve Çağdaşlık, trc. A.Açıkgenç – H.Kırbaçoğlu, Ankara, 1996, s.66.

durulmuş olması, içtihadın anlamına işaret olarak değerlendirilebilir¹²⁴. Ayrıca Hz. Ömer, ramazanda bulutlu bir günde akşam oldu diye iftar eder, fakat bir adam gelip O'na güneşin doğduğunu (henüz batmadığını) haber verince, Hz. Ömer bu durum kolay, “biz içtihad ettik” diye cevap verir¹²⁵. Muaz b Cebel'in, Yemene gönderilirken içtihat tabirini doğrudan kullanması¹²⁶, sahabe arasında bu terimin kullanıldığını, ancak farklı nitelikleri içerdiğini gösterir. Ahmed Hasan, içtihat teriminin ilk dönemden itibaren hakkaniyetli tahmin, ihtiyari hüküm, uzmanların görüşü ve hükümetü'l-adl (dürüst hakkaniyetli karar) ve hakem usulü gibi anlamlarda kullanıldığını işaret etmiştir¹²⁷. Bu durum içtihadın zamanla anlam genişlemesine uğradığını gösterir. Tearuz eden delillerin tercihinde bu sürecin etkili olduğu kanaatindeyiz. Çünkü mezhepler bağlamında içtihadın içerdiği bu anlamlar hükümlerin belirlenmesinde etkili olmuştur.

İçtihadı, müçtehidin nassla vakıa arasındaki ilişkiyi düzenleme ödevi olarak görürsek bu durumu Serahsî'nin ifade ettiği gibi bir beyan yetkisi olarak da algılayabiliriz¹²⁸. Bu yetkinin “İslam ümmetinin yanlış üzerinde birleşmeyeceğini”¹²⁹ belirten hadislerden hareketle Resulullah'ın yanılmazlığının onun ölümünden sonra ümmetin bütününe aktarılmakla devam ettirilebileceği fikrine temel oluşturduğu

¹²⁴ Buharî, İ'tisam, 13/21, Müsilm, Akziye, 15, Ebu Davud, Akziye 11, Tirmizî, Ahkam, 3.

¹²⁵ İmam Malik, Sıyam, 44.

¹²⁶ Ebu Davud, Akziye, 11. İbn Hıbban ravilerin sikattan olduğunu kabul etmektedir. Hattabi, hadisteki “re'yimle içtihad ederim” ifadesini mahkemeye intikal eden konuları kıyas yoluyla çözerim, yani, Kitab ve Sünnete atıfta bulunarak çözerim, yoksa Kitab ve Sünnette aslı olmayan sadece nefsimden doğan veya kalbime gelen bir re'yle değil. Bu durum aynı zamanda kıyasın isbatı ve onunla hükmetmenin gereğine de işaret etmektedir. Anlaşıldığı üzere Hattabi kıyasla içtihadı eşit tutmakta ve re'yi bunların dışında görmektedir diyebiliriz. Sehernefuri, Halil Ahmed, Bezlu'l-Mechud fi Halli Ebi Davud, ta'lik, Yahya Kandehevi, Beyrut, tsz., XV, 269.

¹²⁷ Ahmet Hasan, s.142.

¹²⁸ Serahsî, Usul, II, 90.

¹²⁹ İbn Mace, Fiten, 8; Tirmizî, Fiten, 7. Tirmizî bu hadisin senedinin garip olduğunu zikretmiştir. Ancak, Tirmizî şarihi Müberakfuri sözkonusu hadisin zayıf olmasıyla birlikte şahitlerinin çok olması dikkate alınarak içmanın hücciyetine delil olarak kullanıldığını belirtmektedir. Ayrıca şarih, hadisin Hafız İbn Hacer'in Telhis'inde ve Ebu Davud'da farklı varyantlarla zikredildiği gibi İbn Şeybe'nin bunu sahih senetle zikrettiğini söylemiştir. Darimi ve Ahmed b Hanbel'in Müsned'inde merfu olarak zikredildiğini belirtmektedir. Bütün bu tetkiklerden sonra hadisin mana itibariyle icmaya işaret ettiğini ve dolayısıyla icmayı yapan müçtehidlerin içtihad yapacaklarına da delalet ettiğini söylebiliriz. Mübarekfuri, Ebu'l-Ula M. Abdurrahman, Tuhfetu'l-Ahfezi bi Şerhi Camii't-Tirmizî, Beyrut, tsz., VI, 322-323. Fazlurrahman ise, bu hadis hakkında gerekli araştırmayı tam yapmadan sadece Tirmizî'deki farklı bir rivayete dayanarak hadisin uydurma olduğunu çok rahatça söylemiştir. Hatta bu ifadenin Şafi'ye ait olduğunu ileri sürmüştür. Oysa İbn Ebi Şeybe'nin bunu sahih senetle rivayet ettiğini inceleseydi bu kanaati sergileyemezdi. Sonra islam bilginlerinin icmayı ispatlamak için sadece bu hadise ihtiyaçları yoktur. En azından islamın şura'yı emretmiş olması bunun fikri temelleri arasında sayılır. Dolayısıyla Fazlurrahman'ın dediği gibi hadis uydurmaya ihtiyaç yoktur. O bu kanaati ileri sürmekle geçmiş bütün alimleri üstü örtülü olarak Kur'anı bilmemekle suçlamış olmaktadır. Fazlurrahman, a.e., s. 64-65. İçmanın mahiyeti ve kaynakları için bkz., Dönmez, İbrahim Kafi, “İcma”, DİA, XXI, 417-431.

söylenebilir¹³⁰. Serbest düşüncüyü çağrıştıran bu yapı zamanla çok geniş bir yelpazeyi içermiştir. Nitekim ilahi iradeyi keşf gayreti olan içtihadın, dayatma yoluyla kendi görüşünü benimsetme niteliğinden uzak olduğu, “içtihat içtihat ile nakzedilmez”¹³¹ şeklinde de kodlanınca aşırı bir serbestliğin varlığı düşünülmüştür. İşte bu durumu kontrol altına almak için, zamanla kamu otoritesinin mezheplerden birini tercih etmesi tearuz ve ihtilafı giderme açısından büyük önemi haizdir, diyebiliriz.

Diğer taraftan içtihat bazen lafzın zahirinden hüküm çıkarma şeklinde olmuştur. Örneğin, lafzın mutabıkı anlamının dışında tazammuni (cüzî) ve iltizami (çağrıştıran) anlamlarını ortaya koyarak yeni hükümleri oluşturmak gibi. Öte yandan nassın mefhumundan hareketle hüküm çıkarma yoluna gidilmiştir. Bu durumda mefhum-u muhalifle hükmetmeye sevk etmiştir. Yani zikredilmeyeni zikredilenden anlama faaliyetidir. Bütün bu anlama faaliyetleri hukuki çözümlere farklı açıdan yansıdığı için tearuz problemiyle karşılaşmıştır. Bu sonucun kaynağı olan içtihadı şöyle tanımlayabiliriz. İctihat, cüz’i hadiselerin hükmünü külli nassların altından çıkarma faaliyetidir. Bu şekilde düşündüğümüzde içtihadın bir beyan olarak giderek anlam genişlemesini sürdürdüğünü söyleyebiliriz. Çünkü “eski dönemlerde içtihat; re’y, kavî ve mezhep kelimeleriyle ifade edilirdi”¹³². Cabiri, bu duruma işaretle dört aslın iki asla indirgendiğini bunların da nass (Kur’an ve Sünnet) ve içtihad (bir kişinin içtihadı ve cemaatin içtihadı) olarak şer’i beyanın iki sınıfını oluşturduğunu söyler¹³³ bu nedenle Şafii¹³⁴, Şatibi¹³⁵ ve el-Cabiri’nin de vurguladığı gibi fıkıh usulüne ilişkin çalışmanın Arap dilinin üsluplerinin beyan çeşitlerinin incelenmesiyle nedenli ilişkisinin olduğu anlaşılmış olmaktadır. İctihat faaliyetinin tarihteki bu anlam genişlemesi Şafii’nin kıyası kontrol altına alması neticesinde “içtihat da kıyastır”¹³⁶ kuralına ulaşmasıyla duraklamaya, taklit döneminden itibaren de anlam daralmasına uğrayarak yerini “te’vile” bırakmıştır. Bunda içtihat yapacak müçtehitte bulunması gereken şartların konulmasının da etkili olduğu

¹³⁰ Apaydın, “İctihad”, XXI, 433. Fazlurrahman icma ve içtihadı ikiz kardeş olarak değerlendirmiştir. Tarih Boyunca İslami Metodoloji Sorunu, s. 34.

¹³¹ İbn Nüceym, Zeynü’l-Âbidin, el-Eşbah ve’n-Nezair, Beyrut, 1993, s.105; Ali Haydar, Dürerü’l-Hükkam Şerhu Mecelleti’l-Ahkam, (md. 16), İstanbul, 1330, I 68.

¹³² Bardakoglu, Ali, “İlahiyatçıların Din Söylemi”, İslamiyat, S. IV, 2001, s. 72.

¹³³ Cabiri, Abid, Arap İslam Kültürünün Akıl Yapısı, trc. Heyet, İstanbul, 2000, s. 30.

¹³⁴ Şafii, Muhammed b. İdris, Risale, thk., Ahmed M. Şakir, Beyrut, tsz., s. 50.

¹³⁵ Şatibi, IV. 162-163.

¹³⁶ Şafii, a.e., 477.

kanısında¹³⁷. Ancak Cassas, hakkında nass ve icma bulunmayan hükümlerin iki yönü vardır, *birincisi*, Allah'ın kesin delilinin olduğu hükümler ki bunlardan dönen hata etmiş olur. *İkincisi* ise, hakkında ilim elde edecek kesin delil bulunmayan hususlardır. Burada içtihat ve galibi zann ile hüküm verilir. "Bizim arkadaşlarımız her müçtehidin musib (doğruya ulaşan) olduğunu kabul etmektedir" diyerek daralan içtihat teriminin ve faaliyetinin yeniden genişlemesini istemiştir diyebiliriz¹³⁸.

4. Te'vil

Te'vil kelimesi kök olarak (sözlükte) döndürmek, açıklamak, iade etmek ve (rüyayı) tabir etmek anlamında kullanılır¹³⁹. Ayrıca lafzın muhtemel olduğu anlamlardan birini açıklamayı da ifade etmektedir¹⁴⁰. Bu yüzden te'vil dirayetle ilgilidir denilmiştir. Genelde te'ville birlikte kullanılan bir lafız da "tefsir"dir. Tefsir, mütekellimin muradını açıklama olduğundan rivayetle ilgilidir¹⁴¹. Tefsir te'vilden daha geneldir. Tefsir daha ziyade lafız ve müfred kelimelerle ilgilenirken, te'vil mana ve cümlelerle ilgilenir. Te'vil ilahi kitaplar hakkında kullanılırken, tefsir hem ilahi kitaplar hem de diğer kitaplar hakkında kullanılır¹⁴². İbn Hazm, te'vili "lafzın zahirinin gerektirdiği ve lugattaki konulduğu manadan başka bir manaya hamledilmesidir"¹⁴³ şeklinde tanımlayarak kıyası kabul etmemesinden kaynaklanan boşlukları doldurmaya çalışmıştır diyebiliriz. Fakat bu nakil işleminde burhana (delil) dayalı bir nakilse onun kabul edileceği, değilse te'vilin reddedileceğini söyleyerek¹⁴⁴ te'vili de kontrol altına almaya çalışmıştır. Bu tutum onun metoduyla paralellik arz etmektedir. Onun bu tavrı islami metodolojide te'vilin ne derece önemli olduğunun en önemli kanıtı sayılabilir.

İmam Maturidi'nin te'vil'i kesin olmaksızın muhtemel iki manadan birini tercih etmektir¹⁴⁵ şeklindeki açıklaması te'vilin re'y, içtihat ve tercihle ne denli ilgili olduğunu

¹³⁷ Molla Hüsrev, 671-72.

¹³⁸ Cassas, I, 162. Bilgi için bkz., Şirazi, s.129-131 Ayrıca, Müçtehidin musip veya muhti olma meselesi için bkz., Gazali, II, 550; Semerkandi, s.553-554; Serahsi, II, 142; Apaydin, a.m., XXI, 440-42.

¹³⁹ Fiyruzabadi, s. 1244; Mecmeu'l-Arabi, s.120, Ayrıca ayetler için bkz., Yusuf, 12/100; Al-i İmran, 3/7; Nisa, 4/59.

¹⁴⁰ Lafzın te'vilinin sahih olabilmesi için üç tane temel şart vardır. Bunların yorumu ve tercihle olan ilişkisi için bkz., Şevkani, İşradu'l-Fuhul, Beyrut, 1994, s.265.

¹⁴¹ Ebu'l-Beka, s.261.

¹⁴² Ragıb el-İsfehani, s.380; Ebu'l-Beka. s.261.

¹⁴³ İbn Hazm, I, 42.

¹⁴⁴ İbn Hazm, I, 42-43.

¹⁴⁵ Ebu'l-Beka, s. 261.

göstermektedir. Ayrıca Cürcani de te'vilin gerçekte bir tercih olduğunu açık bir şekilde söylemiştir¹⁴⁶. Nitekim el-Lamişi'nin te'vili müsterekin muhtemel manalarından birisini kesin bir delil olmaksızın, re'y ve içtihatla bir manaya hamletmek olarak açıklaması¹⁴⁷ bizi destekler mahiyettedir. Söz konusu görüşlerden hareketle te'vilin önceleri bir re'y ve içtihat hareketi olduğunu anlıyoruz,¹⁴⁸ yalnız zamanla tefsir hareketinin te'vilin önüne geçmesiyle te'vil önceki fonksiyonunu kaybetmeye başlamış ve bir anlam daralmasına uğramıştır. Bu durumun içtihat faaliyetlerinin duraklamasıyla da ilişkili olduğu kanaatindeyiz. Dolayısıyla fıkıh tarihini, düşünce açısından re'y, içtihat ve te'vil süreci olarak görebiliriz. Maturidi'nin te'vili bir tercih hareketi olarak görmesi, tercihin bu sürecin son halkası olduğunu gösterir. Aslında bu, dört lafzın (re'y, içtihat, te'vil, tercih) ilk önceleri aynı anlam alanı içinde olduğunu bir kanıtı sayılabilir. Mezheplerin belirginleşmesi ve öğretilerinin kesinleşmesi sonucunda bu lafızlar giderek anlam daralmasına uğramış ve ilk anlamını ifade etmeyince sıradaki lafız kullanılır olmuştur.

Tefsir ise te'vilin aksi bir seyir izlemiştir diye düşünüyoruz. Söz konusu iki terimin Kur'an-ı Kerim'deki kullanım sıklığı ve bağlamı farklıdır. Örneğin "tefsir" kelimesi 1 yerde¹⁴⁹ kullanılırken te'vil kelimesi 17 yerde kullanılmıştır¹⁵⁰. Te'vil kelimesinin Hz. Yusuf'un rüya tabirleriyle ilgili olarak kullanılması onun bir nevi ilerde tahakkuk edecek şeylerle ilgili "ilham" veya diğer bir tabirle "öngörü" olarak algılanması gereğini düşündürülebilir. Çünkü Hz. Musa ile "salih kul"un kıssasında¹⁵¹ bu kulun eylemlerinin açığa çıkması onun çok geniş bir perspektifle olaya yaklaştığını gösterir ki, bu da ilahi kaynaklı olan "ledünni bilgi"den gelmektedir. Hz. Musa'nın hayreti bu hikmetli sonuçlardır. Dolayısıyla te'vili bir nevi "hikmet", "asıl amaç", "gaye" ve "gerçek netice" olarak değerlendirmemiz mümkündür. Nitekim Al-i İmran süresindeki ayeti kerimeden "te'vilin, insanlara mechul olan amaç ve sonuç"¹⁵² olduğu anlaşıldığından, âyetin kıraatinde "halbuki onun te'vilini ancak Allah bilir"¹⁵³ vakfesinde durmak daha doğru

¹⁴⁶ Cürcani, s. 52.

¹⁴⁷ Lamişi, Ebu's-Sena, Kitabun fi Usuli'l-Fıkh, thk., Abdulmecid Türki, Beyrut, 1995, s. 79.

¹⁴⁸ Te'vilin usul metotlarına dayalı bir "re'y içtihadı" olduğu ve bunu yaparken delillerden, külli kaidelerden ve hikmetu't-teşriden faydalandığı, dolayısıyla müevvel mana ancak delil yardımıyla tercih edilecektir. bkz., Acem, Refik, Mevsuatu Mustalahati Usuli'l-Fıkh inde'l-Müslimin, Matbaatu Lübnan, 1998, I, 369-372. Geniş bilgi için bkz. Dureyni, s. 163-194.

¹⁴⁹ Furkan, 25/33.

¹⁵⁰ Yusuf, 12/6,21,37,44,100; Al-i İmran 3/7; Kehf 18/78,82.

¹⁵¹ Kehf, 18/78,82.

¹⁵² Ebu Zeyd, Nasr Hamid, İlahi Hitabın Tabiatı, trc. M.Emin Maşalı, Ankara, 2001, s.280.

¹⁵³ Al-i İmran, 3/7.

olabilir. Kanaatimizce te'vil hakkaniyetli bir hükme ulaşmak içindir. Bunu yaparken, zahiren var olan hükümden bizi çeviren bir takım deliller vardır. İşte bu delilleri kullanarak ulaştığımız sonuç hükümdür. Bu yüzden tercih önceki (zahiri) hükme nazaran sonraki tevil edilmiş (müevvel) hükmü almaktır. Bu bir manada nassın mentukunu da dikkate alarak mefhumuna riayettir. Anlama ve kavrama faaliyeti olan bu tutum fukaha tarafından dikkate alınmıştır. Örneğin, Abdulaziz Buhari, “Şer’i ahkâmın ifadesine riayet etmek lafzına riayet etmekten daha evladır” demiştir¹⁵⁴.

5. İlet

İlet sözlükte bulunduğu yerde değişikliğe yol açan durum olarak tanımlandığından hastalığa da illet denmiştir¹⁵⁵. Bu anlamdan olarak illetle hüküm arasındaki ilişkiye İmam Maturidi “İlet öyle bir manadır ki, o bulunduğu hükümün de onunla beraber bulunması vaciptir”¹⁵⁶ diyerek, illetin hukuki fonksiyonunu açıklamıştır. Öte yandan illet insanoğlunun gündelik olayları çözümlemede kullandığı en genel bir esastır. Kaldıramadığı bir ağırlık karşısında hemen illetini “gücüm yetmedi” diye belirtir. Bazen de hadiselerdeki müteal illeti belirlemeye çalışarak bu meylini devamlı bir şekilde sürdürür. Bu insanın en özgün vasfıdır.

İslam hukukunda mevcut hükümlerin illetini belirleme en geniş boyutuyla tartışılmıştır. Çünkü hükümler illetlerine bina edilir; “illet varsa hüküm vardır, illet yoksa hüküm de yoktur”¹⁵⁷ prensibi, İslam hukukunun taabbudi ve cezai konularında pek uygulanmasa da diğer bölümlerinde hükümlerin varlığını teşkil eder niteliktedir. Bir de hukuk metodolojisiyle ilgili eserlerde illet konusu, sebep ve hikmetle birlikte mukayeseli şekilde işlenmiştir. Örneğin, İmam Kerhi illetle hikmeti karşılaştırırken illeti hükmü gerektiren, zorunlu kılan, hikmeti ise hükmü gerektirmeyen¹⁵⁸ yani zorunlu kılmayan şeklinde vermiştir. Bu durum hukukun oluşturulmasında illet, sebep ve hikmet birlikteliğinin dikkate alındığını göstereceği gibi, hukukun salt olaylar zincirinden öte bir düzenleyicisinin varlığını da düşündürmektedir. Ayrıca illetin hükme temel oluşturması,

¹⁵⁴ Abdulaziz Buharî, II, 491. Tevil konusuyla ilgili örnekler için bkz. Edip Salih Muhammed, Tefsîru'n-Nusûs fi'l-Fıkhi'l-İslamî, Beyrut, 1993, I, 397-429.

¹⁵⁵ İbn Manzûr, XI, 471; Fiyruzabadi, s.1338; Cürcanî, 159; Ebu'l-Beka, s.260; el-Lamişî, s.190; Gazalî, Ebu Hamid, Şifau'l-Galil, Beyrut, 1999, s.13.

¹⁵⁶ Lamişî, s.191.

¹⁵⁷ Şaşî, s. 66; Cassas, IV,9; Şirazî, s.105.

¹⁵⁸ Kerhî, s. 172.

hikmetin dikkate alınmayacağı anlamına gelmez. Nitekim Hudarî, illeti hükmün teşri kılınmasına sebep olan hikmet ve hikmetin gerçekleşmesine mahal olan açık, sabit bir vasıf olarak iki boyutta ele almıştır¹⁵⁹. Kanaatimizce bu yaklaşım İslam hukukunun normatifliğinin yanında gayeci (finalist) bir karaktere haiz olduğunu da göstermeye matuftur. Şatıbi, illetten murad “hüküm ve maslahattır” diyerek, illetin farklı yönlerine dikkat çekmek istemiştir. Ona göre emirler ve ibaheler maslahata dayanırken, mefsedetler de nehiy cihetiyle maslahata dayanır¹⁶⁰. Bu nedenle Şatıbi’nin teklifi hükümlerin esaslarına güzel bir atıfta bulunduğunu söyleyebiliriz. Şelebi de illeti aynı paralelde düşünmüş olacak ki illeti, bizzat maslahat olmasa da maslahatın gerçekleştirilmesi şeklinde tefsir ederek¹⁶¹ (العلة هي قصد تحصيل المصلحة لا ذات المصلحة) âdeta maslahat hükmün illetidir, yani gerekçesidir, sonucuna ulaşmıştır. Diğer taraftan Şelebi, Hanefi hukukçuların şariin cinsine itibar ettiği her maslahatın, şer’i hüküm için illet olabileceği kanaatinde olduklarını söylemiştir. Ancak usulcülerin zamanla maslahatla ta’lilden dönüp, ta’lili sadece zahir (açık), munzabıt (tespit edilebilen, değişmeyen) bir vasma indirgemiş olmaları, maslahatla ta’lilin yapılmayacağı anlamına gelmez. Çünkü münasip ve gayr-u kasır (sadece buyrulduğu duruma ve şahsa ait olmayan) gibi illetin diğer iki şartı maslahatla ta’lile işaret etmektedir. Ne yazık ki müteahhirun bu ta’lil şeklinden uzaklaşarak kıyası mücerret bir teşbih gördüğünden sonuçta insanların ihtiyacına olan pek çok şey âdeta haram addedilmiştir¹⁶². Bu da müslümanların kendi fıkıh kültürlerini geliştirme yerine tercüme hareketlerine meyletmesine sebep olmuş ve hukukî dinamizm bir anlamda skolastikleşmiştir.

Şelebi’nin bu tespiti dikkat çekicidir. Zira O’nun doğru bir düşüncede olduğunu Kerhi’nin illetle hikmeti ayırma gayreti gösterebilir. Ayrıca İslam fıkıh tarihinde illetin zamanla bir anlam daralmasına uğradığı –taklit döneminin başlarında- fakat daha sonraları Şatıbi ve Gazzali gibi alimlerin illeti maslahat ve hikmetle ta’lil etmeleri¹⁶³ yeniden illete anlam genişlemesi getirmiştir. Fakat bu hareket teoride kaldığından pratiğe pek yansımamıştır. Neticede donuklaşan içtihat faaliyetine bu yaklaşımlar canlılık kazandıramamış, illetin istikrar ve açık seçiklik şartlarını haiz olması gereği üzerinde durulmuştur.

¹⁵⁹ Hudarî, M.b.Afifi el-Bacuri, Usulu’l-Fıkıh, Beyrut, 1998, s.293.

¹⁶⁰ Şatıbî, I, 185.

¹⁶¹ Şelebî, M.Mustafa, Ta’lilu’l-Ahkam, Beyrut, 1981, s.120.

¹⁶² Şelebî, M.Mustafa, el-Fıkhu’l-İslami Beyne’l-Misaliyye ve’l-Vakıyye, Beyrut, 1982, s.166, 168.

¹⁶³ Şatıbî, I, 185; Gazalî, Mustasfa, I, 635.

İşte bu yapının tercih faaliyetlerinin de kategorik olmasına yol açtığı kanaatindeyiz. Böylece serbest tercih yapılmayınca -deliller arası, mezhepler arası ve mezhep içi- zayıf görüşlerle amel etme ve hile-i şer'iyye düşüncesi yaygınlık arz etmiştir. Bu durum da kendini, kanunlaştırma faaliyeti esnasında yapılan tartışmalarda göstermiştir¹⁶⁴.

6. Tearuz

Tearuz terimi sözlükte kök itibariyle (عرض) beş anlamda kullanılmıştır. Bunlar sırasıyla, mani olmak, engellemek, açığa çıkmak, yokluktan sonra bir şeyin yeniden ortaya çıkması, karşılık verme yani mukabele etme, denkleşme veya benzer olma gibi anlamlardır¹⁶⁵. Sözlükteki “yokluktan sonra bir şeyin yeniden ortaya çıkması” anlamı çok dikkat çekicidir. İslam hukukçularının ittifakıyla tearuzun gerçekte olmadığı, ancak bizim cehaletimizden kaynaklandığı tespiti bu anlamla örtüşmektedir.

İstılahta ise bir konuda iki hükümden birinin diğerinin hükmüne karşı ve zıt olması şeklinde tanımlanmıştır. Bunun esası illetlerin bir biriyle çelişik olmasına dayanır¹⁶⁶. Serahsî, aynı seviyedeki iki delilden her birinin diğeriyle çatışan –mani olacak şekilde- bir hükmü gerektirmesidir diye tanımlarken, birinin helal addettiğini diğerinin haram addetmesi, birinin nefyettiğini diğerinin ispat etmesi gibi örnekler vererek daha kapsamlı bir tanım yapmıştır diyebiliriz¹⁶⁷. O, ayrıca deliller arası tearuzun gerçekleşmesi için bir takım rükün ve şartlar ileri sürmüştür. Örneğin, tearuz eden delillerin aynı seviyede olması bir rükünken aynı vakitte ve aynı konuda olması da birer şarttır¹⁶⁸.

6.1. Fıkıh Usulü Eserlerinde Tearuz Kavramının Kullanımı

Klasik usul eserlerimizde tearuz kavramının yerine ilk önceleri “تعادل” (teâdül) kavramı kullanılmıştır¹⁶⁹. Mu'tezilî usulcü Ebu'l-Hüseyn el-Basri konuyu, “bir meselede müçtehide göre emarelerin (alamet, delil) eşit (teadül) olup olmayacağı” başlığıyla işlemiştir. Eğer deliller eşit ise, muhayyerliğin caiz olmadığını ve mutlaka tercihin yapılmasını vurgulamak istemiştir. Ayrıca konuyu müçtehitile ilgili olarak ele alması da

¹⁶⁴ Mecelle'nin esbabı mucibe mazbatası, Berkî, Ali Himmî, Açıklamalı Mecelle, İstanbul, 1990, s. 6-14.

¹⁶⁵ İbn Manzûr, II, 736; Ebu'l-Bekâ, s.850; Acem, I, 451-461.

¹⁶⁶ Cassas, IV, 203.

¹⁶⁷ Serahsî, Usul., II, 12.

¹⁶⁸ Serahsî, a.e., II, 12; Semerkandî, s. 688.

¹⁶⁹ Cüveynî, II, 618.

tearuzun müçtehidin nazarında olacağını göstermektedir¹⁷⁰. Diğer taraftan Fahrettin er-Razi, bizzat konunun başlığını “et-Teadul ve’t-Tercih” şeklinde koymuştur¹⁷¹. Beydavi de aynı başlığı kullanmıştır¹⁷². Bundan önce ve sonra genellikle tearuz kavramı kullanılırken Şevkani tekrar teadul kavramını kullanmayı tercih etmiştir¹⁷³. Ancak usul eserlerinin tümünde konu işlenirken “tearuz” lafzı kullanılmıştır. Kanaatimizce bunun nedeni teadul lafzının lügat ve ıstılahi manasında yatmaktadır. Teadul, sözlükte “bir birine eşit”¹⁷⁴ anlamında kullanılırken tearuz edecek delillerin mertebelerinin eşit olması gereğini ifade etmektedir. İstılahi manası ise hükme neden olan iki emarenin (alametin) eşit olmasıdır¹⁷⁵. Bu nedenle, başlıklarda geniş bir anlam ifade eden sözlük anlamı kullanılmıştır. Konu işlenirken asıl kastedilen ıstılahi manasına dönmüştür ki bu da delillerin tearuzudur. Ayrıca tearuz, delillerden birinin diğerine üstünlük kurma çabasını çağrıştırırken, teadül de her bir içtihadın doğruluk payının olmasından hareket edilerek hürriyetçi bir havanın varlığı hakimdir. Nitekim, içtihat içtihadı nakzetmez¹⁷⁶, kodu da bu çağrışımın ürünü olabilir.

Hanefi usulcüler ise teadul kavramını başlıklarında ve tariflerinde kullanmamışlardır. Bunun yerine, benzer “misl” kavramını kullanmışlardır. Ancak onlar tearuzun olabilmesi için koymuş oldukları esaslarda (rükün) delillerin aynı mertebede olmasını ilk olarak zikretmişlerdir¹⁷⁷. Berezençi de tearuzun eşitlik ve benzerlik anlamlarına dikkat çekmiştir¹⁷⁸. Diğer taraftan terazun mukabele (bir birine karşı gelme), mumana’a (bir birini engelleme, çatışma), tenakuz (uyuşmama, çelişme) gibi manalara geldiği de görülmüştür. Bu anlamların bir çoğuna usulcülerin tearuz tariflerinde rastlanmaktadır¹⁷⁹. Tearuz bütün bu anlamları içeren orijinal bir şemsiye kavram olarak kullanılmaktadır.

¹⁷⁰ Ebu’l-Hüseyn el-Basrî, Muhammed b. Ali, el-Mutemed fi Usulu’l-Fıkh, Beyrut, tsz., II, 306-307.

¹⁷¹ Râzî, II, 4034.

¹⁷² Beydavi, Kadı Nasıruddin, Mi’racu’l-Minhac Şerhu Minhacu’l-Vusul ila İlmi’l-Usul, thk., Cezeri, Kahire, 1993, II, 247.

¹⁷³ Şevkanî, İrşadu l-Fuhul., s. 43.

¹⁷⁴ Acem, II, 450.

¹⁷⁵ Şevkanî, s.403.

¹⁷⁶ Mecelle, md. 16.

¹⁷⁷ Serahsî, II, 12; Semerkandî, s. 688.

¹⁷⁸ Berezençi, I, 17.

¹⁷⁹ Geniş bilgi için bkz., Berezençi, I, 15-30; el-Acem, II, 450-460.

Tearuzun tarihi sürecini Dehlevi şöyle özetlemektedir: önceleri alimler kendi beldelerindeki hadisleri topladılar ve tearuz durumunda ise kendi imkanlarıyla, bir nevi ferasetle konuyu çözdüler. İmam Şafii'nin asrında ise bütün beldelerin hadisleri bir araya toplandı. Neticede hadisler arasında ve beldelerdeki alimlerin görüşleri arasında tearuz ortaya çıktı. Herkes kendi görüşüyle ve üstadının yorumuyla yetindi. Dolayısıyla arada farklılıklar ortaya çıktı, kavga gürültü çoğaldı, dikkate alınmayan, hesapta olamayan ihtilaflar her taraftan insanlara hücum etti. Müslümanlar hayret ve dehşete kapıldılar. Bu işi bir çözüme ulaştıramadılar. Neticede İmam Şafii, hadislerin bu ihtilaflarını te'lif etme prensiplerini tespit ederek¹⁸⁰ sonrakilere bir kapı açmıştır¹⁸¹.

Tearuz konusunu Hanefilerin çoğunluğu ile Şafiilerden Beydavi ve çağdaş hukukçulardan Hudarî gibi alimler içtihat ve taklit bahsinden önce incelemişlerdir. Çünkü, tearuz ve tercih konusu delillere ulaştıran bir güvencedir. Zira zanni delillerle hükümleri ispat etmek ancak tercihle mümkündür¹⁸². Dolayısıyla tearuz da zanni deliller arasında olduğundan bu işleniş tearuzun kaynağına işaret etmesi açısından önemlidir. Diğer taraftan Şafiilerin cumhuru, Malikiler ve Hanbeliler tearuzu içtihattan sonra işlemişlerdir. Çünkü onlara göre tearuz iki delil arasında olur. Onlardan birisini tercih eden ancak müçtehitir. Bu ikinci görüşe göre tearuz müçtehit açısından ortaya çıkmaktadır. Zuhayli de bunu tercih etmektedir¹⁸³. Oysa Hanefi hukukçular da tercihin ancak müçtehitler tarafından yapılacağını tercih konusunu işlerken yer yer vurgulamışlardır¹⁸⁴. Şatibi de tearuz konusunu en son ekler bölümünde işleyerek¹⁸⁵ konunun hukuk metodolojisinin bütün yönlerini içerdğine işaret etmiştir diyebiliriz.

Gazzali, Tearuz konusunu işlemeyen önce müçtehidin takip edeceği metodu belirlemiştir. Müçtehidin birinci aşamada, herhangi bir meselede şer'i hüküm konulmadan önce o meselenin hükmünün aslen olmadığını benimsemesi gerekir. İkinci aşamada bir konuda icma'nın olup olmadığını araştırması gerekir. Eğer icma varsa onun için yeterlidir. Çünkü nassların nesh durumu olacağından icma ile yetinilmelidir. Ümmetin dalâlet üzere birleşmeyeceğine de vurgu yapmaktadır. Bu onun meşhur hadise dayandığını

¹⁸⁰ Şafii, İhtilafu'l-Hadis (el-Ümm ile birlikte), IX, 525-646.

¹⁸¹ Dehlevi, Şah Veliyyullah, el-İnsaf fi Beyani Sebebi'l-Ihtilaf, thk., A.Ebu Gudde, Beyrut, 1986, s.83-84.

¹⁸² Zuhayli, Vehbe, Usulu'l-Fıkhi'l-İslami, Dimeşk, 1986, II, 1171.

¹⁸³ Zuhayli, II, 1171.

¹⁸⁴ bkz., Cassas, IV., 203-214; Serahsî, II, 242-289; Şirazi, s. 117-121.

¹⁸⁵ Şatibi, IV, 174.

göstermektedir¹⁸⁶. Ayrıca O, kesin mütevatir nasslar arasında tearuzun olamayacağını dolayısıyla tercihin de yapılamayacağını vurgulamıştır. Tercihin ancak zanni deliller arasında olacağına işaret etmiştir. Diğer taraftan iki kıyas arasında olacağını da benimsemiştir¹⁸⁷.

Öte yandan Hanefilerin tearuzun ancak tarihleri bilindiğinde birinin diğerini nesh edeceği durumlarda gerçekleşeceğini ileri sürmüş olmaları, onların tearuzu çözmede ilk olarak kullandıkları nesh delilinin esas alınmasının hukuki mantığını aksettirir niteliktedir¹⁸⁸. Hanefiler tearuzu gidermede; *nesh*, *tercih*, *cem* ve *tesakut* sıralamasını esas almışlardır. Çözümde esas olan tercihtir, tahyir caiz değildir. Buna göre çözüm için, iki ayette tearuz varsa habere, haberler arasında tearuz varsa sahabe sözüne veya kıyasa gidileceğini vurgulamakla tercihin mutlaka bir delille olacağına işaret etmişlerdir¹⁸⁹. Merginani de bu hususu çok açık ve net olarak ifade etmiştir¹⁹⁰. Semerkandi ise racih delil ile amel etmenin vucubiyetine değinmiştir¹⁹¹. Ayrıca Hanefiler tearuzun gerçekte nasslar arasında olamayacağını çünkü böyle bir durumun Allah'ın acziyetini ifade edeceğini vurgularken, tearuzun temel sebebini bizim cehaletimizden ve en önemlisi nassların iniş tarihini bilmediğimizden kaynaklandığına inanmaktadırlar. Şöyle ki, tarihler bilinirse nasih ve mensuh bilineceğinden tearuz da söz konusu olmayacaktır¹⁹². Nitekim Serahsî, kıyasların ve sahabe sözlerinin bir birini nesh etme imkanı olmadığından bunlar arasında tearuzun da olamayacağını vurgulamıştır. Kısaca ona göre tearuz nesh yönteminin uygulanabildiği delillerde geçerlidir¹⁹³. Fakat Serahsî konuyu işlerken kıyasların illetleri arasında da tearuz olacağını benimsemiştir. Aslında bu durum netice itibarıyla deliller arası tearuzla sonuçlanmaktadır¹⁹⁴.

¹⁸⁶ Ahmed b Hanbel, XV., 480; Tirmizî, Fiten, 51; İbn Mace, Fiten, 8; Hakim en-Neysaburi, Müstedrek, İlim, 398, I, 202, Tirmizî şarihi, bu hadis hakkında şöyle demiştir: Bu hadise şahit olacak bir çok hadis vardır. Turuk itibarıyla meşhurdur. Her bir rivayet için tek tek söylenecek söz olsa da bir birlerini destekleyerek delil olması sahih hale gelmiştir. Ayrıca, Hakim en-Neysaburi'nin Müstedrek'inde de bunu zikretmesi hadisin sahih mertebesinde olduğunun bir işareti kabul edilebilir.

¹⁸⁷ Gazalî, Mustasfa, II, 632-633.

¹⁸⁸ Serahsî, Usul, II, 13.

¹⁸⁹ İbn Abdüşşekur, Muhibbu'llah Fevati'r-Rahmut Şerhu Müsellemu's-Subut fı Usulî'l-Fıkh (Gazalî'nin Mustasfa'sıyla birlikte), Beyrut, tsz., II, 360.

¹⁹⁰ Merginani, III, 15.

¹⁹¹ Semerkandî, s.688.

¹⁹² Serahsî, a.e., II, 13.

¹⁹³ Serahsî, a.e., II, 13; Pezdevî, III, 165-166.

¹⁹⁴ Serahsî, a.e. II, 13.

Buna paralel olarak Kerhi'nin (الاصل أن كل اية تخالف قول اصحابنا فإنها تحمل على النسخ او) İmamlarımızın görüşüne uymayan nassları ya te'vil ederiz veya nesh olduğunu kabul ederiz"¹⁹⁵ ifadesini şöyle yorumlayabiliriz, imamlarımızın –Ebu Hanife ve arkadaşları- nassla tearuz eden bir görüşten sakındıkları kesindir. Eğer tearuz durumu söz konusu ise o zaman deriz ki, imamlarımız bu nasslara bizden daha yakın olduklarından bunların nasih ve mensuhunu bir birinden ayırt ettiklerinden böyle bir sonuca ulaşmışlardır. Bu durum, bize tearuzu gidermede Hanefilerce neshin, birinci planda tutulduğunu göstermektedir. Yalnız şunu ifade edelim ki, nüzul ve vürud sebeplerinin çok açık olmaması sebebiyle tearuzu gidermede Hanefiler yine de tercih yöntemini daha çok kullanmışlardır. Bu yöntem hem deliller arasında hem de imamların görüşleri arasında –delilleri esas alınarak- kullanılmıştır. Tercih bir içtihat ve re'y belirtme faaliyeti olduğundan Hanefilere re'y ekolünün öncüsü olarak bakılmıştır diye düşünüyoruz. Kerhi te'vil terimini de kullanmıştır. Bu durum te'vil teriminin tearuzu gidermede kullanılacağını da yansıtmaktadır. Hatta o dönemdeki fakihlerin yöntemlerine bakarsak, te'vil işlemini tearuzu gidermede dördüncü bir yöntem gibi algıladıklarını anlarız. Fakat sonraları içtihadın duraklamasına paralel olarak te'vil¹⁹⁶ teriminin yerine “tesakut” ve “tevakkuf” terimlerinin kullanıldığını düşünüyoruz. Diğer taraftan Kerhi'nin te'vili cem ve te'lifi kapsayacak nitelikte kullandığını da söyleyebiliriz. Çünkü te'vil lafzın zahir olan manasından yine lafzın muhtemel bulunduğu diğer manalara bir delil yardımıyla içtihadi olarak yorumlanmasıdır. Yani te'vil bir nevi yorum ve içtihat faaliyetidir¹⁹⁷.

Şatıbi tearuzun nasslar arasında olamayacağını belirttiikten sonra müçtehidin nazarı itibariyle olacağını vurgulamıştır. Ona göre iki delil arasında cemi mümkün olmayan her

¹⁹⁵ Kerhî, s. 179. Konu bağlamına dikkat edilirse Kerhî'nin bu görüşü genelde yanlış değerlendirilmiştir. Kerhî bu görüşünü tearuz eden delillerle karşılaştığında üstatlarının kanaatlerine katılmak için ifade etmiştir. Yani, imamlarımız nasihle amel edip mensuhu terketmişlerdir. Çünkü Hanefî mezhebinde en farklı görüşler Kerhî tarafından seslendirilmiştir. Örneğin, sarhoşun boşaması ona göre geçersizdir. (Bkz., Merginani, I, 250) Ayrıca kadının nafakasının tesbitinde kocanın zenginlik veya fakirlik halinin esas alınacağını Kerhî ileri sürmüş ve bu görüş Mısır Aile Hukukunda uygulamaya esas alınmıştır. (Bkz., Abdulhamit, M. Muhyiddin, el-Ahvalu's-Şahsiyye, Beyrut, 1984, s.194) Kerhî, usulde de en temel noktalarda mezhebin görüşüne hatta cumhurun görüşüne karşı fikir beyan etmiş ve usul koymuştur. Örneğin, Sahabe eğer bir konuda içtihat etmiş ise onların içtihadını almak daha uygundur. Çünkü onlar nassların vüruduna şahit olduklarından veya Peygamber'den duymuş olacaklarından görüşleri dikkate alınmalıdır. Ekseri ulemanın bu görüşüne karşın Kerhî, sahabenin içtihatlarını ancak kıyasla idrak edilemeyen durumlarda kabul eder. Bu yönüyle Kerhî, tam bir yöntem koyarak mutlak müçtehit gibi içtihat etmiştir. Öyleyse taklidin kurucusu olarak takdim edilmesi bilimsel gerçeklikle ve tarihi verilerle bağdaştırılamaz, bkz., Kasım b. Kutluboğa, Zeynüddin, Şerhu Muhtasarı'l-Menar, thk., Zübeyr b Nasr, Beyrut, 1993, s. 158.

¹⁹⁶ Te'vil teriminin anlamı ve yorumu için bkz., Ebu Amr, el-Huseyni, Meayirü't-Te'vil ve'l-Müteevvilin, Beyrut, 2000, s.67 vd.

¹⁹⁷ Ebu Amr, s.68.

bir yere nisbetle tearuz olabilir. Çünkü iki delil arasını cem etmek mümkün ise orada bir tearuzdan bahsedilmez. Örneğin, amm ile hass –usulcülere göre hass ammi tahsis eder-mutlak ile mukayyet gibi,¹⁹⁸ çünkü bunların her biriyle ayrı ayrı amel edilebilir. Şatıbi'nin bu görüşünden hareketle onun tearuzu gidermede usulcülerin (cumhurun) yöntemine¹⁹⁹ uygun olarak önce cem ve te'lifi dikkate aldığını anlarız.

Diğer taraftan cem' ve te'lifi, mümkün olmayan delilleri işlerken Şatıbi, şari'in kastının açık bulunduğu müspet ve menfi iki uç arasında asıl ihtilafın doğduğunu ve bunun neticesinde bu iki uca terettüp eden hükümler ve hükümlere sebep olan deliller arasında tearuzun doğduğunu vurgulamakta ve bunun tabi sonucu olarak da tercihe ihtiyaç olduğunu söylemektedir. O, tercihte imkan yoksa tevakkuf edip konuyu müteşabihten saymak gerektiğine inanmaktadır²⁰⁰. Bu tutum, O'nun, cumhurun yöntemine bağlı olduğunu gösterdiği kadar, konuyu yeniden ele almak istediğini yansıtmaktadır.

Şatıbi'nin bu yaklaşımından cemi mümkün olmayan delillerde tercihe gitmenin esas olduğunu ve zaten cem mümkünse tearuzun olmadığını anlıyoruz. Dolayısıyla tearuzu gidermede en önemli yöntemin yine tercih olduğu ortaya çıkmaktadır. Tevakkuf durumunun sonunda da ya yeni bir içtihat yapılacak veya içtihadın bir nevi olan tercih yoluna gidilecektir.

Ayrıca Şatıbi, deliller arasında tearuz olduğu gibi delil mertebesinde olan şeyler arasında da tearuz olabileceğini söyler. Şöyle ki, mukallide nispetle müçtehitlerin görüşlerinin tearuz etmesi bu kabildendir. Çünkü içtihadi görüşlerin mukallide olan nispeti delillerin müçtehide olan nispetine benzer²⁰¹. Dolayısıyla mezheplerin belirginleşmesinde mutlak müçtehitlerden sonra gelen mezhepte müçtehit olanlar ve bunları takip eden meselede müçtehit olanlarla tercih erbabının mezhep içi görüşlerin tearuzunda yaptıkları tercihler mezheplerin günümüzdeki mevcut şekilciliğini oluşturmuştur. Nitekim tercih deliller arası yapılır, yoksa görüşler arası tercih yapılamaz, ancak görüşlerden biri tercih

¹⁹⁸ Şatıbi, IV, 174.

¹⁹⁹ Tearuzu gidermede cumhur-u ulemanın takip ettiği sistem 1- Cem ve Te'lif, 2- Tercih, 3- Nesh, 4- Tevakkuf. Hanefilerin sistemi: 1- Nesh, 2- Tercih, 3- Cem ve Te'lif, 4- Tesakut. Hadisçilerin sistemi: 1- Cem ve Te'lif, 2- Nesih, 3- Tercih, 4- Tevakkuf. Ayrıca bu tasnifler için bkz., İbn Abdüşşekur, II, 360; Ahmed Naim, Tecrid Tercemesi, Ankara, 1991, I, 251; Çakan, İsmail Lütfi, Hadislerde Görülen İhtilaflar ve Çözüm Yolları, İstanbul, tsz., s.261-262; Berezencî, I, 167.

²⁰⁰ Şatıbi, IV, 175.

²⁰¹ Şatıbi, IV, 175.

edilecekse o görüşlerin dayandığı deliller incelendikten sonra karar verilir. Yoksa alelade birini seçme *tahyir* olarak isimlendirilmiştir ki, bu da hukukçularca makbul değildir. Biz deliller arası tercihin işlenmesinden sonra, mezhep içi tercihleri deliller arası tercihlerle birlikte mütalaa etmeye çalışmanın gereğini düşünüyoruz. Çünkü mezhep içi tercihlerle, deliller arası tercihlerin net bir çizgiyle ayrıldığını görüyoruz. Örneğin, bazı durumlarda görüşler arası tercih imkansızlaşırsa delili kuvvetli olana gidileceği vurgulanmaktadır²⁰². Neticede Şatıbî de konuyu çeşitli örneklerle kendi mezhebi ekseninde ele almıştır²⁰³.

Buraya kadar eklektik (seçmeci) bir karakterle sunmaya çalıştığımız yorumlar neticesinde cumhurun ve hadisçilerin tearuzu gidermede en öne aldıkları “cem ve te’lif” yönteminin ilk bakışta, Hanefilerin birinci sırada kabul ettiği “nesh”den farklı gibi görünse de neticede her ikisinin gerçekleştiği anda tearuz ortadan kalktığına göre bu iki esas mütalaa etmenin zaruriyetine inanabiliriz. Ancak tearuzu gidermede asıl üzerinde durulanın tercih yönteminin olduğu dikkatten uzak tutulmamalıdır. Çünkü tercih yöntemi, kanaatimizce cem ve nesh yöntemini de içine alan genel bir kavramdır. Zaten önceki alimlerin tercih yöntemini geniş bir perspektiften ele almaları da bunun kanıtıdır²⁰⁴. İlk

²⁰² İbn Abidin, I, 11.

²⁰³ Şatıbî’ye göre cemi mümkün olan kısım, tearuzun genişçe vaki olduğu bir bölümdür. Bu hususta O, şöyle demektedir: Bazen bir külli ile kapsamına giren bir cüz’i arasında tearuz olur. Haram olan yalan ile, iki eş arasını düzeltmek için yalan söylemek, bu kabildendir. Bu durumda bazen ruhsatla amel etmek gerekir. Bu nedenle ruhsat ve azimet konusu da tearuzu gidermede yardımcı bir öğedir. Diğer bir şekil; iki açıdan ele alınır. Birincisi tek bir esas altına giren iki cüz’i arasında olmasıdır. İki hadisin –ayetleri zikretmiyor- iki kıyasın veya iki alametin tek bir cüz’i üzerinde tearuz etmeleri gibi Bu durumda ya iki delilin birinin ihmaline hükmedilir ki, bu durumda diğeriyle amel olunur. İhmal edilen ya mensuh addedilir veya delil ciheti zayıf addedilir. (haberi vahid gibi) Burada hüküm müçtehit nazarındaki delile aittir. İkincisi, her iki delille birden amel edileceğine hükmetmektir. Bu durumda tearuz halinde olan iki delilin tearuz ettikleri mahalle, aynı yönden taalluk etmemiş olmaları gerekir. Aksi halde ikisiyle amel muhaldir. Örneğin, cihat çağrısıyla cihada güç yetirme gibi vasıfları olmayan kişinin durumu buna örnektir. Şöyle ki, ümmet cihat görevini yerine getirirken güç yetiremeyenler (Allah gücün üstünde bir yük yüklemeyiz) günahkar olmazlar. Bazen de tearuz biri diğeri altına girmeyen iki cüz’i arasında olur. Örneğin, kıblenin hangi tarafta olduğunu bilmeyen kimseye nispetle “her nerede bulunursanız yüzünüzü o tarafa (kıbleye) çevirin)” (Bakara 2/144) buyruğu için “namaz kılın” deliline muarız olunması gibi Burada şöyle bir düşünceye sahip oluruz, kıbleyi bilmeme ve kıbleye yönelme mecburiyeti birer cüz’idir. Ancak namaz kılma küllisi ile karşılaşınca, cüz’i, külliye tabi olur. Çünkü külli işlenince cüz’i de onun zımında işlenmiş olacaktır. Dolayısıyla cüz’i de tercih olup taharriden sonra herhangi bir cihete doğru kılınabilir. Şatıbî, IV, 176-177. Tearuzun dördüncü bir şekli vardır, iki küllinin tearuzu. Bu caiz değildir. Ancak meydana gelmesi sahihtir. Bu durum Kur’an’da daha ziyade ahlaki konuları ilgilendirir. Kısım de olsa konumuzun dışında olduğundan buna değinmiyoruz. Geniş bilgi için müellifin eserinde konunun devamı takip edilebilir, IV, 177-183.

²⁰⁴ Konuyu pratik olayların çözümünde araştırdığımızda çok ilginç bir yapıyla karşılaşıyoruz, örneğin, Yargılama Hukukunda beyyinelerin arasındaki tearuzu gidermede sadece Malikî mezhebi ilk sırada yine nazariyede olduğu gibi cem yöntemini kullanmışlardır. bkz. İbn Ferhun, *Tabsiratu’l-Hukkam*, Beyrut, 1995, I, 264-265; Hanefiler, ve Hanbeliler tearuz eden beyyinelerde ilk olarak tercih yöntemini kullanmışlardır. Bkz., Serahsî, Şemsüddin Ebu Bekr Muhammed, Mebsut, Beyrut, 2000, XVII, 54-63; Şafîiler ise tercihi ön plana almakla birlikte yer yer tearuzu gidermede farklı yollara diğer mezheplerden daha çok başvurmuşlardır. Bkz., Şirbini, Şemsüddin, M. Hatip, Muğni’l-Muhtac, IV, 608 vd.; İbn Kudame, Makdisi, el-Muğni, Kahire,

dönemlerde kullanılan re'y teriminin de bu tercihi ifade ettiği kanaatindeyiz. Tearuzu gidermede sonradan yapılan sıralamaların o günün fakihlerinin içtihat yöntemleriyle ve hukuk mantalitesiyle ilgili olduğunu düşünüyoruz. Çünkü insan her zaman değerlendirme yaparak görüş belirten yani tercihte bulunan bir varlıktır. Öyleyse tarihi seyir içerisinde re'y kavramının giderek anlam daralmasına uğrayarak içtihada, içtihat da aynı serüvenin sonucu –duraklama dönemi- anlam daralmasına veya anlam kaymasına uğrayarak te'vile, o da tercih kavramına indirgenmiştir, diyebiliriz.

6.2. Günümüz Hukuk Eserlerinde Tearuz Kavramının Kullanımı

Tearuz kavramı, tarihi seyrinde ilk baştan ifade ettiği anlamı korumuştur. Fakat günümüzde onun yerine çeşitli kavramlar kullanılmaktadır. Günümüz hukukçularından Ali Himmet Berki, bizzat tearuz kavramını kullanmayı tercih ederken²⁰⁵ bazı hukukçular bunun yerine “aykırı olma”,²⁰⁶ “muhalif” ve “çelişik olma”²⁰⁷ gibi kavramlar kullanmışlardır. Necip Bilge, genelde yeni kavramlardan sonra eski kavramları kullanırken, tearuz kavramını hiç zikretmemiştir. Bu durum onun bu kavramları aynı anlamda yorumlamadığını gösterebilir. Diğer taraftan bazı hukukçular –yukarıda olduğu gibi- ast kuralların üst kurallara aykırı olmayacağını belirttikten sonra tearuz yerine “çatışma”²⁰⁸ tabirini çok rahat olarak kullanmışlardır. Neticede “aykırı” kavramını hukukçular astın üste karşı olmayacağı anlamında kullanırken, aynı konuya değinen, kanunların hükümlerinin bir birine karşı olması durumunu, “muhalif olma”, “çelişik olma” veya “çatışma” şeklinde kullanmışlardır. Günümüzde “çelişme”²⁰⁹ ve “çatışma”²¹⁰ kavramı kullanılmaktadır. Bazen her iki kavram birlikte kullanılmıştır²¹¹. Konuya mantıksal açıdan bakanlar çelişkiyi kullanırken, hukuki açıdan bakanlar çatışma terimini kullanmaktadırlar

1995, XIV, 214 vd. İbn Kudame çok önemli bir hususa da işaret etmiştir. Eğer beyyineleri cem etmek mümkün ise zaten tearuz yok demektir, görüşünü ileri sürerek tercihin ehemmiyetine vurgu yapmıştır. Bkz., İbn Kudame, XIV., 220. Ayrıca geniş bilgi için bkz., Ali Haydar, IV, 598 vd.; Yaylalı, Davut, İslam Hukukunda Beyyine (adli delil)lerin Çelişmesi ve Çözüm Yolları, (Basılmamış Çalışma), Bursa, 1989, s. 3-4.

²⁰⁵ Berkî, A.Himmet, Hukuk Mantığı ve Tefsiri, Ankara, 1948, s. 36.

²⁰⁶ Yörük, A.Kemal, Hukukun Umumi Prensipleri, İstanbul, 1949, s.47; Tekinay, Sulhi, Medeni Hukuka Giriş Dersleri, İstanbul, 1987, s.55.

²⁰⁷ Bilge, Necip, Hukuk Başlangıcı, İstanbul, 1995, s.190-192.

²⁰⁸ Oğuzman, Kemal, Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul, 1994, s. 30.

²⁰⁹ Işıktaç, Yasemin, Hukuk Normunun Mantıksal Analizi ve Uygulaması, İstanbul, 1999, s.35; Erdoğan, Mehmet, Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, İstanbul, 1998, s.442.

²¹⁰ Koca, Ferhat, İslam Hukuk Metodolojisinde Tahsis, İstanbul, 1996, s.331.

²¹¹ Yaylalı, Davut, Beyyinelerin Çelişmesi ve Çözüm Yolları, s.13, 20, 25, 29.

diyebiliriz. Bu durum hükmün tarifiyle de doğrudan ilgilidir diye düşünüyoruz. Çünkü hükmün mantık ve hukuk açısından tanımını farklıdır²¹².

Türk hukuk lughatında tearuz kavramı aynen fıkıh usulü eserlerindeki gibi tanımlanmış, konu yeni bir kavramla izah edilmemiştir²¹³. Ancak, “kanunlar ihtilafı” kavramı açıklanırken, aynı mahalde tatbik edilecek kanunlar arasındaki ihtilafa kanunların zaman itibariyle çatışması denir²¹⁴, açıklaması yapılmıştır. Yani kanunların hem mekan hem de zaman itibariyle muhalif olmaları çatışma olarak ifade edilmiştir. Bu durum İslam hukuk metodolojisindeki nesh ve tahsis teorisinin hukuki fonksiyonunu çağrıştırmaktadır.

Bütün bunlardan hareketle İslam hukuk metodolojisindeki tearuz kavramına en yakın olanın “çatışma ve çelişme” olduğunu anlarız. Ancak bu kavramlar tek tek kaplam ve işlem olarak tearuzun ifade ettiği anlamı tam olarak yerine getirmemektedir. Çünkü çatışma sadece kanunların hükümleri arasında olurken, çelişme de tenakuz kavramının eş anlamlısı olarak kullanılır. Özellikle yüklemeleri aynı, fakat nitelikleri ve nicelikleri bakımından bir birinden farklı olan iki önerme için kullanılır²¹⁵. Oysa tearuz İslam hukuk metodolojisinde hükümler arasında olduğu gibi aslında hükümlerin delilleri arasında da olmaktadır. Bu nedenle delilin hüküm manasında kullanılarak anlam daralmasına uğradığı gibi, tearuz de çatışma ve çelişme olarak kullanılırsa bir anlam daralmasına sebep olacaktır. Belki de bu iki kavram (çatışma ve çelişme) birlikte kullanılırsa tearuzun

²¹² Geniş bilgi için bkz., Beyanuni, M. Ebu'l-Feth, “Hüküm”, DİA, XVIII, 466-467. Hüküm kelimesi sözlük anlamıyla da (master olarak, iyileştirmek amacıyla men etmek, düzeltmek, karar vermek anlamlarına gelirken; isim olarak da ilim, derin anlayış, siyasi hakimiyet, karar ve yargı anlamlarına gelir) bağlantılı olarak İslam hukukunda devlet idaresini ve siyasi otoriteyi, muhakeme usul hukukunda mahkeme kararını ifade eder. Hüküm mantık ilminde iki nesne ve fikir arasında kurulan bağlantıyı, kaziyye ve kuralı ifade etmesinden hareketle fıkıhta da hüküm ve ahkam gerek vahiy gerekse rey kaynaklı olsun bir konudaki hukuki değer yargısını, kuralı ilişkilendirmeyi ve nitelendirmeyi ifade kullanılır. Fıkıh usulünde özellikle Hanefilerce şer'i hüküm genelde Şari'in mükellefin fiillerine ilişkin hitabının eseri olarak tanımlanmıştır. Şafiiler ise hükmü, Şari'in mükellefin fiillerine ilişkin hitabı olarak tanımlamışlardır. Hanefilerin tarifindeki “eser” kulların fiillerinin vasfıdır. Dolayısıyla bu tanımlarında hükmün bağlandığı mahal olan mükelleflerin fiillerini esas almışlardır. Neticede Hanefiler nassla kulların fiilleri arasındaki bağlantıya ağırlık vererek hükmü “vucub” ve “hürmet” gibi Şari'in hitabının eseri olarak algılamışlardır. Şafiiler ise hükmün Allah'tan sadır olduğunu ön planda tutarak Şer'i hüküm hitabın bizzat kendisi, yani nassın metnidir ve hitap da Şari'in vasfıdır, diyerek hükmü “icap ve tahrim” gibi doğrudan doğruya Şari'in hitabı olarak değerlendirmişlerdir. Dolayısıyla Şafiiler Şari'i ile nass arasında ilişkiyi öne almışlardır, diyebiliriz.

Molla Hüsrev ise konuyu mükellefin fiillerinin eseri olan hükümler ve mükellefin fiillerinin sıfatı (vasfı) olan hükümler diye ikiye ayırarak hükme gayet teknik bir boyut kazandırmaya çalışmıştır. Geniş bilgi için bkz., Molla Hüsrev, s. 509-514.

²¹³ Türk Hukuk Lughatı, Heyet, Ankara, 1998, s.326.

²¹⁴ Türk Hukuk Lughatı, s.187.

²¹⁵ Öner, Necati, Klasik Mantık, Ankara, 1998, s. 98; Ayrıca Arapçada da buna benzer kavramların (tenakuz, mümanaat, teadul vb) tearuzla tam örtüşmediğine dair geniş bilgi için bkz., Berezençî, I, 15-45.

anlamını az da olsa yansıtabilir. Aslında çatışma ve çelişme kavramı usul eserlerinde, mumanaat ve mütenakız kavramlarının karşılığıdır. Tearuz ise ayrı bir kavramdır. Çünkü Debbusi, bu kavramların hepsini ayrı ayrı açıklamıştır²¹⁶. Dolayısıyla bunlar bir birlerinin müradifleri olmadığından birbiri yerine kullanılamazlar. Bu yüzden tearuz kavramını kullanmayı tercih ediyoruz. Çünkü hukuki problemlerin çözümsüzlüğünde anlam kaymalarının ve daralmalarının etkili olduğu kanısındayız.

Günümüz hukuk sistemleri de İslam hukukunda olduğu gibi kanunların tearuz etmemesini asıl amaç olarak benimsemiştir. Yalnız şunu belirtelim ki iki kanunun çatışması halinde yeni kanun eski kanunu yürürlükten kaldırmaktadır. Bu durum İslam hukuk metodolojisindeki nesh yöntemine –peygamber dönemi- benzemektedir. Buna bağlı olarak bir takım şartlar da ileri sürülmüştür. Örneğin, yeni ve eski hükümlerin aynı konuyu düzenlemeleri, sonraki hükümle eski hükmün birlikte uygulanmalarının imkansız olmaları gerekmektedir. Yeni hükmün eski hükme nazaran özel bir alanı düzenlemesi halinde de yeni hükmün kapsamına giren konularda eski hüküm zımnen yürürlükten kalkmış sayılır. Eski hükme nazaran yeni hükmün genel nitelikte olması halinde, yeni hükmün konuluş gayesi araştırılarak bir sonuca varılır. Medeni hukuktaki bu yöntemler klasik hukuk metodolojimizdeki tahsis yöntemiyle bir anlamda örtüşür niteliktedir. Kanunlar arasındaki değerler hiyerarşisi de tearuzun ancak eşdeğer kanunlar arasında olacağını gösterir. Kanunların anayasaya aykırı olamayacağı²¹⁷, tüzüklerin kanunlara aykırı olamayacağı²¹⁸ ve yönetmeliklerin de ilgili kanun ve tüzüğe aykırı olamayacağının²¹⁹ benimsenmesi medeni kanunlarda tearuzun tespiti açısından büyük önemi haizdir²²⁰. Tearuzun oluşmasında İslam hukukundaki deliller hiyerarşisinin zamanla dikkatten uzak tutulması etkili olmuştur diyebiliriz. Eğer bu hiyerarşi göz önüne alınırsa –var gibi görünen- tearuzun kısmen çözüleceği kanısındayız. Buna ilaveten nasslardaki üst kurallarla alt kuralların bir biriyle olan ilişkilerinin dikkatten uzak tutulmaması gereğini düşünüyoruz. Bu bağlamda nasslardaki üst kurallarla alt kuralların nelerden ibaret olduğu ciddi bir araştırmayla tespit

²¹⁶ Geniş bilgi için bkz., Debbusi, s. 327-338. Kavramlar arası münasebetler dört şekilde olmaktadır, bunlar sırasıyla mübayenet (ayrılık), müsavaat (eşitlik), umum husus mutlak (tam girişimlik) ve umum husus min vech (eksik girişimlik)dir. İki kavramın bir biri yerine kullanılabilmesi için müsavaatın olması şarttır. Yani iki kavramın her biri diğerinin bütün fertlerini karşılamalıdır ki, müradif olarak kabul edilsin ve kullanılsın. Netice itibarıyla kavramların mefhumlarının bir olması dikkate alınmalıdır. Bilgi için bkz., Öner, s. 32.

²¹⁷ A.Y., md. 175.

²¹⁸ A.Y., md. 115.

²¹⁹ A.Y., md.124.

²²⁰ Bilge, s.190-192; Oğuzman, s.28-32; Işıқтаç, s.34-38.

edilmesinin metodolojik açıdan büyük katkı sağlayacağı kanaatindeyiz. Ayrıca tearuzu gidermede bütün mezhepler üstten alta doğru yani ayetler arasında tearuz varsa sünnete, sünnette tearuz varsa sahabe sözüne ... gidileceği kanaatini benimsemişlerdir. Acaba bu yöntemin tersinin işletilmesi düşünülse ne gibi hukuki gelişmeler sağlar onu bilemiyoruz. Örneğin, sahabe sözleri arasında tearuz varsa sünnete, sünnette tearuz varsa ayetlere gidilse, ayetlerde de tearuz varsa tekrar aşağı doğru dönüş yapılsa nasıl olur? Kanaatimiz bu ikili yöntemin birlikte kullanılması çok daha çözümleyici ve üretici olacağı yönündedir.

7. Cem ve Te'lif

Tearuzu gidermede ilk sırada kullanılan cem ve te'lif yöntemi, Hanefilerin dışındaki hukukçular ile, hadisçiler tarafından benimsenmiştir²²¹. Cem' kelimesi sözlükte, dağınık olanları bir araya getirmektir²²². Te'lif ise, iki şeyin arasında birlikteliğin uyum içerisinde oluşması anlamına gelir²²³. Bu iki kavramın birlikte kullanılması, "örf ve âdet" kavramlarında olduğu gibi, te'kid için kabul edebiliriz. Sözlük anlamları bunu göstermektedir.

Cem ve te'lif denince ilk akla gelen, ihtilaflı hadislerin, birbirleriyle te'vil yoluyla bağdaştırılmasıdır²²⁴. İstilahta ise, şer'î deliller arasındaki i'tilaf ve tevakufu aklî veya naklî olarak beyan edip, gerçekten tenakuza veya noksanlığa götürücü bir ihtilafın bulunmadığını, ya iki tarafın veya bir tarafın te'vil edilmesi suretiyle açıklamaktır²²⁵. İslam hukukçularının genelde te'vil yoluyla yaptıkları cem ve te'lif işlemi, hadisçiler tarafından daha ziyade tahsis, takyid ve haml (farklı vürud sebeplerini ortaya koyarak bağdaştırma) yoluyla yapılmaktadır²²⁶. Şatibî, deliller arasında gerçekte tearuzun olamayacağına değindikten sonra, cem'in de mümkün olmadığına vurgu yapmıştır. Ancak delillerin eğer cem'i mümkün ise, tearuzun olamayacağını belirterek, âdeta tearuzu gidermede ilk olarak cem'i kullanmanın ipuçlarını vermiştir²²⁷.

²²¹ Çakan, s. 161-162.

²²² Fiyruzabadi, s. 917; Berezençî, I, 211-212.

²²³ Fiyruzabadi, s. 1024.

²²⁴ Aydınli, s. 43.

²²⁵ Hafnavî, s. 259.

²²⁶ Berezençî, I, 213-218; Çakan, s. 164-175.

²²⁷ Şatibî, IV, 174.

Ayrıca İslam hukukçuları, “te’lif” kavramı yerine “tevfik” kavramını tercih etmişlerdir²²⁸. Bu kavram sözlükte, başarı ve bir şeyi kolaylaştırmak anlamına geldiği gibi, itaatte bulunmak için gerekli gücü de ifade etmektedir²²⁹. Tevfik kelimesinin bu anlamından hareketle, tearuzu gidermenin güç bir işlem olduğuna işaret vardır.

Cem ve te’lifin yapılabilmesi için ileri sürülen şartlar ile tercihle ilgili şartlar örtüşmektedir. Çünkü her iki yöntem de tearuzu giderme amacıyla oluşturulmuştur. Berezençi, konuyla ilgili on iki tane şart saymaktadır²³⁰.

Cem ve te’lifin işletilmesiyle ilgili şahitlik konusundaki hadisler değerlendirilebilir. Hz. Peygamber bir hadisinde “Size en hayırlı şahidi bildireyim mi? Şahitliği sorulmadan ifa edendir”²³¹ şeklinde buyurmuş, başka bir hadiste ise, “Nesillerin en hayırlısı benim zamanımdakiler, sonra onu takip edenler, sonra onu takip edenlerdir. Daha sonra şehadeti sorulmadan yerine getirecek bir nesil gelir...”²³² şeklinde buyurmuştur. Bu iki hadis şu şekilde tearuz etmektedir: Birinci hadisin lafzına bakılırsa, talep edilmeden yapılan şehadetin makbul olduğu anlaşılır. Fakat mefhum-u muhalifine bakılırsa istenmeden yapılan şehadetin kötü olduğu anlaşılır. Halbuki ikinci hadis zahiriyle istenmeden şehadette bulunmanın makbul olmadığını gösterirken, mefhum-u muhalif olarak da talepten sonra şehadetin övülen bir şey olduğunu göstermektedir. Bu ise açık bir tearuzdur. Tearuzu gidermek için, cem yöntemine başvurulur. Birinci hadis, hak sahibinin kendisini tanımadığı şahide hamledilir ki, burada bir hakkın zayi olmaktan korunması sağlanmış olur. Bu övgüye layık bir harekettir. İkinci hadis ise, hak sahibinin kendisini tanıdığı bir şahide hamledilir. Bu da talep edilmeden yararlanmak için koşup gelen şahidin vassıdır. Bu ise hoş karşılanmayan bir davranıştır. Netice itibariyle birinci hadis, hakkı korumaya gösterilen hassasiyeti ifade ederken, ikinci hadis, yalancı şahitliği veya yeminle şehadeti ihsas ettirir de diyebiliriz²³³.

Neticede cem ve te’lif yöntemi, sistematik olduğu kadar, muhtelif usulleri içermektedir. Bu yüzden de, belli bir sınırlamaya tabi tutmanın pek imkanı yoktur. Cem ve

²²⁸ Hafnavî, s. 264.

²²⁹ Ebu’l-Beka, s. 310.

²³⁰ Cem ve te’lifin şartlarıyla ilgili geniş bilgi için bkz. Berezençi, I, 218-239.

²³¹ Müslim, Akdiye, 19; Ebu Davud, Akdiye, 13; Tirmizî, Şehadet, 1; İbn Mâce, Ahkâm, 26.

²³² Buharî, Fedailu’s-Sahabe, 1, Rikak, 7; Ebu Davud, Süne, 9; Tirmizî, Fiten, 45.

²³³ Geniş bilgi için bkz. Bedran, Ebu’l-Ayneyn Bedran, Edilletu’t-Teşri’l-Mutearida, İskenderiye, tsz., s. 164-165; Çakan, s. 180-181.

tevfik bu karakteriyle pek metodik görünmese de, kültür mirasına işlerlik kazandırma açısından büyük bir önemi haizdir.

8. Tevakkuf ve Tesakut

İslam hukukçuları, tearuzu gidermede bu kavramları kullanmadan genelde kaçınmışlardır. Hanefiler tearuzu gidermede sıralamayı *nesh*, *tercih*, *cem'-te'lif* (tevfik) ve *tesakut* (delilleri düşürme, terk) şeklinde verirler²³⁴. Ancak tesakut'a gitmeden genelde problemi çözerler, hatta onların asıl yöntemi tercihtir, diyebiliriz. Diğer usulcüler ise, tearuzu gidermede *cem'-te'lif*, *tercih*, *nesh* ve *tevakkuf* (çözüm bekleme, üçüncü bir delile yönelme) sıralamasını benimsemişlerdir²³⁵. Onlar tevakkuf ederken, üçüncü bir delile yönelerek tevakkuf ettikleri delilleri terk ederler, âdeta o delilleri yok saymaktadırlar.

Tevakkuf terimini hadisçilerin daha çok işlettiklerine şahit oluruz. Zira onlar, aralarındaki zıtlık için bir hal çaresi bulunamayan hadislerle, bir hal çaresi bulununcaya kadar ameli terk ederek beklemenin gereğine kani olmuşlardır²³⁶. Bu durum, kelimenin sözlükteki durup beklemek anlamıyla örtüşmektedir²³⁷. Ancak fıkhıta bu bekleme tefekkür ederek, zihnen konuyu mutalaa etmek şeklinde görünmektedir. Genelde bekleme, bir tarafı tercih ettirecek bir delil bulununcaya kadar sürmektedir. Bu durum, tercihin önemini ifade ettiği kadar, tevakkufun da belli bir çözümü değil, çözümsüzlüğü ifade ettiğini ortaya koymaktadır. Sadece nazari planda gerekli bir usul olarak kalmaktadır²³⁸.

Şatıbî “gerçekte tevakkufu gerektirecek şekilde mütearez oldukları hakkında İslam ulemasının ittifak ettiği iki delil asla bulunamaz”²³⁹ diyerek tevakkufun pratikte yeri olmadığını dile getirmiştir. Hallaf da aynı hususa değinerek, tamamen farazi bir hal çaresi olduğuna dikkat çekmiştir²⁴⁰. Tearuzu gidermede kullanılan tesakut yöntemi de tearuz eden delilleri terk edip daha alt mertebedeki delile yönelmeyi gerektirdiğinden²⁴¹, sanki tevakkuftan daha işler görünebilmektedir. Bu konuyla ilgili olarak, eğer beyyineler tearuz

²³⁴ Sadru's-Şeria, Tavzih, II, 614; İbn Abdüşşekur, II, 360; Ahmet Naim, I, 251; Berezençî, I, 166-176.

²³⁵ Berezençî, I, 167; Çakan, s. 261-262.

²³⁶ Aydın, s. 155; Çakan, s. 219.

²³⁷ Ebu'l-Beka, s. 940.

²³⁸ Çakan, s. 219.

²³⁹ Şatıbî, IV, 174.

²⁴⁰ Hallaf, s. 276.

²⁴¹ Sadru's-Şeria, Tavzih, II, 614; Bedran, s. 75; Zeydan, Abdulkarim, el-Veciz fi Usuli'l-Fıkh, İstanbul, tsz., s. 398.

ederse, tesakut vaciptir. Sanki iki beyyine de yok hükmünde kabul edilir. Zira birinin diğerine üstünlüğü olmadıkça tercihle amel caiz olmaz. Örneğin, iki kişi bir kadının nikahı hususunda iddia edip delil (beyyine) getirseler, delilleri kabul edilmez²⁴². Neticede lafızları farklı olsa da, bu iki yöntemin (tevakkuf ve tesakut) aynı kapıya çıktığını düşünüyoruz. Çünkü tevakkuf edilen deliller de neticede terk edilerek, yeni çözüm yolları aranmaktadır. Dolayısıyla tevakkuf ve tesakut neticede tearuz eden delilleri terk ederek yeni deliller aramaya yönelmektir.

III- BİR ANLAMA FAALİYETİ OLARAK TERCİH İLE DOLAYLI İLGİLİ KAVRAMLAR

Tercihle ilgili tali (dolaylı) kavramlara geçmeden önce bu bölümde üzerinde duracağımız çağdaş bilimdeki “anlama” kavramının yerine “yorumlama” kavramını kullanmanın daha uygun olacağını belirtmek isteriz. Çünkü anlama, gayeyi bilme, te’vil ve tercih etme işlemiyken, yorumlama, sadece bir tefsir etme, indi görüş serdetme ve göreceli fikir beyan etmekten ibarettir. Çağdaş bilimde fıkıh usulündeki şekliyle anlamanın olmayışına belirli bir metodolojinin olmaması da etki etmektedir²⁴³. Genelde bir anlama faaliyetinde anlatan, anlatılan, bağlam, anlaşılan ve anlayan vardır. Eğer referans alınan metin ilahi kaynaklı ise anlayan anlatılanı anlatandan daha iyi anlayamaz. Çağdaş bilimde ise metni anlayan anlatandan daha iyi anlayabilir düşüncesi ileri sürülmüştür. Gadamer “arasıra değil, daima metnin anlamı yazarını aşar”²⁴⁴ fikrini ileri sürerek anlama kavramının ifade ettiği anlamın dışına çıkmıştır. Biz bu yüzden çağdaş bilimdeki anlama faaliyetine yorumlama diyoruz. Çünkü Gadamer’in bu mantığı önü alınmaz bir yorum serbestisinin sinyallerini vermektedir. Nitekim bu yapı Eric Hirsch’in “tahmin yapmanın kuralı yoktur, yalnızca yapılan tahminleri doğrulamanın yöntemleri vardır”²⁴⁵ ifadelerinde

²⁴² Nedvî, Ali Ahmed, el-Kavaidü ve’l-Davâbidü’l-Mustahlasa mine’t-Tahrir Şerhu’l-Camii’l-Kebir, Kahire, 1991, s. 368.

²⁴³ Bu duruma metodolojinin olmaması kadar ilahi vasfı kesin olarak korunan bir metnin bulunmaması da etki etmiştir.

²⁴⁴ Tatar, s.46. Bu düşünce İslam İlahiyatı açısından kabul edilemez. Çünkü ilahi metnin sahibiyle anlayanın bilgi boyutları farklıdır. Anlamayla ilgili kavramların değerlendirilmesi ve mukayesesi için bkz., Görmez, s.35-40. Bu konuda başka bir yorum da şöyledir: F. Sechleiermacher; yazarın kendisinden daha iyi anlamak derken, yazarın farkında olmadığı, zihninde olmayan sonuca ulaşma kabiliyeti demek ister. Çiftçi, Adil, Nasıl Bir Sosyal Bilim, Ankara, 2003, s. 55.

²⁴⁵ Paul Ricoeur, “Anamlı Eylemi Bir Metin Gibi Görmek”, derleyen: Paul Rabinov ve William Sullivan, Toplum Bilimlerinde Yorumcu Yaklaşım, trc. Taha Parla, İstanbul, 1990, s. 36.

yerini bulmuştur. Dolayısıyla onların düşünce sisteminde tahminler yani yorumlar kadar yöntemler vardır.

Çağdaş bilimde yorumlama faaliyetine yeniden dönülerek, tarihselliğin, hermeneutiğin gündeme alınmış olması, Batı dünyasının aşırı serbestlikten görecelikten kaçıp bir metne sığınma hareketi olarak değerlendirilebilir.

1. Tarihsellik

Tarihsellik kavramı farklı anlamlarda kullanılmaktadır. Sözlükte; tarihsel olanın varlık biçimi, zamana bağlılık, gelip geçicilik, tarihe bağlı olma²⁴⁶ gibi anlamlara gelir.

Bilimsel olarak, tarihsellik kavramı yine değişik fikirleri içermektedir. Örneğin, tarihin bilim olarak diğer bütün bilimlerden daha kapsamlı olduğu ve hatta felsefeyi de içerdiğini ileri süren görüş, tarihsellik olarak bilinmektedir. Collingwood'un savunduğu bu görüş "bilimsel tarihselcilik" olarak adlandırılır²⁴⁷. Bu bağlamda tarihi, felsefi bir üst bakış olarak değerlendirenler de vardır²⁴⁸. Bir başka açıdan tarihsellik, geçmişteki tarihi olaylardan elde edilen genel kurallar ışığında toplum bilimlerinde geleceği önceden görme (prediction) ilkesini oluşturma anlamında kullanılmaktadır. Karl Popper'in ifade ettiği bu görüş "Öngörüsül Tarihselcilik" olarak adlandırılmaktadır²⁴⁹. Fakat bu düşüncelerden hareketle Karl Popper'in öngörüsül tarihselciliği savunduğunu net olarak ifade etmek pek de kolay değildir. Yalnız Karl Popper, tarihselcilerin sosyolojiyle özdeşleştirmek istedikleri tarih çeşidini izah ederken, yukarıdaki görüşüne ışık tutmaktadır. Şöyle ki, tarihselcilik; "sadece geriye doğru ve geçmişe değil, fakat aynı şekilde ileriye doğru ve geleceğe de bakmalıdır"²⁵⁰. Bu şekliyle tarihselcilik düşüncesi, geçmişteki tercih yöntemlerini inceleyerek, ileriye dönük ve hali hazırdaki problemlerimizi çözecek metotları oluşturmamızda bize yardımcı olabilir²⁵¹.

²⁴⁶ Akarsu, s. 171.

²⁴⁷ Açıkgenç, Alparslan, s. 2-3.

²⁴⁸ Özlem, Doğan (derleyen ve çeviren), Günümüzde Felsefe Disiplinleri, İstanbul, 1977, s. 441.

²⁴⁹ Açıkgenç, s. 2-3.

²⁵⁰ Popper, Karl R., Tarihselciliğin Sefaleti, trc. Sabri Orman, İstanbul, 1998, s. 57.

²⁵¹ Hatta mezhep içi uygulanan tercih yöntemleri tesbit edilebilirse bu günkü şekliyle ilk şekli arasında yapacağımız tesbitler yöntemleri anlamada bize katkı sağlayacaktır. Çünkü Hicri IV. Asrın sonlarında karşımızda şablonu çizilmiş, yöntemi belirlenmiş bir durumla karşı karşıyayız. Bu duruma nasıl gelindi ve yöntem nasıl oluşturuldu? İlk şekli de böyle miydi yoksa biz mi böyle anlıyoruz? Gibi soruların cevapları

Diğer bir tarihsellik yaklaşımı ise “bazı olguların sadece tarih içinde belli bir zaman ve mekan boyutu için geçerli olduğunu savunan görüştür. Buna “yorumsal tarihselcilik” denmektedir. Bunu tercih yöntemi açısından inceleyebiliriz. Çünkü anlama faaliyeti olan içtihatları, bir açıdan yorumlama kabul edersek, içtihatların zaman ve mekanla ilgili boyutunu kabullenmemiz gerekir. Ayrıca delillerin tearuzunda kullanılan tercih yönteminde –lafzi olanların dışında- tercihi yapan müçtehitlerin ister istemez bulundukları fiili şartlardan etkilendiklerini düşünmek zorundayız. Bu durumu mezhep içi tercihte de dikkate almanın gereğine inanıyoruz. İbn Abidin’in sonradan çıkan olaylardaki fetvalarda eğer müfti müçtehitse delile itibar edeceğini birçok Hanefi hukukçudan nakletmiş olması, fetvaların tarihsel olabileceğiyle –fetvanın zamanıyla kayıtlı kalacağına- açıklanabilir²⁵². Şöyle ki, usul ve furu kitaplarındaki katı tutuma rağmen fetva kitaplarında daha esnek davranılması ve ideal anlamda müftinin müçtehit olmasının gereği üzerinde durulması bizi destekler mahiyettedir²⁵³.

Yorumsal tarihselciliği, eğer bütün olayları bulundukları tarih ve mekan bağlamında incelersek daha iyi anlar ve kavrayabiliriz şeklinde düşünersek, geriye dönük bir anlama ve ileriye dönük bir hüküm verme olarak değerlendirebiliriz. Şöyle ki, “mazi istikbalin süzgülüdür” vecizesine karşılık, “istikbal de mazinin yargıdır” önermesini sunabiliriz. İbn Haldun bu gerçeğe “din ve dünya işlerini bütünleştirmek isteyen kimse tarihe başvurarak onu kendine örnek edinir ve bu ilimden faydalanır”²⁵⁴ ifadesiyle dikkat çekmiştir. Öyleyse İbn Haldun, anlamayı anlayanın içinde bulunduğu sosyal düzleme ve müktesebatına bağlamak istemiştir.

Tarihsellik kavramı çağımızda İslam ilahiyatçıları tarafından yoğunlukla tartışılmaktadır. Bunu şöyle değerlendirebiliriz. Yeni çağda Batı, İslam dünyası karşısındaki yenilgilerin faturasını kiliseye ve onun temsilcilerine çıkarmış ve –kendilerine göre- kutsal metni irdelemeye başlamışlardır. Çağımızda ise İslam dünyası, Batı modernizmi ve Batı sanayisi karşısındaki yenilgisini örtbas edip, kendini temize çıkarmak için Kur’an ve Sünneti tarihsel olarak yani tarihe bağlı, gelip geçici olarak düşünmeye

henüz verilmiş değildir. Bunun içindir ki tercih yöntemini hem deliller arasında hem de mezhebi bağlamda incelemek gerekecektir.

²⁵² İbn Abidin, I, 27.

²⁵³ Karafi, Şihabuddin, el-İhkam, thk, A.F.Ebu Gudde, Beyrut, 1995, s.255; Riyad, Muhammed, Usulu’l-Fetva ve’l-Kada fi’l-Mezhebi’l-Malikî, Daru’l-Beyda, 1998, s.248-252, 293-299.

²⁵⁴ İbn Haldun, Mukaddime, trc. Zakir Kadri Ugan, İstanbul, 1986, I, 18.

yönelmiştir²⁵⁵. Bu tavır çok sakıncalıdır. Zira ilahi metin oluşunda şüphe olmayan Kur'an'ın, mutlak tarihi bir hukuk eseri olarak görülmesi veya hükümlerinin modası geçmiş bir takım kodlar (code) olduğunu ileri sürmek gibi bir çağrışıma neden olur ki, bu, İslam hukukunun ilahi kaynaklı oluşuyla da bağdaştırılamaz bir şeydir. Sanki yapılmak istenen metnin ne anlattığı değil benim ne anladığımdır. Bu düşüncenin tabii sonucu olarak hakikatin değişkenliği ortaya çıkacaktır ki, bu önü alınmaz bir kaymayı ve subjektivizmi doğurur. Oysa hakikatlerin relatifliği yerine, hataların ve anlamaların rölatifliği kabul edilirse daha tutarlı neticeler elde edilebilir. Diğer bir husus ise bir şeyi bulmuş veya anlamış olmak o şeyin tarihsel olduğu anlamına gelmez. Örneğin, yer çekimi kanununu bulmak o kanunun tarihsel olduğu anlamına gelmez.

Şatibi, bu konuya hükümlerin değişmesi anlamında dikkat çekmiştir. Değişiklikten maksat, âdetlerin farklılık arz etmesi durumunda, hükümlerde de (tali noktalarda) bazı değişiklikler olabilmesidir. Bu hitabın aslında (nass) meydana gelen bir değişiklik değildir. Buradaki değişme, âdet farklılık arz ettiği zaman asli hüküm yeni bir şer'i asla döner ve bu kez onun hükmünü alır. Örneğin, ergenlik çağına ulaşan kişinin üzerine dini ve hukuki yükümlülükler terettüp eder. Çocukluk döneminde yükümlülüğün olmayıp da, ergenlik çağına olması hitabın aslında meydana gelen bir değişme değildir²⁵⁶.

Tarihselliği “gelip geçicilik” veya “göreceli olma” gibi anlamlara hamletme eğiliminin diğer bir çıkmazı ise şudur. Kur'anı bazı özel konular hariç –yine onlardada külli bir esasın hakim olduğu gözlenir- hep külli esaslardan bahsetmiştir. Oluşan problemler ise cüz'idir. Cüzlerin çokluğu küll'ünün dışına çıkmasını gerektirmez. Bu mantıki bir sonuçtur. Örneğin, insan fertlerinin çokluğu ferdin insaniyet küllisinin dışında düşünülmesini gerektirmez. Bu yüzdendir ki, kıyasta makisun aleyhin (asl) nassla belirlenmiş olması kıyasın en temel rüknü kabul edilmiştir. Çünkü kıyas cüz'iyi (yeni çıkan problemi, fer') küllinin (nass, asl) altına sokma şeklinde bir içtihat işlemidir²⁵⁷. Bu nedenle kavaidi külliyyelerin dikkate alınarak kıyasta asıl olmayacağı konusunda alimler ittifak halindedir²⁵⁸. Çünkü bunlarda küllilik galibiyetten gelmektedir²⁵⁹. Şöyle ki, bu

²⁵⁵ Kotan, Şevket, Kur'an ve Tarihsellik, İstanbul, 2001, s.313-314.

²⁵⁶ Şatibî, II, 199-200.

²⁵⁷ Şevkanî, İrşadu'l-Fuhul, s. 296; Mahmasanî, Subhi, Felsefetu't-Teşri fi'l-İslam, Beyrut, 1952, s.121.

²⁵⁸ İbn Abidin, Remu'l-Müftü, I, 34.

²⁵⁹ Zerka, Ahmed, Şerhu'l-Kavaidi'l-Fıkhiyye, Beyrut, 1989, s.33.

kaidelerin her zaman bir istisnası bulunabilmektedir. Oysa kıyasta kullanılan aslın (makisun aleyh) külli olma zorunluluğu vardır.

Netice itibariyle tarihselliğin müspet anlamda, yani hükümleri anlamak için vaz olundukları zamanın ve mekanın şartlarını dikkate almanın gereğini düşünüyoruz ve savunuyoruz. Ancak menfi anlamda kullanılan, yani hükümlerin geçiciliğini veya mahalliliğini ifade eden tarihselliğe katılmıyoruz. Çünkü bu yapı ilahi metnin karakteriyle (dil ve anlam açısından) bağdaştırılamaz. Belki diğer metinlerle ve içtihatlarla bağdaştırılabilir. Bu ikinci anlamda –birinciyle birlikte- mutlak müçtehitlerin içtihatlarını değerlendirebiliriz. Hatta mezheplerin oluşmasında yapılan tercihleri de bu açıdan değerlendirebiliriz. Ancak gelip geçiciliğin Kur'an hakkında düşünülmesi, Kur'an'ın tarihiliğini doğurur ki, bu durum Kur'an'ın Batıdaki İncil nüshalarının akıbetine düşmesi demektir. Sonra, Kur'an'daki hükümler inerken bazı şahsi vakalarla da ilgili olarak gelmesine rağmen özel isimlere, özel yerlere –birkaç yerle ilgili olanlar hariç- ve tarihlere atıfta bulunulmaması Kur'an'ın tarihi ve mahalli bir yapıya sahip olmadığını gösterir. Lafzın umumiliğini dikkate almak asıl amaç olmalıdır²⁶⁰.

Diğer taraftan tarihten ve mahalli verilerden faydalanmak eğer tarihsellikse, buna zaten bilimin gereği olarak itiraz eden olmaz. Kaldı ki, fıkıh metodolojimizde Kur'anı anlamaya yönelik çok geniş bir yelpaze çizilmiştir. Literal (lafzi) okumanın yanında gai okumalar da dikkate alınmış ve en ince teferruatlara inilmiştir. Örf-âdet ve maslahatın fer'i delillerden sayılması bunun en güzel kanıtı olabilir. Netice itibariyle tarihsellik terimi ilk çıkışındaki –İncilin ve kutsal metinlerin tarihi olduklarından yeniden değerlendirilmesi- tarihi ve mahalli anlamından daha geniş bir anlam alanına kavuşmuştur. Bu durum da tarihsellik kavramında bir kargaşayı doğurmuştur. Bu nedenle kavram kargaşasına ödün vermemek için bu kavramın kullanımında açık ve seçiklik esas alınmalıdır. Yani bu kavramı kullananların hangi anlam boyutuyla ele aldıklarını belirlemeleri gerekmektedir.

²⁶⁰ Gazalî, II, 197; Molla Hüsrev, s.435. Bu konuyla ilgili geniş bilgi için bkz. Kara, Ömer, Kur'an'ın Anlaşılmasında "İtibar Sebebinin Hususiliğine Değil Lafzın Umumiliğinedir" İlkesine Usulcülerin Metodolojik Yaklaşımları (Basılmamış Doktora Tezi), Ankara, 2001, s. 251-257; Koçak, Zeki, Nüzul ve Vürud Sebeplerinin Ahkama Etkisi (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Erzurum, 1997, s. 154-159.

2. Hermeneutik

Hermeneutik, Yunanca “hermeneutike” ve “tekhne” (sanat) terimlerinden oluşmakta ve yorumlama sanatı manasına gelmektedir²⁶¹. “açıklama sanatı” olarak da isimlendirilen hermeneutik Grek ülkesinde şairlerinin eserlerinin açıklanması ve öğretim ihtiyacından doğduğu söylenmektedir²⁶². Grek mitolojisinde tanrıların iletisini dil aracılığıyla insanlara anlatan elçiye “Hermes” adı verilmiştir. Bu yüzden hermeneutik kavramı Hermes’e kadar götürülür. Hermes, tanrıların mesajını ölümlülere iletirken mota mot bir aktarım yerine buyrukların birer açıklamasını yapmaktadır. Yani bir çevirmen pozisyonunda olan Hermes, bazen kendi yorumlarını da katabilir. İşte hermeneutik kavramının da buradan türediği düşünülmektedir²⁶³.

Batıda yorumlama ve yorumlamaya yönelik kurallar koyma, rönesanstan beri yeni bir aşamaya girmiştir. Aralarında Scioppius, Clericus ile Valerius’un tamamlanmamış eserlerinde hermeneutik, sanat öğretisine yeni yeni bakış açıları getiriyordu. Bununla birlikte hermeneutiğin nihai inşasını İncilin yorumlanması çabalarına borçluyuz. Bu konuda en önemli yazılar yazan ve hermeneutiğin en derin temellerini atan Flacius’un *Clavis* (anahtar) adlı eseri olmuştur²⁶⁴.

Diğer taraftan Semler kendi teolojik (yeni ahitin yorumlanması) hermeneutiğini iki parçaya ayırdı: *Birincisi*, dil kullanımının yorumlanması. *İkincisi*, tarihsel koşulların yorumlanması. Bununla yorumlama etkinliğinin dogmada özgürleşmesi tamamlandı; böylece gramerci / dilbilimci – tarihselci okulun temelleri atıldı. Daha sonra Ernest’in dikkatli düşüncesi, klasik metinlerin yorumlanmasında hermeneutik açısından üzerinde durulması gereken önemli noktalara işaret etmiştir. Sonunda dilci ve ilahiyatçı Schleiermacher kendi hermeneutiğini Ernest’in derslerine dayanarak geliştirmiş ve iletmiştir. Çünkü onun zamanına kadar hermeneutik gramatik / dilbilimsel, tarihsel, estetik / retorik ve nesnel / olgusal yazımlama tarzını barındırıyordu. Schleiermacher bu

²⁶¹ Bolay, s.510.

²⁶² Dilthey, Wilhelm, Hermeneutik ve Tin Bilimleri, trc. Doğan Özlem, İstanbul, 1999, s.91.

²⁶³ Gadamer, H.G., “Hermeneutik”, Doğan Özlem, Hermeneutik Üzerine Yazılar, Ankara, 1995, s. 11.

²⁶⁴ Dilthey, s.97.

kuralların arkasına, anlamamanın analizine, anlamayla amaçlanan bilginin kendisine yöneldi²⁶⁵. Böylece hermeneutiğe yeni bir yöntem boyutu kazandırmış oldu.

Dilthey, hermeneutiğin son amacını “yazarı, onun kendisini anladığından daha iyi anlamaktır”²⁶⁶ şeklinde ifade ettikten sonra hermeneutiği “yazıya geçerek sabit hale gelmiş yaşam ifadelerini anlamamanın öğretisi”²⁶⁷ olarak tanımlamıştır. Diğer taraftan doğa bilimlerindeki yasa bilgisi nasıl ki deneyler, içkin kurallar ve ölçme-sayma yoluyla doğrulanabiliyorsa, tin bilimlerinde de soyut ilkeler ancak bu ilkelerin yaşantıda olan yansımaları ve ruhsal yaşamla olan ilişkileri aracılığıyla tespit edilebilir ve doğrulanabilir²⁶⁸. Bu görüşüyle soyut olan anlamayı somutlaştırmaya giderek izah yolunu seçtiğinden Dilthey’in hermeneutiğe yeni bir boyut kattığı kanısındayız.

Dilthey hermeneutiğin nihai hedefini yazarın kendisini anladığından daha iyi anlamak şeklinde görmesi, İslam ilahiyatçıları tarafından sakıncaları fazla dikkate alınmadan Kur’an’a uygulanmak istenmiştir. Hermeneutiği bir tefsir hareketi olarak kabul edebiliriz. Fakat yukarıda işaret edilen “yazardan daha iyi anlama” durumu İslam ilahiyatıyla bağdaştırılamaz. Çünkü Yahudi ve Hristiyan mukaddes metinlerinin orijinal şekillerinin bulunmayışı –bazı kısımlar olabilir- bu metinlerin yine birer insan tarafından kaleme alındığı düşünüldüğünde tabii olarak ben o metni eğer onun tarihsel –yaşadığı şartlar- bağlamını da biliyorsam iyi anlayabilirim, hatta daha da iyi anlayabilirim. Çünkü yazarı da benim gibi bir insan belki de benim kadar birikime sahip olmayan bir insandır. Diğer taraftan İslam ilahiyatındaki duruma gelince kelamın (Kur’an) sahibi Allah’tır. Onunla benim aramda bir benzerlik yoktur. Öyleyse O’nun kelamını ben O’nun kadar kesinlikle anlayamam; peygamberi kadar da anlayamam, ancak ben bir beşer olarak bazı yorumlamada bulunabilirim. Bu yorumlarımda modern hermeneutiğin kurucusu olarak kabul edilen Gadamer’in ifadesiyle “bir metni doğru anlamak, elbette yorumunun zaman, mekan ve dünya görüşü içindeki konumuna ilişkin girdiler sokacaktır. Metnin dil aracılığıyla yorumlanması demek olan anlama uğraşı özerk bir yaratı olarak orijinal metinden bağımsız değildir²⁶⁹. Öyleyse orijinalitesi korunan Kur’an’ın yorumu ancak

²⁶⁵ Dilthey, s.99.

²⁶⁶ Dilthey, s.107.

²⁶⁷ Dilthey, s.110.

²⁶⁸ Dilthey, s.111.

²⁶⁹ Hans-Georg Gadamer, “Tarih Bilinci Sorunu”, derleyen: Paul Rabinov- Sullivan, William, Toplum Bilimlerinde Yorumcu Yaklaşım, İstanbul, 1990, s. 80.

metnin müsaade ettiği ölçüde yapılacaktır. Kur'anı anlamada –dilsel açıdan- Arapça'nın şart olduğunu ileri süren Şatibi²⁷⁰ “makasıt” teorisiyle de anlamaya katkıda bulunacak diğer materyallere atıfta bulunmuştur. Makasıdu's-Şeri'a projesi İslam hukuk tarihinde anlamamanın ve yorumlamanın en ileri bir seviyesini yakalama hareketi olarak kalmıştır. Bu hareketi geliştirmek için fıkıh usulünü hüsün-kubuh açısından ele alarak projeye yeni bir boyut da kazandırılacağı kanısındayız. Konumuzun dışında olduğundan şimdilik değinmiyoruz.

Yukarıda anlatanla anlayanın –metin sahibiyle okuyanın- metni okuyanın metin sahibinden daha iyi anlayacağı durumları Dilthey'in yorumlarıyla verdik²⁷¹. İslam ilahiyatçısının ve hukukçusunun tavrının ne olması gereğine gelince; bunu Ebu Hanife şöyle belirtmiştir. “Peygamberden gelenlerin başımın ve gözümün üstünde yeri vardır, sahabeden gelenleri seçer alırız, onlardan sonrakilere gelince: Onlar da bir kişi biz de birer kişiyiz”²⁷² öyleyse İslam ilahiyatçısının anlama sürecinde belirli bir hiyerarşi vardır. Doğrudan metni ben sahibinden daha iyi anlarım mantığı pek isabetli değildir. Eğer Ebu Hanife'nin koyduğu yöntem devam ettirilebilseydi taklitçilik bu denli yer etmez ve problemler çözümsüz kalmazdı. Günümüzde Batı teknolojisinin karşısındaki yenilgiyi hermeneutikte aramamız İslam ilahiyatını kaygan bir zemine çektiğinden hukuksal normatifliği de kaybetme noktasına getirmiştir. Bu tutum bir yöntemsizlik problemi olarak karşımızda durmaktadır.

Bu yüzdendir ki, çalışmaları yeniden ilk kaynaklardan başlatmak zorundayız. İslam kültür mirasımızı modernizme karşı neo-modernizm olarak sunmalı ve çözümü kendi iç tutarlılığımızda aramalıyız.

Hermeneutik, XIX. Yüzyıla kadar sadece bir anlama, açıklama, tefsir yapma etkinliği olarak görülürken –teoloji ve filolojide aynı karakterdeydi- son çağda tarihi bağını da devam ettirerek klasik tutumunun dışına çıkarak evrensel bir yapıya bürünme tavrı içine girmiş ve nispeten de başarılı olmuştur. Yani tefsircilikten te'vile doğru bir gelişim

²⁷⁰ Şatibî, II, 42-43.

²⁷¹ Bir metni yazarından daha iyi anlamak, şayet; bu metnin ifade ettiği şu şu anlamlar yanında, metnin ifade etmediği halde şu şu anlamları da anlamamız, çıkarsamamız kastediliyor ise, bu pekâla mümkündür. Yani yazarı söylemediği halde, söylediklerine dayanarak söylemediği anlamların bizim tarafımızdan ortaya çıkarılması düşünülebilir.

²⁷² Zehebî, Ebu Abdullah, Menakıbu el-İmam Ebu Hanife ve Sahibeyhi Ebi Yusuf ve Muhammed b. Hasan, thk., Zahidü'l-Kevserî, el-Mektebetü'l-Ezheriyye Li't-Turas, tsz., s.20.

izlemiştir. Kendi ilahiyatları ve kutsal metinleri açısından olumlu bir tavır olmuştur. Öte yandan genelde İslam ilahiyatı ve özelde İslam hukuku ise bunun tersi bir seyir izlemiştir. Şöyle ki, Hicri IV. Asra kadar tefsirden te’vile doğru ilerlerken, bu asırdan sonra te’vilden tefsire doğru bir hareket izlemiş, son asırlarda da bu faaliyetler tamamen durma noktasına gelmiştir.

Günümüzde yapılmak istenen içtihad faaliyetine katkı sağlayacağı kanaatiyle hermeneutik (yorumbilim) üzerinde duruldu. Ancak İslam hukukunun yapısıyla çok fazla uyuşmadığı anlaşıldı. İşte biz, bunun yerine tercih yöntemiyle hareket etmenin gerekliliğini ispat etmeye çalışıyoruz. Çünkü hermeneutik biliminde deliller hiyerarşisi pek ehemmiyet arz etmezken, tercih yönteminde büyük bir önemi haizdir. Belki yorumbilimi olması açısından hermeneutik, tercih yöntemine bazı katkıları olabilir.

3. Değerlendirme Kavramı ve Hukuk

Bilinçli hareket etme yetisine sahip olan insan tabii olarak çevresindeki olayları bir ölçü dahilinde kavrayarak çeşitli sonuçlara ulaşmaktadır. Ulaştığı bu kanaatler ve takdirler bir değerlendirme işleminin sonucudur. Hukuku, bir takım ölçütler dahilinde, sosyal realitenin veya bir metnin anlaşılabilir yorumlanması ve değerlendirilmesi olarak düşünersek, hukukla değerlendirme faaliyeti arasında sıkı bir ilişkinin varlığından söz edebiliriz.

Biz burada “değerlendirmeden” hukukçunun, hukuki bir problemi çözerken veya bir yöntem oluştururken ortaya koyduğu zihinsel tutumu kastediyoruz. Bu terime yakın olarak görülen açıklama (beyan) ve yorumlama aslında aynı anlam alanını kapsamamaktadır. Çünkü açıklama teriminde netlik vardır. Örneğin, imtihan sonuçları açıklandı dediğimizde tamamen belirli bir sonuçla karşı karşıyayız. Yorumlama kavramında ise netlikten öteye bir serbest düşünce ve kanaat çağrıştırmaktadır. Örneğin, imtihan sonuçları yorumlandı derken, imtihandaki sonuçlarla imtihana giren şahıslar ve sorular açısından bir takım durumlara atıfta bulunulmuş demektir. Yapılan yorumlar doğru veya yanlış olabilir. Değerlendirme kavramında ise kişinin zihinsel tutumu hakim olmakla

birlikte değerlendirmeye esas olan “değer”²⁷³ kavramı gündeme gelmektedir. Hangi değere, hangi ölçüte göre değerlendirdiniz, sorusuyla karşılaşırız. Yani yorumlamadaki ağır basan şahsi görüşe karşın, burada bir şeye (değere) bağlı olarak yapılan tespitler yer almaktadır. Bu nedenle en kesin olan *açıklama* (beyan) ondan sonra *değerlendirme*, ondan sonra da *yorumlama* kavramı gelmektedir diyebiliriz.

Şafii’nin, Risalesine beyan ile başlaması çok dikkat çekicidir. Beyanın mertebelerini anlatırken birinci sırada Allah’ın açıklamalarını (beyanını), ikinci sırada Peygamberin beyanının esas olduğunu belirttikten sonra diğer insanlara da Allah’ın içtihadı farz kıldığını ve onunla imtihan edeceğini söylemiştir²⁷⁴. Şafii, konuyu biraz daha derinleştirerek peygamberden başka herkesin ancak delil getirerek bir şey söyleyebileceğini, kendi istihsanına (güzel, hoş bulmasına ve uygun görmesine) göre bir şey söylememesi gereğine işaret etmiştir. Ona göre kişinin kendi istihsanına göre bir şey söylemesi geçmişteki bir örneğe dayanmaksızın kendince bir şey ortaya atmaktır²⁷⁵. Şafii, istihsanın bu delilsiz ve örneksiz yapılanına karşı çıkmıştır. Bu nedenle biz, Şafii’nin bu metodunun esas alınmasını uygun görmekteyiz. Çünkü tearuz eden delilleri çözmede kullanılan tercih yöntemi de deliller ve örnekler aracılığıyla yapılırsa ancak geçerli olacaktır. Aksine değerlendirmeden uzak sadece keyfi bir seçim veya gönlüne hoş gelen bir yorumlama olarak kalacaktır. Değerlendirmeler yapılırken, bunların temeli olan değerler hiyerarşisinin dikkate alınması da asıl amaç olmalıdır. Zaten tearuzun olabilmesi için bu eşitlik şarttır. Önceki fakihler bunu açıkça beyan etmişlerdir²⁷⁶.

Değerlendirmeye esas olan değer kavramı genel olarak doğru, iyi, güzel, faydalı ve haz verici şeklinde özetlenebilir²⁷⁷. Hatta bu yapının fıkıh usulü ve kelam ilminin ortak tartışma konusu olan *hüsün-kubuh* anlayışına yakın olduğunu söyleyebiliriz²⁷⁸. Oysa günümüzde modern hukuk felsefesinin temel konularından olan “hukuk ve değer” daha yeni yeni işlenmeye başlanmıştır²⁷⁹. Halbuki değerlendirme işlemi hüsün-kubuh tartışmalarının dışında bazı klasik usul eserlerimizin mukaddimelerinde, ilim, zan, şek,

²⁷³ Değer kavramının kullanıldığı bilim dalına göre ifade ettiği anlam için bkz., Cevizci, Ahmet, Felsefe Sözlüğü, İstanbul, 2000, s. 221; Bolay, s.93.

²⁷⁴ Şafii, Risale, s. 21-22.

²⁷⁵ Şafii, Risale, s. 25.

²⁷⁶ Semerkandî, s.687.

²⁷⁷ Cevizci, s.221.

²⁷⁸ Ebu’l-Hüseyn, el-Basri, I, 370-374.

²⁷⁹ Hirş, s.48 vd. Ayrıca bkz. Aral, Vecdi, Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları, İstanbul, 1992, s.41 vd.

tarif ve delil başlıkları altında bilimsel bir yaklaşımla incelenmiştir²⁸⁰. Gazzali ise usulle ilgili eserinin mukaddimesinde ilimleri taksim ederken fıkıh ilmini akılla naklin izdivacından meydana gelen değerlendirmeci bir karakteri haiz olduğunu bizzat bildirerek, bu ilmin diğerlerinden daha kıymetli olduğuna işaret etmiştir²⁸¹.

Diğer taraftan değerlendirmeyi değerın ürünü olarak düşünürsek, değerlendirme işlemini bir “anlama”, “bilme” veya “kavrama” faaliyeti olarak görebiliriz. Bu mana zaten fıkıh teriminin anlam alanı içindedir. Dolayısıyla İslami gelenekte kullanılan “fıkıh” terimi daha kapsamlı bir yapıyı sunmaktadır. Çünkü Halife Memun zamanına kadar kelam ve fıkıh ilimlerinin birbirinden ayrılmadıkları ve Ebu Hanife’nin yazdığı esere el-Fıkhu’l-Ekber adını vermesi, -ki bu eserde akaid konuları işlenmiştir- dikkate alınırsa yukarıdaki tespitimizin doğruluğu ortaya çıkar. Ayrıca Ahmet Hasan’ın “fıkıh ilk tarifinden itibaren aklın tatbiki ve şahsi fikir manasını taşımıştır”²⁸² tespiti fıkıhla -bu günkü dar anlamıyla hukukla- değerlendirmenin birbiriyle olan ilişkisini yansıtmaktadır.

Bu tesbitlerimizden hareketle şunu söyleyebiliriz, Şatıbi, fıkıhın “yeter neden ilkesi”ni -mantıkta düşüncelerin (önergelerin) bir birini oluşturup temellendirmesine denir- makasıdu’ş-şeri’a olarak temellendirmeye çalışmıştır. Bu gün de hüsün-kubuh düşüncesi irdelenerek oluşturulmak istenen hukuk metodolojisinin yeter neden ilkesi elde edilebilir. Çünkü bu yapı modern hukuk felsefesindeki hukuk ve değer düşüncesinden daha esnek bir karaktere sahiptir. Ayrıca yöntem tartışmalarındaki tearuzu gidermede bir “sağlama” görevini de taşıyabilir. Hüsün-kubuh konusunda hukukun psişik boyutu yanında hukuk ve ahlak ilişkisinin diğer bir ifadeyle hukuk ve etik ilişkisinin ön planda oluşu hukuki problemlerin çözümünde ileri derecede katkı sağlayacaktır.

Bu konuyu şöyle tasvir edebiliriz. İslam düşüncesinin temelinde dörtlü bir yapının esas olduğunu düşünüyoruz. Bunlardan *birincisi*, eşyadır. Eşya aslında iyilik ve kötülükten mücerrettir,²⁸³ nötrdür. Güzellik çirkinlik onun yaratıldığı gayeye uygun olarak

²⁸⁰ Fıyruzabadi, s. 3-6.

²⁸¹ Gazali, Mustasfa, I, 11-17.

²⁸² Ahmet Hasan, s. 32.

²⁸³ Eşyanın Şer’i hükümler gelmeden önceki durumu ve hükmü için bkz., Hatip el-Bağdadi, Ebu Bekr, Kitabu’l-Fakih ve’l-Mütefakkih, Dimeşk, tsz., I, 217.

kullanılmasına bağlıdır. Yani “karine”²⁸⁴ye bağlıdır. *İkincisi*, insanların fiilleridir. Fiiller de iyilik ve kötülükten mücerret olarak yaratılmıştır. Örneğin, içme fiili ne iyidir ne de kötüdür. Eğer helal olan bir şeyi ihtiyaç varken içilirse iyidir; yok eğer ihtiyaçsız ve haram olan bir şey içilirse o zaman da kötüdür. Kötülük ve iyilik aslında yapılan fiile bitişen durumdan yani karineden kaynaklanmaktadır. Neticede fiil, mef’ulü (nesnesi) ve gayesiyle değer yüklenir. Mezheplerin farklılaşması da nesnelerle ilgili değerlendirmeler üzerindedir. *Üçüncüsü*, yukarıdaki iki duruma vasıf kazandıran (vacip veya haram gibi) “emir” ve “nehiy”lerdir. Kanaatimizce bunlar da karinesiz olarak düşünülürse vücup ve haramlık ifade etmez. Ancak onlara icaplığı (vücubiyet) ve tahrimiyeti kazandıran karinelere bir de emir ve nehye, şer’in yüklediği istilahi durum vardır ki, onların vücup ve tahrim ifade etmesini sağlar. *Dördüncüsü*, “gaye”dir. Eşyanın niçin yaratıldığını, kullananın yaratılış gayesine uygun olarak kullanıp kullanmadığı ve kişinin işlediği fiili hangi amaçla işlediği, işlenen fiil varlık gayesine uygun mu değil mi, emir ve nehiy hangi amaçla buyrulmuş? Buyruluşunda illet mi yoksa hikmet mi vardır? Bütün bunlar dördüncü esas bağlamında mütalaa edilebilir. İşte bu da insanın yaratılış gayesine verilecek cevapta gizlidir.

İslam fıkında bir şeyin hükmünü ararken menfilik (nötr) esastır. Yani onu haram eden veya helal eden bir delilin yokluğu esastır²⁸⁵. Bu mantık her çalışmada yeni baştan düşünmeyi ve hiçbir şey yokmuş gibi hareket ettirmeyi gerektirir. Tabi ki burada kültür birikimini reddetmiyoruz. Bu nedenle hüküm vermede yani sadece delilleri dikkate almak yeterli değildir. Bir hükümde dört esasın gözetilmesi gerekir. Başka bir ifade ile ilahi irade tarafından konulan esasların değerlendirilerek ortaya çıkarılmasıdır. Asıl amaç keşiftir. Buradan şunu kastediyoruz. Bir konuda bu menduptur derken aslında o şeyin güzel olduğunu, hüsnünü ifade ettiğimiz gibi onu teşvik eden ifadenin de kesin bir bağlayıcılıkla sabit olmadığını söylemiş oluyoruz. Mekruh olan bir hükmü de incelediğimizde onun aslında eşyaya mukarin olan bir şey nedeniyle kötü (kubuh) olduğunu ve dolayısıyla terkinin vacip olduğuna hükmediyoruz. Eğer fiil vacipse onu işleme karineler yardımıyla güzellik (hüsün) kazanıyor. Terk edersek terkle beraber kötülük (kubuhluk) kazanıyor. Dolayısıyla burada vacibi terk tahrimen mekruhtur diyoruz. Öyleyse ef’al-i mükellefin dediğimiz hükümlerin oluşması temelde yine yukarıdaki dörtlü esasa dayanmaktadır. Bu

²⁸⁴ Karine, maksadı izah eden şeydir. Fakat vad’ itibarıyla özel bir gayeye delalet etmeden bilakis kelamın sıyak veya sibakından anlaşılandır. Ebu’l-Beka, s. 734. Ayrıca geniş bilgi için bkz., Yaylalı, Davut, “Karine”, İsl.Arş., Ocak, 1988, II, S. 6, s. 54 vd.

²⁸⁵ Gazalî, Mustasfa, II, 632.

nedenle hüküm, ancak fiile izafe etmekle açıklanır. Yoksa el-Basri'nin de işaret ettiği gibi “hükümler fiiller değildir”²⁸⁶. O zaman hüküm nedir? Hüküm; eşyanın fiille hüsün-kubuh açısından emir ve nehyin yani nassların bir değerlendirmesidir. Kısaca hüküm eşya, fiil, emir-nehiy ve gaye dörtlüsünün merkezidir. Yani üç ayaklı sehpanın tablasıdır hüküm. Neticede hüküm hüsün ve kubuhtan ibarettir. O da metafizik anlamda bir değerdir. Bu duruma Semerkandi şöyle işaret etmiştir: “Hükümler kelim usulü ilmi için fer'dir”²⁸⁷.

Yalnız burada dikkat edilmesi gereken husus şudur: yapılacak değerlendirmelerde objektif sonuçlara ulaşmak oldukça zordur. Çünkü bütün değer yargılarında bir süje (kişi) söz konusudur. Değer bu bağlamından koparılamayacağı için varılan sonuçlarda da subjektiflik ihtimali dikkate alınmalıdır. Belki bu relativizmi önlemede dikkatle kullanılması gereken iki esas göz önünde bulundurulmalıdır. *Birincisi*, fıkıhın temel esası olan metinler, *ikincisi*, fazlaca relatif olmadıklarından dolayı aşırı keyfiliği önleyerek objektif tespitlere doğru bizi sevk edecek olan içtimai değerler ve hadiselerdir. Kanaatimizce klasik dönemde fıkıh usulü ilmi, bu iki esası birleştirmiş, değerler relativizmini önlemiş ve değerler hiyerarşisini tespit etmiştir. Buna bağlı olarak Cabiri'nin “fıkıhın görevi toplum için yasama, fıkıh usulünün görevi ise akıl için yasama olduğudur”²⁸⁸ ifadesine katılıyoruz. Dolayısıyla fıkıh, toplum için, fıkıh usulü ise müctehid içindir.

O halde karşı karşıya bulunduğumuz bu tabloda değerlendirmelerde bulunurken bir ölçüte ihtiyaç hissedilmektedir. Çağdaş hukukçulardan Hırş, bu durumu şöyle ifade ediyor: Hareketimizin değerini belirli bir üst kurala göre ölçmeliyiz. Kuralın değerini de deney üstü (transandantal) (söz gelimi tanrı, tanrısallık kavramları deney üstüdür. Anlaşılmalrı ve incelenmeleri için deney ve gözlemden yararlanılamaz) bir temele göre ölçeriz. Böylece açık bir gerçeklik olan hareket ile gerçeklik hudutlarını aşan transandantal bir temel arasında sıkı bir ilişki kurmuş oluruz. Gerçekte kurallar hakkında bir değer yargısı vermek “iyi” veya “kötü” olduğunu saptamak bizi mutlaka felsefeye yani fizik ötesine başvurmak zorunda bırakacaktır. Çünkü hareketlerimizin değerlerini yine kendi hareketlerimizde

²⁸⁶ Ebu'l-Hüseyn el-Basri, I, 4.

²⁸⁷ Semerkandî, s. 1. Ayrıca konuyla ilgili diğer değerlendirmeler ve hüsün-kubuh konusunun izahı için bkz., Cüveyni, Burhan, I, 78-94.

²⁸⁸ Cabiri, Arap Aklının Oluşumu, s. 138.

aramamız imkansızdır²⁸⁹. Bu nedenle değerlendirmelerimizde ilahi metinlere başvurmamız ilkeler bilimi olan usul-u fıkıhtan, felsefeden faydalanmamızı zorunlu kıldığı gibi değer yargılarımızın pratikte benimsenip içselleşebilmesi için de toplum bilimi olan sosyolojiden ve sosyal normlardan faydalanmamızı gerektirmektedir²⁹⁰.

Hukuk disiplini bir değerlendirme ürünü olarak görürsek, fıkıh kültürümüzdeki tercih konusunu daha iyi kavrar, tearuz ve tercih sebeplerini tespitite daha tutarlı hareket edebiliriz. Önce şunu ifade edelim ki, değerlendirmede biz üç terimle karşı karşıyayız. Bunlar, “*değer*”, “*değerlendirme-değer yargısı*” ve “*değerlendiren*”. Değerler duyum dışı objelerdir. Onların varlık biçimi ideal olanın varlık biçimidir. Yani değerler, irreal (akıl dışı) ya da ideal (düşünsel) şeylerdir. Onların varlık biçimi ideal olandır. Normatif bir karaktere sahip olduklarından ve soyut bir niteliği içerdiklerinden dolayı daima “olanı” değil, “olması gerekeni” ifade ederler²⁹¹. Bu nedenle hukuk da bir değerlendirme olduğuna göre değişkenliğin olması gerekir. O halde bu farklı hukuk anlayışı ve herkesin kendi görüşünün hukuki olduğunu iddia etmesi bir “olması gereken” hukuk idesini yakalamaya yönelik değerlendirmeler olarak görülebilir. Bu yüzden “olan”, “olması gerekeni” betimleyebilir veya betimleyemez. Nitekim klasik usul eserlerimizde müçtehidin “musip” –isabet edici, doğruyu bulucu- veya “muhti” –hata edici, yanlış sonuca varıcı- olabileceği tartışmasının yapılması²⁹², İslam fıkında değerlerin değil değerlendirmelerin rölativitesini ortaya koymuştur. “Dolayısıyla değişmekte olan nesnel değer değil, yalnızca öznel ve somut değerlendirmelerdir. Değerlerde değil de yalnızca değer yargılarında görülen bu değişme değerlendirmelerin niteliğinden kaynaklanmaktadır²⁹³. Değerlendirmelerin farklılığının belirli nedenleri vardır. İlk bakışta değerlendirenler bir ve özdeş değildir. Beslendikleri kaynaklar aynı değildir. Çevre şartları eşit değildir. Öyleyse değerlendirmelerin izafiliği mantıki bir sonuç olarak karşımızda durmaktadır. Yalnız bu sonuç bizi, “Bütün değerlendirmeler değerlendirenlerin farklı olmasından görecelidir” genellemesine götürmemelidir. Çünkü bazen farklılıkları belirli bir denetim altına alan değişmez değerlendirmeler vardır. Örneğin, güzellik ve çirkinlik, iyilik ve kötülük gibi

²⁸⁹ Hirş, s.53.

²⁹⁰ Konuyla ilgili geniş bir bilgi için bkz. Dönmezer, Sulhi, Toplumbilim, İstanbul, 1999, s. 229-236.

²⁹¹ Aral, s.52-57.

²⁹² Semerkandî, s.753.

²⁹³ Gürbüz, Ahmet, Hukuk ve Meşruluk, İstanbul, 1998, s.77.

estetik ve ahlaki değerler çoğunlukla aynı karakteri haizdir. Bunların fitrilikle ilişkili olduğu kansındayız.

Bu açıklamalarımızın paralelinde tearuzun asıl sebeplerinden olan anlayanın ve değerlendirenin zihinsel işlemleri olan yöntemlerin farklılığı tabii bir sonuçtur. Çünkü bunlar birer değerlendirmedir. Ancak mutlak içtihat fikri ve olgusu bir değer olarak değişmezliğini sürdürecektir. Nasslar bir değerdir, değişecek olan değerlendirmelerdir. Hedef bu değerlendirmelerdeki ihtilafları zıtlıklar gibi değil, alternatif bakış açıları altında yeni değerlendirmelerle olması gerekene, ideale yaklaştırmaya çalışmaktır. Bu da yukarıda yapmış olduğumuz tespitler yanında aşırı iddialı olmamak esasına bağlı olarak elde edilebilir. Nitekim, klasik eserlerimizde görüşler, değerlendirmeler, yorumlar ve içtihadi bir fonksiyon içeren tercihler sunulduktan sonra (الله أعلم بالصواب) “en doğrusunu Allah bilir” ifadesine yer verilmiştir. Bu ifadenin yukarıdaki düşüncelerimize temel olacağı kanaatindeyiz.

İKİNCİ BÖLÜM

TERCİH YÖNTEMİNİN HUKUKÎ NİTELİĞİ VE SEBEPLERİ

I- TERCİH YÖNTEMİNİN HUKUKÎ MAHİYETİ VE FONKSİYONU

Tercihi, mevcut hükümlerden birisini delil veya lafızlarla ilgili prensipler yardımıyla öne almak şeklinde tanımlarsak²⁹⁴, iki şekilde hareket etmemiz gerekecektir. Bu şekillerden birisi —ki, bu son aşama olmalıdır— eğer tercihi gerçekleştirecek nassî delil yoksa fer’î delillerden herhangi birisinin yardımıyla problemin çözümü sağlanır. Eğer nassî delil mevcut ise —ki bu ilk aşama olmalıdır— bu delilleri anlamak için lafızlarla ilgili ileri sürülen prensiplerden hareket edilmelidir. Zaten bu ikili fonksiyonun mezheplerin metodolojisinde yansıması görülmektedir. Şöyle ki; nass bulunmadığı yerde Hanefiler, fer’î delillerden istihsanı, Şafiiler istishabı, Malikiler ise istislahı diğer delillere tercih etmişlerdir. Nassî delilin bulunduğu yerlerde ise, konu genelde lafızlarla ilgili iki prensip merkezinde yoğunlaşmıştır. Hanefiler, müşterekin umum ifade etmediğini, ancak nefiyden sonra gelirse, konduğu bütün manaları kapsayıp, umum ifade edeceğini savunmuşlardır. Dolayısıyla müşterekin ifade ettiği manalar için bir tek vaz’ ile konmadığını, aksine her bir mananın ayrı bir vaz’ın konusu olduğu esasına istinat ettirmişlerdir. Şafiiler ise, müşterekin umum ifade ettiğini, yani konulduğu bütün manaların kastedilmiş olabileceğini ileri sürerek, umumu’l-müşterekliği savunmuşlardır. Sonuç itibarıyla Hanefilerle birlikte İslam hukukçularının çoğunluğu “lafızda aslolan müşterek olmamaktır” fikrine ulaşmıştır. Bu nedenle karine bulunmadığı sürece lafzın delalet ettiği manalardan hiç biri tercih edilemez²⁹⁵.

Nasslarla ilgili diğer bir prensip ise, tahsise uğramayan ammin delaleti ile ilgilidir. Hanefilere göre ammin her bir ferdine delaleti hassın delaleti gibi katidir. Şafiilere göre ise ammin her bir ferdine delaleti hassın delaleti gibi kati olmayıp zannidir. Bu durum, tercih yönteminin hukuki fonksiyonunu temelden etkilemiştir. Nitekim hassın amm ile tearuz

²⁹⁴ Geniş bilgi ve karşılaştırma için bkz. Pezdevî, IV, 134; Serahsî, Usul, II, 249; Davudi, Saffan Adnan, el-Lubab fi Usuli'l-Fıkh, Beyut, 1999, s. 293.

²⁹⁵ Geniş bilgi için bkz., Âmidî, II, 352; Menar, 431; İbn Abdüşşekur, I, 200.

edip etmeyeceği tartışması, delaletlerinin kat'i olup olmaması fikrinden hareketle başlamış ve mezheplerin tercih eksenli yöntem farklılıklarının oluşmasıyla sonuçlanmıştır²⁹⁶.

İslam hukuk metodolojisinde dini anlamak ve fiili hayata geçirmek asıl amaçtır. Bu amacı gerçekleştirecek şeylerin isimleri tarihi süreçte değişik olmuştur. Genelde bu fonksiyonel yapıyı yansıtan faaliyet, içtihat olarak isimlendirilirken, zamanla bu faaliyetin tercihe doğru bir seyir izlediği görülmektedir.

1. Tercihin Mahiyeti ve Fonksiyonu

Tercih yöntemi zaman içerisinde içtihadın bir versiyonu olarak karşımıza çıkmaktadır. Ebu'l-Hüseyn el-Basri, terchin bir içtihat yöntemi olduğunu açıkça ifade etmektedir²⁹⁷. M. Şeltut ise mezheplerin farklı sonuçlara ulaşmalarının sebeplerini zikrederken, tearuz ve tercih konusuna özel olarak değinmiştir. Çünkü ona göre bu yöntem, fıkın en geniş bölümünü oluşturur. Bakış açılarının farklılığı ile bir hükmü kabul veya reddetme de bu konu içerisinde mütalaa edilir. Diğer taraftan, nesh, te'vil, yakın-uzak anlam ve hata-sevap konuları da bu bölüme girmektedir²⁹⁸. Dolayısıyla mezhepler arası mukayeseli hukuk açısından ve ihtilaf açısının daraltılıp, doğruya en yakın olan görüşe ulaşmak için de yine tercih ön plandadır²⁹⁹.

Dikkat çekilen bu hususlar çerçevesinde düşünersek, “tercih” yöntemi, çağımızda yapılmak istenen, “icthad” faaliyetinin yerini almış gibidir. Şeltut da tercihin içtihadın bir çeşidi olduğunu açıkça vurgulamıştır³⁰⁰. Bu durum içtihattan taklide geçiş sürecindeki aksine, tercihten te'vil ve içtihada doğru tersi bir hareket içerisine girildiğini gösterir. Bu hareket sevindirici olduğu kadar, İslam dünyasında baş gösteren sosyal ve entelektüel problemlerin, dışarıdan kaynaklanmaktan ziyade kendi iç problemlerimiz olduğu imajını vermektedir.

Bir yöntem olarak, müçtehitler tarafından ortaya konulan kısaca senetten ve metinden kaynaklanan tercih sebepleri incelendiğinde, tercihin hukuki fonksiyonu ve

²⁹⁶ Geniş bilgi için bkz., Serahsî, I, 132-134; Şevkanî, İrşadu'l-Fuhul, 202; İbn Abdüşşekur, I, 260.

²⁹⁷ Ebu'l-Husayn el-Basri, I, 420.

²⁹⁸ Mahmut Şeltut-M. Ali es-Says, Mukarenetu'l-Mezahib fi'l-Fık, Ezher, 1953, s. 6.

²⁹⁹ Şeltut-Says, s. 7.

³⁰⁰ Şeltut-Says, s. 5.

yöntemin kurumsallaşması biçimiyle karşılaşmaktayız. Bu durumu ortaya koyduğumuzda tercihin mahiyetini belki daha net olarak anlayacağız. Ancak öncelikle şunu ifade edelim ki, tercihin tarihteki gelişimine baktığımızda, zaten bunun müçtehidin gönlündeki görüş ve sezgisel eğilim olduğu anlaşılmaktadır. Bu yüzden tercihin her zaman bir hukuki fonksiyon icra ettiği söylenebilir. Hatta tercih hukukun normatifliğini oluşturduğu kadar, hukukun gailiğini (retio legis) de çağrıştıran bir yapıya sahiptir. Çünkü müçtehid, “şu andaki tercihim budur” derken, sadece “olanı” tasvir etmek değil, ideal anlamda “olması gerekene” de işaret etmektedir.

Klasik usul eserlerinde tearuz eden delillerin her ikisi ayetse, sünnete, eğer her ikisi sünnet ise sahabe sözüne veya kıyasa gidileceği belirtilmektedir. Tearuz iki kıyas arasında olup tercih mümkün ise birinin tercih edileceği, yoksa müçtehidin kalbinin şahadet (meylettği, razı olduğu) ettiğiyle amel edeceği vurgulanmıştır³⁰¹. Bu konuya Cassas, kıyasta illet konusunu işlerken daha önceleri dolaylı olarak atıfta bulunmuştur³⁰². Neseî, tercihin ancak iki kıyasın tearuz etmesi durumunda yapılacağını belirterek, tercihin bir içtihat faaliyeti olduğunu belirtmek istemiştir³⁰³.

Diğer taraftan Serahsî, tearuzun ancak birbirini nesh edebilecek deliller arasında olacağını ileri sürmüştür. Dolayısıyla ona göre, iki kıyas arasında nesh olamayacağından, tearuz de olmaz³⁰⁴. Bu durumda tercihe de ihtiyaç kalmaz. Fakat anladığımız kadarıyla burada tearuzu reddedilen, kıyasların neticeleridir. Yoksa kıyasların illetlerini oluşturan deliller arasında tearuzun olmadığı söylenemez. Nitekim Cassas da, illetler arasında tearuzun olacağını ve bu durumda tercih yöntemlerinden biriyle konunun çözümleneceğini zikretmiştir³⁰⁵. Ayrıca Serahsî, tearuzu işlediği bölümde illetler arası tearuze de değinmiştir³⁰⁶.

Netice itibarıyla tercih konusunun ilk dönem hukukçuları tarafından müstakil başlık altında işlenmesi, içtihat ve kıyas bölümleri altında çeşitli nedenlerle incelenmiş olması

³⁰¹ Neseî, II, 375; Kutluboğa, s. 139.

³⁰² Cassas, IV, 210.

³⁰³ Neseî, II, 380-383.

³⁰⁴ Serahsî, Usul, II, 13.

³⁰⁵ Cassas, IV, 165, 208.

³⁰⁶ Serahsî, a.e., II, 14. bu konuda Hanefîlerle Şafîîler arasındaki farklar ve değerlendirmeler için bkz., Hudarî, s. 349.

tercihin bir içtihat işlemi olarak ele alındığı izlenimini vermektedir³⁰⁷. Fakat daha sonraki dönemlerde konu sadece tearuz başlığı altında işlenmiştir. Bu durum tercih kavramının zamanla içtihadi fonksiyonunu kaybedip, “imalı fikir” anlamına indirgendiğini gösterir mahiyettedir³⁰⁸. Bu yapı sistematik olarak güzel görünse de tercih konusunun anlam alanının giderek daraldığını göstermektedir. Yalnız XX. Asrın başlarından itibaren mukayeseli hukuk çalışmalarının hız kazanmasıyla “tercih” konusu yeniden faaliyete geçirilmek istenmiştir³⁰⁹. İşte bu bağlamda müçtehitlerin tercih yöntemlerinin yeniden değerlendirilmesi, gündemi oluşturmaya başlamıştır. Yeni bir kargaşaya meydan vermemek için başta mezhep müçtehitleri olmak üzere, diğer müçtehitlerin tercih yöntemlerinin de ele alınması gereğine inanıyoruz.

Tercihin mahiyetiyle ilgili bir husus da onun zanni deliller arasında olacağı kanaatinin hakim olmasıdır. Kati deliller arasında tercihin olup olmayacağı hukukçular arasında tartışmalıdır. Fakat bu hususta katilik veya zannilikten neyin kastedildiği net olarak ortaya konmamıştır. Örneğin Şafiiler tercihin ancak zanni deliller arasında olacağını ileri sürmüşlerdir. Çünkü kati deliller arasında tercih olursa kesin olan iki zıddın cemi veya refi söz konusu olur, ki bu da muhaldır. Ayrıca tercihin olabilmesi için iki taraftan birinin takviye edilmesi gerekir. Kati delillerde böyle bir şey yapılamayacağından tercih de bunlarda işletilemez³¹⁰.

Netice itibarıyla Şafiiler gerçekte nassı kati kabul edip, müçtehidin zanna düştüğüne işaret ederek, kati deliller arasında tearuzun olamayacağından hareketle tercihin yapılamayacağını söylerler. Hanefiler ise, kelimayı mutlak anlamda kabul ettiklerinden, gerçekte tearuzun olamayacağını belirtirler³¹¹. Bu durum, iki mezhebin görüşlerinde paralelliğin olduğu imasını vermektedir. Fakat Hanefiler müçtehidin zannına nazaran tearuzun kat'i delillerde olabileceğini benimserler. Sonuçta her iki mezhep de şu iki noktada birleşmişlerdir. *Birincisi*: gerçekte kati deliller arasında tearuzun olmadığı, *ikincisi*: tearuzun müçtehidin zannında oluşacağıdır. Hanefilerin ortaya koydukları görüşler tercihe uygundur. Şafiiler konuyu nazari planda tuttuklarından pratikle örtüşmemektedir.

³⁰⁷ Geniş bilgi için bkz., Cassas, IV, 165,203-214,346; Debbusî, Takvîmu'l-Edille, s. 339.

³⁰⁸ Semerkandî, s.686-741; Molla Hüsrev, s. 491 vd.; Hallaf, s.273-277.

³⁰⁹ Çeşitli örnekler için bkz., Şeltut-Sayis, s. 6, 10, 24, 30; Takiyyu'l-Hakim, el-Usulü'l-Amme li'l-Fıkhi'l-Mukaran, Daru'l-Endülüs, tsz, 37-52.

³¹⁰ Âmidî, IV, 247.

³¹¹ Serahsî, Usul, II, 12.

Çünkü deliller kat'i olsa da, müçtehide göre tearuz olabilir. Bu durum, tearuzun delilden değil, müçtehidin anlayışından kaynaklandığını göstermektedir. H anefiler her i ki b oyutu göz önüne aldıklarından daha isabetli bir sonuca ulaşmışlardır³¹².

Öte yandan Şafiilerin ileri sürdüğü “Kati delillerde tercihe gidilmez” kuralı aynen “mevridi nassda içtihadı mesağ yoktur”³¹³ ilkesini çağrıştırmaktadır. Çünkü bu konudaki nass kavramından neyin kastedildiği açık değildir. Eğer usuldeki zahir, nass, mefesser, muhkem dörtlüsündeki nass kastedilmişse düşündürücüdür. Çünkü bu taksimdeki nass, teville açıktır³¹⁴. Tevil de bir içtihat faaliyetidir. Yok eğer nass ile bizzat –genel anlamda– Kur'an ve Sünnet metinleri kastedilmişse burada bitarikilevle içtihat yapılacaktır. Öyleyse Mecelledeki bu madde ile içtihat engellenirken, kati delillerde tercihe gidilmeyeceği ifadesiyle de tercih engellenmek istenmiştir. Çünkü kati delilden neyin kastedildiği açıklanmamıştır. Eğer bundan bir hükmü kesin ortaya koyan delil kastedilmiş ise, zaten tearuz olmaz ki tercih de olsun. Yani hem sübutu hem de manaya delaleti kati olan deliller kastedilmiş olmaz. Eğer Mecelle de bunu kasdetmiş ise, o zaman ilgili madde hakkında bir şey söylenemez.

Bunun dışında ise tearuz vakıa olarak-müçtehitlerin zihninde- mevcuttur. Kanaatimizce Mecelledeki zikri geçen madde, Şafiilerin tercihte ileri sürdüğü kuraldan doğmuş olabilir. Çünkü İbn Nüceym'in el-Eşbah'ında “İçtihat içtihat ile nakz olunmaz”³¹⁵ kaidesi yer alırken, “mevridi nassta içtihadı mesağ yoktur” kaidesi açıkça yer almamaktadır. Eğer bu kaidedeki nasstan murad itikadi anlamda hüküm kastediliyorsa buna katılırız. Örneğin “Allah alım-satımı helal, faizi haram kıldı”³¹⁶ nassının karşısında, faiz helaldir diye bir içtihadta bulunmak caiz değildir. Ancak neyin faiz olup neyin olmadığı araştırmasını yaparken, hadislerdeki illet tespitlerinden de hareketle şu şekilde yapılan akit geçerli, şu şekilde yapılan akit karşılıksız fazlalığı içerdiğinden geçersizdir, içtihadında bulunmak caiz olmalıdır. Yoksa biz, sadece nassın hükmünü (itikaden) okuyarak faiz tartışmasının dışına çıkamayız. Çünkü burada ayetin sevk sebebi faizle alım-

³¹² krş., Bedran, s.73.

³¹³ Mecelle, md. 14.

³¹⁴ Serahsî, Usul, I, 165.

³¹⁵ İbn Nüceym, Zeynu'l-Abidin, el-Eşbah ve'n-Nezair, Beyrut, 1993, s.105; Mecelle, md. 16.

³¹⁶ Bakara, 2/275.

satımı eşit değerlendiren müşrikleri ikazdır. Konu hem itikadi hem de hukukidir. Öyleyse hukuken içtihat etmek, nass kavramının tevili kabul etmesinden hareketle yapılabilir.

Sonuç itibariyle tercihin hukuki fonksiyonu delillerin vasfıyla ilgilidir. Yani mutlak olarak Kitaptaki nassın bir diğer nassa üstünlüğü yoktur, bir hadisin diğer bir hadise, bir kıyasın diğer bir kıyasa da üstünlüğü yoktur. Tercihi gerektiren üstünlük ancak vasıflardadır. Şöyle ki, delaleti kati olan nass delaleti zanniye tercih edilir. Meşhur hadis garip hadise tercih edilir. Çünkü tercih, vasfı kuvvetli olanı almaktan ibarettir diyebiliriz³¹⁷.

2. Tercihin Hükümü

Tercihin tarihte icra ettiği hukuki fonksiyonunu, Peygamberimizden başlatmamız mümkündür. Çünkü O bazen iki olaydan birisini diğerine tercih etmektedir. Bu tercih işleminde bazen verdiği hükmün illetini açıklamış, bazen de açıklamamıştır³¹⁸. Sahabe de aynı şekilde racih olanla amel etmenin gereği üzerinde icma etmiştir³¹⁹. Bir diğer husus ise, iki zanni delil tearuz ettiğinde racihle amel etmek örfen belirlenmiş kabul edilir. Peygamberimizin “Müslümanların güzel gördüğü Allah katında da güzeldir”³²⁰ hadisi bunun delilidir. Bu yüzden de racihle amel etmek de hukuken gerekli olmuş olur. Bunların bir neticesi olarak eğer racihle amel edilmezse, mercuhla amel edilmiş olacaktır ki, bu da aklen ve mantiken doğru değildir³²¹.

Sonuç olarak, verdiğimiz bu bilgilerden deliller tearuz ettiğinde racihle amel etmenin gereği anlaşılmaktadır³²². Ancak buna Kur'an'dan net bir delil göstererek kanıtlama yerine bunun, sünnet, sahabe icması, örfen, hukuken ve aklen zorunlu olduğu fikrine ulaşılabilir³²³.

³¹⁷ Geniş bilgi ve örnekler için bkz., Pezdevî, IV, 136-143.

³¹⁸ Mevdudi, Sünnetin Anayasal Niteliği, trc. Ahmet Asrar, 1997, s. 20, 21, 257-263.

³¹⁹ Örneğin Sahabe, Ebu Hureyre'nin rivayet ettiği “Kim cenabet olarak sabaha çıkarsa orucu yoktur” hadisine, Hz. Peygamberin eşlerinin, Peygamberimizin (ramazan ayında da) cünüp olarak sabahladığı rivayetini tercih etmişlerdir. Çünkü bir olaya şahit olanın, gaib olana üstünlüğü aşikardır diyebiliriz. Semerkandî, s.688; Gazalî, II, 635; Râzî, II, 443-45; Âmidî, II, 245-47; İbn Hacib, s.222; İbn Rüşd, el-Hafid, ed-Daruriyyu fi Usuli'l-Fıkh, Beyrut, 1994, s.146; Berezencî, II, 144-145. Geniş bilgi için bkz., Şevkanî, İrşadu'l-Fuhul, s.404.

³²⁰ Ahmed b Hanbel, Müsned, III, 505.

³²¹ Şevkanî, İrşadu'l-Fuhul, s.404.

³²² Semerkandî, s. 471; Râzî, II, 444; Şevkanî, İrşadu'l-Fuhul, s. 404.

³²³ Bu konunun örnekleriyle birlikte geniş bilgi için bkz., Berezencî, II, 148-9.

Öte yandan Peygamberimiz, Hz. Muaz'ı Yemen'e gönderirken, Hz. Muaz'ın hüküm istinbatındaki yönteminde delillerin hiyerarşik bir sıralamasının yapılması Peygamberimizi memnun etmiştir³²⁴. Hz. Muaz'ın bu yönteminde bir kısım deliller diğerlerine takdim edilerek sanki de deliller birbirine tercih edilmiştir. Bu durum Hz. Peygamberin oluruyla takdir görmüştür.

Tercihin yapılmasına bazı hukukçular itiraz yöneltmişlerdir.

Tercihle amel etmenin gerekliliğini (vucubiyetini) birtakım hukukçular benimsememiştir. Çünkü onlara göre, galip zanna göre amel edilmesi şüpheyi doğurur. Oysa “şüpheli şeylerden kaçınıp şüphesiz şeylere tabi olunması”³²⁵ bizzat Peygamber tarafından emrolunmuştur. Zaten peygamberimizin hüküm verirken, duyduğu ve açık olan durumlara göre hükmettiği de bilinen bir gerçektir. Diğer taraftan “Ey akıl sahipleri ibret alın (ölçün, kıyas yapın, bilinenden bilinmeyene geçin)”³²⁶ ayetini de zanniliği ortadan kaldırma hususunda delil getirerek tercihle amel edilmemesini savunmuşlardır³²⁷.

Bu deliller tercihin yapılmaması hususunda zannidir. Çünkü, kati olarak Peygamberimiz tarafından reddedilmediği gibi, tam aksine Muaz hadisinde olduğu gibi delillerin birinin diğerine *takdim* edilmesini Peygamberimiz bizzat takdirle karşılamıştır. Bu durum en azından işareten bir delil sayılabilir. Ayrıca hukuk mantığı açısından bakarsak, hukukta asli değerlerin korunması asıl amaç olmakla birlikte, hukuki çözüm de bu amaçlar arasında yerini almıştır. Günümüz hukukunda da karşılaşılan somut olaylarda “adalet, kamu yararı, kamu düzeni, güvenlik, refah vb. amaçlar arasında yapılacak bir “tercih” ile somut olaya uygun çözümün”³²⁸ bulunması öngörülmüştür. Hatta biraz daha ileri gidilerek şöyle bir açıklamaya ihtiyaç duyulmuştur: “Hakim, hukuk kuralının korumayı amaç edindiği değeri, somut olayın özelliklerine göre tespit edecektir”³²⁹. Bu bakış açısı, İslam hukukundaki müçtehidin içtihat faaliyetini gerçekleştirirken izleyeceği metodolojiyle örtüşmektedir.

³²⁴ Ebu Davud, Akdiye, 11.

³²⁵ Buharî, Buyu, 5; Tirmizî, Kıyame, 60.

³²⁶ Haşr, 59/2.

³²⁷ Konu hakkında tartışmalar için bkz., Râzî, II, 44-46.

³²⁸ Furtun, Ayşen, Hukuk Kavramı, Ankara, 1999, s.15.

³²⁹ Furtun, s. 15.

Zira müçtehit, somut olayı soyut nasstan çıkararak bir yöntem dahilinde çözen kişidir. Bu kişi ister istemez elindeki verilerden (zanni deliler) birisine meyledecektir. Tercih ettiğini öne alması bir içtihat olduğu kadar, tercih etmediğini neden ertelediği de bir içtihatır. Dolayısıyla konu müçtehidin tercih edip etmemesinde değil, somut olayın, soyut kuralın altına girip girmediğinin tespit edilmesinde düğümlenmektedir. Bu nedenle tercihle amelin caiz olmayacağını savunanlar (özellikle Zahiriler), sadece literal bir anlamayı savunmanın gayretiyle bu noktaya vurgu yapmışlardır, diyebiliriz.

3. Tercih Şartları

Tercih işlemini yürütürken indi yorumları belirli bir disiplin altında toplamak hukukun bir gereğidir. Çünkü kaosu önlemek hukukun ve hukukçunun ödevidir. Hukukta metotların konulması, belirli prensiplerin esas alınması, gelişi güzel tercihleri kontrol altına almak içindir, diyebiliriz.

Tercih yapılabilmesi için ilk önce bu ihtiyacın hissedilmiş olması gerekir. Yani hukuki bir boşluğun önce tespit edilmesi zorunludur. Nitekim tercih faaliyetinde yeniden kanun icat etmenin aksine, kanunların tearuzundan doğan ikiliği ortadan kaldırma asıldır. Burada hukukçu var olan hükümlerle muhataptır. Öyleyse takdir yetkisini kullanması kaçınılmazdır. İşte hukukçu bu takdir yetkisini kullanırken, halin icaplarına, haklı sebeplere sosyal realiteye, riayet etmesinin yanında, bir de kullandığı materyallerin belirli bir “değer” içerdiğine dikkat etmesi gerekir.

Hukuk tarihimizde ekoller, asli delillerin hiyerarşisinde genelde hemfikirdirler. Fakat tercih yapabilmek için oluşturulan sıralamada farklılık vardır. Çalışmamızın birinci bölümünde kapsamlı bir şekilde incelediğimiz bu yapıyı zikretmeyeceğiz. Yalnız bu yapıda belirginleşen iki kutuba dikkat çekmek istiyoruz. Hanefiler tercih sürecinde önceliğin neshe ait olmasını savunurken, cumhur dediğimiz diğer ekser hukukçular ise tercih sürecinde çatışan delillerin birlikte mütalaa edilmesini (cem) incelemek istemişlerdir. Yani hukukçuların ekserisi mevcut hükümlerin birleştirilmesini (cem), neshe tercih etmişlerdir. Oysa cumhur içerisinde yer alan Gazzali ise müçtehidin tercih faaliyetinde bulunurken öncelikle icmaya bakmasını tavsiye eder. Çünkü Kitap ve sünnetteki hükümlerde nesh söz konusu olurken icmada böyle bir durum yoktur. Çünkü

icma katidir ve neshin olup olmama endişesini ortadan kaldırır³³⁰. Dikkat edilirse, Gazali başta olmak üzere, cumhur dediğimiz çoğunluk da tercih faaliyetini genelde nesh ile irtibatlandırmışlardır. Tercih şartlarını biz şöyle sıralayabiliriz:

3.1. Tearuz Eden Delillerin Sübut Derecelerinin Tespiti

Tercihe konu olan delillerin öncelikle sübut ve delaletlerinin kuvvet derecelerinin tespiti yapılmalı, sonra gerçekten tearuz edip etmediği araştırılmalıdır. Şöyle ki, bazen iki ayrı konuyla ilgili gelen hüküm bir konuyla ilgiliymiş gibi telakki edilip tearuz ettiriliyor, sonra da çözümü için yoğun çaba sarfediliyor³³¹. Bu duruma düşmemek için genel hükümlerle özel hükümlerin ölçülü yorumlanmasına dikkat edilmelidir.

Tearuz eden delillerin zanni olması şarttır. Çünkü kati deliller sübut ve delalet açısından tearuz edemez. Kesin bilgi ifade ettiklerinden dolayı tercihe gerek yoktur. Tercihte yapılan iş, bir tarafı diğer tarafa “galip kılma” işlemidir. Bu da kat’i delillerde yapılamayacağından, delillerin zanni olması şarttır. Ayrıca kati delillerin tearuz ettirilmesi iki zıddın (gece ile gündüz, siyahla beyaz) birleştirilmesi ve tamamen yok edilmesi gibi olur ki, bu mantiken muhaldir. Dolayısıyla tearuz eden delillerin tearuza kabiliyetli olmaları için zanni olmaları şarttır³³². Şafiilerin bu görüşüne karşılık Hanefiler kati deliller arasında da tearuzun olacağını ileri sürmüş ve gerekçesini şöyle açıklamışlardır: Gerçekte nasslarda tearuz yoktur. Tearuz müctehidin zannıdır. Dolayısıyla müctehid kat’î delillerde de tearuz görebilir. Bu gerekçeden hareket edersek iki ekolün birleştiğine şahit oluruz. Başka bir ifade ile burada mezhepler arası fark yok gibidir. Zira konuya biri delil açısından bakarken, diğeri müctehidin zannı açısından bakmakta ve neticede her iki ekolde kesin ilim ifade eden deliller arasında tearuzun olamayacağına ulaşmaktadır³³³.

³³⁰ Gazalî, Mustasfa, II, 632; İbn Kudame aynı yöntemi benimsemiştir. Krş., İbn Kudame, Ravdatu’n-Nazır, III, 1028.

³³¹ Hz. Ömer’in Sevad arazisini gazilere vermemesi büyük yankılar uyandırmıştır. Nassa aykırı gibi görünen bu durum diğer bir nassın altına girmektedir. Çünkü mutlaklık yani her zaman geçerli olma Kur’an’ın genel ilkeleriyle ilgili olarak düşünmek daha uygundur. (Haşr, 59/7) Ancak özel ilkeler ise yoruma açık olarak kabul edilmeli. Yoksa kur’anda bir tearuzla karşılaşılabilir. Oysa kati nasslar arasında tearuz olamaz. Diğer taraftan Fazlurrahman bu konuyu genel kurallar ve tekil kurallar şeklinde değerlendirerek gayet iyi bir yorum yapmıştır. Fazlurrahman, İslami Yenilenme, (Makaleler II), trc. Adil Çiftçi, Ankara, 1999, s.91-5.

³³² Gazalî, a.e., II, 633; Bedran, s.71.

³³³ Bedran, s. 73.

3.2. Tearuz Eden Deliller Arasında Neshin Araştırılması

Tercihe konu olan hükümler arasında öncelikle nesh olup olmadığının araştırılması gerekir. Bu durum bizi ayetlerin nüzul sebeplerini, hadislerin vürud sebeplerini tespiti sevk edecektir. Bu konu müstakil bir çalışmayı gerektirecek kadar kapsamlı olduğundan biz, tezimizin çerçevesini taşmamak için detaya girmiyoruz³³⁴.

3.3. Tearuz Eden Delillerin Birlikte (Cem) Yorumlanmasının Araştırılması

Tercih yöntemine başvurabilmek için, tearuz ettiğine kanaat getirilen delillerin birlikte yorumlanmasının (cem) mümkün olup olmadığını araştırmak gerekir. Çünkü usulde kabul gören “iki nassın amel ettirilmesi ihmal edilmesinden evladır”³³⁵ kuralı, bu üçüncü şartımızı destekler niteliktedir.

Çoğunluğun öne sürdüğü bu şart karşısında Hanefiler, delillerin cemi mümkün olsa da tercihin yapılabileceğini savunmuşlardır. Çünkü racihin mercuha tercih edileceği hususu, herkes tarafından kabul edilmiştir. Bir de mantıken mercuh racihin karşısında delil sayılmaz ki, mercuh ihmal edildiğinde delil ihmal edilmiş olsun³³⁶.

Görüldüğü gibi Hanefiler delillerin cem edilebileceği yerlerde bile tercihe giderek hükümlerin daha da belirginleşmesini sağlamak istemişlerdir. Bu mantık, Ebu Hanife'nin, devletin işleyişini esas almasının sonucu olarak da değerlendirilebilir. Bir de Kur'an ve sünnette aynı hükmü bildiren iki delilin (nassın) bulunması ne derece doğrudur. Çünkü ilahi metinlerin hiçbir farkı olmadan aynı şeyleri tekrar etmesi tartışma konusudur³³⁷. Hanefiler'in tearuz eden delillerin birinin tercih edilmesinin mantığı, tearuz eden delillerden birinin fasid olmasını gerektirir. Dolayısıyla tearuz eden delillerden her biriyle teker teker amel edilebilir, ancak ikisiyle birlikte amel edilmez. Hukukçuya gerekli olan

³³⁴ Geniş bilgi için bkz. Vahidi, Ebu Hasan, Esbabu Nüzulî'l-Kur'ân, thk. Kemal Beysuni, Beyrut, 1991; Kadı, Abdulfettah, Esbab-ı Nüzul, trc. Salih Akdemir, Ankara, 1995; Celaleddin, Abdurrahman Suyuti, Esbabu'n-Nüzul, Beyrut, tsz.; Suyuti, Esbabu Vurudî'l-Hadis, thk. Yahya İsmail, Beyrut, 1984; İbn Hamza, Ebu Muhammed, el-Beyan ve't-Ta'rif fi Esbabı Vurudî'l-Hadisi's-Şerif, Beyrut, 1982 (I-III); Ayvalılı, Ramazan, Esbab-ı Vurudî'l-Hadis ve Bunun İslam Tarihindeki Yeri ve Önemi (Basımamış Doktora Tezi), Ankara, 1979; Koçak, s. 127, 173-179, 180-188.

³³⁵ İbn Abdüşşekur, II, 368; Davudi, s. 299.

³³⁶ İbn Abdüşşekur, II, 368.

³³⁷ Kur'an'daki tekrarların mahiyeti hakkında geniş bilgi için bkz. Kasımî, Cemaleddin, Tefsir İlminin Temel Meseleleri, trc. Sezai Özel, İstanbul, 1990, s. 228-232.

kalbinin meylettiği biriyle amel etmesidir³³⁸. Günümüz hukuk sistemlerinde, eğer iki normatif düzenlemenin hükümleri arasında çelişki (tearuz) varsa bu durumun çözülmesi gerekir. Yasal düzenlemeler sayesinde, genellikle önceki ve genel düzenlemelerin sonraki ve özel düzenlemelerle çelişik hükümlerinin yürürlükten kalkacağı savunulmuştur³³⁹. Bu yapı klasik fıkıh metodolojisindeki nesh ve tahsis yöntemiyle paralellik arz etmesinin yanında, çağdaş hukuk yönteminin Ebu Hanife'nin yöntemine yaklaştığı imasını vermektedir.

3.4. Sosyal Realitenin Dikkate Alınması

Tercihin önemli şartlarında biri de hukukçunun o andaki sosyal realiteyi göz önüne alarak hareket etmesidir. Bu şart çok geniş olarak yorumlanabilir. Fakat biz bazı hususlara dikkat çekerek yetinmek istiyoruz.

Bütün deliller incelendikten sonra eğer bir çözüme ulaşılmamışsa nassların işaret veya delalet ettiği başka hususlar var demektir. İşte bu hususların başında halkın örf ve adeti, kamu yararı veya son olarak da ibaheyi asliye prensiplerini işletmek gerekecektir. Daha genel ifadeyle elimizdeki delillerin amaçları incelenmelidir. İşte bütün bunlar tercihin bir kriteri ve ölçüsü olarak kullanılabilir. Bizim bu düşüncelerimiz İslam hukukçuları tarafından gayet açık bir şekilde dile getirilmiştir³⁴⁰. Günümüz hukuk metodolojilerinde tercih yaparken yasa koyucuların amacına ve taraf menfaatlerine dikkat edilerek sonuca gidilmesinin kararlaştırılmış olması dikkat çekicidir³⁴¹.

II- TERCİH YÖNTEMİNE BAŞVURMA SEBEPLERİ

İnsanı, hodgam hislerin ve diğergam hislerin bileşiminden müteşekkil bir varlık kabul edersek, onun bu hislerin doğrultusunda birtakım zihinsel ve ruhsal istemlerini öne çıkarması tabii olacaktır. İşte insanın bu faaliyetlerini disipline ederek, toplumsal düzeni korumada bir vasıta kabul edilen hukukun da kendine mahsus birtakım istemleri ve tercihleri olacaktır. Sosyal varlık olan insanın yapıp-etmelerini düzenlemede hukukçunun

³³⁸ İbn Abdüşşekur, II, 366-367.

³³⁹ Işıқтаç, s. 35.

³⁴⁰ Yukarıdaki konularla ilgili ve özellikle ravilerin tercihe etki eden durumlarıyla ilgili mezheplerin görüşleri için bkz., Berezençî, II, 144 vd.

³⁴¹ Işıқтаç, s. 36.

koyacağı normlar da bir tercihin ürünüdür. Ancak bu tercihe başvurma gerekçesi zanni olmanın ötesine geçmelidir. Zira bir norm, hukukî olabilmesi için, “nizam ve gaye fikrine istinat etmelidir”³⁴². Bu nedenle hukukta tercihe başvurma sebepleri yine hukuki bir nedene dayanır. Yoksa salt istemler veya düşünceler tercihin sebebi değildir. Zaten hukukun gayesi de kaosu önlemektir.

Hukukî anlama faaliyetlerini literal ve gaî anlama olarak iki yönlü düşünebiliriz. Dolayısıyla tercihe başvurma sebeplerinin de bu iki yön ışığında değerlendirilmesi gerekecektir. İslam hukuk metodolojisinde, hüküm çıkarma yolları (turuku’l-istinbat) diye bilinen ve metodolojisinin literal boyutunu içeren bölüm, tercih yöntemine müracaatı zorunlu kılmaktadır. Öte yandan metodolojinin diğer bölümleri ile harici sebepler de tercihin zorunlu olarak yapıldığı alanlardır. Çünkü insani fenomen olan tercihe, hukukî bir form kazandırmak istenirse, tercihin metodolojinin bütün alanlarını ilgilendireceği kaçınılmazdır. Hukukçular bu gerçeğe işaret etmişlerdir³⁴³.

1. Senet ve Rivayetten Kaynaklanan Tercih Sebepleri

İslam hukukunun ikinci kaynağı olan hadis, genel hatlarıyla iki kısımdan oluşmaktadır. Birinci kısım hadisi nakleden raviler ki, buna hadisin senet kısmı diyoruz. İkincisi ise hadisin metin kısmıdır. İşte hukukî hükümler verilirken bu kısımların her biri çeşitli tahlillere tabi tutulduğundan, karşımıza tercih sebebi olarak, on üç³⁴⁴, elli³⁴⁵ ve yüz on³⁴⁶ gibi değişik sebepler çıkmaktadır. Biz bu teferruatlı tahlilleri hadisçilere ve hadis usulü eserlerine bırakıyoruz. Tercih yöntemini etkileyecek ana unsurlara değinmenin, konumuz açısından daha faydalı ve metodik olacağına inanıyoruz.

1.1. Senet Yönünden Tercih

Özel anlamda hadisin, genel anlamda ise sünnetin bize nakledilmesini sağlayan hadisin senet bölümüdür. Aristo fikrin (zihnin) mantığını oluştururken, hadis bilginleri (alimleri) ise sözün (haber) mantığını oluşturmuşlardır. Öyleyse İslam hukukunun

³⁴² Çağır, Orhan Münir, Hukuk Metodolojisi, İstanbul 1952, s. 103.

³⁴³ Şeltut-Says, s. 6-7.

³⁴⁴ Hatip el-Bağdadî, s. 433-437.

³⁴⁵ el-Hemedanî, Ebu Bekr M. b. Musa b. Osman b. Harim, Kitabü'l-İtibar, thk. Katib Hakimi, Matbaatu'l-Endülüs, 1966, s. 11-23.

³⁴⁶ Suyutî, II, 178-182.

şekillenmesinde ve kendine özgü vasıf kazanmasında sünnetin mevkii tartışmasıdır. Bu yüzden metodolojinin netleşmesinde tercihin yöntem olarak ortaya konduğu en açık alan da bu alandır. Nitekim tearuz durumunda senedi sağlam olan haberin tercih edilmesi açıktır. Ancak senedin sıhhatini tespit ise ciddi bir bilimsel formasyonu ve faaliyeti gerektirir. Şurası da gözardı edilmemeli ki, artık hadis rivayetleri yapılamadığından, mevcut rivayetlerden hareketle senetleri değerlendirmek zorundayız. Dolayısıyla bu sahada yapılacak işlem yorumdan ziyade, tespit ağırlıklıdır. Belki daha açık bir ifadeyle tarihi tespitleri eleyerek bir nevi tarihsel birikimi ve kültürü doğru aktarmaktır.

Senet yönünden tercih sebepleri çok olmasına rağmen³⁴⁷ biz çalışmamız paralelinde birkaç tanesini maddeler halinde değerlendireceğiz.

1.1.1. Senetteki Ravi Sayısının Tercih Etkisi

Senetteki ravilerin çok olmasının tercih sebebi olup-olmadığı İslam bilginleri tarafından tartışılmıştır. Çoğunluğun rivayetinde hatanın daha az olacağı, yalan ihtimalinin daha düşük olacağı kanaatiyle, hadisçiler ve usulcülerin ekserisi bu durumu bir tercih sebebi olarak kabul etmişlerdir³⁴⁸. Kanaatimizce onların bu görüşe ulaşmalarında mütevatir hadisteki şartların etkisinde kalmaları, zina haddinde şahitlerin dörde çıkarılmasını delil olarak almaları etkili olmuştur. Ayrıca Hz. Ebu Bekr'in nenenin hissesinin 1/6 olduğuna dair Hz. Muğire'nin rivayetine Muhammed b. Sekme destekleyinceye kadar itibar etmemesi ve Hz. Ömer'in Hz. Ebu Musa'l-Eşarî'nin rivayetini Hz. Said el-Hudrî destekleyinceye kadar kabul etmemesini de delil olarak kullanmışlardır³⁴⁹. Mantıkçılar da aynı kanaati sergilemişlerdir³⁵⁰. İlk bakışta, ravi sayısının çokluğu, tercih sebebi gibi görünse de, teknik anlamda düşünürsek sayı çokluğundan kaynaklanan birtakım problemler de olabilir. Ayrıca Kur'ân-ı Kerim'de çokluğa itibar edilmediği çeşitli ayetlerle işaret edilmiştir³⁵¹.

Serahsî, Ebu Hanife ve Ebu Yusuf'un senetteki ravi çokluğunu dikkate almadıklarını açıkladıktan sonra şöyle bir mantıkî gerekçe ileri sürmüştür: Eğer senetteki

³⁴⁷ Hafnavî, s. 307 vd.

³⁴⁸ el-Bacî, s.332; Berezencî, II, 175.

³⁴⁹ Amidî, IV, 251-52.

³⁵⁰ Serahsî, Usul, II, 234.

³⁵¹ Kehf 18/22.

ravi çokluğu tercih sebebi olacaksa, tek veya iki ravinin rivayet ettiği hadisi neden tearuz ettiriyoruz ki, baştan tearuzun olmadığını kabul etmeliyiz. Kaldı ki, haddi kazifte tevbeden sonra tek kişinin şehadetinin kabul edilmesi³⁵² de göz ardı edilmemelidir. Şahitliklerdeki nisaptan fazlasına ihtiyacın olmaması da dikkate alınmalıdır³⁵³.

Burada dikkatimizi çeken husus şudur: Cumhur-u ulema akılcı ve mantıkî bir düşünceyle çoklukta kuvvetin olacağından hareketle ravi adedinin fazlalılığını tercih sebebi kabul etmiştir. Hanefiler ise konuyu son derece teknikleştirerek aşırı derecede nazarileştirmiştir. Dolayısıyla aradaki açığı gittikçe açılmıştır. Fakat konunun bağlamıyla ravilerin durumundan hareket edilirse ihtilaf açısı daralabilir. Gerçi bu durum ravilerin ele alındığı bölümlerde tartışılmış ve mezhepler birbirine yaklaşmıştır.

Örneğin avret mahalline (zeker) el süren kişinin abdestinin bozulacağı ile ilgili hadisin ravi sayısı, “O sizden sadece bir parçadır”³⁵⁴, hadisindeki ravi sayısından fazla olduğundan Maliki ve Şafiilerce tercih edilmiştir³⁵⁵. Oysa Hanefiler ikinci hadisle amel ederek, tercihin gerekçesini açıklarken, başka bir habere muhalif olduğunu gösterdikleri gibi, bu konuda aklî değerlendirmenin de rol oynadığını ifade etmişlerdir. Öte yandan İbn Abbas’ın “ha ona dokunmuşsun, ha burnuna, fark etmez”³⁵⁶ şeklindeki yorumu da Hanefilerin tercihini kuvvetlendiren amillerdendir³⁵⁷. Kanaatimizce Ebu Hanife ve öğrencileri tercih konusunda kendine mahsus birtakım esaslara uymaktadır. Örneğin bu konudaki tercihinde başka bir hadisle amel etmeyi tercih ederken buna ek olarak aklî birtakım gerekçeleri öne sürdüğü gibi, sahabinin desteklediği görüşü de tercihine senet olarak kullanmıştır. Kaldı ki Hanefiler ravilerin çokluğu ile ravinin erkek veya hür olmasının tercih sebebi olamayacağını açıkça belirtmişlerdir³⁵⁸. Bu konu, mezheplerdeki insan telakkilerinin de farklı farklı olduğunu gösterir niteliktedir.

Neticede yukarıdaki hadislerde Hanefiler, sadece ravi sayısı ile yetinmek yerine, hadislerin bazı kriterlere uyup uymamasına göre hareket etmişlerdir. Dolayısıyla diğer

³⁵² Nur, 24/5.

³⁵³ Serahsî, Usul, II, 24-25. Konuyla ilgili geniş bilgi için bkz. el-Hemedanî, s. 11.

³⁵⁴ Tirmizî, I, 126-7; Ebu Davut, I, 14; Zeyleî, I, 54-72; Şevkanî, Neylû'l-Evtar, I, 233-36.

³⁵⁵ Bu konuda Şafîî, Hanbelî ve Dabudî Zahirî daha katı tutum sergilerken Malikîler telezzüz edip etmeme arasında fark gözetmişlerdir. Hanefiler ise kesinlikle abdestin bozulmayacağı kanaatini sergilemişlerdir. Geniş bilgi için bkz. İbn Rüşt, I, 30-31.

³⁵⁶ Malik b. Enes, Ebvabü's-Salat, 14.

³⁵⁷ Geniş bilgi için bkz. Ünal, İ. Hakkı, İ. Ebu Hanife'nin Hadis Anlayışı, Ankara, 1994, s. 152-153.

³⁵⁸ Kutluboga, s. 144.

mezhepler ravi çokluğunu esas alarak tercihlerini belirtirken, Hanefiler ileri sürdükleri kriterlere uygunluğu esas almışlar ve ona göre tercihlerini belirtmişlerdir.

1.1.2. Senetlerin Sıhhat Derecelerinin Tercihe Etkisi

Mütevâtir³⁵⁹ senetle gelen hadisin diğerlerine tercih edilmesi ve meşhur³⁶⁰ haberin, ahad³⁶¹ habere tercihinde Hanefiler arasında ihtilaf yoktur.

Hanefilere göre rivayet açısından sünnet, mütevâtir, meşhur ve ahad olarak üçe ayrılmıştır. Mütevâtirin üstünlüğü tartışmasızdır. Meşhur hadisin ahad hadise tercih edilmesi ise, hanefî yönteminin en belirgin vasıflardandır. Diğer mezheplerde ise sünnet, rivayet açısından mütevâtir ve ahad kısımlarına ayrılmaktadır³⁶².

İslam bilginleri mütevâtir hadisin tercih edileceği konusunda görüş birliği içerisinde. Ancak mütevâtir hadisin kaç tane olduğu ve lafzî veya manevî mütevâtir olup olmadığı konusu tartışmaya açıktır. Bu nedenle konuyla ilgili örneklerle değinmiyoruz³⁶³.

Fakat meşhur hadisin, ahad hadislerle tearuz etmesi halinde Hanefiler meşhur hadisin tercih edileceğini kabul etmişlerdir³⁶⁴. Örneğin “Bir şahid ve yeminle hüküm verme”³⁶⁵

³⁵⁹ Mütevâtir: Yalan üzere ittifak etmeleri âdeten imkansız olan bir sayıdaki toplumdan, diğer bir toplumun his ve müşahedeye dayanarak (görmek ve duymak gibi) yaptıkları riayete denir. İbn Hacer, el-Heytemî, Nuhbetu'l-Fiker, İstanbul 1327, s.5-6; el-Beykuni, Ömer b. M. B. Fütuh, Şerhu'l-Manzumetu'l-Beykuniyye fi Mustalahi'l-Hadis, Daru'l-Kalem, tsz. s.95; Tahanevî, Zafer Ahmet, Yeni Usul-i Hadis, trc. İ. Canan, İzmir 1982, s.35; Subhi Salih, Hadis İlimleri ve Hadis İstılahları, trc. Yaşar Kandemir, Ankara, 1986, s. 120-128. Mütevâtir hadislerle ilgili değerlendirme için bkz. Kırbasoğlu, Hayri, Alternatif Hadis Metodolojisi, Ankara 2002, s. 92-104; Aydın, Abdullah, Hadis İstılahları Sözlüğü, İstanbul 1987, s. 120.

³⁶⁰ Meşhur: Her nesilde üçten aşağı olmamak şartıyla sözüne inanılır raviler tarafından rivayet edilen haberlerdir. İbn Hacer ikiden fazla kaydını zikretmiştir. Nuhbetu'l-Fiker, s. 6. Diğer bir telakkiye göre hicri birinci asırda bir veya birkaç raviden rivayet edilmişken sonradan yaygınlık kazanmış hadise denir. Beykuni, s. 93; Tahanevî, s.36; Okıç, Tayyib, Tefsir ve Hadis Usulünün Bazı Meseleleri, İstanbul 1995, s. 219; Aydın, s. 97-98.

³⁶¹ Ahad: Bir, iki veya daha çok ravinin rivayet ettiği, fakat meşhur ve mütevâtir mertebesine ulaşamayan haber âhad haberdur. Pezdevî, II, 370. Kullanımlarına baktığımızda Hanefiler, daha ziyade tek ravinin rivayetini haber-i ahad olarak algılamışlardır. İmam Muhammed, el-Asl, I, 398-99; Ebu Yusuf, er-Redd, s.40-41. Şafîî de Risalesinde, bir kişinin diğer bir kişiden naklettiği ve böylece Hz. Peygamber veya ondan aşağı sahabilerden birine ulaşan haberdur, şeklinde tanımlayarak haber-i vahide açıklık getirmiştir. Şafîî, Risale, s.369-370. haber-i vahidin mezhepler bağlamında değerlendirmesi için bkz. Toksar, Ali, Delil Olma Yönünden Sünnet, Kayseri, 1994. s.183-225; Ünal, s.133-135; Koçkuzu, Osman, Rivayet İlimlerinde Haber-i Vahidlerin İtikad ve Teşri Yönlerinden Değeri, Ankara 1998, s.78 vd.; Aydın, s.62.

³⁶² Geniş bilgi için bkz. Toksar, s.165-225.

³⁶³ Örnek için bkz. Berezençî, II, 176-77.

³⁶⁴ Ünal, s.146.

³⁶⁵ Müslim, Akdiye, 3; Ebu Davud, Akdiye, 21.

hadisi haber-i ahad olarak, “delil (ispat) davacıya, yemin de davalıya gerekir”³⁶⁶ meşhur hadisiyle tearuz ettiğinde Hanefiler bu meşhur hadisi tercih etmişlerdir. Abdulaziz Buharî, bu durumu manevi inkitain ikinci kısmı olarak değerlendirmiştir³⁶⁷. Mecelle bu hadisi “Beyyine müddai için ve yemin münkir üzerinedir”³⁶⁸ şeklinde maddeleştirilmiştir. İbn Emiru’l-Hac ise meşhur olan hadisin diğerine mefhum-u muhalif olarak da takdim edileceğini belirtmiştir³⁶⁹.

Teknik anlamdaki bu izahlara ilaveten, meşhur hadiste bahsedilen husus, günümüz hukuk usulünün de önemli bir prensibi niteliğindedir. Zira muhakeme sırasında davacı delil getirmekle yükümlüdür. Davalıdan (davacının iddiasını inkar eden) ise yemin etmesi istenir. Çünkü davacının sözü zahiri duruma muhalif olarak yeni bir şey ortaya koymak istemektedir. Oysa “zimmetin beraati asıl”³⁷⁰ olduğundan dolayı davacının iddiasını ispat için delil getirmesi zorunludur. Davalı için böyle bir durum (iddia) söz konusu olmadığından sadece yemin etmesi yeterlidir. Netice itibariyle iddia kasdı olana delil, inkâr kasdı olana yemin yükümlülüğü getirilmiştir³⁷¹. Nitekim bu kuralın aksini düşünmek doğru olmaz. Şöyle ki, “Sende şu kadar alacağım var” diyen davacıya davalı: “Bende alacağın olduğuna dair yemin edersen onu sana öderim” dese ve davacı da yemin etse, davalının sözü edilen miktarı ödemesi gerekmez³⁷².

Hanefi usulcülerce meşhur kabul edilen bu hadisi yorumlayan Ebu Hanife, peygamberin müddeiye tanıdığı haktan başkasını tanımadıklarını, dolayısıyla yemini peygamberin kullandığı yerin dışında kullanmayacaklarını, yani yeminle şahidin birlikte olamayacağını vurgulayarak, meşhur hadiste zikredilen hükmü desteklerken, diğer taraftan

³⁶⁶ Buharî, Rehn, 6. Bu hadis-i şerifin çeşitli versiyonları, rivayet zinciri ve vürud sebebi ile ilgili yorumlar için bkz. Özafşar, s.146-151.

³⁶⁷ Abdulaziz Buharî, II, 13. Diğer bir husus ise hadisin bir versiyonunda kullanılan “müddeâ aleyh”in kim olduğu tartışılmış, İmam Muhammed bunun “Davayı inkar eden kişi” olduğunu söylemiştir. Semerkandî, Alaaddin, Tuhfetü’l-Fukaha, Beyrut, tsz. III, 181-182.

³⁶⁸ Mecelle, md. 76. maddeyle ilgili yorumlar için bkz. Ali Haydar, I, 161-163; Yıldırım, Mustafa, Mecellenin Külli Kaideleri, İzmir 2001, .161-1612.

³⁶⁹ İbn Emiru’l-Hac, et-Takrir ve’t-Tahrîr, III, 35.

³⁷⁰ İbn Nüceym, s.59; Mecelle, md.8.

³⁷¹ Hanefi hukukçular bu durumu bizzat fer’i meselelerde uygulamışlardır. Örneğin, şirketteki şeriklerden birisi şirket için alınan bir malın bedelini ödediğinde, bu bedelin bir kısmını kendi adına diğer kısmını ise şerikine vekil olduğundan dolayı onun adına ödemiş olur. Baştan akdi yapan ortak ödeme yaptığını iddia ettiğinden dolayı delil getirmesi gerekirken, diğer şerik zimmetinde böyle bir borcun varlığını inkar ettiğinden dolayı yemin etmesi gerekir. krş. Merginanî, III, 8.

³⁷² Ali Haydar, I, 161-163; Bayındır, Abdulaziz, İslam Muhakeme Usulü, İstanbul 1986, s.205 vd.; Yıldırım, s.161.

da peygamberin bu paralelde uygulamasının olduğuna işaret etmiştir³⁷³. Bu konuyla ilgili (farklı rivayetlerde) haneî usulcülerin, Ebu Hanife'nin dayandığı hadisi meşhur, diğer hadisi ise haber-i vahid olarak kabul etme fikrine³⁷⁴ katılmıyoruz. Çünkü Ebu Hanife yukarıdaki meselede hadisin, diğer ilgili haberlerden daha yaygın olduğuna ve uygulamanın da bu bağlamda olduğuna işaret etmiştir. Kaldı ki Ebu Hanife'nin meşhur kavramını ıstilahî anlamda kullanıp kullanmadığını henüz tespit edemedik.

Bu konuda verilen ikinci bir örnek de “kuru hurma karşılığında yaş hurmanın satışı” meselesidir. Ancak, “kuru hurma karşılığında yaş hurmanın satılamayacağını”³⁷⁵ bildiren hadise karşılık Ebu Hanife “et-temru bi't-temri mislen bi mislin”³⁷⁶ hadisini kullanarak satışa cevaz vermesi, meşhurla haber-i ahadin tearuzundan ziyade, lafzî ve bir prensipten hareketle mantıkî yorum yapılarak verilen bir hükümdür. Çünkü, itiraz edenlere Ebu Hanife “Rutab ya temrdir, ya da değildir. Şayet temr ise, “et-temru.....” hadisine göre caiz olur. Eğer temr değil ise “cinsleri farklı olunca istediğiniz gibi satınız”³⁷⁷ hadisine uygun düşer, dolayısıyla caizdir” der. Dikkat ettiğimizde Ebu Hanife hadisler arası mukayese yaparken prensip niteliğindeki hadisleri üst kurallar halinde alarak, diğerlerini ona âdeta arz etmektedir, diyebiliriz. Bu yapı tearuz gibi görünse de aslında Ebu Hanife konularla ilgili buyrulan nassları değerlendirirken, eldeki konunun yapısını ve İslamî anlayıştaki formunu da dikkate alarak hukukun genel çerçevesi içinde sonuca varmaya çalışmaktadır.

Neticede bu konuda geçen hadislerin sıhhat açısından değerlendirmesini yapan Aynî, diğer müçtehitlerin esas aldığı hadisin sıhhatini farklı kitaplara işaret ederek tespit etmiştir. Ayrıca Ebu Hanife'nin kullandığı hadisin de Buhari'de geçtiğini, fakat “rutab” kelimesinin kullanılmadığını, yalnız isim vermeden diğer hadis kitaplarında “rutab”ın geçtiğine dikkat çekmiştir. Bir de Ebu Hanife, çoğunluğun kabul ettiği hadisin senedinde

³⁷³ Bilgi için bkz. Ebu Yusuf, İhtilafu Ebi Hanife ve İbn Ebi Leyla, thk. Ebu'l-Vefa, Mısır, 1357, s. 78-79. İbn Ebi Leyla ise tersini savunmuştur. Yani yemin ve şahit müddei (davacı)ye aittir. Eğer şahidi yoksa yemin de ettirilmez, bu defa müdde aleyhe (davalı) sadece yemin teklif edilir. Ebu Yusuf, a.e., s. 79.

³⁷⁴ Ünal, s. 148.

³⁷⁵ Ebu Davud, Buyu, 18.

³⁷⁶ Müslim, Müsakat, 83.

³⁷⁷ Müslim, Müsakat, 81. Geniş bilgi için bkz. Merginanî, III, 70.

bulunan Zeyd b. İyaş'ın rivayetinin makbul olmadığını söyleyerek bu hadisi sahih kabul etmemiştir³⁷⁸.

Debbusî de bu karakterdeki konulara genel bir yaklaşım sunmaya çalışmıştır. O, nassların değerlendirilmesine esas olan, sübut ve manaya delaletleri farklı olan nassların bir alttakilerin bir üsttekilerine “arz” edilmesinin zarurî olduğuna vurgu yapmıştır. Arz işleminde bulunmadan haber-i vahidle amel edenleri heva ve bid’at ehli olarak değerlendirmiştir. Debbusî örnek olarak konumuzla ilgili hadisleri ele almış “delil (ispat) davacıya, yemin davalıya aittir” hadisini destekler mahiyette ayette³⁷⁹ göstererek bir şahit ve yeminle amel etmenin bizzat nassa (Kur’ân) ziyade olacağını, bunun ise ona göre nesh hükmünde olduğundan ve genel prensibe aykırılığından dolayı kabul edilemez olduğuna işaret etmiştir³⁸⁰.

Hanefî usulcülerden Pezdevî, “bir şahit ve yeminle hüküm verme” hadisinin kitaptaki “erkeklerinizden iki de şahit bulundurun”³⁸¹ âyetine muhalif olduğunu bildirir. Zira ayetin devamında tefsir niteliğinde “eğer iki erkek olmazsa bir erkek ve iki kadın” bulunması emredilmiştir. Bu durum hükmün sadece zikredilenlere has olduğunu gösterir³⁸². Daha açık bir ifadeyle (إن المجل إذا فسر كان ذلك بيانا لجميع مايتأوله اللفظ) “mücmel tefsir edilince, lafzın içerdiği bütün anlamlar için beyan olur”³⁸³. Öyleyse burada sadece şahitlik konusu gündemdedir, yeminden bahsedilemez, ayrıca ayetin devamında “şüpheyne düşmenin en ednası” ibaresi vardır ki, “edna”nın ötesi yani daha azı ve ziyadesi düşünülemez. Eğer yemin ve şahitle hüküm verileceği düşünülürse o zaman kitabın gerektirdiği hükmün iptali söz konusu olur ki, bu kesinlikle kabul edilemez³⁸⁴. Bir diğer husus ise; müslümanın vasiyeti konusunda (ölüm esnasında), iki müslüman şahit bulunmazsa, iki tane müslüman olmayan kişinin şahitliğine başvurulacağı ayette belirtilmiştir³⁸⁵. İbn Abbas, Sa’d b. Cübeyr ve birçok ilim erbabı bu ayeti şöyle

³⁷⁸ Konuyla ilgili geniş bilgi için bkz. Aynî, el-Binaye, VIII, 482-486.

³⁷⁹ Bakara 2/282.

³⁸⁰ Debbusî, Takvîmu’l-Edille, s.197-198.

³⁸¹ Bakara 2/282.

³⁸² Pezdevî, III, 731 (s.14).

³⁸³ Abdulaziz Buhârî, III, 731.

³⁸⁴ Pezdevî, III, 732; Abdulaziz Buhârî, III, 732.

³⁸⁵ Mâide 7/106.

yorumlamıştır: “Eğer şahitle birlikte yemin hüccet olsaydı, buna göre hüküm verilirdi de, iman etmeyenin (kâfir) şahitliğine başvurulmazdı”³⁸⁶.

Konuyu usul hukuku açısından ele alırsak, davalarda iki tarafın olduğunu görürüz, bir taraf iddia ederken, diğer taraf inkar edicidir. Hüccet (delil) iki kısımdır. Bir kısmı beyyine (davayı ispat için getirilen şahit ve diğer deliller), diğer kısmı ise yemindir. İnkâr edene (müddea aleyh) yemin, iddia edene ise beyyine hasredilmiştir. Bu zorunlu bir sonuçtur. Aksi halde beyyine ve yemin bir tarafta birleşecektir ki, bu nizayı kesmeyecektir³⁸⁷ ve tarafların birbirine vermiş olduğu hukukî zarar da devam edecektir. Nitekim “yemin, davacının davalı taraftaki hakkıdır” ifadesi şu anlamı içerir: Eğer davalı bile bile yalan yere yemin ediyorsa buna İslam dininde “yemin-i ğamus” denir ki, kişiyi manevi yönden büyük sorumluluk ve ceza altına sürükler. Davacıya göre ise, davalı iddiayı reddetmekle kendi hakkını vermemiş onu zarara sokmuştur. Bu nedenle davalı bu haliyle davacıyı maddi zarara soktuğu gibi, yalan yere yemin etmek suretiyle de kendisini manevi zarara uğratmış olur. Böylece zararlar karşılıklı olmuş olur. Şayet durum, gerçekte davalının kanaati doğrultusunda ise doğru olarak yapacağı yeminle hem davacının hakkını iade ettiğinden, hem de kendisini manevi zarara sokmadığından yemininin bir zararı olmayacaktır³⁸⁸.

1.2. Ravinin Vasıfları Yönünden Tercih

Tearuz eden hadisleri, rivayet eden ravilerin halleri incelenerek, hadislerin birisinin tercih edilmesine sıkça rastlamaktayız. Bu konu anlamayla ilgilidir. Ravilerin anlamalarına etki eden bütün müsbet ve menfi durumlar tercihte belirli bir etkiye sahiptir. Örneğin aynı gelenekten gelen bir ravinin rivayeti ile başka gelenekten gelen ravinin rivayeti tabii ki aynı karşılanmaz. Çünkü, gelenek anlamayı ve kavramayı etkileyen en önemli faktörlerdendir. Ayrıca olaylar ve nesneler arasında ilişki kurmayı ifade eden kavrama da gelenekten ciddi boyutta etkilenmektedir. Bu durum ravinin rivayeti olabildiğince doğru aktarmasına etki edecektir. Öyleyse ravilerin durumları, psikolojik ve sosyolojik bağlamda da incelenmelidir. Bu konuda önceki hukuk bilginleri birçok detaya inmişlerdir. Örneğin

³⁸⁶ Abdulaziz Buhârî, III, 733.

³⁸⁷ Abdulaziz Buhârî, III, 733.

³⁸⁸ Bayındır, s. 206-7.

Âmidî raviden kaynaklanan tercih sebeplerini on yedi madde altında toplamış³⁸⁹, bazı hukukçular ise konuyu on bir maddede izah etmiştir³⁹⁰.

1.2.1. Ravinin Yaşça Büyük Olması ve Olaya Şahit Olmasının Tercihe Etkisi

Rivayette aslolan kaynağa yakınlıktır. Zira sözlü aktarımlarda kişilerin katkılarına anlama seviyeleri ve çevre faktörleri, günün siyasal ve sosyal olayları etki etmektedir. Bu nedenle yaşı ilerlemiş ve olayı bizzat müşahade etmiş kişi daha gerçekçi ve daha az katkıyla konuyu sunabilir. İnsanların soyut olayları aktarımda somutlaştırma ve şekilleştirme eğilimleri psikolojik bir gerçek olduğundan, ister istemez birtakım ilaveler veya zühulden de olsa eksiltmeler veya vurgular farklı olacaktır. Örneğin Hz. Peygamber'in veda haccını yaptığında hangi hac çeşidine niyet ettiği tartışma konusu olmuş, Hz. Enes b. Malik Hz. Peygamber'in hacc-ı kıran', İbn Ömer ise hacc-ı ifrad'a niyet ettiğini nakletmiştir. Hadisin devamında İbn Ömer, Enes b. Malik küçük olduğundan kadınlar arasında dolaştığını, kendisinin ise bu esnada Hz. Peygamber'in devesinin bizzat yularından tuttuğunu ve devenin salyasının da kendi üzerine aktığını³⁹¹ nakletmektedir. Şafii ve Malikî mezhebi bu görüşü esas alırken³⁹² İbn Ömer'in yaşça büyüklüğünü bir tercih sebebi olarak zikretmiştir³⁹³. Hanefiler ise hadisin başka versiyonlarındaki Enes b. Malik'in "Ben Peygamber'in devesinin yularını tutuyordum, deve salyasını üzerime sürüyordu, bu esnada Peygamber de hac ve umreye birlikte telbiye okuyordu"³⁹⁴ ifadesini alarak kıran haccının daha faziletli olduğunu tercih etmişlerdir. Kaldı ki, Enes b. Malik'in İbn Ömer'den sadece bir yaş küçük olduğu rivayet edilmektedir. Veda haccında Enes b. Malik'in yirmi yaşında, İbn Ömer'in ise yirmi bir yaşında olduğu nakledilmektedir³⁹⁵. Hanefiler sadece yaş büyüklüğü yerine, sahabenin peygamberle olan ilişkisini de göz önüne almışlardır. Çünkü Enes b. Malik Peygamber (s.a.v)'in devamlı hizmetçisi idi.

³⁸⁹ Âmidî, IV, 251-54.

³⁹⁰ el-Bâcî, s. 331-36.

³⁹¹ Şirazî, s. 84.

³⁹² Nevevî, Yahya b. Şeref, Kitabu'l-İzâh fi Menasiki'l-Hacci ve'l-Umre, thk. A. Fettah Hüseyin, Mekke 1995, s. 136.

³⁹³ Şirazî, s. 84.

³⁹⁴ Ebu Davud, Menasik, 24; İbn Mâce, Menasik, 39.

³⁹⁵ Ebu'l-Feda, İmadü'd-Din, Hiccetü'l-Veda', thk. H. E. Salih, Riyad 1996, s. 96.

Diğer taraftan bu konuyla ilgili hadislerle baktığımızda çoğunluk Hz. Peygamber'in hac ve umre için birlikte niyet ettiğini rivayet etmektedir³⁹⁶. Ayrıca insanların da o gün ikisine birlikte (kıran haccına) niyet edip tehlib getirdikleri sahih olarak bildirilmektedir³⁹⁷. Bir de Hz. Osman (r.a.)'ın insanları hac ve umreyi birleştirmeden men ettiğini duyan Hz. Ali (r.a.), derhal Hz. Osman'ın çadırına girmiş ve niçin böyle yaptığını sorması üzerine, Hz. Osman bunun kendi fikri olduğunu söyleyince Hz. Ali çadırdan sinirli bir vaziyette çıkmış ve sesli bir şekilde hac ve umre için birlikte telbiye getirmiştir³⁹⁸.

Bu olayda Hanefiler, ravilerin yaş farkından ziyade olayı kavrama güçlerine ağırlık vererek tercihlerini yapmıştır. Ayrıca İbn Ömer ve Cabir (r.a.)'den gelen farklı rivayetler Şafiilerin efdal kabul ettiği ifrad haccıyla ilgili bir ihtilafın olduğu anlaşılmaktadır. Bu yüzden Enes b. Malik rivayetinin daha çok desteklendiği ve ızdıraptan hali olduğu göz önüne alınırsa onun rivayetinin tercih edilmesi evla olacaktır³⁹⁹.

Hacc-ı ifrad ve hacc-ı kıranın yapılış açısından konuyu ele alırsak, zorlukları ve teklifleri farklı olduğundan, derecelerinin farklı olacağı açıktır. İbadetlerdeki genel espri ve hac ibadetinin zorluk ve karışıklıkla ilgili rivayetlerini⁴⁰⁰ de esas alırsak, hacc-ı kıranın daha efdal olacağına da hükmedebiliriz. Nitekim “nimetin külfet mukabilinde olacağı”⁴⁰¹ nı ifade eden külli kaideden de istifade ederek, yukarıdaki kanaatimizi pekiştirebiliriz. Çünkü külli kaideler bizzat tercihte kullanılmıştır⁴⁰².

1.2.2. Ravinin Hukukçu (Fakih) Olmasının Tercihe Etkisi

Elimizdeki hadislerin metin olarak mütevatir olanları gayet sınırlı olduğundan dolayı, hadislerin mana yoluyla rivayet edildiği ağırlık kazanmaktadır. Debbusî, haberin metninin zaptedilmesi ve mana ile nakledilmesi hususunu, lafzın çeşitlerini de (muhkem, zahiri, müsterek, müşkil, mücmel) dikkate alarak değerlendirmiştir. O, haberin mana ile

³⁹⁶ Ebu'l-Feda, s. 85-121.

³⁹⁷ Buharî, Hac, 34.

³⁹⁸ Ebu'l-Feda, s. 90.

³⁹⁹ Geniş bilgi için bkz. Emiru'l-Hac, III, 37-38; Berezençî, II, 156-7.

⁴⁰⁰ “الحج شعث” (Hac karışıklıktır). Bilgi için bkz. Kutluboğa, Zeynüddin, et-Ta'rif ve'l-Ahbar bi Tahrici Ehadisi'l-İhtiyar, Dimeşk, 1997, II, 109.

⁴⁰¹ Mecelle, md. 85, 87, 88.

⁴⁰² İbn Nüceym, s.89-91. Örnek ve ilgili maddeler için bkz. “Ehven-i şerreyn ihtiyar olunur”. Mecelle 29 vb. md. 27-28, 30, 46. Konuyla ilgili geniş bilgi için bkz. Yaman, Ahmed, “Bir Kavram Olarak Fıkıh Kaideleri Ya Da İslam Hukukunun Genel İlkeleri”, Marife, Yıl:1, S. 1, 2001, s. 62-67.

rivayet edilmesine Peygamberimizin “..... nice fıkıh taşıyıcıları vardır ki onlar kendilerinden daha fakihine (iyi anlayana) naklederler”⁴⁰³ hadisini delil getirdikten sonra, İbn Mesud (r.a.)’un rivayet ederken “bu veya bunun gibi” ifadelerini kullanmasını da örnek olarak vermiştir. Diğer hukukçular da ravilerin “ve bunun benzeri” ifadelerinden hareketle mana ile rivayetin cevazına işaret etmişlerdir. Ancak aslolan lafızların korunarak rivayetin yapılmasıdır⁴⁰⁴.

Yalnız şurası da göz ardı edilmemelidir ki, ister lafızla ister mana ile olsun insanların anlayışları farklı olduğundan her halukarda değişik yorumların varlığı da kaçınılmazdır. İşte tam bu noktada ravilerden birinin daha fakih olması tearuz eden hadislerden birinin tercih edilmesini gerektirmektedir⁴⁰⁵. Hanefilerden İsa b. Eban ve ona tabi olan birtakım hukukçular, bu konuda ravisi hukukçu (fakih) olan hadisi kıyasa muhalif olsa dahi tercih etmektedir. Ona göre eğer ravi fakih değilse sahih kıyası (genel kural) habere tercih etmek gerekir⁴⁰⁶. Ancak haber, hukukçuluğuyla şöhret bulmayan raviler tarafından rivayet edilirse o zaman haberin kıyasa uygunluğu aranır. Şayet kıyasa muhalif olur da ümmet tarafından kabul edilmişse kabul olunur. Aksi halde ümmet tarafından kabul edilmemiş ve rey kapısını da kapatıyorsa kıyas, habere (vahid) takdim yani tercih edilir⁴⁰⁷. Çünkü şartlarını taşıyan sahih bir kıyas kitap, meşhur sünnet ve icma ile sabit olduğundan buna muhalif olan haber âdeti bu saydığımız asıllara da muhalefet etmiş olacaktır⁴⁰⁸.

Fakat ravi fakih olursa peygamberin neyi murad ettiğini en yakın şekilde ifade edeceğinden, ravinin fakihliği bir rüchaniyet sebebi olabilir. Çünkü Peygamberin “cevamiu’l-kelim” (gayet kısa ve belîğ anlamlı konuşma) sahibi oluşu onun sözlerinin anlaşılmasını bir anlamda zorlaştırmaktadır. Dolayısıyla fakih olmayan raviler mana olarak haberi naklederken kasdedilmiş olan asıl amaç tam ortaya konmamış olabilir. Fakih olan

⁴⁰³ Tirmizî, İlm, 7; İbn Mâce, Mukaddime, 18.

⁴⁰⁴ Geniş bilgi için bkz. Debbusî, Takvîmu’l-Edille, s.194-195.

⁴⁰⁵ Ancak başta Ebu Hanife olmak üzere öğrencileri olan İmameyne göre de mutlak anlamda haber-i vahid kıyasa tercih edilir. İmam-ı Malik ise kıyası (genel kural) haber-i vahide takdim etmektedir. Yukarıdaki asl’a istinaden Hanefiler, menî kurumuş ise ovalamakla elbise temiz olur derken, Malikîler elbisenin ancak yıkanmakla temiz olacağı kanaatini savunurlar. Şevkanî, Neylu’l-Evtar, I, 68.

⁴⁰⁶ Abdulaziz Buhârî, II, 383; Serahsî, I, 338-339. Ravinin fıkıh meselesi için bkz. Ünal, s.193-196. Örneğin Hanefiler, musarrat hadisini, ravisi fakih olmadığından tercih etmemişler, kıyasla (genel kural) amele hükmetmişlerdir. Geniş bilgi için bkz. el-Hinn, M. Said, Eseru İhtilafî fi’l-Kavaidi’l-Usuliyeti fi İhtilafî’l-Fukaha, Beyrut, 2000, s. 419-421.

⁴⁰⁷ Serahsî, Usul, I, 339-341.

⁴⁰⁸ Serahsî, a.e., I, 341.

ravi ise buyrulan haberin amacını, buyruluş gayesini (retio legis) daha iyi kavrayacağından tercihi açık olacaktır⁴⁰⁹.

Ebu Hanife ile Evzaî arasında geçtiği bildirilen münazaa yukarıdaki açıklamaları teyid edici mahiyettedir. Mekke’de karşılaştıklarında Evzaî, Ebu Hanife’ye hitaben:

— Siz rükua varırken ve kalkarken niçin ellerinizi kaldırmıyorsunuz? şeklinde sonunca Ebu Hanife şöyle cevap verir:

— Çünkü bu konuda Resulullah’dan gelen sahih bir şey yok. Evzaî:

— Nasıl olmaz? Zühri Salim’dan, o babasından, o da Resulullah’dan rivayet etti ki, “Hz. Peygamber namaza başlarken, rükua varırken ve rükudan kalkarken ellerini kaldırırdı deyince, Ebu Hanife şöyle karşılık verir:

— Hammad İbrahim’dan, o Alkame ve Esved’dan, onlar da İbn Mesud’dan rivayet ettiler ki, “Hz. Peygamber sadece namaza başlarken ellerini kaldırırdı ve bundan fazla bir şey yapmazdı”. Evzaî cevaben diyor ki:

— Ben sana Zühri’den Salim ve babası yoluyla gelen bir hadis rivayet ediyorum, sen ise, “Bize Hammad İbrahim’dan rivayet etti” diyorsun. Ebu Hanife buna karşılık şu cevabı veriyor:

— Hammad Zühri’den, İbrahim de Salim’dan daha fakih idiler. Alkame fıkhıta İbn Ömer’den geri kalmazdı. İbn Ömer’in sahabilik fazileti varsa Esved’in de birçok faziletleri var. Abdullah b. Mesud’a gelince, o, Abdullah’tır, deyince Evzaî cevap vermekten vazgeçiyor⁴¹⁰.

Bu diyalogdan, Ebu Hanife’nin fakih ravileri diğerlerine tercih ettiği açıkça anlaşılmaktadır.

Diğer bir tartışma konusu ise, ravinin fakih olması haberin lafzan veya manen rivayet olunmasında aynı şekilde etkili midir? Yoksa sadece mana ile yapılan rivayetlerde

⁴⁰⁹ Serahsî, Usul, I, 341; Pezdevî, II, 379.

⁴¹⁰ Bedran, s. 125-126.

mi geçerlidir? Bu noktada iki görüş bulunmaktadır. Birinci görüşe göre ravinin fakih olması her halukârda tercih sebebidir. Çünkü fakihlik, caiz olanla olmayanı birbirinden ayırma melekesidir, dolayısıyla bir üstün meziyettir. Bedran Ebu'l-Ayneyn Bedran bu görüşün sıhhatini ileri sürmüştür. Biz de aynı kanaati taşımaktayız. İkinci görüşte ise, rivayetlerin mana ile yapılmasında fakihliğin etkili olacağı ileri sürülmüştür. Dolayısıyla lafzen yapılan rivayetlerin tearuzunda fakihliğin etkisi yoktur⁴¹¹. Fakat konunun başında da değindiğimiz gibi lafızların korunmuş olması ideal bir düşünce olmasına rağmen, fiilî realiteyle ne denli örtüştüğü tartışma konusudur.

Netice itibariyle ravinin durumundan hareketle tercih yapılırken şekli bir doğruluğun ortaya konulduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla bu tercih, doğru akıl yürütme biçimlerinin ortaya konulmasından ibarettir⁴¹². Bu nedenle rivayet zinciriyle ilgili değerlendirmelerin tümünü bir biçimsel doğruluk kabul ederek bu konuyu fazla uzatmamanın gereğine inanıyoruz. Zira bu konu önceki kaynaklarda ve çağdaş kaynaklarda derinliğine ele alınmıştır. Örneğin el-Hemedanî (ö.584/1189) el-İ'tibar isimli eserinde tercih sebeplerini elli madde altında toplarken bunlardan yirmi yedi tanesini sadece rivayet zincirine ve ravilerin hallerine ayırmıştır⁴¹³. Çağdaş çalışmalardan, Berezençî konuyu yirmi bir madde halinde⁴¹⁴, Bedran yirmi yedi madde⁴¹⁵, Hefnavî ise konuyu elli madde altında ele alırken sadece ravinin haliyle ilgili yirmi madde zikretmiştir⁴¹⁶. Ayrıca rivayet zinciriyle ilgili diğer maddeleri de dikkate alınca bu sayının çok kabarık olduğu anlaşılır. Geçmişten günümüze kadar intikal eden metinlerin aktarım sıhhatiyle ilgili konulan yöntemler İslam bilginlerine aittir, diyebiliriz. Fakat biz, konumuzla ilgisi nedeniyle üç hususla yetindik. Diğer hususların konumuzla doğrudan ilgisi olmadığı kanaatiyle değerlendirmeye almıyoruz.

İçeriğe ait doğruluktan önce biçime ait doğruluğun öne alınması daha ziyade hadisçilerin ve rey karşısında lafızcı (literal) anlamayı ön planda tutan Şafii ekolünün bir yöntemidir. Bu yüzden bu konunun tezimizin içeriğiyle yüzde yüz bir ilintisi söz konusu değildir. Diğer taraftan ravilerin halleri ve rivayet zincirindeki diğer tercih sebepleri

⁴¹¹ Bedran, s. 126-127.

⁴¹² Işıktaç, Yasemin – Metin, Sevtap, Hukuk Metodolojisi, İstanbul 2003, s. 12.

⁴¹³ el-Hemedanî, s. 11-23.

⁴¹⁴ Berezençî, II, 152-184.

⁴¹⁵ Bedran, s. 118-148.

⁴¹⁶ Hefnavî, s. 307-328.

genelde kabul gören hususlardandır. Çünkü mantiken isnadı kuvvetli olanın zayıf olana, zaptı kuvvetli olan ravinin kuvvetli olmayana, olaya bizzat şahit olanın şahit olmayana, yaşlı olan ravinin genç olan raviye, adil ve güvenilir (sika) olanın bu vasıfları taşımayana, müsned rivayetin mürsel rivayete, lafzın rivayetin mananın rivayetine, vb.nin tercih edileceği hususunda tartışmalar yapılmakla birlikte âdeta bir konsensuse varılmış gibidir. O nedenle biz bu konuda bu kadarıyla yetinerek detayı ilgili kitaplara havale ediyoruz. Zira hukukun gayesinin, salt bir şekilden ziyade, şekil-mana bütünlüğünü hedeflediği kanaatindeyiz.

1.3. Metin Kritiği Yönünden Tercih

Hukuk, olanın bilgisinin değil, olması gerekenin bilgisini aramaktır⁴¹⁷. Olması gerekenin bilgisi ise şekilden ziyade içerikle ilgilidir. Olan, şekli karşılarken, olması gereken de içeriği karşılar niteliktedir. Hukukun irdelenmesinde üç kriterle karşılaşırız. Bunlar “etkinlik, geçerlilik ve değere uygunluktur”⁴¹⁸. İşte Ebu Hanife ve öğrencilerinin hadis tercihinde, ortaya koydukları kriterler, âdeta yukarıda zikrettiğimiz üç esası çok daha önceleri tespit ettikleri anlamına gelir. Nitekim Ebu Hanife ve tilmizleri, rivayetlerin biçimlerine riayet ettikleri gibi, hadislerin içeriğine, özüne, mantalitesine ve hedeflenen gayeye azami derecede dikkat çekmişlerdir⁴¹⁹.

Şimdi biz metin kritiği yönünden tercihe etki eden sebeplerin başlıca olanlarını sıralaya biliriz.

1.3.1. Metin Kritiği Açısından Kur’ân’a Uygunluğun Tercihe Etkisi

Ebu Hanife, tearuz eden hadisleri değerlendirmeye alırken, tercih ettiği hadisin gerekçesini metin kritiği yaparak ortaya koymuştur. (Tabii ki, bu durum O’nun senet kritiği yapmadığı anlamına gelmez). Örneğin Hadislerin Kur’ân’a arzedilmesiyle ilgili Ebu Hanife şu fikirleri ileri sürmüştür:

⁴¹⁷ Işıқтаç – Metin, s. 48.

⁴¹⁸ Işıқтаç – Metin, s. 51.

⁴¹⁹ Konuyla ilgili müstakil çalışma yapan İ. Hakkı Ünal metin kritiği bağlamında Ebu Hanife ve tilmizlerinin yedi tane esası dikkate aldıklarının örnekleriyle birlikte açıklamış ve hadislerin ne şekilde tercih ve tefsir edildiğine işaret etmiştir. Geniş bilgi için bkz. Ünal, s. 83-122.

“Allah’ın Resulu, Allah’ın kitabına muhalefet etmez. Allah’ın kitabına muhalefet eden de Allah’ın Resulu olamaz. Peygamber’den Kur’ân’a aykırı hadis rivayet edeni reddetmek, Peygamberi reddetmek değildir. Bu ancak Peygamberden batıl rivayet edeni reddetmektir. Onun için Peygamberin söylediği her şey, -işitelim, işitmeyelim- başımız gözüümüz üstüner. Buna iman eder ve Allah’ın Resulünün söylediğine olduğu gibi şehadet ederiz. Yine şehadet ederiz ki, O, Allah’ın nehyettiği bir şeyi emretmez. Allah’ın bağladığı bir şeyi koparmaz. Allah’ın tasvip etmediği bir şeyi O’na aykırı bir şekilde tasvip etmez. O, bütün işlerde Allah’ın emirlerine mutabık hareket eder. Bid’at olabilecek hiçbir şey yapmamış. Allah’ın sözüne hiçbir ilavede bulunmamış ve zorlayıcılardan olmamıştır. Onun için Allah-u Tealâ “من يطع الرسول فقد أطاع الله”⁴²⁰ buyurmuştur⁴²¹.

Ebu Yusuf da aynı konuya şöyle vurgu yapmıştır: “Rivayetler çoğalınca, fıkıh ehlinin bilmediği kitap ve sünnete uygun olmayan rivayetler ortaya çıkar, şazlardan sakın, fukahanın ve hadisçilerin kabul ettikleri ile kitap ve sünnete uygun olanları al, diğerlerini buna göre değerlendir. Çünkü Kur’ân’a muhalif olan, Hz. Peygamber’den rivayet edilmiş olduğu söylene dahi ondan değildir”⁴²².

Bu yorumda Ebu Yusuf’un, sünnetin Kur’ân’a uygunluğu yanında, ayrıca sünnetin, sünnete uygunluğunu, yani arzedileceğini anlayabiliriz. Ancak burada açık olmayan, hangi sünnettir? Anladığımız kadarıyla sabit olan O’nun ifadesiyle şaz olmayan ve fukaha arasında genel kabul görmüş sünnetin esas alınabileceğine vurgu yapmak istemiştir. Ebu Yusuf’un bu bağlamda, Malikilerin “Amel-i Ehl-i Medine” yöntemlerine yakın, yani yaşayan, pratize edilen, model sünnetin esas alınacağına meylettiğini çıkarabiliriz. Ancak Ebu Yursuf’un fukahadan kimi kasdettiğini tam anlamasak da, Amel-i ehl-i Medine fikrinin paralelinde âdeti “amel-i ehl-i Irak” fikrini de ileri sürmüştür, diyebiliriz.

Bu konuda örnek olarak, kadının kendi kendini nikahlaması ile ilgili hadisleri verebiliriz. Şafii, Ahmed b. Hanbel, Hasan Basri, İbn Ebi Leyla, İbn Şübrüme gibi müçtehidler, evliliğin sıhhat şartlarına –kadının evlilik akdine mahal olabilmesi ve

⁴²⁰ Nisa 4/80.

⁴²¹ Ebu Hanife, el-Âlim ve’l-Müteallim, (Hazırlayan: Mustafa Öz, İmam-ı Azam’ın Baş Eseri) İstanbul 1992, s. 31-33. Tearuz eden hadislerin Kur’ân’a arzedilmesi ile ilgili geniş bilgi için bkz. Uluçam, Müjdat, Kur’ân Ayetleri ve Hadisler Arasında Görülen Tearuz ve Çözüm Yolları (Basılmamış Doktora Tezi), İstanbul, 1997, s. 224-232.

⁴²² Ebu Yusuf, er-Redd, s. 31.

şahitlerin hazır olmasına- ilaveten kadının erkek velisi tarafından nikahlanacağı fikrini ileri sürmüşlerdir. Bu görüşlerini destekler mahiyette şu hadisleri delil getirmişlerdir. “أَيُّ امْرَأَةٍ لَا تَزُوجُ...”.⁴²³ “...”. “أَنْكَحْتَ نَفْسَهَا بِغَيْرِ إِذْنٍ وَلِيهَا فَانْكَاحَهَا بَاطِلٌ...”. “Herhangi bir kadın velisinin izni olmadan kendini nikahlarsa onun nikahı batıldır, onun nikahı batıldır, onun nikahı batıldır”⁴²³. “...”. “وَلَا نِكَاحَ إِلَّا بِوَلَى”⁴²⁴ ve “Kadın kadını evlendiremez ve kendini de evlendiremez”⁴²⁴ “المرأة المرأة”⁴²⁵. Konuya “... kocalarına (tekrar nikahla) varmalarına engel olmayınız”⁴²⁶ ayetiyle şöyle temellendirirler: Evlendirme yetkisi velilerin elindedir. Çünkü böyle olmasaydı, kadınlar kendilerini evlendirirdi de velilerin zorlamalarına temas edilmezdi⁴²⁷.

Ebu Hanife ise, şu hadisleri mukabil olarak delil getirir: “ليس للولي مع الثيب أمر” “Dul kadında velinin bir yetkisi yoktur”⁴²⁸, “الأيام أحق بنفسها من وليها”, “Boşanmış kadınlar, kendi nefislerinde velilerinden daha çok hakka sahiptirler”⁴²⁹. Ebu Hanife hadislerin tearuz ettiğini görünce, konuyu Kur’ân’a arz ederek çözmeye çalışır. Şafiilerin ve onlara tabi olanların ileri sürdükleri ayet-i kerime Hanefileri destekler mahiyettedir. Zira ayetin başlangıcına bakılırsa, cahiliye döneminde eşlerini boşayan kocalar hanımlarına eziyet olsun diye onları serbest bırakmıyorlar, fidye vermeye zorluyorlardı. Yoksa burada hitap velilere değil, bizzat kocalarıdır. İkinci husus ise, evlenme fiili bu ayette ve iki önceki ayette⁴³⁰ bizzat kadına nispet edilmektedir. Dolayısıyla kadının velisiz nikah akdini yapacağı anlaşılabilir. Ayrıca Ebu Hanife akıl-baliğ olmuş kadının bizzat kendi nikah akdini kıyacağına, “Ve nefsinı Peygambere bağışlayan mü’min kadın eğer Peygamber onu nikah etmek isterse...”⁴³¹ âyetini delil getirmiştir. Yine bu ayette hibe lafzıyla kadının bizzat nikah akdini kurabileceği bildirilmiştir⁴³². Fakat bu delil Peygambere özel olduğundan itiraz edilebilir.

Şafiilerin ileri sürdüğü hadislere gelince; birinci hadiste Peygamber nikah akdinin butlanını iki nedene bağlamıştır. Birincisinde kadının kendini evermesinin yasaklığını

⁴²³ Ebu Davud, Nikah, 20.

⁴²⁴ İbn Mâce, Nikah, 15.

⁴²⁵ Darimî, Nikah, 11.

⁴²⁶ Bakara 2/232.

⁴²⁷ Abdulhamid M. Muhyiddin, el-Ahvalu’s-Şahsiyye, Beyrut 1984, s.25.

⁴²⁸ Ebu Davud, Nikah, 26.

⁴²⁹ Ebu Davud, Nikah, 26.

⁴³⁰ Bakara 2/230.

⁴³¹ Ahzab 33/50.

⁴³² Abdulhamid, s. 25-26.

görüyoruz. İkincisinde ise bunun velisinin dışındaki birisinin yapmasıyla gerçekleşeceğini anlıyoruz. Dolayısıyla iki şarttan birinin düşmesiyle akit batıl olmaz ve ikinci ihtimalin olması daha büyüktür. Bu nedenle, bu hadis Şafii'nin aleyhine delildir. İkinci ve üçüncü hadislerine gelince, bunların senetlerinde yer alan Zühri'ye, İbn Cüreyc durumu sorunca, Zühri böyle bir hadis rivayet etmediğini söylüyor. Dolayısıyla bu iki hadisin sıhhat açısından tartışmalı olduğu ortadadır. Bu yüzden velinin nikah akdinde şart koşulmasını ibaha kabilinden algılamak daha uyguna olacaktır⁴³³.

Bedran, bu konuda vasıtasız hükme delalet eden hadisin, bir vasıta ile hükme delalet eden hadise tercih edilmesini ileri sürerken yukarıdaki Şafiilerin birinci hadisi ile Hanefilerin birinci hadisini ele almaktadır. Sonuçta Hanefilerin delil getirdikleri hadiste nikahın sıhhatine vasıtasız (yani veliye ihtiyaç duyulmadan) delil olduğundan, onun diğer hadise tercih edilmesi gerekir. Zira ikinci hadiste hem butlan bahsedilmekte, hem de (vasıtadan) veliden bahsedilmektedir. Oysa vasıtaların azlığı veya hiç olmaması zann-ı galip ve kesret ifade eder. Bu yüzden Hanefilerin delili tercihe şayandır⁴³⁴ görüşüne ulaşmıştır.

Her ne kadar delillerin değerlendirilmesinde Ebu Hanife'nin ileri sürdüğü hüküm tercih açısından isabetli olsa da, günümüz şartlarında toplumsal ahlakın bozulduğu dolayısıyla aile kurumunun zarar görmesi göz önüne alınırsa, velinin nikahtan önce haberdar edilmesinin gereği üzerinde durulabilir.

1.3.2. Metin Kritiği Açısından Diğer Sosyolojik Sebeplerin Tercihe Etkisi

Tearuz eden hadislerin tercih edilmesiyle ilgili yukarıdaki sebebe ilaveten Ebu Hanife tarafından çeşitli kriterler ileri sürülmüştür. Örneğin, *akla uygunluk, insana değer*⁴³⁵, *kolay ve maslahata uygun olanı tercih, maksada uygun olanı tercih, örfe uygunluk zamanla ortaya çıkan gelişmeleri dikkate alarak yapılacak tercih*⁴³⁶. Bu yedi sınıf dikkatle incelenirse, bunların birinci maddede yer alan, "Kur'ân'a veya sünnetin genel

⁴³³ Abdulhamid, s. 26.

⁴³⁴ Bedran, s. 151-152.

⁴³⁵ Ebu Hanife, savaşta ganimetlerin paylaşımında süvari için bir, at için iki hisse ayrıldığına dair gelen rivayeti, insana atın üstün tutulmasını hoş karşılamayarak reddetmiştir. Geniş bilgi için bkz. Ebu Yusuf, er-Redd, s. 17-30.

⁴³⁶ Bu konularla ilgili örnekler ve değerlendirmeler için bkz. Ünal, s. 82-122. Bu konuların sosyolojik olarak değerlendirilmesi için bkz. Dönmezer, s. 229-269.

yapısına, mantalitesine uygunluğun” içine gireceği anlaşılmaktadır. Tabii ki hukukî hükümlerin amme vicdanı tarafından kabullenilip, pratize edilmesi için bu maddelere tek tek dikkat çekmek, sosyolojik olarak önemlidir.

Buraya kadar yapılan değerlendirmelerden, tearuz eden nassların üst kurallara göre yorumlanarak tercih edilmesi öne çıkmıştır. Bu, bizim de katıldığımız bir görüştür. Çünkü bu yapıda hukuk bilimini ilgilendiren bütün sosyal bilimlerin kabullendiği gerçeklere dikkat çekilmek istenmiştir. Fakat biz tekrardan kaçınmak amacıyla kaynaklara ve konunun genel mantığına dikkat çekmekle yetiniyoruz.

1.3.3. Metin Kritisinin Teknik Anlamda Yapılması

Burada ise metinlerin içerdikleri hükümlerin mahiyeti bağlamında konuyu değerlendirmeyi düşünüyoruz.

Bu konuyla ilgili olarak günümüz hukukçularından Bedran’ın dikkat çektiği hususları esas alarak değerlendirmede bulunacağız.

1- Lafzı fasih (açık, net) olan haber, lafzı rakik (zayıf, yetersiz, kapalı) olan habere tercih edilir.

Şöyle ki, fasih haberin kabul edilmesinde ittifak varken, diğerinde ihtilaf vardır. Sonra Peygamber Arapların en fasihidir⁴³⁷. Yalnız ravinin haberi mana olarak rivayet etmesi halinde ravilerin fikhî derecelerine ve hadisın daha önce zikrettiğimiz kurallara uygunluğunun aranmasının daha tutarlı olacağını düşünüyoruz.

Hadisler arasındaki bu literal değerlendirmeye anlatımı hakikat yoluyla olan hadisın, mecaz yoluyla olan hadise tercih edileceği de hukukçular arasında tartışılmıştır. Ebu Hanife, bizzat hakikatin mecaza tercih edileceğini ileri sürerken, gerekçesini, hakikatin asıl olduğunu vurgulayarak belirtmek istemiştir. Hukukta açıklığın ve anlaşılabilirliğin esas olduğunu düşünürsek, bu görüşün isabetli olduğu ortaya çıkar. Bir de hakikat zihne yakındır. Hakikatin delaleti açıktır ve karineye ihtiyaç duymadan

⁴³⁷ Bedran, s. 149.

anlaşılabilir. Bütün bu vasıflar hakikatin tercih edileceğini gösterir⁴³⁸. Zira Mecelle’de de, kelimada asıl olan mana-yı hakikidir⁴³⁹ maddesiyle konuya ışık tutulmuştur.

Nitekim Ali Haydar, bu kuralı “bu suretle mana-yı mecazî hilaf-ı asıl olur”⁴⁴⁰ şeklinde değerlendirmiştir. Biz bu konuyu “sarahat karşısında delâlete itibar yoktur” kaydıyla da açıklayabiliriz. Şöyle ki, kelimada mana-yı hakikî kat’i olduğundan, sarahat gibi kabul edilirken, mecazî anlam kat’i olmadığından, delalet gibidir. Ali Himmet Berki, ‘delalet sarahat gibi kat’i değildir. Bu cihetle sarâhate nazaran zaiftir. Bu kaide tearuz halinde câridir. Teâruz olmadığı takdirde delâlet sarâhat hükmündedir⁴⁴¹’ derken, metin kritiğinde literal anlamının tearuz ve tercih boyutunu tespit etmiştir. Bu görüş, yukarıda savunduğumuz görüşün temeli olarak alınabilir.

2- Aynı konuda bir hükmün kapsamlı şeklini ifade eden haber, daha sınırlı şeklini gösterene tercih edilir.

İslam hukukunun gelişim süreci incelenirse tedriciliğin esas olduğu anlaşılır. Bu nedenle konuyla ilgili hükümlerin son şeklinin esas alınması gerekir. Çünkü Kur’ân’ın ekserisi bu şekilde hükümlerle doludur. Peygamber de, baştaki gösterdiği toleranslı tutumunu zamanla toplumun gelişimine paralel olarak değiştirmiş ve temel hükümlerin son şeklini vermeye çalışmıştır⁴⁴². Ancak bu tercih sebebini bütün toplumlar için ele almanın pek isabetli olacağı kanaatinde değiliz. Zira bu tedriciliğin uygulanacağı toplumların henüz mevcut olduğu kanaatindeyiz. Örneğin, Orta Asya Cumhuriyetlerinde tearuz eden hadislerden siz ilk etapta hükmü zor olanı alırsanız etrafınızda fazla kimse bulamazsınız. Oradaki toplumsal şartlara tedriciliği uygulamak, hafiften başlayarak hükümlerin tekâmülüyle toplumun tekâmülünün bir noktada buluşmasını sağlamak gerekir. Kur’ân ve sünnetteki nesh konusunun bu paralelde değerlendirilmesinin faydalı olacağı kanaatindeyiz⁴⁴³. Tabii ki burada nihai hükümleri kasdetmiyoruz. Özellikle zaruret-i diniyyeden olan vecibelerle kesin haram olanlar hariç, diğer konularda daha toleranslı

⁴³⁸ Geniş bilgi için bkz. Bedran, s. 150.

⁴³⁹ Mecelle, md. 12.

⁴⁴⁰ Ali Haydar, I, 60. Geniş bilgi ve örnekler için bkz. aynı muellif, I, 60-66.

⁴⁴¹ Berkî, Ali Himmet, Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, Ankara 1955, s. 75.

⁴⁴² Bedran, s. 151.

⁴⁴³ Bu yazdıklarımın pratiğini bizzat Orta Asya’daki görevim sırasında müşahade ettiğimden, bu sonuca ulaştım.

davranmak gerekir. Kanaatimizce eğitim yoluyla toplumdaki kötü alışkanlıkları ortadan kaldırmaya çalışırken, bir yandan da dini hükümleri kamilen yerleştirmek gerekmektedir.

3. Birbiriyle çelişkili hükümleri ayrı ayrı ortaya koyan haber, salt rivayete tercih olunur.

Tearuz eden iki hadisten, hangisinde her iki hüküm varsa onun tercih edilmesi gerekir. Çünkü tek hüküm zikredilen hadisin nesh edilme ihtimali büyüktür⁴⁴⁴. Örneğin, “لَعَنَ اللَّهُ زَوَارَاتِ الْقُبُورِ” “Allah kabirleri ziyaret edenlere lanet etti (etsin)”⁴⁴⁵ hadisindeki hükmü de taşıyan “كُنْتُ نَهَيْتُكُمْ عَنْ زِيَارَةِ الْقُبُورِ فَزُورُوهَا” “Ben sizi kabir ziyaretinden nehyetmiştim, şimdi ziyaret edebilirsiniz”⁴⁴⁶.

Bu iki hadise baktığımızda –nesh konusunu tartışmaya açmadan- peygamberin paganist bir toplumu ilk hadisle bir disiplin altına almaya çalıştığı anlaşılabılır. Fakat zamanla tevhid akidesi yerleşip puta tapınmalarından endişeyi kesince “artık ziyaret edebilirsiniz. Çünkü sizin puta tapacağınızdan bir endişem kalmamıştır”, hükmünü ifade ettiğini anlayabiliriz. Bu nedenle ikinci hadisin tercih edileceği açıklık kazanmaktadır.

4- Hükümün illetini bildiren haber, illetini bildirmeyene tercih edilir.

Hukukî hükümler illetleri üzerine bina edilir. İnsanlar da illeti belli olan hükmü, illeti belli olmayan hükümden daha çok kabul eder ve ona teslim olurlar. Örneğin “مَنْ بَدَلَ” “تَهَا عَنْ قَتْلِ النِّسَاءِ وَالصَّبِيَّانِ” “Kim dininden dönerse onu öldürün”⁴⁴⁷ haberi, “Peygamber, kadınların ve çocukların öldürülmesini yasakladı”⁴⁴⁸ haberini ele alalım.

Bu hadisler arasında tearuzu gidermek için illeti belli olan hadis birincisidir. İkinci hadiste illet yoktur, mutlak nehy vardır. Kurala göre birinci hadisin tercih edilmesi gerekir. Ancak Bedran farklı bir hususa daha işaret ederek şöyle der: “Birinci hadiste emir, ikinci hadiste ise nehy vardır. Öyleyse ikinci hadis tercih edilmelidir”⁴⁴⁹.

⁴⁴⁴ Bedran, s. 152.

⁴⁴⁵ Tirmizî, Cenaiz, 61; İbn Mâce, Cenaiz, 49.

⁴⁴⁶ Malik b. Enes, Dahaya, 8.

⁴⁴⁷ Buharî, Cihad, 149, İsti’sam, 28.

⁴⁴⁸ Ebu Davud, Cihad, 112; İbn Mâce, Cihad, 30; Dârimî, Siyer, 25.

⁴⁴⁹ Bedran, s. 153.

Buradaki illet tespitini farklı boyutlarda değerlendirmenin gereğine inanıyoruz. Acaba burada her dinden dönen mi öldürülecektir? Yoksa fesat oluşturup devletin kurulu düzenine başkaldıran mürtedler mi öldürülecektir? Ebu Hanife, bu konuda mürtedin siyaset-i şer'iye gereği öldürüleceğine kanidir⁴⁵⁰. Zira ona göre bunun vicdanî bir iş olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca Ebu Hanife'nin ifadesindeki "şer'î siyaset" ibaresi dikkat çekicidir. Zerka'nın, Alaaddin Trablusî'nin "Muinu'l-Hükkâm" isimli eserinden naklettiğine göre, "es-Siyasetu's-Şer'iyye" diye geçen ifadelerle istihsan ve maslahat kastedilmiştir. Bu tarihi yaklaşım bize, maslahat ve istihsan delilinin, hukuk siyaseti meselesiyle ilintili olduğunu göstermesi açısından önemlidir. Bir de bu durum, hukukun sosyolojik yürürlüğüyle de ilgilidir⁴⁵¹. Diğer taraftan kadınların öldürülüp-öldürülmeyeceğini tartışan İbn Hümam, bizzat fesat unsurunu ele almış, kamu düzenini bozmayı hedefleyen herkesin öldürüleceğini, kadın-erkek ayrımı yapılmayacağını belirtmiştir⁴⁵². Zemahşerî de konuyu aynı bağlamda ele alarak, öldürmenin illetini bizzat harp olarak bildirmiştir. Çünkü küfür, Allah hakkında bir cinayettir. Onun cezası, ahirete ertelenmiştir. Dünya ise ceza yeri değildir, imtihan yeridir. Bu yüzden dolayı ona göre öldürülemez. Şafiilere göre ise birinci hadis umum ifade ettiği için kadın ve erkek ikisi de öldürülür⁴⁵³.

Sonuç itibarıyla konunun iki boyutlu olarak ele alınmasından yanayız. Birinci durum, inanç hürriyeti açısından değerlendirilmeli. İnanç vicdanî bir mesele olduğundan dolayı, kişi eğer kendi vicdanî kanısıyla baş başa kalıp başkalarını etkileme yoluna gitmiyorsa ona telkinde bulunulabilir. İkinci durum ise, kamu düzeni açısından konuyu ele almalı, eğer dinden çıkan kişi etrafına insanları toplayıp propaganda yapıyor ve âme vicdanını zedeleyecek ve huzuru bozacak girişimlerde bulunuyorsa onun kadın veya erkek olduğunu tartışmadan cezalandırılması gereği düşünülebilir. Aksi halde her dinden dönen öldürülürse, hak ve batıllık iddiası din müntesibine göre değişir. Zaten batıl olduğuna inansa kişi, bulunduğu dinden ayrılır. Tabii ki bu samimi dindarın vasfıdır. Dolayısıyla Batıda İslam'ı seçenlere bir yaptırım uygulanmıyor. Öyleyse İslam'dan ayrılanlara böyle

⁴⁵⁰ Serahsî, Mebsut, XI, 110.

⁴⁵¹ Zerka, Mustafa Ahmet, el-İstislah ve'l-Mesalihi'l-Mürsele, Dimeşk, 1988, s. 60.

⁴⁵² İbn Hümam, Fethu'l-Kadir, IV, 389.

⁴⁵³ Zemahşerî, Carullah Eb'l-Kasım, Ruûsu'l-Mesâil, thk. Abdullah Nezir, Beyrut 1987, s.362. Ayrıca konuyla ilgili bilgi için bkz. Aktan, Hamza, "İslam Dininin Önemi ve İnanç Özgürlüğü" (Basılmamış Çalışma), Erzurum, 1996, s. 10.

bir yaptırım uygulanırsa, bu ilerisinde önlenemez problemleri doğuracaktır. Yapılması gereken, toplumun dinde sebatını sağlayacak olan kültürü ve şuuru vermektir.

Bu dördüncü kuraldan hareketle kıyasa uygun olan haberin, kıyasa muhalif olan habere tercih edileceğini de söyleyebiliriz. Zira hükümler genelde bir illete bina edilmişlerdir. Zann-ı galip ise tercih edilendir⁴⁵⁴.

Örneğin Hanefiler, zifafdan önce bir koca ölürse ve eşine de mehir belirlenmemişse, ona mehr-i mislin lazım geleceğini kabul etmişlerdir. İbn Mesud bu görüşü ileri sürmüş, sonra da Peygamber'in (s.a.v) hadisiyle uyum içerisinde olduğunu duyunca çok sevinmiştir. Çünkü yukarıdaki olayda Peygamber Ma'kil b. Sinan'ın bu olayında "kendi emsaline öngörülen mehrin verilmesi gerekir"⁴⁵⁵ şeklinde buyurmuştur. Kıyasa uygun olan yönü, mehrin sabit olmasında ölüm duhul gibidir. Zira her ikisi (ölüm ve duhul) de iddeti gerektirir. Şafiiler ise, mehrin kesinleşmesi için ileri sürülen şartların gerçekleşmediğini belirterek bu hadisle amel etmezler. Dolayısıyla onlara göre bir şey gerekmez⁴⁵⁶.

5- Haddin düşürülmesini öngören haberin, haddi gerekli gören habere tercih edilmesi.

Hanefiler ve Şafiiler, bu konuda hemfikirdirler. Bu konuyu, kolaylık ve zorluğun kaldırılması bağlamında ele almışlardır. Ayrıca nasslardan "Allah dinde sizin için hiçbir zorluk kılmadı"⁴⁵⁷ ayetiyle, (ادروا الحدود بالشبهات)"Hadleri şüphe ile düşürün"⁴⁵⁸ hadisini delil olarak kullanmışlardır. Bir de zararın bertaraf edilmesinin, İslam'ın genel esprisi olduğundan, hadlerin de birtakım zararları içerdiği göz önüne alınarak, şüpheli durumlarda tercihin, haddin düşürülmesi yönünde kullanılması düşünülmüştür.⁴⁵⁹ Kanaatimizce burada konu diğer nasslar yardımıyla çözülmüştür. Yani Kur'ân ve sünnetteki genel perspektif zaviyesinde değerlendirilerek sonuca ulaşılmıştır. Eğer kuraldan hareket edilseydi şöyle sonuçlanması gerekirdi: Haddi uygulamak yeni bir hükümdür, yani tesistir.

⁴⁵⁴ Bedran, s. 153.

⁴⁵⁵ Tirmizî, Nikah, 23.

⁴⁵⁶ Bedran, s. 154.

⁴⁵⁷ Hac 22/78.

⁴⁵⁸ Tirmizî, Hudud, 2; İbn Mâce, Hudud, 5.

⁴⁵⁹ Bedran, s. 154.

Kelam tesisle tekid arasında ise tesis tekide takdim edilir. Yani tercih edilir⁴⁶⁰. Dolayısıyla burada salt dil kuralının dışına çıkılarak, hukuksal yürürlük dikkate alınmıştır.

6- Genel hükmün (âmm), özel (hass) hükme tercihi.

Âmm haberle amel etmek ihtiyata uygun olduğundan dolayı, Hanefiler âmmın, hassa tercih edileceğini ileri sürmüşlerdir. Şafiiler ise, hassın delaletinin daha kat'i olduğunu ileri sürerek tercih edileceğini savunurlar. Oysa eğer lafızların delaletleri eşit değilse zaten tercihe gerek yoktur. Çünkü tearuz söz konusu değildir⁴⁶¹. Dolayısıyla Hanefilerin çoğunluğunun kabul ettiği görüşe göre âmm lafız da hass lafız gibi kat'iyet ifade eder. Tabii ki burada kat'iyetten maksat, tahsis ihtimalinin ortadan kalkması değildir. Sadece delilden ortaya çıkan bir tahsis ihtimalinin kalkması demektir. Yani âmmın delaleti, bir kısmı tahsis edilmediği zaman kat'idir. Eğer bir kısmı tahsis edilirse o zaman geri kalan kısmı zannî olur⁴⁶². Zikredilen durumlara uğramayan âmmın da hass gibi kat'ilik ifade ettiğine göre, âmm-hass arasında asıl Hanefilerin görüşüne göre tercihe gidilir. Çünkü tearuz vardır. Yalnız âmm lafız hass lafız içerdiğinden hareket edilirse, âmm lafızla amel etmiş olmak gerçekte hem daha kapsayıcı, hem de tercih açısından uygun olur, diyebiliriz⁴⁶³.

Diğer taraftan konuyu Şafiilerin, Maliklilerin ve Hanbelilerin, Hanefilerden Ebu Mansur Maturudî gibi bazı alimlerin âmmın fertlerine delaletinin zannî olduğu görüşü dikkate alınırsa⁴⁶⁴, hassın delaleti kat'i olduğundan o daha kuvvetli olacağı için onun tercih edilmesi uygun olacaktır. Bu durum, salt-hukukî görünse de teknik (nazarî) anlamda tercih konusuna girmemektedir. Çünkü tercihin olabilmesi için delaletlerinin de eşit seviyede olması gerekir. Burada sadece kuvvetli olan delille amel etme anlamı çıkarılabilir.

Bu konuyu teknik anlamda metinden kaynaklanan tercih sebepleri başlığı altında tekrar detaylı bir şekilde inceleyeceğiz⁴⁶⁵.

⁴⁶⁰ İbn Nüceym, s. 149.

⁴⁶¹ Bedran, s. 155.

⁴⁶² el-Hin, s. 204.

⁴⁶³ Bedran, s. 155.

⁴⁶⁴ el-Hin, s. 204.

⁴⁶⁵ Âmm ve hasla ilgili geniş bilgi için bkz. Koca, s. 31-54, 331-347.

Konuyu sünnetten bir örnekle temellendirebiliriz: Peygamberimiz namaz öğrettiği bir kişiye buyuruyor ki: “Tekbir al sonra Kur’ân’dan sana kolay geleni oku”⁴⁶⁶

Bu hadis-i şerif, âmmıdır. Başka bir hadisinde ise: “Fatihayı okumayanın namazı yoktur (hükümsüzdür)”⁴⁶⁷ buyurmaktadır. Hanefî kaynaklarda âmm olarak kullanılan hadisin anlamının yanında, “Kur’ân’dan kolay geleni okuyunuz”⁴⁶⁸ ayeti delil olarak kullanılmıştır. Şafiilerin burada delil getirdikleri ikinci hadis, haber-i ahaddir ve hâsıdır. Hanefilere göre, haber-i ahadla Kur’ân’a yapılan ziyade caiz değildir. Sadece amelde vücubiyet ifade eder⁴⁶⁹. Diğer taraftan namazda imama rekaatin rûkuunda yetişen kişi o rekaati idrak etmiş kabul edilir. Mezheplerin genel kanaati bu yöndedir. Kanaatimizce burada nassların yanında “ekserde küllün hükmü vardır” prensibi de işletilmektedir. Eğer namazın her rekatinde fatiha okumak farz olmuş olsaydı o zaman rûkuya yetişen kişinin o rekati iade etmesi gerekirdi. Dolayısıyla Hanefilerin görüşlerinin tercihe şayan olduğu anlaşılabilir. Ancak Hz. Peygamberin namazlarda Fatiha’yı terk ettiğine dair bir delile rastlayamıyoruz. Bu durum, peygamberin düzenli olarak Fatiha’yı okuduğu anlamına gelmektedir.

1.3.3. Peygamberin Sözleri ile Fiilleri Arasında Tercih

Hadislerin metin kritiği yapılırken dikkat edilmesi gereken hususlardan biri de Peygamberin (s.a.v) sözleri ile fiilleri arasında tercihin yapılmasıdır. Bazen tearuz eden hadislerin birinde peygamberin emir ve nehyi sözlü olarak varken, diğerinde peygamberin bir fiilî uygulaması veya takriri anlatılmaktadır. İşte bu durumlarda fiilin mi, yoksa kavlinin mi tercih edileceği tartışma konusudur. Bu duruma ilaveten peygamberin (s.a.v) fiillerinin belirleyici delil olma durumu, konuyu daha karmaşık hale getirmiştir. Zira peygamberin cibilli (insanî) vasfı sözlerinden ziyade fiillerinde ortaya çıkmaktadır. Çünkü o her şeyden önce bir insandır. Birtakım yapıp-etmeleri insanî boyutunu ön plana çıkarabilir. Ancak sözlerinde şarilik vasfının ön plandan olacağı muhakkaktır. Fakat bu genel durumun devamlı bir tearuzu doğuracağı söylenemez. Çünkü İslam hukukçuları

⁴⁶⁶ Müslim, Salat, 45; Ebu Davud, Salat, 145.

⁴⁶⁷ Tirmizî, Mevakıt, 69; Dârimî, Salat, 36.

⁴⁶⁸ Müzzemmil 73/20.

⁴⁶⁹ Mergînânî, I, 52. Konuyla ilgili mezhepler arası mukayese için bkz. İbn Rüşd, I, 98-100.

O'nun fiillerini genelde iki kısma⁴⁷⁰ ayırarak bu duruma işaret etmişlerdir. Örneğin İbnu's-Saati Peygamberin fiillerini, oturup kalkması gibi cibilli (insanî) olanlar ki bunlara tabii olmanın mubahlığında ittifak vardır. İkincisi ise peygamberin beyan görevini yaparken ortaya koyduğu fiiller ki bunların hükmünde ihtilaf vardır. Çünkü "mübeyyin mübeyyenin hükmünü alır"⁴⁷¹. Dolayısıyla bu fiillere tabi olmak, vacib, mendub ve mubah kısımlarına ayrılır. Bu anlamda peygambere uymak hususunda icmanın olduğu ve sahabenin de ittifak ettiği kaydedilmektedir. Buna teessi⁴⁷² ile ilgili ayetler⁴⁷³ delil olarak getirilmektedir⁴⁷⁴. Kısaca peygamber, Allah'ın insanlara uymasını emrettiği bir model olduğuna göre, onun fiillerini dikkatli incelemek gerekir.

Hiz. Peygamberin sözleriyle fiilleri arasındaki tearuzu giderme, müstakil çalışmayı gerektirecek kapsamlı bir konudur⁴⁷⁵. Şöyle ki, fiilin peygambere has olup-olmaması, ümmete ait olup-olmaması, tekrara ve teessiye delalet edip-etmemesi, tearuz eden söz ve fiillerin tarihlerinin bilinip-bilinmemesi gibi hususlar bu konu dahilinde değerlendirilmesi gerekir. Örneğin, eğer fiil sözden önce ise, tearuzunun varlığı kabul edilemez. Zira sonraki söz önceki fiille ilgili kabul edilemez, sadece cem'i mümkünse amel edilir. Eğer söz fiilden önce ise, fiilin sözü nesh edeceği kabul edilmektedir. Mesela 'yarın oruç vaciptir' dedikten sonra, ertesi gün iftar edilirse, bu durum neshi çağrıştırmaktadır, ve çoğunluğun kanaati de budur⁴⁷⁶.

Tabii ki, asıl tartışma konusu söz ve fiillerin sadır olduğu tarihlerin bilinmemesidir. Zaten tearuzdan bahsedilebilmesi için de tarihlerin meçhul olması gerekir. Bu durumda üç farklı görüle karşılaşmaktayız.

⁴⁷⁰ Şevkanî bu konuyu çok detaylı incelediğinden Peygamberin fiillerini yedi kısma ayırmıştır. Geniş bilgi için bkz. Şevkanî, İrşadu'l-Fuhul, s. 56-58.

⁴⁷¹ Şeltut-Says, s.37; el-Ceburî, s. 84.

⁴⁷² Teessi, Hiz. Peygamberin yaptığı, yaptığı sebep ve gaye ile onun gibi yapmaktır. İbnu's-Saati, Ahmed b. Ali, Nihayetu'l-Vusul ila İlmi'l-Usul (Bedi'u'n-Nizam), thk. Sa'd b. Garir, Mekke, 1418, I, 258. Hiz. Peygambere ittiba hususunda kullanılan teessi kavramı, daha ziyade model olma anlamını içermektedir. Tabii ki burada salt bir taklitten ziyade örnek alınan fiilin maksadını kavrama anlamı da bulunmaktadır. Bu konudaki kullanılan kavramların anlamı ve yorumu için bkz. Çelik, Ali, "Sünnete İttiba Konusunda Farklı Eğilimler", İsl. Ar., XII, s.1, 2000, s. 75-92.

⁴⁷³ Âl-i İmran 3/31; Araf 7/158; Nur 24/63; Ahzap 33/21; Haşr 59/7.

⁴⁷⁴ İbnu's-Saati, I, 256-59. Geniş bilgi için bkz. Berezencî, II, s. 203-205; Abdilber, M. Zeki, Takninu Usuli'l-Fikh, Kahire 1989, s. 52-54.

⁴⁷⁵ Şevkanî, tearuz eden fiil ve sözlerin çözümünü tam on dört başlık altında ele almıştır. Ancak bu konunun önceki hukukçular tarafından on iki, kırk sekiz ve altmış kısımdan oluştuğunu da nakletmiştir. Bilgi için bkz. Şevkanî, İrşadu'l-Fuhul, s. 62-64.

⁴⁷⁶ İbn Hümmam, Tahrir, III, 18-22; Şevkanî, İrşadu'l-Fuhul, s. 56-61; Bedran, s. 202.

Birinci görüşe göre söz fiile tercih edilir. Çünkü sözün delaleti fiilin delaletinden kuvvetlidir. Söz bizzat delalet için vaz edilir. Hukukun ilgilendiği alan da delalet-i vaz'ıyye-yi lafziyye bölümüdür. Bir de sözün delaleti daha genel olduğu gibi madum, makul, mevcut ve hissî olanları da kapsar. Fiil ise, sadece mevcut ve hissî olanı kapsar. Dolayısıyla madum ve makul olanın müşahedesine imkan yoktur. Bu yüzden sözün tercihi gerekir. Bir diğer husus ise sözün delaletinde ittifak var iken fiilin delaletinde ihtilaf vardır. Öyleyse ittifakın ihtilafı olana tercihi muhakkaktır deyebiliriz⁴⁷⁷.

İkinci görüş sahipleri ise fiilin söze tercih edileceğini ileri sürmüşlerdir. Fiil sözü açıklayıcı olduğundan dolayı onun tercih edilmesi gerekir. “Hac ibadetinizi benden alın”⁴⁷⁸, “Namazı benim kıldığım gibi kılın”⁴⁷⁹ hadislerini delil getirmektedirler. Ayrıca “Haber ayan olan gibi değildir” kodunu delil getirmektedirler⁴⁸⁰. Burada kullanılan deliller tartışmaya açıktır. Bir defa fiilin değerini ortaya koyan yine sözlü sünnettir. Kaldı ki, o konularda zaten mücmel olan ayetler mevcuttur. Dolayısıyla mübeyyin hukukî durumu mübeyyenden sonra gelir. Ayrıca bu konularda Peygamberin kavli sünneti daha çoktur.

Üçüncü görüş sahipleri ise tevakkufu (belirsizliğin devamını) ileri sürmüşlerdir. Onlara göre tercihi gerektirecek net bir emare ve karine olmadıkça sözle fiil arasında tercih yapılamaz. Yapılırsa delilsiz bir tercih olur ki, bu da makbul değildir⁴⁸¹.

Netice itibarıyla sözün delaletinin kuvvetliliği dikkate alınırsa onun tercih edilmesi gerekir. Ayrıca ümmet açısından söz ile amel fiilin gereğini iptal eder, konu sadece peygambere mahsus olarak kalır. Fakat fiil ile amelde bulunmak sözün gereğini bazı noktalardan iptal eder. Her noktadan iptal etmediği için sözün kuvvetliliği ortaya çıkmaktadır. Beyan açısından konuya bakarsak sözlü beyan fiilî beyandan daha çoktur. Bu da bir tercih sebebi sayılabilir. Diğer bir husus ise, sözün ümmete, fiilin peygambere mahsus olması daha büyük bir ihtimaldir. Öyleyse sözün fiile tercihi kuvvet kazanmaktadır diyebiliriz⁴⁸². Sonuçta tearuz eden hadislerin çözümünde peygamberin başka bir sözlü rivayetini esas alan hadis diğerine tercih edilmelidir. Eğer sözlü rivayet yoksa, o zaman

⁴⁷⁷ Bedran, s. 203.

⁴⁷⁸ Nesaî, Menasik, 220.

⁴⁷⁹ Buharî, Ezan, 18, Edeb, 27; Dârimî, Salat, 42.

⁴⁸⁰ Bedran, s.203.

⁴⁸¹ İbn Hümam, Tahrir, III, 18; Bedran, s.203; Berezencî, II, 203-205.

⁴⁸² İbn Hümam, a.e., III, 21; Bedran, s.203.

peygamberin fiilinin bitişik olduğu⁴⁸³ ve desteklediği tarafı tercih etmek uygun olacaktır, diyebiliriz. Örneğin peygamberimiz önce Safa ile Merve arasında sa'y yapmış, akabinde "Allah size sa'y yapmayı farz kıldı, sa'y yapın"⁴⁸⁴ buyurmuştur. İşte peygamberin bu buyruğu, "Hac Arafat'tır"⁴⁸⁵ sözüne tercih edilmiştir. Zira burada şöyle bir durum söz konusudur: Peygamberin fiilinin mukarin olan sözü öncekidir. İkinci sözü ise mücerred bir vücubiyetini haber vermektedir. Dolayısıyla birinci sözü tercih edilir⁴⁸⁶. Yani Şafii mezhebine göre sa'y yapmak da haccın farzlarındandır. Hanefi mezhebine göre ise sa'y, haccın vaciplerindendir. Bu ayrı bir tartışma konusudur⁴⁸⁷.

Hiz. Peygamberin takrirlerine gelince, bunlar sözlerinden ve fiillerinden sonra derecelendirilmektedir⁴⁸⁸. Zira takrirlerde peygamber bizzat rol almak yerine sadece onaylayıcı veya reddedici pozisyonndadır. Ayrıca her onayı müspet anlamda algılanamaz. Çünkü burada Hiz. Peygamber takrir ettiğı fiili işleyenin durumuna göre-müslim veya gayr-i müslim- tavrını ortaya koymaktadır. Abdilber, konuyu iki kısma ayırmaktadır. Birincisi; eylemi gerçekleştiren eğer Müslüman değilse peygamberin onayı, takrir sayılmaz ve o fiilin güzel olduğu anlamına gelmez. İkincisi, eylemi gerçekleştiren Müslüman ise, bu durumda Hiz. Peygamberin onayı takriri sünnet kabul edilebilir. O hadisenin de meşru ve güzel olduğu anlamına gelir⁴⁸⁹.

Sonuç itibariyle, Hiz. Peygamberin sözleri arasında tearuz –bize göre- ve tercih konusunun varlığı kabul edilirken, fiilleri ve takrirleri arasında da tearuzun olup-olmayacağı tartışma konusudur. Şevkanî gibi müellifler, fiillerin, değerlendirilecek sığaları bulunmadığından kolayı tearuzun olmayacağını ileri sürmüşlerdir. Takrir-i sünnette de aynı görüştedir⁴⁹⁰. İbn Hümam ise fiillerin arasında tearuzun olmayışını delaletlerinin açık olmayışına bağlamaktadır. Eğer peygamberin fiillerinde vücuba, nedbe, ibahaye ve tekerrür etme sebeplerine dair bir delil olursa o zaman tearuz edebileceğini ileri sürmüştür⁴⁹¹.

⁴⁸³ Cüveyni, İmamı'l-Haremeyn, el-Kâfiye fi'l-Cedel, thk. Halil Mansur, Beyrut 1999, s. 284.

⁴⁸⁴ Hakim, el-Müstedrek, IV, 70.

⁴⁸⁵ Ebu Davud, Menasik, 69.

⁴⁸⁶ Cüveyni, s. 284.

⁴⁸⁷ Geniş bilgi için bkz. Şeltut-Says, s. 31.

⁴⁸⁸ Şevkanî, İrşadu'l-Fuhul, s. 65.

⁴⁸⁹ Zeki Abdilberr, s. 54.

⁴⁹⁰ Şevkanî, a.e., s. 61, 65. Geniş bilgi için bkz. Bedran, s. 200-201.

⁴⁹¹ İbn Hümam, Tahrir, III, 18.

İbnu's-Saatî ise fiiller arasında tearuzun olamayacağı kanaatindedir⁴⁹². Buradan hareketle takrir-i sünnetle ilgili görüşlerini de aynı paralelde değerlendirebiliriz⁴⁹³. Biz de İbn Hümmam'ın görüşünün isabetli olduğu kanaatindeyiz. Zira peygamberin fiilleri beyan mevkiinde kabul edildiğinden, tefsir niteliğini taşımaktadır⁴⁹⁴. Dolayısıyla tarihleri bilinmediği sürece –söylediğimiz bağlamda- tearuz edebileceğine kanaat getirilebilir. Fakat takrirlerinin tearuz dışı değerlendirilmesi her halukârda uygun olacaktır. Çünkü takrirde sebebin hususiliği ön plana çıkabilir. Lafızların fiil ve takrirlere tercih edilmesini hem delalet açısından hem de şarilik vasfından hareketle lafızların teşri mahiyetle olacağı göz önüne alınırsa tercihte lafızların esas alınması daha kolay anlaşılabilir.

1.3.4. Peygamberin Prensip Kararları ile Olay Kararları Arasında Tercih

Hiz. Peygamberin kanun koyucu niteliği bakımından kararlarını ikiye ayırmak mümkündür. Şöyle ki: “Bir kanunun yorumu veya boşluğunun doldurulması yönünden bir özellik taşımayıp, ihtilafı, kanunun basit bir uygulaması ile çözen kararlara “olay kararları” denir⁴⁹⁵. İşte peygamberin bu nitelikte hükümlerinin bağlayıcılığı tartışmaya açıktır. Yani bu uygulama bağlayıcı olabileceği gibi, tedricî bir durumdan kaynaklanan uygulama ise bağlayıcı da olmayabilir. O zaman bu konuyla ilgili peygamberin diğer uygulamalarının tetkik edilmesi gerekecektir. Aksi takdirde peygamberin bu nevi “olay kararları”, “prensip kararları” dediğimiz “Bir kanun hükmünün yorumu veya kanun boşluğunun doldurulması açısından özellik taşıyan, bir prensibi ortaya koyan veya teyit eden kararlar”⁴⁹⁶la tearuz edebilir. Bu durum, bizi uzun uğraşlara itebileceği gibi, yanlış sonuçlara da götürebilir. Bu nedenle Hiz. Peygamberin bu nevi kararları arasında ayrımın yapılmasının zaruretine inanıyoruz. Medeni hukukta, “hakimlerin yararlanacakları kararlar prensip kararlarıdır”⁴⁹⁷ şeklindeki düşünce, bizim de dikkatimizi çekmelidir.

Netice itibariyle tearuzu gidermede Hiz. Peygamberin olay kararları ile, prensip niteliğindeki kararlarının ayrıştırılması ve tercihin prensip kararlarından yana kullanılması gereğine inanıyor ve savunuyoruz. Bu bağlamda Peygamberin sözlerinin fiillerine,

⁴⁹² İbnu's-Saatî, s. 263.

⁴⁹³ Geniş bilgi bkz. Berezençî, II, 205-208.

⁴⁹⁴ Zeki Abdilberr, s.53.

⁴⁹⁵ Oğuzman, s.74.

⁴⁹⁶ Oğuzman, s.74.

⁴⁹⁷ Oğuzman, s.74.

fiillerinin de takrirlerine takdim ve tercih edilmesini düşünüyörüz. Zira peygamberin fiil ve takrirlerinde “ölay karar” vasfı ağırlıkta iken, sözlerinde “prensip karar” vasfı ağır basmaktadır, diyebiliriz. Ancak çağdaş tefsir için söylenen bu şeylerin, Hz. Peygamber için birebir örtüşüğünü iddia etmek istemiyoruz.

Hatta sözleri arasında tercih yapılırken de Hz. Peygamberin hangi pozisyonda ve hangi şartlarda buyurduğunu incelememiz gerekir. Bütün bunları incelerken olaylar arasındaki bağlantılara ve konu bütünlüklerine de dikkat etmeliyiz.

Bu yüzden ki Gazzali, mücessime ve müşebbihe fırkalarına sapanların sapma sebepleri arasında onların sünneti anlayamadıklarını ve konuların bağlamını yanlış değerlendirdiklerini belirtmiştir. Gazzali, bunun nedenini ise “toplama yolu ile tasarruf” ve “parçalama yoluyla tasarruf” diye iki bölümde incelemiştir⁴⁹⁸. Öyleyse peygamberin hangi şartlarda ve hangi amaçla buyurduğunu tespit etmek, tearuzun giderilmesinde en büyük katkıyı sağlayacaktır. Bu yüzden siyer eksenli çalışmalara ağırlık verilmesi ve hadislerin vürud sebeplerinin iyice incelenmesi gereğini düşünüyörüz. Aksi halde yapılan gelişigüzel değerlendirmeler önü alınmaz ihtilaflara götürecektir.

2. Metindeki Lafızlardan Kaynaklanan Tercih Sebepleri

Fıkıh usulünde “el-kavaidü’l-usuliyyetu’l-luğaviyye”⁴⁹⁹ veya “turuku’l-istinbat”⁵⁰⁰ diye bilinen lafız bölümü, tearuz ve tercihin cereyan ettiğı en geniş alandır. Bu yüzden hükmün yer aldığı lafızları incelemek gerekmektedir. Fıkıh usulünü dört bölümde mütalaa edersek, elfaz bölümü bütün bölümlerin esası olmasının yanında, kendisi de usul kitaplarında müstakil bir başlık olarak ele alınmıştır. Bu yapı İslam hukukunun ilahî bir kaynağı dayanasının tabii bir sonucudur. Nitekim Huderî de konuyu, “lafızlardan hükümlerin çıkarılma keyfiyeti” başlığıyla, dört kısma ayırdığı usul eserinin ikinci kısmı olarak ele almıştır⁵⁰¹.

⁴⁹⁸ Geniş bilgi için bkz. Gazalî, Ebu Hamid, Mecmuatu’r-Resail (İlcamu’l-Avam an İlmi’l-Kelam), Beyrut 1987, s. 81-83, 97-98.

⁴⁹⁹ Hallaf, s. 162.

⁵⁰⁰ Zeydan, s. 275 vd., Şelebî, Usul, s. 366 vd.

⁵⁰¹ Huderî, s. 113 vd.

Klasik usul eserlerimizde fıkıh usulü, genelde aslî deliller esas alınarak bir taksimat yapılmıştır. Örneğin Neseffî meşhur usul metni olan “Menaru’l-Envar”ı kitap, sünnet, icma ve kıyas diye dört bölüme ayırmış, lafızlarla ilgili kaideleri kitapla ilgili bölümde zikretmiştir. Şerhinde de aynı üslubu takip etmiştir⁵⁰². Neseffî’nin metnine şerh yazan İbn Melek, Haskeffî gibi müellifler de aynı metodu takip etmişlerdir. Neseffî’nin metnin muhtasarına şerh yazan Kasım b. Kutluboğa ise usul-ü fıkıh, “usulü’s-şerr” ve “el-Meşruât” diye iki kısma ayırmış, lafız bölümünü birinci kısımda kitapla ilgili bölümde işlemiştir⁵⁰³.

Klasik usul eserlerinin fihristlerini incelediğimizde çeşitli taksimlerle karşılaşırız. Klasik metodolojide bir konunun yazılışı ile ilgili, genelde şöyle bir sıralama yapılmıştır. *Tarif, taksim, tahkik*⁵⁰⁴. Gerçekten de bu sistem, usul eserlerinin hemen hepsinde takip edilmiştir. Müçtehitlerin tarifleri, metodolojilerinin bir göstergesi kabul edilirse, usul eserlerindeki taksimatın mahiyeti daha rahat kavranabilir. Örneğin Alaüddin Semerkandî eserini, hükümlerin beyanı, kendisiyle hükümlerin bilindiği şeyin beyanı, tearuz ve mükellefin ehliyeti şeklinde dörtlü bir taksimat yapmış, bunun ikinci bölümünde kitapla ilgili başlığın altında elfaz bölümünü incelemiştir⁵⁰⁵.

Netice itibariyle İslam hukuku ilahî kaynağa istinat ettiğinden dolayı hükümlerin çıkarılmasında lafız bölümü en teferruatlı bir şekilde ele alınmıştır. Bu durum, klasik usul eserlerinde açıkça görülmektedir. Mevcut eserlerin en önemlilerinden olan Mir’âtu’l-Usul’de müellif kitabını temelde “el-maksadu’l-evvel fi’l-edille” ve “el-maksadu’s-sani fi’l-ahkam” diye ikiye ayırmış, birinci bölümde kitaptan bahsederken lafız bölümünü kitabının yarısına yakın olarak işlemiştir⁵⁰⁶. Bu eserin modern anlamda yeni bir versiyonu sayılan Şakiru’l-Hanbeli de aynı paralelde konuları dile getirirken biraz daha basitleştirmiş ve sistemleştirmeye çalışmıştır⁵⁰⁷. Sava Paşa da elfaz kısmının teşri usulünün en güç, en ince, en yorucu bir bahsi olduğunu, fakat tatbikî neticeleri bakımından da çok verimli bulunduğunu söylemektedir⁵⁰⁸.

⁵⁰² Neseffî, I, 22 vd.

⁵⁰³ Kutluboğa, Muhtasaru’l-Menar, s. 37, 110.

⁵⁰⁴ Kâtib el-Kazvinî, Necmüddin, Şerhu’s-Şemsiyye, Daru’l-İhya, tsz., s. 170.

⁵⁰⁵ Semerkandî, s. 77 vd.

⁵⁰⁶ Molla Hüsrev, s. 19 vd.

⁵⁰⁷ Şakiru’l-hanbelî, s. 53 vd.

⁵⁰⁸ Sava Paşa, II, 85-86.

Bu lafız bölümü daha ziyade mevcut hükümlerin uygulanış tarzıyla ilgilidir. Dolayısıyla hukukuçunun, takdir yetkisini kullanması burada etkili olacaktır. Çünkü elfaz bölümünde hükmün inşasının yanında mevcut hükümler arasında tearuz edenlerden birini tercih etmek söz konusudur.

İşte bu durumu biz modern hukuktaki örtülü (gizli) kanun boşluğuna (Verdeckte Lücken) benzetebiliriz. Çünkü uygulanabilir hükümler mevcut olmasına rağmen, tearuz etmelerinden dolayı âdeta bir nevi hükümsüzlükle karşılaşmış gibidir.

Örtülü kanun boşluğundan genelde üç şekilde bahsedilmektedir:

a) Kanunda bir hüküm bulunmasına rağmen, hükmün lafzı ile ruhunun bağdaştırılması mümkün olmayan hallerde,

b) Kanundaki mevcut hükmün lafzı ve ruhu itibariyle tespit edilen anlamda uygulanmasının dürüstlük kuralıyla çatıştığı haller ile bir hakkın kötüye kullanılması sayılacağı hallerde,

c) Kanundaki mevcut hükmün aynı değerdeki başka bir hükümle çatıştığı (tearuz) hallerde de kanunda uygulanabilir hüküm bulunmadığı sonucuna varılır⁵⁰⁹. Bu durum İslam hukukunda, “eşit seviyede tearuz eden deliller düşer” (tesakut) şeklinde ifade edilmiştir⁵¹⁰. Ancak genellikle delillerden birinin tercih yöntemi uygulanarak hükme medar olması asıl amaç olarak görülmektedir. Dolayısıyla bu nevi bir boşluğu gerçek olmayan bir boşluk olarak ifade etmek daha da uygun olabilir. Zira meseleye “hukukî hiçbir cevap bulunamıyorsa “gerçek”, tatmin edici bir cevap bulunamıyorsa “gerçek olmayan” bir boşluktan” söz edilir⁵¹¹.

Biz çalışmamızın bu başlığı ile akabindeki başlığın altında yukarıda belirttiğimiz “c” maddesindeki durumu ele alacağız. Haricî sebeplerle tercih, başlığında ise “a” ve “b” maddelerindeki mantaliteyi değerlendireceğiz.

⁵⁰⁹ Oğuzman, s. 62. Örneğin MK, md. 454, ölen bir kimsenin cenaze masraflarının terekeden karşılanacağını belirtmekte, fakat tereke bu masrafı karşılayacak durumda değilse, cenaze masraflarının nasıl karşılanacağı hususunda kanunda bir hükme rastlanmamaktadır. Halbuki bu hususun hukuken bir çözüme bağlanması ihtiyacı açıktır.

⁵¹⁰ Bedran, s. 75.

⁵¹¹ Oğuzman, s. 63.

2.1. Vaz Olduğu Mana Bakımından Lafızlar Arasında Tercih

Tearuz konusu, doğrudan İslam hukukunun yürürlük problemiyle ilgilidir. Ortaya konan hukuk normları yasama gücü tarafından tercih edilen üstün bir iradeyi ifade etmektedir. İslam hukuk nazariyatında üstün irade iki anlamda ele alınabilir. Birincisi, el-hakim, yani şari anlamında, ikincisi ise şari tarafından konulan nassların ve modellerin yorumlarını yapan müçtehitler anlamındadır. Bu nedenle yürürlük problemini, yani tercihi belirlemekle mükellef olan hukukçulardır. Zira tercih bir yöntem dahilinde yapılmalıdır. Aksi halde sınırsız ve indi birtakım yorumlarla karşılaşılır ki, bu da hukukî düzeni inşa etmekle kendini ifade eden hukuk yerine, hukukdışılığı çağırır.

Müçtehitler metodolojilerini, lafızların anlaşılması ve hâdiselerin hukukî yorumu üzerine bina etmişlerdir. Ayrıca hüküm (mana), sözden çıktığına göre söz anlama delalet ettiği gibi davranışlar ve simgeler de (bayrak gibi) bir anlama delalet eder. İşte bu bölümde lafızların hukukî tercihlerdeki etkinlikleri ve yorumları incelenecektir. Hukuksal ifadeleri veya insani söylemleri genel olarak, âmm-has (genel-özel) ve mutlak-mukayyed (salt/kayıtsız-sıfatlı/kayıtlı) şeklinde bir ayırıma tabi tutabiliriz.

2.1.1. Âmm İle Has Arasında Tercih

Âmm kelimesi, sözlükte; içine almak, kapsamak, kaplamak, şamil olmak ve yaymak anlamına gelir⁵¹². Taftazanî, bir lafzın müsemmalarına (fertlerine) fazlasıyla delalet etmesi şeklinde tanımlamıştır⁵¹³.

Âmm lafzını⁵¹⁴, hukuki bir terim olarak Semerkandî şöyle tanımlamıştır: “Âmm, lüğaten konulduğu mana bağlamında eşit olarak bütün fertlerini kapsayan lafza denir”⁵¹⁵. Günümüz hukukçularından Lamişî, aynı tanıma “konulduğu ‘hususî’ mana” kısmını ilave

⁵¹² Cevherî, es-Sihâh, V, 1993; Fiyruzabadî, s. 1473; Tahanevî, Keşşafu Istilahati'l-Fünun, II, 1068; Pezdevî, I, 32; Serahsî, Usul, I, 125; Neseî, Keşfü'l-Esrar, I, 159; Erdoğan, s. 15; Devâlibî, s. 123.

⁵¹³ Taftazanî, Sadü'd-Din, Risaletü'l-Hudud, thk. A. F. Ebu Gudde, Daru'l-Kitab, tsz. s. 9.

⁵¹⁴ Âmm lafızlar ve çeşitleri için bkz. Dureynî, s. 504-530; Zeki Abdilber, s. 150-159; Devalibî, s. 124-132; Türkçe umum ifade eden lafızlar için bkz. Berkî, Hukuk Mantığı, s. 33-35.

⁵¹⁵ Semerkandî, s. 258.

etmiştir⁵¹⁶. Serahsî, âmmı, “lafzen veya manen bütün müsemme-yatı içerisine alan her lafız” şeklinde tanımlamıştır⁵¹⁷.

Sonuç olarak, âmm lafızlarda fertlerin taaddüt ettiğini ve anlamın herhangi bir ferde hasredilmeyip şümül ve ihata yoluyla bütün fertleri içerdiğini söyleyebiliriz⁵¹⁸.

Has kelimesi sözlükte, tek kalmak, ayrılmak, birini diğerinden üstün tutmak, bir nesnede bulunup ona ait olmak diğerlerinde bulunmamak, tek başına yapmak, özel olmak gibi anlamlara gelir⁵¹⁹.

Hukuk ıstılahında has lafzını Pezdevî, “tek başına ve iştirak olmadan tek bir anlam için konulan her lafız ve tek başına belirli fertler için vaz olunmuş her isim” şeklinde tanımlamıştır⁵²⁰. Serahsî, hassı “tek bir anlam için yalnızca kendisinin tayin ve tahsis edilmiş olduğu her lafızdır”⁵²¹ diye tarif eder. Buna göre ihata ve istiğrak anlamı olmayan her kelimenin has olabileceğini söyleyebiliriz. Çünkü has lafızların manaya delaleti teker teker fertlerde gerçekleşmesiyle şümül mülâhazası bulunmamaktadır. Bu yüzdendir ki, fiil ve harfler has lafızlardan sayılır. Zira harfler fiillere taalluk etmeleri bakımından farklı anlamlara gelirken, fiillerde uygulandıkları nesneler üzerinde farklı mahiyet arzederler. Örneğin, X fiili A üzerinde farklı, B üzerinde farklı mahiyeti haizdir⁵²².

Her iki terimin hukukî anlamında kullanılan “bir anlam için” konulma kaydı dikkat çekmektedir. Zira durum, bu terimlerin soyut alemle, somut alemi kapsadığı anlamını çağrıştırır. Hatta buradan hareketle bazı kelimelerin karşılığı olmadığı halde onları biz âmm ve has olarak kabul edebiliriz. Örneğin reşit lafzı has ifadedir⁵²³. Ancak hariçte bunun bir mevcudiyeti yoktur. Baba, kardeş lafızları da birer âmm lafızlardır. Bunların da karşılığı bir nesne yoktur.

⁵¹⁶ Lamişî, s. 116.

⁵¹⁷ Serahsî, Usul, I, 125.

⁵¹⁸ krş. Berkî, Hukuk Mantığı, s. 32; İslam hukukçuları tarafından yapılan âmm’ın tarifleri ve değerlendirmesi için bkz. Zeki Abdilber, s. 147-150.

⁵¹⁹ Cevherî, Sıhah, III, 1037; İbn Manzur, VII, 24; Fıruzabadi, s. 796; Erdoğan, s. 142; Devalibî, s. 123.

⁵²⁰ Pezdevî, I, 30-33. Has lafızların mahiyeti ve özellikleri için bkz. Berkî, a.e., s. 14-15.

⁵²¹ Serahsî, a.e., I, 125.

⁵²² Berkî, a.e., s. 15.

⁵²³ Mümeyyiz olan reşit medeni haklarını istimale salahiyattardır. Bu cümlede her reşit manası kastedilmeyip bu sıfatı haiz herhangi bir şahsın avarizden kat’ı nazarla medeni haklarını kullanma yeteneğinde olduğunu ifade eder. Berkî, a.e., s. 14.

Âmm ve Hassın Delaleti: Âmm'ın delaleti, tahsise uğrayıp uğramaması açısından ele alınmıştır. Tahsise uğramış âmmın delaletinin zannî olacağı konusunda hukukçuların ittifak halinde olduğu bildirilirken, tahsise uğramamış âmmın delaleti hususunda hukukçular genelde iki kısma ayrılmıştır. Hanefilere göre böyle bir âmmın ferlerine delaleti hassın delaleti gibi katidir. Şafii, Maliki ve Hanbeli usulcülerle Hanefilerden bazılarına göre ise böylesi âmmın hem tahsisten önce hem de tahsisten sonra delaleti zannîdir⁵²⁴.

Hallaf, âmm ve hassın delaleti konusunda mezheplerin tartışmalarının ve görüş ayrılıklarının ameli yönden pek faydalı olmadıklarını şöyle açıklamaktadır: Âmm tahsis edildiğine dair delil bulununcaya kadar, âmm ile amel etmenin gerektiği (vücubiyeti) hususunda ihtilafın olmadığı ve âmmın bir delille tahsis ihtimalinin muhtemel olup, delilsiz tahsisin ise makbul bir tevil olmadığı mezheplerin ittifak ettiği bilinmektedir. Hanefiler, âmmın tahsis edildiğine dair delil bulunmadığı sürece delaletinin umum üzere kat'i olduğunu ileri sürerken, mutlaka tahsise ihtimali olmayan bir kat'i anlamında söylememişlerdir. Onlar ancak delil ile tahsis edilebileceğini murat etmişlerdir.

Cumhur ise, âmm lafzın delaletinin zannî olduğunu söylerken, kesinlikle tahsis edileceğini murat etmemişlerdir. Onlar da âmmın ancak delille tahsis edileceğini vurgulamak istemişlerdir. Tahsis konusunda müstakil çalışması bulunan Ferhat Koca, tahsis edilmemiş âmmın delaleti ile ilgili Hanefilerle cumhurun görüşleri arasında zıtlıktan ziyade paralelliğin olduğunu savunurken⁵²⁵, Hallaf'ın görüşüne meylettiği anlaşılmaktadır⁵²⁶.

Ancak konu esas itibarıyla ele alındığında bir defa Hanefiler, genel prensip olarak âmmın kat'iliğini kabullenirken, cumhur, âmmın zannîliğini benimsemektedir. Hatta onların “ما من عام الا وقد خص من البعض” “hiçbir âmm yoktur ki, bir kısmı tahsis edilmiş olmasın”⁵²⁷ ifadesi, görüşlerinde ne derece iddialı olduklarını ve âmmın mutlaka tahsis edilmiş olabileceğini kabul ettiklerini göstermektedir. Bu durum, aslında bu iki görüşün birbirine paralellikten ziyade zıtlık olduğunu göstermektedir. Nitekim ameli anlamda da

⁵²⁴ Pezdevî, I, 291; Serahsî, a.e., I, 132; Semerkandî, s. 279-280; Taftazanî, Telvih, I, 75-76; Devalibî, s. 132; Hallaf, s. 217-218; Zeki Abdilberr, s. 160.

⁵²⁵ Koca, s. 95.

⁵²⁶ Hallaf, s. 218-219.

⁵²⁷ Hallaf, s. 217.

mezheplerin temel ayrılış noktasını oluşturan bu konudur. Çünkü tercih konusunun temeli âmm ve has ifadelerin tearuz edip etmemesine dayanmaktadır. Cumhur âmmın delaletinin zannî, hasın ise katî olacağını vurgulayarak, tearuzun olamayacağını benimsemiştir. Hanefiler âmm ile hassın tearuzunu benimsediğinden âmmle hassın hangisinin tercih edileceği sahasında geniş bir anlam alanı oluşturmuşlardır. Çünkü Hanefilere göre lafız bir anlam için vaz edildiğinde, aksine delil bulunmadıkça bu anlam o lafzın ayrılmaz bir parçasıdır. Âmm lafızda bilginlerin ekserisine göre “umum” için konmuş bir lafız olduğuna göre o anlamda kullanılması esastır. Dolayısıyla âmmın katılığı ile hasın katılığı arasında bir fark yoktur. Bu yüzden tearuz etmeleri caizdir⁵²⁸.

Şatibî konuyu daha geniş bir perspektiften ele almıştır: Ona göre Kur’ân’daki delillerin çoğu umum ifadelerle buyurulmuştur. Eğer bunların tahsis edildiği kabul edilirse İslam hukukunun kaygan bir zemine taşınacağını, dolayısıyla nassların delil değeri hakkında birtakım tereddütlere mahal olacağını vurgulamıştır. Bu durum Kur’ân’ın külli oluşuna ve hükümlerin genel veçhesine de aykırıdır. Çünkü bu takdirde o’nun hükümleri bağlayıcılıktan öte gelişigüzel uyulan birtakım tavsiye kararları niteliğine bürünür. Bu yapı ne Kur’ân ile ne de öz konuşan (cevamiu’l-kelim) peygamberin ifadeleri ile uyuşur. Kaldı ki, selef alimleri bu konuda umumî ifadelerin kesinliği yönünde fikir beyan etmişlerdir⁵²⁹.

Kur’ân’daki ifadelerin çoğunluğunun hass olduğunu ileri sürmek günümüzde savunulan tarihsellik⁵³⁰ anlayışına da ciddi bir kaynak sağlayabilir. Nitekim Kur’ân hükümlerin buyurulduğu döneme ait yani tarihsel olduğunu ileri sürenler de zımnen nassların umumî değil, hususî olduğunu vurgulamaya çalışmaktadır. Zira bu düşüncede olanlar, nassların iniş sebeplerini ileri sürerek o günkü olaylarla kayıtlı olduklarını vurgulamaya gayret göstermektedirler. Oysa Kur’ân’da bir iki istisna hariç ne zaman kaydına ne de birebir olaya yer verilmiştir. İstisnaî olan durumlar incelendiğinde, sebebin hususiliğine rağmen, hükmün umumilik ifade ettiği ve toplumsal bir durumu ilgilendirdiği açıkça anlaşılmaktadır. Zira nasslar bu durumlara en azından ya ibareten veya işareten delalet etmektedir.

⁵²⁸ Hallaf, s. 217-218.

⁵²⁹ Şatibî, III, 152 vd.

⁵³⁰ Burada tarihselliği, bir şeyi geçmiş zamanda kullanıp, o zamanda kalan, geçerliliğinin zamanla kayıtlı olduğunu ifade eden anlamında kullanıyoruz.

Diğer taraftan Maruf ed-Devalibî İslam hukukunda âmm hakkındaki bu iki nazariyenin son derece her iki görüş açısından da büyük bir tesire sahip olduğunu ifade etmektedir. İctihadî hükümlerde temel ihtilafın bu esaslara dayandığını ve her iki tarafın da temel nazariyelerini yine bu esaslar bağlamında oluşturduğunu vurgulamıştır. Ayrıca içtihadî hükümlerin esasını oluşturan bu nazariyeler ışığında hükümler oluşturulurken şahsî istekler, heva ve heveslerin etkili olamayacağını da belirtmiştir⁵³¹.

Bu tespit dikkate değerdir. Çünkü İslam hukukunun en ayırıcı vasfı olan ilahi metne istinadı, ancak elfazla ilgili konulan kaideler yardımıyla yapılan istinbatî hükümlerde kendini göstermektedir. Yoksa fer'î delillerde bu özellik her zaman bulunmayabilir.

Konuyu şu açıdan da ele alabiliriz: Âmm ve has olan nassları incelediğimizde bu nassların birer hükme delalet ettikleri açıktır. Eğer tearuz var ise âmm nassın altında, has nasstaki özel hüküm de bulunabilir. Bunun için nassların âmm ve haslığından ziyade delalet ettikleri hükümlere bakarak tearuzu bu açıdan ele alıp tercih prensiplerini ona göre uygulamamız da mümkündür. Bu bağlamda âmmın katîliğini ifade etmek daha da isabetli görünmektedir. İşte bu noktada âmm ve hasın tearuzuna kesin gözüyle bakılabileceğinden tercih yöntemleri gündeme gelmektedir.

Âmmın delaletinin zannî olduğunu savunan cumhura göre tearuz olduğunda, has tercih edilir. Çünkü hassın delaleti katîdir⁵³². Aslında buna tearuz dememek daha uygundur. Çünkü delaletleri eşit değildir. Dolayısıyla hasla amel tayin olunduğundan, hasın takdimi vaciptir, âmm da bu esasa göre tefsir edilmelidir⁵³³.

Hanefilere göre âmm ile hassın her ikisi de kat'î olduğundan, sureten görülen ihtilaf tearuz olarak kabul edilir. Âmm ve hassın nüzul ve vürud tarihlerine bakılır. Eğer tarihleri malum ise, has ya âmma mukarin veya âmmdan muahhar veya âmmdan mukaddemdir. Bu üç halin her birisi için ayrı ayrı hükümler terettüp etmektedir.

Bir diğer konu ise tearuzun sadece âmm ile has arasında değil, âmm ile âmm arasında, has ile has arasında da vaki olduğudur. Fakat biz çalışmamızda daha ziyade âmm ile has arasındaki tearuzu çözmeye çalışacağız. Çünkü diğerlerinde, tercihi yapmamıza

⁵³¹ Devalibî, s. 132.

⁵³² Devalibî, s. 135.

⁵³³ Düreynî, s. 553; Zeki Abdilberr, s. 179.

yardımcı bir karine veya hukukî gerekçe yoksa tercih yapılamayacağı dolayısıyla tesakut prensibi uygulanarak ya tevakkuf edilecektir veya hukukî boşluk başka bir yorum şekliyle giderilecektir.

Günümüz hukuk metodolojisi, “aynı konu alanını düzenleyen eşdeğer ancak bağdaşmayan iki normun yürürlükte bulunması halinde, yargıcın kendisi için aynı derecede bağlayıcı olan bu iki kuralı aynı anda uygulamasının olanaksız olması yanında bunlardan birini diğerine tercih etme hakkı ve yetkisi de yoktur ve olmamalıdır. Önerilen alternatif çözüm ise birbiriyle bağdaşmayan iki hükmün birbirini yok ettiğini kabul etmek ve gerçek bir kanun boşluğu varmış gibi MK. md. 1’e dayanarak yeni bir kural koymaktır”⁵³⁴ görüşüyle İslam hukukuna paralellik göstermiştir. Ayrıca “iki normun çatışmasında birinin diğerine tercihi uygun olmadığında bunun bir yasa boşluğu sebebi olduğu unutulmamalıdır”⁵³⁵ görüşüyle de konu gayet geniş bir yorum alanına taşınmakta, hatta mantıkta üçüncü halin imkansızlığının mutlak bir mantık yasası olamayacağı fikrini dillendiren bazı modern mantıkçılardan hareketle, hükümlerde öncelik-sonralık ilişkisine bakmadan da normlardan birinin diğerine tercih edileceği fikri savunulmaktadır⁵³⁶. Bu mantalite, hukuku keyfiliklere itebileceğinden ciddi bir problem doğurabilir.

Cumhur, âmm ile hassın tearuzunü kabul etmemekle delillerden sadece biriyle amel etmiş olurken, Hanefiler tearuzu kabul etmekle bir anlamda iki delille amel etmiş olurlar. Bu da “iki delille amel etmenin bir delille amel edip, diğerini terk etmekten daha evla olduğu”⁵³⁷ kuralına uygundur.

Şimdi âmm ile hassın üç halini değerlendirmeye alabiliriz.

Birinci hal: Eğer âmm ile hassın (nüzul veya vürud) zamanları birbirinden ayrı değilse (mukarin ise) has, âmmı tahsis eder⁵³⁸. Örneğin “içinizden kim o aya erişirse

⁵³⁴ Karayalçın, Hukukta Öğretim-Kaynaklar-Metot, s. 140; Işıktaç-Metin, s. 262.

⁵³⁵ Işıktaç -Metin, s. 262.

⁵³⁶ Işıktaç-Metin, s.262.

⁵³⁷ Zeki Abdilberr, s. 180.

⁵³⁸ Muhassısın müstakil olup olmaması açısından birtakım çeşitleri vardır. Şöyle ki eğer muhassıs müstakil olursa, âmm ile muttasıl olabildiği gibi âmmıdan ayrı da olabilir. Akıl ve örf de âmmı tahsis edici olabilir. Eğer muhassıs müstakil olmaz ise (munfasıl) bu da istisna, sıfat, şart, gaye gibi birtakım muhassıslarla âmm tahsis edilir. Bunlarla ilgili örnekleri teferruatlı olarak vermeyeceğiz. Geniş bilgi için bkz. Zeydan, s. 311-318. Hanefilere göre tahsis, müstakil ve âmma mukarin bir delil ile, âmmın kapsamına giren bazı fertlerin kasedilmiş olması halinden ibarettir. Kısaca Hanefilere göre âmmın muhassısları şu üç şeyden ibarettir:

orucunu tutsun, ⁵³⁹فمن شهد منكم الشهر فليصمه, âyeti umumidir. Burada o aya ulaşan herkesin oruç tutmasının farziyeti anlaşılır. Fakat bu umumilik kendinden sonraki, kendine muttasıl müstakil bir kelim ile, hasta ve yolcu olmayanlarla tahsis edilmiştir. Çünkü yukarıdaki âyetin hemen sonrasında “ومن كان مريضاً أو على سفر فعدة من أيام أخر”, kim de hasta olur, yahut yolcu olursa, o halde başka günlerde oruç tutamadığı günler sayısınca orucunu kaza etsin” buyrulmaktadır⁵⁴⁰. Neticede Ramazan ayına her ulaşana orucun farz olduğu anlaşılır. Ancak hasta ve yolcu olanların, tanınan ruhsat gereği bu kapsamın, yani nassın umumiiliğinin dışında olduğu anlaşılır⁵⁴¹.

İkinci hal: Eğer nasslardan has olanın zamanı (nüzul veya vürud açısından) âmm dan sonraysa, has, âmmı bazı fertlerinde nesh eder. Örneğin âmm olan âyet-i kerimeye nazaran kocası vefat eden bir kadının –hamile olsun olması– dört ay on gün iddet beklemesi gerekir⁵⁴². Bu âyet-i kerimeden sonra nazil olan başka bir ayette ise, hamile olan bir kadının iddeti hamlini vaz etmekle sonuçlanır hükmü vardır⁵⁴³. İşte has olan ve nüzul tarihi muahhar olan bu ikinci âyet, âmm olan birinci âyetin hükmünü hamile olan kadınlar hakkında nesh etmiştir⁵⁴⁴. Bu kısmî nesh bazen tahsis ile karıştırılabilir. Âmidî bunların farkını on madde olarak zikrederken⁵⁴⁵ Şevkanî bu farkları yirmi madde altında toplamıştır⁵⁴⁶. Tahsis ile nesh⁵⁴⁷ arasındaki farklar mezheplerin metodolojileriyle ilgili bir konudur, bunun sadece lafzî birtakım farklılıklardan ibaret algılanması, metodolojik derinlikten uzaktır⁵⁴⁸. Fakat zikri geçen iki âyetin ayrı ayrı durumları düzenlediği kabul edilirse, diğer hukukî yorumlara gerek kalmayacağı kanaatindeyiz.

Akıl, örf-âdet, âmma mukarin nass. Bu yapı İslam hukukunun dinamizmini de gösterir mahiyettedir. Bkz. Şaban, s. 300.

⁵³⁹ Bakara 2/185.

⁵⁴⁰ Bakara 2/185.

⁵⁴¹ Dureynî, s. 561; Zeydan, s. 311.

⁵⁴² Bakara 2/234.

⁵⁴³ Talak 65/4.

⁵⁴⁴ Bilmen, I, 72.

⁵⁴⁵ Âmidî, III, 124-125.

⁵⁴⁶ Şevkanî, İrşadu'l-Fuhul, s. 213-213.

⁵⁴⁷ Neshin tanımı ve mahiyeti için bkz. Ömerî, Nadiye Şerif, en-Neshu fi Dirasati'l-Usuliyyin, Beyrut 1985, s. 17-54.

⁵⁴⁸ Genel olarak nesh ile tahsisin farkını şöyle özetleyebiliriz: Nesh, önceden sabit olan hükmün kaldırılması, tahsis ise âmm lafızdan maksadın ne olduğunu beyandır. Tahsiste umumdan kasdedilen, neshde ise mensuh ile kasdedilmiş olan şey açıklanmaktadır. Tahsis delilleri cumhura göre âmm dan önce veya sonra gelebilir. Hanefilere göre ise âmma mukarin olması gerekir. Nesh delilin ise, mensuhdan sonra gelmesinde ittifak vardır. Tahsis âmmın fertlerinin bir kısmı için söz konusu iken, neshde genel hüküm başta bütün fertler ile ilgilidir. Sonra nasih delilinin gelmesiyle bazı fertlerine nisbetle bu hüküm ortadan kalkar ve âmmın hükmün diğer fertlerle sınırlı olarak kalır. Usulcülerin çoğuna göre tahsis hem hükümlerde hem de haberlerde caiz iken, nesh sadece hükümlerde caizdir. Tahsis hem şer'î delillerle hem de akıl, örf ve birtakım karinelerle

Bu ikinci halin tersi olan, âmm olan delilin, has olan delilden sonra gelmesi halinde de hassın hükmünün nesh olacağı Hanefilerce benimsenmiştir. Çünkü onlara göre âmmın hükmü de hassın hükmü gibi kat'îdir. Dolayısıyla, bir dönem develerin süt ve idrarlarından tedavi için bir topluluğa izin verilmişken⁵⁴⁹ daha sonra, kabir azabının sebeplerinden sayılan idrardan sakındırılmak istenmiştir. “استنزهوا عن البول, idrardan sakınınız”⁵⁵⁰ âmm hadis-i şerifiyle önceki müsaade hükmü nesh edilmiştir. Artık idrarla tedavi olunamayacağı anlaşılmıştır⁵⁵¹.

Üçüncü hal: Eğer has ile âmmın (nüzul ve vürud) zamanları meçhul ise, tercih kaidelerine başvurularak, tercihe şayan olanı alınır, diğeri terk edilir. Tercih kurallarıyla da konuyu çözemiyorsak o zaman “تعارضنا تساقطاً, tearuz ettiler ve hükümden düştüler” prensibi uygulanarak, tearuz eden âmm ve has deliller terk edilerek başka bir delil aranır. Çünkü iki eşit delil arasında delilsiz tercih yapılamaz. Bu durumda özellikle beraat-i asliyye prensibine dönüş savunulmuştur⁵⁵². Bu durum hukukçunun yeniden hüküm arayacağını ve bu arayışında da ibahe-yi asliyeden hareketle kanun vazı gibi hareket edeceğine işaret olabilir. Medeni kanunun birinci maddesinde zikrolunan hüküm bu bağlamdadır. Yani hukukçu önüne gelen problemi çözmekle mükelleftir, hükümden imtina hakkı yoktur. “Kanun sözüyle (lafziyle) ve özüyle (ruhuyla) değiştiği bütün konularda uygulanır. Konunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir”⁵⁵³. Bu maddede zikrolunan örf ve âdet hukukuna müracaatın büyük bir önemi vardır. Aslında Mecelle, hakimin, mahkemeye arzedilen davayı, “ahkam-ı meşruasına tevfi kan hall u fasl”⁵⁵⁴ etmesi gereğini maddeleştirmiştir. Mecelledeki bu genel ifade, kanundaki

yapılırken, nesh sadece şarinin bir söz veya hitabıyla gerçekleşir. Haber-i vahidle –Hanefilerin ihtilafıyla birlikte- tahsis caiz iken, nesh caiz değildir. Ayrıca kıyasla tahsis caiz iken, nesh caiz değildir. Tahsisten sonra âmm lafzın geride kalan fertlerine hakikat veya mecaz yoluyla delaleti devam ettiğinden, tahsise uğrayan âmm lafızla gelecekte amel edilebilir nitekiğe iken, neshde, neshedilen şeyin gelecek zamanda geçerliliği ortadan kalkmıştır. Bir de tahsiste evvel emirde mütekellimin iradesini beyan var iken, neshde mütekellimin yerleşmiş iradesini tağyir vardır. Geniş bilgi için bkz. Pezdevî, I 291 vd.; Serahsî, II, 66,84; Cüveyni, el-Burhan, II, 257; Âmidî, III, 124-125; Şevkanî, s. 213-215; Devalibî, s. 176-177; Şelebî, Usul, s. 537; Ömerî, s. 523-556. Ayrıca tahsisin; nesh, istisna, takyid ve hasr ile aralarındaki fertler için bkz. Koca, s. 121-135; Ömerî, s. 523-568.

⁵⁴⁹ Buharî, Vudu, 66; Ebu Davud, Hudud, 3; Tirmizî, Taharet, 55.

⁵⁵⁰ Darekutnî, Ali b. Ömer, Sünenü Darekutnî, thk. Mahmut Abadi, Beyrut, 1986, I, 128. Zeylaî, I, 128, 212.

⁵⁵¹ Abdulaziz Buharî, I, 291; Şakiru'l-hanbelî, s. 117; Bilmen, I, 72; Koca, s. 342.

⁵⁵² Şirazî, el-Luma', s. 36; Bedran, s. 75; Hafnavî, s. 189; Dureynî, s. 562.

⁵⁵³ Medeni Kanunun birinci maddesinin geniş izahı için bkz. Akıntürk, Turgut, Medeni Hukuk, İstanbul 2003, s. 65-75.

⁵⁵⁴ Mecelle, md. 1785.

boşlukların doldurulmasında hakimın yetkili olduğunu gösterir. Bu bir anlamda yorum yöntemleriyle somut olayın çöümünün zorunlu olduğu anlamına da hamledilebilir. Diğer taraftan verilecek hükmün hukuka uygunluğuna da işaret edilerek hakimın dikkatli davranması, hata yapmaması gereği de vurgulanmıştır. Aksi takdirde sonuçtan sorumlu tutulacağı anlaşılmaktadır⁵⁵⁵.

Metodolojik esaslara istinat eden âmm ile hassın tearuzu, hukukun fer'î meselelerinde büyük ihtilaflara neden olmaktadır. Cumhur ile Hanefiler arasındaki ihtilafları şöyle örneklendirebiliriz: Hz. Peygamber “Göğün suladığında onda bir, kova veya dolaplarla sulananlarda yirmide bir (zekat) verilir”⁵⁵⁶ buyurmaktadır. Bu hadis, yerden çıkan toprak mahsüllerinin azlığına veya çokluğuna bakılmaksızın öşür (onda bir, yirmide bir) verileceğine delalet etmektedir. Diğer bir hadiste ise “Beş vesekten⁵⁵⁷ az olan üründe zekat yoktur”⁵⁵⁸ denilmektedir. Hanefilerden Ebu Yusuf ve İmam Muhammed'in de katıldığı cumhur, bu konuda ikinci hadisle amel etmiştir. Zira onlara göre ikinci hadisin delaleti kat'îdir. Çünkü hastır. Birinci hadis, âmm olduğu için delaleti zannîdir. Bu yüzden de aralarında tearuz yoktur, tahsis vardır. İkinciyle amel zorunludur. Bu değerlendirme ile fakihlerin çoğunluğu, beş vesekten az olan toprak mahsullerinde zekat vermenin farz olmadığı görüşüne varmışlardır⁵⁵⁹.

Hanefiler ise âmmın da has gibi delaleti kat'î olduğunu söyleyerek, bu hadislerin vürud zamanları bilinmediğinden tearuz ettiklerini kabul ederler. Yükümlülük (vücup) hususunda da ihtiyatlı davranmanın bir tercih sebebi olacağından hareketle birinci hadisle amel ederler. Sonuç olarak toprak mahsüllerinin azından da çoğundan da zekat verileceğini söylerler. Bu yaklaşımda, fakirlerin ihtiyacının giderildiği ve kamu yararının gözetildiği fikri de bulunmaktadır⁵⁶⁰.

⁵⁵⁵ Ali Haydar, IV, 657-658.

⁵⁵⁶ Buharî, Zekat, 55; Müslim, Zekat, 8; Ebu Davud, Zekat, 5; Tirmizî, Zekat, 14.

⁵⁵⁷ Vesk: Bir vesk 60 sa'dır. 1 sa' ise örfî dirheme göre 3,333 kg. veya küsursuz 3 kg'dır. Dolayısıyla 5 vesk, 1 ton kadardır. bkz. Bilmen, İslam İlmihali, s. 363. 1 sa' şer'î dirheme göre 2,917 kg olarak kabul edilir. Buna göre 875 kg eder. Yusuf Karadavi ise, 653 kg olduğunu söylemektedir. Karadavi, Yusuf, Fıkhu'z-Zekat, Beyrut, 1986, I, 374-376.

⁵⁵⁸ Buharî, Zekat, 4, 32, Müsakat, 17; Müslim, Zekat, 1, 3-4; Ebu Davud, 2; Tirmizî, Zekat, 7.

⁵⁵⁹ İbn Rüşd, Bidayetü'l-Müçtehid, I, 242-244; İbn Kudame, el-Muğni, III, 535-538; Şevkanî, Neylü'l-Evtar, IV, 159; Şakiru'l-hanbelî, s. 118.

⁵⁶⁰ Pezdevî, I, 292; İbn Hümmam, Fethu'l-Kadir, II, 242-243; Dureynî, s. 563; Şirazî, s. 35.

Diğer taraftan Ebu Hanife, beş vesekten az üründe zekatın olmayacağını belirten hadisi, ticaret mallarına ait olarak kabul etmiştir. Nitekim o dönemde Arapların hadiste geçtiği gibi vesekle alım-satım yaptıkları ve beş vesekin de 200 dirhem kıymetini haiz olduğu bilinmektedir⁵⁶¹. Ebu Hanife'nin bu değerlendirmesi, ticarî muamelelerdeki riskin daha fazla olması nedeniyle uygun görülmektedir. Özellikle günümüz dünyasındaki spekülâtif hareketler ticarî muameleleri ciddi şekilde tehdit etmektedir.

Ebu Hanife ile İmameynin ihtilaf etmelerinin temelinde metodolojik bir yaklaşımın yattığı kanaatindeyiz. Zira Ebu Hanife öşrü, gelir getiren arazinin bir geliri olarak kabul ettiğinden yerden çıkana itibar etmiş, azlığını veya çokluğunu tartışmamıştır. Haraç gibi telakki etmiş, yerden ne kadar çıkarsa onu nema olarak almış ve haraç gibi öşrün de alınmasını savunmuştur⁵⁶². İmameyn ise, mali bir hak olarak benimsediklerinden, zekatta olduğu gibi bir nisaba itibar edilmesinin gereğini ileri sürmüşler ve bu yüzden de has olan hadisteki “beş vesek”i nisap olarak kabul etmişlerdir⁵⁶³.

Tearuz eden delillerde hukukçular, konuyu başka açılardan da değerlendirme eğiliminde bulunmuşlardır. Bu bir anlamda somut olayı çözmede onların, çeşitli prensiplerden yararlandıklarını da göstermektedir. Burada Ebu Hanife'nin baştan itibaren âmm ve hasla ilgili koyduğu yöntemi temellendirme çerçevesinde çeşitli yorumlara başvurulduğunu da söyleyebiliriz. Nitekim “Ey iman edenler, kazandıklarınızın iyilerinden ve rızık olarak yerden size çıkardıklarımızdan harcayın (infak edin)”⁵⁶⁴ ve “hasat günü (devşirilip toplandığında) hakkını (zekat ve sadakasını, öşrü) verin”⁵⁶⁵ âyet-i kerimeleri âmm olarak gelmiştir. Kanaatimizce Ebu Hanife tearuz halindeki hadisleri çözümlerken hem tercih yöntemine uymuş hem de hadislerin tearuzunu, Kur'ân'daki âmm ifadelerin yardımıyla çözmeye çalışmıştır. Bu bir anlamda Kur'ân'a uygun olanın da tercihi olarak kabul edilebilir.

Ayrıca âmm hadisin daha meşhur ve muttefekun aleyh olduğu da söylenmektedir⁵⁶⁶. Bu da tercih etmeyi gerektiren en önemli nedenlerden birisidir.

⁵⁶¹ Serahsî, Mebsut, II, 4.

⁵⁶² Serahsî, a.e., II, 3.

⁵⁶³ Serahsî, a.e., II, 4.

⁵⁶⁴ Bakara 2/267.

⁵⁶⁵ En'am 6/141.

⁵⁶⁶ Abdulaziz Buhârî, I, 292; Zeydan, s. 321.

Konuyla ilgili ikinci bir örnekte, ağaçtaki hurmanın tahmini satışıyla (araya)⁵⁶⁷ ilgilidir. Akit nazariyesinde müsavat en önemli hususlardan birisidir. Bedellerden birindeki karşılıksız fazlalık faiz (riba) muamelesini doğuracağından, hukukçular akitlerde müsavat fikrini savunmuşlardır. Bu yüzden tahmini satışlar, İslam hukuk nazariyatında genel prensip olarak iyi karşılanmamış ve tahmini satış şekilleri olan, müzabene⁵⁶⁸ ve muhakale⁵⁶⁹ akitlerine izin verilmemiştir⁵⁷⁰. Fakat, fakirler ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla, peygamberimize gelerek zaman zaman paralarının olmadığını, bu yüzden de yaş hurmayı ancak kuru hurma vererek alabileceklerini bildirmeleri üzerine peygamberimiz ariyye satışına izin vermiştir⁵⁷¹. Kamil Miras, bu akdin (bey'in) karşılığını, "azıklık bey'i" olarak tespit etmiştir⁵⁷². Bu tespiti katılıyoruz. Zira normalde faizin cereyan edeceği bir hususta peygamberimiz bir ruhsat olarak bunu bildirmiş olabilir⁵⁷³. Zaten bu akdin cevazı için İslam hukukçuları tarafından beş tane temel şart koşulmuştur. Özellikle İbn Kudame bu şartları değerlendirirken mezheplerin temel ihtilaf noktalarını da tahlili bir şekilde ele almıştır. Bu şartlar sırasıyla şunlardır:

1. Tahmini yapılacak satım beş vesekten az olacaktır⁵⁷⁴.
2. Alıcı yaş hurmayı almaya muhtaç olacaktır. Zengin alması caiz değildir.
3. Alıcının parasının olmaması gerekir.
4. Alıcı yaş hurmayı tahminen alırken vereceği kuru hurmanın keylini (ölçüsünü) belirtecektir.
5. Kabzın akit meclisinde gerçekleşmesi lazımdır⁵⁷⁵.

⁵⁶⁷ Araya, ariyye'nin çoğulu, belli bir miktar kuru hurmanın tahminen aynı miktardaki taze hurmayla değiştirilmesidir. Ünal, Halit, "Araya", DİA, III, 337. Araya hadisi için bkz. Buhârî, Büyü, 82-84, Müsakat, 17; Müslim, Büyü, 59, 61-62; Ebu Davud, Büyü, 19-22; Malik b. Enes, Büyü, 14.

⁵⁶⁸ Müzabene; yaş hurmayı (ağacında) ölçekle (tahmin ederek) kuru hurma ile satmaktır. Veya kuru üzümü yaş üzümle (yine böyle tahmini) ölçekle satmaktır. Müzabene denince genelde üzümün tahmini satışı anlaşılır. İbn Kudame, el-Muğni, V, 468; Miras, VI, 482.

⁵⁶⁹ Muhakale; başaktaki buğdayı, hazır buğday ile tahmini satmaktır. İbn Kudame, el-Muğni, V, 467.

⁵⁷⁰ Konula ilgili hadisler ve yorumu için bkz. Miras, VI, 482-485, 492-495.

⁵⁷¹ Miras, VI, 484.

⁵⁷² Miras, VI, 495.

⁵⁷³ Malik b. Enes, Büyü, 14.

⁵⁷⁴ Bu şart hadiste geçmiştir. bkz. Malik b. Enes, Büyü, 14.

⁵⁷⁵ Bu şartlarla ilgili hadislerin ve hukukçuların yorumları için bkz. İbn Kudame, el-Muğni, I, 468-472.

Serahsî Mebsut'ta, ariyye işleminin ihtiyaca binaen meşru oluşunu bildirdikten sonra delillerinin "hurma hurma, ile ölçekle (keylen bi keylin) satılır"⁵⁷⁶ âmm hadisi olduğunu söyler. Ayrıca bu hadisin âmm ve müttfekun aleyh olması sebebiyle hass hadise tercih edileceğini vurgulamıştır. O, ayrıca "Peygamber, müzabene ve muhakaleyi yasaklamıştır. Çünkü bunlarda da tahmini satım söz konusudur. Ariyyeye gelince onda ruhsat vardır. Zaten ariyye atıyyedir (hibe, azıklık için vardır) yoksa akit değildir"⁵⁷⁷ diyerek konuya açıklık getirmiştir.

Baberti de, ariyye ile ilgili şu açıklamayı yapmıştır: Peygamberin "arâyâ" için izin verdiğini kabul ediyoruz. Bu konuda çok hadis olduğu için kabul etmemek imkansızdır. Fakat o, söylendiği anlamda (satım) hakikat değildir. Bilakis araya'nın sözlükteki anlamına uygun olarak o bağıştır. Olay şöyle açıklanır: Bir adam bahçesindeki bir ağacın meyvesini başkasına bağışlar, sonra bağış yapılan adamın her gün taze hurma almak için bahçeye gelmesi ona ağır gelir. Çünkü bahçede ailesi vardır. Diğer taraftan sözünden dönüp hibeden vazgeçmesi de kendine ağır gelmektedir. Dolayısıyla kendisinden zararı gidermek ve sözünden de dönmüş olmamak için yaptığı bağış yerine o adama tahmini bir miktar da toplanmış hurma verir. Bunu kabul ederiz. Çünkü bağış yapılan ağaç, bağış yapanın milkiye dahil olduğu sürece, bağış yapılan kişinin milki olamaz. Ona verilen hurma yapılan asıl bağışın karşılığı olmayıp yeni bir bağış olur ve mecaz olarak satış diye isimlendirilir. Çünkü verilen ikinci hurma şekil olarak, sözünden dönmüş olmamak için bağış yapanın ona verdiği bir bedeldir. Bu bedelin beş vesekten az olmasında da ittifak vardır⁵⁷⁸. Baberti, bu açıklamayı Serahsî'nin anlatımının bir açılımı olarak yapmıştır diyebiliriz. Çünkü aynı örneklendirme özetle Serahsî'de geçmektedir⁵⁷⁹. Aynı paralelde bir açıklama da Kasanî tarafından yapılmıştır⁵⁸⁰.

Tahavî, araya'nın Şafii ve Ahmet b. Hanbel'e göre beş vesekten az olmak kaydıyla satım akdi olduğunu, İmam Malik'e göre ise tahminen yapılan bir satım akdi olmadığını kaydeder. Dolayısıyla Malikilerin, Hanefilerin hibe görüşüne yaklaştıkları söylenebilir. Evzaî ise araya'yı fakirlere yapılan bir ikram olarak değerlendirmektedir. Diğer taraftan

⁵⁷⁶ Malik b. Enes, Büyü, 20,21.

⁵⁷⁷ Serahsî, Mebsut, XII, 2170-2171.

⁵⁷⁸ Baberti, el-İnaye, (Fethu'l-Kadir ile birlikte) VI, 415-416. Geniş bilgi ve yorum için bkz. İbn Hümmam, Fethu'l-Kadir, VI, 415-416; Aynî, el-Binaye, VII, 322-323.

⁵⁷⁹ Serahsî, Mebsut, XII, 2171.

⁵⁸⁰ Kasanî, Alaüddin Ebi Bekr b. Mes'ud, Bedaiu's-Sanâi' fi Tertibi's-Şerâi', Beyrut, 1974, V, 194.

Tahavî, hadislerin değerlendirmesinde arayanın hibe anlamında kullanıldığına işaret etmekte hatta sadaka ve vasiyetle yakın anlamda kullanıldığına da dikkat çekmektedir⁵⁸¹. Tahavî'nin bu son tespitleri, Ebu Hanife'nin görüşünü destekler mahiyettedir. Zira vasiyet ve sadakada karşılıksız mal edinme söz konusudur. Dalayısıyla arayayı akit kabul etmektense, bu nevi bir muamele kabul etmek daha uygun olacaktır. Evzaî'nin yukarıdaki değerlendirmesi de bunları destekler niteliktedir, diyebiliriz.

Ayrıca yukarıda belirttiğimiz gibi, müzabene ve muhakale akitlerine izin verilmezken, araya'ya izin verilmesi bu akdin bir ihtiyaca binaen geçerli olduğu anlamına gelebilir. Fakat Ebu Hanife'nin araya'nın lügat anlamından (hibe) hareket etmesi bizleri düşündürmektedir. Çünkü faizin cereyan ettiği mallarda ihtiyaca binaen akde müsaade edilseydi, müzabeneye de izin verilmesi gerekirdi. Çünkü onda da hurmanın hurmayla değiştirilmesi söz konusudur⁵⁸². Öyleyse kural olarak akde ruhsat verilmemiştir. Araya işlemi, satım akdi olarak telakki edilemez, onun lügat anlamında olduğu gibi hibe olarak kabul edilmesi daha uygundur. Eğer ihtiyaca binaen faizin cereyan edeceği akitlere izin verilirse, bu önlenmesi zor olan birtakım problemleri ve tartışmaları doğurur. Fakat İbn Kayyım; araya işlemine riba'l-fadl (fazlalık faiz) olmasına rağmen ihtiyaca binaen izin verildiğini ileri sürmüştür⁵⁸³. Yalnız Peygamberin araya muamelesini beş vesekle sınırlamış olması⁵⁸⁴ her iki görüş sahibine de delil teşkil edebilir. Cumhur bunu bir satış olarak kabul ediyor ve görüşlerini şöyle açıklıyor. "Çünkü peygamber izin vermiş ve sınırını belirlemiştir. Dolayısıyla nass ile birlikte kıyasa gidilemez ve araya akdine nass ile ruhsat verilmiştir. Ruhsat ise, haramlık sebebi mevcut iken mahzurun mübahlığını talep etmektir. Eğer sebebin (haramlığın) yokluğuyla, mübahlığı talep edersek bu durumda bizim için ruhsat söz konusu olamaz. Öyleyse haramlık sebebi mevcut olmakla birlikte bize ruhsat verilmiş ve bu akit geçerli kılınmıştır⁵⁸⁵. Bize göre Ebu Hanife burada hem âmm hadisi tercih etmiştir hem de beş vesekle sınırlandırmayı akit olarak değil de hibe olarak yorumlamıştır. Çünkü hem isim ona daha uygundur hem de satım akdinde peygamberin böyle bir sınırlamada bulunduğu vaki değildir. Fakat O, bazen bağış

⁵⁸¹ Geniş bilgi için bkz. Tahavî, Muhtasar, III, 120-124.

⁵⁸² Malik b. Enes, Büyü, 23.

⁵⁸³ İbnu'l- Kayyım, II, 107.

⁵⁸⁴ Malik b. Enes, Büyü, 14.

⁵⁸⁵ Bilgi için bkz. İbnu'l- Kayyım, II, 107-109; Senhurî, Abdurrezzak, Masadiru'l-Hakk fi'l-Fikhi'l-İslamî, Beyrut, 1998, III, 209-212.

yapanların bağışlarını sınırlamıştır. Örneğin, mirasta “üçte bir, o da çoktur”⁵⁸⁶ kaydı önemlidir.

Kanaatimizce Ebu Hanife araya akdini faizli muamele olur korkusuyla, hibeyle tevil etmiş değildir. Çünkü kendi öğrencileri ve diğer mezhep müçtehitleri (İ. Mailk, İ. Şafii, İ. Ahmet b. Hanbel) yaş hurmayla kuru hurmanın eşit ölçüde tartılarak satılmasını kabul etmezler. Zira Peygamberimize bu akit sorulunca, buyurmuş ki; “(yaş hurma) kuruyunca hafifler mi?” Sahabe “Evet” cevabını verince Peygamberimiz “o zaman olmaz”⁵⁸⁷ buyurmuştur.

Ebu Hanife ise şöyle cevap verir: Yaş hurma da hurmadır (er-rutebu temrun). Çünkü Peygamber Efendimiz’e (Hayber’den) yaş hurma hediye edilince; “Hayber’in bütün hurmaları (temr) böyle midir?”⁵⁸⁸ buyurarak yaş hurmayı (ruteb) kuru hurma (temr) ile aynı cins kabul etmiş, dolayısıyla hurmayı misliyle satmanın caiz olduğunu bildirmiştir. Yok eğer siz yaş hurmayı (ruteb), kuru hurmadan (temr) farklı bir şey kabul ediyorsanız o zaman da Peygamberimizin “Eğer çeşitleri farklı ise istediğiniz gibi satın”⁵⁸⁹ hadisine göre bu satış yine caiz olur⁵⁹⁰.

Eğer Ebu Hanife araya muamelesini yaş hurmayla kuru hurmanın değiştirilmesi şeklinde algılasaydı itiraz etmezdi. Çünkü o bu şekildeki bir akdi, diğer bütün hukukçuların hilafına kabul etmemektedir⁵⁹¹. O, meseleyi şu iki açıdan ele almıştır: *Birincisi*; ileride zikredeceğimiz tercih yöntemini uygulayarak araya işlemini hibeyle tevil etmenin uygun olacağını düşünmüştür. *İkincisi*, birçok hukukçunun da kabul ettiği gibi, o dönemde mevcut olan bir nevi uygulamayı dikkate alarak örfle amel etmiştir. Diğer bir ifadeyle maslahat nedeniyle örfleşen bir realiteyi tercihte esas almıştır.

⁵⁸⁶ İbn Mâce, Vesaya, 5.

⁵⁸⁷ Ebu Davud, Büyü, 18; Tirmizî, Büyü, 14.

⁵⁸⁸ Nisaburî, Hakim, el-Müstedrek, II, 45; Zeylei, IV, 79.

⁵⁸⁹ Müslim, Müsakat, 15.

⁵⁹⁰ Merginanî, Hidaye, III, 71.

⁵⁹¹ Ebu Hanife’nin görüşü ve ilgili hadislerin kritiği için bkz. Aynî, VII, 482-484.

2.1.2. Müşterek Lafızda Tercih

Müşterek: Vaz olduğu anlam bakımından lafızlar sayılırken, müşterek lafız da, has ve âmmdan sonra üçüncü olarak zikredilmektedir⁵⁹². Müşterek, her biri ayrı vaz ile olmak üzere birden fazla anlama sahip olan kelimelere denir⁵⁹³. İki veya daha fazla farklı anlam için konulan lafız olarak da tanımlanmıştır⁵⁹⁴.

Bu iki tanımdan hareketle müşterekin tercih konusuyla olan ilişkisini sadece kendi bağlamında değerlendirmemiz gerekir. Bu duruma müşterekin oluşum sürecide etki etmektedir. Zira müşterek, ya Arap kabilelerindeki farklılıklardan, ya bir lafzın iki mana arasında ortak bir mana için konmuş olmasından, ya bir lafzın önce bir anlam için konması, daha sonra aynı lafız bir “alaka”ya binaen mecaz yoluyla başka bir anlamda kullanılmasından veya lafzın sözlükte bir mana için kullanılmasından sonra ıstılahta farklı bir manaya kullanılması nedeniyle oluşur⁵⁹⁵. İşte müşterek lafzın içerdiği bu anlamlardan hangisine hasredileceği tercihin konusudur. Şafii ve ona tabi olan bazı usulcüler, bir nasstaki müşterek lafız ile onun içerdiği bütün manalarının kasdedilmesi mümkündür. Olumlu veya olumsuz olması da dikkate alınmamaktadır. Dolayısıyla müşterek lafız ifade ettiği anlamları kapsamı açısından âmîm lafız gibidir⁵⁹⁶. Bu durum “*umumu’l-müşterek*” olarak usulcüler arasında şayi olmuştur. Şafii ve birtakım usulcülerin savundukları bu görüşe karşılık, Hanefiler ve usul bilginlerinin çoğunluğu, müşterek lafzın ister olumlu ister olumsuz bir ifade içinde olsun içerdiği anlamlardan her birinin kasdedilmiş olmasını kabul etmezler. Çünkü müşterek lafzın ifade ettiği manalar tek bir vaz ile konmamış, bu yüzden de müşterek lafız ile onun bütün manalarının kasdedilmiş olması vaz özelliğine aykırı düşer. Vaz’a muhalefet ise caiz değildir. Bu yüzden de müşterek, âmîm lafızdan farklıdır. Çünkü müşterek, içerdiği anlamlara bedel tarikiye delalet ederken, âmmda şümûl tarikiye delalet söz konusudur⁵⁹⁷. Üçüncü bir görüş sahipleri de müşterekin menfi ifadelerde kullanılmasında umum kasdedileceğini söylemişlerdir⁵⁹⁸.

⁵⁹² Şaşî, s. 24; Şelebî, Usul, s. 434.

⁵⁹³ Pezdevî, I, 38.

⁵⁹⁴ Şaşî, s. 24.

⁵⁹⁵ Zeydan, s. 326-327.

⁵⁹⁶ Gazalî, II, 71; Semerkandî, s. 338-345; Abudulaziz Buharî, I, 40.

⁵⁹⁷ Zeydan, s. 329; Şaban, s. 308; Koca, s. 76-77.

⁵⁹⁸ Zeydan, s. 330.

Müşterekin hükmü ve tercihle alakasına gelince; lafızlarda aslolan müşterek olmamasıdır. Bu yüzden bir lafzın müşterek olma veya olmama ihtimali varsa, müşterek olmama ihtimali asla binaen tercih edilir. Ayrıca lugavî bir mana ile şer'î ve ıstilahî bir mana arasında müştereklik varsa, şer'î ve ıstilahî anlamın tercih edileceği kabul edilir. Son bir husus ise, lafız eğer iki veya daha fazla lugavî manalar arasında müşterekse, bir delile istinat edilerek bu manalardan birisi tercih edilecektir. Eğer tercihe gidecek bir emare yoksa tevakkuf mu edileceği veya müşterekin umumiliğiyle mi hareket edileceği tartışma konusu olmuştur⁵⁹⁹.

Netice itibariyle müşterekin tearuz eden anlamlarından hangisiyle amel edileceği konusu, her bir mananın ayrı vaz' ile konulduğu dikkate alınarak, birkaç mananın birden dikkate alınmasından ziyade, manalardan birinin tercih edileceği genel kabul görmüştür. Yapılacak tercih işleminde karine ve emare denen kavramların kullanıldığı manaları belirleyen kriterlerin yardımıyla, müşterekteki bir anlamın tercih edilmesi gereği anlaşılmaktadır. Aksi takdirde mücmelin hükmü cereyan edecektir. İleride bu konu ayrıca ele alınacaktır.

2.1.2. Mutlak İle Mukayyet Arasında Tercih

Mutlak, sözlükte kayıt (sıfat), şart ve istisnası olmayan, bir şeye bağlı bulunmayan anlamına gelir⁶⁰⁰. Mukayyet ise, yukarıdaki üç şeyden birisini bulunduran lafza denir⁶⁰¹. Ragıp Isfahani hükümlerdeki mutlakı, istisnası olmayan anlamında değerlendirerek, mutlakın sözlük anlamıyla birlikte ıstilahî anlamını vurgulamak istemiştir⁶⁰².

Hukuk ıstilahında mutlak; kendi cinsinde şümulsüz ve tayinsiz şüyu bulmuş lafızdır⁶⁰³. Mukayyet ise, herhangi bir sebepten (sıfat vb.) dolayı şayi (yaygın) olmanın dışına çıkan lafızdır⁶⁰⁴. Bu tanımlardan anlaşılmaktadır ki, mutlak herhangi bir lafzî kayıtlı kayıtlanmaksızın gayr-i muayyen fert veya fertlere delalet eden lafızdır. Kitap, öğrenci ve köle lafızları böyledir. Mukayyet ise bir vasıfla kayıtlı olarak gayr-i muayyen fert veya

⁵⁹⁹ Hallaf, s. 181; Zeydan, s. 327-328; Şaban, s. 307-38. Örnekler için zikredilen yerlere bakılabilir. Serahsî, I, 162; Abdulaziz Buharî, II, 33.

⁶⁰⁰ Fıyruzabadî, s. 1176; Ebu'l-Beka, s. 848; Erdoğan, s. 355.

⁶⁰¹ Ebu'l-Beka, s. 848; Erdoğan, s. 328.

⁶⁰² Râgıp el-İsfahânî, s. 306.

⁶⁰³ Molla Hüsrev, s. 152; Şakiru'l-hanbelî, s. 102; Berkî, Hukuk Mantığı, s. 18.

⁶⁰⁴ Molla Hüsrev, s. 152; Şakiru'l-hanbelî, s. 103.

fertlere delalet eden lafızdır. Ciltli kitap, çalışkan öğrenci, müslüman köle lafızları böyledir.

Hanefilere göre hassın kısımlarından sayılan mutlak ve mukayyedin⁶⁰⁵ hükmü; eğer mutlak olan lafız başka bir nassta mukayyet olarak gelmemişse, mutlak durumuna riayet edilir. Aksi halde mukayyet durumu dikkate alınarak onunla amel edilir. Bu kaydın kaldırıldığına dair delil bulununcaya kadar mukayyetle amel edilmelidir⁶⁰⁶.

İslam hukuk metodolojisinde mukayyedin her zaman mutlakı takyit ettiği de söylenemez. Mesela, “وَرَبَائِكُمُ الَّتِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ”, “ve kendileriyle zifafa girdiğiniz kadınlardan olma, evlerinizde bulunan üvey kızlarınız (ile evlenmek size haram kılındı)⁶⁰⁷” ayetindeki “فِي حُجُورِكُمْ” kaydı, *kayd-ı ittifak*idir. Yani o günkü genel teamüle işaret etmek içindir. Yoksa haramlığın sebebi sadece kadınla berber gelen kıza ait değildir. Nikah akdinden sonra fiili birleşmenin akabinde ister kadının beraberindeki kızı olsun, ister yanında olmayan kızı olusun, bunların her ikisi de haramdır. Dolayısıyla buradaki kayıt, *kayd-ı ittifak*idir. Yani sosyal vakıaya işaeret etmek, onu zikretmek içindir. Bu bakımdan buradaki *kayd-ı ittifak*i tabiri, *kayd-ı zikrî* ile eş anlamda kullanılmaktadır. Yoksa takyit edici değildir. Fakat ayetin devamındaki “دَخَلْتُمْ بِهِنَّ” kaydı, *kayd-ı itirazî*dir. Zira “فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ”, “Eğer onlarla (üvey kızlarınızın analarıyla) zifafa girmemişseniz (kızlarıyla ister yanınızda olsun ister olmasın evlenmenizde) bir beis yoktur”⁶⁰⁸ ifadesi bunu belirtmektedir. Bu sebeple nasslardaki hangi kaydın ittifakî (zikrî) hangi kaydın itirazî olduğuna öncelikle dikkat edilmelidir.

Şimdi usulcülerin mutlak ve mukayyedin hamliyle ilgili görüşlerine değinmek faydalı olacaktır. Nitekim bu durumda ya mutlakı ayrı mukayyedi ayrı ele alacağız, veya mutlakı mukayyede hamlederek yani mukayyet lafızdaki kaydın mutlakta da varlığını kabul ederek hareket edeceğiz

Cumhur ile Hanefilerin ittifak ve ihtilaf ettikleri hususlar şu beş başlık altında değerlendirebiliriz.

⁶⁰⁵ Şaşî, s.19.

⁶⁰⁶ Molla Hüsrev, s. 152; Berkî, Hukuk Mantığı, s. 20.

⁶⁰⁷ Nisa 4/23.

⁶⁰⁸ Nisa 4/23.

1. Mutlak ve mukayyedin, *hüküm ve sebepte bir olması* halinde mutlakın mukayyete hamlinin vacip olduğunda İslam hukukçuları ittifak halindedir. Örneğin, “حرمت قل، عليكم الميتة والدم، boğazlanmayarak ölen hayvan ve kan... size haram kılınmıştır”⁶⁰⁹ ayeti, “لاجد..الان يكون ميتة او دما مسفوحا Ey Muhammed deki: Ben bana vahyedilen (kitapta) boğazlanmayarak ölen hayvan ve akıtılmış kandan.... başkasının haram olduğuna dair bir emir bulamıyorum”⁶¹⁰ ayeti ile takyid edilmiştir. Bu duruma göre yenilmesi haram olan kan, akıtılmış olandır. Yoksa etlerin içerisinde ister istemez kalan kan bu hüküm dışındadır.

Çünkü burada tearuz söz konusudur. Zira her iki ayette kanın yenilmesi açısından hüküm birdir. Kanın yenilmesinden doğacak zarar ise her iki ayette mevcut olan sebeptir. İşte bu durumda tearuz doğmaktadır. Bundan kurtulmak için tercih şarttır. Buradaki iki nass ele alındığında birinde kaydın olduğu, diğerinde ise kaydın olmadığı görülür. Mezkur olanın meskuttan evla olduğu dikkate alınırsa mukayyetle amel etmenin evla ve tercihe şayan olduğu anlaşılabacaktır⁶¹¹.

2. Mutlak ve mukayyedin, *hem hükümde hem de sebepte farklı olmasıdır*. Bu durumda İslam hukukçuları mutlak ve mukayyetle ayrı ayrı amel edileceğinde ittifak halindedirler. Örneğin, “فاغسلوا وجوهكم وايديكم”⁶¹² ayeti “والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما”⁶¹³ ayeti hem hükümde hem de sebepte farklıdır. Birinci ayette mutlak elden bahsederken hüküm kesmeyle ilgilidir. İkinci ayette dirseklere kadar kaydı vardır ve hükmü abdestte yıkanacak miktarla ilgilidir. Bu ayetlerde sebepler farklı olunca, hükümler de farklı olmuştur.

3. Mutlak ile mukayyedin, *hükümleri farklı, fakat sebepleri aynı olursa*, yine İslam hukukçuları mutlakın mukayyede hamledileceğinde ittifak halindedirler. Örneğin, “فلم تجدوا” ayetindeki mutlak gelen “eller” kelimesi abdest ayetindeki “الى المرافق” kaydı ile mukayyet olamaz⁶¹⁴. Zira teyemmümdeki hüküm mesh etmek, abdestteki hüküm ise yıkamaktır. Ancak sebep namaz kılma iradesi ve hazırlığı

⁶⁰⁹ Mâide 5/3.

⁶¹⁰ En'am, 6/145.

⁶¹¹ Bilgi için bkz. Şelebî, Usul, s. 403.

⁶¹² Mâide 5/38.

⁶¹³ Mâide 5/6.

⁶¹⁴ Buraya kadar zikrettiğimiz üç maddenin özet şekli için bkz. el-Hinn, s. 252.

olduğu için birdir. Dolayısıyla burada mutlak mukayyede hamledilemez. Fakat şu hadis-i şerifte “الى المرفقين”⁶¹⁵ “التيم ضربتان ضربة للوجه وضربة للدين الى المرفقين” kaydı dikkate alınarak teyemmümde de dirseklere kadar mesh edileceği hükmü Hanefi ve Şafiilerce kabul edilmiştir. Zekiyyüddin Şaban bu hadisle teyemmüm ayetini mutlak ve mukayyet açısından değerlendirerek mutlakın mukayyede hamlinin caiz olduğunu örneklendirmiştir. Fakat bu konuda ihtilaf vardır. Malikilerle Hanbeliler “يكفيك ضربة للوجه وضربة للكفين”⁶¹⁶ hadis ile amel ettiklerinden ayetteki “يد” kelimesini “كف” kelimesiyle takyit etmişlerdir. Diğer hadis ise onlar nazarında sahih değildir⁶¹⁷. Hanefiler ise teyemmümün abdest yerine kaim olduğu için kaplayıcı olmasını esas alırlar⁶¹⁸. Takyidi red için şöyle bir gerekçe ileri sürülebilir: Abdestte mevcut olan başı mesh etme ve ayakları yıkama teyemmümde düştüğünden kolların meshi de düşmüş olabilir. Ama bu gerekçe, taabbudî konularda kıyasın cari olmadığından hareketle reddedileceği gibi, aslın ıskatından fer’in ıskatı lazım gelir⁶¹⁹, ancak fer’in ıskatından aslın ıskatı lazım gelmez, ilkesiyle de reddilebilir.

İslam hukukçularının ihtilaf ettiği nokta ise iki başlık altında ele alınmaktadır:

1. Hanefilere göre iki nassta hüküm ve sebep bir olup, ıtlak ve takyit hükmün kendinde değil de, sebebinde veya illetinde, yahut şartında bulunursa birisi diğerine hamledilemez, her ikisiyle ayrı ayrı amel edilir.

Örneğin, fitır sadakası ile ilgili bir hadiste “ادوا عن كل حر و عبد من المسلمين” müslüman her hür ve köle için (fitır sadakası) verin⁶²⁰ ifadesi yer alırken, diğer bir hadiste ise “ادوا عن كل حر و عبد” her hür ve köle için (fitır sadakası) verin⁶²¹ emri vardır. Hanefilere göre burada mutlak mukayyede hamledilemez. Zira sadaka-i fitrın vucubiyetinin sebebi rakabe-i nüfustur. Bu rakabe müslim olup olmamakla mukayyet değildir. Birinci hadisteki “müslüman” kaydı ise, bu sebebe ait bulunmuştur. Bu ise mutlakın mukayyede hamlini gerektirmez. Şafiiler ise bu hususta, *natık sakitten evladır* diyerek, mutlakı mukayyede hamlederler. İtlak ile takyidin hükümde olması ile sebepte veya şartta olması arasında fark görmezler. Buna karşılık şöyle denebilir: Natık ile sakıt arasında tearuz olmalıdır ki,

⁶¹⁵ Tirmizî, Taharet, 110. (ضربتان lafzı zikredilmez)

⁶¹⁶ Buharî, Teyemmüm, 5,8; Nesâî, Taharet, 199; Darimî, Vudu, 66.

⁶¹⁷ Şaban, s. 275.

⁶¹⁸ Merginânî, I, 26.

⁶¹⁹ Mecelle, md. 50.

⁶²⁰ Muvatta, Zekat, 52; Zeyleî, II, 434; Dârekutnî, Sünen, II, 138-141.

⁶²¹ Dârekutnî, II, 142-145.

natıkiyyet ciheti tercih edilsin. Burada böyle bir tearuz yoktur. Tearuz ise ancak hüküm ve hadisede bir olmakla mümkün olur, sebeplerde bir olmakla olmaz. Çünkü bu durumda ikisiyle de amel mümkündür. Dolayısıyla Hanefilerin görüşü tercihe şayandır. Örneğin katil keffaretinde mümin köle azad edilirken, yemin keffaretinde normal kölenin azad edilmesi mümkündür⁶²².

2. İki nassta hüküm bir, fakat dayandıkları sebepler farklı ise Hanefilere göre mutlakın mukayyede hamli caiz değildir. Cumhura göre ise caizdir.

Cumhurun delili, sebepler farklı olsa bile, mutlakın mukayyede hamli gerekir. Çünkü Kur'ân bir bütündür. Dolayısıyla tearuzun giderilmesi zorunludur. Mutlak sükut etmekte, mukayyet ise konuşmaktadır. Bu yüzden natık'ın sakite tercihi gerekir. Öyleyse onu açıklaması da caizdir⁶²³.

Hanefiler ise ihtilaflı konularda mutlakın mukayyetle kayıtlanmaması taraftarıdır. Onlara göre, aslolan, lafızların hükümlerine delaleti, şariden geldiği şekliyle kalmalıdır. Yani mutlakta aslolan kayıtsız olması, mukayyette ise kayıtlı olmasıdır⁶²⁴. Çünkü her nass müstakillen bir hüccettir, delildir. Kayıtsız olanı kayıtlamak Şari'nin emri dışında bir zorlamadır. Bunun için mutlakın mukayyede hamline ancak iki hüküm arasında aykırılık (tenakuz) olduğunda gidilir. Çünkü hamledilmesi durumunda ikisiyle birden amel tenakuza götürür. Bu da ihtilaflı konularda karşılaşılan bir durumdur⁶²⁵.

Netice itibariyle, Hanefiler mutlak ve mukayyedi has lafız kabul ettiklerinden, mezkur şartlar bağlamında konu ele alındığında sadece bir halde tearuzun söz konusu olduğu anlaşılmaktadır. O da hükümde ve sebepte eğer birlik varsa, mukayyedin tercih edileceği anlamına gelir. Yani mukayyetteki kaydın doğrultusunda hüküm vermenin gereği üzerinde durulur. Bu duruma ulaşmanın sebebi tearuzun varlığının kabul edilmesiyle

⁶²² Molla Hüsrev, s. 154; Bilmen, I, 69; Şakiru'l-hanbelî, s. 107.

⁶²³ el-Hinn, s. 253-256.

⁶²⁴ Örneğin, Hanefiler abdestten bahsederken ayette niyetle ilgili bir kayıt olmadığından niyet, tertip, muvalat (fasılasız) ve besmele çekmenin farz olamayacağını belirtmişlerdir. Çünkü Hanefilere göre haber-i vahid ve kıyas ile mutlakın takyit edilemeyeceği vurgulanmıştır. Hanefiler Kur'ân'daki mukayyet olan nassları da eğer mutlakla tearuz etmiyorsa kendi bağlamlarında değerlendirerek daha geniş bir anlam alanı oluşturmak istemişler ve nasslara daha bir işlerlik kazandırmışlardır diyebiliriz. Geniş bilgi için bkz. Şaşı, s. 19-22; Hadımî, Ebu Said M., Mecamiu'l-Hakayık, İstanbul 1308, s. 64.

⁶²⁵ Geniş bilgi için bkz. Abdulaziz Buharî, II, 286 vd., el-Hinn, s. 254.

ilgilidir⁶²⁶. Baştan beri vurguladığımız “nasslar arasında nesh söz konusu değilse ve eğer tarihleri de bilinmiyorsa orada tearuz vardır, dolayısıyla tercihe gidilir”. İşte bu sebeple Pezdevî, takyidin nassa ziyade olduğunu ve nass üzerine ziyadenin de nesh olacağını ileri sürerek, bir anlamda mutlakla mukayyedin tarihleri bilinmediğinden tearuzun cereyan edeceğini kabul etmiştir diyebiliriz⁶²⁷.

Serahsî ise, tarihleri bilinmeyen mutlak ile mukayet arasında tearuzun olduğunu açıkça ifade etmiş ve örneklere atıfta bulunmuştur⁶²⁸. Ma'ruf Devalibî, Hanefilere göre tarihler bilindiğinde sonra gelenin önce geleni nesh edeceğini bildirirken, Şafilere göre de mutlakın, tahsis edileceğini ileri sürmüştür⁶²⁹.

Ayrıca mutlak ve mukayyedin has lafız olarak kabul edilmesi⁶³⁰ de tearuzun olacağını ve tercihe ihtiyacın duyulabileceğini göstermektedir. Çünkü has lafzın delaleti katidir, bu durum bütün müçtehitler nezdinde aynı olduğundan bütün mezheplerce mutlakla mukayyedin tearuz ettiğini ve dolayısıyla tarihleri bilinmediğinde, aynı konuda hüküm ve sebepler de bir ise takyitle amelin vacip olduğunda ittifak etmeleri⁶³¹, bir anlamda mukayyedin tercih edileceğine ulaşılmıştır, diyebiliriz⁶³². Nitekim Hanefilerin mutlakın takyit edilmesini, âmmın tahsis edilmesine benzetmeleri⁶³³ yukarıdaki görüşlerimizi destekler mahiyettedir. Mustafa Güzelhisari âmmın tahsisi ile mutlakın takyidi arasında şöyle bir farka dikkat çekmiştir: âmmın fertlerine delaleti kat'îdir. Mutlakın takyidindeki fertlerine delaleti ise zımnîdir. İşte bu durum mutlak ve mukayyedin hassın kısımlarından olduğuna bir açıdan işaret sayılabilir⁶³⁴.

Hanefi mezhebi ile diğer mezhepler arasında görülen en büyük fark ise Hanefilerin Kur'ân'ın mutlakını haber-i ahad ve kıyas ile takyit etmemeleridir⁶³⁵. Malikiler, Hanefilere

⁶²⁶ Şelebî, s. 407.

⁶²⁷ Pezdevî, III, 831; el-Ensârî, Nizamüddin, Fevatihu'r-Rahmet (Mustasfa'yla birlikte), Beytut, tsz., I, 625. Bu eserin şerhi olan İbn Abdi's-Şekur, I, 625.

⁶²⁸ Serahsî, Usul, II, 84-85.

⁶²⁹ Devalibî, s. 218.

⁶³⁰ Hadımî, s. 64.

⁶³¹ Molla Hüsrev, s. 152.

⁶³² Bilgi için bkz. Şevkanî, İrşadu'l-Fuhul, s.246; Hadımî, s. 250.

⁶³³ Örneğin, mutlak köle lafzı, âmm lafız gibi mümin ve kafir köleyi içine alır, mukayyet olan mümin köle ise âdeta tahsis gibi olur. bkz. Hadımî, s. 65.

⁶³⁴ Güzelhisari, Mustafa, Şerhu Mecamiu'l-Hakayık, İstanbul 1308, s. 65.

⁶³⁵ Şaşî, s. 19.

yakın durmaktadır⁶³⁶. Örneğin süt emmenin ne kadarının haramlığı doğuracağı mezhepler arasında tartışılmış, Hanefilerle Malikiler ve seleften bir kısım alimler az veya çok olsun haram kılacağı kanaatini belirtirken, diğer bir kısım alimler ile Şafii, Zahiriler ve Ahmet b. Hanbel'den bir rivayette az emmenin haramlığı doğurmadığı belirtilerek, haramlığı doğuracak emmenin farklı farklı anlarda olmak kaydıyla beş defa emmeden az olmayacağını kabul etmişlerdir⁶³⁷. Bu konuyu incelediğimizde “وامهاتكم اللاتي ارضعنكم” ve sizi emziren analarınız (haram kılındı)”⁶³⁸ nassının mutlaklığıyla amel eden Hanefiler ve Malikiler emmenin az veya çokluğundan bahseden hadislerle amel etmemişler. Çünkü Hanefilere göre bu bir ziyadedir⁶³⁹. Nassa ziyade ise neshdir⁶⁴⁰. Haber-i ahadın nesh etme gücü olmadığına göre nassın mutlaklığıyla amel edilir. Ayrıca Hanefiler haramın emme fiiline bağlı olduğunu, aynen cinsi münasebetteki gibi azının da çoğunun da haramlığı oluşturmada eşit olduğunu bildirmişlerdir. Çünkü, şari tekrar ve çokluk şartından mücerret olarak hükmü fiili durum ile ilintili kılmıştır. Fiili durum (emme) ne zaman var ise hüküm de o zaman mevcut olur⁶⁴¹.

Bu konuda İbn Arabi de Ebu Hanife ile Malik'in Kur'an'ın mutlakıyla amel ettiklerini ve konunun haramla ilgili olması dolayısıyla bu görüşün tercihe şayan olduğunu belirtmiştir⁶⁴².

Değerlendirme; Hanefiler ve onlara tabi olanlar mutlakın mukayyede hamledilmesinde daha daraltıcı bir yol izlemişlerdir. Çünkü onlara göre tearuzun olabilmesi için aynı hadisede *sebepe ve hükmün bir olması* gerekir. Dolayısıyla bu durumun dışındaki hallerde tearuz olmaz ki tercihe ihtiyaç duyulsun ve mutlak mukayyede hamledilsin. Dolayısıyla sebeplerin veya hükümlerin farklı olması ihtilafın illetini ortaya koyabilir. Bu yüzden mutlakın ıtlakıyla, mukayyedin takyidiyle amel etmek nassların işlerlik kazanması açısından daha geniş bir alan oluşturmaktadır.

Şafiiler ve onlara tabi olanlar ise, mutlakın mukayyede hamledilmesi dairesini geniş tutarlar. Çünkü onlara göre tearuzun olması için sadece *hükümde birlik*, yeterlidir. Haml

⁶³⁶ İbn Rüşd, II, 29-30; Şeltut-Says, s. 65-67.

⁶³⁷ Şeltut-Says, s. 65.

⁶³⁸ Nisa 4/23.

⁶³⁹ Şaşı, s. 19.

⁶⁴⁰ Pezdevi, III, 831.

⁶⁴¹ Şeltut-Says, s. 67. Diğer mezheplerin delilleri için bkz. Şeltut-Says, s. 67-70.

⁶⁴² İbn Arabi, Ebu Bekr b. Muhammed, Ahkâmu'l-Kur'an, Beyrut, tsz., I, 482-484.

etmek ise tearuzu giderir. Dolayısıyla mutlakı mukayyede hamlederken sebepteki birliği dikkate almazlar⁶⁴³. Hukuk tekniği açısından bakarsak, Hanefiler sebep ve hükümde birliği esas aldıklarından konu gayet sistematik hale dönüşmüştür. Bu durum, ihtiyatı da beraberinde getirdiğinden, tercih edilmesi uygundur.

2.2. Kullanıldığı Mana Bakımından Lafızlar Arasında Tercih

Hukuk normatif varlığını dil ile ortaya koyduğundan, kullanılan dilin sade ve anlaşılır olması onun sanatsal olmasından daha iyidir. Fakat hukukta metin olarak kabul edilen ilahi menşe'li ise o zaman durum farklılık arzedebilir. Çünkü anlatan ile anlayan arasında eşitlik söz konusu olmadığı gibi, kasdedilen ile anlaşılan arasında da farkın olması tabiidir. Her halukarda “insan dünyayı dilinde üretir ve kendini de bilinçli bir varlık olarak dil yoluyla var eder. Böylece insanın anlamlı dünyası dil ile sınırlıdır. Dil akıldır, akıl da dildir. Anlama eylemi de dille yani kavramla gerçekleşir”⁶⁴⁴. Öyleyse manaların kalıbı olan lafızların irdelenmesi, içeriklerinin açıklanması, tearuz eden anlamlar arasından herhangi birini bir gerekçeyle tercih etme zorunluluğu vardır. İşte bu bölümde lafzın/veya lafızların kullanıldığı anlamıyla/anlamlarıyla olan ilişkilerini değerlendireceğiz. Tarih boyunca lafız-anlam ilişkisi değerlendirilmiştir ve bu devam edecektir. Zira dil, canlı organizma gibidir. Gelişme istidadında olduğu gibi yıpranarak kaybolma veya bir zaman gizlenme durumunda da olabilir. Yani dili paranın ekonomideki reel değerinin zamanla değişmesine benzetebiliriz. Çünkü kelimeler kullandıkları anlamda baki değillerdir. Zaman içerisinde anlam genişlemesine ve daralmasına uğradığı gibi anlam kaymasına da uğrayabilirler. Kullanıldığı mana bakımından lafızlar, hakikat-mecaz ve sarîh-kinaye kısımlarına ayrılırlar. Biz şimdi her iki kısım ile ilgili tercih durumlarını anlatacağız.

2.2.1. Hakikat İle Mecaz Arasında Tercih

Hakikat; lugavî, ıstilahî, şer'î veya örfî olsun; vaz olunduğu şey için kullanılan lafızdır. Çünkü vaz olunan lafız o şeyin aslını ortaya koymaktadır⁶⁴⁵. Sözün aslî, hakikî anlamına yorulması mümkün olduğu sürece mecaza gidilmeyeceği İslam hukukçularınca

⁶⁴³ Şelebî, Usul, s. 407.

⁶⁴⁴ Işıқтаç-Metin, s. 55.

⁶⁴⁵ Şaşı, s. 28; Cassas, Fusul, I, 46; Pezdevî, I, 61; Semerkandî, s. 370.

genel kabul görmüş⁶⁴⁶ ve Mecelle de bunu “Kelamda aslolan mana-yı hakikîdir”⁶⁴⁷ şeklinde maddeleştirmiştir. Hanefiler hakikatin, kullanıldığı mana bakımından vaz olduğu anlam itibariyle, has veya âmm olabileceği kanaatindedirler⁶⁴⁸.

Hakikatin hükmü; vaz olduğu mananın sabit olması ve hükmün o manaya bağlanması ve ondan ayrılmamasıdır. Nitekim, “A” şahsı “B” şahsının çocuğuna vasiyette bulunsa vasiyet “B” şahsının sülbi çocuğu için geçerli olup, torunu (çocuğunun çocuğu) için geçerli olmaz⁶⁴⁹.

Hakikatin diğer bir hükmü de mecaza tercih olunmasıdır. “Hakikatin mecaza müreccih olması, hakikat manasına delalette karineye muhtaç olmamasındandır”⁶⁵⁰. Yani hakikatle mecaz tearuz ettiğinde hakikatle amel mümkün oldukça mecaza gidilmemesi gerekir. Zira “mecaz hakikatin halefidir”⁶⁵¹. Halefin ise asıl ile muaraza edemeyeceği açıktır.

Mecaz; lafzın vaz olduğu anlam dışında başka bir anlamda kullanılmasına denir⁶⁵². Yalnız vaz olunan anlamı dışındaki bir anlama gidebilmek için karine zorunludur⁶⁵³. Edebiyatta buna “alaka” denir⁶⁵⁴. Eğer mecazî anlamın kastedildiğine dair bir karine⁶⁵⁵ bulunsa lafız bu mecazî manaya tahsis edilmiş gibidir⁶⁵⁶. Bu durum Hanefilerin, hakikatle mecaz arasında tercih yaparken karineye başvurdıklarını, karineyi bir artı delil gibi değerlendirdiklerini gösterir.

Mecazın hükmü; lafız hakkında mecazî mananın sabit olması ve hükmün bu manaya bağlanmasıdır. Bir de hakikî mananın anlaşılması mümkün ise, mecazî manaya itibar olunmayacağı anlaşılmaktadır⁶⁵⁷. Çünkü temel kural; bir halde, bir lafızdan hakikî ve

⁶⁴⁶ Şaşı, s. 33; Şirazî, s.

⁶⁴⁷ Mecelle, md. 12.

⁶⁴⁸ Pezdevî, II, 39.

⁶⁴⁹ Şaşı, s. 32.

⁶⁵⁰ Berkî, Hukuk Mantığı, s. 41.

⁶⁵¹ Şaşı, s. 34.

⁶⁵² Şaşı, s. 29.

⁶⁵³ Semerkandî, s. 370.

⁶⁵⁴ Alaka: Lafız duyan kişinin zihninde, lafzın hakikî manası ile kullanıldığı mana arasında kurulan bağlantı. Zeydan, s. 332. Alakayla ilgili geniş bilgi için bkz. Zeydan, s. 332-334.

⁶⁵⁵ Karine: Lafzın hakikî manasında kullanılmadığını göstermeye elverişli belirti demektir. Bu ağaçtan yedim denilince, meyvesinin yenildiği anlaşılır. Zeydan, s. 332.

⁶⁵⁶ Cassas, I, 46-50; Semerkandî, s. 372.

⁶⁵⁷ Zeydan, s. 334-335.

mecazî mananın kasedilmiş olması mümkün değildir. Zira “اولامستم النساء” ayetinde mecazen kadına “cinsî mukarenet” kasedildiğinden hakikî mana olan “el ile dokunma” anlamı düşmüştür. Bu yüzden de el ile dokunulduğunda abdest bozulmamaktadır⁶⁵⁸. Ancak bu konu umumu’l-mecaz (mecazın umumîliği) yani hakikî manaya da şamil olacak şekilde lafzın mecazî manada kullanılabileceği tartışmasına götürmüştür⁶⁵⁹.

Netice itibariyle hakikat ile mecazın tearuz ettiği durumlarda tercihin nasıl yapılacağı bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu problemin çözümünden önce hakikat ile mecazın tespiti önemlidir. Berki, bir mananın hakikî olup-olmadığını anlamak için şöyle bir kriter ileri sürer: Eğer asıl mananın nefyi sahih değilse, o mana hakiki, eğer sahih ise o mana mecazidir⁶⁶⁰.

Bu tespitler yapıldıktan sonra mana-yı hakikînin asıl olduğundan dolayı tercihte esas alınacağını, ayrıca hakikat anlamı kullanımda olup, mecaz anlam mütearef (bilinen) değilse ihtilafsız hakikatle amelin evla olduğu da vurgulanmaktadır. Fakat mecazî anlam mütearef (bilinen) ise, Ebu Hanife’ye göre yine hakikatin tercih edileceği bildirilirken, İmameyn umumu’l-mecaz ile amel etmenin evla olacağını savunmuşlardır. Örneğin, bir kişi bu buğdaydan yemeğeceğine yemin etse, Ebu Hanife’ye göre, buğdayın bizzat kendisine hamledilir. Hatta buğdayın ekmeğinden yese hanis (yemini bozmak) olmaz. İmameyne göre ise, umumu’l-mecaz tarikiyle buğdayı yediğinde de ekmeğini yediğinde de hanis olur⁶⁶¹.

Sonuç olarak, bu anlattıklarımızdan tercihte hakikatin esas alınması gereği ortaya çıkmaktadır. Nitekim Mecelle’de “Kelamda aslolan mana-yı hakikîdir”⁶⁶² ve “Mana-yı hakikî müteazzir oldukça mecaza gidilir”⁶⁶³ maddesiyle konuyu teyit eder mahiyettedir. Dolayısıyla hakikatle mecaz tearuz edince mutlaka kelamın amel ettirilmesi gerekir. Çünkü “Kelamın i’ mali, ihmalinden evladır”⁶⁶⁴. Eğer hakikî ve mecazî manaların hamli mümkün olmuyorsa o zaman söz ihmal olunur.

⁶⁵⁸ Şaşı, s. 30.

⁶⁵⁹ Geniş bilgi ve örnek için bkz. Şaşı, s. 30-35; Zeydan, s. 335.

⁶⁶⁰ Berkî, Hukuk Mantığı, s. 41.

⁶⁶¹ Şaşı, s. 33.

⁶⁶² Mecelle, md. 12.

⁶⁶³ Mecelle, md. 61.

⁶⁶⁴ Mecelle, md. 60.

2.2.2. Sarih İle Kinaye Arasında Tercih

Sarih: Kendisinden muradın açık olduğu lafza denir⁶⁶⁵. Bu sebeple onun hakikat veya mecaz olarak kullanılmasında fark yoktur. Çünkü serahet çok kullanılmasından ötürü bir mertebeye yükselmiştir. Bu yüzden dinleyenleri de kasdolunan manayı anlamaya sevk eder⁶⁶⁶. “Sen boşsun”, “sattım”, “aldım” ve “واسئل القرية” köye (köy sakinlerine) sor⁶⁶⁷ ifadeleri gibi.

Sarihin hükmü: Söyleyenin niyetine bakılmaksızın, gereğinin sabit olmasıdır. Örneğin, eşine “sen boşsun” diyen kişi hanımını boşamış sayılır, lafız sarih olduğundan dolayı kişinin niyetine itibar edilmez⁶⁶⁸.

Kinaye: Usulcülere göre, manası gizli olan lafızdır⁶⁶⁹. Diğer bir ifadeyle, kullanılan lafızdan mütekellimin neyi murad ettiği kapalı olan sözdür⁶⁷⁰. Bu tanım, herhangi bir şeyi söylemek (fakat bu söylenenle), söylenenden başka bir şeyi kasdetmek⁶⁷¹ anlamına gelen kinayenin sözlük anlamına daha uygundur. Kinayeli bir lafız has veya âmm olabilir. Çünkü kinayede kasdedilen o kavramın kaplamı ve işlemi değildir. Bizzat kasdedilen anlamın sabit olup olmadığıdır⁶⁷².

Kinayenin hükmü: Gereğinin ancak niyet veya halin delaletinin bulunmasıyla sabit olmasıdır⁶⁷³.

Örneğin, kişi eşine “iddetini say” dese, bu duruma bakılır; koca boşamaya niyet etmiş midir, yahut zevcesi talak müzakeresei yaptığı esnada mı koca bu lafzı söylemiştir. Eğer bu iki halden biri mevcut ise kadın boş olmuştur. Aksi takdirde boşama söz konusu değildir.

Kinayenin diğer bir hükmü de şüphelerle düşürülen şeylerin –zina iftirası haddi gibi- kinaye ile sabit olmamasıdır. Örneğin, “A” şahsı “B” şahsına “sen zina yaptın” dese,

⁶⁶⁵ Şaşı, s. 47.

⁶⁶⁶ Semerkandî, s. 393.

⁶⁶⁷ Yusuf 12/82.

⁶⁶⁸ Şaşı, s. 47.

⁶⁶⁹ Şaşı, s. 48.

⁶⁷⁰ Semerkandî, s. 394.

⁶⁷¹ Zeydan, s. 336.

⁶⁷² Koca, s. 81.

⁶⁷³ Şaşı, s.48.

“B” şahsı da “doğru söyledin” diye cevap verse, bu bir ikrar sayılmadığından zina haddi uygulanamaz. Çünkü lafız kinayedir. Zinanın dışında bir şeyi tasdik ettiğine hamledilir⁶⁷⁴.

Sonuç olarak, sarîh ve kinaye lafızları arasında tearuzdan bahsedilmese de sarîhle kinayenin tearuz edeceği durumlarda serahatin asıl olduğundan hareketle tabii ki onun tercih edilmesi uygun olacaktır. Ancak bunun hukukun her dalı için geçerli olduğunu savunmak biraz zordur. Zira kinayî lafzın, yerine göre hüküm ifade edip etmeyeceği tartışılmıştır. Özellikle şüpheli durumlarda hadlerin düşürülmesini emreden sünnet nassı, genel bir üst kural gibi tercih işleminde kullanılmaktadır. Görüldüğü üzere, tercih işleminde, İslam hukukunun genel karakterinden de zaman zaman faydalanılmaktadır.

2.3. Manaya Delaletin Açıklığı ve Kapalılığı Bakımından Lafızlar Arasında Tercih

Hukuk, dil ile yapılan bir sanattır⁶⁷⁵. Kanun koyucu öncelikle iradesini kelimelerle ifade ettiğinden, kelimesiz bir anlam, anlamsız da kelimenin olmayacağı kabul edilebilir. Bu sebeple yapılacak ilk yorumun metinden hareketle ortaya konması zaruridir. Zira lafzî yorum (literal), yorum metotları içerisinde en çok baş vurulanıdır⁶⁷⁶. Çünkü geniş anlamda yorum anlama manasına gelir. Bu anlamda yorum dilde kullanılan bir ifadenin kavranmasıdır⁶⁷⁷.

Ne var ki kanun koyucunun kullandığı kelimelerin teknik anlamlarının yanında, zaman içerisinde kazandıkları anlamlarda ortaya çıkınca lafzî yorumunda o kadar kolay olmadığı anlaşılmaktadır. Dahası lafzın manaya delaletinde açıklık ve kapalılık olması yanında, delaletin açıklığının dereceleri ve kapalılığının derecelerinin farklı oluşu da bir hayli diğer yorum yöntemlerine baş vurmaya gerekli kılmıştır. Lafızların açıklık ve kapalılık yönünden farklı derecelenmeleri, tearuzun oluşmasına zemin hazırlamış, bunun neticesi olarak da tercih sebepleri gündeme gelmiştir.

⁶⁷⁴ Şaşî, s. 49; Zeydan, s. 337.

⁶⁷⁵ Işıktaç-Metin, s. 62.

⁶⁷⁶ Bilgi için bkz. Çağır, Hukuk Metodolojisi, s. 131; Aral, Hukuk ve Hukuk Bilimi, s. 184.

⁶⁷⁷ Gözler, s. 149; Hukuk normlarının yorumu sorunu, günümüzdeki hukuk metodolojisi ile ilgili eserlerde genişçe ele alınmıştır. Özellikle yasama, yargı ve bilimsel yorum çeşitlerinden bahsedilirken bir de lafzî, tarihî, mantıkî, sistematik, kavramcı, menfaatler ihtiyacı ve teleolojik gibi yedi tane yorum metodundan bahsedilmektedir. Geniş bilgi için bkz. Gözler, s. 161-194; Bilge, s. 195-201.

İşte bu bölümde, lafzı manaya delaletinin açıklığı ve kapalılığı açısından genel teamülde olduğu gibi ikiye ayırarak inceleyeceğiz.

Birinci grupta; manaya delaleti açık olan, zahir, nass, müfesser ve muhkemden oluşan dört kavram, tearuz halleri de dikkate alınarak incelenecektir.

İkinci grupta; manaya delaleti kapalı olan, hafi, müşkil, mücmel ve müteşabihden oluşan dört kavramı incelerken tevili de açıklamayı düşünüyoruz.

Hanefilerin dışındaki usulcüler, –özellikle Maliki ve Şafiilerde- lafızları açıklık bakımından zahir ve nass olarak belirtirken, kapalılık bakımından da mücmel ve müteşabih olarak iki bölümde incelerler⁶⁷⁸.

2.3.1. Zahir, Nass, Müfesser ve Muhkem Arasında Tercih

Delaleti açık olan lafızlar dört kısımda mütalaa edilmektedir. Bu taksim, her kısmın delaletteki açıklık kuvveti ve delaletteki zayıflığın farklılığı dikkate alınarak yapılmıştır. Bu yüzden yukarıdaki sıralama delaletin açıklığı az olandan daha çok olana doğru sıralanmıştır. Sıralama anlatım esnasında da takip edilecektir.

Zahir: Manasının anlaşılması dinleyen tarafından düşünmeye veya başka bir delile ihtiyaç duyulmayacak şekilde açık olan lafızdır. Fakat kendisinden çıkarılan hüküm, sözün asıl sevk sebebi değildir. Tevil, tahsis ve neshe ihtimali vardır⁶⁷⁹. Örneğin, “Allah alım-satımı helal, ribayı (faizi) haram kılmıştır”⁶⁸⁰ ayeti alım-satımı helal (حل) ve ribanın (faizin) de haram kılındığı (حرم) hakkında zahirdir. Ancak burada ayetin sevkine sebep olan mana alım-satımın helalliyi, ribanın haramlığı değildir⁶⁸¹. Bilakis alım-satım ile riba işleminin aynı olmadığını vurgulamaktır. Ayetin asıl sevk sebebi budur. Zira müşrikler “alış veriş de riba gibidir” diyerek bu iki muameleyi birbirine benzetmişlerdir. İşte bu eşitlemeyi ve kıyası reddetmek için ayetin sevk edildiğini anlıyoruz.

⁶⁷⁸ Bacî, s. 163; Âmidî, III, 9, 48; Ebu Zehra, s. 119; Şaban, s. 313.

⁶⁷⁹ Şaşı, s. 51; Pezdevî, II, 34; Semerkandî, s. 349; Hadımî, s. 70; Ebu Zehra, s. 120.

⁶⁸⁰ Bakara 2/275.

⁶⁸¹ Şaşı, s. 51.

Zahirin Hükmü: Tevil ve tahsise ihtimali olmakla birlikte ister âmm ister has olsun, gösterdiği manaya göre amel etmek vaciptir⁶⁸². Yani zahirin zahiri anlamı terk edilerek, başka bir mana kasdedilemez. Zahir anlamının terk edilmesini gerektirecek bir delil bulunmadıkça onunla amel etmek (âmm, has, mutlak, mukayyet olsun) zorunludur. Bir de zahir lafzın Peygamberimizin devrinde neshi kabul edilirken, ondan sonraki dönemlerde mensuhîyeti hakkında ileri sürülen görüşler dikkate alınmaz⁶⁸³. Aslında Peygamberimizin vefatından sonra diğer delillerde de neshin varlığı kabul edilemez.

Nass: Dinleyenin fazla bir düşünceye ihtiyaç hissetmeden sadece işitmesiyle lafzın zahirinden neyin murat edildiğini anladığı ve sözün söylenmesinden aslî maksadın da o olduğunu anladığı lafızdır⁶⁸⁴. Kısaca nass, manasına açıkça delalet eden ve kendisinden elde edilen hüküm, sözün asıl sevk (söyleniş) sebebini teşkil eden lafızdır⁶⁸⁵.

Örneğin, “Allah alım-satımı helal, ribayı haram kıldı”⁶⁸⁶ ayetine baktığımızda, bu ayette asıl hedef, alım-satımın helallliğini veya ribanın haramlığını bildirmek değildir. Zaten bunlar zahiren anlaşılmaktadır. Ayetin asıl sevk (söyleniş) sebebi, ayetin bitişiğinde zikredilen müşriklerin ribayla, alım-satımı eşitlemelerine karşı verilen bir cevaptır⁶⁸⁷. İşte bu anlamı, ayeti okuyan kişi, ayetin siyak ve sibakından hareketle suhuletle anlamaktadır. Bununla beraber nassın tevil ve tahsise ihtimali söz konusudur.

Bazı hukukçular nassın sevk sebebinden hareketle sadece has olabileceğini ileri sürmüşlerdir. Fakat Serahsî bu durumu külli bir prensiple reddetmektedir. Çünkü ona göre “İtibar sebebin hususiliğine değil, hitabın umumiliğinedir”⁶⁸⁸.

Nassın Hükmü: Tevil ve tahsise ihtimali olmakla birlikte (delil olduğunda) kendisiyle amel etmek vaciptir⁶⁸⁹. Eğer tevil, tahsis ve neshe (Peygamber dönemiyle kayıtlı) götürecek bir delil söz konusu değilse, o zaman nassın kendisiyle amel zorunlu olur.

⁶⁸² Şaşı, s.51; Serahsî, Usul, I, 164.

⁶⁸³ Zeydan, s. 339.

⁶⁸⁴ Şaşı, s. 52.

⁶⁸⁵ Semerkandî, s. 350.

⁶⁸⁶ Bakara 2/275.

⁶⁸⁷ Şaşı, s. 52; Serahsî, a.e., I, 164.

⁶⁸⁸ Serahsî, a.e., I, 164; Güzelhisari, s. 71.

⁶⁸⁹ Şaşı, s. 52.

Müfesser: Tevil ve tahsis ihtimali olmaksızın konuşan tarafından gayet açıklıkla ortaya konan lafızdır⁶⁹⁰. Nassdan ve zahirden manası daha açıktır. Çünkü onlarda tevil ve tahsis ihtimali vardır. Oysa bunda gizliliği giderecek bir açıklama ve sözü pekiştiren bir takrir (yerleştirme) söz konusu olduğundan, mecaz ve tahsis ihtimali de ortadan kalkmıştır⁶⁹¹.

Örneğin, “والذين يرمون المحصنات...”⁶⁹² Namuslu kadınlara zina isnadında bulunup, sonra (bunu ispat için) dört şahit getiremeyenlere seksen değnek vurun⁶⁹² ayeti, kâzife (zina iftirasında bulunan) seksen değnek vurulmasını tevil ve tahsise ihtimal bırakmayacak şekilde ortaya koymaktadır. Çünkü (ثمانين) (seksen) kelimesi sayıdır, sayılar has ifadelerdir, fazlalık ve noksanlık kabul etmezler⁶⁹³. Netice itibarıyla has ifadelerin tahsis edilemeyeceği bir usul kaidesidir.

Müfesserin Hükmü: Vahy zamanında neshi muhtemel olmakla birlikte kesin olarak delalet ettiği manaya uygun amel etmenin (vücubiyeti) gerekliliğidir⁶⁹⁴. Hadımî, hükmün gereğine inanmanın da vücubiyetini ileri sürmektedir⁶⁹⁵.

Muhkem: Hükme delaleti müfesserden, daha açık, tevil, tahsis ve –Hz. Peygamberin hayatı da dahil- neshe ihtimali olmayıp, hilafı da asla caiz olmayan lafızdır⁶⁹⁶. Muhkemin anlamını kavramak için artı beyana ihtiyaç yoktur⁶⁹⁷.

Örneğin; “وماكان لكم ان تؤذوا رسول الله...”⁶⁹⁸ Allah’ın rasulünü üzmeniz ve kendisinden sonra hanımlarıyla evlenmeniz ebediyen (asla) caiz değildir⁶⁹⁸. Bizzat kanun koyucu tarafından, süreklilik ve devamlılık ifade eden lafızlarla ortaya konan hükümler veya zaruret-i diniyyeden olup, değiştirilmesi teklif dahi edilemeyen itikadî konular gibi temel esaslarla ilgili nasslar muhkem hükmündedir. Bir de toplumsal kanunların teminine yönelik kamu menfaatini ilgilendiren hukukî ve etik değerler de bu kabilden kabul edilebilir

⁶⁹⁰ Şaşi, s. 54.

⁶⁹¹ Güzelhisari, s. 72.

⁶⁹² Nur 24/4.

⁶⁹³ Zeydan, 344.

⁶⁹⁴ Şaşi, s. 54.

⁶⁹⁵ Hadımî, s. 73.

⁶⁹⁶ Şaşi, s. 55; Hadımî, s. 73; Ebu Zehra, s. 123.

⁶⁹⁷ Abdulaziz Buharî, I, 42.

⁶⁹⁸ Ahzab 33/53.

Muhkemin Hükümü: Hiçbir ihtimal dikkate alınmaksızın amel etmenin bağlayıcılığıdır⁶⁹⁹. Çünkü zahirinden anlaşılan mananın ne teville, ne tahsise ne de peygamber dönemi de dahil neshe ve iptale ihtimali yoktur. Bu yüzdendir ki, Serahsî Kur'ân'daki muhkem nassların “هن أم الكتاب, ... bunlar kitabın esasıdır (anasıdır)”⁷⁰⁰ şeklinde zikredilmesine dikkat çekmiştir⁷⁰¹.

Buraya kadar yaptığımız izahlardan anlaşılacağı üzere; zahir, nass, müfesser ve muhkemin delaletlerinin kati olduğudur. Ancak bu katiliğin dereceleri farklı farklıdır. Ayrıca katilik de kendi arasında ikiye ayrılmaktadır. Birincisi; delilden veya delili dışındaki bir şeyden kaynaklanan bir ihtimali barındırmayan katilik ki, buna “ilmu'l-yakin” denir. İşte müfesser ile muhkem bu nevidendir. İkincisi; delilden kaynaklanan bir ihtimal olmaksızın delalet eden lafızlardır. Eğer delilden kaynaklanan bir ihtimal söz konusu ise, o delilin gösterdiği doğrultuda tahsis veya tevil kabul ederler. İşte bu tür katiliğe “ilmu't-tuma'nine” denir. Zahir ve nass ise bu tür katiliği ifade etmektedir⁷⁰². Öyleyse bu dört nevi, açıklık ve delalet gücü bakımından sıralayacak olursak, bunların en güçlüsü muhkem, sonra müfesser, sonra nass, en sonda da zahir gelecektir.

Şimdi bütün bu açıklamalarımızı göz önüne alarak, bu lafızlar arasında tearuz cereyan ettiğinde tercihin nasıl yapılacağını tespit edebiliriz.

Bir defa ilmu'l-yakinin, ilmu't-tuma'nineye tercih edileceği bedihiyattan olduğu için muhkem ve müfesserin nass ve zahire tercih edileceği açıktır. Ancak biz bunların birbirleriyle olan tearuz hallerini teker teker inceleyeceğiz.

Zahirin nass ile tearuzu; zahir ile nassın ikisi ilmu't-tuma'nine ifade etse de bunların aralarında birtakım farklar vardır. Şöyle ki, 1. Nass lafzın manasına delaleti, zahir lafzın manasına delaletinden daha açıktır. 2. Kelamın siyakından asıl gaye nass lafzın manasıdır. Fakat zahir lafzın manası kelamın aslî gayesi değil, bilakis tabii yani tali manasıdır. 3. Nass olan lafzın tevil ihtimali, zahir olan lafzın tevilinden daha uzaktır ve

⁶⁹⁹ Şaşı, s. 55.

⁷⁰⁰ Âl-i İmran 3/7.

⁷⁰¹ Serahsî, I, 165.

⁷⁰² Şaşı, s. 55.

azdır⁷⁰³. İşte bu sebeplerden dolayıdır ki, tearuz halindeyken nass ile ifade edilen hüküm, zahir ile ifade edilen hükme tercih edilir.

Örneğin “واحد لكم ما وراء ذلكم... bunların dışındakiler size helal kılındı”⁷⁰⁴. Bu ayet-i kerime kendisinde ve kendisinden önce zikredilen kadınların dışında evlenmenin caiz olduğunu adet kaydı olmadan ortaya koymuştur. Dolayısıyla dörtten fazla kadınla evlenmenin de caiz olduğuna delalet-i zahir kabilindendir. Çünkü o hükmü belirlemek için sevk olunmamıştır. Bu ayette asıl hedef, evlenilmesi haram olup-olmayan kadınları tespittir.

Diğer bir ayette ise “فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع... beğendiğiniz kadınlardan ikişer, üçer ve dörder alın...”⁷⁰⁵ şeklinde buyurularak dörtten fazla kadınla evlenmenin yasak oluşuna delalet etmektedir. Bu delalet şekli nass kabilindendir. Çünkü ayet esasen bu hükmü ortaya koymak için sevk olunmuştur. Yani nassın buyuruluş sebebi budur⁷⁰⁶.

O halde bu ikinci ayetten anlaşılan hükmün birinci ayetten anlaşılan hükme tercihi gerekir. Yani bir erkeğin dörtten fazla kadını nikah altında tutması şer'an caiz değildir.

Nass ile Müfesserin Tearuzu: Bu iki delilden birinin (müfesser) ilmu'l-yakin diğerinin (nassın) ilmu't-tuma'nine ifade etmesi, tearuz halindeyken müfesserin tercih edileceğini ortaya koymaktadır. Örneğin, Fatıma binti Ebi Hubeyş Hz. Peygamber'e gelerek “ben temizlik devresi olmaksızın (sürekli) istihaze (hastalık kanı) görmekteyim, namazı tamamen terk etmem gerekir mi?”. Hz. Peygamber ona sadece adet günlerinde kılmamasını, diğer günlerde de abdest alırken kan damlasa bile namazını kılmasını emretmiş. Fakat hadisin abdestle ilgili bölümü bize iki şekilde gelmiştir.

1. “المستحاضة تتوضأ لكل صلاة”, müstehaze (kendisinden hastalık kanı gelen kadın) her namaz için abdest alır”.

⁷⁰³ Zeydan, s. 340.

⁷⁰⁴ Nisa 4/24.

⁷⁰⁵ Nisa 4/3.

⁷⁰⁶ Berezençî, II, 76-77, 112-113.

2. “تتوضأ لوقت كل صلاة”, her namaz vakti için abdest alır”⁷⁰⁷.

Burada birinci hadiste her namaz için müstehazenin abdest almasının gereğine vurgu varken, ikinci hadiste her namaz için değil de, her namaz vakti için abdest alması gösterilmektedir. Dolayısıyla birinci hadise göre aynı vakit içerisinde olsa birden fazla namaz kılması geçerli değildir. İkinci hadise göre ise, bir vakit içerisinde vakit devam ettiği sürece ister farz, ister nafil olsun dilediği kadar namaz kılabilir. Kan görse bile vakit çıkmadığı sürece müstehazenin abdesti bozulmaz⁷⁰⁸.

Tercihe gelince, birinci hadise “vakit” lafzı muzaf takdir edilerek tevil edilebilir. İkinci hadis ise teville kapalıdır. Bundan dolayı, müfesser olanın, nass olana tercih edilmesi gerekmektedir. Hanefiler burada tercihle amel ettiklerinden dolayı vakit çıkmadığı sürece müstehazenin o vakit içerisinde dilediği kadar farz veya nafil kılacağı hükmüne ulaşmışlardır⁷⁰⁹.

Müfesser İle Muhkemin Tearuzu: Her iki delil de ilmu’l-yakin ifade etse de, müfesserin peygamber döneminde nesh ihtimalini taşıması, muhkemin böyle bir ihtimali taşıyamamasının yanında, bir de süreklilik ifade eden kayıtları taşımış olması, muhkemin tercih edileceği anlamına gelmektedir⁷¹⁰.

Örneğin, “واشهدوا ذوی عدل منکم”, sizden iki adil şahit tutun”⁷¹¹ ayeti mücmel olan “واشهدوا شهدین من رجالکم”, sizden iki erkek şahit tutun”⁷¹² a yetini tefsir etmektedir. Çünkü mücmel olan bu ayet-i kerimede âdil, fâsık veya kazif cezasından tevbe etmiş olsun fark etmediğini şahitliğin kabul olacağını göstermektedir. Bu yüzden müfesser olan ayet, kazif cezası uygulanmış olanın tevbe etse dahi şehadetini ebediyen⁷¹³ reddeden muhkem ayetle tearuz etmektedir. Çünkü ikinci ayet “ولا تقبلوا لهم شهادة ابدًا”, onların şahitliğini ebediyen kabul etmeyin” ebeden kaydını içermektedir. Dolayısıyla delaleti kuvvetli ve neshe ihtimali de hiç yoktur⁷¹⁴.

⁷⁰⁷ Buhârî, Vudu, 63; Müslim, Hayd, 62, 63; Ebu Davud, Taharet, 11.

⁷⁰⁸ Berecenci, II, 77.

⁷⁰⁹ Merginânî, I, 32-34.

⁷¹⁰ Bilgi için bkz. Şaşı, s. 54-55; Ebu Zehra, 122-123.

⁷¹¹ Talak 65/2.

⁷¹² Bakara 2/282.

⁷¹³ Nur 24/4.

⁷¹⁴ Berecenci, II, 77-78.

Fakat bu konu İslam hukukçuları arasında ciddi tartışmalara neden olmuştur. Çünkü burada “ebedi” kaydının bir sonraki ayette gelen “لا” istisna edatıyla düşüp-düşmeyeceği tamamen metodolojik olarak tartışılmıştır.

Hukukçular, “vav” harfiyle atıf yapılan cümlelerden sonra gelen istisna hakkında şu görüşleri ileri sürmüşlerdir:

1. Şafii ve Hanbelilerin çoğunluğu zikredilen istisnanın son cümleye mahsus olmayıp, cümlelerin hepsine gittiğini söylemişlerdir. Delilleri ise, birbirine atfedilen cümleler, bir cümle sayılır. Öyleyse istisna cümlelerin bütününden yapılmıştır. Ayrıca istisna önceki cümlelerin her birine ait olmaya elverişli ise, cümlelerden birinin diğerinden de üstünlüğü olmadığına göre âmm lafız gibidir. O halde bütününe raci olur⁷¹⁵.

2. Hanefiler istisnanın yalnız son cümleye (onlar fasıklardır) ait olduğunu savunurlar. Delilleri ise, umum (cümlelerin hepsini içine almak) kesinlikle sabit olur. Burada istisnanın hepsine şamil olması ise şüphelidir. O halde yakın şek ile zail olmaz⁷¹⁶. Bir de son cümle, istisna ile ilk cümle arasında engeldir. Dolayısıyla bu susmak, ara vermek gibi istisnanın ilk cümleye gitmesine engel olur⁷¹⁷.

Merginani, şahitliği kabul edilmeyenlerden bahsederken konuyu şöyle ele alır: “Tevbe etse de, kazif cezasına çarptırılan kimse...”. Çünkü Allah, “onların şahitliğini ebedi olarak kabul etmeyiniz” buyuruyor. Bu da şahitliğe engel olması bakımından cezanın bütünlüğüne dahildir. Bu yüzden tevbeden sonra da olduğu gibi kalır. Kazif suçundan başka bir suçtan dolayı cezaya çarptırılanlar böyle değildir. Çünkü “red” fasıklıktan dolayıdır. O da tevbeyle kalkar. Şafii ise, kazif suçu işleyen tevbe edince şahitliği kabul edilir. Çünkü Allah “ancak tevbe edenler” buyurarak tevbe edeni istisna etmiştir⁷¹⁸. Hatta Şafii kendine ulaşan bir haberde İbn Abbas’ın tevbe eden kâzifin tevbesini kabul ettiğini de söylemektedir. Ayrıca fasıklığın kalkmasıyla birlikte şehadetin kabul edilmemesine de hayret ettiğini bildirir. Fakat biz Hanefiler diyoruz ki, istisna kendisinden bir önce “onlar fasıklardır” cümlesine aittir. Yahut da istisna edatı “fakat” (لكن) manasına gelen bir istisna-

⁷¹⁵ Bu ve benzeri deliller için bkz. Âmidî, II, 440; el-Hinn, s. 241.

⁷¹⁶ Mecelle, md. 4.

⁷¹⁷ el-Hinn, s. 24-243.

⁷¹⁸ Konuyla ilgili geniş bilgi için bkz. Şafii, el-Umm, V, 146-147.

yı munkatı'dır⁷¹⁹. Ayrıca diğer hadlerden sonra (إدأ)* kaydının olmaması, şahitlikte de dürüst ve doğru sözlü olmanın gerekliliğı dikkate alınır sa, Hanefilerin daha isabetli olduğı kanaatine ulaşabiliriz. Nitekim Kâsanî de tenakuza düşmemek için kazif haddi uygulanan kişinin şehadetinin kabul edilmemesini savunmuştur⁷²⁰.

Sonuç olarak, Hanefilerin kanaatine göre yine bu ayetteki hüküm muhkemdir. Bu yüzden müfesser olan "sizden iki adil şahit tutun" ayet-i kerimesine tercih edilecektir. Çünkü muhkem olan ayetin nesh sebebi asr-ı saadette bile söz konusu değildir⁷²¹.

Tahavi, kazif haddi uygulanan kişinin şehadetinin tevbe etse dahi geçersiz olduğunu bildirdikten sonra, diğer hadlerde eğer tevbe ederse şehadetinin kabul edileceğini İmam Sevr ve Hasan b. Hay denen alimlere göre olduğunu bildirmektedir. Ayrıca İmam Malik, Osman el-Bettî, Şafii ve Leys'e göre tevbe edince, kazif haddi uygulananın şehadetinin kabul edileceğini bildirmiştir. Tahavi, Evzaî'den de had uygulanan kişilerin şehadetinin İslam'da kabul edilmediğini nakletmiştir. Ancak Said İbn Müseyyebe'ye göre onun tevbesi Allah ile kendi arasında olduğundan şehadetinin kabul olmayacağını nakletmiştir⁷²².

2.3.2. Hafî, Müşkil, Mücmel, ve Müteşabih Arasında Tercih

Delaleti açık olmayan lafızlar, manaya delaletinde kapalılık bulunduğundan, kendisiyle bizzat neyin kastedildiğı anlaşılmayıp, başka harici bir unsurla manası anlaşılandır. Delaletinin kapalılığı bakımından da lafızlar dört kısma ayrılmaktadır. Başlıktaki sıralama delaletinin kapalılığının derecesine göre yapılmıştır. Bu sıralama anlatımda da gözetilecektir.

Şaşı, konuya başlarken, hafî ile zahir, müşkil ile nass, mücmel ile müfesser ve müteşabih ile muhkem arasında zıtlığın olduğunu bildirerek âdeta bir mukayese yapmaya çalışmıştır⁷²³. Belki de temelde anlamları anlaşılan veya kolayca anlaşılmayan diye ayrılan

⁷¹⁹ Merginânî, III, 135-136.

* Zemahşeri de "Ebeden" kaydına dikkat çekerek Hanefilerin görüşünü tercih etmiştir. bkz. Zemahşeri, Ruusu'l-Mesail, s. 536.

⁷²⁰ Kâsanî, VI, 271.

⁷²¹ Konuyla ilgili bilgi için bkz. Dureynî, s. 66-67.

⁷²² Tahavi, a.e., III, 328-329.

⁷²³ Şaşı, s. 57.

lafızların bu şekilde bir sıralamaya tabi tutulmaları, zaman içerisinde onlardaki anlam genişlemeleri dikkate alınarak yapılmıştır.

Hafî: Sıgasının dışında arızî bir durumundan dolayı kendisinden neyin murad olduğu gizli olan ve bu gizliliğin siga ve lügat açısından değil, belki harici bir nedenden dolayı oluştuğu lafza denir⁷²⁴. Başka bir ifadeyle, içerisinde birçok fert bulunduğu halde, harici birtakım nedenlerden dolayı, bu fertlere delaleti açık olmayan ve dolayısıyla bu fertlerin hafinin kapsamına girip girmediği ancak içtihat ile anlaşılan kavramlara denir⁷²⁵. Pezdevî de bu lafzın, zahirin karşısı olduğuna dikkat çekmiştir⁷²⁶. Bu durum, hafinin içerisinde birçok ferdi taşıyan umum bir lafız olabileceğini bize göstermektedir⁷²⁷.

Örneğin, “والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما” hırsızlık yapan erkeğin ve hırsızlık yapan kadının ellerini kesin⁷²⁸ ayetindeki (السارق) lafzının içerisine, acaba çalma eyleminin farklı şekilleri olan (الطرار) “yankesici” ve (النباش) “kefen soyucu” veya günümüzdeki “kapkaççı” gibi terimler bu ayetteki lafzın altında mütalaa edilebilir mi? Yani (السارق), lafz-ı hafidir. Dolayısıyla bunlara olan delaleti açık değildir. Kapalılık (السارق) lafzından kaynaklanmamaktadır. Diğer lafızlardaki fazlalık veya eksikliklerin bu kapalılığı doğurduğu anlaşılmaktadır⁷²⁹. İslam hukukçuları (الطرار) yankesicileri (kappaççıları da ekleyebiliriz) (السارق) kavramının altına sokarak aynı cezanın verilmesinde ittifak etmişlerdir. Zira yankesicilikte uyanık olan insanların dalgınlıklarından faydalanılarak koruma altındaki mal çalınmaktadır. Kapkaççılar ise, insanların dalgınlıklarından istifade etmenin yanında fiili saldırı şeklinde olduğundan (السارق) ifadesinin altına girmektedir. Ancak (النباش) kefensoyucunun (السارق) kavramının altına girip girmeyeceği tartışılmış, genel kanaat girmedeği yönünde oluşmuştur. Fakat hakimin takdir yetkisini kullanarak böylesi şahıslara bu onur kırıcı fiillerinden dolayı caydırıcı bir ceza vermesi savunulmuştur⁷³⁰.

Fakat bu incelemeye başka bir usul kaidesinden hareketle ulaşmanın daha doğru olduğu kanaatindeyiz. Şöyle ki; إن تعليق الحكم بمشتق يؤذن بأن مصدر الاشتقاق هو العلة“

⁷²⁴ Şaşî, s. 57.

⁷²⁵ Pezdevî, I, 52; Şaban, s. 325.

⁷²⁶ Pezdevî, I, 52.

⁷²⁷ Koca, s. 83.

⁷²⁸ Mâide, 5/38.

⁷²⁹ Şaşî, s. 57.

⁷³⁰ Şaban, s. 326.

müştekkata taalluk ederse me'haz-i iştikak hükmün illetini bildirir"⁷³¹. Öyleyse biz burada (السارق) lafzı yerine bunun masdarı olan (السرقه) lafzını esas almalıyız ki bu da çalma eylemini ifade etmektedir. Bu nedenle, çalmanın gerçekleştiğini gösteren başka eylemler (ismi ne olursa olsun), bu kavramın altına girer. Dolayısıyla bu ifade ibarenin delaletiyle diğerlerinde de hüküm icra etmektedir, diyebiliriz. Ayrıca bu şekilde konuya yaklaşırsak, ceza hukukunda hedef şahısların değil, eylemlerin olduğu anlaşılır. Yani cezalandırmada amaç, şahsın kendisi değil, bizzat eylemidir, diyebiliriz. Diğer taraftan müeyyide yüksek ahlakî değerleri, fert ve toplumun yararlarını himaye amacına yöneliktir⁷³². Sonuçta, İslam hukukunda bu ilkeyle cezaların suça muadil olması hedeflenmiştir. Dolayısıyla cezalandırmadaki hikmet bu şekilde sağlanacaktır. Oysa günümüz ceza hukukunda sadece şahısların suç işlemekten caydırıcılığı ön planda tutulduğundan⁷³³ cezalar şahıs merkezli olmuştur. Bu da şahısları suça sevk eden unsurların devamına zemin hazırlamıştır. Oysa İslam hukukunda seddü'z-zeraî denen prensiple şahıslar değil, bizzat suçun unsurları hedef alınarak suçlular değil, bizzat suçun ortadan kaldırılması hedeflenmiştir.

Hafinin Hükmü: Kapalılık giderilinceye kadar muhtemel olan lafızların anlamlarının araştırılması vaciptir⁷³⁴. Bu durum, hafinin kapalılığını çözerken hangi lafızların bu kapsama girip girmeyeceğinin içtihadî bir işlem olduğunu gösterir. Belki de harici birtakım delillerle kavramlar arasında tercih yapılacaktır. Dolayısıyla hafi kavramının kapsamını ve içlemini tespit bağlamında genelde bir içtihat, özelde ise bir tercih faaliyetine ihtiyaç hissettirmektedir, diye düşünüyoruz.

⁷³¹ Hallaf, s. 80. Bu ilkeye göre hukuk normunu formüle eden ve eylemi yapan fail ile yapılan iş (mef'ul) ile de doğrudan ilgili olan söz ve ifadelerde, hükmün gerekçesini eylemin faili değil, eylemin yapılmış olması oluşturmaktadır. Örneğin hırsızlık eylemine öngörülen müeyyidede suç faili (sanık) çalınan mal (mesruk) suçun mağduru (mesrukun minh) birbiriyle doğrudan ilgili kavramlardır. Ancak öngörülen cezanın gerekçesini (illet) ceza hükmüne delalet eden sözcüğün me'hazî (masdarı) oluşturur. Örneğin, "السارق والسارقة" ayetini esas alalım. Bu ayette hırsızlık eden failin (erkek-kadın) elinin kesilmesi öngörülmektedir. Yani kesme cezası failere uygulanmaktadır. Fiili işleyen fail müştak (türetilmiş) kelime olup, (السرقه) masdarının türevidir. Kök, sirkat masdarıdır. Arapçada çalma eylemini gerçekleştiren fail (sarik), sirkat masdarından türetilmiştir. Bu durumda sirkat masdarı (ism-i failin türetilmesine kök teşkil eden masdar), hükmün gerekçesini (illetini) oluşturur. Hırsızın elinin kesilmesinin sebebi, failin bulunması değil, hırsızlık eyleminin işlenmiş olmasıdır. Çağdaş ceza kodlarında yer alan "kim... yaparsa ... ceza ile cezalandırır" ifadelerinde de ceza faile uygulansa da, cezanın gerekçesinin, fiilen işlenmiş olduğu zımnen vurgulanmaktadır.

⁷³² Cezalandırmanın amacı hakkında geniş bilgi için bkz. Dağcı, Şamil, İslam Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller, Ankara, 1999, s. 33-34.

⁷³³ Artuk, Emin, Ceza Hukukun Giriş, İstanbul 1983, s. 29; Hafızoğulları, Zeki, Ceza Normu, Ankara, 1996, s. 202.

⁷³⁴ Şaşı, s. 58.

Müşkil: Sıgasıyla sözden neyin kasdedildiği anlaşılmayan ve manasını açıklamak için başka bir karineye ihtiyaç duyulan lafızdır⁷³⁵. Hafiden daha kapalı olan ve kapallılığı lafzın kendisinden kaynaklanandır⁷³⁶. Dolayısıyla müşkil lafız, birçok anlam için konulmuş müşterek lafız gibi olur⁷³⁷. Bu durum, onun da âmm lafız gibi telakki edilmesine neden olmuştur⁷³⁸. Örneğin, “والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء” boşanmış kadınlar kendi başlarına (evlenmeden) üç kur’ süresi beklesinler”⁷³⁹ ayetindeki (قروء) lafzı, hem âdet süresini hem de temizlik süresini ifade ettiğinden burada bir müşkillik söz konusudur. İşkalın giderilmesi için harici karinelere ve tercihe ihtiyaç vardır. Şafiiler ve bazı hukukçular temizlik olarak yorumlarlar. Karine olarak ma’dudun müzekker (الاطهار) olması dolayısıyladır ki, adetin (الحيض) müennes gelmesini gösterirler. Dolayısıyla müennes bir kelime olan (الحيض) ma’dud olamaz. Hanefilere göre buradaki “kuru” lafzı hayız manasıdır. Çünkü buradaki teşriin hikmeti rahmin hamilelikten beri olduğunu bilmektir. O da hayz ile belli olur, tuhur ile belli olmaz. Ayrıca Talak Suresinde “واللأنى ينسن من المحيض...” kadınlarınız arasından hayızdan kesilmiş olanlarla asla hayız görmeyenlerde (iddetlerinde) eğer şüphe ederseniz, onların iddetleri üç aydır. Hayız görmeyenler ...”⁷⁴⁰ ifadesi yer almaktadır. Bu ayette de iddet görmeyen kadınların iddet müddeti “اشهر” (aylar) lafzıyla kayıtlanmıştır. Dolayısıyla iddette ay’ı tam ifade eden hayzın sayılması esastır. Bir de hadis-i şerifte “طلاق الأمة ثنتان” ifade edilmektedir. Burada serahaten iddetin hayız ile olacağı, dolayısıyla (قروء) lafzının hayız anlamına geldiği açıktır. Şafiilerin yukarıdaki gramerden delil getirmelerine gelince, hayız (kuru’) lafzı müzekker olduğundan, lafız dikkate alınmış ve (ثلاثة) şeklinde kullanılmıştır⁷⁴².

Müşkilin Hükmü: Lafzın muhtemel bulunduğu anlamlardan hangisine ait olduğu, karineler yardımıyla ciddi bir şekilde araştırıldıktan sonra ancak benzerlerinden ayrılacağı ortaya çıkan lafızdır⁷⁴³. Bu bir tercih faaliyetini gerektirir. Çünkü muhtemel olan anlamlardan birisi karineler ve artı deliller yardımıyla elde edilecektir. Nitekim Bilmen, müşkilin hükmünü, “hakikatine itikat etmekten ve murad anlaşılınca kadar i’mal-i

⁷³⁵ Semerkandî, s. 354.

⁷³⁶ Şaşı, s. 59.

⁷³⁷ Hallaf, s. 202.

⁷³⁸ Koca, s. 83.

⁷³⁹ Bakara 2/228.

⁷⁴⁰ Talak 65/4.

⁷⁴¹ Ebu Davud, Talak, 7; İbn Mâce, Talak, 30.

⁷⁴² Bu konuyla ilgili geniş bilgi için bkz. el-Hinn, s. 72-79; Hallaf, s. 202-203; Dureynî, s. 88-91.

⁷⁴³ Şaşı, s. 58; Şaban, s. 328.

fikirde bulunarak lafzın mahall-i sahihine tayine çalışmaktan ibarettir”⁷⁴⁴ diyerek tercihin varlığına işaret etmiştir, diyebiliriz. Diğer taraftan Fethi Dureyni, müşkil olan ayetler arasında tearuza çokça örnekler verdikten sonra⁷⁴⁵ “müşkil olan nassdan şariin murad ettiği hükmü elde etmek için müçtehidin zannında bizzat manalardan birisinin tercih edilmesi gerekmektedir” diyerek tercih işlemine dikkat çekmektedir. Bunun için de birkaç madde önerisinde bulunmaktadır. Örneğin, öncelikle Kur’ân’a bakılması gerekir, çünkü onun bazısı bazısını açıklar. İkinci olarak Peygamber, tebyinle görevli olduğu için, Sünnete müracaat etmeli, üçüncü olarak Kur’ân ve Sünnetin buyurulduğu tarihî ortamı incelemeli, dördüncü olarak da hikmetü’t-teşriin genel prensiplere, ayrıca hak, adalet ve âmme maslahatına en yakın olan yoruma gidilmesi zorunludur⁷⁴⁶.

Mücmel: Sözün sahibi tarafından bir açıklama yapılmadığı sürece, kendisinden neyin kastedildiği anlaşılmayan lafızdır⁷⁴⁷. Hafi ve müşkilden daha kapalı olan mücmelin anlaşılabilmesi için talep ve tefekkür yeterli değildir⁷⁴⁸. Ancak mütekellim tarafından yapılan açıklamanın (beyan) kapsamını belirlemek⁷⁴⁹ için ikinci bir merhale olarak rey içtihadına ihtiyaç vardır.

Mücmelin üç kısmı vardır:

1. Birbirine eşit birden fazla anlama gelen ve bu anlamlardan hangisinin kastedildiğini belirleyen bir karine bulunmayan lafızdır. Tercih edilemeyen müşterek lafızlar da bu kabildendir⁷⁵⁰. Örneğin hem azad ettiği köleleri hem de kendini azad eden efendileri olan bir kişi Mevlaları (köle veya efendi) lehine bir vasiyette bulunsa, bunlardan hangisini kastedtiğini açıklamadan ölse, vasiyet batıl olur. Çünkü mûsî tarafından açıklama yapılmadığından dolayı ve tercihi gerektirecek de bir karine olmadığı için “mevla” lafzı mücmel kalmıştır. Hanefiler umumu’l-müştereki kabul etmediklerinden bu gibi müşterek lafızlarda da tercih imkânı olmayınca, mücmel olduğuna hükmederler⁷⁵¹.

⁷⁴⁴ Bilmen, I, 78.

⁷⁴⁵ Dureynî, s. 98-102.

⁷⁴⁶ Dureynî, s. 103-104.

⁷⁴⁷ Serahsî, Usul, I, 168; Semerkandî, s. 354.

⁷⁴⁸ Şaşı, s. 58.

⁷⁴⁹ Dureynî, s. 105.

⁷⁵⁰ Semerkandî, s. 355; Abdulaziz Buharî, I, 43; Dureynî, s. 107.

⁷⁵¹ Abdulaziz Buharî, I, 43.

2. Bir kelimenin bilinen sözlük anlamından şariin kasdettiği özel bir şer'î anlama nakledilmesiyle oluşan mücmel. Örneğin, الصلاة (salat), الزكاة (zekat) ve الحج (hac) lafızlarının lügat anlamları pek dikkate alınmaz. Bizzat İslam hukukundaki ıstılahî anlamları ön plandadır. Çünkü Peygamberimiz bunların ne anlama geldiğini bizzat kavli ve fiili sünnetiyle tefsir etmiştir. Dolayısıyla bu ve benzeri kelimelerin sözlük anlamlarında kullanıldıklarını tercih ettirecek bir karine bulunmadıkça nasslarda geçen bu lafızlar, mücmel olarak kalacaktır⁷⁵². Bu yüzden mücmel lafızları, kazaen ve fikhen müçtehitlerin reyleriyle tefsir etmeleri mümkün değildir. Zira şari tarafından manası açıklanıncaya kadar mücmel nass ile amel etmek de mümkün değildir⁷⁵³. Dureyni, mezhepler arasında oluşan ihtilafta da, kelime mefhumlarının sınırlarının tespit edilmesini ve bunun neticesinde kullanılan kelimenin öncelikle ıstılahî anlamının akla geldiğinden hareketle lügat anlamının düşünülmemesini savunmaktadır. Örneğin, “istihsan” lafzı usulcüler ıstılahında yeni kullanıldığında mefhumun sınırları belli olmadığı için İmam Şafii buna itiraz etmiştir. Hanefiler ise istihsana lügat anlamının ışığında usulde ıstılahî bir anlam yüklemişlerdir. Kıyasın geçerli olmadığı yerlerde hakkaniyetle karar verme, adalet ve maslahata yönelme şeklinde değerlendirerek istihsanı âdeti kıyasa ve külli prensiplere muhalif istisnâ bir durum olarak kabul etmişler ve kullanmışlardır. Bu duruma vakıf olan Malikiler, istihsana kaşı çıkmamışlardır⁷⁵⁴. İmam Şafii ise, istihsan kelimesinin sözlük anlamına bağlı kaldığından “iptalu'l-istihsan” başlığı altında istihsanla amelin Allah ve resulünün emrine uymadığını söyleyerek, Hanefileri ağır bir şekilde itham etmiştir⁷⁵⁵. Tercih kavramı, önceleri içtihat anlamına yakın kullanılırken, günümüzde sözlük anlamına daha yakın kullanılır hale gelmiştir. Oysa bu kullanım hatalıdır. Çünkü tercih, usulî bir kavramdır, yani teknik (ıstılahî) anlamı önemlidir. Belki de tercihin anlam daralmasına uğramasında Hanefilerin istihsan terimini icat etmeleri etkili olmuştur. Nitekim Molla Hüsrev ve Ebu Zehra istihsanın bir tercih olduğunu açıkça vurgulamışlardır. Dolayısıyla tercih kavramı giderek anlam daralmasına uğrarken, istihsan anlam genişlemesine uğramıştır, diyebiliriz. Tabii olarak bu durum, tercih sebepleriyle yapılan içtihat faaliyetlerinin duraklamasına sebep olmuştur. Bu bir anlamda içtihat kapısının kapandığı iddialarıyla örtüşür mahiyettedir.

⁷⁵² Dureynî, s. 110; Şaban, s. 329.

⁷⁵³ Dureynî, s. 110-111.

⁷⁵⁴ Dureynî, s. 113.

⁷⁵⁵ Şafîî, el-Ümm, VIII, 495.

3. Mücmellik bazen de lafzın kullanıldığı anlamdaki garabet (pek anlaşılmaması) sebebiyle olur. Müçtehide murad olunan manayı açıklamada yardımcı olacak karinelerin bulunmaması ve şari' tarafından tam bir tefsirin yapılmaması, bu nevi mücmellerle teklifin de vaki olamayacağına ve kanun oluşturamayacağına işaret edilmiştir⁷⁵⁶. Eğer şariin açıklaması tam ise, mücmel müfessere dönüşür, açıklama tam değilse mücmel müşkile dönüşür ki, bu durumda müçtehidin içtihiyla yani tercihiyle bu işkal giderilmeye çalışılmalıdır. Örneğin, riba kavramı Peygamberimiz tarafından meşhur hadisle izah edilmiş, ancak geri kalan kapalılık müçtehitler tarafından yeniden ele alınarak içtihat yapılmıştır⁷⁵⁷. İlet tespitleri farklı olduğundan dolayı da farklı sonuçlara ulaşılmıştır.

Mücmelin Hükümü: Mütetekellim tarafından kendisiyle neyin kastedildiğine dair açıklama gelmedikçe onula amel etmenin caiz olmayışıdır⁷⁵⁸. Şari tarafından yapılan açıklamada ise iki durum söz konusudur. 1. Eğer şari tarafından kat'î ve teferruatlı bir açıklama (beyan) gelmiş ise artık onunla amel etmek vacip olduğu gibi, tevil ve içtihat da caiz değildir. Çünkü bu durumda mücmel, "müfesser"e dönüşmüştür. Namaz, zekat, hac vb. lafızlarda olduğu gibi⁷⁵⁹. 2. Şari tarafından yapılan beyanın (açıklama) tam olmaması durumunda, mücmel, "müşkil"e dönüşür. Bu durumda müçtehitler içtihatla bulunurlar, ancak müçtehitlerin içtihatlarında birbirlerine üstünlüğü söz konusu değildir. Çünkü re'y ile yapılan içtihatla, müçtehidin musib (isabet edici) ve muhti (hata edici) olma ihtimali vardır⁷⁶⁰. Örneğin, faizle ilgili ayetteki⁷⁶¹ mücmelliği, Peygamberimiz meşhur hadisinde altı maddede⁷⁶² açıklamış, yalnız peygamberin bu beyanı tam açık olmadığından, acaba bu altı maddeyle sınırlı mı, değil mi tartışmaları çıkmış, sonuçta İslam hukukçuları illet tespitine giderek konuyu daha da vuzuha kavuşturmaya çalışmışlardır. İşte bu ortamda farklı illetlere ulaşıldığından mezheplerin ihtilafı zuhur etmiştir. Özellikle Hanefiler "elkadru maal cins" illetine ulaşırken, diğer müçtehitlerin bazıları "ikhtiyat (gıda maddesi olma)", kimisi "iddihar (saklanabilir olma)" gibi illetlere ulaşarak, farklı sonuçları vurgulamışlardır⁷⁶³.

⁷⁵⁶ Dureynî, s. 108.

⁷⁵⁷ Hallaf, s. 206. Geniş bilgi için bkz. Dureynî, s. 126-132.

⁷⁵⁸ Şaşı, s. 59.

⁷⁵⁹ Dureynî, s. 143; Şaban, s. 330.

⁷⁶⁰ Dureynî, s. 143; Şaban, s. 330.

⁷⁶¹ Bakara 2/275.

⁷⁶² Buharî, Büyü, 78; Müslim, Müsakat, 81-84; Nesâî, Büyü, 50; İbn Mace, Ticaret, 48; Darimi, Büyü, 41.

⁷⁶³ Konuyla ilgili geniş bilgi için bkz. Şafîî, el-Ümm, III, 24-26; İbn Rüşd, II, 107-110; Merginânî, III, 67-70; Senhurî, III, 176-202.

Müteşabih: Manaya delaleti an kapalı olan lafız müteşabihtir. Zira müteşabih, kendisi ile kastedilen mananın dünyada hiç kimse tarafından bilinemeyeceği veya ancak ilimde üstün mertebeye ulaşan kişilerce bilineceğine inanılan kapalı lafızdır⁷⁶⁴. Dolayısıyla ahkamla ilgili ayet ve hadislerde müteşabihlik yoktur⁷⁶⁵. Çünkü müteşabihle teklifin vaki olamayacağını sahabe, tabiun ve tebeu't-tabiin alimleri ileri sürmüştür⁷⁶⁶. Semerkandi, müteşabihi “mütekellim muradının dinleyene kapalı gelmesi” şeklinde bir tarif verdikten sonra, bölgesindeki Hanefi fakihlerine göre “anlamı dinleyene kapalı gelen lafızdır” şeklinde tanımlanmıştır⁷⁶⁷. Semerkandi, müteşabih lafızlarla amel etmede tevakkufu (beklemeyi) kabul etmekle birlikte, Hanefi bilginlerin son yaptıkları tanımdaki anlamın dinleyene kapalı gelmesine karşı çıkmıştır. Çünkü ona göre şeriatte aklın gereğine muhalif bir şeyin murad edilmesi doğru değildir. O, bu görüşünü şöyle açıklar: “akla muhalif olan ayetlerin biz lügat anlamına bakarız. Allah hakkında ise bunun caiz olamayacağını söyleyerek aklî delil ile sem’î delili birleştirmiş oluruz. Eğer bu durumda aklî delil ile sem’î delilin tearuzu görülürse, aklî delil sem’î delile hükmedici kabul edilmelidir⁷⁶⁸. Semerkandi, müteşabihi değerlendirmede aklî delile büyük önem vererek ilimde üstün mertebeye ulaşanların akıllarıyla müteşabihi yorumlayabilecekleri kanaatine ulaşmıştır. Belki de O, kelimî konularda Mücessime veya Müşebbihe’ye benzememek için böyle bir yoruma başvurmuştur, diyebiliriz⁷⁶⁹.

Bu yorumlardan hareketle, bu konunun kelim ilminde tartışılmasının daha faydalı olacağı kanaatine de işaret edilmiştir. Bir de Semerkandi, mükellefe kapalı gelen şariin muradları arasında zahiren tearuzun olduğunu ancak bu tearuzu giderecek tercihin bilinmemesinden dolayı da tevakkufun (beklemenin) caiz olduğunu söyler⁷⁷⁰. Bu durum bize, tevakkufun ancak tercihin yapılamadığı durumlarda caiz olduğunu, diğer hallerde ise mutlaka tercihle amel edip, hükümsüzlükten kurtulmanın zarurî olduğu anlamını vermektedir.

⁷⁶⁴ Şaban, s. 331.

⁷⁶⁵ Pezdevî, I, 55; Semerkandî, s. 358.

⁷⁶⁶ Dureynî, s. 145.

⁷⁶⁷ Semerkandî, s. 358.

⁷⁶⁸ Semerkandî, s. 359.

⁷⁶⁹ Semerkandî’nin, Taha 20/5 ayetiyle, Mâide 5/64 ayetlerinin yorumu için bkz. s. 359.

⁷⁷⁰ Semerkandî, s. 358.

Müteşabih ayetlerin en bariz örnekleri “mukattaa harfleri” dediğimiz, surelerin başlarında olup da isimleriyle okunan harfler veya oluşan terkiplerdir⁷⁷¹. Ayrıca müteşabihin varlığı Kur’ân-ı Kerim’de sarahaten bildirilmiştir⁷⁷². Bu ayetin yorumu ise, selef bilginleri ile halef bilginleri arasında tartışılmıştır. Müteşabihin tevilini sadece Allah mı bilir, yoksa ilimde derinleşenlerin de bunu bilme imkanı var mıdır? şeklinde yapılan tartışma daha ziyade kelam ilminin konusudur⁷⁷³. Bu ifade tarzı, Cahiliyye Araplarına karşı bir ferman okuyuş da olabilir. İşte sizin kullandığınız harflerden kitap getiriyorum, siz de getirin gibi, veya bu lafızlar, Allah ile peygamber arasında birtakım şifrelerden de ibaret olabilir. İnsan anlayıp kudreti dahilinde olanla mükellef olduğuna göre bu konuları ilgili sahasına bırakmanın faydalı olacağı kanısındayız.

Müteşabihin Hükümü: Müteşabih nasslara inanmanın vacip, ancak onlardan neyin murad edildiğinin kapalı olduğuna inanılması ve insanın acziyetini idrak ederek dünyada tevakkuf (beklemek) etmektir⁷⁷⁴. Bu görüş selefe, Hanefilere ve Malikilere aittir. İmam Şafii ve Mutezile’ye göre ise, murad-ı ilahinin gerçekliğine inanmakla birlikte neyin murad edildiğini tevakkuf (beklemek) etmek, vacip değildir. Çünkü zannî de olsa, ilimde derinleşenler (rasihun) müteşabihin tevilini talep ve teemmülle bilebilirler. Yine de gerçekte neyin murad edildiğini Allah bilmektedir⁷⁷⁵.

Netice itibariyle, hafi, müşkil, mücmel başlangıç itibariyle âmm lafız gibi görülse de bunlar arsında ayrım vardır. Şöyle ki, hafi hem başlangıçta hem de sonuçta âmm olarak kalabilir. Müşkil başlangıçta âmm gibi görünse de sonuçta has lafız gibi belirli bir anlama hasredilmek zorundadır. Burada tercih büyük rol oynamaktadır. Mücmele gelince, onu da müşkil gibi değerlendirmek uygundur. Nitekim mücmeli beyan daha ziyade peygamberlerin görevidir. Eğer peygamberin beyanı iyi tespit edilirse, mücmel de has lafız gibi olabilir. Müteşabihe gelince, onun hakkında âmmlik ve haslıktan ziyade tevakkuf evladır, diyebiliriz.

⁷⁷¹ Mukattaa harflerinin bazıları için bkz. Bakara 2/1; Âl-i İmran 3/1; A’raf 7/1; Yunus 10/1; Hud 11/1 vb. Bunlarla ilgili yorumlar için tefsirlere bakılabilir.

⁷⁷² Âl-i İmran 3/7.

⁷⁷³ Geniş bilgi için bkz. Dureynî, s. 136-153.

⁷⁷⁴ Şaşı, s. 59.

⁷⁷⁵ Dureynî, s. 154.

Değerlendirme: Manaya delaleti kapalı olan lafızlar, Hanefilere göre yukarıda saydığımız dört sınıftan ibarettir. Hukukçu, somut olaya uygulayacağı hükmü nasslardan elde edeceğinden, nasslardaki kapalı olan lafızları yorumlamak zorundadır. Manaya delaleti açık olan lafızlarda hüküm bizzat kanun metninden anlaşılırken, manaya delaleti kapalı olan hafi, müşkil, mücmel ve müteşabih lafızlarda ise hükmü kanun metninden doğrudan değil de, dolaylı olarak, yani metnin anlamından/yorumundan elde edebiliriz. Yorum ise, tercih yapılmasını gerektiren delile dayalı bir karardır.

İşte bu kavramların kendi aralarında veya kavramların içerdikleri anlamlar arasında tek tek tercih işlemine başvurularak sonuca gidilmeye çalışılır. Şöyle ki, hafi, müşkil, mücmel ve müteşabih arasında bir tercih yapılacaksa delaleti az kapalı olandan, çok kapalı olana doğru tercih yapılmalıdır. Lafzî karineler yardımıyla eğer tercih yapılamıyorsa, o zaman fiilî realiteden hareketle, global hukuk düzeninin gereklerine göre değerlendirme yapılarak problemin çözülmesi gerekir. Çünkü hukukun amaçlarından biri de çözümün çözümsüzlüğe tercihidir. Burada bir de, konumuzla doğrudan ilgisi bulunan te'vil terimini açıklamak faydalı olacaktır.

2.3.3. Te'vilde Tercih

Te'vil: Lafzın akla ilk gelen zahir manasından, muhtemel olan başka bir manaya, daha kuvvetli bir delil ile murad olunan mana tercih olunarak, o lafızdan şari'in irade ettiği manayı açıklamaktır⁷⁷⁶. Serahsî ve Neseî müevveli, "müşterek lafzın çeşitli manalarından birisini zanni bir delille veya içtihadla diğer manalara tercih etmektir" şeklinde tanımlamıştır⁷⁷⁷. Klasik usul eserlerimizde müşterekle birlikte, ele alınan te'vil masdarı yerine ism-i meful kalıbı olan "müevvel" kullanılmıştır. Bu durumda da müşterekin anlamlarından birinin tercih edilmesine müevvel olarak bakılmış ve yapılan işlem re'y ve içtihad olarak isimlendirilmiştir. Ayrıca te'vilden gaye bir şeyin sonunu elde etmek olarak da tanımlanırken ayetten de delil gösterilmiştir⁷⁷⁸. (هل ينظرون إلا تأويله) "onlar onun te'vilinden (akıbetinden) başkasını mı bekliyorlar?"⁷⁷⁹ yani onlar ancak onun (vaad vaidin) sonucunu beklerler, demektir.

⁷⁷⁶ Dureynî, s. 189.

⁷⁷⁷ Serahsî, I, 127; Neseî, I, 204.

⁷⁷⁸ Pezdevî, I, 43; Lamişî, s. 79.

⁷⁷⁹ A'raf 7/53.

Te'vil konusu daha ziyade tercihle birlikte zikrolunmuştur. Çünkü te'vil, kelimenin lafzî anlamından ziyade bizzat manasıyla alakalı olduğundan, müçtehidin re'yine, içtihadına daha özel anlamıyla tercihin medar olmaktadır. Bu durum mezhep ihtilaflarının temel meselesi olarak karşımıza çıkmaktadır⁷⁸⁰. Nitekim te'vil tercihin ve içtihadın bir çeşidi olduğu için kat'î ve müfesser olan nassların dışında yapılmaktadır. Zira usulcüler “kat'î veya müfesser olan nassın mevcut olduğu yerde içtihad yapılamaz”⁷⁸¹ prensibini ileri sürerek tevilin yapılıp-yapılamayacağı alana işaret etmişlerdir. Bu yüzdendir ki, furu alanının ekserisi tevil ile düzenlenmektedir⁷⁸².

Tevil bir tercih işlemi olduğundan dolayı İslam hukukçuları bunun geçerli olabilmesi için birtakım şartlar ileri sürmüşlerdir: Bu şartların kaynağı “kanun yapmada mantık birliği” esasına dayanmakla beraber, genel kaide ve temel prensiplerin de dikkate alınması gereğine matuftur⁷⁸³.

Bu şartlar sırasıyla şunlardır: 1. Elimizdeki lafzın tevilî kabul etmesi ve teville gitme gerekçesinin bulunması gerekir. Örneğin Hanefilerde sadece zahir ve nassda teville gidilir, müfesser ve muhkemde teville gidilmez⁷⁸⁴. Çünkü müfesser ve muhkemde konu detaylı bir şekilde anlaşılmakta ve hükmün sevk sebebi ile hüküm arasında sıkı bir birliktelik bulunmaktadır.

2. Tevil, kendini teyid edip destekleyen sahih ve kuvvetli bir delil ile yapılmalıdır. Bunun için cüz'î bir durumu düzenleyen zahir ile küllî durumu düzenleyen zahir arasında tearuz vaki olmaz ki, tevil de yapılsın. Örneğin, “إن الميت ليعذب ببكاء أهله عليه”, ölü akrabalarının onun üzerine ağlamaları nedeniyle azap görür⁷⁸⁵ hadisi “ولا تزر وازرة وزر”, kimse kimsenin günahını çekmez (yüklenmez)⁷⁸⁶ ayeti ile tearuz halindedir. Bazı hukukçular bu nasslar arasında tearuzun olduğunu ileri sürerek teville gitmişlerdir. Eğer konuya tamamen şekli olarak tearuz vardır-yoktur şeklinde yaklaşılsa yanlış yapılır. Çünkü bizim yöntemimizde temel esas, aynı değerdeki nassların tearuzu söz konusudur. Bu nedenle kitap ile haber-i âhadın tearuzu düşünülemez. Öyleyse burada şeklen bir tearuz

⁷⁸⁰ Dureynî, s. 167.

⁷⁸¹ Dureynî, s. 164.

⁷⁸² Şevkanî, s. 264.

⁷⁸³ Dureynî, s. 203; Ebi Amr, s.68.

⁷⁸⁴ Dureynî, s. 204.

⁷⁸⁵ Tirmizî, Cenaiz, 22; İbn Mâce, Cenaiz, 54.

⁷⁸⁶ İsra 17/15.

görüp, tevil ve tercihe gitmek hatalı sonuçlar doğurabilir. Çünkü yukarıdaki hadis zikredilince Hz. Âişe keyfiyeti şu şekilde değerlendirmiştir: Hz. Peygamber, bir Yahudinin mezarı yakınından geçmişti. Yakınları kabrin başında oturmuş ağlıyorlardı. Bunun üzerine “Bunlar ağlayıp duruyor, halbuki o kabirde azap çekmekte” buyurmuştur. Dolayısıyla Hz. Âişe ağlamanın kabir azabıyla bir ilgisinin olmadığına dikkat çekmiş, azap çeken Yahudinin kendi günahlarından dolayı o hale düşer olduğunu belirterek, yukarıdaki âyete atıfta bulunmuştur⁷⁸⁷. Neticede burada tearuz var gibi görünse de gerçekte yoktur. Dolayısıyla teville de gerek yoktur⁷⁸⁸.

Hanefilerin yapmış oldukları tevillerden birini örnek vererek konuyu daha açık hale getirebiliriz. Hz. Peygamber “وفى كل أربعين شاة شاة”, Her kırk koyunda bir koyun (zekat verilmesi gerekir)⁷⁸⁹ buyurmuştur. Hanefiler bu nassdaki zahir olan (شاة) lafzını tevil ederek koyunun aynının verilmesinin caiz olduğu gibi kıymetinin de verilmesinin caiz olacağına ulaşmışlardır. Çünkü zekatin farziyetindeki gaye, fakirin ihtiyacını gidermektir. Fakirin ihtiyacı da her iki yolla karşılanır. O halde iki şekilde de ödeme caizdir. Hanefiler, İslam hukukunun gayesine istinat ederken şöyle bir olayı da delil olarak kullanırlar: Hz. Muaz Yemen’de zekat toplarken, “Darı ve arpa yerine bana hamis (beş zira’ uzunluğunda o döneme mahsus bir elbise, bez) veya kullanılmış elbise getirin. Bu sizin için daha kolay, Medine’deki Peygamberin ashabı için de daha faydalıdır” buyurmuştur⁷⁹⁰. Bu, konuyu hikmetu’t-teşri açısından ele almak anlamına gelir. Şafiiler ise nassın zahirini esas aldıklarından Hanefilerin bu tevilini uzak görmüş ve reddetmişlerdir. Son dönemdeki hukukçular da Hanefilerin görüşünü tercih etmiştir⁷⁹¹. Hanefilerin bu tevilini bir anlamda maslahat eksenli de kabul edilebilir. Zaten hikmetu’t-teşri’in esası kulların menfaatini gerçekleştirerek, mefsedetlerini gidermektir. Bu ise maslahat kelimesiyle ifade edilmektedir.

⁷⁸⁷ Konuyla ilgili geniş bilgi ve değerlendirme için bkz. Zerkeşi, Bedrüddin, Hz. Âişe’nin Sahabeye Yönelttiği Eleştiriler, trc. Bünyamin Erul, Ankara, 2002, s. 72-75; Hatipoğlu, Mehmet Said, Müslüman Kültürünün Üzerine, Ankara, 2004, s. 17-18.

⁷⁸⁸ Geniş bilgi ve örnek için bkz. Dureynî, s. 204-208; Ebi Amr, s. 72-75.

⁷⁸⁹ Tirmizî, Zekat, 4.

⁷⁹⁰ Mevsilî, Abdullah b. Mahmud b. Mevdud, el-İhtiyar li Ta’lilî’l-Muhtar, thk. Mahmud Ebu Dakik, İstanbul, 1987, I, 103.

⁷⁹¹ Şelebî, Usul, s. 460; Dureynî, s. 209-211.

3. Lafzın tevil edildiği mana, o lafzın muhtemel bulunduğu lügat, mantık, mefhum, mecaz veya şer'î âdetde örf yoluyla kendisine delalet ettiği anlamlardan olmalıdır. Aksi takdirde teville gidilemez⁷⁹².

4. Yapılan tevil, İslam hukukunda delaleti kat'î olan nasslar ile tearuz etmemeli. Çünkü delaleti kat'î olan nasslar İslam hukukunun temelini teşkil etmektedir. Tevil ise, içtihadî bir yöntemdir. İctihad da zannîdir. Zannî olan bir şey kat'î olan ile tearuz edemez⁷⁹³.

5. Lafzın tevil edilen manası, o lafzın zahir manasından dönülmeyi gerektirecek bir müreccih delil ile daha racih (tercihe şayan) olmalıdır. Tercihin çokça cereyen ettiği bu durum, genelde elfaz bölümünün tamamını kapsadığı gibi, külli kaidelerle de zaman zaman tercih yapılabileceği, yani teville gidileceği vurgulanmak istenmiştir⁷⁹⁴.

6. Tevil yapan kişinin fıkıh melekesine sahip müçtehid birisinin olması gerekir ki, hükümleri istinbat ederek doğru tevil yapsın. Aksi takdirde tevili reddedilir⁷⁹⁵. Şelebi'nin bu tespitine katılmakla beraber ileri sürdüğü şartın ağırlığı hukukî problemleri çözmede hukukçuları yüreksizlendirmektedir. Nitekim yukarıda saydığımız temel kriterler ışığında müçtehid olmayan hukukçuların tevil yaparak tercihte bulunmalarına müsaade edilmemiştir. Şelebi'nin bu yoruma varmasında, önceki dönemlerde tevil ve tercihe yüklenilen içtihadî formun etkili olduğu kanaatindeyiz. Bu ideal bir durum içindir. Ancak günümüzde, tevil ve tercih anlam daralmasına uğradığından, delillere ve şartlara riayet edilerek teville ve oradan da tercihe geçilmesi gereğine inanıyoruz. Eğer böylesi bir yöntem işletilmeye başlanırsa, kişilerde hukuk nosyonu ve istinbat melekesi gelişeceğinden tekrar tevil ve tercih kuramları da tarihte icra ettikleri fonksiyonu ve anlam alanını yeniden yakalayacaktır.

Tevilin hükmü: Elde edilen müevvelde hata ve galat (yanılma) ihtimaliyle birlikte amel etmek vaciptir⁷⁹⁶. Delaletinin zannî olduğu anlaşılmaktadır⁷⁹⁷.

⁷⁹² Dureynî, s. 218-219.

⁷⁹³ Dureynî, s. 220; Zeydan, s. 341.

⁷⁹⁴ Geniş bilgi için bkz. Dureynî, s. 220-226.

⁷⁹⁵ Şelebî, Usul, s. 458.

⁷⁹⁶ Serahsî, Usul, I, 163; Nesefî, I, 205; Şaşı el-Hanefî, Nizamü'd-Din, eş-Şafi ala Usuli's-Şaşı, thk. M. Salih Farfur, Dimeşk, 2001, s. 62.

⁷⁹⁷ Ebi Amr, s. 71.

2.4. Manaya Delaletin Şekli Bakımından Lafızlar Arasında Tercih

İslam Hukukunun ana kaynağı olan nasslar genel ve soyut olduğundan dolayı, aynı metinden birden fazla sonuç çıkarılması mümkündür. Bu durum, yorumcuya seçme fırsatı sunmaktadır. Yorumcunun seçmesini etkileyen ise takip ettiği yöntemdir. Hanefi ekolüne mensup hukukçular lafız-mana ilişkisi bağlamında ileri sürdükleri yöntemle lafzın semantik alanını genişletmişlerdir. Metnin gayesini (retio legis) sistematik bir yorumla daha geniş bir anlam boyutuna ulaştırmışlardır.

Hanefiler, lafzın hükme delaletini dört şekilde yorumlamışlardır: 1. Sigası ve nazmıyla lafzın ilk anlaşılan anlamına, ibarenin delalaeti, 2. Lafzın kasdolunandan başka bir anlamını ifade edene, işaretin delaleti, 3. Lafzın ifade ettiği hükmün “ortak bir illet” nedeniyle başka bir olayda sabit olmasına, delaletin delaleti⁷⁹⁸, 5. Lafzın söylenmeyen bir anlama zorunlu olarak delaletine ise iktizanın delaleti ismini vermişlerdir.

Hanefi usulcülerinin dışındaki, Malikî, Şafî ve diğer usul bilginlerine göre ise, lafız iki yolla hükme (manaya) delalet eder: 1. Eğer lafız hacmi ve sigasıyla bir manaya delalet ediyorsa buna delaletü'l-mantuk denir. Hanefilerdeki, ibarenin, işaretin ve iktizanın delaletini kapsamaktadır⁷⁹⁹. 2. Eğer lafız, sözde zikri geçmeyen ve ifade edilmeyen bir şeyin hükmüne delalet ediyorsa buna da delaletü'l-mefhum denir ve mefhumu'l-muvafakat ile mefhumu'l-muhalefet diye ikiye ayrılır⁸⁰⁰.

Bir de bütün lafızların manaya delaleti mantık bilginlerince mutabıkî, tazammunî ve iltizamî diye ikiye ayrılır: Buna göre lafız konulduğu mananın tamamına delalet ediyorsa tetabuk, konulduğu mananın cüzlerinden herhangi birine delalet ediyorsa tazammun, konulduğu mananın haricinde bir manaya delalet etmekle birlikte, konulduğu

⁷⁹⁸ Bu tanımda M. Görmez, “ortak illet nedeniyle” kaydını zikretmiştir bkz. Gözmez, s. 149. Oysa burada “lugat yönünden” kaydını koysaydı daha isabetli olurdu. Çünkü bu kayıt olmayınca, ibarenin delaletindeki illet tespiti ile kıyastaki illet tespiti birbirine karışacaktır. Halbuki, delaletteki illet birliği lugat yönünden olurken, kıyastaki illet içtihad ve istinbat yöntemiyle oluşturulur. Dolayısıyla delalette illet lugavî, kıyasta ise içtihadîdir. Bu farka dikkat edilmelidir. Çünkü ceza hukukunda kıyasa gidilmez, ama lugat anlamı genişletici yoruma tabi tutularak, delaletin delaletiyle konu çözülür. Örneğin “silah” delaletiyle, balta ve kesici diğer aletleri de içerebilir. bkz. Işıktaç-Metin, s. 211. Kıyas ile delaletü'n-nassın farkı için bkz. Şaşı, s. 64-65. Bilmen, I, 89-90.

⁷⁹⁹ Şelebî, Usul, s. 492; Şaban, s. 344.

⁸⁰⁰ Şelebî, a.e., s. 493-494.

mananın (lazımına) mahiyetine zihnen delalet ediyorsa iltizam denir⁸⁰¹. Yani delalet zihinde lafzın manasından hariç (ama o lafızla bir münasebeti, yani mananın lazımı olan) bir şeye taalluk ederse, ona iltizamî delalet denir. Bu üç delalet şeklinin, Hanefilerin yöntemindeki delalet çeşitlerinin her birinde teker teker düşünülmesi hükümlerin oluşmasında ciddi sonuçlar doğuracaktır. Şöyle ki, delalet-i mutabıkî ile eğer delalet gerçekleşiyorsa hükmün farz olarak isimleneceğini, delalet-i tazammunî ile delalet gerçekleşiyorsa o zaman da vacip olarak isimleneceğini düşünebiliriz. Fakat iltizamîde kasdın ne olduğu belli olmadığından böylesi bir şeyi düşünmek pek isabetli olmayabilir. Aslında mantıktaki bu delalet şeklinden, hükümlerin farz, vacip, mendup, haram, mekruh ve mubah gibi bir sonuca ulaşıldığına hukukta rastlayamıyoruz. Biz sadece burada ef'âl-i mükellefindeki hükümlerin tanımlarından hareketle böyle bir sonuca ulaşmış bulunuyor ve konunun araştırmaya açık bir durum olduğunu düşünüyoruz.

Hanefilerin lafızları diğer ekollerden daha ince ayırma tabi tutmalarının, lafzın ilahî menşeli mi, yoksa beşerî kaynaklı mı olduğu noktasında düğümlendiği kanısındayız. Her ekol kendi görüşüne istinaden birtakım deliller getirmiştir. Hanefiler ile Mutezile dilin kaynağında (vazında) daha ziyade beşerîlik vasfını öne çıkarırken, hadisçiler ve Eş'ârielerin ise dilin daha çok ilahî menşeli oluşunu öne sürmüşlerdir, diyebiliriz⁸⁰².

Şimdi konumuzun temelini oluşturan delalet ve delil tanımlarına atıfta bulunmak istiyoruz. En kapsamlı anlama yöntemi olan fıkıh usulünde delalet kavramı lafız-mana ilişkisi ekseninde dönüp dolaşmaktadır. Mantık ilminde ise farklı boyutlarına işaret edilmiştir⁸⁰³. Hukukta bizi ilgilendiren sözün vazi delaletidir. (Delalet-i lafziyye-i vaz'iyeye).

⁸⁰¹ Kâtib el-Kazvini, s. 46; İbnu's-Saatî, s. 17-18; Dureynî, s. 269-272.

⁸⁰² Geniş bilgi için bkz. Şevkanî, İrşadu'l-Fuhul, s. 19-26.

⁸⁰³ Delalet, öyle bir şeydir ki, onu anlamaktan başka bir şeyi anlamak lazım gelir. Bu luzumiyyet zihinde oluşmaktadır. Dolayısıyla iki şeyden, oluşur: Birincisine delil (gösterge), ikincisine medlul (gösterilen) denir. bkz. Kâtib el-Kazvini, s. 45. Delalet sözlü veya sözsüz olur. Buralarda delalet-i tabiiyye, delalet-i akliye, ve delalet-i vaziyye diye üçer üçer ayrılarak delaletin altı şekli oluşur. Öner, s. 27. Anlama yöntemine yönelik İslam hukukçularının –özellikle Hanefiler- delalet konusunu bu denli incelemeleri dünyada ilk sayılacak niteliktedir. Zira bugün çağdaş anabilimin müstakil dallarından birisini oluşturan göstergebilm ancak ondokuzuncu asırda ortaya çıkmıştır. Bilgi için bkz. Görmez, s. 22.

Fıkıh usulünde delil⁸⁰⁴, ilme götüren şey şeklinde tanımlanırken, zanna götüren şey anlamındaki emare'den ayrılmıştır. Oysa fıkıh örfünde delil, sahih nazar (doğru düşünme) ile matlub-i haberi'ye amaçlanan sonuca (şer'î hükme) kendisiyle ulaşılabilen şey, şeklinde tanımlanmıştır⁸⁰⁵. İbnu's-Saati, "matlub-i haberi" kaydındaki "haberi"ifadesini tasavvur harici olarak kayıtlamıştır. Bu durum dikkat çekicidir. Çünkü hükmün kendisi tasdikdir. Tasavvur ise hükme ulaşmak için bir şeyin suretinin zihinde veya akılda hükümsüz oluşmasıdır. Tasdik ise müsbet veya menfi olarak tasavvurla birlikte hükmün oluşmasıdır. Dolayısıyla bir hükme ulaşabilmek için üç şeyi tasavvur gerekir:

1. Mahkumun aleyhi, yani mevzuî tasavvur, 2. Mahkumun bihi, yani mahmulî tasavvur, 3. Hükmü, yani mevzu ile mahmul arasında nisbet-i hükmiyyeyi tasavvurdur. Örneğin "Zeyd kâtiptir" dediğimizde, yukarıdaki sıralamayı hızlı bir şekilde zihnimizde tasavvur ederek hükme ulaşmış oluyoruz⁸⁰⁶. Dolayısıyla matlubî haberide tasavvur öncelikle ilk merhale olarak geçilmiş ve bizzat tasdik⁸⁰⁷ olan hükmün beklenmesi gereği hedeflenmiştir. Öyleyse bir şey üzerine hüküm vermekten önce tasavvur şarttır (الحكم على الشيء فرع عن تصوره)⁸⁰⁸, sonucuna ulaşılır. Bir de burada ilim elde edilir ki, İbnu's-Saati usulcülerin örfündeki tanımında ilave olarak (إلى العلم)"ile'l-ilmî" kaydını zikretmiştir. Buradan hareketle kullanılan deliller âdeta ilmin göstergesi olduğundan zandan bahsedilemez anlamına gelir ki, zaten Şirazî ve İbn Saati de bu tanımla emare'nin çıktığına atıfta bulunmuştur⁸⁰⁹.

"Matlub-i haberi"yi Ömer Nasuhi Bilmen, şöyle açıklamıştır: "Emanetleri ehline tevdi etmek dinen lazım mıdır?" sorusu bir matlub-i haberidir. Yani burada "hükmü bekleme"ye matlub-i haberi denir, diyebiliriz. Örneğin "إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها" ayeti ise burada bir delildir⁸¹⁰. Bu delil kat'î olduğundan "burhan" olarak isimlendirilir. Çünkü incelendiğinde gerçekte emanetlerin ehline verilmesine muttali oluruz⁸¹¹. Sonuç

⁸⁰⁴ Çağdaş fıkıh usulü ile ilgili eserlerde delil: "Sahihi bir nazar (doğru düşünce) ile şer'î hükme ulaşılması mümkün olan şey" şeklinde tanımlanmıştır. bkz. Şelebi, Usul, s. 59.

⁸⁰⁵ İbnu's-Saati, I, 12. Matlub-i haberi, ispat edildikten sonraki dava'ya denir, diyebiliriz.

⁸⁰⁶ Kâtib el-Kazvini, s. 43-44.

⁸⁰⁷ Tasavvur ve tasdikatin usul açısından değerlendirmesi için bkz. İbn Sübki, Tâcuddin Abdulvehhab, Cem'u'l-Cevami' (Celal Şemsüddin el-Muhalla'nın Şerhi ve Bennâni'nin Haşiyesiyle Birlikte), Diyarbakır, tsz., I, 145-150.

⁸⁰⁸ Kâtib el-Kazvini, s. 45.

⁸⁰⁹ Şirazî, s. 5; İbnu's-Saati, I, 12.

⁸¹⁰ Bilmen, I, 15.

⁸¹¹ Hallaf, s.21.

olarak *matlub-i haberi*'yi şöyle açıklayabiliriz. Matlub, mantık ilminde netice (sonuç) demektir. Haberi (ihbarî) ise, inşainin zıddıdır. Bu anlamda ihbarî, isbatlanabilen önerme veya durum anlamında kullanılmaktadır. Aksi halde “bana bir su ver, okula gitme” gibi emir ve nehiy cümleleri ile “keşke....olsaydım” gibi temennilerden (terecci, arz, vb.) oluşan inşai cümlelerin doğruluk veya yanlışlığı ispatlanamaz. Halbuki ihbarî önermeler, doğrulanabilen ve yanlışlanabilen hüküm cümleleridir. Kısaca inşai cümlelerin isbatı olamaz. Dolayısıyla *matlub-i haberi*, ileri sürülen davanın (hükümün) delillerle ispat edildikten sonraki haline denir. Örneğin, “namaz vaciptir” davası (hüküm), ileri sürülünce bunu ispat için şöyle bir yol takip edilir; ileri sürülen hükme delil aranır ve konu ile doğrudan ilgili olan “اقموا الصلاة” ayeti temel alınır. Bu ayette emir vardır. Usuldeki “ الامر يفيد الوجوب” emir vaciplik ifade eder” kuralından hareketle “o halde namaz vaciptir” sonuç hükmüne ulaşılır. İşte başta ileri sürülen “namaz vaciptir” davasını delillerle ispat edince, davanın (hükümün) adı, *matlub-i haberi* olur. Neticede mantıktaki ifadelerin fıkıh usulünde kullanılması sonucu böylesi bir akıl yürütmeye ve hükmün ispat edilmesine gerek duyulmuştur.

Bu konuda dikkat edilmesi gereken bir husus da, bu dört delalet şekliyle birlikte kullanılan “nass” (ibaretu’n-nass...) kavramıdır. Burada nass, manası anlaşılan lafız demektir. Bu lafız, usul terminolojisindeki zahir, nass, müfesser ve muhkem kavramlarını kapsar⁸¹².

2.4.1. İbarenin Delaleti ile İşaretin Delaleti Arasında Tercih

Anlamanın en geniş boyutta ele alındığı hukuk metodolojisinde, belki de lafız mana ilişkisinin bu açıdan yorumlandığı bir bölüm yoktur. Çünkü kelimenin anlam alanı bu delalet şekillerinde olabildiğince metodik ve esnek bir formda ele alınmıştır. İbaretu’n-nassda nassın gelişinden birinci derecede bir hükme delalet edebileceği gibi, birinci hükme tabi olarak ikinci bir hükme daha delalet etmesi mümkündür. İşaretu’n-nassda ise, kelamın sevkinden asıl maksadın kendisinin olmadığı manaya delalet söz konusudur. Öyleyse ibaretu’n-nass ile işaretu’n-nassın birbirlerine karşı konumu sarıh lafzın kinaye veya müşkil bir lafzın daha açık bir lafza göre ortaya çıkan konumuna benzemektedir⁸¹³.

⁸¹² Şaşî, s. 61.

⁸¹³ Ahsiketî, I, 122.

İbarenin Delaleti: Lafzın sevk olunduğu manaya ibaresiyle ve üç çeşit delaletten (matlubî, tazammunî ve iltizamî) biriyle delalet etmesidir⁸¹⁴. Başka bir ifadeyle, bizzat lafzın sigasının gösterdiği anlam demektir. Bu lafız hâs olabileceği gibi âmm da olabilir⁸¹⁵. Bu delalette birkaç anlam birden kasdedilmiş olacağı düşünülmüştür. Fakat bu anlamların bazıları aslen kasdolunmuş olabileceği gibi, bazıları da tebe'an kasdolunmuş olabilir. Bunlar ya âyetler arasındaki insicamdan (siyak-sıbak) anlaşılır veya haricî birtakım deliller yardımıyla şari'in maksadı kasdedilmek suretiyle anlaşılır. Bu yüzden de ibaretu'n-nass, zahir, nass, müfesser ve muhkem gibi telakki edilebilir⁸¹⁶. Netice itibarıyla hukukçuların kelime veya cümleye atfettikleri kıymet, lafızların bizzat ibareleri sayesinde olmuştur⁸¹⁷.

Örneğin, “....Onların (ana ile çocuğun) örfe uygun olarak beslenmesi ve giyimi baba (مولود له, çocuğun kendisine nisbet edildiği kişi) tarafına aittir”⁸¹⁸. Bu ayetin ibaresinden iki hüküm anlaşılmaktadır: 1. Çocuk kime nisbet ediliyorsa o şahıs çocuğu doğuran annenin giderlerini kadının sosyal statüsünü de dikkate alarak insanca yaşaması için gerekli şartları sağlamak zorundadır. Bu anlam mutabikî bir anlamdır. Bu yüzden de asıl maksat olan anlamdır, çünkü âyetin asıl sevk sebebi budur⁸¹⁹. 2. Birinci hükme asaleten delalet eden ayet-i kerime, bu hükme tabi olarak da, çocuğun sadece babaya nisbet edileceğine ibaresiyle delalet etmektedir⁸²⁰.

Bu ikinci delalet şeklini Serahsî gibi bazı usulcüler âyetin işaretten delaleti olarak değerlendirmişlerdir⁸²¹. Fakat dikkatli incelendiğinde (ل) harfi ittifaken ihtisas anlamı için konulmuştur. Bu mananın fertleri arasında çocuğun babaya aidiyeti de vardır. O halde ibarenin delaletini kabul etmek daha açıktır. İşaretin delaletine gelince, (ل) harfi milkiyet için konulmuştur. Çocuğun babaya aidiyeti milkiyet hususunda değildir. Bunda icma vardır. Öyleyse babaya aidiyet nesep açısındanadır. Nesep ise bu harfin lazımlî manasıyla anlaşılır. Bir lafzın lazımlî manaya (mantıken çıkarılan anlam) delaleti ise ibarenin değil, işaretin delaletidir. Ancak sahih olan birinci görüşdür⁸²².

⁸¹⁴ Molla Hüsrev, s. 298-299.

⁸¹⁵ Serahsî, I, 254; Ahsiketî, I, 296-298.

⁸¹⁶ Dureynî, s. 276.

⁸¹⁷ Sava Paşa, II, 125.

⁸¹⁸ Bakara 2/233.

⁸¹⁹ Serahsî, I, 237; Neseî, I, 375; Dureynî, s. 291.

⁸²⁰ Dureynî, s. 292; Şaban, s. 336.

⁸²¹ Serahsî, I, 237; Neseî, I, 375-276; İbn Amir, I, 141.

⁸²² Şaban, s. 336.

Dureyni, konuyu (ﻝ) harfinin talil anlamından hareketle değerlendirir ve infakın babaya ait olmasının illetini bu nisbetle kurar. Hükümlerde şüphesiz maksut olan illettir. Öyleyse ayetin bu hükmü ibarenin delaletiyledir⁸²³, denebilir.

Her iki görüşü incelediğimizde, biz de birinci görüşün tercih edilmesi kanaatindeyiz. Zira tearuz halinde olan bu iki görüşten birinci görüşün delaleti mutabıkî, ikinci görüşün delaleti ise iltizamîdir. Mutabıkî anlamın, iltizamî anlama tercihi ise açıktır. Çünkü mutabıkî anlamda şari'in bizzat kasdı esas iken, iltizamî anlamda kasdın ne olduğu net değildir. Dolayısıyla açık kasıt, açık olmayan kasıta tercih edilmelidir, diyebiliriz.

İbaretu'n-nassın hükmü: Haricî arızalardan mücerret olduğu zaman katilik ifade eder. Eğer âmm kabilinden olur da tahsis görürse, o zaman delaleti zannî olur⁸²⁴.

İşaretin delaleti: Lafzın, nassın sevk edilişinden aslî veya tabi olarak kasdedilmeyip ancak sözün siyakından kasdedilen manadan da ayrılmayan bir anlama delalet etmesidir⁸²⁵. Yani lafzın hükmünü anlamak için herhangi bir ziyadeye ve noksanlaştırmaya ihtiyaç duymaksızın biraz düşünmekle elde edilen hükme işaretu'n-nass denir⁸²⁶.

Hanefi usulcüler ibarenin delaleti ile işaretin delaletinin umum veya husus olup olmadıklarında farklı görüşlere sahiptir. Bu görüşlerin teoride çok tartışılmasına rağmen, manaya delaletleri bağlamında ele aldığımızda, âmm ve hâssın delaleti Hanefilere göre kat'î olduğu için pek farklı sonuçlar doğurmayacağı kanaatindeyiz. İbarenin delaletinde husus olduğu kadar umumda olacağı ileri sürülürken, Molla Hüsrev, işaretin delaletiyle sabit olan hükmün, aynen ibareyle sabit olan hüküm gibi olmasından dolayı onun, umum ifade edeceği görüşünü tercih etmiştir⁸²⁷.

Örnek olarak, ibaretu'n-nassda verdiğimiz âyeti⁸²⁸ tahlil etmeye devam edeceğiz.

⁸²³ Dureynî, s. 294.

⁸²⁴ Şaşî s. 64.

⁸²⁵ Pezdevî, I, 68; Semerkandî, s. 397.

⁸²⁶ Serahsî, Usul, I, 236.

⁸²⁷ Molla Hüsrev, s. 163.

⁸²⁸ Bakara 2/233.

İslam hukukçuları, bu ayetten işaret yoluyla, yani lüzumî aklî ile birkaç hüküm çıkarmışlardır:

1. Çocuğun nafakasını ödeme mükellefiyeti sadece babaya aittir. Çünkü nesep bir haktır, bu hakkı elde eden bu haktan doğan borçları da yüklenmesi gerekir. (الغرم بالغنم) “nimet külfetin karşılığındadır”⁸²⁹ prensibi de bunu gerektirmektedir⁸³⁰. Fakat Dureynî, bu yaklaşımın ayetten anlaşılamayacağını ileri sürerek şöyle der: “Çünkü bu aklen lazım (gerekli-zorunlu) olan bir durumdur. Bir de nafakanın babaya ait oluşu, tabîî bir durumdur. Zira nesebin sübutiyeti bu sonucu doğurmaktadır”⁸³¹. Zaten Serahsî de bu konuyu çocuğun babaya nispet edilmesiyle tabîî bir durum olarak değerlendirmiştir⁸³².

2. Babanın çocuğun malında milkiyet hakkının olduğu anlaşılmaktadır. Çünkü ayetteki (ل) harf-i cerri aynı zamanda milkiyet ifade etmektedir⁸³³. Bundan ötürü Peygamberimiz “أنت ومالك لأبيك” sen malınla birlikte babana aitsin”⁸³⁴ buyurmuştur. Bu ayetin işaretiyle babası çocuğunun malını telef etse ceza gerekmeyeceği anlaşılmaktadır⁸³⁵. Ayrıca karşılıksız olarak babanın evladının malından yiyeceği de anlaşılabılır ki, buna hadis-i şerifte de ibarenin delaletiyle yer verilmiştir. “أولادكم هبة لكم يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور وأموالهم لكم إذا احتجتم إليها” çocuklarınız size yapılmış birer bağıştır. Allah dilediğine kız, dilediğine erkek çocuk bağışlar. Onların malları da, ihtiyaç duyduğunuzda size aittir”⁸³⁶.

3. Çocuğun, ebeveyni arasında nikah bağı devam ettiği sürece, annenin de sütü varsa babanın çocuğun annesine süt için para vermesi caiz değildir. Çünkü ayet annenin .nafaka yükümlülüğünü babaya yüklemiştir. Bu yüzden “anneler çocuklarını tamı tamına iki sene emzirsinler” ayeti de dikkate alınmalıdır⁸³⁷. Ayetin delaleti ibaresiyledir. Öyleyse günümüzde feminist tavır sergileyenler, annelerin kendi çocuklarını emzirme yükümlülüklerinin olmadığı hükümünü vermişlerdir, diyebiliriz. Ayrıca olayın sosyal ve psikolojik boyutunu da dikkate alırsak, çocuğu doğuran annenin emzirmesinin

⁸²⁹ Mecelle, md. 88.

⁸³⁰ Şaban, s. 336.

⁸³¹ Dureynî, s. 296.

⁸³² Serahsî, Usul, I, 237.

⁸³³ Neseî, I, 232 vd.

⁸³⁴ Ebu Davud, Büyu, 79; İbn Mâce, Ticaret, 64.

⁸³⁵ Serahsî, a.e., I, 237.

⁸³⁶ Ebu Davud, Büyu, 79.

⁸³⁷ Serahsî, a.e., I, 237.

günümüzdeki bilimsel verilerce de desteklendiğini görmekteyiz. Hukuken konuya baktığımızda, ne zaman karı-koca arasında bir bain boşanma gerçekleşir ve kadın da kocasına dönmeyi düşünmezse o zaman zevciyet ilişkisi bittiğinden dolayı süt anne olarak tutulabilir. Konuyu ahlaken değerlendirirsek, doğuran annenin her halükârda emzirmesi savunulabilir.

4. Bu ayetin işaretinden çıkarılan bir hüküm de annenin çocuğunu emzirirken alacağı yiyecek ve giyeceklerde belirli bir kriteri yoktur. Böyle bir kalite şart koşulamaz. Ancak örfen uygun olan neyse ona riayet edilir⁸³⁸. Burada kadının sosyal statüsüne ve saygınlığına halel getirilmemesine dikkat edilmesi gerekirken, taraflara taşıyamayacağı kadar sorumluluk yüklemek de doğru değildir.

5. Bu ayetin işaretinden (işaretu'n-nass) şu da anlaşılır: Neseben çocuk babasına nispet edilmekle birlikte hürlük ve kölelikte anneye nisbet edilmesi söz konusudur⁸³⁹. “وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف” aslında bu ayetten hareketle nesebin babaya nisbet edildiği gibi, hürlük ve köleliğin de babaya nispet edilmesi düşünülebilir.

6. Bu ayetin işaretinden denklikte baba tarafının esas olduğu hükmüne ulaşılmıştır⁸⁴⁰.

7. Ayrıca bu ayetin işaretinden evlenecek kızın mehri konuşulurken, baba tarafının bayanları, yani babasının kız kardeşi mehir olarak ne almışsa onun esas alınması gereğine de ulaşılabilir.

İşaretu'n-nassın hükmü: İbarenin delaletinde olduğu gibi zannîliğe çevirecek herhangi bir delil (tevil, tahsis) olmadığı sürece kat'ilik ifade eder⁸⁴¹.

Ancak bu iki delalet şekli arasında şöyle bir fark vardır: İbarenin delaletinde lafzın delaleti, çoğu kere mutabıkî ve tazammunî olurken bazen de iltizamî olur. Fakat işarete delalette ise Dureyni'ye göre “şari'in asla kasdetmediği” mantıken iltizamî bir delalet söz

⁸³⁸ Serahsî, a.e., I, 237.

⁸³⁹ Şaşî, s. 64.

⁸⁴⁰ Şaban, s. 336.

⁸⁴¹ Şaşî, s. 64.

konusudur⁸⁴². Dureyni'nin “şari'in asla kasdetmediği” ifadesine katılmıyoruz. Eğer bunu kesin söylersek o zaman işareten çıkarılan hükümlerle amel etmek imkânsızlaşır. Oysa biz biliyoruz ki, işareten delalet ile sabit olan hükümlerle amel etmek gerekir. Kanaatimce bu ifade yerine “şari'in sevk sebebi ibarede esas (doğrudan) iken, işarete talî (dolaylı) olarak değerlendirilmektedir” ifadesi konulsaydı daha isabetli olurdu.

Bu iki delalet şekli tearuz edince pek tabîî olarak ibarenin delaleti işarete tercih edilir. Çünkü hukukta aslolan zahirle amel etmektir. İbarede delalet, işareten daha açıktır. Öyleyse zorunlu olarak ibarenin delaleti tercih edilecektir.

Örneğin “يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القتال في القتلى” Ey iman edenler! Öldürülenler hakkında kısas size farz kılındı⁸⁴³ ayeti ibaresiyle öldürme eylemini gerçekleştiren kişinin de kısasen öldürüleceğine açıkça delalet etmektedir. “ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاءه جهنم خالدا فيها” و غضب الله عليه ولعنه وأعد له عذابا عظيما Kim bir mü'mini kasden öldürürse, cezası, içinde ebedî olarak kalacağı cehennemdir. Allah ona azap etmiş, onu lanetlemiş ve onun için büyük bir azap hazırlamıştır⁸⁴⁴ ayeti ise, kasden adam öldürene kısasın yapılamayacağını işareten delalet etmektedir. Zira Allah bu fiilin cezasını cehennemde ebedî kalmakla beyan etmiştir. Beyan makamında (açıklama bulunma yerinde) sırf bir hükümle yetinmiş olması, “hasr” a yani hükmün ondan ibaret olduğuna delalet eder. Bu da kasden adam öldürene kısasın uygulanmayacağıdır. Oysa bu sonuç ibarenin delaletiyle ortaya konan hükme aykırıdır. Onunla tearuz etmektedir. Bu durumda ibarenin delaleti işaretin delaletine tercih edilir ve katile kısas uygulanır⁸⁴⁵.

İkinci ayet-i kerimede kasden mü'mini öldürenin ebedi cehennemde kalmasının sebebi, “mü'mini mü'min olduğu için öldürürse veya mü'mini öldürmeyi helal kabul ederse, bu iki durumda da küfre girmiş olur”⁸⁴⁶. İbn Abbas'ın da bu görüşte olduğu zikredilmektedir⁸⁴⁷. Dolayısıyla bu ayet-i kerime ile uhrevî cezaya dikkat çekilmiştir. Bu

⁸⁴² Dureynî, s. 304-305.

⁸⁴³ Bakara 2/178.

⁸⁴⁴ Nisa 4/93.

⁸⁴⁵ Şelebî, Usul, s. 488-489; Ebu Zehra, s. 145; Şaban, s. 343.

⁸⁴⁶ Neseî, Ebu'l-Berekat Hafızüddin, Tefsiru'n-Neseî, Beyrut, tsz., I, 244.

⁸⁴⁷ Sabunî, Muhammed Ali, Safvetu't-Tefâsîr, Daru'l-Ensar, İstanbul, 1987, I, 297.

yüzden de diğer ayet-i kerime ile tearuz halinde görülmektedir. Ancak birinci ayette delalet ibare ile olduğundan tercih edilmesi gerekir⁸⁴⁸.

2.4.2. Nassın Delaleti ile İktizanın Delaleti Arasında Tercih

Genişletici yorum olarak kabul ettiğimiz delalet şekilleri içerisinde delaletu'n-nass ile iktizau'n-nass ibare ve işaretin delaletinden daha kapalıdır. Zira bunlarda da lafzın delaleti semantik tahlillerle anlaşılırsa da, diğer iki delalet şekli kadar açık değildir. Çünkü delaletu'n-nassda kelimenin lügat anlamı dikkate alınarak o anlam alanına girecek bütün durumların o lafızla kasdedilen hükmü giyecekleri anlaşılır. İktizau'n-nassda ise daha ziyade cümleden hükmü çıkarmak için hazfedilmiş olan kelimelerin bir zaruret olarak doğru şekilde yerleştirilmesi gerekmektedir.

Nassın delaleti (delaletin delaleti): İctihad ve istinbatsız sadece lügattan hareketle nassda belirtilen hükmün illetinin bilinmesine denir⁸⁴⁹. Daha açık bir ifade ile, sözün, nassda belirtilen duruma ait hükmü, inceleme ve içtihadla bulunmaya ihtiyaç duyulmaksızın sadece dil unsuruna dayanarak anlaşılabilen illetteki müştereklik sebebiyle nassda belirtilmeyen durum hakkında da sabit olduğunu göstermesidir⁸⁵⁰. Kısaca, nassda belirtilen hükmü, nassda belirtilmeyen hükme sadece lügatten ulaşılan illete dayanarak esas kabul etmeye denir, şeklinde tanımlayabiliriz. Bu, âdeta hâssın zikredilip (bununla beraber) âmın murad edilmesi gibi bir şeydir, diyebiliriz.

Ayrıca bu delalet şeklinde, meskût anı (nassda belirtilmeyen konu) hakkında sabit olan hüküm, mansûs aleyh (nassda belirtilmiş konu) için sabit olan hükümle örtüştüğünden “mefhûm-u muvafaka” adını da almıştır⁸⁵¹. Bazen bu delalet şekli kıyas-ı celî ile karıştırılmıştır⁸⁵². Oysa Hanefî hukukçular buna genelde dikkat çekmiştir. Şöyle ki, kıyasta illet, içtihad ve istinbat metotlarıyla tespit edilirken (sebr ü taksim gibi) bu delalet şeklinde sadece lügatın encelenmesinden illete ulaşılır⁸⁵³. Aslında kural, ulaşılan kelimenin anlam alanının genişletilerek diğer eylemlerin de o anlamı içermesidir. Yoksa teknik anlamdaki

⁸⁴⁸ Şelebî, Usul, s. 489; Dureynî, s. 474.

⁸⁴⁹ Şaşı, s. 64.

⁸⁵⁰ Şaban, s. 338.

⁸⁵¹ Abdulaziz Buhârî, I, 73.

⁸⁵² Şafîî, Risale, s. 477.

⁸⁵³ Pezdevî, I, 73. Kıyasla, delaletu'n-nassın farkı için bkz. Molla Hüsrev, s. 305-306, Ali Haydar, I, 248; Bilmen, I, 89.

illetin elbette aynısı değildir. Bu bir lafzın anlamından ikinci bir anlama ulaşmak veya birinci anlamın eserine varmaktır, diyebiliriz⁸⁵⁴.

Örneğin, “إِذَا بَلَغَ الْكَبِيرَ أَحَدُهُمَا أَوْ كَلَاهُمَا فَلَا تُقَاتِلْ لَهُمَا أَفْ وَلَا تَهْرَبْهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلًا كَرِيمًا”, Onlardan biri veya her ikisi (ana-baba) senin yanında yaşlılık çağına ulaşırsa, onlara ‘öf’ bile deme, onları azarlama, onlara güzel söz söyle”⁸⁵⁵. Ayet ilk bakışta, yani ibaresiyle çocuğun ana-babasına “öf” demesinin haram kılındığını göstermektedir. “Öf” kelimesi dilsel olarak incelendiğinde bunun eseri olan “eziyet” hükmün illetini ortaya koymaktadır⁸⁵⁶. Dolayısıyla bu illete ulaşmamıza yardımcı olan nassın ruhu, nassdan anlaşılan veya mananın manası şeklinde de isimlendirilebilir. O zaman nassdan şu anlaşılır: “O ikisine eziyet çeşitlerinin en azıyla bile eziyet etmeyin”⁸⁵⁷.

Bu durum, dövme veya sesli olarak hakaret etme çeşitlerinin tümünü bitariki’l-evla yasaklamış olur. Bu ayetten bu bağlamda çeşitli hükümlere ulaşılmıştır: 1. Baba ve anne dövülmez ve hakaret edilmez, 2. Ücretli veya ücretsiz baba-anne hizmetçi tutulamaz, 3. Baba ve anne evlatlarına borçlu olsalar, bu borç nedeniyle hapsedilemezler, 4. Yine baba-anne evlatlarını öldürse, onlara kısas uygulanmaz⁸⁵⁸. 5. Çocukları denk birisiyle evlenmeyince baba-ananın müdahale hakkının olması. Çünkü her ana ve baba için, evlatlarının yanlış evlilik yapması onlara birer eziyettir. 6. Çocukların fakir olan baba ve annelerine zekat verememeleri de bu âyete dayandığı kanaatindeyiz. Çünkü onlara bakmakla yükümlüdürler. Zekat ise onları, bir nevi yabancı hükmüne sokacağından onur kırıcı olur. Bu da bir vicdanen eziyettir. 7. Çocukların yapacakları muamelelerde ve eylemlerde anne ve babalarına danışmaları en azından ahlaken birer görevdir. Zira insana danışılması ona verilen değeri gösterirken, danışılmaması ise bir nevi değersizliği ifade eder. Bu yüzden ahlakî yükümlülüklerin temeli bu ayetin delaletine dayanmaktadır, diyebiliriz⁸⁵⁹.

⁸⁵⁴ Dureynî, s. 309.

⁸⁵⁵ İsrâ 17/23.

⁸⁵⁶ Şaşı, s. 64.

⁸⁵⁷ Dureynî, s. 310. Bu anlama katılmakla birlikte, başka bir ayette “أَفْ لَكُمْ وَلِمَاتَعْبُدُونَ مِنْ دُونِ اللَّهِ” geçen “أَفْ” kelimesinde anlamla mefhum olarak bir irtibatın olup olmadığı araştırılabilir.

⁸⁵⁸ Şaşı, s. 65.

⁸⁵⁹ Bu konuyu mantıktaki lüzum açısından şöyle değerlendirebiliriz: Lüzum ikiye ayrılır: 1. Lüzum-u beyyin bi ma’ne’l-ea’mm; yani melzumu tasavvur ve lazımı tasavvur edince lazımla melzuma gerekli olduğu anlaşılır. Burada “أَفْ, üf” ifadesini (melzum) tasavvur edip, bir de “eza”yı (lazım) tasavvur edersek, “eza”nın “üf”fe lazım olduğu anlaşılır. Yukarıda zikredilen özellikle ilk dört madde “eza”nın çeşitleridir. Dolayısıyla ezayı gerektiren ne varsa Rabbimiz tarafından haram edilmiştir. Çünkü burada asıl mana “üf”fün lazımlıdır.

Nassın delaletinin hükmü: Mansus aleyhdeki (nassla belirtilen hüküm), hükmün umumî olduğunu ifade eder⁸⁶⁰. Öyleyse zannîliğe çevirecek bir başka delil bulunmadıkça delaleti kat'idir. Zira burada hüküm, siyak itibariyle sözden anlaşılan illete bağlanmaktadır. Bir de burada hükmün gayesi ve illeti vasıtasıyla hükme ulaşılsa da hüküm neticede nassla sabit olmaktadır. O yüzden bu delaletle sabit hüküm, kıyasla sabit hükme tercih edilir. Çünkü burada illet daha objektif kriterlere dayanmakta iken, kıyasta illet rey ve içtihadı dayanmaktadır. Her zaman illeti açık ve seçik olanın kapalı olana tercih edileceği bir hukuksal gerçektir⁸⁶¹.

Şimdi işaretu'n-nass ile sabit olan hükümle, delaletu'n-nass ile sabit olan hükmün tearuzuna örnek verebiliriz. Öncelikle şunu vurgulamalıyız: İşaretin delaleti, delaletin delaletinden kuvvetlidir. Zira birincide hükme delalet bizzat lafız ve sigasıyla olurken, ikincide hükme delalet tek başına lafızla değil lafzın içerdiği anlamlardan elde edilen illet vasıtasıyladır. Bu yüzden işarettaki delaletin, delaletteki delalete tercihi mantıksal ve hukuksal bir zorunluluktur.

Örneğin, *ومن يقتل مؤمنا خطا فتحرير رقبة مؤمنة*, Yanlışlıkla bir mü'mini öldüren kimsenin mü'min bir köle azad etmesi gerekir⁸⁶² ayeti ibaresiyle hata ile adam öldürme fiilinde keffaretin vacip olduğunu açıkça ifade etmektedir. Nassın delaleti ile bu ayetten şu hüküm çıkarılmaktadır: Kasden adam öldürmede ise kefaretin bi tariki'l-evla (evleviyetle) vacip olduğu anlaşılmaktadır. Çünkü hata ile adam öldürme fiilinde kefaretin vacip oluşu, öldürme fiilini önlemektir. Durum böyle olunca, kasden adam öldürmede bu fiili önlemek daha da gereklidir. Öyleyse kasden adam öldürmede de kefaretin evleviyetle geçerli olmalıdır. Asıl amaç olan öldürmeyi önlemek kasıтта daha önemlidir. Bu nedenle kasden öldürmede de kefaretin gereklidir. Oysa *ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاءه جهنم خالدا فيها*, Kim bir

alınmıştır. 2. Lüzum-u beyyin bi ma'ne'l-ehâss; eğer melzumu tasavvur lazımı tasavvursuz mümkün olmuyorsa, o zaman gerçekleşmiş olur. Örneğin, kör (أعمى) ve bir de fakir (فقير) kavramlarını ele alalım: Kör (أعمى) melzum, görmek ise lazımdır. Dolayısıyla kör'ü tasavvur etmek için lazımı, yani görmeyi tasavvur etmek gerekir. Fakir için de "malı yok"u tasavvur etmek gerekir. Ancak "üf"ü tasavvur etmek yukarıda zikredilen maddeleri gerektirmez. Dolayısıyla lüzumu beyyin bi ma'ne'l-ehâss değildir. Buradaki lüzum, lüzum-u beyyin bi ma'ne'l-ea'mmdır. Neticede dünya durduğu müddetçe çıkacak olan bütün ezaları kapsamaktadır. Bu durum bize delalet'n-nassın manasının âmm olduğu ve tahsis edilemeyeceği sonucunu hatırlatır. Çünkü tahsis edilirse o zaman ezanın tahsisi gerekir ki, bazı hadiseler uygulanamaz. Bu da illetin bölünmesini gündeme getirir. Oysa böyle bir bölünmenin illette düşünülemeyeceği açıktır.

⁸⁶⁰ Şaşı, s. 65.

⁸⁶¹ Bilgi için bkz. Şaban, s. 342.

⁸⁶² Nisa 4/92.

mü'mini kasden öldürürse, cezası, içinde ebedî olarak kalacağı cehennemdir”⁸⁶³ ayeti ise işaretiyle kasden öldürmede kefaretin gerekmeceğidir. Çünkü ayette ceza olarak sadece cehennemde kalma gösterilmiştir. Beyan makamında başka bir hükmün belirtilmemesi, kasden adam öldürmede başka bir cezanın uygulanmayacağı anlamına gelmektedir. Dikkatli incelendiğinde birinci ayetin delaletinin delaleti, kasden adam öldürmede kefaretin gerekliliğini gösterirken, ikinci ayetin işaretinin delaleti ise, kasden adam öldürmede kefaretin değil, ebedî cehennemde kalmanın gereğini göstererek birinci ayetin delaletinin delaletiyle tearuz etmektedir. Hanefiler burada işaretin delaletini, delaletin delaletine tercih ederek kasden adam öldürmede kefaretin gerekmeceğine ulaşmışlardır⁸⁶⁴. Kasden adam öldürmenin cezasını, kısastan, ibaresiyle⁸⁶⁵ bahseden ayet-i kerimeyle belirlemişlerdir.

Şafiiler ise birinci ayetin delaletinden hareketle (delaletin delaleti) kasden adam öldürmede de kefaretin evleviyetle gerekeceği kanaatine ulaşmışlardır. Çünkü onlara göre buradaki delalet, mefhumu'l-muvafakattır. Onlar buna fehva'l-hitap, lahne'l-hitap ve kıyas-ı celî gibi isimler vermekteler ki bu, Hanefilerin delaletin delaletinin karşılığıdır. Cumhur, mefhumun⁸⁶⁶ delaletini, mantukun⁸⁶⁷ delaletine tercih etmiştir. Çünkü Şafiiler de, mufhumla amel etmeyi mantukla amel etmeye tercih ettiklerinden bu yola girmişlerdir.

Burada bir hususa dikkat çekmek isteriz: Şöyle ki, Hanefilerin anlayışından hareketle cumhura veya Şafiilerin görüşüne bakmak yanlış olur. Çünkü onlar Hanefilerin kabul ettikleri ibare ve işaretin delaletini öyle değerlendirmiyorlar. Bu nedenle de onlar işaretin delaletini, delaletin delaletine tercih etmiyorlar. Çünkü Şafiilere göre delaletin delaleti (mefhumu'l-muvafaka), nassın lügatından anlaşılırken, ibare ile işaretin delaleti nassın levazımından anlaşılmaktadır. Lügatın levazımından olan şeyi şari bazen kasdetmiş, bazen de kasdetmemiş olabilir. Onlar, onun için delaletü'n-nassı (delaletin delaleti) ibare ve işarete tercih ederek, katl-i âmdde kefaretin de gerekli olduğuna ulaşmışlardır. Hanefiler

⁸⁶³ Nisa 4/93.

⁸⁶⁴ Bilgi için bkz. Molla Hüsrev, s. 311; Ahsiketî, I, 146; Dureynî, s. 474-475; Şaban, s. 344.

⁸⁶⁵ Bakara 2/178.

⁸⁶⁶ Delaletü'l-mefhum: Lafzın sözde zikri geçmeyen ve ifade edilmeyen bir şeyin hükmüne delalet etmesi demektir. Bu iki kısma ayrılır: a) Mefhumu'l-muvafaka, b) Mefhumu'l-muhalefe.

⁸⁶⁷ Delaletü'l-mantuk: Lafzın sözde zikri geçen ve ifade edilen bir şeyin hükmüne delalet etmesidir. Bu, Hanefilerdeki ibarenin delaleti, işaretin delaleti ve iktizanın delaletini karşılamaktadır. Cumhurun ve özellikle de Şafiilerin muteber saydığı istidlal çeşitleri için bkz. Dureynî, s. 463-470; Berkî, Hukuk Mantığı, s. 54-58; Hudarî, s. 124-131.

ise buna karşılık ibare ve işaretin delaletinin nassın nazmından alındığını, bu da nassın lazımıdır. Dolayısıyla melzumun zikri lazımın da zikrini gerektirir. Fakat delaletü'n-nass (delaletin delaleti) ise lafzın mantukundan anlaşılmaz, belki mefhumundan anlaşılır. Mantukun delaleti ise, mefhumun delaletinden evladır. Bu yüzden tercihte Hanefiler ibareyi işarete, işareti de delalete tecih etmişlerdir⁸⁶⁸. İbn Melek, işarete lafız ve lügat manası bulurken delalette ise yalnızca lügat manası bulunur, tearuz halinde iki mana karşılaştırılır, lafız çatışmadan salim hale geldiğinden tercih meydana çıkar, demiştir⁸⁶⁹.

Görüldüğü gibi buradaki ihtilaf, müçtehitlerin baştan lafızla ilgili belirledikleri kriterlerle ilgilidir. Bir anlamda tartışma lafzî olarak ortaya çıkmaktadır. Dikkatle incelendiğinde müçtehitler aynı şeylere farklı isimler verdiğinden zahirde tartışma görünmektedir. Oysa Şafililerin Hanefilere yaptığı itiraz, Hanefilerin kasdettiği ile ilgili olmadığı gibi, Hanefilerin Şafilere yaptığı itiraz da Şafililerin kasdettiği ile ilgili değildir. Bu tartışma, temel de farklı başladığı için gittikçe çember genişlemiştir. Konunun diğer boyutu ise, Hanefilerin delalet çeşitlerini, dörde ayırarak lafız-mana ilişkisinde gayet geniş bir çerçeveye oturtmuşlardır. Kanaatimizce cumhur usulcüler de Hanefilerin genişlettikleri bu anlam alanını mefhum-ı muhalefetle doldurmaya çalışmışlar, fakat geçerli olması için de birtakım şartları koymak zorunda kalmışlardır. Çünkü ben A'ya hibede bulunacağım dendiği zaman B'ye hibede bulunmayacağım anlamı çıkarılamaz. Netice itibariyle bu ihtilaflardan uzaklaşmak için lafızların hükümlere delaleti incelenirken, bir de hükmün sosyal realiteyle olan münasebeti dikkate alınmalıdır. Bunun da Hanefilerin tespit etmiş oldukları nassın delaletinde lafızdan hareketle ulaştıkları illetle gerçekleşeceği kanaati ağır basmaktadır. Çünkü illet birliğinin yeni hadiseyle nassdaki hadisenin hükümde birleşmesini en iyi sağlayacağı açıktır. Hanefilerin bunu kıyasla (kıyas-ı celî) karıştırmaması da ayrı bir hukukî niteliği haizdir.

İktizanın delaleti: Kendisi olmadan nassla amel etmek mümkün olmayan ve nassın hüküm ifade etmesi için mansus aleyh üzerine ziyade edilmesi zorunlu olan fazlalıktır⁸⁷⁰. Kısaca sözün aklen ve şer'an doğru anlaşılması için takdirin yapılması şarttır⁸⁷¹. İktizanın

⁸⁶⁸ Bilgi için bkz. Ebu Zehra, s. 146.

⁸⁶⁹ İbn Melek, s. 173.

⁸⁷⁰ Serahsî, Usul, I, 248.

⁸⁷¹ Semerkandî, s. 402.

üç unsuru bulunmaktadır⁸⁷². Serahsî, iktiza ile sabit olanın, delaletle sabit olanın menzilesinde olduğunu bildirirken, kıyas yoluyla sabit olanın menzilesinde olmadığına da atıfta bulunmuştur⁸⁷³.

Örneğin, Hz. Peygamber “رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه” ümmetinden hata, unutma ve zorlandıkları (ikrah) söz ve fiilleri kaldırılmıştır⁸⁷⁴ buyurmaktadır. Bu hadisin ibaresinden, ümmette hata türü şeylerin bulunmayacağı anlaşılır. Oysa bu, realiteye aykırıdır. Peygamberin böyle bir şeyi buyurması, doğru olmaz. O zaman buradaki anlamın aklen ve şer’an doğru olabilmesi için bir takdire ihtiyaç vardır. O da “إثم, günah” veya “حكم, hüküm” gibi bir lafzın takdir edilmesi gerekir. O zaman anlam “bu eylemlerin günahı veya hükmü kaldırılmıştır” şeklinde olur. Hilaf-ı hakikat olmaması için yapılan işte bu takdirler iktizanın delaletidir⁸⁷⁵.

İktizanın delaletinin hükmü: Zaruret yoluyla sabit olduğundan zaruret miktarınca takir olunur⁸⁷⁶. Bu durum aynı zamanda Hanefilerin iktizanın delaletinden hâss bir hüküm aldıkları anlamına gelir, diyebiliriz. Serahsî, iktizau’n-nass ile sabit olan hükmün delaletü’n-nass ile sabit olan hüküm gibi kat’ilik ifade edeceğini bildirir. Ancak tearuz ettiklerinde delaletü’n-nassın iktizu’n-nassa tercih edileceğine de vurgu yapmıştır⁸⁷⁷. Neticede tercih sıralamasında iktizau’n-nass en sonra gelmektedir. Çünkü iktizau’n-nass ile sabit olana lafzın sigası delalet etmediği gibi, mefhumu da delalet etmemektedir. Buradaki

⁸⁷² Takdiri gerekli kılan nassa muktezi, takdir edilen manaya mukteza, muktezayla muktezi arasındaki ilişkiye de iktiza denir. Dureynî, s. 351. Mukteza ile mahzuf arasında fark vardır. Şöyle ki, eğer mukteza olmasa kelamın realiteye aykırı olur. Metinde zikredeğimiz hadisteki iktiza bunun delilidir. 2. Kelamın zorunlu olması için aklen zarurî olur. “واسئل القرية, köye sor” (Yusuf 12/82), yani “köy ehlinde sor” demektir. Burada (اهل) “ehl-halk” kelimesini getirmek aklen zarurîdir. 3. Kelamın hukuken doğru anlaşılması için gerekli görülen ilave. “حرمت عليكم أمهاتكم, size analarınız haram kılındı” (Nisa 4/23), yani “analarınızın nikahı haram kılındı” demektir. Yapılan muktezi “زواج” kelimesidir. Çünkü hürmet ve helallik gibi teklifi hükümler şahıslara nispet edilmez, bilakis kulların fiillerine nispet edilir. Bilgi için bkz. Dureynî, s. 357-360. Netice itibariyle 1. Mukteza hukukî, mahzuf lugavîdir. 2. Mahzufun mezkurdan derece bakımından düşüklüğü şart koşulamaz. Çünkü mahzuf mezkuruna bağlı değildir. Ancak mukteza bunun aksinedir. 3. Mukteza, umumu kabul etmezken, mahzuf kabul edebilir. Bu konu Hanefilerle Şafililer arasında tartışılmıştır. Bilgi için bkz. Serahsî, Usul, I, 250-251; Dureynî, s. 369-376.

⁸⁷³ Serahsî, a.e., I, 248. Hanefilerle cumhurun delalet anlayışının mukayesesini için bkz. Kindî, İbrahim b. Ahmed b. Süleyman, ed-Delâlât ve Turuku’l-İstinbad, Beyrut, 1998.

⁸⁷⁴ İbn Mâce, Talak, 16.

⁸⁷⁵ Hudarî, s. 124; Şelebî, s. 486; Dureynî, s. 352-354.

⁸⁷⁶ Şaşı, s. 67.

⁸⁷⁷ Serahsî, a.e., I, 248.

“sadece” mana bağlamında zarureten gerekli görülen bir takdirdir. Bunda da ihtilaf söz konusudur. Dolayısıyla iktizanın delaleti en alt mertebede kalmaktadır⁸⁷⁸.

İktizau'n-nassın, ibare ve işaretin delaletinde olduğu gibi müstakil bir delaleti yoktur. Sadece kelimayı tashih etmek için melhuz ve maksut olan bir manayı takdirden ibarettir. Dolayısıyla tearuz halinde iktiza en sonda gelmektedir. Hatta bu bazen âmmla hâssın tearuzu gibi cereyan eder. Çünkü tahsisin esası da tearuzdur.

Yukarıda zikrettiğimiz hadisin genel anlamını düşündüğümüzde, peygamberimizin “من نام عن صلاة أنسيها فليصلها إذا ذكرها فإن ذلك وقتها” Kim uyur veya unuttur da namazını kılamazsa, onu hatırladığında kılsın, çünkü o hatırlama anı o namazın vaktidir⁸⁷⁹. Şimdi birinci hadiste hata, unutmama ve ikrah ile yapılan amellerin, dünya ve ahirette hukukî bir sorumluluk doğurmadığı iktizanın delaletiyle anlatılmış, son hadiste ise özel bir duruma dikkat çekilmiştir. Peygamberimiz âdeti birinci hadisteki genel durumu, ikinci hadisteki bu özel durumla tahsis etmiş gibidir⁸⁸⁰. Diğer bir ifade ile birinci hadis iktizanın delaletini gösterirken, ikinci hadis ibarenin delaletini göstererek, ibarenin delaletinin iktizanın delaletine tercih edileceğini ifade etmektedir, diyebiliriz.

Bu tercihi kuvvetlendiren usul kaidesi de vardır. Şöyle ki, “الواجب بالأمر تسليم مثل” الواجب, vacibi emir, vacibin mislinin yerine getirilmesini (teslimini) emirdir⁸⁸¹. Yalnız bu kural, “هو تسليم مثل الواجب” şeklinde tanımlanan kaza⁸⁸² ve “هو تسليم عين الواجب بالأمر” şeklinde tanımlanan eda⁸⁸³’dan farklıdır. Kaldı ki, eda ile kaza kavramları mecazen bir biri yerine de kullanılmaktadır. Öneğin, “فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض” namaz kaza edilince (edaen kılınınca) yeryüzüne dağılın⁸⁸⁴ ayeti bunun bir örneğidir. Sonuçta “edası emredilen şeyin kazası da emredilmiştir” prensibine ulaşılabacağı anlaşılmaktadır.

⁸⁷⁸ Dureynî, s. 376-377.

⁸⁷⁹ Ebu Davud, Salat, 11; İbn Mâce, Salat, 10.

⁸⁸⁰ Dureynî, s. 478-479.

⁸⁸¹ İbn Melek, s. 35. Eda ve kaza konusunda geniş bilgi için bkz. Haskefî, Muhammed Alaüddin, İfâdâtü'l-Envar ala Usulî'l-Menar, thk. M. Said Burhan, Dimeşk, 1992, s. 66-68; Pala, Ali İhsan, “Namazların Kazası Meselesine Metodolojik Bir Yaklaşım”, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S. 3, Haziran 2004, s. 231-251.

⁸⁸² Neseî, Ebu'l-Berekât Hâfızuddin, el-Menar, (İbn Melek'in Şerhiyle Birlikte), İstanbul, tsz., s. 35.

⁸⁸³ Neseî, a.e., s. 34.

⁸⁸⁴ Cuma, 62/10.

3. Hükme Delalet Açısından Tercih Sebepleri

Hüküm, sözlükte menetmek ve çevirmek anlamlarına gelmektedir. Bu yüzden nefisini kötülüklerden koruyan kişiye “hekim adam” denir. Ayrıca, bir şeyi layık olduğu yere koyma anlamına gelen hikmet kelimesiyle de örtüşmektedir. Hatta hukuk örfünde, kulların maslahatını çağrıştırıp, fesat ve kötü şeylere mani olan anlamında kullanıldığı gibi, hikmetü balığa, güzel manalar ve bir şeyi gerektirdiği şekilde sağlam yapmak manasında da kullanılmaktadır⁸⁸⁵.

Hükümün⁸⁸⁶ istilahî anlamında⁸⁸⁷ Hanefilerle diğer mezhep müçtehitleri arasında fark vardır. Hanefiler, teklifi hükümü “mükelleflerden sadır olan fiillere, şari’in yapılmasını veya yapılmamasını istemiş, yahut da serbest bırakmış olmasına göre bağlanan “şer’î vasıf” şeklinde tanımlarken⁸⁸⁸, diğer mezhepler; şari’in, mükelleften bir fiilin yapılmasını veya yapılmamasını istemesi, yahut da serbest bırakmasıyla ilgili “hitabı”⁸⁸⁹ şeklinde tanımlamıştır.

Fıkıh usulü ile ilgili eserlerde fakihlerin ve usulcülerin tanımı diye verilen açıklamalar şer’î hükümün iki boyutuyla ilgilidir. Birincisi hükümün sadır olduğu kaynak açısından, ikincisi ise hükümün bağlandığı yer açısidandır. Hanefiler hükümün ikinci duruşundan hareketle yani hükümün bağlandığı mahal olan kulların fiillerini esas almışlardır. Çünkü onlara göre önemli olan, mükellef tarafından yapılan veya yapılmayan fiillerle ilgili şari’in takındığı tavır ve neticede kazandığı niteliktir. Bu yüzden de Hanefiler hükümleri, vücup, mendup, hürmet ve mübah şeklinde isimlendirmişlerdir. Diğer müçtehitler ise, hüküm kavramını birinci noktadan ele alarak, Allah’tan sadır olduğuna ve onun fiilleri arasında bulunduğuna dikkat çekmişlerdir. Sonuçta Allah’ı el-Hâkim vasfı ile zikrederken, fiilleri de icap, nedb, tahrir ve ibahe gibi isimlendirmişlerdir. Konuyu şöyle

⁸⁸⁵ Semerkandî, s. 15-16.

⁸⁸⁶ Hüküm teklifi ve vadi diye ikiye ayrılır. Biz burada teklifi hükümü konu edinmekteyiz çünkü kulun kudretiyle ilgili olan budur. Vadi hüküm ise kulun kudretinin dışında şari’in iradesine binaen, bir şeyin başka bir şey için sebep, şart veya mani teşkil etmesidir. Burada hükümün illeti tespit edilemez. Örneğin, “أَقِمِ الصَّلَاةَ” لدلوك الشمس إلى غسق الليل, güneşin batıya dönmesinden gecenin karanlığı bastırınca kadar (akşam namazı) namaz kıl” (İsra 17/78) ayetindeki “dülük”, namazın vacip kılınışının sebebi kılınmıştır. Ancak illeti akılla anlaşılamaz. Bilgi için bkz. Hudarî, s. 115-153.

⁸⁸⁷ Hükümün, kelam, mantık ve fıkıhtaki tanımları için bkz. Üzümlü, İlyas, “Hüküm”, DİA, XVIII, 464-466; Beyanunî, M. Ebu’l-Feth, “Hüküm”, DİA, XVIII, 466-468.

⁸⁸⁸ Huserî, Ahmet, Nazariyyatu’l-Hüküm ve Mesadiru’t-Teşri fi Usuli’l-Fıkhi’l-İslamî, Beyrut, 1986, s. 34.

⁸⁸⁹ Huserî, s. 31.

bir örnekle açıklayabiliriz: “ولا تقربوا الزنى, zinaya yaklaşmayın”⁸⁹⁰ ayeti diğer müçtehitlere (usulcülere) göre hükmün kendisidir. Zinanın hükmünün tahrir olduğunu ifade eder. Fakat Hanefilere göre hüküm, bu hitabın eseri, neticesi yani bu şer’î nassın ihtiva ettiği şey, zinanın haramlığı, kısaca hürmetidir. Neticede yapılmaması istenen fiil ise muharrem, yani haramdır. Sonuçta Hanefiler, hükümle delil arasında ayırım yaparken, Şafiiler (diğer müçtehitler) hükümle delili aynı kabul etmektedirler⁸⁹¹.

Kanaatimizce bu farkın kaynağı, hüsün-kubuh anlayışında aranmalıdır. Çünkü fıkıh mezheplerinin bağlandığı, itikadî mezheplerde hüküm nazariyesi, hüsün ve kubuhun akliliği ve şer’îliği tartışmasında düğümlenmektedir. Mutezile güzel, güzel olduğu için emrolundu, çirkin de çirkin olduğu için nehyolundu fikrine yönelmiş; Eş’ariler güzelin, Allah emrettiği için güzel, çirkinin de Allah nehyettiği için çirkin olduğunu savunmuş, Maturidîler ise, emredilen şeyin güzelliği, nehyedilen şeyin kötülüğü akılla anlaşılır, ancak hükmü Allah verir, neticede hüsün-kubuh akli fakat hüküm ise şer’îdir sonucuna ulaşmışlardır⁸⁹². Konuya eşyanın yaratılışı açısından yaklaşırsak başka bir duruma daha temas etmek gerekir ki, o da eğer eşya yaratıldığı maksat için kullanılıyorsa güzel, değilse çirkindir. Dolayısıyla bu fiil güzeldir şu fiil kötüdür şeklindeki ayırımın yerine şu fiil yerinde kullanılırsa iyidir, değilse kötüdür şeklinde değerlendirmek daha isabetli olacağı kanaatindeyiz. Çünkü suçu yapan fiilin kendisi değil, fiilin failidir. Onun cüz’î iradesi etkili olmaktadır. Fiil nötrdür, helallik ve haramlık fiilin vasfında ortaya çıkar. Bu yüzdendir ki Hanefilerin hüküm tarifi tercihe şayandır, diyebiliriz.

3.1. Teklifi Hükümler Arası Tercih

Hükmü elde etmeye yarayan kaide ve yöntemleri tespit eden fıkıh usulü bir yönden de insanî yapıp-etmelere vücup ve hürmet gibi soyut değerler yüklemektedir. Bu değerlerin kudret dahilinde olması kelim ilmi ile fıkıh ilminin ortak tartışma konusudur. İsminden de anlaşılacağı üzere teklifi hükümler, soyut emirleri somut halde yerine getirebilecek istidattaki kişilerle ilgilidir.

⁸⁹⁰ İsra 17/32.

⁸⁹¹ Huserî, s. 35; Hudarî, s. 23-24; Şaban, s. 199-202.

⁸⁹² Semerkandî, s. 15-23; Huserî, s. 21-30; Hudarî, s. 25-32.

İşte biz bu kişilerin eylemlerinin dünyevi ve uhrevi kriterleri olan teklifi hükümler arasında tearuz olduğunda, kişinin hangisini tercih edeceğini, başka bir ifade ile kişiye bu tercihi nasıl sunacağını tartışmaya açmak istiyoruz.

3.1.1. Haram İle Mubah Arasında Tercih

Fıkıh terimi olan haram, sözlükte engellenilen, yasaklanan ve müsaade edilmeyen şey anlamında kullanılmıştır. Nitekim “وحرمنا عليه المراضع من قبل” biz daha önceden (annesine geri verilinceye kadar) onun (Hz. Musa) süt annelerini kabulüne (emmesine) müsaade etmedik...”⁸⁹³ ayeti buna delalet etmektedir⁸⁹⁴. İstılahta ise, mükelleften yapılmaması kesin ve bağlayıcı bir tarzda istenilen fiilleri ifade etmektedir⁸⁹⁵. Şevkani haramı; kısaca terkin talebi şeklinde tanımlarken, fiilin talebî olan vacibin karşıtı olarak sunmak istemiştir⁸⁹⁶. Fiillere vaciplik veya haramlığın (mahzur) yüklenilip yüklenilmeyeceği tartışılırken, bir tek açıdan, herhangi bir fiilin vacip veya haram olamayacağına ittifakın sağlandığı söylenilmiştir⁸⁹⁷.

Fıkıh terimi olan mubah, sözlükte zahir olan, açığa çıkan anlamına kullanılır⁸⁹⁸. İstılahta ise hürmetin zıddı olarak algılanmasının yanında⁸⁹⁹ şer'an işlenmesi veya terk edilmesi serbest bırakılan fiil şeklinde tanımlanmıştır⁹⁰⁰.

Görüldüğü üzere, haramın sözlük anlamı memnu' (yasak-mahzur) olan şeydir. Mecelle'de zikredilen “zaruretler memnu' olan şeyleri mubah kılar”⁹⁰¹ kodu, tercih açısından iki anlamı içermektedir. Birincisi, normal şartlarda haram hükmün, mubaha tercih edileceğini, ikincisi, zaruri durumlarda memnu' (mahzur) olan şeylerin mubah kılınacağını, yani mubahlık hükmünün, haram hükmüne zaruret nedeniyle tercih edileceğini göstermektedir. Bu yüzden olsa ki, mubahla haramın birbirine tercihi tartışılmış

⁸⁹³ Kasas 28/12.

⁸⁹⁴ Semerkandî, s. 40; İbnu's-Saatî, I, 176.

⁸⁹⁵ Hallaf, s. 127. Diğer İslam hukukçularının tarifleri ve haram kavramının literatürdeki diğer isimleri için bkz. Koca, Ferhat, “Haram”, DİA, XVI, 100.

⁸⁹⁶ Şevkanî, s. 10.

⁸⁹⁷ İnsani fiillere yüklenilen hukukî neticelerin, fiillerle olan ilişkisi için bkz. İbnu's-Saatî, I, 176-179.

⁸⁹⁸ Ebu'l-Beka, s. 32.

⁸⁹⁹ Ebu'l-Beka, s. 32.

⁹⁰⁰ İbnu's-Saatî, I, 184.

⁹⁰¹ Mecelle md. 21.

ve yukarıdaki iki şıkka ilaveten bir de tercihe gidilemediği durumlarda ikisiyle amelin terk edilerek, yeni bir hükmün aranması söz konusu olmuştur⁹⁰².

Haramla mubahın tearuzunda, haramlığın tercih edileceğini ileri sürenler “مالجتمع الحرام والحلال والحرام الا وغلب الحرام”⁹⁰³ haram ile helal cem olunca, haram helale galip gelir”⁹⁰³ hükmünün hadis olduğunu kabul etmektedirler. Oysa bu metni inceleyen Aclunî, hadis olmasıyla ilgili görüşün zayıf olduğunu vurgulamış, sadece İbn Abbas’tan rivayet edildiğini, zayıf hem de maktu’ olduğunu açıklamıştır⁹⁰⁴.

Hadımî bu metni ikinci kaide olarak zikretmiş, üçüncü kaide olarak da “haram edici ile, mubah edici eğer cem olursa haram edici galip olur”⁹⁰⁵ şeklinde zikretmiştir. M. Güzelhisarî ise, yine bu iki aslın hadise dayandığını zikrettikten sonra, haramlığın tercih edileceğine vurgu yapmıştır⁹⁰⁶.

Haramlığın tercih edileceğini ileri sürenlerin ikinci görüşü ise, ihtiyatla amel etmenin daha uygun olacağı şeklindedir. Çünkü mubah olan bir şeyi işleyip işlememekte muhayyerlik olduğundan, hukukî sonucu haram kadar düzenleyici değildir. Ama haram olma ihtimalini bile dikkate almak önemlidir. Nitekim Peygamberimiz “دع مايريبك الى ما لا يريبك, seni şüpheye götüreni terk ederek, şüpheye bırakmayana yönel”⁹⁰⁷ buyurarak konunun ehemmiyetine işaret etmiştir. Dolayısıyla haram veya mubah olan iki fiilden hangisinin terk edileceğinde şüphe yoktur. Şüphe ancak bu fiillerden birinin işlenmesi söz konusu ise, o zaman gündeme gelir ki, yine şüpheli olan fiili terk etmek gerekir. Neticede şüpheyi terk etmek lazım gelir⁹⁰⁸. Zira şüphe eşitliği doğurur, zann-i galip olmadan amel etmek hukuken geçerli olmadığı için şüpheyi terk vaciptir. Aslında burada fiili işlemedeki şüpheden maksat, hukukî sonuç itibarıyla fiilî durum eğer mubahla atlatılacaksa mubah, haramla atlatılacaksa zarureten haram tercih edilecektir. Ancak buradaki tercihe yine bir delil ve gerekçe zorunludur. Yoksa bu iki durum dışında üçüncü bir yola başvurma fikrine gidileceğine de işaret vardır, diyebiliriz.

⁹⁰² Bedran, s. 100.

⁹⁰³ Aclunî, II, 181.

⁹⁰⁴ Aclunî, II, 181.

⁹⁰⁵ Hadımî, s. 307.

⁹⁰⁶ Güzelhisari, s. 307-308.

⁹⁰⁷ Nesaî, Kudat, 11; Dârimî, Buyu, 2.

⁹⁰⁸ Bedran, s. 101.

Hız. Ömer (r.a.) ile Hız. Osman (r.a.) iki kardeş cariyenin bir nikahta cem edilmesinin doğru olmadığını açıklarken şu delili ileri sürmüşlerdir: “وان تجمعوا بين الاختين” , iki bacıyı bir arada (bir nikah altında) bulundurmak haram kılındı”⁹⁰⁹ ayeti cemin haramlığını beyan ederken, “فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو مملكت أيمانكم” , eğer (eşleriniz) aralarında adaletle davranmaktan korkuyorsanız ya bir tanesiyle yetinin veya malik olduğunuz cariyelerden alınız”⁹¹⁰ ayeti cariyelerde bir tahdit koymamıştır. Dolayısıyla cemin de mubah olduğunu ifade etmektedir. İşte iki kardeş cariyenin cem edilmesi hususunda haramlığın mubahlığa tercih edileceği bu iki sahabi tarafından benimsenmiştir. Bir de iki veya daha fazla eşi olan kişi; eşlerinden birisini boşasa da sonra hangisini boşadığını bilmece, ittifakla herhangi birisiyle karı-koca ilişkisine girmesi haramdır. Burada da haramlık yönü tercih edilmektedir⁹¹¹.

Mubahlığın, haramlığa tercih edileceğini ileri sürenler ise, eşyada aslolanın mubahlık olduğundan hareket etmektedirler. Çünkü mubahlık zorluğun kaldırılmasını gerektirir. Dolayısıyla, mubahlık haramlığa tercih edilir. Sonuç olarak haramlıkta ihtiyat var ise, mubahlıkta da asıllık, yani eşyanın tabiatında mubahlık hakimdir. Bu yüzden tearuz asıl ile ahvat arasında olur. Asıl da yani ibahe, ihtiyata tercih edilir görüşüne ulaşmıştır⁹¹².

Haramla mubahın tearuzunda üçüncü bir delile gitme ihtiyacını ileri sürenler de, mubahlığın ibaheyi, haramlığın ise ihtiyatı takviye ettiğinden hareket etmişlerdir. İhtiyat ve ibahe de eşit olduğundan tearuz halinde düşeceklerdir. Dolayısıyla üçüncü bir delile gitmek gerekmektedir⁹¹³.

Kanaatimizce konu, ibahe-yi asliye ve ihtiyat noktasında düğümlenmektedir. Öyleyse haramlığın tercih gerekçesini şöyle temellendirebiliriz: Eşyada aslolan ibahedir. Zorluğun (harac) kaldırılması amaçtır. Din de bunun için gelmiştir, denebilir. İhtiyat yani tahrim ise sonradan konmuştur. Öyleyse sonradan gelen hüküm önceden var olan hükmü (ibahe-yi asliye hükmünü)⁹¹⁴ bir anlamda nesh etmiştir, diyebiliriz⁹¹⁵.

⁹⁰⁹ Nisa 4/23.

⁹¹⁰ Nisa 4/3.

⁹¹¹ Bedran, s. 101.

⁹¹² Bedran, s. 101.

⁹¹³ Bedran, s. 101.

⁹¹⁴ İbahenin şer’î hüküm olup olmadığına dair tartışmalar için bkz. Huserî, s. 70-71.

Ayrıca haramlık konulduktan bir süre sonra kaldırılmış ise ki, kurban etlerinin saklanmasıyla ilgili peygamberin beyanı bu şekildedir⁹¹⁶. O zaman muhbablık hükmüne geri dönmüş olur. Öyle anlıyoruz ki, peygamber genel çerçevede zaman içerisinde bu nevi düzenlemelere yer vermiştir. Yani eğer haramlığın tercih edileceğini gerektirecek düzenlemeye ihtiyaç hissetmiş ise onu beyan etmiş, yoksa ses çıkarmamıştır. Bütün bu halleri, toplumun tedricen geçirdiği istihaleleri tamamlamasında dikkate almıştır, diye düşünüyoruz. Öyleyse eğer bir konuda haramlık veya ibahe söz konusu ise haramlık, kaldırılmadığı sürece tercih edileceği kaçınılmazdır.

Haramlığın mubahlığa nesh nedeniyle tercih edilmesine, Hz. Peygamberin sırtlanın yenmesiyle ilgili hadisi örnek verilebilir: “نهى عن أكل كل ذئب من السباع”, peygamber her azı dış sahibi yırtıcı hayvanı ve gagalı yırtıcı kuşların yenmesini yasakladı⁹¹⁷. Diğer bir hadiste “انه سئل عن الضبع أصيد هو؟ فقيل أيوكل لحمه؟”, peygambere, sırtlanın av hayvanı olduğundan etinin yenip-yenmeceği soruldu, O da evet, yenir dedi⁹¹⁸ şeklinde rivayet edilmiştir. Birinci hadis mubahlığı ifade eden ikinci hadisten sonra varid olduğundan, haramlığı bildiren hadis nasih kabul edilmiş ve onunla amel edilmiştir⁹¹⁹.

Başka bir örnekte ise, “لا صلاة بعد الصبح حتى تطلع الشمس ولا بعد العصر حتى تغرب الشمس إلا بمكة”, peygamber, sabah namazından sonra güneş doğuncaya kadar namaz kılınmaz ve ikindiden sonra güneş batıncaya kadar namaz kılınmaz. Fakat Mekke hariç⁹²⁰ buyurmuştur. Buna mukabil “ثلاث ساعات نهى رسول الله أن نصلّى فيها”, peygamber bizi üç saatte (vakit) namaz kılmaktan menetti, ölümlerimizi gün doğup da yükselinceye kadar defnetmeden (yani namazlarını kılma) ve güneş zevalden meyledinceye kadar ki durduğu anda ve batmak üzere iken (namaz kılmayı) yasakladı⁹²¹. Bu iki hadis arasında tearuz söz konusudur. Birinci hadis ikindi namazından sonra namazın mubah olduğuna delalet ederken, ikinci hadis ikindiden sonra namaz kılmayı yasaklamaya delalet etmektedir. Hanefiler haramlığı

⁹¹⁵ Bilgi için bkz. Güzelhisari, s. 307-308.

⁹¹⁶ Müslim, Edahi, 28; Ebu Davud, Dahaya, 10. Bu konuyla ilgili bilgi için bkz. Baktır, Mustafa, İslam Hukukunda Zaruret Hali, Ankara, tsz., s. 53-54.

⁹¹⁷ Ebu Dâvud, Et'ime, 29, 32; İbn Mâce, Sayd, 13.

⁹¹⁸ Tirmizî, Et'ime, 4; Ebu Dâvud, Et'ime, 32.

⁹¹⁹ Bedran, s. 104.

⁹²⁰ Tirmizî, Salat, 135. Mekke'ye ait özel durum için bkz. Zeylei, I, 327.

⁹²¹ O günün ikindi namazının farzı hariç. Bu hadisi değerlendiren Merginanî, “kâmil vacip olan bir namazın, nakıs olarak eda edilemeyeceği” prensibini esas almıştır. Ancak tilavet secdesi ile cenaze namazı bu vakitlere rastlarsa “nakıs vacip olduğundan, nakıs eda edilmesinde” bir mahzurun olmadığını beyan etmiştir. Merginanî, I, 43-44; Zeylei, I, 322.

helalliğe tercih ettiklerinden, ikindiden sonra başka namaz kılmaya cevaz vermezler. “Mekke hariç” kaydı ise Ebu Zerr (r.a.)’in bir şaz rivayetle olan ziyadesidir. Bu da meşhur hadise ziyade yapılamaz prensibine aykırıdır⁹²².

Netice itibariyle bu konuda hukukun genel gayesini görebiliriz. Zira hukukta yasaklama asıl amaç olmadığından, geniş bir alan mevcuttur. Hukukta boşluğun olamayacağı fikri buradan alınmıştır, diyebiliriz. Haramlık fikri ise istisnai durumları göstermektedir. Bu yüzden tearuz halinde haramlığın yukarıda zikrettiğimiz şartlar bağlamında tercih edilmesinin gereğine inanıyoruz. Çünkü ihtiyatla amel evladır.

3.1.2. Azimet İle Ruhsat Arasında Tercih

Azimet, sözlükte, kesin bir surette bir şeyi kasdetmek için kullanılır⁹²³. Kalbin bir şeyi yapmak üzere sağlamlaşması vb. anlamına dikkat çeken İsfehani, ilgili ayetlere de atıfta bulunarak⁹²⁴ bu kelimenin “akd” (düşünme), “imza” (onaylama) kelimeleriyle olan münasebetine de dikkat çekmiştir⁹²⁵. Bu duruma göre azimet, kalbin bir eylemi yapıp veya yapmama hususunda kesin kararlılığını ifade etmektedir. Günlük dilde de “azim sahibi insan” ifadesi kullanılmaktadır. Burada sadece bir eylemi başarıya ulaştırmada gösterilen çabayı ifade etse de, yasak olan bir eylemden geri durmayı da ifade etmektedir. Bu kullanımlarda azimette irade ve kasıt âdeta örtüşür niteliktedir⁹²⁶.

Ruhsat ise, sözlükte kolaylık, genişlik ve rahatlık anlamlarında kullanılmaktadır⁹²⁷. Bu anlamlar, ruhsatın bir izin, müsaade, cevaz ve serbest bırakma gibi manaları içerdiğini göstermektedir. Bu yüzden ki, kulların mazeretlerine binaen kendilerine bir kolaylık ve hafifliği gerçekleştirmek için asli hükümden dönüşü ifade eder⁹²⁸. Dolayısıyla Pezdevî ruhsatı, kulların mazeretlerine bina edilen hükümlerdir şeklinde tanımlamış ve haramlığın baki olmasıyla birlikte bir özürden dolayı hükmün mubah kılınışını ifade ettiğine dikkat çekmiştir⁹²⁹.

⁹²² Bedran, s. 104.

⁹²³ Fiyruzabadî, s. 1468; Semerkandî, s. 54; Ebu'l-Beka, s. 650.

⁹²⁴ Taha 20/115.

⁹²⁵ Geniş bilgi için bkz. Ragıb el-İsfehani, s. 334.

⁹²⁶ krş. Semerkandî, s. 54.

⁹²⁷ Fiyruzabadî, s. 800; Semerkandî, s. 55; Ebu'l-Beka, s. 472.

⁹²⁸ Semerkandî, s. 55.

⁹²⁹ Pezdevî, II, 619.

Azimet ise ıstılahta, şari'in genel olarak talep ettiği, yani kulların özürlerine mebni olmaksızın başlangıçta meşru kıldığı hükümlerdir⁹³⁰. Bir de, "herhangi bir arızî durumla (özürle) mukarin olmaksızın şari'in meşru kıldığı asli hükmün adıdır" şeklinde tanımlanmıştır⁹³¹. Bundan hareketle, ruhsatın karşısı olduğunu da anlayabiliriz⁹³².

Azimetle ruhsatın teklifi veya vadi hüküm olup olmadığı konusu tartışılmıştır. Konuya şari'in talep ettiği veya mubah kıldığı şeyin ismi açısından yaklaşanlar teklifi hüküm olduklarını söylerken, şari'in asli hükmün başkasına sebep veya bir arızî durumdan dolayı mükellefiyetin hafifletme sebebi açısından bakanlar vadi hüküm olduğunu ileri sürmüşlerdir. Çünkü sebep, vadi hükmüdür. Ancak genelde azimet ve ruhsatın teklifi hüküm sayılması kanaati hakimdir⁹³³. Çünkü farz, vacip ve sünnet gibi teklifi hükümler özellikle azimetin altında mütalaa edilmektedir⁹³⁴.

Azimet ile ruhsatın tearuz etmesi halinde hangisinin tercih edileceği tartışma konusu olmuştur. Azimetin tercih edileceğini öne sürenler birkaç gerekçe ortaya koymuşlardır. Birincisi, azimetin üzereinde ittifak edilen kesin bir asıl olduğudur. Ruhsat ise bir meşakkate mebni olarak verilen mubahlık hükmünü ifade eder. Öyleyse ruhsatta azimet kadar asli bir durum söz konusu olmadığından azimet tercih edilmelidir. İkincisi ise, azimet küllidir. Bütün mükellefleri ilgilendirir. Çünkü mutlak ve âmmdır. Ruhsat ise cüzîdir. Bazı mükelleflere aittir. Bu da bazı zaman ve mekanlarla kayıtlı demektir. Bütün zaman ve mekanlarda geçerli değildir. Arızî ve geçici bir durumdur. Öyleyse azimet tercih edilmelidir. Kaldı ki, eğer külli bir durum ile cüzî bir durum tearuz ederse külli durumun tercih edileceğini ifade eden kural, bunun ayrı bir gerekçesi de olabilir⁹³⁵.

Hudarî bu iki gerekçeye üç tane daha ilave etmiştir. Birincisi, İslam hukukunda emrin ve nehyin muktezasıyla amel etme üzerinde durulmuş, ruhsata izin verilse de, sabredenler övülmüştür. Bu yüzden azimetin tercih edilmesi evladır⁹³⁶. İkincisi, şer'î hükümler normal durumlar dikkate alınarak meşru kılınmıştır. Bu durum bazı şahıslara zor gelse de hükmün asıl gayesini iptal etmez. Çünkü cüzî durumlar külli olan asılları

⁹³⁰ Serahsî, Usul, I, 117.

⁹³¹ Semerkandî, s. 55.

⁹³² Erdoğan, s. 28. Ruhsatın mahiyeti ve çeşitleri için bkz. Bakır, s. 196-208.

⁹³³ Geniş bilgi için bkz. Zeydan, s. 50.

⁹³⁴ Semerkandî, s. 55.

⁹³⁵ Hafnavî, s. 212.

⁹³⁶ Konuyla ilgili ayetler için bkz. Âl-i İmran 3/193; Ahzab 33/10-23.

bozamaz. Müçtehit aslolanı ve azimetini esas alırken, istisnai durumlara gitmeyi gerektirecek kuvvetli sebeplerin varlığını ispatlaması gerekir. Dolayısıyla İslam hukukçuları sefere has olarak alınan ruhsatı istisnai saydıklarından, mukim iken zor (meşakkat) bir işte çalışan kişiye aynı ruhsatı tanımamışlardır. Kaldı ki, bu durumda ruhsatın meşru kılınmasında esas olan meşakkatin varlığı da kesindir o halde kesin ve devamlı olmayan meşakkatler nedeniyle azimet hükmünden dönmek gerekmez. Üçüncüsü, eğer mutlak manada ruhsatla amel edilirse bu, mükelleflerin taabudî konulardaki azimlerinin bozulmasına sebep olur. Oysa azimetle amelde böylesi bir durum söz konusu olamaz. Bu, delile ihtiyaç duymayan, müşahede olunmuş bir gerçektir. Neticede ruhsatla amel alışkanlığı, azimetle ilgili hükümlerde bir zorluğun varlığını ihsas ettirir. Böylece azimetle ilgili hükümler terk edilmiş olur. Bu yüzkendir ki, İslam hukukçuları meşakkati, hakiki ve vehmi olmak üzere ikiye ayırmışlardır. Eğer gerçekte tahammülü olmayacak derecede bir meşakkat var ve bu tespit edilmiş ise burada ruhsatın kullanılmasında ihtilaf yoktur. Ancak eğer meşakkatin varlığı zanni olur ise, orada kesinlikle azimetle amel edilmelidir. Yok eğer meşakkatin gerekçesi daha bariz ise o zaman ruhsatla amel edilmelidir. Yalnız bu tespitlerin yapılabilmesi için objektif kriterlere ihtiyaç vardır. Kişilerin kendi zanlarıyla hüküm vermeleri isabetli değildir. Örneğin hastalığın artıp artmama şüphesi varsa bu durumda uzman bir doktora müracaat edilerek gerçek sebebin öğrenilmesi gerekir, ondan sonra oruç⁹³⁷ tutup veya tutmamaya karar verilmelidir. Yoksa yarın ben oruç tutarsam bayılırim veya yarın ben ayhali olabilirim öyleyse sabahtan kahvaltı yapayım gibi birtakım vehimlerle ruhsata gidilemez. Çünkü hukukta tevehhüme itibar edilmez. Bu nedenle azimetle amel tercihe şayandır⁹³⁸.

Ruhsatla ameli tercih edenler birkaç gerekçe ileri sürmüşlerdir. Birincisi, azimetin aslı kat'î olduğu gibi ruhsatın da aslı kat'îdir. Zira ruhsatı gerektirecek durum muhtemel olduktan sonra ruhsatta gidilir. Bu da kat'î olabileceği gibi zanni de olabilir. Şari de fer'î hükümlerde zann ile amele müsaade ettiğine göre bununla amel caizdir çünkü galib-i zann ile hükmetmek bir esastır. Dolayısıyla ruhsatla amel tercih edilerek, azimet terk edilebilir⁹³⁹.

⁹³⁷ Hasta ve yolcuların oruç tutup tutmamasıyla ilgili ruhsat eksenli tartışmalara mukayeseli mezhepler hukuku açısından geniş bilgi için bkz. İbn Rüşd, I, 205-211. Azimet ve ruhsatın mahiyeti hakkında geniş bilgi için bkz. Huserî, s. 93-114.

⁹³⁸ Huserî, s. 73-74.

⁹³⁹ Huserî, s. 75; Hafnavî, s. 212.

Halbuki her ne kadar furu fıkıhla ilgili şer'î hükümlerde zannî delille amel kabul edilse de, kat'î delil varken zanna gitmek akla aykırıdır.

İkincisi, azimet külli, ruhsat cüzî hüküm içerdiğinden hareketle, cüzî hükmün külli hükmü tahsis edeceği, veya mukayedin mutlakı takyit edeceği düşünülürse, istisnai hüküm içeren ruhsatın tahsis ve takyit makamında olduğu öne sürülerek tercih edileceği söylenebilir⁹⁴⁰.

Üçüncü ve dördüncü gerekçe ise, genelde; deliller zorluğu kaldırma esasına dayalı buyrulduğu gibi ruhsat da mülkelleflerin tahammülü zor olan meşakkatlerden kurtulması içindir. Yani delillerdeki kolaylık ve cevaz hükümleri zorluğun kaldırılmasını, dolayısıyla ruhsatı ifade etmektedir. Öte yandan şari'in maksadı da bu paralelde olunca, o zaman ruhsatı azimete tercih etmek kaçınılmazdır.

Beşinci gerekçe ise “teklifi mala yutak” meselesi üzerine oturtulmuştur. Yani güç yetiremeyen insanlardan azimetle amel etmesi istenirse, bu teklif tartışılır ve neticede insanların nefretini ve dinden uzaklaşmasına zemin hazırlar. Dolayısıyla ruhsatın tercih edilmesi gereklidir⁹⁴¹. Biz bu gerekçeye pek katılmıyoruz. Çünkü böylesi durumlar genelde nasslarla düzenlenmiştir. Tabii olarak ruhsatla amel edilecektir. Artık burada muzdar olan şahıs için azimet söz konusu olamaz, ona ait hüküm ruhsat olarak taayyün etmiştir. Yalnız azimet hükmü genel anlamda yine devam etmektedir. Onun içindir ki, muzdar olan kişinin başkasının malından yiyerek nefsinin helaktan kurtarmasına ruhsat verilmiş ve ruhsatı kullanan kişinin daha sonra o malı tazmin etmesine de hükmedilmiştir⁹⁴².

Azimet ve ruhsatın gerçekleşeceği muamelelerin hangisinin tercih edileceği konusunu, Allah hakkı ve kul hakkı ekseninde değerlendirmeyi düşünüyoruz. Zira örneklere baktığımızda temelde böylesi bir ayırımın varlığını görüyoruz. Şöyle ki, ikrah halinde, kelime-i küfrü telaffuz etmede kişi azimetle amel ederse ahirette mükafata ulaşacağı söyleniyor, zira şehit sayılmaktadır. Öte taraftan muzdar kalmış kişi eğer azimetle amel eder de haram olan eti (leş veya domuz eti gibi) yemese o zaman isaet etmiş, yani günaha girmiş kabul ediliyor.

⁹⁴⁰ Hudarî, s. 75.

⁹⁴¹ Hudarî, s. 75.

⁹⁴² Serahsî, Usul, I, 118.

Birinci örnekte, fiil kendi zatında haram olmakla birlikte (yani vasfı sabit) hükmü yani ahirette muaheze olma, düşmüştür. İkinci örnekte ise, hem yasaklık (yani vasfı) düşmüş, hem de ahirette muaheze düşmüştür⁹⁴³. Neticede azap bizzat yasaklanan şeyi işlemenin sonucu değildir. Belki Allah'ın vaîdinin bir sonucudur. Allah ise özür esnasında yasaklanan şeyi işleyeni cezalandıracağına dair vaidde bulunmamıştır⁹⁴⁴. Birinci örnekteki mükafatın sebebi ise Allah rızası için nefsinin feda etmekten kaynaklanır.

Öyleyse azimet mi yoksa ruhsat mı tercih edilir? sorusu yerine, elimizdeki eylemlerden hangisinde azimet hükmü, hangisinde ruhsat hükmü tercih edilmelidir? sorusunu sormak daha isabetli olur diye düşünüyoruz. Seddü'z-zeraî delili de bunu destekler mahiyettedir. Zaruretle hüküm vermek daha ziyade geçiş süreçleriyle ilgilidir. O halde ruhsatların geçiş hükümleri olduğunu söyleyebiliriz. Eğer ruhsatlar asıllaşırsa, problemler kronikleşir ve çözümsüzlük doğar. Bunun içindir ki, ruhsatlarla tanınan kolaylıkların hepsi zaruret haline girmemekle beraber, zaruret halinde tanınan bütün kolaylıkların ruhsat olduğuna hükmedilmiştir⁹⁴⁵.

Azimet ve ruhsat arasında tecihin net bir şekilde yapılabilmesi için, zaruriyyat, haciiyyat ve tahsiniyyatın tespitinde objektif kriterlerin ortaya konulması gerekmektedir. Çünkü, tespitlerde fizyolojik ve sosyolojik şartların tümü etkili olmaktadır. Bu da yorumlarda ister istemez izafiliği doğurmaktadır. Dolayısıyla bunların tümünde detaylı bir çalışmanın yapılması gereğini düşünüyoruz.

3.2. Müsbıt Delil İle Nefyedici Delil Arasında Tercih

Müsbitten maksat, daha önceden sabit olmayıp, zaid olarak ortaya çıkan durumu ifade eden delildir.

Nefyden maksat ise, zaid olarak ortaya çıkan durumu nefyederek bir şeyi bulunduğu asıl üzerine baki bırakan delildir⁹⁴⁶.

⁹⁴³ Konuyla ilgili bilgi için bkz. Semerkandî, s. 56-57.

⁹⁴⁴ Ahsiketi, el-Müntehab fi Uusli'l-Mezheb, şrh. Hafızuddin Neseî, thk. Salim Ögüt, Yeri yok, tsz.s. 576.

⁹⁴⁵ Zaruretle ruhsat arasındaki münasebet için bkz. Bakır, s. 207-208.

⁹⁴⁶ Bedran, s. 90.

Burada ispat ve nefyden maksat anlam cihetiyledir. Yoksa lafzen olumlu veya olumsuz olması esas değildir. Örneğin, bir kişi, “ben vediaı (emanet bırakılan şey) mudiine (emaneti bırakan) geri vermedim” dediğinde bu, o şahsın vediaı halen yanında hapsetmesi sebebiyle tazminle mükellef tutulduğunun ispatıdır. Burada lafzen cümle olumsuz olsa da, mana ispat içindir. Aynı şekilde mude’ (emanet bırakılan şahıs), “ben vediaı, mudiine geri verdim” dediğinde, cümle lafzen olumlu olsa da, anlam nefydir. Yani mude’den tazmin mükellefiyeti kalkmıştır, demektir⁹⁴⁷.

Bu yüzdendir ki, bir konudaki nasslardan birisi hükmü ispat ederken, diğeri de nefyederse hangisinin tercih edileceği tartışılmıştır. Bazı hukukçular ikisinin eşit olduğunu ileri sürerek tercih yapılamayacağını savunurken, bazıları da nafi (nefyedici) delilin müsbit delile tercih edileceğini ileri sürmüştür. Çünkü eşyada aslolan ademdir, dolayısıyla nafi delil aslı kuvvetlendirmektedir. Diğer bir kısım hukuçular da müsbitin, nafiye tercih edileceğini savunmuşlardır. Zira müsbit ziyade bir ilim ifade eder, bu da tesis demektir. Tesis (yeni bir anlam) ise, tekidden daha evladır⁹⁴⁸.

Biz, müsbitin, nafiye tercih ediliş gerekçesi ile, nafinin, müsbite tercih gerekçesi üzerinde durmak istiyoruz. Konu temelde aslın hükmü üzerine kurulmuştur. Yani asıl adem midir? veya eşyada aslolan nedir? sorularına verilen cevap, ispat ile nefiy arasındaki tercihin gerekçesini ortaya çıkaracaktır.

İslam hukukçuları, genelde eşyada aslolanın ibahe olduğu kanaatindedir. Bazı hadisçiler ise aslolan hazır (yasaklama)dır görüşünü benimserken, bir kısım Hanefiler tevakkufun gerekli olduğunu ileri sürmüşlerdir. Ancak bu tevakkufta hükümsüzlüğü kabul etmezler, yani eşyayla ilgili mutlaka bir hüküm vardır (hazır veya ibaha). Ama biz ilk anda net olarak bir şey diyemeyiz⁹⁴⁹ derler. Hanefilerin bazen ispatı nefye, bazen de nefyi isbata tercih etmelerinin arkasında yatan gerekçenin bu düşünce olduğu kanaatindeyiz. Şöyle ki, usul eserlerinde Hanefiler daha ziyade müsbiti tercih ederler. Çünkü müsbit delil yeni bir anlamı ortaya çıkarmaktadır. Nafi ise, aslı korumaktadır. Eğer kelam müspit ve nefy arasında gidip geliyorsa, müspit yeni bir anlam oluşturduğundan, onun tercihi evladır. Çünkü nafi sadece asli hali tekiddir. Tesis ise tekidden evladır. Bu normal hallerde

⁹⁴⁷ Bedran, s. 90.

⁹⁴⁸ Berezencî, II, 113-114; Bedran, s. 90.

⁹⁴⁹ Sardûş-Şeria, II, 622-623; İbn Nüceym, s. 66. Bu konunun geniş tartışması için bkz. Taftazanî, II, 622-625.

böyledir. Eğer nefyin de isbat gibi delili varsa, ikisi aynı seviyede kabul edilir. O zaman diğer tercih yöntemlerine başvurulur. Yok eğer nefyin delili yok da sadece “asıl ademdir” kuralına dayanıyorsa o zaman isbat nefye tercih edilir. Bu aynen haram ile helal birleşirse, haram, helale galip gelir prensibine benzemektedir⁹⁵⁰. Tabii ki burada ihtiyatın göz önüne alındığını unutmamalıyız. Örneğin, peygamberimizin Meymune isimli eşiyle evliliğinde böylesi bir tartışma vardır. Rivayetlerden birinde peygamberimizin hacda ihramdan çıktıktan sonra evlendiği geçerken, diğer bir rivayette ihramlı olduğu halde evlendiği zikredilmiştir. Birinci rivayette müsbet, ikinci rivayette ise nefyedilik söz konusudur. Buradaki iki hüküm de rivayetle yani delille sabit olduğu için bunlardan delili kuvvetli olanı alırız. O da nefeydici delili savunan İbn Abbas’ın rivayetidir. Çünkü O, müsbet rivayeti yapan Yezid İbn es-Asam’dan daha adildir. Dolayısıyla bize göre ihramlı iken yapılan nikah caizdir⁹⁵¹. Eğer burada müsbet ve nefyedici hüküm delille sabit olmasaydı, Hanefilerin yöntemine göre müsbetin tercihi gerekecekti. Şöyle ki, bir ravinin cerh ve tadili tearuz etse, cerhi tercih edilir. Çünkü cerh bir isbattır, yeni bir hüküm ileri sürmektir. Tadil (ravinin adaletini isbat) ise aslolandır, yani nafidir. Dolayısıyla cerhin tadile tercihi isbatın nefye tercihidir⁹⁵².

Hanefi hukukçuların, her ne kadar nazariyatta isbata nefyden çok yer verdikleri anlaşılrsa da, pratikte ikisini de kullanmışlardır. Zira Hanefiler, aslın adem olduğunu kabul etseler de bunu mutlak olarak kabul etmemişlerdir. Aslın ancak sıfat-ı arızede adem olduğunu ileri sürüp, sıfat-ı asliyede aslın vücut olduğuna da dikkat çekerek, mutedil bir yol izlemişlerdir⁹⁵³.

Hanefilerin nefyi isbata tercih ettiklerine dair diğer bir örnekte, namazda iftitah tekbiri alırken, elleri kaldırma esnasında, tekbirin nerede başlayıp nerede biteceği ile ilgilidir. Merginani, elleri kulaklara kaldırdıktan sonra tekbiri alıp ve orada bitirmeli diyor. Gerekçe olarak peygamberimizin buna devam ettiğini zikrettikten sonra ikinci bir gerekçe

⁹⁵⁰ Sardu’ş-Şeria, II, 625.

⁹⁵¹ Sardu’ş-Şeria, II, 625.; Bedran, s. 93-97.

⁹⁵² Taftazani, II; 625.

⁹⁵³ İbn Nuceym, s. 63. Konuyla ilgili örnek: Bir kişi iyi katiptir diye aldığı şahsın katip olmadığını iddia etse alıcı haklıdır. Çünkü sıfat-ı arızede aslolanan ademdir. Fakat satın aldığı cariye bakire olmadığını söylese, ona itibar edilmez, satıcıya itibar edilir. Çünkü sıfat-ı asliyede esas olan vücuttur. Yani cariye bakire olması esastır. Akitlerdeki şart muhayyerliği de bu bağlamda ele alınabilir.

olarak da “النفي مقدم على اثبات”, nefy isbata takdim edilir⁹⁵⁴ kuralına atıfta bulunur. İbn Hümam bu kuralı açıklarken, şer’î hikmetin bunu gerektirdiğini çünkü bu fiili harekette Allah’tan başkasını nefyetmek, tekbir lafzıyla da tazimi tamamlamak vardır. Öncelikle nefy esastır⁹⁵⁵. Baberti ve Aynî ise, kaideyi onayladıktan sonra, kelime-i tevhidle kıyaslayarak konuya başka bir açı kazandırmışlardır⁹⁵⁶.

Nefyin ve isbatın birbirlerine tercihi yukarıda zikrettiğimiz esaslar çerçevesinde değerlendirildiği gibi, iki hususa dikat çekmek istiyoruz. Birincisi, dil felsefesinin esasında kullanılan “eğer kelam tesis ile tekid arasında ise, tesis tekidden evladır”. Çünkü tesis, yeni bir anlamdır. Tekid ise, sadece olanı pekiştirmekten ibarettir⁹⁵⁷. Dolayısıyla Hanefi hukukçular da genelde bu kaideyi usulde kullanmışlardır. Aslın hilafına ortaya konulan anlama dikkat edilmesi hukuk mantığının bir gereğidir. Çünkü ihtiyaç olmasaydı, önceki durum yeterli olsaydı, yeni anlama gerek kalmayacaktı. Eğer ihtiyaç varsa o zaman riayeti de gerekli olmalıdır.

İkincisi ise, ihtiyatı gerektiren delilin tercih edilmesi ile ilgilidir. Zaten deliller arasındaki tecihin esasında, bu kuralın bulunduğunu söylemek abartı sayılmaz. Hatta ilahi kaynağa istinat iddiasında olan İslam hukukunun temelde ihtiyatı öne aldığı şüphenin olmaması gerekir⁹⁵⁸. Kesin çizgilerle yönü belli olan tercih konuları hariç (kitabın sünnete tercihi gibi) tereddüt edilen hususlarda ihtiyatla amel gerekli olmuştur. Bu yüzdendir ki, müsbet ile nafi arasındaki tercih durumlarında ihtiyat durumu ile tesis durumunu bir yardımcı kural olarak kullanmanın gereğine inanıyoruz.

Ayrıca bu tercih konusunda Ebu Hanife’nin çokça üzerinde durduğu aslî bir duruma muhalif olan nasslarla sadece o nassın bildirdiği ölçüde kayıtlı kalması, yani yeni hüküm (isbat) yerine elimizdeki şeyin tabiatının gereğiyle (nefy) amel etmeyi tercih ettiğini görüyoruz. Furu fıkıhta bunun pek çok örneği vardır. Örneğin, diğer hukukçular akitlerde şart muhayyerliğini kabul edip müddeti hususunda farklı görüşleri ileri sürerken, Ebu Hanife şart muhayyerliğini pek sıcak karşılamaz, ve gerekçesini, aktin muktezasına aykırı olarak açıklar. Çünkü aktin muktezası lazımdır, yani bağlayıcılıktır. Muhayyerlik

⁹⁵⁴ Merginânî, I, 50.

⁹⁵⁵ İbn Hümam, Fethu’l-Kadir, I, 281.

⁹⁵⁶ Baberti, I, 281; Aynî, II, 192.

⁹⁵⁷ Taftazanî, Mus’ud b. Ömer, Muhtasarı’l-Meânî, İstanbul, 1977, s. 100.

⁹⁵⁸ Geniş bilgi için bkz. Berezençî, II, 209-219.

buna yani asli duruma muhalif olduğundan sadece nassla belirtildiği için cevaz verir. Fakat peygamberin Hıbban b. Munkiz'e tanıdığı üç günlük kaydı şart muhayyerliğinin son müddeti olarak kabul eder⁹⁵⁹. Yani Ebu Hanife hukukî muamelelerin genel karakterini her zaman koruma meylinde olduğu için burada yine nefyi isbata tercih etmiş ancak isbatın düzenlediği alanı da dikkate almıştır. Bu durumu, nefy ve isbatın birbirine tercihi üzerinde düşünülmesi gereken üçüncü bir husus olarak kabul edebiliriz. Sanki Ebu Hanife bu yorumlarıyla “beka ibtidadan esheldir”⁹⁶⁰ kodunu oluşturmak istemiş ve hukukta, hüküm çokluğundan ziyade mevcut olanı kendi yapısı ve şartları içerisinde işletmeyi tercih etmiştir, diyebiliriz.

Bu konu bizi, Hanefilerin ıstıshab delilini def etme –geçersiz kılma- (الدفع) hususunda elverişli, isbat (الاثبات) hususunda ise elverişsiz saymaları sonucuna götürmüştür. Yani onlara göre ıstıshab ile yeni haklar elde edilemez, ancak eski hakların gitmesi önlenir⁹⁶¹. Bu sonuç, Hanefilerin nefy ve isbatın tecihinde takındıkları tavrın bir sağlaması niteliğindedir.

3.3. İcmalar Arası Tercih

İslam hukuk metodolojisindeki kaynaklar hiyerarşisinde üçüncü sırada yer alan icma, sözlükte tam bir azim, bir şeyi tereddüt etmeden sağlam yapma ve bir konuda fikir birliği etmek gibi anlamlara gelmektedir⁹⁶². İcma kelimesi Kur’ân’da yer almamakla birlikte icma masdarından türetilmiş kelimeler dört yerde sözlük anlamında geçmektedir⁹⁶³. Hadislerde ıstılahi anlamına yakın olarak daha çok cemaate bağlılık anlamında kullanılmıştır⁹⁶⁴. İcmanın dini literatürde kazandığı anlam, sözlük anlamıyla ilişkili olup, nazariyede “Hz. Muhammed’in (s.a.v.) ümmetindeki müçtehitlerin onun vefatından sonraki herhangi bir asırda (zamanda) dini bir meselenin üzerinde fikir birliği etmeleridir” şeklinde tanımlanmıştır⁹⁶⁵. Gazzali, “ehl-i hal ve’l-akdin ittifakından ibarettir”⁹⁶⁶ şeklinde

⁹⁵⁹ Bilgi için bkz. Merginânî, III, 31; İbn Hümam, Fethu’l-Kadir, VI, 300-331; Aynî, VII, 190.

⁹⁶⁰ Mecelle md. 56.

⁹⁶¹ Serahsî, Usul, II, 224-225; Şelebî, Usul, s. 342; Zerka, Kavaid, s. 293.

⁹⁶² Şaşı, s. 156; Semerkandî, s. 490; Lamişî, s. 160-161; Farfur, Veliyyüddin M. Salih, Medariku’l-Hakk el-İcmau ve Mebahisuhu, Dimeşk, 2001, s. 19-20; Devalibî, s. 32.

⁹⁶³ Yunus 10/71; Yusuf 12/15, 102; Taha 20/64.

⁹⁶⁴ Buhri, Fiten, 2, 11; Müslim, İmare, 13, 170; İbn Mace, Fiten 8; Ebu Davud, Fiten, 1, İlim, 10.

⁹⁶⁵ Şaşı, s. 156; Sadru’s-Şeria, Tenkih, II, 498; Taftazanî, Telvih, II, 498. İcmanın bu tanımının izahı için bkz. Farfur, Medariku’l-Hakk; s. 20-25; Şelebî, Usul, s. 151-155.

⁹⁶⁶ Gazzalî, Ebu Hamid, el-Menhul min Ta’likati’l-Usul, thk. M. Hasan Heytu, Dimeşk, 1998, s. 399.

tanımlayarak, âdeta icmayı peygamberin vefatından sonra, ümmete tevdi edilmiş bir teşri (kanunlaştırma) vazifesi olarak görmüştür. Bu durum, dini birliğin (ehl-i sünnet ve'l-cemaat) korunmasına yönelik bir tavır olarak da değerlendirilebilir.

Doktrin kurucuları olan müçtehit imamların tefekküründe, bütün alimlerin ittifak ettikleri bir şeyin dışına çıkılmaması, prensip olarak kabul edilmiştir⁹⁶⁷. Ancak bu sonuca ulaşmaya sebep olan icmanın delillik değeri de tartışılmıştır. Genel kanaat icmanın bizzat kendisinin delillere ihtiyaç duymadan bir hukuk kaynağı olduğu yönünde olup, bu şu şekilde ifade edilmiştir: “icma delile gerek duymadan bizzat kendisine itibar edilir”⁹⁶⁸. Zaten Debbusi konuya başlarken hiç tereddüt etmeksizin “söz (konu) bu ümmette icmanın hüccet olduğuyla ilgilidir” diye başlar ve “bu ümmetin alimlerinin icması hüccettir” sözünün tevatüren nakledildiğini vurgular⁹⁶⁹. Ayrıca konuyla ilgili çokça ayete atıfta bulunmuştur⁹⁷⁰. Bu ayetlerde daha ziyade peygamberin ümmetini taltif eden, zulümden kurtaran, hayırlı, şahit, vasat ve marufu emredip münkerden sakındıran vasıflarına dikkat çekilmek istenmiş, hatta “ümmeden vasatan”⁹⁷¹ ifadesini “sözü kabul olunan” şeklinde yorumlayıp icmayla irtibatlandırmıştır. Diğer taraftan, içtihatlarda ihtilafın olduğunu ve bunun neticesi olarak icmanın ilim ifade etmeyeceğini ileri sürenlere ise, ümmetin hatada birleşmeyeceğini⁹⁷² işaret eden hadislerle delil getirilerek icmaya tabi olmanın peygambere tabi olma menzilesinde olduğuna vurgu yapılmıştır⁹⁷³.

Bu durum Debbusi'nin icmayı sünnet gibi müsbet delillerden saydığı anlamına gelebilir. Oysa genelde kitap ve sünnet müsbet delil, icma ve kıyas ise müzhir delil olarak kabul edilmektedir. Çünkü İslam hukukçuları icmanın geçerliliği hususunda istinat ettiği esasları araştırmışlar ve bu konuyu icmanın senedi başlığında ele almışlardır. Burada genelde, kitap, sünnet, kıyas ve maslahat olmak üzere dört tane senetten (dayanak) bahsetmişlerdir⁹⁷⁴.

⁹⁶⁷ Dönmez, İ. Kafi, “İcma”, DİA, XXI, 418.

⁹⁶⁸ Şelebî, Usul, s. 151.

⁹⁶⁹ Debbusî, Takvîmu'l-Edille, s. 23-25.

⁹⁷⁰ Konuyla ilgili ayetler için bkz. Bakara 2/257, 143, 28; Ahzab 33/43; Âl-i İmran 3/110; Nisa 4/115.

⁹⁷¹ Bakara 2/143.

⁹⁷² İbn Mace, Fiten, 8.

⁹⁷³ Debbusî, Takvîmu'l-Edille, s. 26.

⁹⁷⁴ Bilgi ve örnekler için bkz. Farfur, Medarîku'l-Hakk, s. 72-100; Şelebî, Usul, s. 180 vd.

İcmalar arasında tearuz söz konusu olduğunda senetlerinden hareketle tercih yapılacağı kanaatindeyiz. Senetlerin hiyerarşisi tercihte dikkate alınmalıdır. Ancak bu tercih işleminin yine bir icma ile olup olmayacağını tartışmaya açabiliriz. Zira icmanın değişmezliği fikrini, ulaşabildiğimiz kadarıyla ilk defa Serahsî, değişime dayalı (maslahat) durumlarda önceki icmanın geçersiz olduğunu, mezhebin görüşü olarak ileri sürmüş ve bir açılıma ön ayak olmuştur⁹⁷⁵. Fakat bu durumun sahabeden sonraki icmayla ilişkilendirilmesinin daha isabetli olacağı kanaatindeyiz. Nitekim Devalibi, icmanın sahabe döneminde sünnet gibi bir asıl olduğunda ihtilafın olmadığına dikkat çekmiştir⁹⁷⁶. İşte maslahatın değişmesiyle yapılan değişiklik yeni bir içtihadı yani tercihi gerektirecektir.

Diğer bir husus ise, kavli ve sukuti icmalar arasında tercihin nasıl olacağı yönündedir. Devalibi, bu konuda farklı bir taksimata, farklı kavramlarla dikkat çekmiştir. İmam Malik'in kavli (sarih) veya ameli, nakli veya içtihadı farkı gözetmeksizin icmayı "vakıf" mefhumuyla ele almış ve burada vurgu amel-i ehl-i Medine'ye⁹⁷⁷ olmuş, dolayısıyla konu sahabe dönemiyle sınırlandırılmıştır. Ahmet Hasan bu durumu, sahabe sünneti olarak değerlendirmektedir⁹⁷⁸. Şafii ise icmayı "zatî" mefhumuyla ele almış, bütün İslam aleminin ittifakı olarak görmüştür. Neticede, Medine ehlinin icması veya İslam aleminin icması şeklinde özetlenebilir. Fakat Şafii burada sadece icmanın kavli olan şeklini esas almıştır. Ahmet b. Hanbel de Şafii'yi takip ederken, Ebu Hanife'nin görüşleri ise, icmanın zatî anlamının esas alındığını göstermektedir. Hanefilerde Şafiilerin hilafına kavli ve sükuti icmanın esas alındığı anlaşılmaktadır⁹⁷⁹.

İcmaların bu şekilde taksim edilmesinin yanında yöresel olarak da değerlendirilmesinin, o günün şartları açısından daha da isabetli olacağı kanaatindeyiz⁹⁸⁰. Tercih esnasında bu hususların da dikkate alınmasının gereğine inanıyoruz. Çünkü her bölgedeki icma fikri, tedricen fakihlerin görüşleri arasında tercih olunanlar billurlaşarak şekilleniyordu. Bu düşünceden hareketle Ahmet Hasan icmanın anonim olarak bölgesel

⁹⁷⁵ Serahsî, Usul, II, 116.

⁹⁷⁶ Devalibî, s. 291.

⁹⁷⁷ Medine ehlinin uygulamalarının hukuki niteliği için bkz. Aybakan, Bilal, Fıkıh İlminin Oluşum Sürecinde İcma, İstanbul, 2003, s. 90-104.

⁹⁷⁸ Ahmet Hasan, s. 192.

⁹⁷⁹ Devalibî, s. 291-299.

⁹⁸⁰ Kûfe yöresinde icmanın gelişimi için bkz. Ahmet Hasan, s. 192-193; Aybakan, s. 80-90. Suriye yöresi için bkz. Aybakan, s. 105. Medine yöresi için bkz. el-Hinn, s. 457-469; Ahmet Hasan, s. 195-202; Aybakan, s. 90-105. Şafii'nin icma görüşü için bkz. Şirazi, s. 82-93; Ahmet Hasan, s. 236-245. Şafii sonrası icma için bkz. Aybakan, s. 140-160.

kaldığını vurgulasa da⁹⁸¹ bugün bölgesel olmaktan ziyade mezhebî olduğunu söylemek belki daha da isabetli olur, diyebiliriz. Bunu etkileyen ana faktör ise, sünnet anlayışında aranmalıdır diye düşünüyoruz. İşte icmalar arası tercihte biz onun için senede vurgu yapıyoruz.

Şimdi hülasasını sunduğumuz bu icmalar arasında tercih nasıl olmalıdır? sorusuna cevap arayalım. Tearuz eden icmalarda sahabe dönemine ait olan icmaların tercih edileceğini, dolayısıyla vakiî icmanın zatî icmaya tercih edileceğini söyleyebiliriz. Ancak burada icmanın senedine dikkat edilmesine gerek vardır. Eğer senet, kitap, sünnet ve kıyas ise tamam, fakat senet maslahat ise o zaman zatî icmayı esas almak gerekir. Zatî icmalar arasında kavli ve sükutî icmanın tercihine gelince, genel kanaat kavlinin tercihinden yana olabilir⁹⁸². Çünkü sükutî icmayı kabul eden Hanefiler genelde bunu “icmau’r-ruhsat” olarak adlandırırlar. Hanefiler müçtehidin konuşması gereken yerde susmasını kabul etmezler. Onlara göre böylesi bir kişi fasık sayılır, fasıktan da müçtehid olamaz, dolayısıyla sükut yerinde sükut, konuşma yerinde konuşma esastır. Sadece icma meclisi susma yeri olmadığı için susmayı iyi görmezler. Ancak müçtehit susmuşsa herhangi bir neden aranmaz, kabul ettiği anlaşılır görüşüne ulaşarak, müçtehidin konuşmamasını âdeta konuşmasıyla eşdeğer görerek sükutî icmayı kabul etmişlerdir⁹⁸³. Bu açıdan bakıldığında kavli ve sükutî icmanın tercihinde kavli icmaya öncelik verilebilir. Fakat Hanefilerin mantığından hareket edersek, icmaların senetlerine ve günümüz şartlarına bakarak konunun incelenmesi gerekir.

Konuya tearuzun genel mantığından bakılırsa, tercihe gitme yerine, yeni bir içtihatla farklı bir icmaya ulaşmak daha da isabetli olabilir. Lamişi de her asırda icmanın yapılmasının sevap olduğuna değinmiştir⁹⁸⁴. Ancak icmanın yapılıp yapılamayacağı tartışma konusudur. Küreselleşen dünyada gelişen iletişim araçlarıyla yeni icmaların daha kolay yapılacağı kanaatindeyiz. En azından Ahmet b. Hanbel’in dediği gibi “belirli bir

⁹⁸¹ Ahmet Hasan, s. 202.

⁹⁸² Berezençî, II, 324. Ayrıca bize mütevatir yolla ulaşan icma, ahad yolla ulaşan icmaya tercih edilmelidir. Bazı kaynaklar da çok sayıda icmanın olduğunu göstermektedir. Örneğin, İbn Münzir, 765 konuda icmanın sağlandığını söyler ki bunların çoğunluğu yöresel veya mezhebi bağlamlıdır. Ancak az bir kısmın da usuldeki teknik anlamıyla kullanılan icma olabilir. Bu icmalar için bkz. İbn Münzir, el-İcma, Beyrut, 1988, s. 3 vd.

⁹⁸³ Lamişi, s. 166-167. Sükutî icma ve on şartı için bkz. Farfur, Medariku’l-Hakk, s.198-203.

⁹⁸⁴ Lamişi, s. 168.

konuda icma yoksa da, aynı konuda ihtilafın olduğunu bilmemek de⁹⁸⁵ bir mesafedir. Kaldı ki günümüz dünyasında, eroin, kokain gibi maddelerin yasaklanmasında ittifakın olduğu, dolayısıyla İslam hukukçularından da bu konuda ihtilaf edenin olmadığı bir gerçektir. Âdetâ bir konsensüs sağlanmıştır. Öyleyse yirmi birinci asırda bir icmanın yapıldığını kabul edebiliriz. Bunun senedini ise, kitaba dayandırarak içkiyi yasaklayan âyetin⁹⁸⁶ delaleti dahilinde düşünebiliriz.

3.4. Kıyaslar Arası Tercih

İslam hukuk metodolojisinde asli delillerin dördüncüsü olarak kabul edilen kıyas, sözlükte, bir şeyi başka bir şeyle ölçmek anlamına geldiği gibi, iki şeyi birbiriyle denkleştirmek, eşitlemek anlamına da gelmektedir. “Kumaşı metreyle ölçtüm, ayakkabıları birbiriyle eşledim” şeklinde kullanılmaktadır⁹⁸⁷.

Usulcülerin ıstılahında çeşitli şekillerde tanımlanmıştır. Debbusi, nassdaki hükmün teaddilik (geçişlilik) sebebiyle fer’î meselede sabit olmasıdır şeklinde tanımlar⁹⁸⁸. Kıyası reddedenlere cevap verirken “قيمة الشيء تعرف بمعرفة النظائر”, bir şeyin kıymeti, benzerlerinin bilinmesiyle ortaya çıkar” prensibiyle hareket etmiştir⁹⁸⁹. Gerçek anlamda kıyasın mahiyetini bu ifade en belîğ şekilde ortaya koymuştur, diyebiliriz.

Kıyas, sadece (mücerred) ıstılahın düşünülmesiyle anlaşılamayan bir illet birliği nedeniyle asıldaki hükmün fer’e geçmesidir⁹⁹⁰.

Kısaca hükmü bilinmeyen meseleyi, hükmü bilinen meseleye illet birliği sebebiyle idhal etmektir⁹⁹¹. Lamişi, kıyası “benzer iki meselelerden birinin (aslın) hükmünü illetteki benzerlikten dolayı diğerinde açığa çıkarmaktır”⁹⁹² diye tanımlıyor. Molla Hüsrev de bu tanımı tercih etmiştir. Çünkü açığa çıkarma (إبانة) kaydı, kıyasın müsbet bir delil değil,

⁹⁸⁵ İbnu’l- Kayyım, I, 24. Konuyla ilgili tartışma için bkz. Farfur, a.e., s. 32-37.

⁹⁸⁶ Mâide 5/90.

⁹⁸⁷ Şaşı, .s. 168.

⁹⁸⁸ Debbusî, Takvîmu’l-Edille, s. 260.

⁹⁸⁹ Debbusî, a.e., s. 261.

⁹⁹⁰ Sadru’s-Şeria, Tavzih, II, 517.

⁹⁹¹ Bu paraleldeki tanımlar için bkz. Şevkanî, İrşadu’l-Fuhul, s. 295-296. Kıyasla ilgili tanımların açıklaması için bkz. Tayyib Hudarî, s. 114-124.

⁹⁹² Lamişi, s. 177.

müzhir bir delil olduğunu gösterir. Lamişi'nin de dediği gibi izhar kullara, isbat ise Allah'a aittir⁹⁹³.

Netice itibariyle kıyas kişisel akıl yürütmenin bir biçimidir. Bunun iki şekilde yürütüldüğü kanaatindeyiz. Birincisi, yeni çıkan hadiseyi illet birliğinden hareketle önceden hükmü asli delillerle bilinen, daha ziyade nassla belli olan hükmün altına sokmaktır. İkincisi ise, nassları, yeni hadiselerle bir projektör gibi tutarak konuyu yerinde ayıklayarak, illet birliğini tespit ettikten sonra nassdaki hükmü, hadiseye aktarmaktır. Bu iki versiyonda bir içtihat faaliyetidir ve formel kıyasın oluşmasından önce "re'y" diye ifade edilen hukuksal bir yöntemin varlığını çağrıştırmaktadır.

Kıyasın delillik değeri İslam hukukçularınca tartışılmıştır. Ehl-i sünnet hukukçuları, kıyası kabul ederken, Şia'dan Bağdat Mutezile'sinden bir grup ile Zahiriler ve İbrahim Nazzam gibi bazı ilahiyatçılar kıyası reddetmişlerdir. Her iki taraf da gerekçelerini ileri sürmüş ve desteklemek için nasslara atıfta bulunmuşlardır⁹⁹⁴.

Kıyasta rükun olarak dört nusur bulunmaktadır: 1. Asıl (makisun aleyh): Hükmü nass tarafından belirlenmiş olay. 2. Fer (makis): Hükmü nasslarda belirlenmemiş olay. 3. İlet (cami): Nassdaki hükmün konmasına sebep olan özellik, vasıf. 4. Hükmü'l-Asl: Nassla sabit olan hükümdür⁹⁹⁵.

Kıyasın şartları ise üç başlıkta toplanmıştır: 1. Aslın hükmü nassdaki duruma özel olmayacak. 2. Aslın hükmü kitap ve sünnetle sabit olacak. 3. Nass ile sabit olan şer'i hükmün aynısı fer'e intikal edecek, bu durum aslın hükmünü bozucu olmayacak⁹⁹⁶. Ayrıca hükmü akılla anlaşılabilir olup, taabbudî olmayacak⁹⁹⁷.

Bu son madde aynı zamanda kıyasın hükmüne de esas teşkil etmektedir. Zira kıyasın hükmü; nassdaki hükmü olmayan hadiseye geçirmektir (التعدية). Yani illetini bulup

⁹⁹³ Lamişi, s. 177. Molla Hüsrev, s. 433-434.

⁹⁹⁴ Konuyla ilgili bilgi için bkz. Debbusi, a.e., s. 160-164; Serahşi, II, 118-138; İbnu'l- Kayyim, I, 101-116; el-Hinn, s. 371-382. Tarafların delil olarak kullandığı birkaç nass için bkz. Ankebut 29/43, 51; Nisa 4/171; Mâide 5/44; Nahl 16/44, 89; En'am 6/59, 145; İsra 17/36; Haşr 59/2; Hacc 22/36; Kamer 54/43; Ahkaf 46/26; Muhammed 47/10. Konunun yorumu ve tahlili için bkz. Apaydın, Yunus, "Kıyas", DİA, XXV, 536-538.

⁹⁹⁵ Molla Hüsrev, s. 446-467.

⁹⁹⁶ Debbusi, a.e., s. 179-191; Molla Hüsrev, s. 438-445.

⁹⁹⁷ Hallaf, s. 68.

talil etmektedir⁹⁹⁸. Bu durum, kıyasın yeni bir hüküm inşa etmeyip, nasslarda mevcut olan hükmü ortaya çıkardığını göstermektedir⁹⁹⁹.

Hülasasını sunduğumuz kıyasın, bir başka kıyasla tearuzunda nasıl hareket edilmelidir? Öncelikle Hanefilerin tearuzun gerçekleşebilmesi için şart koştukları nesh olgusu ilk bakışta kıyaslarda görülmemektedir. Ancak kıyasın dayandığı aslın hükmüne gittiğimizde nasslara dayadığından dolayı tearuzdan söz edilebilir. Ama bu dolaylı bir tearuzdur. Öyleyse yine tercih şarttır.

Kıyaslarda tercihin hangi esaslar bağlamında yapılacağı doktrinde tartışılmıştır. Genelde, illet yönünden, illeti oluşturan delil yönünden, aslın hükmünün delili yönünden hükmün keyfiyeti ve harici durumlar yönünden olmak üzere beş başlık altında incelenmiştir¹⁰⁰⁰.

Biz ise konuyu sadece illetin kuvvetliliği yönünden ele almayı düşünüyoruz. Diğer hususlar ise bu konu içerisinde dağıtılarak işlenecektir. Çünkü mezhepler arasındaki kıyaslarla ilgili tercihlerde konu illetin tesirini iptal etmeyle ilgilidir¹⁰⁰¹. Zira illetin tesirini iptal, kıyasın iptali anlamına gelir. Kıyas maal farık tartışması da yine illet eksenslidir. Sadece kıyas fasidu'l-itibar nassın karşısında yapılan kıyasın geçersizliğini ifade için gündeme gelir ki, bu açık olduğundan çok fazla tartışmaya gidilmez. Çünkü nassın karşısında kıyasın yapılamayacağı açıktır. Devalibi, kıyas konusunu, içtihad başlığı altında ele alırken üç çeşit içtihada dikkat çekmiştir. Sırasıyla beyan içtihadı, kıyas içtihadı ve ıstıslah içtihadıdır. Kıyas içtihadını ise illet ve mesaliku'l-illet (illeti belirleme) üzerine oturtmuştur¹⁰⁰². Nitekim usulde kıyas denince akla ilk gelen illettir. Hükümler varlık ve yokluk yönünden illetleriyle birlikte deveran eder hikmetleriyle değil¹⁰⁰³ prensibine ulaşılmış olması da bunun bir kanıtı olabilir. Bir de kıyasla verilen hükmün illet birliğinden doğduğu ve ona dayandığı fikri en eski usulcülerden beri devam eden bir düşüncedir¹⁰⁰⁴.

⁹⁹⁸ Molla Hüsrev, s. 467.

⁹⁹⁹ Şakiru'l-hanbelî, s. 297.

¹⁰⁰⁰ Hafnavî, s. 381.

¹⁰⁰¹ Davudi, s.321-322.

¹⁰⁰² Devalibî, s. 388-395.

¹⁰⁰³ Serahsî, Usul, II, 181; Şakiru'l-hanbelî, s. 307.

¹⁰⁰⁴ Ebu'l-Hüseyn, II, 443; Gazalî, Şifau'l-Galil, s. 13-14.

Ayrıca kıyas bir çok çeşide ayrılmakla birlikte, genelde yaygın olan, mantık kıyası ve şer'î kıyasıdır. Şer'î kıyasda esas olan illet olduğundan illet kıyası da denebilir. Bu ayırıma Şaşı açıkça dikkat çekmiş ve tanımlarını ayrı ayrı vermiştir¹⁰⁰⁵. Bu tanımlara baktığımızda iki hususla karşılaşırız: Birincisi mantıkî kıyasta, küllinin hükmü kendi cüzüne verilmektedir. Şöyle ki, netice birinci mukaddimede zaten mevcuttur. Dolayısıyla bu kıyasta sadece malum-u ilam vardır. Gazzali de bu duruma dikkat çekmiştir¹⁰⁰⁶. İkincisi ise, şer'î kıyasta esas illet alındığından daha geniş bir anlam alanı oluşmakta, dolayısıyla küllinin hükmünü, kendi cüzünün dışındakilere de vermektedir. Bu yüzdendir ki, Gazzali'nin fikhî kıyası mantıkî kıyasın kalıbına döktürmeyi önermiştir¹⁰⁰⁷ fikri tartışılabilir. Eğer Gazzali'nin böyle bir fikri olsaydı daha niçin mantıkî kıyası eleştiriyor, sorusuyla muhatap olur ve çelişki içerisinde olduğu anlaşılırdı. Oysa Gazzali, mantıkî kıyası eleştirirken, usulî kıyasın daha işler olduğunu vurgulamak istemiştir. Bunun nedeni ise, giderek Aristo kıyasının kolaycılığına kayıldığını ve illeti tespit etme işlemine son verildiğini sezmesidir. Günümüzde de problem bu noktada düğümlenmektedir.

Tercihle illeti esas almamızın en açık gerekçesi ise, illetin kıyasın tek rüknü olup olmadığı tartışmasıdır. Serahsî, kıyasın rüknünü anlatırken vasıf diye ele alır, ancak koymuş olduğu şartlar ile sıralamış olduğu örnekler, tamamen illeti anlatmaktadır¹⁰⁰⁸. Bu durum, kıyasın diğer üç rüknü olan asıl, fer' ve aslın hükmünden öne çıkarılarak âdeta illeti kıyasın tek rüknü olarak görüldüğünün ipuçlarını vermektedir.

O halde illet, sözlük anlamıyla ilişkili olarak, şari'in nassın hükmü için alamet kıldığı şey¹⁰⁰⁹dir. Lamişi ise, İmam Maturidi'nin "illet öyle bir anlamdır ki, o ne zaman bulunursa, hükmün de onunla bulunması vaciptir"¹⁰¹⁰ şeklindeki tanımını aktarır. Bu tanımın yukarıdaki prensibin esasını oluşturduğu kanaatindeyiz¹⁰¹¹.

Hükümde esas illet olduğuna göre, bunu belirleme yollarına (mesaliku'l-illet) atıfta bulunmak gerekir. Bu yollar sırasıyla nass, icma ve sebr ü taksimdir¹⁰¹². Tabii ki, elde

¹⁰⁰⁵ Şaşı, s. 173.

¹⁰⁰⁶ Gazalî, Mustasfa, I, 45.

¹⁰⁰⁷ Apaydın, "Kıyas", XXV, 533.

¹⁰⁰⁸ Serahsî, Usul, II, 174-175.

¹⁰⁰⁹ Debbusî, Takvîmu'l-Edille, s. 292; Molla Hüsrev, s. 446.

¹⁰¹⁰ Lamişî, s. 191.

¹⁰¹¹ İletinin malahat merkezli tanımları ve değerlendirmesi için bkz. Devalibî, s. 392.

¹⁰¹² Hallaf, s. 84-88. Geniş bilgi için bkz. Tayyib Hudarî, I, 236-293.

edilen illetin geçerli olup olmadığı illetin şartlarıyla sağlaması yapılarak öylece sonuç söylenmelidir. Şöyle ki, bulunan illetin zahir (açık), munzabıt (sabit olup zaman ve mekanlarla değişmeyen), münasip (hikmeti gerçekleştiren), ve gayri kasır, yani sadece nassda belli olan duruma özel olmayacak¹⁰¹³ gibi şartlarının gerçekleşmesi gereklidir. Hatta Hudarî illeti, hükmün teşri kılınmasına sebep olan hikmet şeklinde de değerlendirerek, maslahatın celp edilmesi ve mefsedetin def edilmesi ekseninde konuyu ele almış olup, zaruriyyat, haciiyyat ve tahsiniyyat üçlüsüne de atıfta bulunmuştur¹⁰¹⁴. Aslında Hudarî'nin bu açıklaması son dönem usulcülerinin illetin şartları arasında saydığı "münasip olma" başlığı altında ele alınmış, konu daha da teknik hale getirilmiştir. Ancak Hudarî, konuyu makasıt merkezli ele aldığından günümüzdeki kıyas işlemlerine daha da elverişli görülmektedir. Hatta Şatubî'nin makasıt teorisini kıyastaki illette denemek istemiş ve başarılı olmuştur, diyebiliriz.

Bu gerekçelerden sonra tearuz eden kıyaslardan illeti kuvvetli olanın tercih edileceğini söyleyebiliriz. Birinci merhalede illetin durumunu tespitinde yardımcı olan mesaliku'l-illet bahsi ile illetin şartları konunun merkezini oluşturmaktadır. Zira illeti kesin nass ile sabit olan icma ile sabit olana, icma ile sabit olan münasebetle sabit olana, bu da sebr ü taksim ile sabit olana tercih edilmelidir¹⁰¹⁵. Kısaca müstefad illet yani nasslardan elde edilen illet, müstenbat illete yani akılla (usul yöntemleriyle) tespit edilen illete tercih edilmelidir, diyebiliriz. Debbusi iki kıyas arasında tercihin yapılacağına değindikten sonra, tercih gerekçelerini dört madde altında toplamıştır. Sırasıyla; vasfın tesirinin kuvvetli olması, elde edilen hüküm üzerine vasfın devamının kuvvetli olması, illetin (vasfın) yokluğuyla hükmün yok olması, şeklinde düzenlemiştir. Görüldüğü şekliyle müellif de illete itibarı önde tutmuştur¹⁰¹⁶.

İlletle ilgili tercih işlemi yapılırken, pek tabii olarak, illetin şartlarının tahakkuk edip etmediği herhalde nazardan uzak tutulmamalıdır. Zira, öncelikle illet diye ortaya konan vasfın gerçekten illet olup olmadığının tespiti öncelikli iştir.

¹⁰¹³ Hallaf, s. 75-78.

¹⁰¹⁴ Konuyla ilgili bilgi ve örnekler için bkz. Hudarî, s. 293-300.

¹⁰¹⁵ Hudarî, s. 327.

¹⁰¹⁶ Debbusî, Takvîmu'l-Edille, s. 340.

İkinci merhalede, yukarıdaki çalışmayla eğer kıyaslardaki tearuz giderilemezse, o zaman illetlerin maslahatı gerçekleştirip gerçekleştirmediğine bakılmalıdır. Zaruri maslahatı gerçekleştiren, hacı maslahatı gerçekleştirene, o da tekmili maslahatı gerçekleştirene tercih edilmelidir. Eğer zaruri maslahatı gerçekleştirmede iki kıyasın illeti eşitse, o zaman şu sıralamaya dikkat edilmelidir. Dinin korunması, canın korunması (Hudarî insanların korunması diyor), neslin korunması, aklın korunması ve malın korunması şeklindedir¹⁰¹⁷.

Şevkani, kıyaslar arası tercihle ilgili olarak özellikle illet konusuna vurgu yapmış, konunun genel çerçevesini illete göre çizmiştir. 48 madde altında saydığı tercih gerekçelerinden 25 tanesini illet ve delile ayırmış, burada sadece illetin mahiyetinden kaynaklanan tecih sebeplerine yer vermiştir. Yukarıdaki sunduğumuz iki merhale bu maddeleri içerir mahiyettedir¹⁰¹⁸.

Belki burada kısaca üçüncü bir duruma temas etmek faydalı olabilir. O da yukarıdaki hususlarla çözülemeyen tearuz için harici birtakım delillere başvurma gerekliliğidir. Örneğin, hukukun genel prensiplerine uyanın tercih edileceği ve illeti başka illetlerle insicam içinde olan, olmayana; sahabe fetvasına uygun olan, olmayana tercih edilmelidir, şeklinde özetlenebilir¹⁰¹⁹.

Biz bu konuyu başka açılardan da genişletebiliriz. Örneğin, ahlakî değerleri ön plana çıkaran illetin, diğerlerine, psiko-sosyal realiteyle uyum içerisinde olanın uyum içerisinde olmayana, ihtiyatı gerektirenin, ihtiyatı gerektirmeyene tercih edileceğini söyleyebiliriz.

3.5. Haber-i Vahid ile Kıyas Arasında Tercih

Tearuz ve tercih konusunda üzerinde durulması gereken diğer bir husus ise, haber-i vahid¹⁰²⁰ ile kıyastır. Bunların birbirine tercihi konusu İslam alimleri arasında farklı şekillerde ele alınmıştır. Ebu Hanife ve İmameyn'e göre haber-i vahid kıyasa tercih edilir. Malikiler ise, kıyası tercih ederler. Örneğin Hanefiler "meni kuru ise ovalamakla elbise

¹⁰¹⁷ Hudarî, s. 327.

¹⁰¹⁸ Geniş bilgi için bkz. Şevkanî, İrşadu'l-Fuhul, s. 413-416.

¹⁰¹⁹ Şevkanî, İrşadu'l-Fuhul, s. 417-418.

¹⁰²⁰ Haber-i Vahidin delil oluşu ile ilgili tartışmalar için bkz. Debbusî, Takvîmu'l-Edille, s. 170-174.

temiz olur” derken, Malikiler “idrar gibi su ile yıkanarak temiz olur” görüşündedir¹⁰²¹. Yine Hanefiler evlilikte kefaetin nesepte geçerli olduğunu habere dayanarak kabul ederler¹⁰²².

Bu örnekleri çoğaltabiliriz. Tartışmanın temelinde önemli olan iki husus vardır: Birincisi mutlak haber-i ahadın kıyasa tercih edileceği ki, Kerhi bu görüşü savunanların başında gelir¹⁰²³. Debbusi, Ebu Hanife ve tilmizleri olan İmameyn, haber-i ahadın kıyasa takdim edileceğini açıkça vurgulamıştır¹⁰²⁴. Ancak tercih yerine takdim kelimesini kullanmıştır. Bu da o dönemde tercih kelimesinin teknik anlamının çok netleşmediği şeklinde anlaşılabileceği gibi, müteradif olarak da kullanıldıkları söylenebilir. İkinci görüş ise, ravi fakih ise haber kıyasa tercih edilir. Yoksa kıyas tercih edilmelidir. Bu görüşü delillendirenlerin başında İsa b. Eban ve Debbusi gelmektedir. Örnek olarak da musarrat hadisi ve araya hadisi seçilmiştir¹⁰²⁵. Buradaki örnekten hareketle kullanılan kıyasın temel ilke anlamında olduğu anlaşılmaktadır.

Ancak İsa b. Eban, haberin mutlak olarak kıyasa tercih edilebilmesi için, ravinin fakih olması şartının sonradan ortaya çıkmış bir görüş olduğunu da söylemektedir¹⁰²⁶.

Üçüncü bir husus ise, Ebu Hanife’nin sünnet telakkisinde aranmalıdır. O, sünnetten bahsedilince ayırım yapmaksızın “peygamberden gelen başımın gözümün üstünerdir”¹⁰²⁷ şeklinde buyurarak sünnete olan bağlılığını ve tercihinin göstermiştir. Fakat Ebu Hanife’nin senet kritiği yapmasının yanında, metin kritiğine yer vermiş olması¹⁰²⁸ onun reyci olarak tanınmasına sebep olmuştur ki, bu düşünce isabetli değildir. Çünkü O, sünnetin dışında sahabe kavline de Şafii’den daha çok önem vermiştir¹⁰²⁹. Oysa Şafii daha nassçı, Ebu Hanife ise kıyasçı olarak kabul edilmiştir. Halbuki Zehebi, Ebu Hanife’nin sahabelerin görüşlerini seçerek aldığını bildirmesinin hemen akabinde; “mescitlere bevl etmek bazı

¹⁰²¹ Debbusî, Te’sisu’n-Nazar, (Beraberinde İmam Kerhî’nin Usule Dair Risalesi), t.hk. Mustafa b. Kabbânî, İstanbul, 1990, s. 99; Şevkanî, Neylu’l-Evtar, I, 68.

¹⁰²² Şeybanî, Camiu’s-Sağır, s. 173; Debbusî, Te’sisu’n-Nazar, s. 100.

¹⁰²³ Abdulaziz Buhârî, II, 383. Konuyla ilgili nass, icma ve akli delil için bkz. Cübürî, s. 81-82.

¹⁰²⁴ Debbusî, Te’sisu’n-Nazar, s. 99.

¹⁰²⁵ Abdulaziz Buhârî, II, 383. Musarrat ve araya hadisinin hukukî yorumu için bkz. Aynı eser, II, 381-384.

¹⁰²⁶ Abdulaziz Buhârî, II, 383.

¹⁰²⁷ Zehebî, s. 20.

¹⁰²⁸ Metin kritiği ve haber-i ahadla ilgili ileri sürdüğü şartlar için bkz. Kevserî, Fıkhu Ehli’l-İrak, s. 32-39; Ünal, s. 83-122.

¹⁰²⁹ Geniş bilgi için bkz. Hallaf, s. 107-108.

kıyastan daha güzeldir” sözüne de yer vermiştir¹⁰³⁰. Dolayısıyla Ebu Hanife önüne geldiği şekilde kıyası kullanmamıştır. Bunun en güzel delili de onun istihsan denen ikinci bir yöntemeye yönelmesidir. Çünkü istihsan durum gereği başka bir delile dayanarak ya açık kıyas yerine gizli bir kıyası tercih veya hukukun genel prensiplerinden birinin yardımıyla yeni bir hükmü bir delil yardımıyla tercih etmektir¹⁰³¹. Burada gözden kaçan husus, istihsanın mutlaka bir delille dayalı tercih işlemi olduğudur¹⁰³². İşte Ebu Hanife’nin kıyasçı gösterilmesinin sebeplerinden birisi de budur. Fakat bu durum, onun nassçı ve haber-i vahidi kıyasa tercih ettiğinin en önemli gerekçesi olmalıdır, diye düşünüyoruz. Çünkü ne kadar istihsanen hüküm varsa, çoğunluğu nassa, bir kısmı hukukun genel mantığına veya eldeki konunun genel özelliğine, bir de maslahat vb. fer’î delillere dayanmıştır¹⁰³³.

Hanefilerin, haber-i ahadı kıyasa tercih ettiklerini değerlendiren Serahsî, İmam Malik’in kıyası ele almada ileri sürdüğü gerekçeleri yorumlarken “haber-i vahidle kıyasın terki sahabe ve ondan sonraki selef zamanında inkar edilemeyecek meşhur bir işti ve bunu (ma’dulü bihi ani’l-kıyas) -haber-i ahad sebebiyle kıyastan dönme- diye de isimlendirdiklerini söylemiştir¹⁰³⁴.

Bütün bu açıklamalardan anlaşıldığı gibi, Ebu Hanife¹⁰³⁵ ve tilmizleri, haber-i ahadı kıyasa tercih etmişlerdir. Bu tercih işlemi için ileri sürülen şartlar Ebu Hanife tarafından açıklanmamakla birlikte sonraki mezhep müntesibi olan büyük hukukçularca tespit edilmiştir, diyebiliriz.

4. Harici Sebeplerle Tercih

İnsanın bireysel ilişkileri gibi, toplumsal ilişkileri de mevcuttur. Bu sosyal olgunun yürütülmesinde dikkat edilmesi gereken önemli husus “düzen” fikridir. İslam hukuku, hukukî düzeni kurmak için asli kaynaklara sahip olduğu gibi, fer’î kaynaklara da sahiptir.

Buraya kadar asli kaynaklar arasındaki tercih işlemi hukuk metodolojisi ekseninde ele aldık. Özellikle hüküm çıkarma (turuku’l-istinbat) yollarına ağırlık verdik.

¹⁰³⁰ Zehebî, s. 21.

¹⁰³¹ Krş. Hallaf, s. 92-93.

¹⁰³² Molla Hüsrev, s. 466; Ebu Zehra, s. 262-270; Kevserî, Fıkhu Ehli’l-Irak, s. 26-32.

¹⁰³³ Birkaç örnek için bkz. Merginânî, II, 4, 17-18, 34-35.

¹⁰³⁴ Geniş bilgi ve örnekler için bkz. Serahsî, Usul, I, 339.

¹⁰³⁵ Ebu Hanife’nin hadis ve sünnet karşısındaki genel tutumu için bkz. Ünal, s. 66-72.

Şimdi asli kaynaklardaki tearuzun giderilememesi durumunda, tercihte yardımcı olacak harici, diğer bir ifadeyle tali kaynaklara atıfta bulunmak istiyoruz. Çünkü tercih işlemi delile dayalı bir yöntem olduğu kadar, delil dışı karinelere de yardım alacak kadar geniş bir yelpazeyi içine alan bir değer ve düzeni ifade etmektedir. Bu değer ve düzenin kriterini üstün irade belirleyeceği gibi, üstün iradeyi tercihe zorlayan psiko-sosyal ve fiziksel etkenler olabilir. İşte tercih yaparken bu hadiselerin etkinliğine ve mahiyetlerine dikkat etmek de bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu gerçek durum gözardı edilirse, tercih sadece günü kurtarma muamelesi olur. Belki de onu da başaramadan toplum vicdanında makes bulmadığı için kuru bir fikir beyanından öteye geçmez ve sadece kağıtlarda yazılı kalır.

4.1. Maslahat ve Makasıt Açısından Tercih

Menfaatlerin elde edilmesi ve zararların def edilmesi şeklinde tanımlanan *maslahat*¹⁰³⁶ delili metodolojik olarak daha çok Malikilerce kullanılmıştır. Belki de bunun böyle algılanmasında Şatıbî'nin etkisi büyüktür. Çünkü O, meşhur eserinde fıkıh usulünü zaruri, hâci, ve tahsini maslahat eksenli oluşturmaya çalışmıştır¹⁰³⁷. Aslında bütün mezhepler bu delili nazariyede pek dikkate almasalar da, pratikte çokça kullanmışlardır. Örneğin, Gazzalî "maslahat şârinin maksadını muhafaza etmektir"¹⁰³⁸ derken çok geniş bir hukukî alana işaret ettiği gibi, maslahatın şartlarının da ipucunu vermiştir.

Hanefî hukukçular ise, maslahat konusunu nesh başlığı altında, maslahat, nesh, ve hüsun kubuh bağlamında ele almışlardır¹⁰³⁹. Bu şekildeki yaklaşım mutezili hukukçularda daha sistemli şekilde görülmektedir¹⁰⁴⁰. Hanefiler maslahat terimiyle birlikte hikmet terimine de yer vermişlerdir¹⁰⁴¹. Hikmetin neshle ilgisi daha açıktır. Çünkü şârinin buyruklarında hikmetin varlığı bir çok nasslarda açıkça (ibareten) beyan edilmişken, maslahata binaen hüküm buyurulduğu ancak işaretlenmesi mahiyettedir.

¹⁰³⁶ Maslahat kavramının sözlük ve ıstılahi anlamı ile mahiyeti için bkz. Bûtî, Said Ramazan, Davabidu'l-Maslaha fi'ş-Şeriatı'l-İslamiyye, Beyrut, 2001, s. 21, 69 vd.; Tayyib Hudarî, II, 51-54.

¹⁰³⁷ Bilgi için bkz. Şatıbî, II, 2 vd.

¹⁰³⁸ Gazzalî, Mustasfa, I, 634; Şelebî, Ta'lîlu'l-Ahkâm, s. 278.

¹⁰³⁹ Debbusî, Takvîmu'l-Edille, s. 236; Semerkandî, s. 703-707.

¹⁰⁴⁰ Ebu'l-Huseyn, I, 164-167, 370-371.

¹⁰⁴¹ Semerkandî, s. 705.

Bu nedenle Hanefilerin maslahat deliline ihtiyatlı yaklaştıkları anlaşılabılır. Çünkü hikmeti tespit etmek maslahat kadar kolay değildir. Dolayısıyla, maslahatın mahalli ve göreceli olma ihtimaline karşın, hikmetin daha kapsamlı ve maslahatı da içine alacak şekilde hukukî gayeyi gerçekleştirecek nitelikte olduğu düşünülebilir. Hatta Hallaf, maslahatın şartlarını; hakiki (gerçek), genel ve nasslar ile şer'î prensiplere aykırı olmayacak¹⁰⁴² şekilde sayarken âdetâ maslahatı ideal hukukun bir versiyonu olarak göstermek istemiştir.

Şimdi bu maslahat telakkisinden, tercihte nasıl faydalanabiliriz? Eğer elimizdeki problemi çözerken tercihte takip edilen hiyerarşi bitmiş ise, o zaman toplumsal şartlara dönerek, nass ve vakıa arasındaki ilişkiyi kurmaya çalışırız. Tabii ki bu, vakıayla nassı nesh etme gibi anlaşılmamalıdır. Burada sadece vakıadan yani maslahattan hareketle nassı nass ile değerlendirerek, maslahatın desteklediği nassı diğerine tercih etmek gerekir. Semerkandi maslahatın ancak şer' ile bilineceğini¹⁰⁴³ söylerken bu noktaya dikkat çekmek istemiştir.

Şöyle ki, Hz. Ömer'in eleştirilen birçok uygulaması İslam hukukçularınca böyle değerlendirilmiştir. Örneğin, Hz. Ömer'in "müellefe-i kulub"a¹⁰⁴⁴ zekattan pay vermemesi onun bir tercihidir. Çünkü onlara zekat verilmesi kalplerini islama ısındırma vasfının bir gereğidir. Bu vasıf sayesinde islam'a olan karşı tavırları durdurulacak ve fesatları önlenecektir. İşte bu vasıf bir dönem ihtiyaç hissettirmişken, başka bir dönemde ihtiyaç hissettirmemiştir. Bunun içindir ki, Hz. Ömer İslamiyet güçlenip, onların da başkaldıramayacaklarını anlayınca, nassdaki hükmü, nassdaki sığata bağlamıştır. Yani ilğa değil, ta'lil etmiştir. Çünkü nassda belirli şahıslar zikredilmemiştir. Sadece vasıf zikredilmiştir. Kalpleri islama ısındırma vasfı ise, Müslümanların siyasi durumlarıyla ilgilidir. Dolayısıyla bu vasıf kalkınca Hz. Ömer zekat verme hükmünü bir anlamda dondurmuş, yoksa nassı iptal etmemiştir. Bu durum, nassın hükmünü, yine nassın hükmüne sebep olan bir illet ile tefsir ederek, tercihini ortaya koymuştur. Bu ise, hikmete uygun ve muteber maslahatı tercihte kullanma olarak değerlendirilebilir. Kaldı ki, O'nun bu uygulamasına sahabeden karşı çıkan da olmamıştır. Bu bir anlamda sahabenin oluruyla

¹⁰⁴² Hallaf, s. 99.

¹⁰⁴³ Semerkandi, s. 706.

¹⁰⁴⁴ Tevbe 9/60.

icma hüviyetine ulaşmıştır, diyebiliriz¹⁰⁴⁵. Netice itibariyle kamu yararı ve amme menfaatini gerçekleştiren maslahat telakkisi tercihte belirli şartlar muvacehesinde kullanılabilir.

Burada dikkat edilmesi gereken diğer bir husus ise, günümüz hukuk felsefesindeki yararcılık teorisiyle, maslahat teorisinin örtüşüp örtüşmediğidir. Biz yararcılık teorisinin, hazzı esas aldığından, maslahat kadar hukukî fonksiyona sahip olmadığını düşünüyoruz. Dolayısıyla bu kavramın hukukî tercihlerde kullanılmasına katılmıyoruz. En azından şimdilik bu kavramın zihnimizdeki çağrışımı özeldir. Oysa bizim maslahat anlayışımızda genel olma en önemli ilkelerden biridir. Fakat, Bentham “bir şeyin kötülüğünü önleme, iyiliği elde etme eğilimi ya da özelliği olan yarar, aynı zamanda iyi kavramıyla özdeşir”¹⁰⁴⁶ diyerek Hanefi ve Mutezili hukukçuların maslahatı işlerken değindikleri hüsün-kubuh konusuna yaklaşmıştır. Bu bir gelişmedir. Yarar kavramının giderek anlam genişlemesine uğrayarak belki de maslahat yerine geçeceğinin sinyalleri sayılabilir.

Maslahat ilkesinin önceden var olan tearuzu gidermede kullanıldığı gibi, daha çok, değişen sosyo-ekonomik şartlar paralelinde, örtülü tearuzu kaldırmak için meclisin yeni kanun vaz etmesi şeklinde de değerlendirilebilir¹⁰⁴⁷. Bu, yeni bir duruma uygun düzenleme olarak alınabileceği gibi, bazı maddelerin bentlerinde yapılan değişikliklerle, hayatla tearuz eden bende karşılık yeni bir bendin tercihi olarak da algılanabilir. Belki de bu durumu en güzel ifade eden Mecelle’nin “ezmanın tağayyuru ile ahkâmın tağayyuru inkar olunamaz”¹⁰⁴⁸ şeklindeki kodudur. Bu konuda söylenecek en güzel hukuk vecizesi sayılabilir. Şelebi, icmanın senedi eğer maslahat ise, maslahatın değişmesiyle icmanın değişeceğini savunurken¹⁰⁴⁹ yukarıda değindiğimiz gibi örtülü bir tearuza işaret ediyor ve tercihin, maslahatın gerektirdiği şekilde yapılmasına meylediyor.

¹⁰⁴⁵ Karşılaştırmak için bkz. Medkur, M. Sellam, İslam Hukuk Başlangıcı, trc. Ruhi Özcan, İstanbul, 1995, s. 170. Ayrıca Hz. Ömer’in sosyo-ekonomik şartları dikkate alarak Irak’ın fethinden sonra, araziye gazilere dağıtılması yine bu mantığın bir ürünü olarak gösterilebilir. Orada da üst kurallarla alt kuralların çatışmasında, maslahatın desteklediği üst kuralın tercihi yatmaktadır. Geniş bilgi ve değerlendirme için bkz. Fazlurrahman, Tarih Boyunca İslamî Metodoloji Sorunu, trc. Salih Akdemir, Ankara, 1997, s. 185-187; Fazlurrahman, İslamî Yenilenme, (Makaleler I), trc. Adil Çiftçi, Ankara, 1997, s. 109-111.

¹⁰⁴⁶ Gürbüz, Ahmet, Hukuk Felsefesi Açısından Yararcılık Teorisi, İstanbul, 1999, s. 53.

¹⁰⁴⁷ Tabii ki buradaki tearuzu, fıkıh usulündeki teknik anlamından ziyade, çelişki ve çatışma anlamında kullanıyoruz.

¹⁰⁴⁸ Bu maddeyle ilgili geniş bilgi için bkz. Zerka, s. 227-229.

¹⁰⁴⁹ Şelebî, M. Mustafa, Talilü’l-Ahkâm, s. 324.

Hukukun normatifliği yanında finalist (gayeci-erekçi) bir karaktere sahip olduğu düşünülürse¹⁰⁵⁰, hukukun amacı hakkında çeşitli şeyler söylenebilir. Örneğin, güvenliğin sağlanması, toplumun mutluluğu, adaletin tahakkuku gibi kavramlar tarih içerisinde savunulurken, bunların önem sırası da hiyerarşik olarak çıkarılmaya çalışılmıştır¹⁰⁵¹. İşte bu hiyerarşinin tercihte kullanılması müstakil bir çalışmayı gerektirdiği açıktır.

Burada ikinci bir problem de hukuktaki gaye, ideal ve idenin¹⁰⁵² fıkıh usulündeki makasıt teriminin müteradifi olup olmadıkları yönündedir. Bunlar yeni tartışmaları doğurmakla birlikte, bu kavramların kullanım niyeti ile İslam hukukundaki makasıt kavramının kullanım niyeti farklıdır. Birincilerde hukukçuların olması gerek diye nitelendirdikleri bir ideal alanı işaret ederken, ikinci de ise, ilahi iradenin tahakkuku kastedilmektedir. Makasıt, diğerleri kadar ütöpik olmadığı gibi, çok da göreceli değildir. Bu yüzden bunların kendi alanlarında kullanılmasını düşünüyoruz.

Neticede hukukun amacı müşterek hayrın, adaletin ve eşitliğin sağlanması ise, onu gerçekleştirecek şeylerin tercihte kullanılması taraftarıyız. Yalnız bunu tespit etmenin çok kolay olmadığını düşünüyoruz. Çünkü bu bir siyaset “sorunu olduğu kadar, bilgi sorunu ve fizik ötesi sorununu”¹⁰⁵³ beraberinde getirecektir. Dolayısıyla maslahatın tercihte kullanılması, maslahatın çok kesin olarak tespitinden sonra yapılmalıdır. Zira tercih delilsiz olamaz.

4.2. Fer’î Deliller Arasında Tercih

Fıkıh usulünde delillerin nakli-akli, asli-fer’î, kat’î-zanni, müsbıt ve müzhir şeklindeki ayırımı bir teamüldür¹⁰⁵⁴. Asli ve fer’î ayırımında kitap, sünnet, icma ve kıyas asli, diğerleri fer’î kabul edilir. Oysa burada asli delilden maksat sadece kitap ve sünnetin kabul edilmesi daha uygun olacaktır. Diğer taraftan müsbıt ve müzhir ayırımında da, müsbıti kitap ve sünnet, müzhiri ise icma ve kıyas olarak telakki edebiliriz. Geri kalan fer’î delilleri de bu müzhir delillerin arasında saymanın daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Tearuz eden asli delillerin çözümüyle ilgili şartlar her zaman birebir sonuç vermeyebilir. İşte bu durumlarda tercih yapabilmek için harici birtakım delillere ihtiyaç duyulmaktadır.

¹⁰⁵⁰ Çobanoğlu, Rahmi, Hukukta Gaye Problemi, İstanbul, 1964, s. 10.

¹⁰⁵¹ Güriz, Adnan, Hukuk Felsefesi, Ankara, 1992, s. 61.

¹⁰⁵² Bu kavramlar hakkında geniş bilgi için bkz. Hirş, s. 194-200.

¹⁰⁵³ Hirş, s. 200.

¹⁰⁵⁴ Hadımî, s. 2-3; Şaban, s. 39-43.

Tercih işlemi bir içtihat faaliyeti olduğundan, fer'î delilleri kullanmak bir gerekliliktir. Zaten bu delillerin ortaya çıkması da o günkü hukukî yapının bir zorunluluğudur. Bu yüzden fer'î delilleri belirli bir sayıyla kayıtlamak pek isabetli görülmemektedir. Fakat bu delilleri çoğaltmak da doğru değildir. Bazen her külli kaide bir fer'î delil gibi algılanarak, bu konudaki ölçünün kaçırıldığına şahit oluyoruz¹⁰⁵⁵.

İlk dönem usul eserlerinde geçmekle birlikte tamamen son şekilleri verilmemiş, fakat son dönemdeki çalışmalarda daha belirgin ve şekil şartları oluşturulmuş fer'î delillere sahibiz. Ne yazık ki, bu delilleri kullanım hiyerarşisi pek netlik kazanmamıştır. Bu yüzden de tercihte hangisine önce müracaat edileceği, fıkıh usulünün işlenmemiş alanıdır. Bazen birtakım değerlendirmeler yapılmıştır. Örneğin, geçmişte sabit olan bir durumun halihazırda varlığını sürdürdüğüne hükmetmek anlamında kullanılan **istishab**¹⁰⁵⁶ “بقاء ما كان على ما كان”, en son başvurulacak delil olarak gösterilmektedir¹⁰⁵⁷. Yalnız bu durum istishabın diğer fer'î delillerden de sonra anlamında değildir. Çünkü klasik usul eserlerinde istishab, diğer fer'î delillerden daha açık şekilde yer verilmiştir. Bunun nedeni ise istishaba, kitap, sünnet, icma ve kıyastan sonra başvurma lüzumu üzerinde durulmuş olmasıdır¹⁰⁵⁸.

Ancak Hanefî usul kaynaklarında **istihsan**¹⁰⁵⁹ delili kıyasla birlikte ele alınırken, onun bir tercih olduğuna dikkat çekilerek âdeta kıyasla birlikte zikredilmesine özen gösterilmiştir¹⁰⁶⁰. Bu durum, istihsanın istishabdan önce geldiğine bir işaret olabilir. Hatta Hanefilerde durumun böyle olduğunu söylemek çok da yadırganmamalıdır. Kaldı ki istihsanın delile dayalı bir hukukî çözüm olduğuna çokça atıfta bulunduk, hatta Şafii'nin “kim istihsan yaparsa şariat koymuştur”¹⁰⁶¹ görüşünü değerlendiren Gazzali, Hanefilerin istihsan görüşünü biraz eleştirdikten sonra, son olarak, delile istinat eden istihsanın caiz olduğunu ve onunla hüküm verileceğini açıkça vurgulamıştır¹⁰⁶². Bu durum, Şafii'nin de

¹⁰⁵⁵ İzmirli ittifak edilen deliller ve ihtilaf edilen deliller diye ayrı bir taksimat yapmıştır. İttifak edilenler Kur'ân, ve sünnet olmak üzere iki tane iken, ihtilaf edilen deliller ise yirmi üç tanedir. Bigi için bkz. İzmirli, s. 33 vd.

¹⁰⁵⁶ İstishabın tanımı ve mahiyeti için bkz. Tayyib Hudarî, II, 79 vd.

¹⁰⁵⁷ Şevkanî, İrşadu'l-Fuhul, s. 352; Hallaf, s. 103; Tayyib Hudarî, II, 81.

¹⁰⁵⁸ Şevkanî, İrşadu'l-Fuhul, s. 382.

¹⁰⁵⁹ Emsaline verilen hükümden dönmeyi gerektirecek bir gerekçe ile başka bir hüküm verme yöntemini istihsan olarak tanımlayabiliriz. İstihsanın tanımları ve mahiyeti için bkz. Tayyib Hudarî, II, 11 vd.

¹⁰⁶⁰ Sadru'sh-Şeria, Tavzihi, II, 573; Hudarî, s. 325.

¹⁰⁶¹ Gazalî, Menhul, s. 476.

¹⁰⁶² Gazalî, a.e., s. 480.

delilsiz yapılan istihsanı eleştirdiği anlamına gelmektedir. Zaten Şafii'nin kendisi de "kim, ben Allah'ın ve peygamberin emri olmaksızın bu durumu güzel görüyorum derse o ondan kabul edilmez"¹⁰⁶³ diyerek, delilsiz istihsana karşı çıktığını göstermiştir. Devalibi, tartışmalara değindikten sonra, maslahat ve zaruretin tespitinin peşine yapılan istihsanın hususi nassların altına girmese de genel nassların altına girdiğini söyleyerek istihsanın mutlaka delile dayandığını vurgulamak istemiştir¹⁰⁶⁴.

Kötülüğe giden yolları kapama şeklinde tanımlanan **seddü'z-zerai**'yi¹⁰⁶⁵ İbnu'l-Kayyim, dinin dörtte biri olarak değerlendirir. Şöyle ki, teklif ya emir veya nehydir. Emir ise ya bizzat makasıdır veya maksada vesiledir. Nehy de ya mefsedettir veya mefsedete vesiledir. Dolayısıyla harama sevkeden sebepleri önlemek teklifin dörtte birini oluşturur¹⁰⁶⁶. Konuya fethu'z-zerai (hayra giden yolları açma) açısından bakarsak¹⁰⁶⁷ o zaman dörtte bir de ondan alınır ki, mutlak teklifin yarısı seddü'z-zerai ve fethu'z-zerai'den oluşur diyebiliriz. Hukuk tekniği açısından yapılan bu yorumlardan hareketle sedd ve feth ez-zerainin pek de azınsanmayacak bir mahiyeti haiz olduğu anlaşılmaktadır. Bir de bu konu hukuk felsefesi ve hukuk siyaseti açısından bütün milletlerin kanun vaz ederken başvurdukları büyük bir teşri kaynağı niteliğindedir¹⁰⁶⁸. Bu konuya ileride hukuk-ahlak münasebetinde tekrar değineceğiz.

İslam hukukunda tali kaynaklardan olan **örf**¹⁰⁶⁹, sosyal bir norm niteliğindedir¹⁰⁷⁰. Örf, hukukun yazılı olmayan tarafını oluştursa da, zımnen yazılı hukukun oluşumuna çokça etki etmektedir. Çünkü paranın ekonomideki etkisi gibi örfün de hukukun oluşumuna etki ettiğine inanıyoruz. Hatta kanunların şekillenmesinde ve değişmesinde örfün bariz etkileri görülmektedir. Günümüz mevzu hukukunun yürürlük kaynakları arasında ikinci sırada yer alan örf ve âdetler ciddi bir etkinliğe sahiptir. Hukuku meydana getiren irade, hukuk icat etme yerine pratik davranışları tespitiye yönelir, dolayısıyla hukuk

¹⁰⁶³ Şafî, el-Ümm, VIII, 494.

¹⁰⁶⁴ Devalibî, s. 276. İstihsanla ilgili farklı bir değerlendirme için bkz. Aktan, Hamza, "Ticaret Hukukunun Yeni Bazı Meseleleri Üzerine İslam Hukuku Açısından Bir Değerlendirme", I. Uluslararası İslam Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi, 1997, s. 210-214. Bardakoğlu, Ali, "Tabii Hukuk Düşüncesi Açısından İslam Hukukçularının İstihsan ve Istislah Görüşü" (Ahmet Yaman, Makasid ve İçtihad, Konya, 2002), s. 99-126.

¹⁰⁶⁵ Seddü'z-zerainin tanımı ve mahiyeti için bkz. Tayyib Hudarî, II, 149 vd.

¹⁰⁶⁶ İbnu'l-Kayyim, III, 126.

¹⁰⁶⁷ Zeydan, s. 250.

¹⁰⁶⁸ İbn Aşur, M. Tahir, Makasidu's-Şeriati'l-İslamiyye, Ürdün, 2001, s. 367-368.

¹⁰⁶⁹ Örfün tanımı ve mahiyeti için bkz. Tayyib Hudarî, II, 181-186.

¹⁰⁷⁰ Dönmezer, s. 245.

zımnen teamülden etkilenererek oluşmuş olur. Hukukun kaynağı olan kanun ise, devlet iradesinin bir normu açıkça hukuk normu olarak ortaya koymasıyla meydana geldiği için birinci sıradadır¹⁰⁷¹.

Örfün ehemmiyetine, medeni kanunun ilk maddesi “hakkında kanunî bir hüküm bulunmayan meselede yargıç töreye göre karar verir”¹⁰⁷² şeklinde düzenlenerek dikkat çekilmek istenmiştir.

Hız. Peygamberin, teşri çizgisinde örf ve âdetlere dikkat ettiği, nass ve fitrat-ı selime ters olan uygulamaları tedricen kaldırdığı, müsbet anlamdaki uygulamaları ise onadığı anlaşılmıştır. Bu durum, örfün bir maslahat olduğunu ve hukukî değer açısından da en azından maslahat¹⁰⁷³ mertebesinde bulunduğu izlenimini vermektedir¹⁰⁷⁴. Örf yazılı olmadığından nazariyatta pek değer verilmez gibi görünse de, pratikte kendisine çokça atıfta bulunulduğuna şahit oluyoruz. Örneğin, kıyasla örfün tearuz ettiği durumlarda “بمعاملة الناس يترك القياس, nasın muamelesiyle kıyas (temel ilke) terk olunur”¹⁰⁷⁵ kuralı konularak, örfün tercih edileceğine dikkat çekilmiş ve gerekçe olarak da “لان التعامل كالاجماع, çünkü teamül icma gibidir” görüşüne ulaşılmış ve neticede icmanın da kıyasdan önce geldiği dikkate alınarak örf ile amel tercih edilmiştir¹⁰⁷⁶. Örfte diğer hukuk metodolojilerinde bu denli bir değerin verildiğine henüz rastlayamadık.

Örf, hukukun oluşumuna etki eden tarihi, mahalli, sosyolojik, psikolojik ve dilsel faktörlerin beslediği ana kaynak durumundadır. İbn Haldun, insanların iklimlerden etkilendiğini belirtirken, peygamberlerin, yerkürenin ortasında bulunan muhtelif iklimlerden seçilerek gönderildiğini coğrafi bir etkiye bağlayan ve dolayısıyla çevre faktörüne dikkat çeken öncü bir sosyobilimcidir¹⁰⁷⁷. Montesquieu da, farklı iklimlerde ruh

¹⁰⁷¹ Aral, Vecdi, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, İstanbul, 1991, s. 98-99. Günümüz hukukundaki kaynak sıralaması, kanun, örf ve âdet, içtihat ve doktrinler şeklindedir. Bilgi için bkz. Velidedeoğlu, Hıfzî Veldef, Türk Medeni Hukuku Umumi Esasları, İstanbul, 1959, I, 91.

¹⁰⁷² MK md. 1.

¹⁰⁷³ Maslahat konusunu, “maslahat ve makasit açısından tercih” başlığı altında işlendiği için burada tekrar ele almayı düşünmüyoruz.

¹⁰⁷⁴ Şelebî, M. Mustafa, el-Fıkhu’l-İslami Beyne’l-Misaliyye ve’l-Vakıyye, Beyrut, 1982, s. 80-89.

¹⁰⁷⁵ Merginânî, III, 4; İbn Hümmam, Fethu’l-Kadir, VI, 158.

¹⁰⁷⁶ İbn Hümmam, Fethu’l-Kadir, VI, 158.

¹⁰⁷⁷ İbn Haldun, Mukaddime, trc. Zakir Kadiri Ugan, İstanbul, 1986, I, 196-203.

nitelikleri ile insani tutkuların aşırı derecede değişik olduğundan hareketle, kanunların bu nitelikler arasındaki ayrılıkları dikkate alarak düzenlenmesi gereğine dikkat çekmiştir¹⁰⁷⁸.

Buraya kadar hukukî fonksiyonlarına dikkat çektiğimiz fer'î delillerin tercihte nasıl bir hiyerarşiye sahip olduklarını değerlendirmemiz gerekir. Bu aynı zamanda hukukta aslolanın “ne olduğu” veya “ne olması gerektiği” sorularına verilecek cevabı da içerecektir. Pek tabii olarak önce hukukun tanımlarından hareket etmemiz gerekecektir. Fakat şunu da belirtelim ki, hukuk bir sosyalbilim olduğundan ve farklı kaynaklardan beslendiğinden dolayı üzerinde ittifak edilen bir tanıma henüz rastlamış değiliz. Dolayısıyla biz hukukun biçimsel tanımıyla yetinmek istiyoruz. Nitekim “hukuk, toplum hayatında kişilerin birbiriyle ve toplumla olan ilişkilerini düzenleyen ve uyulması kamu gücüyle desteklenmiş bulunan sosyal kurallar bütünüdür”¹⁰⁷⁹ şeklinde tanımlanmıştır. İşte bu tanım hukukun niteliğini ve nasıllığını birazcık olsun ihsas ettirse de tam olarak bir sonuca ulaşmak zordur. Çünkü tıbbın, fizik, kimya ve biyoloji bilimleriyle yakın ilgisine ve onlara istinat etmesine borçlu olduğu¹⁰⁸⁰ gibi, hukukun da birtakım bilim kollarına ihtiyacı vardır. Öyleyse hukukun “ne olduğu” ve “ne olması gerektiği” sadece hukuk biliminin değil, belki felsefenin, tarihin ve diğer sosyal bilimlerin de ilgi alanına girecektir.

Bu bağlamda, İslam hukukundaki fer'î delillerin farklılığını, hukuk problemlerini çözmedeki etkinliklerinde veya İslam hukukunun “ne olduğu”nu ortaya koymada esas olan müçtehitlerin doktrinlerinde aramak gerekir. Bu nedenle hangi delilden bakarsak hukuku o yönden tarif etmemiz mümkün olabilir. Belki özde kaynağa dayalı, amaca dayalı veya şekle dayalı bir tanımlama yapılsa da, bu da çok kolay olmadığından cami ve mani bir tanımlama yapılamaz. Öyleyse hukukun ne olduğunu ve bu fer'î delillerin hiyerarşisini, ancak klasik ve modern kaynaklardaki kullanımlarından hareketle oluşturabiliriz.

Fer'î delillerin hiyerarşisine geçmeden önce, temel kriterlerimizi belirlemek zorundayız. Yani hukuk yasa koyucunun iradesi midir, yoksa sosyal hayattakilerin bir görünümü müdür, veya bu iki alanı da hukukun temel ve ölçü kriteri olan adalet açısından

¹⁰⁷⁸ Montesquieu, Kanunların Ruhu Üzerine, trc. Fehmi Baldaş, Ankara, 1963, I, 414; Örfün hukukî şartları, geçerliliği ve değeri için bkz. İbn Abidin, Seyyid M. Emin, Neşru'l-Arf fi Binai ba'de'l-Ahkami ale'l-Örf (Mecmuatu'r-Resail içinde), II, 1 14-148; Şener, Mehmet, İslam Hukukunda Örf, İzmir, 1987, s. 135-142; Velidedeoğlu, I, 104 vd.; Oğuzman, s. 75-76; Bilge, s. 54-59.

¹⁰⁷⁹ Bilge, s. 32.

¹⁰⁸⁰ Hirş, s. 41.

değerlendirme midir?¹⁰⁸¹ Kanaatimizce ilk iki soruya verilecek cevap hukukun “ne olduğu” sorusunun yanıtı olurken, son soruya verilecek cevap ise hukukun “ne olması gerektiği” sorusunun da cevabı olacaktır. Zira biz hukukun *metinsel* bağlantısı ile *sosyal* bağlantısı ve *ideal* (gaye) bağlantısı arasında bir hiyerarşi tespit etmek istiyoruz. Eğer bunun nazari zeminini oluşturursak, aynı formu fer’î deliller üzerinde denemek istiyoruz.

İlk olarak şunu ifade edelim ki, önceki iki bağlantı hukukun kaynağını oluştururken, üçüncü bağlantı hukukun menşeiini oluşturmaktadır¹⁰⁸². Bizler hukukî hükümlerin saiklerini araştırdığımız kadar şekil şartlarını ve sonuçlarını daha da çok gözetmek zorundayız. Zira emir ve nehy teklifleri ya mükafat veya ceza ile sonuçlanmaktadır. En azından İslam hukuku açısından durum böyledir. O halde bizim, hukuku, salt bir felsefe yorumu şeklinde değerlendirmemiz yerine, temel birtakım verilere, metinlere dayandırmamız daha isabetli olacaktır. Tabii ki, ideal hukuk düşüncesi devam edecektir. Çünkü insanın “olanla” yetinmesi yerine “olması gereken”i araması onun en kadim görevidir. Burada gaye ve ide yerine ideal kavramını seçtik. Zira “idealin gayeden farkı, ahlaki bir değere sahip olması, ideden farkı ise, idealin gerçekleşmesi için çaba gösterilmesidir”¹⁰⁸³. Evet, dinî emirlerin bizden istediği budur. Fakat istenen ile yapılanın her zaman örtüşmesi zordur. İşte biz onun için diyoruz ki, bu ideal hukuk alanı araştırma alanı olabilir. Fakat yaşanan hukuk alanında hukuksal düzenlemeler yapılırken, tercihler yapılırken, mutlaka elle tutulur gözle görülür şeylere istinat etmek daha tutarlı ve ikna edici olacaktır. Zaten illet-hikmet ayırımı yapılırken kulun görevi illeti esas almasıdır denilmiş, hikmete isabet edip etmeyeceği açık olmadığından o alana çokça ağırlık verilmemiştir.

Biz de bütün bu yorumlar ışığında fer’î delillerin değer hiyerarşisini oluştururken metin olanı sosyal olana, soyal olanı, ideal olana tercih etmenin gereğine inanıyoruz. Çünkü çağdaş hukuk çalışmaları da giderek İslam hukukunun baştan beri kabul ettiği metin

¹⁰⁸¹ Işıktaç, s. 10.

¹⁰⁸² Kısaca hukukun oluşumuna somut olarak etki eden delillere “kaynak”, soyut olarak etki eden keyfiyetlere ise “menşe” diyebiliriz. Yani metinler sosyal realite hukukun kaynağını oluştururken, ideal hukuku oluşturmak için aranan irade, hüsün-kubuh görüşü ve moraliteye (ahlaka) uygunluk hukukun menşeiini oluşturmaktadır, diyebiliriz. Şöyle bir teşbih yapabiliriz: Dünyanın yüzünde akan nehirlerin ilk çıktığı yer kaynak olarak kabul edilirken, dünyanın merkezinden suyun çıkması ise menşe kavramını oluşturmaktadır. Bu hukukun kaynağı ve menşeiine bir teşbihtir. Geniş bilgi için bkz. Çağıl, Orhan Münir, Hukuk Başlangıcı Dersleri, İstanbul, 1963, s. 96.

¹⁰⁸³ Hırş, s. 199.

esasına yaklaşmaktadır. Hatta “metnin dışında bir şey yoktur” diyecek kadar ileri gitmeye çalışmışlar ve hukukî yorumlarını metin merkezli oluşturma eğilimini göstermişlerdir¹⁰⁸⁴.

İleri sürdüğümüz yöntem doğrultusunda fer’î delillerin değer hiyerarşisinin en başında istihsana yer vermek istiyoruz. Zira istihsan genelde problemi çözmede başka bir delile dayanılarak yapılan bir tercih işlemi olduğu açıkça vurgulanmıştır. Bu delil ise çoğunlukla nassdır¹⁰⁸⁵. Dolayısıyla delile dayalı tercih, ya bir kıyasa karşı yapılır, ya bir külli kuraldan istisna şeklinde, ya da maslahata dayalı olarak yapılır. Hepsinde de delile dayalı olması en bariz vasfıdır¹⁰⁸⁶. Ayrıca Hanefilerin dışındaki usul eserlerinde de kıyasla birlikte işlenmiş, hatta âdeta ayrı bir başlık yerine bizzat kıyasın bir bölümü şeklinde algılanmıştır¹⁰⁸⁷. Nedeni ise çoğunlukla illetin tespit edilmesinde illeti kuvvetli olan kıyas istihsan olarak algılanmıştır¹⁰⁸⁸. Bu durum, dikkatten kaçmış olmalı ki, günümüz çalışmalarında sadece kamu yararı, maslahat anlayışıyla konu izah edilmeye çalışılmıştır.

Nitekim çağımızda yazılan usul eserlerinde, fer’î deliller müstakil bir bölüm halinde ele alınmaya başlanmış ve tespit edebildiğimiz kadarıyla istihsan fer’î delillerin ilki olarak algılanmıştır¹⁰⁸⁹.

Bir de istihsan delili, yukarıda zikrettiğimiz değerler hiyerarşisindeki mevcut üç durumu da bünyesinde bulundurmaktadır. Yani istihsan, metne (nassa) istinat ettiği gibi, sosyal vakiya da istinat etmektedir. Zaten semantik olarak da ideal hukuk anlayışına en fazla yakın olan da odur. Zira iyi-kötü (hüsün-kubuh) ayırımı ideal hukukun alanına girmektedir. Bir de istihsan delili objektif kriterlere dayanarak, hukukta iyi olanı, kamu yararını, müşterek hayrı, olması gerekeni betimlemeye en yakın olanıdır. Bütün bu saydığımız temel nitelikler dikkate alınırsa nassa dayanan istihsan delilinin diğerlerine tercih edilmesi gereğini düşünüyoruz.

¹⁰⁸⁴ Yücel, Mustafa Tören, Hukuk Felsefesi, Ankara, 2003, s. 174.

¹⁰⁸⁵ Debbusî, Takvîmu’l-Edille, s. 405.

¹⁰⁸⁶ Hallaf, s. 92-93.

¹⁰⁸⁷ el-Bacî, s. 312-314; Ukberî, Ebu Ali, Risaletün fi Usulî’l-Fıkh, thk. Muvaffak b. Abdullah, Beyrut, 1996, s. 77-78; Şirazî, s. 121.

¹⁰⁸⁸ Devalibî, s. 269.

¹⁰⁸⁹ Zekiyyüddin Şaban maslahatı öne almış, bunun dışındaki usulcüler istihsanı ilk sırada zikretmiştir. bkz. Hudarî, s. 325; Hallaf, s. 89; Şelebî, Usul, s. 257; Şelebî, el-Fıkhü’l-İslami, s. 165; Mahmasanî, Felsefetü’t-Teşri, s. 127; Zeydan, s. 230; Ebu Zehra, s. 262; Farfur, I, 283; Tayyib Hudarî, II, 11; Zuhaylî, II, 735; Zahidî, Hafız Senaullah, Teysiru’l-Usul, Beyrut, 1993, s. 289-295; Şakiru’l-hanbelî, s. 319.

Bizim bu yaklaşımımıza belki şöyle bir itiraz getirilebilir: Metne yakınlığı daha açık olan şer'u men kablena (bizden öncekilerin hukuku) neden deliller hiyerarşisinin ilk sırasında olmasın? Evet bu itiraz açıklık yönünden dikkat çekicidir. Çünkü “شرع من قبلنا شرع لنا ما لم ينسخ”¹⁰⁹⁰ ilkesine ulaşılmış olması, elimizdeki Kur'ân'da mevcut olan bütün nasslarla mükellef olduğumuz anlamına gelmektedir. Dolayısıyla diğer kutsal kitaplarla amel etmeyenlerin karşılaşacakları akıbetleri bildiren Kur'ân, kendisiyle amel etmeyenlerin o akıbetle karşılaşacağını bi tariki'l-evla iş'ar etmektedir. Diğer taraftan şer'u men kablenanın istinat ettiği nasslar sınırlıdır. Oysa nass merkezli istihsanın istinat ettiği nasslar ve diğer deliller daha çok olduğu gibi zaman içerisinde kullanım açısından da geniş bir alan oluşturmaktadır. Hatta şer'u men kablenada delil olarak kullanılan nasslar, istihsanın da kullandığı deliller arasında sayılabilir. Örneğin İmam Muhammed, “onlara suyun aralarında paylaştırıldığını haber ver. Her biri kendi içme sırasında gelsin”¹⁰⁹¹ ayeti ile “Salih (a.s.) işte (mucize) bu dişi devedir. Onun bir su içme hakkı vardır. Belli bir gün içme hakkı da sizindir, dedi”¹⁰⁹² ayetini, şer'u men kablena delilinden hareketle suyun insanlar arasında da taksim edilmesine, nöbetleşe kullanılmasına delil getirmiştir. Biz ise aynı ayetlerin istihsan içinde delil olabileceğini söyleyebiliriz. Şöyle ki, mubahattan olan varlıkları kim önce elde ederse (ihrazu'l-mubahat), ona aittir. Dolayısıyla su da kullanımı serbest bırakılan mubahlardandır. Öyleyse kim önce elde etmiş ise ona ait olmalıdır, sonucuna kıyasen ulaşılabilir. Fakat biraz daha derinlemesine düşününce, az önce zikrettiğimiz külli hukuk kuralından ve yaptığımız kıyastan daha uygun bir hükme ulaşabiliriz ki, işte o da nasslarda zikredilen suyun taksimidir. İşte bu nassları delil olarak istihsanen suların da taksimle kullanılabileceğini söyleyebiliriz. Dikkat edilirse şer'u men kablenanın kullanıldığı yerde istihsan delilinin geçerli olduğuna bu durum bir delil olarak gösterilebilir. Bu yüzden istihsanın hukukî alan açısından şer'u men kablenadan çok daha geniş ve kullanımlı olduğu anlaşılabılır. Bütün bu özellikleri dikkate aldığımızda istihsanın fer'i deliller hiyerarşisinde şer'u men kablenadan önce gelmesi gereği fikrine ulaşabiliriz.

İkinci bir itiraz da sahabe kavliyle ilgili olabilir. Zira sahabe kavlinin dolaylı da olsa nassa istinat ettiği görüşü ağırlıktadır. Devalibi, sahabe kavlinin dört özelliğine dikkat

¹⁰⁹⁰ Debbusî, Takvîmu'l-Edille, s. 253.

¹⁰⁹¹ Kamer 54/28.

¹⁰⁹² Şuara 26/155.

çekmiştir. Bunlar sırasıyla; sahabelerin peygambere arkadaş olmaları, Kur'ân'ın inzaline şahit olmaları, makasidu'ş-şeriayı bilen insanların en güçlüsü olmaları ve peygamberin neyi murad ettiğini çok iyi bilmelerinden ibarettir. Bunun için, sahabe kavlinin tercih edilecek bir ilmî hüviyette olduğuna dikkat edilmelidir¹⁰⁹³. Devalibi, bu gerçekler bağlamında, dört mezhebin sahabe kavliyle amel hususunda icma ettiğini, Şafii'nin kavli-cedidinde bu fikirden döndüğü hakkındaki görüşlerin doğruyu yansıtmadığını da vurgulamaktadır¹⁰⁹⁴.

Bu görüşler bağlamında istihsan ile sahabe kavlinin hangisinin daha önce geldiği ciddi bir çalışma ve tartışma konusu olabilir. Sahabenin yukarıda zikredilen dört özelliğini kabul etmekle birlikte, nass kaynaklı istihsanın doğrudan delillere istinat etmesi, sahabe kavlinin en azından dolaylı istinadından önde gelebilir. Nitekim Hanefi eserlerinde istihsan yapılırken nasslardan sonra esere dayalı istihsanın yapılmış olması, sahabe kavline bir rüchaniyet katsa da istihsanın da en azından sahabe kavlini de içine alacak şekilde geniş bir yelpazeyi kapladığı söylenebilir. En azından şunu diyebiliriz: Nasslara dayalı yapılan istihsanın sahabe kavline tercih edileceği kabul edilmelidir. Çünkü nassların sahabe kavline tercih edileceği inkar edilemez bir gerçektir.

İleri sürdüğümüz ve yorumladığımız veriler ışığında genel olarak nassa dayalı istihsanın, şer'u men kablena ve sahabe kavline tercih edileceğini benimsemekle birlikte, İslam fıkının bazı özel sahalarıyla ilgili düzenlemelerde bu iki delilin zaman zaman istihsana tercih edildiği de bir gerçektir. Özellikle akılla anlaşılması imkansız olan durumlarda bu delillere başvurulduğu müşahade edilmektedir.

Şimdi istihsandan sonra ikinci olarak hangi delilin tercih edileceğini tartışabiliriz. Koymuş olduğumuz “nassa bağlılık (metin eksenli), sosyal vakıya riayet ve ideal olanı yakalama” ekseninde konuyu değerlendirirsek, istishab, maslahat ve örfün ikinciliği paylaşmada çekişme içerisinde olduğunu görebiliriz.

İstishab delili, özellikle Şafii, Maliki ve Hanbeli usul kaynaklarında kıyastan sonra beşinci sırayı almaktadır¹⁰⁹⁵. Diğer taraftan Hanefiler de konuyu eserlerinde teferruatlı bir

¹⁰⁹³ Devalibî, s. 254.

¹⁰⁹⁴ Devalibî, s. 252.

¹⁰⁹⁵ Şirazi, s. 124; el-Bacî, s. 322; Ukberî, s. 134.

şekilde incelemişlerdir. Özellikle Hanefiler ile Malikiler istishabı, def' etme konusunda kabul ederken, isbat etme hususunda kullanmamayı tercih etmişlerdir. Kısaca onlara göre istishab, yeni hakları elde etmek için değil de, eskiden sahip olunan hakların hal-i hazırda korunduğuna hükmetmeyi ifade eder¹⁰⁹⁶. Debbusi, istishabın geçerli olabilmesi için iptidaen var olan durumun da “güzel” olması şartını ileri sürmüş ve istishabın geçerliliği ile ilgili yaptığı dörtlü taksimatta delilin hukuksal geçerliliğini tespite çalışmıştır. Bu yorum şekli yukarıda sunduğumuz mantığın geçerliliğine esas olabilir¹⁰⁹⁷. İbn Hacıb de aynı mantığı, bir kişi iptidaen evli olduğunda şüphe etse o kişi karı-koca ilişkisinde bulunamaz. Ancak nikahının devam edip etmediğinde şüphe etse, karı-koca ilişkisi caizdir¹⁰⁹⁸, şeklinde ortaya koymuştur. Bu durum, İbn Nüceym tarafından “yakîn şekk ile zail olmaz” ilkesiyle ifade edilmiş ve istishabın geçerliliği ile ilgili kurallar bu başlık altında ele alınmıştır¹⁰⁹⁹.

Bahse konu olan bu istishab delilinin yukarıdaki üçlü kriterimizin hangisine girdiği tam olarak tespit edilememektedir. İstishabda nassdan ziyade sosyal vakıanın dikkate alındığını söyleyebiliriz. Bu durumlar da, istishabın istihsandan sonra geleceğini gösterir. Ayrıca bu delilden hareketle İslam hukukunda nelerin helalliğinden çok nelerin haram olduğu üzerinde durularak, helallerin sınırsız, haramların sınırlı olduğu fikrini ihsas ettirecek bir yapı hissediyoruz. Neticede mubahlar alanı geniş bir alanı teşkil etmektedir. İstishabın beşinci sırada kullanılması istihsandan kuvvetli olduğundan ziyade, müslümanların hukuk zihniyetlerinde aranmalıdır, diye düşünüyoruz. Zira müslümanlar İslam hukukunun evrenselliğinden bahsederken çokça istishab deliline müracaat etmektedirler. Usul eserlerindeki deliller hiyerarşisinde bu delile bu kadar ağırlıklı olarak yer verilmesinin bir hukuk politikası olacağı düşüncesini de çağrıştırmaktadır.

Yukarıdaki üçlü kriterimizin içini dolduramayan istishabın yerine örf delilini kullanabilir miyiz? sorusuna cevap arayabiliriz. Evet, örf klasik kaynaklarımızda sarahaten yer almasa da, bütün kanunların ve hukukların oluşmasında zımnen en büyük etkiye sahiptir. Çünkü örf, sosyal realitenin kendisidir, bütün toplumlara peygamberlerin gönderildiği düşünülürse toplumsal yaşam ne kadar bozulursa bozulsun, ilahi birtakım

¹⁰⁹⁶ Tayyib Hudarî, II, 92.

¹⁰⁹⁷ Debbusî, s. 400.

¹⁰⁹⁸ İbn Hacıb, s. 203.

¹⁰⁹⁹ İbn Nüceym, s. 57 vd.

emirlerin devam ettiğine bazı eksikliklerle şahit olmaktayız¹¹⁰⁰. Çünkü örf ve âdet, kollektif şuur ve maşerî vicdan sayesinde, tarihi derinliklerden sürüp gelen bir sosyal olgudur. Bu yönüyle örf etik değerlerin de taşıyıcısı konumundadır. Öyleyse yukarıdaki üçlü kriterimizi istihsandan sonra en fazla aksettiren örf olduğuna göre, tercih için hiyerarşide örfün istihsandan sonra ikinci sırayı alması daha isabetli olacaktır. Yani örf, istihsandan sonra elle tutulur ve gözle görülür olan bir delil niteliğindedir. Bu yönüyle kodifikasyon çalışmalarında örfün nazardan uzak tutulması kanunların kağıt üzerinde yazılı kalmasına sebep olacaktır. Kanunların Anayasaya aykırı olmaması nasıl bir kurala, her ikisinin de örfe aykırı olmaması o denli önemlidir.

Bir de günümüz dünyası gitgide insan haklarını savunma trendine girmiştir¹¹⁰¹. Bu nedenle örf ve âdetler küreselleşen dünyada belki de varlığını koruyan en önemli sosyal formlardır. Örfün bu yönüyle de istihsanı takip etmesi gereğine inanıyoruz.

Şimdi, maslahat delilinin hiyerarşideki yerine bakabiliriz. Maslahat, toplumsal yaşamın gereklerini barındırmasının yanında, insanlık için genel maslahat olan birtakım zaruret-i diniyyeleri de taşımaktadır. Şatıbî'nin üzerinde yoğunlukla durduğu bu esaslar ideal hukukun oluşması için birtakım veriler sunmaktadır. Yani maslahat prensibi, bizim ortaya koyduğumuz üçlü prensibin genelde, sosyal vakıa ve ideal olanı elde etme kriterlerini içermektedir. Çünkü maslahat, şeriatin gayesidir¹¹⁰². Eğer konu hukuk felsefesi açısından irdelenirse, birtakım nasslara istinat ettirilebilir. Fakat biz buna müstakil olarak değindiğimiz için tekrar etmiyoruz. Sadece şunu belirtmek isteriz ki, maslahatı tespit gerçekten zordur. Bir de tespit edilen maslahatın derecelenmesi tartışmaya açıktır. Yani hangi maslahat zaruri, hangisi hacı, hangisi tahsinidir, bunlar günümüzde henüz netlik kazanmamıştır. Hukukta ise hayali ve vehmi şeyler üzerine hüküm verilmeme temel bir ilkedir.

Neticede maslahat ile istihsan arasında bir mukayese yapmak pek yerinde olmasa da¹¹⁰³, maslahatın delil olmadan ziyade, menfaat elde etme ve fesadı defetme kuralına

¹¹⁰⁰ Cahiliye örfünde mevcut olan ibadet, muamelat ve ukubatla ilgili örnekler için bkz. Ateş, Ali Osman, İslama Göre Cahiliye ve Ehli Kitap Örf ve Âdetleri, İstanbul, 1996, s. 40, 73, 84, 110, 135 vd.

¹¹⁰¹ Tarih boyu insan haklarıyla ilgili yapılan 25 kadar düzenleme için bkz. Aktan, C. Can-Vural, İ. Yaşar, Özgürlük Bildirgeleri, Konya, 2003, s. 1 vd.

¹¹⁰² Devalibî, s. 279.

¹¹⁰³ Devalibî, s. 271.

dayanırken, istihsan benzerlerine verilen hükümden dönmeyi gerektirecek bir delil gerekçesiyle ayrı bir hüküm vermedir¹¹⁰⁴.

Kısaca ifade etmek gerekirse, tercihin sistematüğinde, Kitap, Sünnet, İcma, Kıyas gibi hukukun temel kaynakları yanında yardımcı kaynakların da tertip edilmesi hukukî bir zorunluluktur. Çünkü hukukun iç tutarlılığı ancak normların birbiriyle olan ilişkisinin bir sıralama ile ortaya çıkarılmasına bağlıdır¹¹⁰⁵. Ancak bizim ileri sürdüğümüz üçlü kriterle (metne bağlılık, sosyal realiteye uygunluk, ideal hukuku oluşturma) tercih yönteminde kullanılacak fer'î deliller hiyerarşisi, şer'u men kablena ve sahabe kavli hariç, şöyle oluşturulabilir: İstihsan, örf ve âdetler, maslahat, ıstışab ve seddü'z-zeraî.

4.3. Hukukî ve Ahlakî Olan Arasında Tercih

Hukuk, normatif bir düzeni yansıttığından o, olandan ziyade olması gerekeni betimleyen (tasvir eden) bir düzen fikrine sahiptir. Hukuk, eylemsel bir düzenden ziyade gerçekleşmesi gereken ideal bir düzeni kurmayı amaçlar¹¹⁰⁶. Bu durum, hukukun insan iradesine ve iç eylemine bağlı olduğu anlamını çağrıştırmaktadır. Öyleyse hukukî ödev ve yükümlülüklerin içten benimsenmesi için, hukuk normlarında, insanî yapıp-etmelerin dikkate alınması, onun devlet yaptırımından bağımsız olarak geçerlilik kazanması için mantıkî bir zorunluluktur.

Emredici iç kurallar veya toplumun uymak zorunda bulunduğu davranışlar ahlak olarak telakki edilmektedir. Çünkü otorite içtedir. Bu yüzden de ahlak kuralları özerktir, otonomdur. Hukuktaki kuralların emredicileri ise dışta olduğundan buna heteronom denir. Kant'a göre ahlakla hukukun ayırımı bu iki durumda yatmaktadır¹¹⁰⁷. Ancak hukuk normları oluşturulurken, hukukun ahlaktan bağımsız olamayacağına dikkat çekilmesi gerekir. Çünkü hukukun hedeflediği ideal düzen, yani devlet düzeni ancak bir ahlakî düzen olarak inkişaf edebilir¹¹⁰⁸. Hırş'ın üzerinde durduğu "bir kural bireyden doğma ise bir ahlak kuralıdır. Bireyin dışında bir otoriteye dayanmakta ise bir hukuk kuralıdır" görüşü

¹¹⁰⁴ Şaban, s. 174.

¹¹⁰⁵ Işıktaç-Metin, s. 252.

¹¹⁰⁶ Aral, Vecdi, Toplum ve Adaletli Yaşam, İstanbul, 1988, s. 94.

¹¹⁰⁷ Hırş, s. 144.

¹¹⁰⁸ Aral, Vecdi, Hukuk Felsefesinin Sorunları, İstanbul, 1992, s. 92. Hukuk ve ahlak kaidelerinin birbiriyle münasebeti için bkz. Durkheim, Emile, Ahlak ve Hukuk Kaideleri Hakkında Dersler, trc. Hüseyin Nail Kubalı, İÜHFM, XXIII, S. 3, 1974, s. 134 vd.

hukuk ve ahlakın yaptırım boyutuyla ilgilidir. Zira hukukun yaptırımı devlet gücüyle olurken, ahlakın yaptırımı kişinin vicdani kanısıyla ilgilidir. Ayrıca ahlak ve hukuk kuralları arasındaki bir diğer fark ise, birincinin dağınık, örgütlenmemiş nitelik taşımamasına karşılık hukuk kurallarının toplu ve örgütlenmiş sistemli olmasıdır¹¹⁰⁹.

Tercih işleminin yapılmasında, hukukî olan ile ahlakî olandan hangisini almalıyız? Bu soru, müstakil bir çalışmayı gerektirecek kadar kapsamlıdır. Ancak biz harici bir delil olarak, yan bir kaynak şeklinde tercihi yardımcı olarak kullanacağımızdan konuyu uzatmamayı düşünüyoruz. Peygamberimiz “ben güzel ahlakı tamamlamak için gönderildim”¹¹¹⁰ buyurarak acaba neyi kasdetmiştir? Yani sadece bizim bildiğimiz insanların iyi gördükleri şeyleri onaylamak, kötü gördükleri şeyleri kaldırmak için mi? Eğer bu ise, hukuk da bunun içindedir. Çünkü iyi-kötü (hüsün-kubuh) İslam dininin metodolojik ve teleolojik boyutta tartışma konusudur. Bu konu ahlakî olduğu kadar, itikadi ve hem de hukukidir. Burada ahlakın toplumsal olduğu kadar metafizik menşesine de atıfta bulunulmuştur, diyebiliriz. Bu hadiste ahlak, sadece içe kritik bir bakıştan ziyade, dışa doğru dalga dalga yayılan ve bütün insanlığı ihata eden bir psiko-sosyal realiteyi ve yaptırımı içerecek bir mahiyettedir. Öyleyse ahlak¹¹¹¹, hukuk felsefesinde olduğu gibi, sadece yaptırım boyutundan hareketle tanımlanamaz. Çünkü hukuk ile ahlak arasındaki münasebetler daha derinlere inmektedir. Nitekim birisi subjektif veya ahlaki iken, diğeri objektif veya hukukîdir. Bu iki çeşit etik kaide arasında bir organik uyumun varlığından söz etmek daha da isabetli olabilir. Ahlak ile hukuk arasındaki münasebetler o kadar sıkı ve kesindir ki, her ikisi de aynı bir hakikat derecesini ve kıymeti haiz bulunmaktadır. Ahlak tarafından tahmil edildiği, yani etik bakımdan mecburi olduğu ileri sürülen bir şeyin aynı zamanda hukuka aykırı, yani etik bakımdan imkansız olduğu iddia edilemez. Bu bakımdan da bir tenakuz veya musavatsızlığın mevcudiyeti mümkün değildir. Zira her ikisini iltizam ve ikmal eden aynı bir esasa müstenit bulunan hareket kaideleri söz konusudur¹¹¹². Bir de ahlak felsefesi insan davranışlarının doğru mu, yanlış mı, iyi mi, kötü mü olduğunu sorarak bunlara ilişkin birtakım değerlendirmeler yaparken, hukuk

¹¹⁰⁹ Dönmezer, s. 243.

¹¹¹⁰ Malik b. Enes, Hüsnü'l-Hülk, 8.

¹¹¹¹ del Vecchio, s. 291-300; Aral, Hukuk Bilimi, s. 70-81.

¹¹¹² del Vecchio, s. 289-291.

felsefesine yardımcı olur¹¹¹³. Huku felsefesi bu verilerin de yardımıyla ahlak felsefesinin ve hukuk felsefesinin hedeflediği adalet düzenini sağlayarak, hukukî normları oluşturur.

Hukukla ahlakın münasebetini, etle tırnağın münasebeti gibi algıarsak, bunların üstünlüğünü veya tercih işleminde hangisinin öne alınacağını ileri sürmek biraz zor görünmektedir. Çünkü hukuk düzenini oluşturmada sadece hukukun müeyyideci karakteri yeterli değildir. İnsanın fiillerini meydana çıkarmada etkili olan vicdani temayülleri ve ahlak kuralları hiç de azımsanmayacak niteliktedir. Bu da mevzu hukukun kuralları oluşturulurken ahlaki kurallara atıfta bulunma gereğini gündeme getirmektedir. Hatta hukuk kuralları istihdaf edilirken, hukuka ve ahlaka aykırılık düşüncelerinin birlikte mütalaa edilmesi gereğine inanıyoruz.

Hukukî ve ahlakî olandan hangisinin tercihte öncelikle kullanılacağı tartışması, gayet geniş bir alanı içerse de, biz çözüme, tercihin hangi alanda yapıldığından hareketle yaklaşmak istiyoruz. Eğer tercih kanun alanında yapılıyorsa, o zaman tercih işleminde hukukî normlara öncülük vermek gerekir. Zira kanunlar, bağlayıcı olduğundan, daha normatif ve daha sınırlandırıcı olmak zorundadır¹¹¹⁴. Ancak hukukda, “bir kuralın, aynı zamanda bir ahlak kuralı olmadıkça geçerli bir hukuk kuralı niteliğine sahip olamayacağı”¹¹¹⁵ fikrine ulaşılması, ahlakın ihmal edilemeyeceğini en güzel şekilde belirtmektedir. Bir de kanunların müeyyideyi içermiş olması, hukukiliğin tercih edilmesini gösterebilir. Çünkü kanunlar, sonuçta kişileri vicdanlarıyla baş başa bırakma yerine, devletin özel görevlilerine teslim etmektedir. Burada duygusallığa, yoruma çok da yer yoktur.

Diğer taraftan, eğer hukuk çalışması yapılıyorsa, yani kanunların istinat edeceği, hukuk doktrinleri oluşturulurken, ahlaki değerlerin hukuki değerlerden önce gelmesi, tercih edilmesi savunulabilir. Zira ahlaki normlara dayalı bir hukuk kamu vicdanında daha çabuk makes bulacaktır. Toplum bu benim hukukumdur yerine, bu benim ahlakımdır diyebiliyorsa, oradaki hukuk normu işlevini icra etmiş demektir. Ancak bu benim hukukumdur, ahlakım değildir denen yerde kanunun yeni baştan ele alınması, toplumsal

¹¹¹³ Arslan, Ahmet, Felsefeye Giriş, Ankara, 1996, s. 118-119.

¹¹¹⁴ Hukuk ve kanun ayırımı için bkz. Mansurizade, Mehmet Said, “Şeriat ve Kanun”, DFHFM, İstanbul, 1917, S. 8, s. 601-606.

¹¹¹⁵ Gürbüz, Hukuk ve Meşruluk, s. 28.

yaşantının yeniden değerlendirilmesi gerekecektir. Yoksa kanuna karşı hile fikri gelişim gösterir. Kısaca, ahlaka istinat eden hukuk meşruluğunu kamu vicdanından alırken, ahlaki değerlerden yoksun hukuk, devlet otoritesiyle “meşrulaştırılmış” demektir. Bu ise, yönetim erkini ellerinde tutanların kendi yönetimlerine “meşruluk” kazandırmak için yaptıkları ideolojik bir baskıdan başkası değildir.

Ayrıca adaletli bir hukuk kuramının oluşturulabilmesi için etiksel doktrine ihtiyaç duyduğu bir gerçektir. Her ikisinin de adaletsizliğe karşı verdikleri savaşta başarılı olabilmeleri için birleşmeleri zorunludur. Son yıllarda savunulagelen “Hukuksal Moralcilik” (Legal Moralism)¹¹¹⁶, yukarıdaki düşüncelere ulaşmamızda etkili olmuştur. Ebu Hanife’nin fıkıhla ilgili yaptığı tanım incelendiğinde, bu hususları çok önceleri tespit ettiğini göstermektedir¹¹¹⁷. Pezdevî konuyu hukukçu açısından ele alarak onun, “ilmiyle amil”¹¹¹⁸ olma zorunluluğuna değinmiş ve hukuku oluşturanın, ahlaki değerlere sıkı sıkıya bağlı olmasını aksi takdirde tefakkuh edemeyeceğine işaret etmiştir¹¹¹⁹.

Fıkıh, önceleri ahiret ilmini bilmeye ve nefsin kötülüklerinden korunma yöntemlerine vakıf olma ile ilgili olarak kullanılmıştır¹¹²⁰. Fıkıh usulü eserlerinin genelde son bölümünde içtihadın şartlarından önce müçtehidin şartlarının tartışılması Müslümanların düşünce sisteminde nasıl bir hukuk anlayışından önce, nasıl bir hukukçu anlayışının arandığı fikrinin ipuçlarını vermektedir. Hatta Abdulaziz Buhari, yeryüzünde fesadı önleyecek ve hukuku yerleştirecek şahsın, öncelikle salih amel sahibi, nefsinin kötülüklerden arıtılmış, güzel ahlakla donanmış, söz ve eylem birlikteliğini kurmuş bir kişiliğe sahip olmasına dikkat çekmiştir¹¹²¹. Molla Hüsrev ise, fıkıhın Ebu Hanife’ye göre dünya ve ahirette kişinin faydasına ve zararına olacak şeyleri “nefsî meleke” ile bilmesi ve kavraması şeklinde değerlendirerek, hukukun tabii ve ideal olduğu kadar fitriliğine de değinmek istemiştir¹¹²².

Ebu Hanife’nin tanımını ele alan Molla Hüsrev, tanımda, itikad, hukuk ve ahlakın (vicdaniyyet) birlikteliğini zikrederek bu üç şeyin birbiriyle olan münasebetini

¹¹¹⁶ Gürbüz, a.e., s. 29.

¹¹¹⁷ Abdulaziz Buhari, I, 5.

¹¹¹⁸ Tevbe 9/122.

¹¹¹⁹ Pezdevî, I, 12-14.

¹¹²⁰ Abdulaziz Buhari, I, 14.

¹¹²¹ Abdulaziz Buhari, I, 14.

¹¹²² Molla Hüsrev, s. 16.

belirtmiştir¹¹²³. Bu yapı günümüzde savunulmaya çalışılan tabii hukuk düşüncesinin henüz işaret edip de ulaşamadığı bir noktayı göstermektedir. Zira Molla Hüsrev'in yorumlarında, "hukuki olanın ahlakiliği" ve "ahlaki olanın da hukukiliği" fikrinin savunulduğu açıkça anlaşılmaktadır. Günümüz itibarıyla sanki insanlık, hukuk ahlak ilişkisine değinerek yeniden geriye doğru dönüş hareketi sergilemektedir. Çünkü dünyadaki politik rejimler, insanlığı saadete ulaştıramayınca, insanlığın fitratına bir dönüş başladı. Kanunlar, insan hakları ile ilgili beyannameler, insanlığın gittikçe legalite ve moraliteye sahip çıkma gayretlerini yansıtmaktadır.

Netice itibarıyla hukuk etik bir ilimdir. Zira etik ve moral ilimler, bir gaye kıymetine sahip olan beşeri kıymetlerin tümünü ele almaktadır. Hukuk da, etik ilimler arasında sosyal değerlerin, hayrın ve kıymetlerin ilmidir¹¹²⁴. Tercih faaliyetinde bütün bu durumların dikkate alınması gereği ortaya çıkmaktadır.

4.4. Fetva Yönünden Tercih

Kur'an-ı Kerim'de farklı türevlerle dokuz yerde¹¹²⁵ geçen fetva kelimesi, sözlükte; bir olayla ilgili fakihin verdiği hüküm¹¹²⁶ veya hükümlerden müşkil olanların cevabı¹¹²⁷ gibi anlamlara gelmektedir. Osmanlı döneminde daha ziyade dini sorulara verilen yazılı cevaba fetva denmiştir¹¹²⁸. Belki de fetvanın yazılı verilmesinde, Osmanlıdaki kadıların naib tayin ederken, umumiyetle o beldenin ulemasını seçmeleri¹¹²⁹ etkili olmuştur. Günümüzde ise, genelde fetvalar sözlü olarak verilmektedir.

İstilahta ise, fakih bir kişinin sorulan fıkhi bir meseleye yazılı veya sözlü olarak verdiği cevap ve ortaya koyduğu hükme denir¹¹³⁰. Kur'an-ı Kerim'deki "eğer bilmiyorsanız bilenlere sorunuz"¹¹³¹ emri toplumda belirli bir kesimin ihtisaslaşması gereğini ortaya çıkarmıştır¹¹³². Hatta önceleri fıkıh ilminin, "ilmu'l-fetva" olarak

¹¹²³ Molla Hüsrev, s. 15-17.

¹¹²⁴ Çobanoğlu, s. 25-27.

¹¹²⁵ Nisa 4/126; Kehf 18/22; Neml 27/32; Saffat 37/11, 149; Yusuf 12/41, 43, 46.

¹¹²⁶ Fiyruzabadi, s. 1702; Ebu'l-Ula Mardin, "Fetva", İA, İstanbul, 1948, IV, 582.

¹¹²⁷ Ragıp el-İsfahani, s. 373. Geniş bilgi için bkz. Şahin, Osman, İslam Hukukunda Fetva Usulü (Basılmamış Doktora Tezi), Samsun, 2002, s. 15-17.

¹¹²⁸ Berkî, Ali Himmet, İslam'da Kaza, Ankara, 1962, s. 81.

¹¹²⁹ Ortaylı, İlber, Osmanlı Devletinde Kadı, Ankara, 1994, s. 31.

¹¹³⁰ Atar, Fahrettin, "Fetva", DİA, XII, 487. Geniş bilgi için bkz. Şahin, s. 17-20.

¹¹³¹ Nahl 16/43; Enbiya 21/7.

¹¹³² Tevbe 9/122.

kullanılması da bunun en güzel kanıtıdır¹¹³³. Soruyu soran müstefti, cevaplayan müfti, verilen cevap, fetva ve fetva verme işlemine ise ifta denmektedir. Hanefi usul eserlerinde bu konu müstakillen ele alınmazken, Şafii mezhebine ait usul eserlerinin son kısımları genelde müfti, müstefti ve ifta ile ilgili olarak kaleme alınmıştır¹¹³⁴.

İnsanın doğumundan ölümüne kadarki süreçte çeşitli ferdi ve içtimai problemlerinin olması doğaldır. Tarihi süreçte insanlığın karşılaştığı dini problemleri, peygamberler ve ondan sonra da fakihler çözmeye çalışmışlardır. Şatıbi, müftiyi Allah'ın emirlerinden haber veren peygamberler gibi yorumlayarak, onların ümmet içerisindeki konumlarına vurgu yapmak istemiş ve “şüphesiz alimler peygamberlerin varisleridir, peygamberler ne dinar, ne dirhem miras bırakmışlardır; onlar miras olarak sadece ilim bırakmışlardır”¹¹³⁵ hadisiyle de görüşünü delillendirmek istemiş ve müftiyi, hükümlerin tebliği konusunda peygamberin naibi olarak telakki etmiştir¹¹³⁶. Fakat müftilerin verdiği fetvaların bütün fertler için geçerli olduğu söylenemez. Çünkü toplumların yaşadıkları çevreler, sosyal ve tarihsel faktörleri farklı olduğu gibi, insanların duyuş ve düşünceleri de farklıdır. Dolayısıyla fetvaların farklılığı hukukta daha tabii bir durumdur.

İşte fetvalardaki bu farklılığı doğuran hukuki saikler, tercihin en önemli nedenlerindendir. Hatta tercih edilen fetva için özel isimler kullanılmıştır. “Müfta bih”¹¹³⁷ terimi, bunların en meşhurdur. İbn Abidin ayrıca on üç terim sıralamış ve bunların tercihdeki heyerarşisini “bihi yüfta, fetva aleyh; esah, sahih; ahvad, ihtiyat, ...” şeklinde vermiştir. Yani müellif, önceki fakihlerin fetvalarından herhangi birisi tercih edilecekse, böylesi bir kavramsal sıralamanın yapıldığını bize nakletmektedir¹¹³⁸.

Bu durum, hukuk tarihinde fetvaya etki eden sebeplerin varlığını en açık şekilde göstermektedir. Öyleyse fetvanın bir içtihad veya başka bir ifade ile içtihadın bir fonksiyonu olduğunu kabul etmek gerekir¹¹³⁹. Çünkü bu kadar farklı terimin varlığını hukuken izah etmek zordur. Bu olsa olsa fetvanın zaman içerisinde geçirdiği değişimin ne

¹¹³³ Abdulaziz Buhârî, I, 14.

¹¹³⁴ Bilgi için bkz. Şirâzî, s. 127; Gazâlî, Menhul, s. 571 vd.; Râzî, Mahsul, II, 540; Âmidî, IV, 237-243.

¹¹³⁵ Ebu Davud, İlim, 1; Tirmizî, İlim, 19; İbn Mace, Mukaddime, 17.

¹¹³⁶ Şatıbî, IV, 140.

¹¹³⁷ Atar, “Fetva”, XII, 487.

¹¹³⁸ Geniş bilgi için bkz. İbn Abidin, “Ukudu Resmi'l-Müfti”, I, 38-40.

¹¹³⁹ Dağcı, Şamil, “Din İşleri Yüksek Kurulu Kararlarına Fetva Konseptinde Bir Yaklaşım, DİD, S. 4, 2002, XXXVIII, 5.

denli derin hukuki tefekkür taşıdığıının bir kanıtıdır. Ebu Zehra, fetvanın içtihadattan daha has (özel) olduğunu vurgularken, içtihadın, Ebu Hanife'nin yaptığı gibi, bir istinbat işlemi olduğuna dikkat çeker. İfta ise, ancak ortaya çıkmış bir vakıa için söz konusu olur¹¹⁴⁰. Karafi bu konuya müfti, hakim ve Ebu Hanife arasındaki farka dikkat çekerek değinmek istemiş ve Ebu Hanife'nin o iksine nisbetini küllün cüze ve mürekkebin bir kısmına nisbeti gibi değerlendirmiştir. Sonuçta her imam, kadı ve müfti iken, müfti ve kadı imam (mütlak müçtehit) değildir, diyerek farkı göstermiştir¹¹⁴¹.

Buradan hareketle müftinin fetvasının mahalli özellik taşıyacağı fikrine ulaşılabilir. Zaten fetva şahsa özel olduğundan genellik iddiası çok da tutarlı görülmemektedir. Bir de önemli olan ferdin probleminin çözümüdür. Tabii ki, bu çözümde içtimai hayat dikkate alınacaktır. Ancak bir istinbat işlemi gibi yöntem koyma iddiası söz konusu değildir. İçtihadta ise ferdî problemlerin yanında küresel, içtimai bir problemin belirli bir yöntem ışığında çözümü hedeflenmektedir. Yalnız burada dikkat edilmesi gereken husus, eğer müfti müçtehit ise verdiği fetvada içtihadî bir vasfın olması tabiidir. Eğer müfti müçtehit değilse, verdiği fetva bir tercihten ibarettir. Bu müfti, tercihinde tabi olduğu mezhep imamından itibaren görüşleri ve hukukçuluğu müsellemlenmiş ulemanın fetvalarını inceleyerek birini seçecektir. Burada “*rivayet bakımından tercih*” söz konusudur¹¹⁴². Örneğin, Hanefi mezhebinde genelde Ebu Hanife, Ebu Yusuf, İmam Muhammed ve İmam Züfer sıralaması yapılırken¹¹⁴³, bazı özel konularda, farklı davranılmıştır. Mesela ibadetlerde Ebu Hanife, ceza hukukunda Ebu Yusuf ve miras hukukunda İmam Muhammed'in görüşünün tercih edileceği savunulmuştur¹¹⁴⁴.

Eğer müfti müçtehit ise, bunu da iki kısma ayırabiliriz. *Birincisi* mezhepte müçtehit olan müfti. Bu vasıftaki müfti mezhep içinde istediği görüşü, delillerine istinaden tercihte bulunabilir. Yani tahric veya tercih erbabıdır. Bunun yaptığı tercihlere ise “*dirayeten tercih*” veya “*istihracen tercih*”, “*müdellet tercih*” isimleri verilebilir. Çünkü yapılan işlem mukallit müftinin aksine, daha kuvvetli bir asla istinad edeni tercihtir. Bu müfti, fiili realiteden hareketle fetvalardan birini seçmiştir. Kadıhan bu durumdaki müftinin zamanın

¹¹⁴⁰ Ebu Zehra, s. 401.

¹¹⁴¹ Karafi, Şihabuddin, el-İhkam, Beyrut, 1995, s. 46.

¹¹⁴² Karaman, İslam Hukuk Tarihi, s. 243.

¹¹⁴³ İbn Abidin, Resmu'l-Müfti, I, 33.

¹¹⁴⁴ İbn Abidin, a.e., I, 35.

şartları doğrultusunda mezhepteki istediği bir müçtehidin görüşüyle amel edebileceğine kani olmuştur. Zamanın değişmesi en önemli bir neden olarak gösterildikten sonra, ahlakî yapının bozulması gerekçesiyle şahitlerin tezkiyesinin zorunlu olduğu fikrini savunan İmameyn'in görüşüyle amel edilmesini ileri sürmüştür. Kısaca bu vasıftaki müftinin muhayyerliği esastır¹¹⁴⁵.

İkincisi, mutlak müçtehit olan müfti. Şatıbi'nin de değindiği gibi, bu vasıftaki müfti ümmetin içerisinde âdeta peygamberin pozisyonunu icra etmektedir¹¹⁴⁶. Bu ifade abartılı görünse de müftinin icra ettiği fonksiyon açısından bakılırsa konu anlaşılabilir. Mutlak müçtehit olan müfti fetvayı doğrudan nasslardan alabilecek güçte olduğundan, peygamberin tebliğ görevini üstlenmiş gibidir. Şatıbi, "Allah'a, peygambere ve sizden olan ulu'l-emre itaat edin"¹¹⁴⁷ ayetindeki "ulu'l-emr" ibaresini "müftiyi müçtehit" olarak tefsir ederek, görüşlerinin gerekçesi şeklinde sunmuştur.

İşte bu vasıftaki müftinin verdiği fetvaya tercih dışında bir isim verilmesini düşünüyoruz. Çünkü burada tercihten ziyade mutlak müçtehidin kendi içtihadı söz konusudur. Bu içtihadî fetvada ise, yöntemsel bir vasfın varlığına inanıyoruz. Dolayısıyla bu şekilde verilen fetvalara "yöntemsel fetva" diğer bir ifade ile "metodik fetva" diyebiliriz. Şatıbi'nin konu hakkındaki mütalaasına bakılırsa, onun kasdettiği müçtehid müfti, yani onun ifadesiyle peygamber naibi¹¹⁴⁸ olan müfti ancak mezhep sahibi olan Ebu Hanife, Şafii, Maliki, Ahmet b. Hanbel, Evzaî, İbn Şübrüme, Osman el-Betti, Caferu's-Sadık, Davud ez-Zahiri vb. şahıslardır.

Ebu Hanife gibi müçtehitler bizzat usul kurallarını yazmamalarına rağmen, sonraki hukukçular onun mezhebinin usul kaidelerini, Ebu Hanife'nin verdiği fetvalardan çıkarmışlardır. Demek ki, mutlak müçtehidin fetvası usule uygundur, metodiktir, tespitini yapabiliriz.

Şimdi fetvada tercihin hangi şartlar bağlamında yapılmasına geçmeden önce, elimizde bulunan üç müfti modeline göre ayrı ayrı tercih şartları belirlememizin gereğine

¹¹⁴⁵ Kadıhan, Fahrüddin el-Özcendi, Fetava Kadıhan (Fetavayı Hindiyeye'nin ilk üç cildinin kenarında), Beyrut, tsz., I, 3.

¹¹⁴⁶ Şatıbi, IV, 140 vd.

¹¹⁴⁷ Nisa 4/59.

¹¹⁴⁸ Şatıbi, IV, 141.

inanıyoruz. Öncelikle şunu ifade edelim ki, mutlak müçtehid olan müfti için tercih şartı ileri sürülemez. Tercih şartları mezhepte müçtehit olan ile, mutlak mukallit müfti için söz konusudur.

Günümüz şartları düşünülürse, mezhepte müçtehit olan müftilerin artık sadece kendi mezhepleri yerine diğer müçtehitlerin görüşlerinden de faydalanması kaçınılmazdır. Ancak burada, İslam ümmetinin üzerinde ittifak ettiği konulara aykırı olmamak üzere herhangi bir müçtehidin görüşüyle fetva verileceğine kani olunacaktır. Kaldı ki, Diyanet İşleri Başkanlığı tarafından 15-18 Mayıs 2002 tarihinde düzenlenen “Güncel Dini Meseleler İstişare Toplantısı – I”de alınan 39 maddelik kararda yukarıda belirttiğimiz düşüncenin hakim olduğu dikkatten kaçmamaktadır¹¹⁴⁹. İhtilaf edilen hususlarda ihtiyaca binaen diğer müçtehitlerden faydalanılması hukukî bir çözüm sağlamıştır. Çağımız insanının problemlerini nisbeten çözerek bilimsel bir nitelik kazanmış ve halkın vicdanında makes bulmuştur. Ayrıca maddeler üzerinde konsensüse varılmış olması da yöresel bir icmanın veya en azından bir ittifakın sağlanabileceğini göstermesi bakımından, hukuk tarihinde kayda değer bir yer edindiği kanaatindeyiz. Bu hareket, fıkıh kültürümüzün ferdi ve içtimai problemleri çözmede halen büyük bir kaynak niteliğinde olduğunu da göstermektedir.

Bu değerlendirme zaviyesinden konuya bakarsak, mukallit müftinin bu tür faaliyetlere katılması veya en azından takip ederek onlarla fetva vermesi düşünülebilir. Çağımızdaki müftilerin çoğunluğu mukallit olduğundan, görüşler arası tercih etmeleri gerekecektir. Öyleyse bu tercih ilkelerini şöyle sıralayabiliriz:

1. Görüşlerden delili güçlü olan tercih edilmelidir.

Gerçi bu çok kolay bir şey değildir. Zaten deliller arasındaki farkı sezebilse, mukallitlikten yükselecektir. Dolayısıyla böylesi müftinin mezhepte muteber olan eserlerden hareket etmesi en uygun olanıdır. Bu eserleri incelerken de meselenin istinat ettiği delillerden, hiyerarşideki yerlerine göre tercihte bulunmalıdır¹¹⁵⁰. Hatta İbn Kayyım,

¹¹⁴⁹ İlgili toplantıda alınan kararlar için bkz. Diyanet Aylık Dergi, Haziran 2002, S. 138, s. 42-47.

¹¹⁵⁰ İbn Abidin, I, 20-26; Ebu Zehra, s. 404.

bu tür müftilerin fetva vermemesi hususunda selefin icma ettiğini, İmam Şafii ve Ahmed b. Hanbel'in bu konuda sarîh ifadelerinin olduğunu belirtmektedir¹¹⁵¹.

2. Dinin maksatlarını gerçekleştirecek, müşterek hayrı yerleştirecek görüşü tercih etmelidir¹¹⁵². Daha önce de üzerinde durduğumuz gibi, şarînin maksadını gerçekleştirecek şekilde fetva verilmesi gerekir. Fertlerin indî istekleri müftiyi dinin genel gayesinden uzaklaştırmamalıdır. Bu durum, son derece önemlidir. Müfti hak bildiğiyle amel etmelidir. İsterse kendi mezhebine muhalif olsun durum değişmez¹¹⁵³. Dinin gayesine dikkat edilmesi için müftinin bilimsel alt yapısı ve ahlaki yapısı da önemlidir. Bu konu ilgili eserlerde “edebu'l-müftî” başlığı altında genişçe mütalaada bulunulmuştur¹¹⁵⁴. Osmanlı döneminde şeyhulislama bağı olarak çalışan fetva emirlerinin, fakih, emin, metin ve müteşerri vasıfları haiz olmasına dikkat edilmiştir¹¹⁵⁵. Netice itibarıyla fetva verecek kişinin, hukukçu olduğu kadar ahlakî vasıflarla muttasıf olması gereği üzerinde durulması, fetvanın ne denli ehemmiyetli olduğu hususunda bize bilgi vermektedir. Ayrıca fıkıh dersi ve fetva vermek için özel icazetler kullanılmıştır. Hatta icazet alacak kişi bazen üç gün ve daha fazla sürecek kadar ulema heyeti tarafında imtihana tabi tutulmuş, öğrencinin sabrı, metaneti, delilleri kullanma yeteneği denendikten sonra icazet verilmiştir¹¹⁵⁶.

3. Müftinin fiili realiteyi dikkate alarak tercih yapması.

Bu konu belki de fetvanın şahsiliği ve güncelliğiyle ilgili en önemli ipuçlarını vermektedir. Nitekim tarih boyu, fetvada sosyal realite dikkate alınmıştır. Örneğin Karafî, örfü bilmeyen müftinin fetvasının geçersiz olduğunda ulemanın ihtilafına rastlamadığını açıkça belirtir¹¹⁵⁷. Kazaî ve diyanî hüküm ayırımının en çok olduğu hususta fetvanın özel, kazanın ise genel olduğudur¹¹⁵⁸. Bu yüzden fetvanın; zaman, mekan, hal, niyet ve âdetin değişmesiyle, farklılaşacağı tabii bir durumdur¹¹⁵⁹. Öyleyse müftinin toplumun örfünü,

¹¹⁵¹ İbnu'l- Kayyım, IV, 149.

¹¹⁵² Ebu Zehra, s. 405.

¹¹⁵³ İbnu'l- Kayyım, IV, 135.

¹¹⁵⁴ Hatib el-Bağdadi, II, 156-160; İbn Salah, Ebu Amr, Edebu'l-Müftî ve'l-Müsteftî, Alemu'l-Kütüb, 1986, s. 86 vd.; George Makdisi, Ortaçağda Yüksek Öğretim, trc. A. H. Çavuşoğlu- H. T. Başoğlu, İstanbul, 2004, s. 289-291.

¹¹⁵⁵ Berkî, İslam'da Kaza, s. 83.

¹¹⁵⁶ Geniş bilgi için bkz. George Makdisi, s. 225-229.

¹¹⁵⁷ Karafî, el-İhkam, s. 232.

¹¹⁵⁸ Kazaî ve diyanî hüküm ayırımı için bkz. İzmirli, İsmail Hakkı, İlm-i Hilaf, 1330, s. 294 vd.; Yaylalı, Davut, “İslam Hukukunda Kazaî-Diyanî Hüküm Ayırımı”, Dini Araştırmalar, Nisan, 2003, V, S. 15, s. 29-36.

¹¹⁵⁹ İzmirli, a.e., s. 294.

psiko-sosyal davranışlarını, ekonomik durumlarını bilmesi ve çevre faktörleriyle tarihi ve mahalli faktörleri de fetvasında dikkate alması gereği kaçınılmaz bir sonuçtur. Aksi takdirde vermiş olduğu fetvalar toplum vicdanında makes bulmayınca kağıtlarda yazılı kalmaya mahkumdur.

Özellikle müftiler, bulundukları mahaldeki fiili durumu dikkate alınca bazen kendi mezhep imamlarının gözüşünden ayrılabilirler. Eğer iki durumu da eşit görüp de tercihte bulunamazsa, durumu müsteftinin ahvalini değerlendirdikten sonra açıklamalıdır. Müsteftinin iki durumdan birisiyle amel etmesi mümkündür. Fakat evla olan, müftinin biraz daha bekleyip kendi tercihinin ortaya koyduktan sonra fetvayı vermesidir. Aksi durumda müftilik makamı ve fetva değerini kaybedebilir¹¹⁶⁰.

Sonuç olarak müfti fetvada tercihe giderken, üçlü bir heyerarşiyi gözetmesi gerekir. Öncelikle fetvanın nasslara aykırı olmamasına özen göstermeli, ikinci olarak makasidu's-şeriyayı göz önüne alarak, maslahatı celb ve mefsedeti def etmelidir. Üçüncü olarak da, bulunduğu ortamın bütün fiziki, sosyal, siyasal, ekonomik ve hukukî şartlarını değerlendirmeli, ayrıca soru soranın (müsteftinin) sosyal statüsünü, psikolojik hallerini de dikkate almalıdır. Bütün bu hallerin fetvanın tercihinde etkili birer amil olduğu kanaatindeyiz.

Bir de çalışmamızla dolaylı yönden ilgili olan mukayeseli hukuk açısından tercihin incelenmesi gerekirdi. Çünkü fetva kitapları hangi amaçla yazıldıysa günümüz hukukunda da, temyiz mahkemesi ve devlet şurası kararları ile içtihadı birleştirme kararları da aynı mantaliteyi içermektedir¹¹⁶¹. Ayrıca çelişkili kabul edilen bazı husular, Anayasa mahkemesince çözülmekte ve çelişkili olmadığı açıklanmaktadır. Bazen de tersi olmaktadır. Karşılaştırmalı hukuk açısından bakılırsa konu tezimizin dışına taşacak derecede kapsamlı görülmektedir. Zira karşılaştırmalı hukuk, amaçsal olarak dünya üzerindeki çeşitli hukuk düzenlerinin birbiriyle karşılaştırılmasını hedeflemektedir¹¹⁶². Biz her ne kadar burada ulusal hukuk düzenindeki çeşitli kuralları ve meriyetteki durumu ele alsak da bunun müstakil bir çalışmayı gerektirecek kadar geniş olduğu açıktır. Çünkü karşılaştırmının spesifik bir konusu olmayınca hukuk düzeninde yer alan bütün konular

¹¹⁶⁰ İbnu'l- Kayyım, IV, 182-183.

¹¹⁶¹ Karşılaştırmak için bkz. Berkî, İslam'da Kaza, s. 85.

¹¹⁶² Ögüz, Arzu, Karşılaştırmalı Hukuk, Ankara, 2003, s. 34.

girecektir. Dolayısıyla tercih eksenli bir karşılaştırma tamamen makro karşılaştırma olacaktır. Eğer konu sınırlı tutulup bir karşılaştırma yapılsaydı, o zaman mikro karşılaştırma olurdu ki, bunun bile hukuki altyapısı incelendiğinde ciddi bir yekün tuttuğu görülmektedir.

Diğer taraftan karşılaştırmalı hukukun tam yapılabilmesi için hukuk düzenlerindeki materyallerin incelenmesi ülkenin hukuk sistemine ilişkin gelmiş geçmiş temel ilkelerin incelenmesi ve aralarındaki nüansların ortaya konulması¹¹⁶³ hukuk metodolojisi açısından bir zorunluluktur. Aksi takdirde son derece sathi ve yüzeysel birtakım benzerlikler veya zıtlıklar tespit edilir ki, bunun da hukuk metodolojisi ve mevzu hukuk açısından pek faydası olmayacaktır. Yorumlar ve analizler olmadan yapılan sıralamalar karşılaştırmalı hukuk sayılmaz. Bu ise, bizim hukuk yapma yöntemimize ve tarzımıza uygun değildir.



¹¹⁶³ Oğuz, s. 78.

SONUÇ

İslam hukuk metodolojisinde, üzerinde durulması gereken konuların başında, hiç kuşkusuz içtihat faaliyetinin bir versiyonu olan “*tercih yöntemi*” gelmektedir. Bu çalışma, ele alınan konunun evrensel ve nesnel bir ölçüte bağlı kalınması gereğinden yola çıkılarak hazırlanmıştır. Bunun için öncelikle İslam hukukçularınca, tearuz eden hükümlerden delili kuvvetli olanın alınması anlamında kullanılan tercih kavramını doğrudan ve dolaylı olarak ilgilendiren terimler değerlendirmeye alınmıştır. Fıkıh, re’y, içtihat, te’vil ve illet gibi kavramları zaman içinde anlam daralmasına uğrarken, buna paralel tercih faaliyeti de içtihat formundan taklit formuna doğru bir seyir izlemiştir. Tercihle ilgisi dolaylı olan, tarihsellik ve hermeneutik gibi kavramların ise, kendi tarihi köklerine yönelmelerinden dolayı giderek bir anlam genişlemesine uğradıkları görülmüştür.

Her şeyden önce anlama ve değerlendirme faaliyetinin bir fonksiyonu olarak da kabul edebileceğimiz tercihin, mutlaka delile dayalı olarak yapılacağı açıktır. Zaten Hanefi ekolünde, tercih yapılabilmesi için tearuzun varlığı tespit edilmelidir. Tearuz ise ancak birbirini nesh eden eşdeğer delillerin aynı konuyu farklı hükümlerle ifade etmelerinde ve nüzul ile vürud tarihlerinin bilinmemesinde söz konusu olmuştur. Bu nedenle, gerçekleştiğine inanılan tearuzun giderilmesinde, genişletici yorum niteliğindeki tercihin yapılabilmesi için rivayetlerin ve metinlerin objektif kriterlerle değerlendirilmesi bir ön koşuldur. Ancak gerek duyulduğunda harici delillerden, karinelerden ve ahlakî değerlerden de azamî derecede faydalanılması kaçınılmazdır. Çünkü hukukta aslolan çözümdür. Her ne kadar tercih faaliyeti, bazen yasama erkini elinde bulunduranların üstün iradesi şeklinde görünse de, bize; kanunda boşluk olabilir, ama hukukta boşluk olamaz fikrinin benimsenmesini önermektedir. Bu önerinin taşıdığı en önemli güçlük ise, soyut olan evrensel ve hukuksal değerlerin normatif karakterli somut bir hukuk kuralıyla nasıl gerçekleştirileceğidir. İşte tercih işlemi, bu değerlerin somut temel ilkelerinin ve bunların anlamsal içeriklerinin oluşturulmasında literal, sosyal ve ideal olan bütün verileri kullanmayı gerekli kılmaktadır. Daha açık ifadeyle, tercihle ulaşılan sonucun legaliteye uygunluğu kadar, moraliteye de uygunluğu şarttır.

Bu şartların gerçekleştirilebilmesi için fıkıh usulünde asli delillerin *kitap, sünnet, icma* ve *kıyas* şeklinde bir değerler hiyerarşisi tespit edilmiştir. Zira hukukun iç tutarlılığı için normlar hiyerarşisine ihtiyaç bulunmaktadır. Bu çalışmada, küreselleşen dünya problemleri de göz önüne alınarak tercihte fer'î delillerin kullanılması gereği daha da belirginleşmiştir. Dolayısıyla fer'î deliller için de bir normlar hiyerarşisi oluşturmak gerekir. Bunun için tezimizde, “*metne yakınlık (bağlılık)*”, “*sosyal realiteye riayet*” ve “*ideali yakalama*” şeklinde ortaya koyduğumuz üçlü kriteri bünyesinde barındırma ölçüsüne göre, fer'î delillerin değer sıralaması *şer'u men kablena ve sahabe kavli* hariç, *istihsan, örf-âdet, maslahat, istishab*, ve *seddü'z-zerai* şeklinde bir normlar hiyerarşisine ulaşılmıştır.

Hukukun normatifliği kadar finalistliği (gayeciliği) de bir hakikattir. Gerçek anlamda bir tercihin yapılabilmesi için hukuk disiplininin en önemli karakterini oluşturan normatif ve finalist niteliğinin hiçbir durumda gözardı edilmemesi gerektiği ortaya çıkmaktadır. Bu yüzden sosyolojik yürürlüğü de ifade eden tercih, sadece “*olan*”ı değil, “*olması gereken*”i de içerecek kadar hukukî genişliğe sahip bir nitelik arz etmektedir.

Diğer fikhî mezheplerin metodolojilerinin tespiti için, tearuzu gidermede tercih ve cem yöntemleriyle ilgili ayrı ayrı çalışmalara ihtiyaç olduğu ortaya çıkmaktadır. Kanaatimizce bu konu ile ilgili atılacak nihai adım, tercih yönteminin karşılaştırmalı hukuk eksenli çalışmalarla ve sosyal realiteler ile paralel yürütülmesidir. Çalışmamızda bu konuya dair eksik kalan tespit ve öneriler çerçevesinde yapılacak çaba ve katkılar, tercihin gerçek anlamına ulaşması için önemli adımlar olarak değerlendirilmektedir.

BİBLİYOGRAFYA

Abdulaziz Buhari, Ahmed b. Muhmmmed (730/1329), *Keşfü'l-Esrar*, Beyrut, 1997, (I-IV), İstanbul, 1308, (I-IV).

Abdulhamid, M. Muhyiddin, *el-Ahvalu's-Şahsiyye*, Beyrut, 1984.

Acem, Refik, *Mevsuatu Mustalahati Usuli'l-Fıkh inde'l-Müslimin*, Matbaatu Lübnan, 1998.

Acluni, İsmail b. Muhammed, *Keşfu'l-Hafa*, Beyrut, 1351.

Açıkgenç, Alparslan, "Kur'an'da İlim Kavramı Çerçevesinde Tarihselliğe Bir Yaklaşım ve Bunun Tefsir Yöntemine Katkısı" (Basılmamış Çalışma), Malezya, tsz.

Ahmed b. Hanbel, b. Muhammed (241/855), *el-Müsned*, thk. Ahmed Muhammed Şakir, Kahire, 1995, (I-XX).

Ahmet Hasan, *İslam Hukuk Biliminin Gelişimi*, trc. Haluk Songur, İstanbul, 1999.

Ahmet Naim, *Tecrid-i Sarih Tercemesi*, Ankara, 1991, (I-III).

Ahsiketî, Muhammed b. Muhmmmed b. Ömer (644/247), *el-Müntehab fi Usuli'l-Mezheb*, şrh. Hafızuddin Neseî, thk. Salim Ögüt, Yeri yok, tsz.

—, *el-Müzehheb fi Uusli'l-Mezheb ale'l-Müntehab*, şrh. Salih Farfur, Dımeşk, 1999, (I-II).

Akarsu, Bedia, *Felsefe Terimleri Sözlüğü*, İstanbul, 1994.

Akıntürk, Turgut, *Medeni Hukuk*, İstanbul 2003.

Aktan, C. Can-Vural, İ. Yaşar, *Özgürlük Bildirgeleri*, Konya, 2003.

Aktan, Hamza, "İslam Dininin Önemi ve İnanç Özgürlüğü" (Basılmamış Çalışma), Erzurum, 1996.

——, “Ticaret Hukukunun Yeni Bazı Meseleleri Üzerine İslam Hukuku Açısından Bir Değerlendirme”, I. Uluslararası İslam Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi, 1997, s. 209 vd.

Ali Haydar, Efendi (Küçük) (1334/1915), *Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, İstanbul, tsz., (I-IV).

Âmidi, Seyfüddin Ali b. Muhammed (631/1293), *El-İhkam fî Usuli'l-Ahkam*, thk. Seyyid Cümeyl, Beyrut, 1986, (I-IV).

Apaydın, H. Yunus, “İçtiḥad”, DİA, (XXI), 432-445.

——, “Kıyas”, DİA, (XXV), 529-539.

Aral, Vecdi, *Hukuk Felsefesinin Sorunları*, İstanbul, 1992.

——, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, İstanbul, 1991.

——, *Toplum ve Adaletli Yaşam*, İstanbul, 1988.

Arslan, Ahmet, *Felsefeye Giriş*, Ankara, 1996.

Artuk, Emin, *Ceza Hukukun Giriş*, İstanbul 1983.

Atar, Fahrettin, “Fetva”, ;DİA, (XII) 486-496.

Ateş, Ali Osman, *İslama Göre Cahiliye ve Ehli Kitap Örf ve Âdetleri*, İstanbul, 1996.

Aybakan, Bilal, *Fıkıh İlminin Oluşum Sürecinde İcma*, İstanbul, 2003

Aydınlı, Abdullah, *Hadis İstılahları Sözlüğü*, İstanbul 1987.

Ayni, Bedrüddin Ebu Muhammed (835-1451), *Umdetu'l-Kari Şerhu Sahihi'l-Buhari*, Daru'l-Fikr, tsz., (I-XXV).

——, *el-Binaye fî Şerhi'l-Hidaye*, thk. Nasıru'l-İslam Ramefuri, Beyrut, 1990, (I-XI).

Ayvalılı, Ramazan, *Esbab-ı Vurudî'l-Hadis ve Bunun İslam Tarihindeki Yeri ve Önemi* (Basımamış Doktora Tezi), Ankara, 1979.

Baberti, Ekmelüddin Muhammed b. Mahmud (786/1384), *Şerhu'l-İnaye ale'l-Hidaye*, (Fethu'l-Kadir ile birlikte), Bağdat, 1316, (I-X).

Baci, Ebu'l-Velid Süleyman b. Hallaf (474/1081), *el-İşarat fî Ma'rifeti'l-Usul*, thk. M. Ali Ferkus, Mekke, 1996.

Baktır, Mustafa, *İslam Hukukunda Zaruret Hali*, Ankara, tsz.

Bardakoğlu, Ali, "İlahiyatçıların Din Söylemi", *İslamiyat*, S. IV, 2001, 71-74.

———, "Tabii Hukuk Düşüncesi Açısından İslam Hukukçularının İstihsan ve Istislah Görüşü" (Ahmet Yaman, Makasid ve İçtihad, Konya, 2002).

Bayındır, Abdulaziz, *İslam Muhakeme Usulü*, İstanbul 1986.

Bedran, Ebu'l-Ayneyn Bedran, *Edilletu't-Teşrîi'l-Mutearida*, İskenderiye, tsz.

Berezenci, Abdullatif, *et-Tearuz ve'-Tercih*, Beyrut, 1993, (I-II).

Berki, Ali Himmet (1396/1976), *Açıklamalı Mecelle*, İstanbul, 1990.

———, *İslam'da Kaza Hüküm ve Hakimlik ve Tevabii*, Ankara, 1962.

———, *Hukuk Mantığı ve Tefsiri*, Ankara, 1948.

———, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, Ankara 1955.

Beyanunî, M. Ebu'l-Feth, "Hüküm", *DİA*, (XVIII), 466-468.

Beydavi, Kadı Nasıruddin (685/1286), *Mi'racu'l-Minhac Şerhu Minhacu'l-Vusul ila İlmi'l-Usul*, thk. Cezeri, Kahire, 1993, (I-II).

el-Beykunî, Ömer b. M. B. Fütuh, *Şerhu'l-Manzumetu'l-Beykuniyye fî Mustalahi'l-Hadis*, Daru'l-Kalem, tsz.

Bilge, Necip, *Hukuk Başlangıcı*, İstanbul, 1995.

Bolay, Süleyman Hayri, *Felsefe Doktrinler ve Terimler Sözlüğü*, Ankara, 1997.

Buharî, Ebu Abdullah Muhammed b. İsmail (256/869), *Sahihu'l-Buhari*, Dimeşk, 1993, (I-IV).

Bûtî, Said Ramazan, *Davabidu'l-Maslaha fi's-Şeriatu'l-İslamiyye*, Beyrut, 2001.

Cabiri, Abid, *Arap Aklının Oluşumu*, trc. İbrahim Akbaba, İstanbul, 1997.

———, *Arap İslam Kültürünün Akıl Yapısı*, trc. Heyet, İstanbul, 2000.

Cassas, Ahmed b. Ali er-Razi (370/980), *el-Fusul fi'l-Usul*, thk. C. En-Neşmi, İstanbul, 1994, (I-IV).

Cevizci, Ahmet, *Felsefe Sözlüğü*, İstanbul, 2000.

Cevherî, İsmail b. Hammad (393/1002), *Tâcu'l-Lügâti ve's-Sihahi'l-Arabiyye*, Libya, 1306, (I-IV).

Cezeri, İbnu'l-Esir (606/1207), *en-Nihaye Fi Garibi'l-Hadis ve'l-Eser*, thk. Ebu Abdurrahman Salah, Beyrut, 1997, (I-V).

Cuburi, Hüseyin Halef, *el-Akvalu'l-Usuluyye li'l-İmam Ebi'l-Hasen'il-Kerhi*, Mekke, 1989.

Cürcani, Seyyid Şerif (816/1423), *et-Ta'rifât*, Beyrut, 1990.

Cüveyni, İmamu'l-Harameyn (478/1085), *el-Burhan fi Usuli'l-Fıkh*, Daru'l-Vefa, 1999, (I-II).

———, *el-Kâfiye fi'l-Cedel*, thk. Halil Mansur, Beyrut 1999.

Çağıl, Orhan Münir, *Hukuk Başlangıcı Dersleri*, İstanbul, tsz.

———, *Hukuk Metodolojisi*, İstanbul 1952.

Çelik, Ali, "Sünnete İttiba Konusunda Farklı Eğilimler", *İsl. Arş.*, XIII, S. 1, 2000, 75-92.

Çiftçi, Adil, *Nasıl Bir Sosyal Bilim*, Ankara, 2003.

Dağcı, Şamil, “*Din İşleri Yüksek Kurulu Kararlarına Fetva Konseptinde Bir Yaklaşım*” DİD, (XXXVIII), S. 4, 2002, 5-20.

———, *İslam Ceza Hukukunda Şahıslara Karşı Müessir Fiiller*, Ankara, 1999.

Darekutnî, Ali b. Ömer (255/868), *Sünenü Darekutnî*, thk. Mahmut Abadi, Beyrut, 1986, (I-IV).

Darimî, Ebu Muhammed (255/868), *Sünenü Darimî*, Beyrut, tsz., (I-II).

Davudî, Safvan Adnan, *el-Lubab fi Usuli'l-Fıkh*, Beyrut, 1999.

Debbusi, Ebu Zeyd Ebeydullah b. Ömer (430/1038), *Takvimu'l-Edille fi Usuli'l-Fıkh*, thk. Şeyh Halil Mîs, Beyrut, 2001.

———, *Te'sîsu'n-Nazar*, (Beraberinde İmam Kerhi'nin Usule Dair Risalesi), thk. Mustafa b. Kabbânî, İstanbul, 1990.

Dehlevî, Şah Veliyyullah (1176/1762), *el-İnsaf fi Beyani Sebebi'l-İhtilaf*, thk. A.Ebu Gudde, Beyrut, 1986.

Demir, Ömer-Acar, Mustafa, *Sosyal Bilimler Sözlüğü*, İstanbul, 1993.

Dilthey, Wilhelm, *Hermeneutik ve Tin Bilimleri*, trc. Doğan Özlem, İstanbul, 1999.

Dönmez, İbrahim Kafi, “*İcma*”, DİA, XXI, 417-431.

Dönmezer, Sulhi, *Toplumbilim*, İstanbul, 1999.

Dureyni, Fethi, *el-Menahicu'l-Usuliyye*, Suriye, 1985.

Durkheim, Emile, *Ahlak ve Hukuk Kaideleri Hakkında Dersler*, trc. Hüseyin Nail Kubalı, İÜHFM, XXIII, S. 3, 1974, 1135-1189.

Ebu Amr, el-Huseyni, *Meayirü't-Te'vil ve'l-Müteevvilin*, Beyrut, 2000.

Ebu Davut, Süleyman b. el-Eş'as es-Sicistanî (275/888), *Sünenü Ebi Davud*, Beyrut, 1988, (I-II).

Ebu Hanife, Numan b. Sabit (150/765), *el-Âlim ve'l-Müteallim*, (Hazırlayan: Mustafa Öz, İmam-ı Azam'ın Baş Eseri) İstanbul 1992.

Ebu Ya'la, Muhammed b Hüseyin (458/1065), *el-Udde fî Usulî'l-Fıkh*, nşr., Ahmed b Ali Seyr, Riyad, 1993, (I-III).

Ebu Yusuf, Yakub b. İbrahim (182/798), *Kitabu'l-Harac* (İmam Yayha el-Kureşi ve İbn Recep el-Hanbeli'nin Kitabu'l-Harac'ları ile birlikte), Beyrut, tsz.

———, *er-Reddu ala Siyeri'l-Evzai*, thk. Ebu'l-Vefa Afgani, Mısır, tsz.

———, *İhtilafu Ebi Hanife ve İbn Ebi Leyla*, thk. Ebu'l-Vefa, Mısır, 1357.

Ebu Zeyd, Nasr Hamid, *İlahi Hitabın Tabiatı*, trc. M.Emin Maşalı, Ankara, 2001.

Ebu'l-Beka, Eyyub b Musa el-Hüseyn el-Kefevi, *Külliyat*, Beyrut, 1993.

Ebu'l-Feda, İmadü'd-Din, *Hiccetü'l-Veda*, thk. H. E. Salih, Riyad 1996.

Ebu'l-Hüseyn el- Basri, Muhammed b. Ali (436/1044), *el-Mutemed fî Usulu'l-Fıkh*, Beyrut, tsz., (I-II).

Ebu'l-Ula Mardin, “Fetva”, İA, İstanbul, 1948, IV, 582-585.

Edip Salih, Muhammed, *Tefsîru'n-Nusûs fî'l-Fıkhî'l-İslamî*, Beyrut, 1993, (I-II).

Ensarî, Abdu'l-Âli Muhammed b. Nizamüddin (1180/1766), *Fevatihu'r-Rahmut bi Şerhi Müsellemi's-Sübut fî Usulî'l-Fıkh*, (Mustasfa'yla birlikte), Beyrut, tsz., (I-II).

Erdoğan, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, İstanbul, 1998.

Farfur, Veliyyüddin M. Salih, *Medariku'l-Hakk el-İcmau ve Mebahisuhu*, Dimeşk, 2001.

Fazlurrahman, *İslamî Yenilenme* (Makaleler I), trc. Adil Çiftçi, Ankara, 1997.

———, *İslami Yenilenme*, (Makaleler II), trc. Adil Çiftçi, Ankara, 1999.

———, *Tarih Boyunca İslamî Metodoloji Sorunu*, trc. Salih Akdemir, Ankara, 1997.

———, “İslam ve Çağdaşlık”, trc. A. Açıkgenç – H.Kırbaçoğlu, Ankara, 1996.

Fîruzabadî, Ebu’t-Tahir Muhammed b. Yakub (817/1415), *el-Kamusu’l-Muhit*, Beyrut, 1987.

Furtun, Ayşen, *Hukuk Kavramı*, Ankara, 1999.

Gadamer, H.G., “*Hermeneutik*”, Doğan Özlem, *Hermeneutik Üzerine Yazılar*, Ankara, 1995.

Gazzali, Ebu Hamid (505/1111), *el-Menhul min Ta’likati’l-Usul*, thk. M. Hasan Heytu, Dimeşk, 1998.

———, *Mecmuatu’r-Resail (İlcamu’l-Avam an İlmi’l-Kelam)*, Beyrut 1987.

———, *el-Mustasfa min İlmi’l-Usul*, Beyrut, tsz., (I-II).

———, *Şifau’l-Galil*, Beyrut, 1999.

George Makdisi, *Ortaçağda Yüksek Öğretim*, trc. A. H. Çavuşoğlu- H. T. Başoğlu, İstanbul, 2004.

Görmez, Mehmet, *Sünnet ve Hadisin Anlaşılması ve Yorumlanmasında Metodoloji Sorunu*, Ankara, 1997.

Gürbüz, Ahmet, *Hukuk Felsefesi Açısından Yararcılık Teorisi*, İstanbul, 1999.

———, *Hukuk ve Meşruluk*, İstanbul, 1998.

Güriz, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, Ankara, 1992.

Güzelhisari, Mustafa b. Muhammed (1176/1762), *Menafiu’d-Dekaik fi Şerhi Mecami’l-Hakayık*, İstanbul 1308.

Hadimî, Ebu Said M. (1176/1762), *Mecamiu’l-Hakayık*, İstanbul 1308.

Hafizoğulları, Zeki, *Ceza Normu*, Ankara, 1996.

Hafnavi, Muhammed, *et-Tearuz ve't-Tercih*, Daru'l-Vefa, 1987.

Hans-Georg Gadamer, “*Tarih Bilinci Sorunu*”, derleyen: Paul Rabinov- Sullivan, William, Toplum Bilimlerinde Yorumcu Yaklaşım, İstanbul, 1990.

Haskefi, Muhammed Alauddin (1088/1687), *İfâdatu'l-Envar ala Usuli'l-Menar*, thk. M. Said el-Burhani, Dimeşk, 1992.

Hatib el-Bağdadi, Ebu Bekr (463/1071), *el-Fakih ve'l-Mütefakkih*, Dimeşk, tsz.

Hatipoğlu, Mehmet Said, *Müslüman Kültürü Üzerine*, Ankara, 2004.

el-Hemedanî, Osman b. Hazm (584/1189), *Kitabu'l-İ'tibar*, Naşir ve Talik: Ratib b. Hakimî, Matbaatu'l-Endülüs, 1996.

el-Hinn, Mustafa Said, *Eserü'l-İhtilafi'l-Kavaidi'l-Usuliyeti fi İhtilafi'l-Fukaha*, Beyrut 2000.

Hırş, Ernest, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri*, Derleyen, Selçuk Veziroğlu, Ankara, 1996.

Hudari, M.b.Afifi el-Bacuri (1345/1927), *Usulu'l-Fıkh*, Beyrut, 1998.

Huserî, Ahmet, *Nazariyyatu'l-Hüküm ve Mesadiru't-Teşri fi Usuli'l-Fıkhî'l-İslamî*, Beyrut, 1986.

Işıқтаç, Yasemin, *Hukuk Normunun Mantıksal Analizi ve Uygulaması*, İstanbul, 1999.

Işıқтаç, Yasemin – **Metin**, Sevtap, *Hukuk Metodolojisi*, İstanbul 2003.

İbn Abduşşekur, Muhibbu'llah (1119/1707), *Müsellemu's-Subut fi Usuli'l-Fıkh*, Beyrut, tsz., (I-II).

İbn Abidin, Muhammed Emin (1252/1836), “*Ukudu Resmi'l-Müfti*”, *Mecmuatu Resaili İbn Abidin*, Alemü'l-Kütüb, tsz., (I-II).

———, *Neşru'l-'Arf fi Binai ba'de'l-Ahkâmi ale'l-Örf* (Mecmuatu'r-Resail), (I-II).

İbn Arabi, Ebu Bekr b. Muhammed (543/1148), *Ahkâmu'l-Kur'an*, Beyrut, tsz., (I-IV).

İbn Aşur, M. Tahir (1394/1973), *Makasidu's-Şeriatî'l-İslamiyye*, Ürdün, 2001.

İbn Ferhun, Burhaneddin İbrahim (799/1397), *Tabsiratu'l-Hukkam*, Beyrut, 1995.

İbn Hacer, el-Heytemî (852/1457), *Nuhbetu'l-Fiker*, İstanbul 1327.

İbn Hâcip, Cemaluddin Ebi Amr (646/1248), *Münteha'l-Vusul ve'l-Emel Fi İlmi'l-Usuli ve'l-Cedel*, Beyrut, 1980.

İbn Haldun (808/1405), *Mukaddime*, trc. Zakir Kadri Ugan, İstanbul, 1986, (I-III).

İbn Hamza, Ebu Muhammed (1120/1708), *el-Beyan ve't-Ta'rif fi Esbabî Vurudi'l-Hadisi's-Şerif*, Beyrut, 1982 (I-III).

İbn Hazm, Ebu Muhammed Ali (456/1063), *el-İhkam fi Usuli'l-Ahkam*, Beyrut, tsz., (I-II).

İbn Hişam, Ebu Muhammed (213/828), *es-Sîretü'n-Nebeviyye*, thk. Mustafa es-Sadak, Beyrut, 1971, (I-IV).

İbn Hümam, Kemalüddin Muhammed b. Abdulvahid (861/1456), *Kitabu't-Tahrir*, (I-II).

———, *Fethu'l-Kadir*, Bağdat, 1316, (I-X).

İbn Kayyım el-Cevzi, Şemsü'd-Din (751/1351), *I'lamu'l-Muvakün an Rabbi'l-Alemin*, thk. M. Abdüsselam, Beyrut, 1993, (I-IV).

İbn Kudame, Muvaffakuddin (620/1260), *Ravdatu'n-Nazır ve Cünnetü'l-Münazır fi Usuli'l-Fıkh*, thk. A. en-Nemle, Riyad, 1994, (I-III).

———, *el-Muğni ala Muhtasari'l-Heraki*, Beyrut, 1972, (I-XII).

———, *el-Muğni*, Kahire, 1995, (I-XVI).

İbn Mâce, Ebu Abdullah Muhammed b. Yezid el-Kazvinî (275/888), *Sünenü İbni Mâce*, thk. M. Fuat Abdulbaki, Daru'l-İhyai'l-Arabî, 1975, (I-II).

İbn Manzur, Ebu'l-Feth Cemaluddin (711/1311), *Lisanu'l-Arap*, Beyrut, 1997, (I-XV).

İbn Melek, İzzüddin Abdullatif (801/1398), *Şerhü'l-Menar fî Usulî'l-Fıkh*, İstanbul, tsz.

İbn Münzir (318/930), *el-İcma*, Beyrut, 1988.

İbn Nüceym, Zeynu'l-Abidin (670/1271), *el-Eşbah ve'n-Nezair*, Beyrut, 1993.

İbn Rüşd, Muhammed b. Ahmed el-Hafid, (595/1198), *Bidâyetu'l-Müctehid ve Nihayetu'l-Muktesid*, Beyrut, 1986, (I-II).

———, *ed-Daruriyyu fî Usulî'l-Fıkh*, Beyrut, 1994.

İbn Saati, Ahmed b. Ali (694/1295), *Nihayetu'l-Vusul ila İlmi'l-Usul (Bediu'n-Nizam)*, thk. Sa'd b. Ğarir, Mekke, 1418, (I-II).

İbn Salah, Ebu Amr, *Edebu'l-Müfti ve'l-Müstefti*, Alemu'l-Kütüb, 1986.

İbn Sübki, Tâcuddin Abdulvehhab (771/1373), *Cem'u'l-Cevami'* (Celal Şemsüddin el-Muhalla'nın Şerhi ve Bennânî'nin Haşiyesiyle Birlikte), Diyarbakır, tsz., (I-II).

İzmirli, İsmail Hakkı, *İlm-i Hilaf*, İstanbul, 1330.

Kadı, Abdulfettah, *Esbab-ı Nüzul*, trc. Salih Akdemir, Ankara, 1995.

Kadıhan, Fahrüddin el-Özcendi (590/1192), *Fetava Kadıhan* (Fetavayı Hindiyeye'nin İlk Üç Cildinin Kenarında), Beyrut, tsz.

Kara, Ömer, *Kur'ân'ın Anlaşılmasında "İtibar Sebebinin Hususiliğine Değil Lafzın Umumiliğinedir" İlkesine Usulcülerin Metodolojik Yaklaşımları* (Basılmamış Doktora Tezi), Ankara, 2001.

Karadavi, *Fıkhu'z-Zekat*, Beyrut, 1986.

Karafi, Şihabuddin (684/1258), *el-İhkam*, thk. A.F.Ebu Gudde, Beyrut, 1995.

Karaman, Hayrettin, *İslam Hukukunda İctihat*, İstanbul, 1996.

———, *İslam Hukuk Tarihi*, İstanbul, 1999.

Kasanî, Alauddin Ebi Bekr b. Mes'ud (587/1191), *Bedaiu's-Sanâi' fî Tertibi's-Şerâi'*, Beyrut, 1974, (I-VII).

Kasım b. Kutluboğa (879/1494), Zeynüddin, *Şerhu Muhtasarı'l-Menar*, thk. Zübeyr b Nasr, Beyrut, 1993.

——, *et-Ta'rif ve'l-Ahbar bi Tahrici Ehadisi'l-İhtiyar*, Dımeşk, 1997, (I-III).

Kasımî, Cemaleddin, *Tefsir İlminin Temel Meseleleri*, trc. Sezai Özel, İstanbul, 1990.

Kâtib el-Kazvini, Necmüddin Ömer Ali (493/1100), *Şemsiye fî Kavaidi'l-Mantık*, thk. Mehdi Fadlallah, Beyrut, 1998.

Kindî, İbrahim b. Ahmed b. Süleyman, *ed-Delalât ve Turuku'l-İstinbad*, Beyrut, 1998.

Kerhi, Ebu'l-Hasan (336/1027), *Risale fî'l-Usul*, (Ebu Zeyd ed-Debbusi'nin Te'sisü'n-Nazar'ı ile Birlikte), thk. Mustafa M. Kabbani, İstanbul, 1990.

Kevseri, Muhammed Zahib (1371/1952), *Fıkhu Ehli'l-Irak ve Hadisuhum*, thk. Abdulfettah Ebu Gudde, Matbaatu'l-İslamiyye, tsz.

——, *Te'nibu'l-Hatib*, Beyrut, 1981.

Kırbaşoğlu, Hayri, *Alternatif Hadis Metodolojisi*, Ankara 2002.

Koca, Ferhat, *İslam Hukuk Metodolojisinde Tahsis*, İstanbul, 1996.

——, "Haram", DİA, XVI, 100-104.

Koçak, Zeki, *Nüzul ve Vürud Sebeplerinin Ahkama Etkisi* (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Erzurum, 1997.

Koçkuzu, Osman, *Rivayet İlimlerinde Haber-i Vahidlerin İtikad ve Teşri Yönlerinden Değeri*, Ankara 1998.

Kotan, Şevket, *Kur'an ve Tarihsellik*, İstanbul, 2001.

Lamişi, Ebu's-Sena, *Kitabun fi Usuli'l-Fıkh*, thk. Abdulmecid Türki, Beyrut, 1995.

Mahmasani, Subhi, *Felsefetu't-Terşi fi'l-İslam*, Beyrut, 1952.

Mahmud Hamid Osman, *el-Kâmusu'l-Mübin fi Istilahati'l-Usuliyin*, Kahire, 2000.

Malik b. Enes, Ebu Abdullarh el-Himyerî (179/795), *el-Muvatta*, thk., M. Fuat Abdulbaki, Daru'l-Hadis, 1997.

Mansurizade, Mehmet Said, “*Şeriat ve Kanun*”, DFHFM, İstanbul, 1917, S. 8, 601-606.

Medkur, Muhammed Sellam, *İslam Hukuk Başlangıcı*, trc. Ruhi Özcan, İstanbul, 1995.

Merginani, Burhanuddin Ebu'l-Hasan (593/1197), *Hidaye Şerhu Bidâyeti'l-Mübtedi*, Beyrut, 1990.

Mevsîlî, Abdullah b. Mahmud b. Mevdud (683/1284), *el-İhtiyar li Ta'lili'l-Muhtar*, thk. Mahmud Ebu Dakik, İstanbul, 1987, (I-V).

Miras, Kâmil (1376/1956), *Tecrîd-i Sarîh Tercemesi*, Ankara, tsz., (IV-XII).

Molla Hüsrev (885/1481), *Mir'atu'l-Usul Şerhu Mirkat'il-Usul*, İstanbul, tsz.

Montesquieu, *Kanunların Ruhu Üzerine*, trc. Fehmi Baldaş, Ankara, 1963, (I-II).

Mu'cemu'l-Arabiyyi'l-Esasi, (Heyet), Tunus, tsz.

Mübarekfuri, Ebu'l-Ula M. Abdurrahman (1353/1930), *Tuhfetu'l-Ahfezi bi Şerhi Camii't-Tirmizi*, Beyrut, tsz., (I-XI).

Müslim, Ebu'l-Hüseyn Müslim b. Haccac (261/874), *Sahihu Müslim*, M. Fuat Abdulbaki, Daru'l-İhyai'l-Kütübi'l-Arabî, 1995, (I-V).

Nedvî, Ali Ahmed, *el-Kavaidu ve'd-Davâbidu'l-Mustahlasa mine't-Tahrir Şerhu'l-Camii'l-Kebir*, Kahire, 1991.

Nesâî, Ahmed b. Şuayb b. Ali (303/915), *Sünenü Nesâî*, şrh. Celaleddin Suyuti, Beyrut, 1988, (I-IX).

Nesefî, Ebu'l-Berekat Hafızuddin (710/1310), *Tefsiru'n-Nesefî*, Beyrut, tsz., (I-II).

———, *Keşfu'l-Esrar Şerhu'l-Musannif ale'l-Menar*, Beyrut, 1986, (I-II).

———, *el-Menar*, (İbn Melek'in Şerhiyle Birlikte), İstanbul, tsz.

Nevevî, Yahya b. Şeref (676/1277), *Kitabu'l-İzâh fî Menasiki'l-Hacci ve'l-Umre*, thk. A. Fettah Hüseyin, Mekke 1995.

Oğuz, Arzu, *Karşılaştırmalı Hukuk*, Ankara, 2003.

Oğuzman, Kemal, *Medeni Hukuk Dersleri*, İstanbul, 1994.

Okiç, Tayyib, *Tefsir ve Hadis Usulünün Bazı Meseleleri*, İstanbul 1995.

Ortaylı, İlber, *Osmanlı Devletinde Kadı*, Ankara, 1994.

Ömerî, Nadiye Şerif, *en-Neshu fî Dirasati'l-Usuliyyin*, Beyrut 1985.

Öner, Necati, *Klasik Mantık*, Ankara, 1998.

Özaşar, M. Emin, *Hadisi Yeniden Düşünmek*, Ankara, 1998.

Özlem, Doğan, *Hermeneutik Üzerine Yazılar*, Ark Yayınları, Ankara, 1995.

———, *Günümüzde Felsefe Disiplinleri*, İstanbul, 1977.

Pala, Ali İhsan, "Namazların Kazası Meselesine Metodolojik Bir Yaklaşım", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S. 3, Haziran 2004, 231-251.

Paul Ricoeur, "Anlamlı Eylemi Bir Metin Gibi Görmek", derleyen: Paul Rabinov ve William Sullivan, *Toplum Bilimlerinde Yorumcu Yaklaşım*, trc. Taha Parla, İstanbul, 1990.

Pezdevî, Fahru'l-İslam Ali b. Muhammed (482/1089), *Kenzu'l-Vusul ila Ma'rifeti'l-Usul* (Abdulaziz Buhari'nin Keşfu'l-Esrar Şerhiyle), tahrir: Muhammed Mu'tasım billah, Beyrut, 1997, İstanbul, 1330, (I-IV).

Popper, Karl R., *Tarihselciliğin Sefaleti*, trc. Sabri Orman, İstanbul, 1998.

Ragıb e-İsfehani, Ebu'l-Kasım (506/1112), *el-Müfredat fi Garibi'l-Kur'ân*, .Beyrut, tsz.

Razî, Ebu Abdillâh Fahrettin (606/1210), *el-Mahsul fi İlmi'l-Usul*, Beyrut, 1988, (I-II).

Riyad, Muhammed, *Usulu'l-Fetva ve'l-Kada fi'l-Mezhebi'l-Maliki*, Daru'l-Beyda, 1998.

Sabunî, Muhammed Ali, *Safvetu't-Tefâsîr*, Daru'l-Ensar, İstanbul, 1987, (I-III).

Sadru's-Şeria, Ubeydullah b. Mes'ud (747/1346), *Kitabu't-Tenkîh maa Şerhi't-Tavdîh*, (Haşiye: Taftazanî, Kitabu't-Telvîh), İstanbul, 1310, (I-II).

Sanu, Kutup Mustafa, *Mu'cemu Mustalahati Usuli'l-Fıkıh*, Dimeşk, 2000.

Sava Paşa, *İslam Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüt*, trc. Baha Arıkan, İstannul, tsz., (I-II).

Sehernefuri, Halil Ahmed (1346/1928), *Bezlu'l-Mechud fi Halli Ebi Davud*, Ta'lik, Yahya Kandehevi, Beyrut, tsz., (I-XX).

Semerkandi, Alauddin Ebu Bekr (539/1144), *Mizanu'l-Usul fi Netaici'l-Ukul*, thk. M. Zeki Abdilberr, Kahire, 1997.

———, *Tuhfetu'l-Fukaha*, Beyrut, tsz., (I-IV).

Senhuri, Abdurrezzak, *Masadiru'l-Hakk fi'l-Fıkhi'l-İslamî*, Beyrut, 1998, (I-VI).

Serahsî, Şemsu'l-Eimme Muhammed b. Ahmed b. Ebu Sehl (483/1091), *Usulu's-Serahsî*, thk. Ebu'l-Vefa Afgani, Beyrut, tsz., (I-II).

———, *Mebhut*, Beyrut, 2000, (I-XXX).

Suyutî, Celaleddin Abdurrahman (911/1505), *Esbabu'n-Nüzul*, Beyrut, tsz.

———, *Esbabu Vurudi'l-Hadis*, thk. Yahya İsmail, Beyrut, 1984.

Şafii, Muhammed b. İdris (204/820), *el-Ümm*, thk. Mahmud Matraci, Beyrut, 1993, (I-IX).

———, *Risale*, thk. Ahmed M. Şakir, Beyrut, tsz.

———, *İhtilafu'l-Hadis* (el-Ümm ile birlikte), IX.

———, *Kitabu İbdâli'l-İstihsan*, (el-Ümm İle Birlikte), (VII).

Şahin, Osman, *İslam Hukukunda Fetva Usulü* (Basılmamış Doktora Tezi), Samsun, 2002.

Şaşi el-Hanefi, Nizamü'd-Din, *eş-Şafi ala Usuli's-Şaşı*, thk. M. Salih Farfur, Dimeşk, 2001.

Şaşi, Ebu Yakub (344/955), *Usulu's-Şaşi*, thk. M. Enver Bedahşani., İstanbul, tsz.

Şatibi, Ebu İshak İbrahim b. Musa (790/1388), *Muvafakat*, Daru'l-Fikr, tsz., (I-IV).

Şelebi, M. Mustafa, *Talilu'l-Ahkam*, Beyrut, 1981.

———, *el-Fikhu'l-İslami Beyne'l-Misaliyye ve'l-Vakiyye*, Beyrut, 1982.

———, *Usulü'l-Fikh*, Beyrut, 1981.

Şeltut, Mahmut-Says Ali, *Mukarenetu'l-Mezahib fi'l-Fikh*, Ezher, 1953.

Şener, Mehmet, *İslam Hukukunda Örf*, İzmir, 1987.

Şevkani, Muhammed b. Ali (1250/1834), *İrşadu'l-Fuhul ila Tahkiki'l-Hakk min İlmi'l-Usul*, Beyrut, 1994.

Şeybani, Muhammed Hasan (189/789), *Camii's-Sağir maa Şerhi'n-Nafii'l-Kebir* (Abdulhay el-Leknevi) Beyrut, 1986.

Şirazi, Ebu İshak Cemalüddin (476/1083), *Kitabu'l-Luma fi Usuli'l-Fikh*, Beyrut, 1995.

Şirbini, Şemsüddin, M.Hatip (977/1570), *Muğni'l-Muhtac i la Ma'rifeti Meâni Elfâzi'l-Minhac*, Beyrut, 1998, (I-IV).

Taftazani, Sa'düddin Mes'ud b. Ömer (792/1390), *et-Telviḥ ale't-Tavziḥ*, İstanbul, tsz., (I-II).

———, *Risaletu'l-Hudud*, thk. A. F. Ebu Gudde, Daru'l-Kitab, tsz.

———, *Muhtasaru'l-Meânî*, İstanbul, 1977.

Tahanevi, Muhammed Ali b. Âli (1148/1745), *Kitabu Keşşafî İstilâhi'l-Funun*, İstanbul, 1984, (I-II).

Tahanevî, Zafer Ahmet, *Yeni Usul-i Hadis*, trc. İbrahim Canan, İzmir 1982.

Tahavi, Ebu Cafer Ahmed b. Muhammed (321/933), *Muhtasaru İhtilâfî'l-Fukaha*, iht. Ebu Bekir Cassas, thk. Abdullah Nezir, Beyrut, 1996, (I-VI).

Takiyyu'l-Hakim, *el-Usulü'l-Âmme li'l-Fıkhi'l- Mukaren*, Daru'l-Endülüs, tsz.

Tatar, Burhaneddin, *Felsefî Hermentik ve Yazarın Niyeti*, İstanbul, 1999.

Tekinay, Sulhi, *Medeni Hukuka Giriş Dersleri*, İstanbul, 1987.

Tekineş, Ayhan, “Şerhu Meani'l-Asar'da Hadisler Arasındaki İhtilafları Çözümleme Yöntemi”, SAÜİFD, S. 3, 197-216.

Tirmizi, Ebu İsa Muhammed b. İsa b. Servet (279/892), *el-Câmiu's-Sahih*, thk. Ahmed Muhammed Şakir, Beyut, tsz., (I-V).

Toksarı, Ali, *Delil Olma Yönünden Sünnet*, Kayseri, 1994.

Türk Hukuk Lugatı, Heyet, Ankara, 1998.

Ukberi, Ebu Ali (428/1036), *Risaletün fi Usuli'l-Fıkh*, thk. Muvaffak b. Abdullah, Beyrut, 1996.

Uluçam, Müjdat, *Kur'ân Ayetleri ve Hadisler Arasında Görülen Tearuz ve Çözüm Yolları* (Basılmamış Doktora Tezi), İstanbul, 1997.

Usta, Niyazi, “*Dinin Ansezinim Cana Paradigma-Metodolojini Probleması*”, Türkçeden Kırgızca’ya trc. Ait Mirza Satı Baliyev, (Kırgızca’dan trc. Fazlı Polat), Oşh Memlekettik Üniverstetti Teologa Fakültetti İlmî Jurnal, Cahbö, 5, 2004, 7-20.

Ünal, Halit, “*Araya*”, DİA., (III), 337.

Ünal, İsmail Hakkı, *İmam Ebu Hanife’nin Hadis Anlayışı ve Haneî Mezhebinin Hadis Metodu*, Ankara, 1994.

Üzüm, İlyas, “*Hüküm*”, DİA., (XVIII), 464-466.

Vahidi, Ebu Hasan Ali b. Ahmed (468/1076), *Esbabu Nüzulî’l-Kur’ân*, thk. Kemal Beysuni, Beyrut, 1991.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, *Türk Medeni Hukuku Umumi Esasları*, İstanbul, tsz., (I-II).

Yaman, Ahmed, “*Bir Kavram Olarak Fıkıh Kaideleri Ya Da İslam Hukukunun Genel İlkeleri*”, Marife, Yıl:1, S. 1, 2001.

Yaylalı, Davut, “*Karine*”, İsl. Arş., Ocak 1988, II, S. 6, 54-60.

———, *İslam Hukukunda Beyyine (Adlî Delil)lerin Çelişmesi ve Çözüm Yolları*, (Basılmamış Çalışma), Bursa, 1989, 29-36.

——— “*İslam Hukukunda Kazaî-Diyanî Hüküm Ayırımı*”, Dini Araştırmalar, Nisan, 2003, V, S. 15.

Yazır, Elmalılı Muhammed Hamdi (1361/1942), *Hak Dini Kur’an Dili*, İstanbul, 1979, (I-X).

Yıldırım, Mustafa, *Mecellenin Külli Kaideleri*, İzmir, 2001.

Yörük, A. Kemal, *Hukukun Umumi Prensipleri*, İstanbul, 1949.

Yücel, Mustafa Tören, *Hukuk Felsefesi*, Ankara, 2003.

Zahidi, Hafız Senaullah, *Teysiru’l-Usul*, Beyrut, 1993.

Zehebi, Ebu Abdullah (748/1347), *Menakıbu el-İmam Ebu Hanife ve Sahibeyhi Ebi Yusuf ve Muhammed b. Hasan*, thk. Zahidü'l-Kevseri, el-Mektebetü'l-Ezheriyye Li't-Turas, tsz.

Zeki Abdilberr, Muhammed, *Takninu Usuli'l-Fıkh*, Kahire 1989.

Zemahşerî, Carullah Eb'l-Kasım (538/1143), *Ruûsu'l-Mesâil*, thk. Abdullah Nezir, Beyrut, 1987.

Zerka, Mustafa Ahmet, *el-İstislah ve'l-Mesalihi'l-Mürsele*, Dımeşk, 1988.

Zerka, Ahmed, *Şerhu'l-Kavaidi'l-Fıkhiyye*, Beyrut, 1989.

Zerkeşi, Bedrüddin, Hz. Âişe'nin Sahabeye Yönelttiği Eleştiriler, trc. Bünyamin Erul, Ankara, 2002.

Zeydan, Abdulkerim, *el-Veciz fi Usuli'l-Fıkh*, İstanbul, tsz.

Zeyleî, Cemalüddin Ebi Muhammed Abdullah (762/1555), *Nasbu'r-Râye Tahrirci Ehadisi'l-Hidaye*, thk. Ahmed Şemsüddin, Beyrut, 1996, (I-V).

Zuhayli, Vehbe, *Usulu'l-Fıkhı'l-İslami*, Dımeşk, 1986, (I-II).

Zuheyr b. Nas en-Nas, Kasım b. Kutluboğa, *el-Haneî'nin Hulasatu'l-Efkar Şerhu Muhtasaru'l-Menar'ın Mukaddimesinde*, Beyrut, 1993.

ÖZGEÇMİŞ

Zeki KOÇAK, 1965 yılında Erzurum'un Tortum İlçesine bağlı Aşağı Katıklı Köyü'nde dünyaya geldi. İlkokulu ve hafızlığını köyünde, ortaöğrenimini Erzurum İmam-Hatip Lisesi'nde tamamladı. Akabinde Erzurum Merkez Vehbi Özden Camii'nde imam-hatiplik görevine başladı. Aynı yıl Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi'ne kaydoldu ve 1994 yılında fakülteyi bitirdi. 1997 yılında İslam Hukuku Bilim Dalında "*Nüzûl ve Vürûd Sebeplerinin Ahkama Etkisi*" isimli teziyle Yüksek Lisansını tamamladı. 1998 yılında Diyanet Erzurum Mehmet Nuri Yılmaz Eğitim Merkezi Müdürlüğü'nde öğretmenliğe başladı. Hemen akabinde kurucu müdür olarak tedviren görevlendirildi ve bir buçuk yıl bu görevde bulundu. Kısa süreli olarak yurt dışında görevlendirildi. Hâlen aynı kurumda, 2003 yılında başladığı müdür vekilliği görevini sürdürmektedir.

Başlıca çalışmaları:

A- Makaleleri

1. "*Örf ve Âdetin Hukuk Metodolojisindeki Yeri*" (Diyanet İlmi Dergi, C. XXXVII, S. 2, 2001).
2. "*Devletin Kaynağı Açısından J. J. Rousseu'nun Sözleşme Nazariyesi*" (Ekev, Yıl: 6, S. 12, 2002).
3. "*İslam Hukuk Metodolojisinde Ehliyet ve Kısımları*" (Diyanet İlmi Dergi, C. XXXIX, S. 4, 2003).
4. "*Kıyasta İlleti Belirleme Metodu*" (Mesaliku'l-İllet), (Basılmamış Çalışma, Erzurum, 1997).
5. "*Şer'i ve Örfi Hukuk Bağlamında Mecelle'ye Yapılan İtirazlar*" (Basılmamış Çalışma, Erzurum, 2000).

B- Ders Kitapları

1. "*Tasarruf ve Akitlerde Niyetlerin Etkisi*" (Tercüme, Basılmamış Çalışma, Erzurum, 2001).
2. "*Fıkh Mezhepleri ve Kaynakları*" (Ders Notu, Erzurum, 2002).
3. Nesefi'nin "*Menaru'l-Envar fi Usuli'l-Fıkh*" isimli metninin mukaddime ilavesiyle hazırlanması. (Erzurum, 2003).

Arapça ve İngilizce bilen KOÇAK, evli ve üç çocuk babasıdır.