

ATATÜRK ÜNİVERSİTESİ
İSLAMİ İLİMLER FAKÜLTESİ

İSLAM HUKUKUNDA KAYNAK KAVRAMI
VE
VIII. ASIR İSLAM HUKUKÇULARININ
KAYNAK KAVRAMI ÜZERİNDEKİ METODOLOJİK AYRILIKLARI

(Doktora Tezi)

328 sayfa

İN

HAZIRLAYAN
İbrahim Kafî DÖNMEZ

YÖNETEN

Prof. Dr. Salih TUĞ

İSTANBUL-1981

İÇİNDEKİLER

İçindekiler	I
Kısaltmalar	VIII
Transkripsiyon İşaretleri	X
ÖNSÖZ	XI

GİRİŞ

§:1- KONUNUN SINIRLANDIRILMASI, FAYDALANILAN KAYNAKLAR VE TAKİB EDİLEN METOD	1
§:2- HUKUKTA KAYNAK KAVRAMININ İFADE ETTİĞİ ANLAMLAR VE BUNLARA İSLAM HUKUKU AÇISINDAN KISA BİR BAKIŞ	9
I- Hukukta Kaynak Kavramının İfade Ettiği Anlamlar	9
II- Kaynak Kavramının İfade Ettiği Anlamlara İslâm Hukuku Açısından Kısa Bir Bakış.....	11
1- Menşei Anlamda Kaynak	11
2- Yürürlük Kaynakları	15
3- Bilgi Kaynakları	16

BİRİNCİ BÖLÜM

İSLAM HUKUKUNDA KAYNAKLAR TEORİSİNİ OLUŞTURAN
BAŞLICA KAVRAMLARA TAHLİLİ BİR BAKIŞ
(Nassalar Hariç)

§:1- GENEL OLARAK	19
§:2- İCMÂ	
I- İcma Kavramı	22
1- Genel Olarak	22
2- İcmâ'nın Şartları	23
a. İcmâ'ya katılacaklarla ilgili şartlar .	23
b. İcmâ'nın zamanı ile ilgili şartlar	27
c. İcmâ'nın konusu ile ilgili şartlar	28
d. İcmâ'nın senedi ile ilgili şartlar	33
e. İcmâ'nın şekli ile ilgili şartlar	36
f. İcmâ'nın nokası ile ilgili şartlar	46
II- İcmâ'nın Delilleri.....	48
III- İcmâ'ya İtirazlar	51
IV- İcmâ'nın Kaynak Değeri ve Kaynaklar Hiyerarşisi	
a) İçindeki Yeri	53
b) İcmâ'nın Yeni Bir İcmâ' ile Değerlendirilmesi	58
V- Kurucu Devir İcmâ' Anlayışı ile Usûlî Esaslar-	
indeki Gelişmelerin Kısa Bir Karşılaştırma-	
sı ve İcmâ' Hakkında Genel Bir Değerlendir-	
me	60
1- Ebû Hanîfe'nin İcmâ' Anlayışı	60
2- Şâfiî'nin İcmâ' Anlayışı	62
3- Şâfiî'nin İcmâ' Anlayışı	64
4- Kısa Bir Karşılaştırma ve Genel Bir Değer-	
lendirme	71

§:3- KİYÂS

I- İslâm Hukuk Literatüründe Kiyas Kavramı .	76
1- Genel Olarak	76
2- Kiyâse Çeşitleri	78
II- Kiyâsın Unsurları ve Unsurlarda Aranılan	
Şartlar	85
1- Kiyâsın Unsurları	85
2- Kiyâsın Unsurlarında Aranılan Şartlar .	87 <i>shahat şartı</i>
III- Kiyâsın Sahası (cevaz şartları)	96
IV- Kiyâsın Kaynak Değeri ve Kaynaklar Hiye-	
rârşisi İçindeki Yeri	104
V- Kiyâsız Kabûl ve Reddeden Doktrinler ve	
Celilleri	107
VI- Kurucu Devir Kiyâse Anlayışı İle Üçü E-	
serlerindeki Gelişmelerin Kısa Bir Kar-	
şılaştırması	110
1- Kurucu Devir Öncesine Kısa Bir Bakış .	110
2- Ebû Hanîfe'nin Kiyâse Anlayışı	111
3- Mâlik b. Enes'in Kiyâse Anlayışı	113
4- Şâfiî'nin Kiyâse Anlayışı	117
5- Kısa Bir Karşılaştırma ve Genel Bir	
Değerlendirme	122

§:4- İSTİHSÂN

I- İslâm Hukuk Literatüründe "İstihşân" Kav-	
ramı	127
1- İstihşân Tarifleri	127
2- İstihşân Kavramının Tahlihi ve Mâhiye	
tinin Tesbiti	131

a. İstihsânın tahlihi	131
b. İstihsânın meniyeti	145
II- İstihsân Çözümlerinin Bağlayıcılık Gücü .	165
III- İstihsânı Kabul ve Reddeden Doktrinler ve Delilleri	167
IV- Kurucu Devir "İstihsân" Anlayışı İle Usûl Eserlerindeki Gelişmelerin Kısa Bir Karşı laştırması ve Genel Bir Değerlendirme ...	171
Ş:5- İSTİSLAH	
I- "Maşlahâ" Kavramı ve "İstislah" Metodu ..	177
1- "Maşlahâ" Kavramı	177
2- İstislah Metodu ve İstislah Kavramının Kaynaklardaki Yeri	183
II- İstislah ve İstihsân Metodları Arasındaki Fark	187
III- İstislah'ı Kabul ve Reddeden Doktrinler ve Delilleri	192
Ş:6- ÖRF VE ÂDET	
I- Genel Olarak "Örf ve Âdet" Kavramı ve "Örf ve Âdet" Hukuku	197
II- İslâm Hukuku Literatüründe Örf ve Âdet Kavramı	201
III- Örf ve Âdet'in Varlık ve Muteberiyet Şart ları	210
1- Varlık Şartları	210
2- Muteberiyet Şartları	211
IV- Örf ve Âdet'in Çeşitleri	213

1- Geçerlilik Açısından Taksim	213
2- Yayıldığı Muhit Açısından Taksim.....	215
3- Yapısı Açısından Taksim	216
V- İslâm Hukukunda Örf ve Âdetin Rolü	219
1- İslâm Teşri'i'nin Genel Prensipleri ve Örf ve Âdetin Rolü	219
2- İslâm Hukuk Metodolojisinde Örf ve Â- detin Rolü	221
3- İslâm Hukukunun Uygulanmasında Örf ve Âdet'in Rolü	227
VI- Örf ve Âdet Karşısında İslâm Hukuk Dokt- rinlerinin Tutumu ve Örf ve Âdet'in De- lilleri	228
1- Örf ve Âdet Karşısında Doktrinlerin Tutumu	228
2- Örf ve Âdet'in Delilleri	230
VII- Örf ve Âdet Hakkında Kısa Bir Değerlen- dirme	235

§:7- SAHÂBİ KAVLİ..... 238

§:9- AMEL'Ü EHLİ'L-MEDİNE

I- Amel'ü ehli'l-Medine Kavramı	242
II- Amel'ü ehli'l-Medine'nin Kısmları	246
III- Amel'ü ehli'l-Medine'nin Talili ve Kaynak Değeri Üzerindeki Görüşler	248

İKİNCİ BÖLÜM

İSLAM HUKUKUNDA NASLAR

VE

NASLARIN UYGULANMASI METODLARINA

KANUN HUKUKLARINDA KANUNLARIN UYGULANMASI METODLARI

AÇISINDAN BİR YAKLAŞIM

§:1- İSLAM HUKUKUNDA NASLAR

- I- Kitab Kavramı 253
 II- Sünnet Kavramı 262

§:2- İSLAM HUKUKUNDA NASLARIN UYGULANMASI METODLARI-
 NA KANUN HUKUKLARINDA KANUNLARIN UYGULANMASI ME-
 TODLARI AÇISINDAN BİR YAKLAŞIM

- I- Kanun Kavramı ve Kanunlaştırma Hareketlerine
 Genel Bir Bakış 266
 II- Kanunların Özellikleri, Yürürlüğe Konması ve
 Kaldırılması Açısından İslam Hukukunun Nass-
 larına Bir Bakış 272
 1-Kanunların Özellikleri 272
 2-Kanunların Yürürlüğe Konması ve Kaldırıl-
 ması 278

III- Kanunun/Nassın Uygulanması 280

1- Genel Olarak 280

2- Kanunda/Nassda Olaya Uygulanabilir Hükümün
 Bulunması 283a. Olayı Kapsayan Kanun Hükümünün Araştır-
 ılması (yorum) 283b. Bulunan Uygulanabilir Hükümde Hâkimin
 Taktir Yetkisi (Hüküm içi çeşitlikler) .. 299

3- Kanunda/Nasada Olaya Uygulanabilir Hüküm Bulunmaması	299
SONUÇ	302
BİBLİYOGRAFYA	
İNDEKS (Yer,Eser,Şahıs ve Terimler).....	

K I S A L T M A L A R

A.D.	: Adalet Dergisi
A.F.D.İ.	: Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul
b.	: bin veya İbn
Bkz.	: bakınız
c.	: Cild
d.n.	: Dipnot
EL.	: Encyclopédie de l'Islam
Hk.	: Hazret-i
H.	: Hicri
İA.	: İslâm Ansiklopedisi
İ.B.M.	: İstanbul Barosu Mecmuası

krş.	: Karşılaştırınız
ktp.	: Kütüphane
Mad(Md)	: Madde
M.	: Milâdî
nr.	: Numara
nşr.	: Neşreden
s.	: Sahife
sa.	: Sayı
TM.	: Türk Medeni
trc.	: Tercüme eden
t.y.	: Tarih yok
v.	: Varak
(v.)	: Vefat
v.b.	: ve benzeri
v.d.	: ve devamı
v.s.	: ve sair
y.y.	: Yer yok
(yzm.)	: Yazma

TRANSKRİPSİYON İŞARETLERİ

ح	h
ح	h
ح	h
ذ	z
ص	s
ض	d
ط	t
ظ	z
ع	c
ق	k

Ö N S Ü Z

Karşılaştırmalı hukuk sahasında otorite sayılan yazarların çoğunluğu tarafından, dünyadaki hukuk sistemlerinin gruplandırılması sırasında başlıbaşına bir hukuk sistemi olarak gösterilen İslâm hukuku üzerindeki araştırmalara hergeçen gün yenilerinin ilâve edildiğini görmek, ilim uğruna ömür harcayanlar ve özellikle bu sahanın araştırmacıları için, elbette büyük bir sevinç vesilesidir.

İşte bu araştırmalara bir katkıda bulunabilme ümidi ile gerçekleştirdiğimiz bu doktora çalışmasında, biz, İslâm hukukunun kaynaklarını topluca incelemeye gayret etmiş bulunuyoruz. Bir hukuk sisteminin kaynakları hakkında sağlıklı bilgilere sahip olmanın, o hukuk üzerindeki araştırmaların yanısıra, karşılaştırmalı hukuk araştırmalarında da sahip olduğu önem hakkında çok şey söylemek herhalde gerekmez. Bu önemin yanısıra, böyle geniş bir çerçeve içinde yürütülen bir araştırmanın, birçok güçlükleri beraberinde taşıma özelliğini de daima koruyacağı ise açıktır.

Baştan, İslâm hukukunun kaynaklarından sadece biri üzerinde çalışmayı düşünürken, tez yöneticisi hocamın tavsiyesi üzerine fikrine müracaat ettiğim değerli ilim adamı Prof. Dr. Muhammed Hamîdullah tarafından, İslâm hukuku kaynaklarının topluca incelenmesinin bir ihtiyaç olduğunun belirtilmesi, beni bu konunun seçimine yöneltten başlıca âmil olmuştur.

Klasik kaynaklardaki bilgilerin sistemli bir şekilde sunulması ile yetinmeyip, kanun hukuklarında kanunların uygulanması metodları açısından bir yaklaşımla kaynakların işletilişine kısa bir bakışı gerçekleştirmeye çalıştığımız bu araştırma ile mevcudlara bir şey ilâve edebilmişsek, bu bizim için büyük bir bahtiyarlık olacaktır.

Burada, değerli fikirlerinden faydalanabilmem için hiç bir zaman yakın ilgisini esirgemeyen tez yöneticim Sayın Prof. Dr. Salih Tuğ'a, bu konunun seçiminde bana ışık tutan Sayın Prof. Dr. Muhammed Hamidullah'a ve doktora öğrenciliğimin ilk yılında yöneticiliğimi yapan ve değerli tavsiyelerinden çok istifade ettiğim Sayın Prof. Dr. Yusuf Ziya Kavakçı'ya derin şükranlarımı sunarım.

8 Mayıs 1981

İbrahim Kâfi DÖNMEZ

S İ R İ Ş

§:1- KONUNUN SINIRLANDIRILMASI, FAYDALANILAN KAYNAKLAR ve TAKİP EDİLEN METOD

Hukukun kaynakları, bu kaynakların dengelenmesi ve derecelendirilmesi meselesi, son asırlarda ortaya çıkmış olmayıp, esasında herбір hukuk sisteminin menşesine kadar uzanan bir meseledir.¹ Değişik hukuk sistemlerindeki değişik hukuk kaynaklarını, bunların denge ve hiyerarşisini özel bir etüde konu eden Del Vecchio, bu meselelerin ne kadar eski olduğunu açık seçik gösteren canlı bir misâl olarak, Hz. Peygamber'in, Muaz b. Cebel'i, kendisini tamamen Yemen'e göndermeden önce, D'na, önüne getirilen hukûkî ihtilafları çözümlerken naye göre karar vereceğini sorması ve başvuracağı kaynakları sıralatması olayını² nakletmektedir.³

1. Del Vecchio, "Les diverses sources du droit", 32. ?

2. Bu olayı nakleden El-Ryefiye ikinci bölümde temas edilecektir.

3. Del Vecchio, "Les diverses sources du droit", 33. ?

Aynı yazarın haklı olarak belirttiği gibi, kaynakları-
nın karakteristik hiyerarşisi ile İslâm/hukuk sistemleri içeri-
sinde apayrı bir yer tutar.¹ Gerçekten, İslâm hukukunun kaynak-
larının, bütünüyle gözönüne alınarak incelenmesi, birçok güç
meseleleri de beraberinde taşımaktadır. Zira bu konudaki bil-
gileri bize sağlayacak kaynakların sadece bir tanesi ile yetinil-
mesi, yer yer sıhhatli olmayan seçerlendirmelerin yapılmasına
yol açabilecektir. Yine bir tek doktrinin esas alınması, İslâm
hukuk sistemi ve İslâm hukukçularının tefekkürleri hakkında çok
dar bir çerçeve ile yetinme zorunluluğunu kabullenmeyi gerekti-
recektir. Buna karşılık, değişik doktrinlere ait bilgi kaynaklar-
ının ve hele birçok kaynakların incelenmesini birlikte yürüt-
menin, büyük fayda sağlayacağı şüphesizdir. Fakat bu çeşitlili-
ğin, ayrılacak vakit ve zihin gücü ile orantılı olmaması halin-
de, umulanın çok gerisinde kalınacağı da gayet açıktır.

İşte biz, bütün bu gerçekleri dikkatten kaçırmaksızın
ve fakat üstesinden gelinebilecek güçlükleri de göze alarak, İs-
lâm hukukunun kaynakları hakkında toplu bir araştırmaya gerçek-
leşirmeye niyetlenmiş bulunuyoruz.

Elbette, araştırmanın esasına geçmeden önce, konunun
sınırlandırılması, faydalanılan kaynaklar ve takip edilen me-
tod hakkında bilgi vermek faydalı olacaktır.

İslâm hukukunun esas unsurları ilk mevcudiyetini ve
uygulanışını Hz. Peygamber devrinde bulur. Özellikle bu devir

1. Del Vacchio, "Les diverses sources du droit", 37.

ile Sahabe ve Tâbiûn devirleri, İslâm hukuk müdevvenâtının temel taşlarının oluşması bakımından hemen en önemli role sahip olmakla birlikte, İslâm hukukunun bir ilim dalı olarak ele alınışının açık seçik müşühedesi için, H. II. asırdaki gelişmeleri beklemek gerekecektir. Bu asırda -bir değilse genel hatlarıyla- kaynakların sınırlandırılması ve belli metodlar çerçevesinde kalınması, kısaca, mantikî bütünlüğe sahip bir sistemleşmeye gidilmesi endişesinin kolayca farkedildiği bir hukuk faaliyeti ve bu faaliyetin çok tabii bir sonucu olarak bir e-kollaşma hareketi dikkati çekmektedir. İşte, İslâm hukuk literatüründe "furû'ül-fıkh" diye anılacak sahada birçok otoritenin daha önce mevcudiyetine rağmen¹, bundan böyle İslâm hukukundaki gelişmelere yön verecek temel doktrinlerin bu asırda ortaya çıkışında, sözü edilen faaliyetin karakteri önemli bir emil olmalıdır.

Böyle bir faaliyetin, bağlanılan prensiplerin ve takip edilen metodların açığa çıkarılmasını, fikir dünyasından söz eshasına intikalini teşvik edeceği de tabiidir. Bu teşviğin sonucu olarak ortaya çıkan ve "usûlü'l-fıkh" adıyla İslâm hukuk literatüründe köklü yerini tutacak olan ilmi disiplinin temelini kim tarafından atıldığı, daha açık ifadesiyle bu sahada ilk eseri kimin kaleme aldığı, henüz iyice aydınlanmış bir nokta o-

1. Kâsâlâ Sa'id b. el-Müseyyib ve İbrahim en-Nehaî'nin "fıkh"ları üzerinde yapılmış çalışmalar, bu ağırlığı hissettirme bakımından epesice bir fikir vermektedir. bkz. Muhammed Ravvâs Kal'acı, Neveûlâ' Fıkh İbrahim en-Nehaî, 2 cilt, 1976, Melik Abdülaziz Üniversitesi yayını; Hâşim Cemil Abdullah, Fıkhü'l-İmam Sa'id b. el-Müseyyib, 4 cild, Bağdad, 1974.

lârak görünmüyorsa da, bize kadar ulaşan ilk usûl eserinin Şâfiî-ye ait olduğu kesindir.¹

İşte yukarıda sözü edilen temel doktrinlerin ekseri öncülerinin yaşadıkları ve usûlî fıkıh ile ilgili tartışmaların kaleme alınmaya başlandığı dönem gözönünde bulundurularak, M. VIII. asrın, "usûlî'l-fıkıh" diye bilinen ilmi disiplinin ortaya çıktığı asır olarak nitelendirilmesi âdet olmuştur.² Tabii ki bu, ne bu disiplinin bir anda ve bir bütün halinde ortaya çıktığı, ne de kesinlikle M. 701-800 tarihleri arasına oturtulduğu anlamına gelmemektedir. Zaten gerçekte böyle bir ayırımın mevcudiyetinden söz edilemeyeceği ortadadır.³

Esasen Hz. Peygamber devrinden itibaren bütün müctehidlerin, çözümlenecekleri hukukî olaylarda bir delile dayanma titizliğini gösterdikleri hemen bütün kaynakların birleştiği bir noktadır. Sinaenaleyh, Usûlî'l-fıkıhın bir ilim olarak ortaya konmasından önceki dönemde, müctehidlerin kendilerini, yazıya intikal etmemiş, hatta sözle ifade edilmemiş bile olsa, bir takım prensip ve metodlarla sınırlamadıkları, gelişigüzel hüküm verdikleri söylenemeyecektir; aksine daha sonra inceden inceye işlenen prensip ve metodların özü yine ilk devir müctehidlerinden kaynaklanmıştır. Normatif ilimlerin çerçevesine giren konularda, kuralların teorisi, uygulanmasından sonra geldiği için,

1. İbn Maldun, Makaddime, 454.

2. Daha önce Ebû Yûsuf'un usûl ile ilgili bir eser kaleme aldığı hakkında kayıtlar bulunmakla birlikte bize kadar ulaşmış değildir. Chenate, "Logique Juridique", 13. Usûlî'l-fıkıh'ın kurucusunun Ca'ferî hukukçular olduğu iddialarının tartışması için bkz. Ebû Zehrâ, İmam Şâdik, 267-270.

3. Meselâ bkz. Hamidullah, "La Philosophie Juridique", 137.

deha önce bu konuda uyulan bir takım kuralların sırf teorik ifadesinin bulunmaması, bu kuralların da bulunmadığı düşünce sine haklılık kazandırmaz.¹ Gerçekten "usûlcüler" diye adlandırılacak teorisyenlerin incelemelerine temel teşkil edecek materyaller de, aslında doktrin sahiplerinin vardıkları hukûkî çözümler ve -eğer mevcutsa- kendi metodları ile ilgili açıklamalarıdır.

Nitekim, usûl ilminin ortaya çıkışı hakkındaki görüşler ne olursa olsun, usûlî'l-fakha dahil konuların, özellikle doktrin sahiplerinin takip ettikleri metodların teorisinin sistemli bir şekilde kaleme alınışı ve tartışılması için, bu doktrinlerin kökleşmesini beklemek gerekecektir.

Usûl sahasındaki gelişmeler, "fukahâ metodu" ve "mütakellimîn metodu" diye tanınan iki metodun gelenekleşmesine yol açmış, daha sonraları her iki metodu birleştiren eserler de kaleme alınmıştır.²

Biz, her iki metoda göre yazılmış usûl eserlerinin bize kadar ulaşmış ilk örneklerini esas alma ve gerektiğinde diğer usûl eserlerinden de faydalanma yoluna tutmuş bulunuyoruz. Ayrıca, konumuzla ilgili bilgi ve değerlendirmeleri ihtiva eden eserlerden ve makalelerden de istifâde etmiş ve gerekli durumlarda furû' eserlerine de başvurmuş olduğumuzu belirtmeliyiz.

1. bkz. İbn Haldun, Mukaddime, 453-455; Merâşî, Tabakâtü'l-usûliyyîn, 15-21, 26-27; Baltacı, Menâhic, I, 11-15; Edib Salih, Tefsîru'n-nuşûs, I, 90-96; Ebû Zehrâ, Metodoloji, 23, 26.

2. Bilgi için bkz. İbn Haldun, Mukaddime, 455-456; Edib Salih, Tefsîru'n-nuşûs, I, 96-102.

Buna göre, başlıca kaynaklarımızı, fukahâ metodunun bize ulaşan ilk örnekleri olan Cessâs(v.370/980), Pazdevî ve Serahsî'nin "usûl"leri ile Debûsî'nin "Takvîmu'l-edille"si, yine mütekellimin metodunun bize ulaşan ilk örnekleri olan Cüveynî'nin "Burhân"ı ve Gazzâlî'nin "Mustasfâ"sı teşkil edecektir. Bunlardan, Cessâs, Debûsî ve Cüveynî'nin eserleri, matbu olmadığından şimdiye kadarki ilmi çalışmalarda (özellikle ülkemizde) kullanılmadığına sık raslanmamaktadır. Cessâs'ın "Usûl"ü, bize kadar ulaşan usûl eserleri içinde, kronolojik yönden Şâfiî'nin "Risale"sinden sonra ilk sırayı tutmakta ve Risale de dahil olmak üzere ilk usûl eserlerinin en hacimlisini teşkil etmektedir. Daha önce Kerhî(v. 340/551) tarafından yazılmış olan "Usûl" isimli risâle bize ulaşmış olmakla birlikte esasen bu bir Usûlu'l-fâkh eseri olmayıp, Hanefî doktrinine hâkim olan genel kuralları ihtiva eden bir prensipolojî eserdir. Ayrıca, Cessâs'ın usûlünden önce, Şâfiî'nin Risâlesine yapılmış bazı şerhler hakkında nakiller bulunmak la beraber, bunların bize kadar ulaştığı bilinmemektedir; kaldı ki, bunlar müstakil birer usûl eseri de sayılmazlar. Şu halde mevcut bilgilere göre Cessâs'ın bu konudaki önceliğini kabul etmek gerekecektir.¹

Hanefî doktrinine mensup bir usûlü olan Debûsî'nin "Takvîmu'l-edille"si, yukarıda işaret edilen duruma göre, kronolojik yönden Hanefîlerin ikinci usûl eseri olmakla birlikte, metodu daha çok mütekellimin metodu ile benzerlik göstermektedir. Araştırmacılar bu eserin önemi üzerinde ısrarla durmaktadırlar.²

1. Şakir, Risâleye Şerh, 14-15, Atay, Felsefe, 91-92.

2. Kavrakçı, İslâm Hukukçuları, 36-37; Atay, Felsefe, 85.

Cüveynî'nin, "Burhân"ı ise, (sünnî usûlcülerce) mütakel-
limin metoduna göre yazılan eserler içinde en hacimli ilk usûl
kitabı olarak görünmektedir. Kısa bir süre önce edisyon kriti-
ği yapılarak çözümlenen bu eser, Gazzâlî'nin müjdecisi sayıla-
bilir.¹ Bundan önce kaleme alınmış olan, İbn Fûrek'in hacimsiz
fakat çok üzlü risalesi de kaynaklarımız arasında yer almaktadır.
Burada hemen işâret etmeliyiz ki, kronolojik delile göre yap-
tığımız bazı tesbitlerde buradaki bilgiler esas alınmıştır. Baş-
ka bir deyişle, mütakellimin metodu ile kaleme alınmış eserlerin
kronolojik durumundan söz edilirken, hep sünnî doktrinlere men-
sup usûlcülerin eserleri hatıra getirilmelidir.

İslâm hukukunun kaynaklarını yalnız metodolojik ayrılık-
lar açısından topluca ele almayı konu edinen tezimizde, sözünü
ettiğimiz usûl eserlerindeki eşirliğe paralel olarak, Ebû Hanîfe,
Şâfiî ve Mâlik b. Enes'in, özellikle ilk ikisinin doktrinlerine
ait metodlara ağırlık verilmiş olacak, sünnî doktrinlerin dışın-
daki görüşler ile Ahmed b. Hanbel'in doktrinine dahil görüşlere
de yer yer konunun tamamlığını sağlama açısından işâret edilme-
ye çalışılacaktır.

Tezimizin birinci bölümünde kaynaklar teorisini oluştu-
ran nesnel dışındaki başlıca kavremler tahlilî olarak incelenir-
ken, bir yakınsaklık takip etmekten çok her bir kavrem, kendi
özelliklerine göre ele alınacaktır. Gerek çalışmanın karakteri,

1. Chahata, "Logique Juridique", 14-15.

gereksiz hacimde şişkinlik meydana gelebileceği endişesi, prensip olarak misallendirmeden kaçınmayı gerekli kılmıştır; fakat yerinde görüleceği üzere, istihsân ile örf ve âdet kavramlarının özellikleri bu prensibin dışına çıkmayı gerektirmiştir.

İkinci bölümde ise, mahiyetleri hakkında fikir ayrılığı olmayan Kitâb ve Sünnat üzerindeki belli başlı ayrılıklara işaret edilecek ve nassların uygulanması metodlarına, kanun hukuklarında kanunların uygulanması metodları açısından bir yaklaşım ile daha önce incelenen kavramların metodolojik rollerine topluca işaret edilmiş olacaktır.

§:2- HUKUKTA KAYNAK KAVRAMININ İFADE ETTİĞİ ANLAMLAR
VE BUNLARA İSLAM HUKUKU AÇISINDAN KISA BİR BAKIŞ

I- Hukukta Kaynak Kavramının İfade Ettiği Anlamlar

Genellikle " k a y n a k ", bir şeyin ilk çıktığı, ilk kaynadağı yer anlamına gelir. Hukukta kaynak kavramı, değişik anlamlarda kullanılmaktadır. Bilgi kaynağı, organik kaynak, şek-
lî kaynak deyimleri bu arada sayılabilir. Ayrıca, aslî kaynak, tamamlayıcı kaynak, yardımcı kaynak deyimleri de vardır.¹ Burada hukukta kaynak kavramının dört önemli anlamına kısaca işâret e-
dilecektir.

Nasıl su, bir kaynaktan yer yüzüne çıkmazdan önce top-
rağın derinliklerinden gelirse, hukuk / ona şekil verenlerden
önce, bir toplumun, hatta bütün insanlığın akıl ve vicdanında
neyin adaletli, haklı ve doğru olduğu yolunda hukûkî kanaatler
olarak yaşar. İnsanlardaki bu hak ve adâlet düşüncesini ise,
"hukukun kökeni(menşei)" olarak adlandırmak gerekir.²

Hukukun menşesini oluşturan bu kaynağa "sosyolojik kay-
nak" da denilmektedir.³

1. Bilge, Hukuk Başlangıcı, 40; Atay, M.H.Genel Teorisi
98-102. Ayrıca bkz. Saymen, Medenî Hukuk, I, 56.

2. Aral, Hukuk Bilimi, 94.

3. Bilge, Hukuk Başlangıcı, 40.

Hukukta kaynak deyimi, bir de "organik" anlamda kullanılmakta ve hukuk kurallarını meydana getiren güçleri ifade etmektedir. Bunlara, "yaratıcı kaynaklar" da denmektedir.¹

Diğer bir anlamda hukuk kaynağı, hukuk kurallarının ortaya çıkıp yürürlüğe girerken bulunduğu şekli ifade eder. Bunlara hukukun "yürürlük kaynakları" denir. Yürürlükteki hukuk kurallarını bulmak için bu kaynaklara başvurulur. Bunlardan "şekli kaynaklar" ve "uygulama kaynakları" diye de bahsedilir.² Bu anlamda hukukun kaynakları, birinci derecede kanun ve teâmüli hukuk, ikinci derecede mahkeme kararları (kazâî ictihâd) ve doktrin (ilmî ictihâd) olmak üzere dörde irca edilmektedir.³

Hukukun "bilgi kaynakları", uygulama kaynakları (yürürlük kaynakları, şekli kaynaklar) ile karıştırılmamalıdır. Çünkü, "bilgi kaynakları", hukukun görünüm şekillerini değil, aksine belli şekillerde görünen hukukun nereselerde bulunacağını, muhtevası hakkında nereden, ne gibi belgelerden (vesikalardan) bilgi edinilebileceğini gösterir.⁴

Bize hukuk hakkındaki bilgimizi sağlayan her şey, hukukun bilgi kaynağı sayılır. Yazılı olanlar ön planda gelirse de, diğerleri de önemlidir. Başlıca yazılı bilgi kaynakları:

1. Oğuzman, Medenî Hukuk, 26; Ataay, M.H.Genel Teorisi, 97; Aral, Hukuk Bilimi, 93-94.
2. Aral, Hukuk Bilimi, 94; Ataay, M.H.Genel Teorisi, 98; Oğuzman, Medenî Hukuk, 26.
3. Aral, Hukuk Bilimi, 94-95.
4. Aral, Hukuk Bilimi, 94.

Kanun metinleri hukuk kurallarının muhtevası hakkındaki mâ'ûmât, izâhât ve muhtelif mülâhâzalar hukukun münferid hadisele- re tatbikini gösteren kararlar, vésikalar v.s. malumât hukuk kaideleri hakkında bizi tenvir eden diğer eserler; bunlardan başka, hukukçuların mesâfisi, hatta hukuk sahası haricindeki li- teratüre müteallik bazı eserler de hukukun bilgi kaynakları a- rasına dahildir.¹

Yürürlükteki hukuku veya tarihî hukuku anlatan, açık- layan eserler (sistematik eserler, şerhler, monografiler v.s.) bu anlamda (bilgi kaynağı anlamında) bir hukuk kaynağıdır.²

II- Kaynak Kavramının İfade Ettiği Anlamlara İslâm Hukuku Açısından Kısa Bir Bakış

1- Menşei Anlamda Kaynak

İslâm Hukukunun semâvî karakteri itibarıyla, İslâm Hu- küku kurallarının "menşei" anlamda kaynağının ilâhî olduğu hu- susu müslüman hukukçuların ittifak ettikleri bir noktadır. Yeni baştan hüküm koyma yetkisinin ("inşâ'ül-hükm") yalnız Allah'a ait olduğu, bu manada aklın istiklâli bulunmadığı prensibi, Mu'tezilîler de dahil bütün İslâm hukukçularınca kabul edilmiştir.³

Bazı Hanefî âlimler tarafından, Mu'tezile'nin akli bu anlamda hü- küm kaynağı saydıkları ve aklın anlayışına göre hüküm koymanın

1. Çağrı, Hukuk Metodolojisi, 80
2. Atay, T.H. Genel Teorisi, 97, 129-130.
3. Şelebi, Ta'îlî, 119; Hudârî, Usûl, 21.

Allah için zarûrî (" vâcib") olduğu görüşünü savundukları şek-
 linde yapılan nakil, bizzat konuyu dikkatlice inceleyen Hanefî
 âlimlerce yanlış bulunmaktadır.¹ Şu halde, Mu'tezile'nin bu
 konuda akla ağırlık vermesi, aklın idrakinin Allah için bağla-
 yıcı olduğu tarzında değil, güzelliği bilinen fiilin emredilmiş,
 çirkinliği bilinen fiilin yasaklanmış olduğunu Allah'ın hükmü
 olarak görme ve fiillerin güzellik ya da çirkinliğinin ise, Ak-
 lî ile bilinebileceği tarzındadır.² Gerçekten, mesele Mu'tezi-
 lî eserlerden incelendiğinde, menşâ' anlamda hüküm kaynağının
 sadece ilâhî olduğu, akla tanınan rolün, bu ilâhî hükümlerin
 bilinmesi "el-ma'rufetu ahkamuhâ bi'l-fakl" konusu ile ilgili
 olduğu ve hatta bu konuda bile akla sınırlı olduğu (teabudî hü-
 kümleri bilmede rol tanınmadığı) görülmektedir.³

Görüldüğü gibi, konu, fiillerde bizatihi güzellik ve
 çirkinliğin bulunup bulunmadığı ve aklın kendi başına fiillerin
 güzelliğini ve çirkinliğini idrak edip edemeyeceği, idrak edebi-
 lirse, şer'î hüküm bildirilmeksizin aklın bu değerlendirmesine
 göre güzel olanın emredilmiş ve çirkin olanın yasak edilmiş sa-
 yılıp sayılmayacağı, yani şer'î hüküm bilimsizce mükellefi-
 yetin söz konusu olup olmayacağı meseleleriyle, kısaca husn ve
 kubuh teorisi ile ilgilidir.

Asıl konumuzun işlenmesi esnasında atıfta bulunma ihti-
 yacı duyulacağından husn ve kubuh teorisinin kısa bir özetini
 vermemiz uygun olacaktır.

1. Ensârî, Fevatih, I, 25.

2. Devâlibî, Usûl, 173

3. bkz. Saatî, Mu'tamed, I, 370.

a. Husun ve kubuhun anlamı: Bir fiilin "kamal sıfatı" (ilim gibi) veya dünyevî maksada uygunluğu anlamında güzelliğinin ("husn") ve "noksan sıfatı" (cehâlet gibi) veya "dünyevî maksada aykırılığı" anlamında çirkinliğinin ("kubh") doğrudan doğruya akıl ile kavranabileceği konusunda ittifak edilmiştir. Asıl ihtilâf, bir fiilin "medh ve sevâb"a veya "zemm ve ikâb"a "müstahakk" olup olmadığı anlamındaki güzelliğinin veya çirkinliğinin doğrudan akılla kavranıp kavranamayacağı noktası üzerindedir.

b. Aklın kendi başına fiillerin güzelliğini ve çirkinliğini idrak edip edemeyeceği: Burada fiillerin güzellik ve çirkinliğinden maksadın yukarıda belirtilen üçüncü(son) anlam olduğunu belirttikten sonra mesele hakkındaki görüşler şöyle tasnif edilebilir:

aa. Aklın kendi başına güzellik ve çirkinliğini değerlendiremeyeceğinde ittifak edilen fiiller: Namazların rekatlarının sayısı ve ifa şekilleri gibi "taabüdî" konularda aklın dahil olamayacağı, mu'tezilîler dahil bütün İslâm âlimlerince kabûl edilen bir husustur. Bu fiillere "sem'i ve şer'i denmektedir.

bb. Aklın kendi başına güzelliğin ve çirkinliğini değerlendiremeyeceğinde ihtilaf edilen fiiller: Üncü maddede belirtilenlerin dışındaki fiiller konusunda İslâm bilgileri farklı görüşlere sahiptir.

aaa. Bu fiillerin de "sem'i"(şer'i) olduğu görüşü: Eş'arîler ve Eş'arîliğe tabi olan İslâm hükümcuları -k- bunlar u-sûlelerin ekseriyetidir- bu görüştedirler. Buna göre fiillerde zâtî güzellik ve çirkinlik yoktur. İman, küfür, namaz, zina ve

benzeri fiiller henüz şer'î tebliğ gelmeden önce zıdları ile eş değerdedir. Yani medh ve sevaba veya zemm ve ikâba müstahak olduğu akılla bilinemez; fiiller bu özelliklerini ancak şer'î değerlendirmeden (emir veya nehy'den) sonra kazanırlar.

bbb. Bu fiillerin "aklı" olduğu görüşü: Mu'tezililer, Ca'ferîler, Maturîdîler ve Hanefî hukukçuların ekseriyeti bu görüşü benimsemiştir. Bu görüşe göre, bu fiillerde zâhî güzellik ve çirkinlik vardır; bu özellikler akılla kavranabilir ve bu fiillerin şâriin emrine ve nehyine, dolayısıyla medh ve savab veya zemm ve ikâba müstahak olduğunu gösterir. Şâriin emir ve nehiyleri bu özellikler istikametinde gelir, çünkü O, hikmet sahibidir. Nasıl ki, tıp, ilaçların zatında mevcut olan fayda veya zararı açığa çıkarırsa, (keşf), şâri'in emir ve nehiyleri de fiillerin zatındaki güzellik ve çirkinliği keşfetmiş olur.

c. Akıl kendi başına fiillerin güzelliğini ve çirkinliğini idrak edip edememesinin hükmü: Bu konudaki görüşler, üç gruba toplanır;

aa. Mu'tezililer ve bir kısım Ca'ferîlere göre fiillerin güzellik veya çirkinliğinin akılla bilinebilmesi, şer'î tebliğ bulunmasa da bu fiillerin emredilmiş veya yasaklanmış sayılmasını gerektirir.

bb. Maturîdîler ve ekseri Hanefî hukukçuları ile bir kısım Ca'ferîlere göre fiillerin güzellik veya çirkinliğinin akılla bilinebilmesi, şer'î tebliğ bulunmasa da bu fiillerin emredilmiş veya yasaklanmış sayılmasını gerektirmez. Güzelliği bilinen fiil emre, çirkinliği bilinen fiil nehye müstahak ise de Allah'ın hükmünün bu olduğunu kesin olarak göstermez; şer'î tebliğ bulunmadığı takdirde mükellefiyet yoktur. Sadece bazı

Hanefîler Allah'a iman ve peygamberlerini tasdikî istisna etmişlerdir.

cc. Eş'arîlerce ve ekserî usûlcülere göre, fiillerin güzelliğini veya çirkinliğini akıl kavrayamadığına göre, şer'i tebliğ bulunmadığı takdirde mükellefiyet yoktur.¹

Kolayca farkedildiği üzer, güzel ve çirkin (hüsn -kubh) "şer'i" mi yokea "aklı" mi olduğu meselesi, esasen itikadî karakterdedir ve kalam ilminin konusudur.² Fakat bu konudaki itikadî görüşün usûlî-fıkıh ilminde akisleri bulunduğu inkar edilemez. Burada, özellikle, "hüsn- kubuh şer'idir" görüşüne sahip olanların, ictihad kapısına dar tuttıkları, "hüsn -kubuh aklîdir" diyenlerin ise, ictihad kapısına daha geniş tuttıkları belirtilebilir.³

2- Yürürlük Kaynakları

Esasen, İslâm hukukunun yürürlük kaynaklarının doğru olarak ve bütün detayları ile tesbiti, başlı başına bir hukuk tarihî çalışmasını gerektirecektir. Çünkü bu konunun, İslam hukukunun gelişme seyri içinde farklı özelliklere sahip devirleri gözönüne alınarak ve özellikle adli hukukun derinlemesine araştırılması suretiyle, incelenmesi şarttır. Asıl tez konumuzun

1. Hüsn ve kubuh nazariyesi hakkında bilgi için bkz. İbn Abdışşekûr, Mûcellen, I, 25v.d.; Gazzâlî, Mustasfâ, I, 55 vd.; Şevkânî, i. Fuhûl, 7-9; Devâlibî, Usûl, 166-173.

2. Gazzâlî, Mustasfâ, I, 6; Devâlibî, Usûl, 169.

3. Devâlibî, Usûl, 174. Diğer akisleriyle birlikte bkz. Usûl, 174-181.

işlenmesi sırasında, kavram olarak kullanılmamasından başka, yürürlük kaynaklarına etifta bulunulmayacağından bu konunun detaylarına girmemisin de zaten pek faydası olmayacaktır.

Ancak genel bir fikir sağlamak üzere, belirtabiliriz ki, Hz. Peygamber devrinde, yürürlük kaynakları, nihâî sonuç itibarıyla Kur'an ve sünnetle sınırlı bulunmaktadır.¹ Daha sonraki dönemlerde ise, kamu hukuku sahası ile özel hukuk sahası arasında, çok kesin olmamak kaydı ile bir ayırım yapılması zarûrî görülmektedir. Halife I. Ömer tarafından hukuku uygulama durumundaki bazı görevlilere gönderilen yazılardan bu konudaki gelişmelerle ilgili bir takım sonuçlara varılabilir; fakat her hal ükarda kamu otoritesinin, zaman zaman değişiklik gösteren müdahaleleri bir yana bırakılacak olursa, doktrinlerin teşekkülünden önceki dönemde Kitab ve Sünnet'in doğrudan yürürlük kaynağı olduğu gözlenmektedir. Doktrinlerin teşekkülünden sonra ise, başlıca yürürlük kaynağını doktrinlerin teşkil ettiği söylenebilir.² Kamu otoritesinin müdahale sahası ve nisbetleri apayrı bir inceleme gerektirecektir. Özel hukuk sahasında, yürürlük kaynakları açısından en büyük değişikliğin Mecelle'nin kanunlaştırılmasıyla gerçekleştirildiği söylenebilir.

3- Bilgi Kaynakları

Bu konunun, yürürlük kaynakları ile sıkı bir ilişkisi bu-

1. Ahmed Emin, Fecr, 227-234.

2. Chehate, Droit Musulman, 34.

lunduğu açıktır. Binaenaleyh, bu konuda söyleneceklerin, yürürlük kaynağı hakkındaki bilgilerden bağımsız düşünülmesi mümkün değildir. Biz yukarıdaki açıklamalarımızın sınırları içinde, devirleri göre Kur'an, Sünnet ve doktrin hakkında bilgi sağlayan bütün yazılı ve yazısız kaynakların başlıca bilgi kaynakları olarak düşünülmesi gerekeceğine işâratle yetineceğiz.¹

1. Bunlardan bazıları için bkz. Chebata, Droit Musulman,

B İ R İ N C İ B Ö L Ü M

İSLAM HUKUKUNDA KAYNAKLAR TEORİSİNİ OLUŞTURAN
BAŞLICA KAVRAMLARA TAHLİLİ BİR BAKIŞ
(Nasslar Hariç)

B İ R İ N C İ B Ö L Ü M

§:1- Genel Olarak

İslâm Hukuk literatüründe kaynak kavramını ifade etmek üzere kullanılan deyimlerin en yaygını "ed-delif" deyimidir. Bu sebeble genel olarak İslâm Hukukunun kaynakları topluca "el-Edille eş-şer'iyye" başlığı altında incelenmektedir. Delif deyiminin muhtevasını tayin için bir çok tarifler yapılmıştır. Fakat burada bizi ilgilendiren tesbit şudur ki, "delif" deyimini ile usûlu'l-fıkıh terminolojisinde kastedilen anlam, hukuk kaynağı anlamını çok geniş tarzda aşmaktadır.¹ Hukuk kaynağı anlamını ifade etmek üzere kullanılan diğer başlıca deyimler, "el-asi",

1. Amidi, İhkâm, I, 11-14; Suhârfî, Keşf, I, 255. "Delif" deyiminin, kelâm, mantık, fıkıh ve usulu fıkıh çevrelerindeki tarifleri, geniş tahlil ve münakaşaları için bkz. Berezençî, Teâruz, I, 175-204.

"el-hucce", "cihetü'l-ilm" deyimleridir.¹

Burada "kaynak" kavramı ile kastedilen anlam hukûkî bir meselenin İslâm Hukukuna göre çözümlenebilmesi için neye müracaat edilmesi gerektiği, varılacak sonucun neye dayanılarak tesbit edileceğidir. Ancak dikkat edilmesi gerekir ki, burada müşahhas bir hukukî meselenin, sırf o meselenin özel şartlarına göre çözümlenmesi değil, o meselenin türündeki bütün meselelere uygulanabilecek bir sonucun tesbiti hedef tutulmaktadır. Başka bir deyişle, bir sübjektif hukuk faaliyeti değil, bir objektif hukuk faaliyeti sözkonusudur. Bu konuda çok güzel bir ayırıma Karâfî' de raslanmaktadır.²

Edille-i şer'iyeyi, onsekiz³, ondokuz⁴, yirmibir⁵ ve hatta otuzaltı⁶ sayısına yükselen yazarlar bulunmakla birlikte, bu, az önce işaret ettiğimiz delîl deyiminin çok geniş kapsamlı olmasından kaynaklanmaktadır. Gerçekten, kaynaklar teorisini ortaya koymaya çalışan usûlcülerin Lelîli kavramlarla yetindikleri görülmektedir. Bunlar içinde, Kitâb, Sünnet ve icmâ gibi

1. Şâfiî, Risâle, s: 43, 120, 1465, 1814; Sebûsî, Takvîm (yazı.), v. 5^a-5^b; Serahsî, Usûlî, I, 274; Gazzâlî, Mustasfâ, I, 216, 278; Cüveynî, Buhân, I, 135.

2. bkz. Karâfî, Furûk, I, 165-166, (16 ve 17. fark).

3. bkz. Karâfî, Furûk, I, 165.

4. bkz. Tûfî, Risâle, 39-43.

5. bkz. İzmîrî, İlm-i Hılâf, 190-191 (Hâdimî'nin taksimi)

6. bkz. İzmîrî, İlm-i Hılâf, 191 (kendi taksimi)

tereddüsüzce kaynak olarak nitelenebilecek kavramlar bulunduğu gibi, daha çok metod ve hukuk prensibi olarak nitelenebilecek kavramlar da yer almaktadır.

Biz bunlardan, mahiyeti itibariyle, üzerinde ihtilaf bulunmayan iki ana kaynak, Kitap ve Sünnet'te, bunların uygulanması metodlarına ikinci bölümde genel bir tarzda temas edeceğiz.

Diğer kavramlar içinde kaynak ve metod niteliğini taşıyan başlıca kavramların tahlilî bir şekilde incelenmesi, tezimizin birinci bölümünü ve aynı zamanda ağır basan yönünü teşkil edecektir. *Secd-i zerâyi'*, *umûmü'l-belevâ*, *istishab* gibi kavramlar esasen birer hukuk prensibini temsil ettiği için bunların ayrı ayrı incelenmesi, araştırmamızın sınırları dışında kalmaktadır.

Önceki çerhatler ("şerâ'u men kablenâ"), yapı itibariyle kaynak olarak nitelenebilirse de, bu konudaki hâkim görüşün, bu kavramın yine naslara irca edilmesi yönünde oluşu¹ sebebiyle, onu, müstakil olarak inceleme yönüne gitmemiş bulunuyoruz.

1. Krş. *Caasâ*, *Usûl* (yaz.), v. 158^a-158^b, 159^a-159^b; *Se-nabâf*, *Usûl*, II, 89-105; *Sazzâlî*, *Mustasfâ*, I, 245 v.d.

§:2- İ C M Â

I- İcmâ Kavramı

1- Genel Olarak

" İ c m â " , lügatta, azmetmek ve bir şey üzerinde birleşmek anlamlarına gelir.¹ Birinci anlamda tek kişi için kullanılabilirse de, ikinci anlamda bu mümkün değildir.²

İcmâyı başlı başına inceleyen usûl eserlerinin bize kadar ulaşmış ilk örneklerinde genellikle tam bir tarif verilmeden konuya girildiği görülmektedir.³ Görebildiğimiz usûl eserleri içinde icmâ' tarifinin ilk adamlarını, İbn Fûrek ve Cüveynî'nin usûl ile ilgili risâleleri ihtivâ etmektedir.⁴

" İ c m â " kavramının terim anlamına tesbit edebilmenin en sağlam yolu, güphesiz, icmâ'nın şartlarını ayrı ayrı incelemek olacaktır. Ancak biz, bu şartların tek tek incelenmesine geçmeden önce, genel bir fikir sağlamak üzere, icmâ' için mümkün olduğu kadar çoğunluğun görüşünü aks ettiren bir tarif vermeye çalışacağız: " İcmâ, ictihad ehliyetini haiz İslâm bilgilerinin, Hz. Peygamberin vefatından sonraki her hangi bir zamanda şer'î bir

1. Semarkandî, Mîzân(yzm.), v.159^b; Amidî, İhkâm, I, 179.

2. Buhârî, Keşf, III, 226.

3. bkz. Cessâse, Usûl(yzm.), v.215^a; Debûsî, Takvîm(yzm.), v.10^b; Cüveynî, Burhân, I, 678; Pozdevî, Usûl, III, 295.

4. bkz. İbn Fûrek, Müket, 9; Cüveynî, Varakaat, 154-166.

hüküm üzerinde fikir birliği etmeleridir".¹

2- İcmanın Şartları

a- İcma'ya Katılacaklarla İlgili Şartlar

aa- İcma'ya Katılacakların Niteliği

İcmanın kaynak olduğuna delil gösterilen nasslar, "el-Ümme" lafzına taşınmaktadır. Bu lafzın zâhir anlamına bütün müslümanların dahil olduğu² dikkate alınınca, ilk bakışta icma'ya katılma ehliyetinde tek şartın "müslüman olmak"tan ibaret olduğu düşünölebilecektir. Gerçekten, aynı düşünceden hareketle bazı usûlcüler, bağlayıcı kaynak gücünü kazanabilmesi için avâmın da icmâda dikkate alınması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Meselâ Âmidî bu görüştedir.³

Her ne kadar, bir ayırım yaparak, ihtisası gerektirmeyen bazı temel konularda avâmın da muvâfakat ve muhâlefetinin mutabek olacağı görüşü bir çok usûlcü tarafından belirtilmekte ise de, pratikte bu ayırımın herhangi bir sonucu bulunmadığı, kendilerince de kabul edilmektedir.⁴

1. Krş. Gazzâlî, Mustasfâ, I, 173; Buhârî, Keşf, III, 226-227; Hallâf, Usûl, 45.

2. Gazzâlî, Mustasfâ, I, 181; Buhârî, Keşf, III, 236-237.

3. Âmidî, İhkâm, I, 204; Buhârî, Keşf, III, 237; Şevkânî, İ. Fuhûl, 87.

4. Cessâs, Usûl (yzm.), v.221^a, 223^b, 224^a; Pezdevî, Usûl, III, 239; Gazzâlî, Mustasfâ, I, 181-182; Buhârî, Keşf, III, 239-240.

Usûlcülerin çoğunluğu, icmâya katılma ehliyetinin sadece müctehidlere ait olduğu görüşündedir,¹ icmâya katılabilecek kişilerden, genellikle "fukahâ"², "Culemâ'u'l-ümme"³, "ehlü'l-hall ve'l-^cakd"⁴ ve "ehlü'r-re'y ve'l-ictihad"⁵ diye söz edilmektedir. Bütün bunlardan maksat, "kaynaklarından hüküm çıkarma melekesine sâhip, âkil ve bâliğ müslüman kişi"lerdir.⁶

Buna göre, esâsen, müctehid olmayan ve hadîs, kelâm v.b. ilimlerde mütehasıs kişiler için şer'î bir konudaki icmâya etkisi yoktur.⁷ Ancak, "icmânın konusu ile ilgili şartlar" başlığı altında görüleceği üzere, bazı usûlcüler, şer'î olmayan konularda da icmânın söz konusu olabileceğini kabul ettiklerinden, bunlara göre sadece icmâ edilecek konunun mütehasıslara icmâya katılabilirler.⁸

İcmâya katılma ehliyetinin prensabte ictihad edebilme niteliği ile belirlendiğini söylemiştik. Ne var ki, usûlcüler kendi

1. Debûsî, Takvîm(yzm.), v.16^b; Cüveynî, Burhân, I, 684, Varakaat, 166; Âmidî, İhkâm, I, 204.

2. Cüveynî, Varakaat, 166; Pezdevî, Usûl, III, 239.

3. Semerkandî, Mizân(yzm.), v.159^a

4. Gazzâlî, Mustasfâ, I, 181; Âmidî, İhkâm, I, 179,181; Buhârî, Kesf, III, 228.

5. Pezdevî, Usûl, III, 239.

6. Abdurrâzâk, icmâ, 7.

7. Serahsî, Usûl, I, 312; Gazzâlî, Mustasfâ, I, 183.

8. Şevkânî, İ. Fuhûl, 71-72. Gazzâlî de bu durumlarda istisnayı kabul etmektedir, bkz. Mustasfâ, I, 183.

zamanlarının şartlarından atkılanmaları sebebiyle olmalı ki, Şâfiî, Mâlik b. Enes ve Ebû Hanîfe gibi müstakil doktrin sahipleri ile Sahabe ve Tabiûn'dan bunların emsâli bilginlerin ehliyeti konusunda pek tereddüt duymamakla birlikte, daha sonraki bilginler içinde usûl mütehasşiselerinin (el-usûliyyûn) mı yoksa, doğrudan doğruya fer'î çözümlerle meşgul olan bilginlerin mi ("el-furû'îyyûn", "el-müftûn") icmâda dikkate alınacakları konusunu tartışma ihtiyacını duymuşlardır. Her iki görüşün savunucuları bulunmakla beraber, tartışma genişleyince, söylenenler dönüp dolaşıp tekrar esas prensipte, yani "müctehid" olma niteliğinde birleşmektedir.¹

İslâm hukukçularının çoğunluğuna göre, icmâya katılacak bilgide itikâdî bakımdan ithama elverişli açık bir noksanlık taşımama, bid'atlerden kaçınma ve "adalet" niteliği ile tanınma şartı aranır. "Havâ ve fâsik ehli" diye anılan kişilere genellikle icmâya katılma ehliyeti tanınmaz; fakat Cüveynî, Gazzâlî, Âmidî gibi özellikle mütekellim usûlcülerden bazılarınca, "bid'atçi" ve "fâsik" müctehidin icmâya etkisi kabul edilmektedir.² Bilginin küfürünü gösteren delillerin varlığı halinde ise, bütün yazarların tutumu menfîdir.³

1. bkz. Cessâs, Usûl (yzm.), v.224^a; Cüveynî, Burhân, I, 685-687, Varakaat, 166; Gazzâlî, Mustasfâ, I, 182-183; Âmidî, İhkâm, I, 206-207.

2. bkz. Cessâs, Usûl (yzm.), v.223^a-223^b; Cüveynî, Burhân, I, 688-690; Pezdevî, Usûl, III, 237-238; Gazzâlî, Mustasfâ, I, 183-184; İbn Hümâm, Tahrîr, III, 95; Abdurrâzık, İcmâ, 61-62.

3. Cüveynî, Burhân, I, 689; Abdurrâzık, İcmâ, 57.

Bid'at ve fîsk konusundaki nitelendirmeler değişkenlik ve kapalılık göstermekle beraber, Haricî ve Râfizî gibi fırka adı ile incelenen kişiler hakkındaki görüşler, nisbeten daha açıktır.¹ Bu konudaki bir ayırımı göre, bu gibi fırka mensupları, fîsk ve bid'atlerini özellikle açıklıyorlar ve bunların propogandalarını yapıyorlarsa, icmâ ehliyetini kaybetmiş olacaklar, aksi takdirde icmâya dahil edileceklerdir.² Bazılarına göre tuhafliklarıyla tanınan bilginler, icmâ ehliyetine dahil değildirler.³ İcmânın kaynak olduğunu inkar edenlerin ve yine kıyası kabul etmeyenlerin icmâda dikkate alınmayacağını belirten ifadelere de raslanmaktadır.⁴

Usûlcülerin, bu konuda şifler hakkındaki tutumuna ileride temas edilecektir.⁵

Son olarak şu noktaya da işaret edelim ki, Zâhirî doktrininin de kabul edilen sonuca göre, icmâ ehliyeti, sadece vahyi müşâhede eden Sahabe nesline aittir; Sahabeden sonrakilerin ittifaki kaynak olamaz.⁶

1. Cassâs, Usûl (Yzm.), v.223^b.

2. Pazdevî, Usûl ve Buhârî, Kesf, III, 239; Serahsî, Usûl, I, 311-312.

3. Ebû Zehrâ, Metodoloji, 203.

4. bkz. Serahsî, Usûl, I, 302; Buhârî, Kesf, III, 261, 265; Ebû Zehrâ, Metodoloji, 203; Abdurrâzık, İcmâ, 57-61.

5. bkz. s. 41.

6. İbn Hazm, İhkâm, IV, 508-512; İbn Hümâm, Tahrîr, III, 97; Bernard - Baladi, "L'icmâ' critère de validité Juridique", 70-71.

bb. İcmâya katılacakların sayısı

İcmâ edenlerin tevâtür sayısına ulaşması halinde, icmânın gerçekleşmesine tereddütsüz bir gözle bakılmakta ise de, bu sayının altında bilginlerin ittifakı ile icmânın meydana gelip gelmeyeceği tartışılmıştır.¹

İcmâda birden fazla müctehidin gerekliliğini anılatmak için, Hz. Peygamber'in sağlığında icmânın bulunmayışını, tek müctehidin kendisinden ibâret olmasına bağlayan bir görüşe aşağıda ayrıca işaret edilecektir.

b. İcmânın Zamanı ile ilgili şartlar

aa. Hz. Peygamber'in vefâtından sonra olması

Hz. Peygamber'in sağlığında, icmânın bir kaynak olarak varlığının düşünülüp düşünülemediği tartışılmıştır. Bir görüş, Hz. Peygamber'in katılımıyla da icmânın teşekkül edebileceğini ve böyle bir konuda hem icmâ hem sünnetin kaynak teşkil edeceğini ileri sürmektedir.² Hâkim görüş ise, bu devirde icmâya ihtiyaç bulunmadığı ve Hz. Peygamber'in açıklama yaptığı bir konuda, bağlayıcı kaynağın Sünnetten ibâret bulunduğu yönündedir.³ Bu sebeple bir çok yazar, icmâ tarifinde "Hz. Peygamber'in

1. Cessâs, Usûl (yzm.), v.224^a (tevâtür sayısı); Debûsî, Takvîm (yzm.), v.8^a (Üç kişi); Cüveynî, Burhân, I, 690-691 (tevâtür sayısı). Diğer görüşler için bkz. Şevkânî, İ.Fuhûl, 89-90; Abdurrâzık, İcmâ, 72-73.

2. Abdurrâzık, İcmâ, 87-88.

3. Serahsî, Usûl, II, 66-67; İzmirli, İlm-i Hilâf, 31; Devâlibî, Usûl, 69; Zeydân, Vecîz, 150-152.

vefâtından sonra" kaydını koyma yoluna gitmiştir.¹

Aynı kayda kendi icmâ tarifinde de yer veren Hallâf'ın, Hz. Peygamber davrında icmâ bulunmayışını, o esnada tek müctehidin Hz. Peygamberden ibâret olması sebebine bağlaması², kanaatimizce isâbetli olmamıştır. Atay'ın da haklı olarak işâret ettiği gibi, o devirde bir çok müctehidin varlığı, bizzat Hz. Peygamberin takriri ile sâbit bir husustur ve O'nun sağılığında icmânın bulunmayışı, esasen vahyin gelmekte oluşundandır.³

bb. Asrın inkırâzı

Asrın inkırâzı ("inkirâzu'l-âsr"), icmâyâ konu teşkil eden olay zamanında yaşayan bütün müctehidlerin, o olayın hükmü üzerinde ittifaktan sonra ölmüş olmaları demektir.⁴

İşte bazı usûlcüler, icmânın kesinleşme zamanı konusunda, icmâyâ katılan bütün müctehidlerin ölmüş olmaları şartını ileri sürmüşlerdir. Bu şartın en önemli gerekçesi, müctehidin görüşünden vazgeçmesi ve böylece icmânın bozulması ihtimalidir.⁵ Bir de bunun yanı sıra, icmâ edenlerin asrından sonra yetişen müctehidlerin de icmâda dikkate alınması gereği ilâve edilmekte; fakat, insanlığın sonuna kadar hiçbir icmânın kesinlik kazanamayacağı gözönüne alınarak, sonradan yetişen müctehidlerin asrının

1. Şevkânî, İ. Fuhûl, 71-72; Abdurrâzık, İcmâ, 87.

2. Hallâf, Usûl, 45.

3. Atay, Felsefe, 192, d.n. 51.

4. Buhârî, Keşf, III, 243.

5. Cüveynî, Burhân, I, 692-693.

son bulması da şart koşulmamaktadır.¹

İslâm hukukçularının çoğunluğu, asrın inkırazı şartına karşıdır.² Ahmed b. Hanbel, İbn Fûrek ve İsferyînî gibi bazı hukukçuların bu şartı ileri sürdükleri belirtilmektedir.³ Pezdevî ve Serahşî, Şâfiî'nin de bu şartı ileri sürdüğünü "mutlak olarak" ifade ediyorsa da, Buhârî, Şâfiî'den gelen rivâyetler içinde en sıhhatlisinin çoğunluğun görüşü ile aynı olduğunu yazmaktadır.⁴ Bir de Sahabe neslinin sonlarına doğru, Tabiûn'un Sahabe icmâiy-
la istidlal edişini dikkate alarak " çoğunluğun ölümü yeterlidir" şeklinde bir görüşten söz edilmekte; fakat meânsiz bulunan bu görüş şiddetle reddedilmektedir.⁵ Usûl eserlerinde asrın inkırazı şartını, daha başka kayıtlarla ileri süren değişik görüşlere de yer verilmektedir.⁶

c- İcmânın Konusu ile İlgili Şartlar

aa. Şer'î bir hüküm üzerinde olması

Usûlcülerin çoğunluğu, icmânın konusu hakkında "şer'î bir

1. Buhârî, Kesf, III, 243; Abdurrâzâk, İcmâ, 85-86.

2. Cessâs, Usûl (yzm.), v.226^b; Pezdevî, Usûl, III, 243; Serahşî, Usûl, I, 315; Gazzâlî, Mustasfâ, I, 192-193.

3. Buhârî, Kesf, III, 243; İbn Abdîşşekûr, Müsellem ve Ensârî, Fevâtih, II, 224. Bu şartı ileri sürenlerin bazı tereddütleri ve bunlara cevaplar için bkz. Gazzâlî, Mustasfâ, I, 193-196.

4. Krş. Pezdevî, Usûl, III, 243; Serahşî, Usûl, I, 315; Buhârî, Kesf, III, 243.

5. Gazzâlî, Mustasfâ, I, 193.

6. bkz. Cüveynî, Burhan, I, 694-696; İbn Abdîşşekûr, Müsellem, ve Ensârî, Fevâtih, II, 224-225; Şevkânî, İ. Fuhûl, 84; Abdurrâzâk, İcmâ, 85.

"hüküm" olması kaydına yer vermektedir.¹ Bazı eserlerde bu kayda daha da açıklık kazandırılarak, dinî olmayan (meselâ kimyevî veya tıbbî) bir konuda icmâ düşünölemediği gibi, dinî olmakla birlikte, şer'î - ictihâdî olmayan (meselâ, Sahabeye ait bilgiler, âhiret, kıyâmet alâmetleri gibi) hususlar üzerinde icmâ edilemeyeceği söylenmektedir.²

Buna karşılık, şer'î konuların yanısıra aklî, ürfî ve diğer konular üzerinde icmâ edilebileceği görüşünde olan usûlcüler de vardır.³ Bu görüşün sahiplerine göre, her bir ilim dalında yapılacak icmâya, ancak o ilim dalının mütehasısları katılabileceklerdir.⁴

"el-Umûr ed-dünyeviyye" diye ifâde edilen bayındırlık ve ziraat işleri, askerî ve idârî bir takım konular üzerindeki ittifakların icmâ olup olamayacağı meselesi de tartışılmıştır. Her ne kadar çoğunluk, bu konuda olumlu bir tavır takınmışsa da, belirtilen konularda yapılan icmânın bağlayıcılık süresinin zamanın şartları ile sınırlı olduğu gerçeğine de işâret olunmuştur.⁵ Bir de, Hz. Ebû Bekir'in halife seçilişi, İren ve Suriye-

1. Cüveynî, Varakaat, 166; Pezdevî, Usûl, III, 251; Gazzâlî, Mustasfâ, I, 173; Buhârî, Keşf, III, 226; İbn Abdîşşekür, Müsellem, II, 211; Abdurrâzık, İcmâ, 8-9; Sadr, İcmâ, 23.

2. Abdurrâzık, İcmâ, 88. İctihadla ilgili açıklamalar yardımıyla aynı sonuç için bkz. Gazzâlî, Mustasfâ, II, 354; İbn Abdîşşekür, Müsellem, II, 362; Şevkânî, İ. Fuhûl, 250.

3. Karâfî, Tenkîh, 61; Şevkânî, İ. Fuhûl, 71; Abdurrâzık, İcmâ, 9.

4. Şevkânî, İ. Fuhûl, 88; Abdurrâzık, İcmâ, 50.

5. Buhârî, Keşf, III, 252; İbn Abdîşşekür, Müsellem, II, 246.

ye ordu sevki, divanların teşkili gibi konulardaki fikir birliğinin, esasen teşriif bir hüküm üzerinde ittifak olmayıp müşahhas olaylar hakkında varılan kararlardan veya teşriif hükümlerin maddî olaylara uygulanmasından ibâret olduğu için, bunlara icmâ denmesinin uygun olmayacağına bazı yazarlarca işâret edilmektedir.¹

bb. Konu üzerinde yerleşmiş bir ihtilaf bulunmaması

aaa. Daha önce yerleşmiş görüşlerin dışında bir görüş üzerinde icmâ

Bir konuda henüz yerleşmemiş bir ihtilaf varsa, o konuda yeni bir görüş ileri sürülmesine bir engel yoktur.² Fakat bir konudaki ihtilafın belli görüşler halinde yerleşmiş olmasından sonra durum farklıdır. Eğer ihtilaf, Sahabe arasında geçmişse, onların ortaya koydukları görüşlerin dışına çıkılamıyacağı, İslâm hukukçularının çoğunluğunda savunulmaktadır.³ Hanefî usûlcülerin ittifak ettiği bu prensibin (Sahabenin ihtilaf üzerine icmâ etmesinin) esasen sükûtî icmâdan temellendiği unutulmamalıdır.⁴ Nitekim, bu nevi icmânın Sahabenin tek görüş üzerindeki ittifakı ile aynı kaynak gücüne sahip sayılmadığı, ileride görülecektir.⁵

Her zaman İslâm bilginleri içinde doğruyu bulmuş bir görüşün bulunmasının zorürlüğü tecrübesine dayandırılan bu pren-

1. Ebû Zehrâ, Metodoloji, 205.

2. Buhârî, Keşf, III, 231, 232, 235-236; Şevkânî, i. Fuhûl, 87.

3. Cüveynî, Burhân, I, 706-707; Pezdevî, Usûl, III, 235; Serahsî, Usûl, I, 310; Buhârî, Keşf, III, 234.

4. Serahsî, Usûl, I, 318-319.

5. bkz. s. 84-85

si¹, Sahabeden sonrakilerin ihtilafı halinde, gücünü daha da kaybetmekte ve Menafi usûlcüler arasında dahi tartışma konusu edilmektedir.²

Tabii ki bu konudaki tartışmalar, daha sonra, önceki görüşlerin ortak noktası ("el-icmâ^c el-mürekkeb", "el-hadd el-müşte rak") meselesine kaymaktadır, ki tercih edilen görüş, önceki görüşlerin ortak noktasının ihlâl edilmemesi yönündedir.³

bbb. Daha önce yerleşmiş görüşlerden biri üzerinde icmâ

Bir konuda henüz yerleşmemiş bir ihtilafın bulunması halinde, aynı konuda yeni bir görüş ileri sürülmesine bir engel bulunmadığı gibi,⁴ böyle bir konuda mevcut görüşlerden biri üzerinde ittifak etmekle icmânın teşekkül edeceği de genellikle kabul edilmektedir. Zira bu durumda düşünme müddeti devam etmekte ve ihtilaf yerleşmemiş bulunmaktadır.⁵

Bir konuda ihtilafın yerleşmesi ve üzerinden bir müddet geçmesi halinde, bu görüşlerden biri üzerinde icmâ edilip edi-

1. Cessâs, Usûl (yzn.), v. 230^a; Buhârî, Keşf, III, 260; İbn Abdîşşekkûr, Müsellem ve Ensârî, Fevâid, II, 227.

2. Perdevî, Usûl, III, 234-235; Seraherî, Usûl, I, 310. Diğer usûlcülerin görüşleri için bkz. Şevkânî, İ. Fuhûl, 86-87.

3. bkz. Amidî, İhkâm, I, 242-244; Sadruşşerîa, Tavdîh ve Teftâzânî, İelvih, II, 329. Şâfiî'nin de, Sahabe görüşlerinde ortak noktayı aşmamaya özen gösterdiği görülmektedir. bkz. Risâle, S: 1801-1802.

4. bkz. s. 31.

5. Şevkânî, İ. Fuhûl, 86.

lemiyseceği ise, çetin tartışmalara konu olmuştur.¹ Ancak burada da tartışmaların, meselenin pratikteki önemi ile dengeli olmadığı, şu husuların dikkate alınmasıyla kolayca anlaşılacaktır: 1) Yerleşmiş bir ihtilâftan sonra, bir görüş karşısında sükût etmenin usûlî bir sonucu yoktur. Başka bir deyişle, böyle konularda sükûti icmâ söz konusu olamaz.² 2) İleride görüleceği üzere, böyle bir durumda tasrih (tek tek görüş açıklama) yoluyla icmâ gerçekleştirilebilse dahi, bu icmâ, -üstelik tavâtür yoluyla nakledilmiş olmak kaydı ile- zannî bir kaynaktır.³

d- İcmânın Senedi İle İlgili Şartlar

aa. Genel olarak

İcmâya esas olan delil, "sened", "mütâned", "sebab", "câmi" ve "as-sebep ed-dâ'î" gibi adlarla anılmaktadır.⁴

Müctehidin "ilâhî tevfiik" ile doğruyu bulabileceği ve başka delilin varlığı hâlinde zaten icmâya gerek kalmayacağı düşüncesinden hareket eden ve senedsiz icmâ olabileceğini savunan bir görüşten söz edilmekle birlikte, herhangi bir delile dayanmaksızın icmânın meydana gelebileceği noktasında usûlcüler ittifake

1. bkz. Cassâs, Usûl (yzm.), v.231^a-233^b; Cüveynî, Burhân, I, 710 vd.; Pezdevî, Usûl, III, 248-250; Gazzâlî, Mustasfâ, I, 205 vdd.; İbn Abdışşekûr, Müsellem ve Ensârî, Fevâtih, II, 226-228; Şevkânî, İ. Fühûl, 26; Abdürrezzâk, İcmâ, 105; Karaman, İctihad, 222-225.

2. Buhârî, Kesf, III, 231-232. Bu kural yukarıdaki durum için de düşünülmelidir.

3. Pezdevî, Usûl, III, 263; Sarahfî, Usûl, I, 318-319; Buhârî, Kesf, III, 264.

4. Pezdevî, Usûl, III, 263; Sarahfî, Usûl, I, 301; Amidî, İhkâm, I, 236; Buhârî, Kesf, III, 263 v.d.

yakın bir birlik içindedirler.¹

Şu kadar var ki, icmânın in'ikadı için, senedin şart koşulması, bunun bilfarz zarûrî oluşu şeklindedir; yoksa icmâ edilen her konuda kendisine dayanılan delilin bizzat gösterilmesi anlamında değildir. Hatta dayanılan bu delilin tartışmaya kapatılması ve aynı konuda tekrar delîl araştırma ihtiyacının bertaraf edilmesi, icmânın başlıca fonksiyonları arasında belirtilmektedir.²

Çoğunluğun, icmânın delil üzerinde olmayıp hüküm üzerinde olduğu görüşüne rağmen, bazı bilginler icmânın delil üzerinde in'ikad ettiği görüşündedirler.³ Bu durumda şâyet icmânın habere dayandığı biliniyorsa, son görüşe göre, icmâ haberin sihhatine kesinlik kazandırmış olacaktır. Çoğunluğa göre ise, haberin sihhatini tesbitin özel bir metodu vardır; bu icmâ, haberin sihhatine değil, ancak hükmün sihhatine güç kazandırır.⁴

bb. Nelerin sened olup olamayacağı

aaa. Kesin deliller

Esasen kesin delilin icmânın senedi olup olamayacağı konusunda uzun uzadıya tartışmalara rastlanmamaktadır. Hatta icmâda senedin mutlakla gerekli olduğunu savunanların, kesin delilin ic-

1. Âmidî, İhkâm, I, 236 v.d.; Sühârî, Kesf, III, 263; Şevkânî, İ. Fuhûl, 79.

2. Gazzâlî, Mustasfâ, I, 198; Sühârî, Kesf, III, 263; Şevkânî, İ. Fuhûl, 79-80; Arminjon, Droit Comparé, III, 413-414.

3. Sühârî, Kesf, III, 265; Şevkânî, İ. Fuhûl, 87.

4. Sühârî, Kesf, III, 265; Ebû Zehrâ, İbn Hanbel, 260.

mâya sened olabileceği noktasında ittifak halinde olduklarını belirtirten usûlcüler vardır.¹ Fakat bu konuda istisnâî bir görüşün varlığı da tesbit edilebilmektedir. Bu görüşe göre, delilin kesin olması halinde icmânın herhangi bir faydası olamaz. Bu görüşün sahipleri icmânın bir ihtiyaçtan doğduğunu inancındadırlar. Yani icmâyı, hakkında kesin delilin bulunmadığı durumlarda yapılan ve zannî delîl teşkil eden ictihada kesinlik kazandırmak üzere baş vurulan bir yol olarak görmekte dirler. Karşı görüş, icmânın bu fonksiyonunu kabul etmekle beraber, kesin delîl bulunan konudaki icmânın te'kid edici bir rolü bulunduğuna işaret etmektedirler.²

bbb. Zannî deliller

David ez-Zâhirî ve İbn Cerîr et-Taberî gibi bazı hukukçularca, icmânın senedinin ancak kesin delil olabileceği savunulmuştur. Mesale yakından incelendiğinde, ihtilafın, gerçekte kıyas üzerinde merkezleştiği görülmektedir. Bu sebeple, tartışmaların detaylarını aktarmakta fayda görmüyoruz.³

Usûlcülerin çoğunluğu safında, kıyas ve kıyastan başka yollarla yapılan ictehad üzerinde icmâ edilebileceğini savunan Gazzâlî⁴ şu ifâdesi ile, herhalde gerçekleşen icmânın, ihtilafın he-

1. Şevkânî, i. Fuhûl, 79.

2. bkz. Gazzâlî, Mustasfâ, I, 198; Buhârî, Keşf, III, 264-265; Şevkânî, i. Fuhûl, 80.

3. bkz. Cassâs, Usûl (yzm.), v. 220^a; Pevdevf, Usûl, 263; Sezahsî, Usûl, I, 302, II, 107; Gazzâlî, Mustasfâ, I, 196-198; Buhârî, Keşf, III, 263-265; Şevkânî, i. Fuhûl, 79-80.

4. Gazzâlî, Mustasfâ, I, 196-197.

men hemen mümkün olmadığı durumlarla sınırlı bulunduğuna işâret etmiş olmaktadır. Çoğunlukla, icmânın esenedi, mütevâtir nasslar ve bütün akıl sahiblerini aynı noktada zarûrî olarak birleştiren durumlarıdır.¹

e- İcmânın Şekli İle İlgili Şartlar

aa. İttifak

aaa. İttifakın şart olup olmadığı

İcmânın gerçekleşebilmesi için, usûlcülerin çoğunluğuna göre, icmâya katılma ehliyetini haiz bütün müctehidlerin ittifakı şarttır. Azınlığın, hatta bir müctehidin muhalefeti icmânın inikadına engel teşkil eder.²

Şevkânî, Gazzâlî'nin, azınlığın muhalefetine rağmen çoğunluğun görüş birliği ile icmânın gerçekleşeceği görüşünde olduğunu söylüyorsa da,³ biz "Mustasfâ"da Gazzâlî'nin bu görüşü şiddetle reddettiğini, bir veya iki kişinin muhalefeti ile bile icmânın gerçekleşemeyeceğini açıkça ifade ettiğini görmüş bulunuyoruz.⁴

Bununla beraber, ittikâku'l-cemî" (bütün müctehidlerin birleşmesi) şartı aramayıp, azınlığın görüşünü veya bir, iki, üç gibi

1. Gazzâlî, Mustasfâ, I, 174.

2. Cessâs, Usûl (yzm.), v.224^b; Cüveynî, Burhân, I, 721-722; Pezdevî, Usûl, III, 245; Sarahsî, Usûl, I, 316; Suhârî, Kesf., III, 246. Cessâs ve Sarahsî bunu Kerhî'nin görüşü olarak nakletmektedirler. Kendi görüşlerine ayrıca yer verilecektir.

3. Şevkânî, İ. Fuhûl, 89.

4. Gazzâlî, Mustasfâ, I, 186-187, 202.

tevâstür sayısının altında kişilerden gelen muhâlefeti dikkate almaksızın çoğunluğun fikir birliği ile icmânın gerçekleşeceğini savunanlar¹ ya da böyle fikir birliğini icmâ saymanakla beraber hüccet kabul edenler de² vardır.

Ayrıca bazı usûl eserlerinde, icmâ edilecek konuda ictihadın tecvîz edilip edilmemiş oluşuna göre bir ayırma da yer verilmektedir. Cessâsın savunduğu bu ayırım hakkında Serahsî, her ne kadar, "bana göre doğru olanı Ebu Bekr er-Râzî'nin işâret ettiği görüştür" demektedir ise de, eserinin değişik yerlerinde karşılaştığımız ifadeleri, bizi Serahsî'nin bu konudaki görüşünün tamâmına Cessâsınki ile uyumadığı ve kendi içinde de uyumsuzluklar taşıdığı kanaatine götürmüştür. Şöyleki: Cessâs, re'y ve ictihada imkan vermeyen konularda bir kaç kişiden gelecek "şâzz" görüşün önemi olmadığını³, re'y ve ictihada imkan veren konularda ise, bir kaç kişinin muhâlefetinin icmânın gerçekleşmesine engel olacağını⁴ söylemektedir. Serahsî ise, önce Cessâs'ı takiben ictihadın tecvîz edildiği konularda bir kişinin muhâlefetinin önem taşımayacağını belirttiği halde⁵; sonra ve bir başka yerde bu prensibi genişletmekte, bir asırda mutlaka bir-iki kişinin farklı

1. bkz. Cessâs, Usûl(yzm.), v. 228^a; Cüveynî, Burhân, I, 7219 Gazzâlî, Mustasfâ, I, 186; Buhârî, Keşf, III, 245; Şevkânî, İ. Fu-hûl, 89.

2. Şevkânî, İ. Fu-hûl, 89; Sadr, icmâ, 22,

3. Cessâs, Usûl(yzm.), v. 224^a, 225^a, 226^a, 228^a.

4. Cessâs, Usûl(yzm.), v. 224^a, 225^a, 225^b.

5. Serahsî, Usûl, I, 316-317.

düşünebileceği, dolayısıyla ebediyyen icmânın meydana gelebileceği endişesine yer vererek, "çoğunluğun" birleşmesiyle "doğru"nun ortaya çıkmış olacağını savunmaktadır.¹ Başka bir yerde bir kişinin dahi muhâlif kalmasıyla icmanın gerçekleşmeyeceğini ifade eden Serahsî,² daha önceki tercihini dikkatten kaçırmış olmalıdır. Şuna da işaret edelim ki, Pazdevî, icmânın bağlayıcılık gücünün "nassın Ümmeti tekrîm etmiş olması"ndan kaynaklandığını, yoksa "doğru"nun icmâ edilen görüşte olduğuna akli istidlâl yoluyla varılmış bulunmadığını ısrarla savunduğu ve bu prensibi bu konuya da yansıttığı halde³; Serahsî'nin birçok yerde aynı prensibi savunmakla birlikte⁴, bu konuyu (çoğunluğun icması) ele alırken akli istidlâl başvurur bir tutum içine girdiği⁵ görülmektedir.

Ekseriyetin görüşü konusundaki tartışmaların hareket noktasını, daha çok, topluluktan ayrılmamayı ögütleyen hadislerin yorumu teşkil etmektedir.⁶

bbb. İttifak çevresinin daraltılıp daraltılamayacağı

1) Muayyen kişilerle sınırlandırma

a) Hulefâ-i Râşidin'in ve Şeyhsyn'ın (Ebû Bekr ve Ömer) icmâsi: Bazı bilginler Hz. Peygamber'in bir hadisine dayanarak Hu-

1. Serahsî, Usûl, I, 296, 317.

2. Serahsî, Usûl, II, 108.

3. Pazdevî, Usûl, III, 245 ve açıklaması: Buhârî, Kesf, III, 246. Aynı prensibin ısrarlı bir savunması için bkz. Debûsî, Jakvîm (yzm.), v. 8^a.

4. Serahsî, Usûl, I, 295, 302, II, 107.

5. Serahsî, Usûl, I, 317.

6. Bkz. Cezâî, Usûl (yzm.), v. 228^a; Pazdevî, Usûl, III, 245, 246; Gazzâlî, Muhtasfâ, I, 186, 187; Buhârî, Kesf, III, 245, 247.

İfâ-i Râşidîn'in ve Şeyhain'in ittifak ettiği konularda icmâ var sayılacağını ileri sürmüşlerse de, sadece bu ittifakın icmâ olarak nitelenmesi usûlcüler tarafından benimsenmemiştir.¹

b) Ehl-i beytin icması: Ehl-i beyt'in bir konu üzerindeki ittifakına icmâ gücü tanınması, Şîfî doktrinde esas olmakla birlikte², Sünnî usûlcüler eserlerinde bu konuya özellikle temas ederek ehl-i beyt'i öven hadiselerin bu aqlama çekilmesini kesin olarak reddetmektedirler.³

c) Sahabenin icması: Zâhirî doktrininin önlü siması İbn Hazm, icmâ konusunda uzun bir tartışmadan sonra, gerçek icmânın Sahabe icmâsından ibaret olduğu sonucuna varmaktadır.⁴

Tabiûn müctehidlerinin Sahabe icmasında dikkate alınmayacağı görüşünün Ahmed b. Hanbel'den rivâyet edilmiş olmasına⁵ dayanarak, onun Sahabe icmâsından başka icmâ tanımadığı sonucu çıkarılmalıdır. Gerçekte O, Üstadı Şâfiî gibi, aradığı sıkı şartların Sahabe'den sonraki devirlerde gerçekleşmediğini görmesi üzerine, icmâ iddialarına karşı çıkmıştır.⁶ Şu halde, Hanbelî doktrininin

1. Cassâs, Usûl (yzm.), v.225^b, 226^a; Serahsî, Usûl, I, 317; Gazzâlî, Müstasfâ, I, 263-265; Amidî, İhkâm, I, 225-226; İbn Abdışşekûr, Müsellem ve Enârî, Fevâtih, II, 231; Şevkânî, i. Fuhûl, 83.

2. Milliot, introduction, 28. Bu konuda geniş bilgi bkz. Sadr, İcmâ, 63-64.

3. Pezdevî, Usûl, III, 241; Serahsî, Usûl, I, 314-315; Buhârî, Kesf, III, 241-242.

4. İbn Hazm, İhkâm, IV, 508-512. Bu konuda bir tahlil için bkz. Bernard-Baladi, "U'lîmâ^c critères de validité juridique", 70-71.

5. İbn Abdışşekûr, Müsellem, II, 221-222.

6. İbn Keyyân, İlâm, I, 30; Ebû Zehra, İbn Hanbel, 264-266.

bu konudaki görüşünün -mutlak olarak- Sahabe icmâsından başka icmâ kabul etmediği tarzında aksettirilmesi¹ yerinde olmasa gerektir.

2) Muayyen yer ile sınırlandırma

Esasen İslâm bilgileri tarafından -Medine icmâsı hakkında söylenenler bir tarafa bırakılırsa-, sadece bir veya bir-kaç şehre mahsus icmâ olabileceği yolunda ciddi bir iddia ileri sürülmemiştir.² "Haremeyn"(Mekke ve Medine), "Misrayn"(Basra ve Kufe) ehlinin ittifakının kaynak teşkil edeceği şeklinde iddiaların varlığından söz edilmekte ise de bu iddialar oldukça siliktir ve hemen her usûlcü tarafından reddedilmiştir. Aslında bu iddiaların, Sahabenin bu şehirlerde bulunmuş olması sebebiyle- sadece Sahabe esri için ileri sürülmüş olduğuna işaret edilmektedir.³ Ebû Hanife ve bir talebesine izâfe edilen Kufe ehlinin icmâsının bağlayıcı bir kaynak sayılacağı görüşünün, tamamen asılsız olduğu belirtilmektedir.⁴

Medinelilerin ittifakının icmâ teşkil edip etmeyeceği meselesi ise, usûl eserlerinde çok çok ele alınmakta ve Malik b. Enes'in doktrinine, bunun kaynak olduğu görüşü genellikle izâfe olunmaktadır.⁵ Biz, Mâlik b. Enes'in icmâ anlayışına⁶ ve "amel'ü

1. Milliot, Introduction, 128.

2. İbn Taymiyye, Usûlü Medine, 20.

3. Gazzâlî, Mustasfâ, I, 167; Şevkânî, İ. Fuhûl, 82-83.

4. Meselâ bkz. Serahsî, Usûl, I, 314; Gazzâlî, Mustasfâ, I, 187

5. bkz.s.

6. bkz. s. 62-64.

ehli'l-Medine" kavramına¹ ayrıca temas edeceğimizden; burada sadece Mâlikî doktrinin ekseri mensupları dahil, İslâm bilginlerince böyle dar çevreli bir ittifak icmâ olarak kabul edilmediğine işaretle yetineceğiz.²

3) Muayyen mezheb ile sınırlandırma

Teorik olarak icmâ, mezheb ayırımı gözetmeksiz bütün İslâm müctehidlerinin fikir birliğidir. Nitekim icmâda bütün mezheplerin göz önünde tutulmasının gerektiği, usûlcüler tarafından yer yer açıkça ifâde edilmektedir.³ Çağımız usûl yazarlarından Hallâf da, Şîf müctehidler dikkate alınmaksızın, Sünnî müctehidlerin ittifakıyla icmânın gerçekleşmeyeceğini söylemektedir.⁴

Buna karşılık, bazı yazarlar, bu teorik esasın işletilmediğini, kesinlikle ileri sürmektedirler: " Fakihler, müctehidlerin icmâsı dedikleri zaman mezhebin müctehidlerinin icmâ"sını kasdetmektedirler. Meselâ Hanefîler "icmâ bu şekildedir dedikleri zaman, diğer mezhepleri hiç düşünmeksizin kendi mezheplerinin icmâsını kasdederler; diğer icmâlarda da bütün mezhepler için durum aynıdır. Bu, delilsiz ihtiyâç göstermeyen bir vâki'dir. Böylece hepsi, icmâyı, Hz. Peygamber'in arzu ettiği çerçeveden çıkarmıştır."⁵

1. bkz. s.

2. Cessâs, Usûl (yzm.), v. 228^c, 229^a; Pezdovî, Usûl, III, 241-242; Gazzâlî, Mustasfâ, I, 187; Kadî iyâd, Medârik, I, 68-69.

3. Gazzâlî, Mustasfâ, I, 182; Buhârî, Kesf, III, 231. Hâricî ve Râfîzî gibi farka mensuplarının icma ehliyetini haiz olup olmadıkları konusuna temas edilmişti. bkz. s. 26.

4. Hallâf, Usûl, 46

5. Sadr, icmâ, 84-85.

Eserinde Şîf doktrininin savunmasına ağırlık verdiği açıklık la görülmekle beraber, yazar Sadr'ın bu tenkidin gerçek dışı olarak nitelendirmek ilim dürüstlüğü ile bağdaşmayacaktır. Zira, bu açıdan yazarın görüşüne önemli ölçüde katılmamızı gerektiren deliller vardır. Meselâ, teorik olarak, sukûti icmâyı kabul etmeyenlere göre bu nevi icmâ kaynak olmadığından, sukûti icmânın belli bir sınırdaki kalacağı düşünülebilir. Pratikte ise, belli mezheb ile sınırlı icmâ iddialarının yanısıra, aynı konuda birden fazla ve birbirine tamamen zıt icmâ iddiaları ile de karşılaşmaktadır.¹

Şîf yazar Sadr, Sünnî doktrinler arasındaki ayrılıklara yönelttiği bu tenkidlerden başka, Sünnî doktrinlerin icmâ konusunda Şîa'ya karşı tutumlarına da şiddetle karşı çıkmakta ve Şîa'nın icmâ konusundaki ayrılığının sadece "şekil yönünden" olduğunu savunmaktadır.² Ancak, yazarın, Şîf doktrininin icmâ anlayışı ile ilgili açıklamalarında, ehl-i sünnet'in icmâdaki otorite kaynağını "Ümmetin ismeti"nde gördüğü, Şîa'nın ise, "ismet"i "ma'sum imam" a izâfe ettiği ve icmâyı kaynak gücü veren âmîli icmâyı ma'sum imamın dahil oluşunda gördüğü net bir şekilde yer almaktadır.³ Aynı yazar, masum imamın icmâyı dahil olup olmadığını bilme yolları hakkında Şîf doktrininin içindeki görüşlere işaret ettikten⁴ sonra, imamın "ğaybet"inden sonraki devirlerde bu noktanın bilinmesi hususundaki tikanıklıkları itiraf etmekte ve sonunda, imam Sadık'ın icmâ lehindeki bir sözüne atıfta bulunarak: "Madem ki İmam Sadık, üzerinde icmâ edilen görüşten şüphayı nefyediyor; o halde icmânın

1. bkz. Edib Salih, Tefsiru'n-nusaûs, II, 123; Ebû Zehrâ, Ebâ Hanife, 332.

2. Sadr, icmâ, 27-29

3. Sadr, icmâ, 27, 97

4. Sadr, icmâ, 46, 50.

hüccet oluşunda şüphe kalır mı?"¹ diyerek bir çıkış yolu bulmaya çalışmaktadır.

Eğer burada yazarın iki çevreyi yaklaştırma çabaları ideal açıdan takdirle karşılanma noktasında bırakılmayıp, mevcut verilere göre ilim dürüstlüğü'nün gerektirdiği değerlendirilmenin yapılması icab etmekte ise; verilen bilgiler karşısında biz, mesele'nin itikâdî yönü tamamén bir tarafa bırakılmak kaydı ile, iki çevre arasında icmâ konusundaki ayrılığın sadece "şekilde" değil, bilâkis "temelde" olduğunu söyleyebiliriz.² Bu konunun bizi ilgilendiren tarafı ise, Sünnî doktrinlerin pratikte icmâ çevresini daraltmış olmaları konusunun birbirlerine karşı tutumları ve Şia'ya karşı tutumları bakımından ayrı ayrı ele alınması gereğidir.

bb. Tasrîh

Genellikle "rükû'ül-icmâ"^c diye nitelendirilen icmâyâ katılma irâdesi, iki şekilde tesbîh edilebilmektedir: "el-^cAzîme" ve "er-ruhsa". Bunlardan ilki, ittifağın tasrîh (tek tek açıklama) yoluyla sağlanabileceği icmâyı ifâde eder.³ Bu nevi icmâda görüş beyanı hem sözle hem de fiil ile olabilir.⁴ Fekat fiil yönünden bir birliğin bulunması halinde, bunun bağlayıcılık ("el-vücûb") ifâde ettiğini gösteren bir kerâhe bulunmadıkça, tavsiye ("husn", "müstehabb") anlamına geleceği görüşü de mevcuttur.⁵ İcmânın in'ikadına asıl şekil olan azîmet yoluyla icmâ, bağlayıcı bir kaynaktır. Ancak bu, sükû-

1. Sadr, İcmâ, 51, 53.

2. Yine bkz. Goldziher, Le Doome, 179; Milliot, Introduction, 1

3. Perdevî, Usûl, III, 226-227; Serahsî, Usûl, I, 303.

4. Perdevî, Usûl, III, 226; Serahsî, Usûl, I, 303; Milliot, Introduction, 128.

5. Buhârî, Kasf, III, 228.

ti icmâya göre bir değerlendirmedir.¹ İcmanın bağlayıcılık gücü ile ilgili açıklamalar² gözönünde alındığında, bu yolla yapılan icmanın "küfr"ü gerektirdiğinin mutlak tarzda söylenmesinin³ isâbetli olmayacağı anlaşılacaktır.

Ruhsat yoluyla yapılan icmâ ise "bir asırda icmaya katılma ehliyeti-i haiz bir müctehidin, daha önce hakkında yerleşmiş ihtilâf bulunmayan bir meselâde, bir hükme varıp "kavi" veya bir davranış "fiil" gösterip de, bu durumun asrın müctehidleri arasında yayılması ve düşünme müddetinin sona ermesi üzerine, herhangi bir muhâlefetin bulunmadığının anlaşılması ile teşekkül etmiş sayılan" icmâdır.⁴ Başta Hanefî usûlcüler tarafından geliştirilen sükûti icmâ teorisi, yine aynı usûlcülerin ifâdesiyle bir zarûretin mahsûlüdür; icmânın esas şekli değil, "ruhsat"tır. Bu zarûret şöyle izah edilmektedir: Sükûti icmânın şartlarının gerçekleşmesinden sonra, müctehidlerin hatalı bir sonuç karşısında susmuş olabileceklerini düşünmek, onlara fîsk ve taksîr izâfe etmek olacaktır.⁵ Cessâs'ın ve onu takiben Pezdevî ile Serahsî'nin izah tarzı ise, icmâ müessesesine işlerlik kazandırabilme noktasından hareket etmektedir. Bu görüş sahiplerinin ifâdesiyle, "icmânın gerçekleşebilmesi için icmâ ehlinin her birinden sözlü açıklama ve muvâfakat şartı koşulsa, bu, icmânın hiç bir zaman gerçekleşmemesine yol açar

1. Buhârî, Keşf, III, 228.

2. bkz. s. 55-57.

3. Meselâ bkz. Milliot, Introduction, 129.

4. Buhârî, Keşf, III, 228.

5. Buhârî, Keşf, III, 228-229.

6. Cessâs, Usûl (yzm.), 221^a, 222^b; Pezdevî, Usûl, III, 230; Serahsî, Usûl, I, 305.

Tarıftan da anlaşılacağı üzere, sükûti icmâda, ortaya atılan görüşün veya gösterilen davranışın, zamanın müctehidlerine ulaşmış olması, düşünme müddetinin ("müddetü't-te'ammül ve'n-nazar") sona ermesi ve özellikle bu görüş veya davranışa muhâlefet imkânını kaldıran korku ve benzeri âmillerin bulunmaması şarttır.¹ Yine, gerek tarıftan anlaşıldığı gerekse, daha önce belirtildiği gibi, yerleşmiş bir ihtilâftan sonra ortaya atılan görüşe sükût etmek, bu konuda muvâfakata delâlet sayılmamakta ve böyle konularda sükûti icmânın teşekkül edemeyeceği belirtilmektedir.² Kolayca farke-dileceği üzere, azîmet yoluyla icmânın gerçekleşme şansındaki za-fiyetin telâffisi ile izah edilmeye çalışılan sükûti icmânın ger-çekleşme şansı, bu kural ile asgarîye inmektedir. Ancak Hanefî doktrininde, sükûti icmânın fiilî şekli ile itirazın sürdürülege-len ürf-i şâim içişalık arzelmekte³ ve bu formül ile (من غير تكبير) "ibâhe" hükümlerine varılabilmektedir.⁴

Sükûti icmânın diğer doktrinlere mensub usûlcülerden taraf- : tarları bulunduğu gibi, Hanefî usûlcülerden de muhâlifleri var-dır. Şâfi'î'yi takiben, mütakellim usûlcülerin çoğunluğu sükûti icmaya karşıdır.⁵ Bu konuda Mâlikîlerin şâfiîlerle, Hanbelîle-rin ise Hanefîlerle hemfikir oldukları belirtilmektedir.⁶ Âmidî,

1. Debûsî, Takvîn(yzm.), v. 10^b; Buhârî, Keşf, III, 238.
2. bkz. s. 33 ; Buhârî, Keşf, III, 231-232.
3. Ebû Zehrâ, Matodoloji, 264; Seyyid Nesîb, F.H.Ecâsâta, 35.
4. Buhârî, Keşf, III, 228.
5. bkz. Cüveynî, Burhân, I, 609-706; Buhârî, Keşf, III, 229; Devâlibî, Usûl, 338-340.
6. Zeydan, Vecîz, 154, 155.

Ahmed b. Hanbel'in bu yolla yapılan ittifakı icmâ ve hüccet saydığını yazmakta ise de,¹ İbn Kayyım, gerçekte, onun bu konuda .Ustadı Şâfiî'yi takib ettiğini ısrarla belirtmektedir.² Sükûti icmânın şekli ve kaynak değeri hakkında ayırım yapan görüşler de vardır.³

Şon olarak bu konuda tesbit ettiğimiz bir ilmî hataya işaret etmek istiyoruz: İbn Emîr, sükût edenlerin azınlıkta olması halinde icmânın teşekkül edemeyeceği, çoğunlukta olması halinde icmânın gerçekleşmiş olacağı görüşünü Cessâs'a da nisbet etmektedir.⁴ Cessâs'ın eserine bakıldığında ise,, onun böyle ayırım yapanların bulunduğu temas ettiği, sonra her iki şıkki ayrı ayrı ele alıp, sonuç olarak her iki halde icmânın teşekkül edeceğini savunduğu görülmektedir.⁵ Cessâs'dan böyle yanlış nakil yapılmasın , C'nun meselayı böyle ayrı ayrı ele almış olduğunun farkedilemsmesi yol açmış olabilir.

f- İcmanın Nakli ile İlgili Şartlar

İcmaya katılan bütün müctehidlerin görüşlerine tek tek mutalâ olmak, icmânın gerçekleştiği sonucuna varabilmenin, şüphesiz , en emin yoludur. "el-icmâ^c el-muhassal" tabir edilen bu nevi icmânın kaynak sayılmasında -nakil aşısından- tereddüt bulunmayacağı

1. Amidî, İhkâm, I, 228

2. İbn Kayyım, İ'lâm, I, 30

3. bkz. Cessâs, Usûl (yzm.), v. 226^a; Serahsî, Usûl, I, 303, 305; Buhârî, Keaf, III, 229; İzmirli, İlm-i Hılâf, 37-38.

4. İbn Emîr, Takrîr, III, 102

5. Cessâs, Usûl (yzm.), v. 226^a-226^b.

tabîdir.¹

Son derece teorik olan bu durum bir tarafa bırakılacak olursa, icmânın kaynak gücünü tayin için, bunun nasıl haber alınmış olduğu yani "icmânın nakli" meselesi ile karşı karşıya gelecektir. İcmânın naklini ihtiva eden habere bazı usûlcülerce "es-sebeb en-nâkıl" denmektedir.² Kaynak sayılması için, icmânın tevâtür yoluyla naklinin şart olup olmadığı tartışılmıştır. Tevâtür yoluyla nakledilen icmâ, kesin kaynakla olmakla birlikte³ âhâd yolla nakledilen ittifak usûlcülerin hepsi tarafından icmâ sayılmamaktadır.

Hanefî usûlcülerin çoğu, icmânın naklini Hz. Peygamber'in sünnetinin nakli konusundaki tasnife tabi tutmaktadır. Buna göre âhâd yolla nakledilen icmâ, kesin bilgi ifade etmemekle beraber, amelî konularda kaynak sayılacak ve kıyas'dan üstün tutulacaktır.⁴ Gazzâlî, sünnete kıyas atma metodunu yerinde bulmamaktadır.⁵

Âhâd yoluyla nakledilen icmânın kaynak olup olamayacağı hususunda gerek Şâfiî gerekse Hanefî usûlcülerin bizzat kendi işlerinde birlik yoksa da, her iki görüşün taraftarları, karşı görüşü azınlıkta göstermektedirler.⁶

1. Sadr, İcmâ, 97.

2. Pezdevî, Usûl, III, 263-264 ve şerhi.

3. Burada ihtilâfın olmayışı nakil açısından dendir. Bir icmâ tevâtür yoluyla nakledildiği halde, kaynak gücü bakımından zannî delîl teşkil edebilir: Buhârî, Keşf, III, 202.

4. Pezdevî, Usûl, III, 264-265; Serahsî, Usûl, I, 302-303.

5. Gazzâlî, Mustasfâ, I, 215-216.

6. Bkz. Serahsî, Usûl, I, 302; Gazzâlî, Mustasfâ, I, 215; Buhârî, Keşf, III, 265; Şevkânî, İ.Fuhûl, 79; Abdurrâzâk, İcmâ, 73.

Şevkânî " Râzî, Mahsûl'de çoğunluğa muhalif olarak, âhâd yoluyla rivâyet edilen icmânın hüccet olacağını söylemiştir; günkü..."¹ derken, Ebû Zehrâ aynı konuda: "...Bu itibarla Fahrüddin Râzî ve bir çokları şöyle derler: Ahâd haberle nakledilen bir icmâ hüccet sayılmaz; çünkü..."² şeklindeki sözleriyle aksi yönde bir nakilde bulunmaktadır.

Burada şunu da belirtelim ki, usûlcülerin çoğunluğu, "ilim ehli arasında bu konuda herhangi bir ihtilaf bilmiyorum" tarzındaki nakli icmâ saymamaktadır.³

II- İcmânın Delilleri

İslâm hukukçularının baskın çoğunluğuna göre kaynaklar hierarchy içinde Kitap ve Sünnet'den sonraki sıraya yerleştirilen icmânın kaynak oluşu Kitap, Sünnet ve Akıl delilleri ile isbatlamaya çalışmaktadır.

İcmânın Kitap'taki delili olarak başta Nisa(4),115 âyeti olmak üzere, Bakara(2),143, Âlu İmrân(3),103,110, Â'râf(7),181, Tövbe(9),119,122, Nisâ(4),59 ve Şûra(42),10 âyetleri gösterilmektedir.⁴ Gazzâlî, "bunların hepsi zâhirdir,maksadı(icmâyı) açıkca ifade etmez; hatta zâhirin delâleti kadar bile buna delâlet etmez"

1. Şevkânî, i. Fuhûl, 79.
2. Ebû Zehrâ; Metodoloji, 207 ş
3. Şevkânî, i. Fuhûl, 90.
4. Cassâs, Usûl(yzm.), v. 215^a-217^a,218^a-218^b; Debûsî, Takvîm(yzm.), v. 8^a-10^a; Pezdevî, Usûl, III, 253-258; Serahsî, Usûl, I, 296-299; Gazzâlî, Mustasfâ, I, 174; Buhârî, Kesf, III,253-258.

demekte, sonra, Kur'an âyetleri içinde olsa olsa en kuvvetli delîlin Nisa(4),115 âyeti olabileceğini, ancak kendisinin bunun da icmâ anlamı için sevk edildiği kanaatinde olmadığını ifade etmektedir.¹ İcmânın Kitab'daki en kuvvetli delîli nazarıyla bakılan bu âyetin nüzûl sebebi araştırıldığında, hırsızlık suçu işleyen bir müslümanın, irtidad ederek müşriklere iltihakı olayı ile karışılmaktadır.² Nüzûl sebebini göz önünde bulundurduğu halde, bu âyetin icmâyâ delâleti üzerinde ısrar eden yazarlar varsa da³ gerek bu âyette gerekse diğer âyetlerde icmâyâ kesin delâletin bulunmadığı çoğunluk tarafından kabul edilmektedir.⁴

İcmânın kaynak olduğunu savunan usûlcüler, bu konuda en kuvvetli delîlin Sünnet'te yer aldığını söyleyerek, bir çok hadîs zikretmektedir. Bu hadîslerin birleştiği iki nokta "İslâm Ümmetinin hata veya dalâlet üzerine birleşemeyeceği" ve "cemaatten ayırılmamanın gerektiği" esesleridir. Bu hadîsler, tek tek mütevâtir olmamakla birlikte, aynı anlamı taşıyan bu kadar çok sayıdaki hadîs'in, gerek Sahabenin büyükleri tarafından rivâyet edilmiş, gerekse sahâhatleri yönünden itiraza uğramamış olduğu göz önüne alınarak, mütevâtir sünnet gücünde ve bir kaynağın isbatı için yeterli sayılacağı kabul edilmiştir.⁵ Fakat Debûsî şöyle

1. Gazzâlî, Mustasfâ, I,174-175.

2. Sadr, İcmâ, 40-41; Şevkânî, i. Fuhûl, 75.

3. Gerekleleri ile birlikte bkz. Buhârî, Kesf, III, 254-255. Bununla beraber, aynı yazar ileride buradaki delâletin zayıflığını dolaylı olarak kabul edecektir. bkz. III,258.

4. Şevkânî, i. Fuhûl, 74-78; Abdurrâzık, İcmâ, 27-31; Sadr, İcmâ, 39.

5. bkz. Cessâs, Usûl (yzm.), v. 217^a-217^b, 218^b-219^a; Gazzâlî, Mustasfâ, I, 174,175-176; Buhârî, Kesf, III, 258.

demektedir: Bu konuda " Ümmetim dalâlet üzerinde birleşmez" hadîsi bulunmakla birlikte, bu, icmâya delil getirilemez; çünkü âhâd haberlerdendir, kesin bilgi ifade etmez. İcmâ ise, kesin bilgi ifade eder. O halde âhâd haberle isbat edilemez, ancak naesla isbat edilebilir.¹

Bir de, çağımızda kaleme alınmış bazı usûl eserlerinde, Kur'an ve Sünnette hükmü bulunmayan bir olay karşısında ne yapılması gerektiği yönündeki bir soruyu Hz. Peygamber tarafından " bu durumda mü'min bilginleri toplayın, onu aranızda istişâre edin ve böyle bir meselede tek görüşle hükmetmeyin" cevabının verilmesi, icmânın delili olarak gösterilmektedir;² fakat biz klasik usûl eserlerinde böyle bir hadîs'e icmânın delili olarak yer verilmesine raslayamamış bulunuyoruz.

İcmânın kaynak olduğunu isbat için ileri sürülen aklî istidlaller ise, ilâhî kanunun insanlığın sonuna kadar varlığını sürdürmesi ve İslâm müntesipleri çinde her devirde doğru görüş üzerinde olanların bulunacağı hususunun kesin delille bilindiği³, şu halde hiç bir zaman doğrunun, -ister ittifak ister ihtilaf halinde olunsun- İslâm bilginlerinin vardıkları sonuçların dışında kalamayacağı noktasında merkezleşmektedir.⁴

İcmânın kaynak oluşunun icmâ ile isbatlanamayacağı Gazzâlî tarafından açıkca ifade edilmektedir.⁵ Fakat icmânın delilleri

1. Debûsî, Takvîn (yzm.), v.10^a.

2. Cevâlibi, Usûl, 333; Ali Hasebu'llah, Usûlu't-tesri' el-İcâmî, 11-13'ten Baltacı, Menbecü Ömer, 433-434.

3. Pezdevî, Usûl, III, 260...

4. Suhârfî, Kesf, III, 260-261.

5. Gazzâlî, Mustasfâ, I, 174.

konusunda Sahabe icmâsının çok özel bir yeri vardır. Gazzâlî'nin de bir nevf akli istidlal şekli vererek (" et-tarîk el-ma'nevî"), teorik deliller arasında sıraladığı Sahabe icmâsı¹ pratikte, u-sûl eserlerinin icmânın şartları ve detayları konusunda en sık gösterdikleri delil olarak karşımıza çıkmaktadır.²

III- İcmâya İtirazlar

Daha önce belirtildiği gibi, icmânın bağlayıcı kaynak oluşu, İslâm bilginlerinin baskın çoğunluğu tarafından kabul edilmektedir. İcmâyı kabul etmeyenler ise, genellikle Mu'tazila denen İbrahim en-Nazzâm ve el-Kâşânî ile Haricîler ve İmâmîyye şeklinde gösterilmektedir.³ Şia'nın icmâyı tanımadığı yolunda Sünnî eserlerde yer alan ifadeler, Şif.yazarlar tarafından şiddetle tenkit edilmekte ve sadece "şekil yönünden" mevcut olan ayrılığın, icmânın inkarı gibi gösterilmesine çatılmaktadır.⁴

Yine, icmâyı inkarın temsilcisi olarak gösterilen Nazzâm'a bu konuda kendisine ait olmayan görüşlerin izâfe edildiği belirtilmektedir. Yapılan nakillerin genellikle birleştiği nokta, O'nun, kesin delile dayanma şartı aradığı, re'y ve kıyasa dayanan ittifakin hatadan uzak olamayacağı görüşünü savunduğu şeklindedir. Ay-

1. Gazzâlî, Mustasfâ, I, 176 v.d. ve özellikle 179-180, 195-

2. Mesalâ bkz. Cessâs, Usûl (yzm.), v. 225^b; Cüveyhî, Burhân, I, 686; Serahsî, Usûl, I, 301, 315-317; Gazzâlî, Mustasfâ, I, 182, 195-196; Buhârî, Kesf, III, 239, 244 .

3. Cüveyhî, Burhân, I, 675-676; Buhârî, Kesf, III, 252; İbn Abdîşşekûr, Mücellem, II, 211, 213. (Son grub Şia ve Revâfid şeklinde de işaret edilmektedir.)

4. Sadr, İcmâ, 27-29

rica, bu konudaki görüşlerin Nazzâm'ın kendisine aidiyeti hususunda da tereddütler ileri sürülmektedir.¹

Zaten burada, araştırmamız açısından önemli olan, itiraz sahiplerinin kimlikleri değil, icmâ müessesesine yöneltilen tenkitlerdir. Ancak bu tenkitlerin de tek tek sayılması, tez hacminin aşırı şişmesine yol açacağından, bu görüşleri de çok kısa bir özet halinde sunmaya çalışacağız.

İcmânın delillerine yöneltilen itirazların başında, Kitab'ten getirilen delillerin savunulan anlamı taşımadığı, buna karşılık Bakara(2),188, Nisa(4),159 ve Nahl(16),89 âyetleri gibi aksi anlamı ifade eden âyetlerin bulunduğu iddiaları gelmektedir.²

İcmânın Sünnet'ten getirilen delillerine, gerek âhâd olmaları gerekse bunların bunların delâletleri yönünden itirazlar ileri sürülmüş, ayrıca Sünnet'ten karşı deliller getirilmeye çalışılmıştır. Bu karşı deliller, genel olarak, İslâm toplumu içinde meydana gelecek bozuklukları ifade etmektedir. İcmâyı savunularını zorlanmış yorumlar yapmakla itham eden itirazcı tarafın, kendi yorumlarında çok daha aşırı zorlamalara girdiği görülmektedir. Bu konudaki itirazlar içinde en ciddi görüneni, Hz. Peygamberin, Muaz b. Cebel'e saydırdığı kaynaklar arasında icmânın yer almasıdır.³

1. Ensârî, Fevâtiḥ, II, 211; Abdurrâzâk, İcmâ, 10-12.

2. Cevap ve tartışmaları ile birlikte bkz: Cüveynî, Burhân, I, 676-682; İbn Abdışşekûr, Müsellem, II, 217; Şevkânî, İ. Fuhûl, 76.

3. Cevap ve tartışmaları ile birlikte bkz. Gazzâlî, Mustasfâ, I, 176-179; Buhârî, Keşf, III, 258-260; Şevkânî, İ. Fuhûl, 76.

Aklî istidlal yoluyla itirazların özünü ise, şu görüşler teşkil etmektedir: Ümmetten her bir kişinin hata etmesi mümkün olduğuna göre bütün ümmet hata edebilir; icmâ kesin delile dayanıyorsa icmâyâ ihtiyaç yoktur, zannî delile dayanıyorsa, bu durumda tam bir fikir birliği sağlanamaz.¹

Ayrıca, icmânın imkanına (tasavvuruna) atılmasına (öğrenilmesine), nakline ve bağlayıcılığına bir çok itirazlar yöneltilmiştir.²

IV- İcmânın Kaynak Değeri Ve Kaynaklar Hiyerarşisi İçindeki Yeri

Esasen, icmâ ile ilgili incelemeler derinleştirildiğinde ve konu ile ilgili detaylara girildiğinde, usûlcülerin icmânın kaynak değeri üzerindeki görüşleri daha çok açıklığa kavuşmakta; başka bir deyişle icmânın kaynak değeri, icmânın özelliklerine göre daha sıhhatli tesbit edilebilmektedir. Nitekim bir çok usûlcü tarafından, mutlak olarak zikredildiğinde, "ilm-i yakîr ifade edici, "kat'î" ve "nass" değerinde" bir kaynak olarak gösterilen³ icmâ, özelliklerine göre ayrı ayrı ele alındığı zaman daha farklı bir değerlendirmeye tâbî tutulmaktadır. Yapılan bazı ayırmalara işaretle bu noktaya bir açıklık getirilebileceğini düşünüyoruz:

1. Serahsî, Usûl, I, 295; Şevkânî, İ. Fuhûl, 76.

2. Cevap ve tartışmaları ile birlikte bkz. Cüveynî, Burhân, I, 671-675; Gazzâlî, Mustasfâ, I, 173, 180-181; Buhârî, Keşf, III, 227; Şevkânî, İ. Fuhûl, 72-73, 78.

3. Pezdevî, Usûl, III, 251; Serahsî, Usûl, I, 295, 296, 313, 315, II, 108.

1- Debûsi'nin ayırımı:

a- Sahabenin tesrîh yoluyla icması: Bu en kuvvetli icma-
dır.

b- Sahabe'nin sükût yoluyla icması: Birinciden daha alt
derecededir; çünkü sükûta dayanmaktadır.

c- Bizim, Seleften bize ihtilaf nakledilmemiş bir gö-
rüş üzerinde icmâmız: Bu, yukarıdakinden daha alt derecededir.

d- Bizim, Seleften ihtilaf nakledilmiş bir görüş üzerin-
de icmâmız: Bu, en zayıf icmâdır.¹

2- Pezdevî'nin ayırımı:

a- Sahabenin icması: Bu, âyet ve mütevâtir Sünnet hük-
mündedir.

b- Sahabeden sonrakilerin icması: Bu, meşhur Sünnet hük-
mündedir. (Bir sonraki maddeden anlaşılacağı üzere, bu maddedeki
icmâ, konuyu üzerinde ihtilaf geçmemiş olması şartı ile kayıtlı-
dır.).

c- Daha önce üzerinde ihtilaf edilmiş konu üzerinde icmâ
Bu, sahih âhâd haber hükmündedir.²

3- Sarahsî'nin ayırımı:

a- Sahabenin tek görüş üzerinde icması: Bu, Kitap ve mü-
tevâtir Sünnet ile sabit olmuş hükmündedir.

b- Sahabenin farklı görüşler üzerinde icması: Sahabenin
farklı görüşlere sahip olmasının, o konuda bu görüşlerden başka
görüş ileri sürülemiyecğine dair bir icmânın teşekkül ettiği an-

1. Debûsî, Yakûm(yzm.) , v.

2. Pezdevî, Usûl, III, 261.

lamına gelirse de, sükutu istidlal yoluyla olduğu ve sükûta dayandığı için bu icmâ, yukarıdaki icmâdan daha alt derecededir.

c- Sahabeden sonrakilerin icması: Bu, meşhur haber hükmündedir.

d- Daha önce üzerinde ihtilaf edilmiş bir konuda icmâ: Bu, haber-i vâhid hükmündedir.¹

Burada hatırlanması gereken bir husus, bütün bu nevilerde, icmânın tevâtür yoluyla nakledilmiş olması gereğidir; âhâd yolla nakledilmiş olması halinde konu tartışmalıdır ve her hâlû-kârda kaynak gücünde önemli bir zaafiyet söz konusu olmaktadır.²

Bir de, bütün icmâ ehlinin ittifak ettiği icmânın kesin huccet, - kabul edenlere göre- sükûfî icmâ, az sayıda muhalifi bulunan icmâ ve âhâd yolla nakledilmiş icmânın zarûfî huccet şeklinde nitelendirildiği görülmektedir.³

Aslında, icmâyı inkarın hükmü, konumuzla doğrudan ilgili değildir; fakat usûl eserlerinde bu mesele, icmânın kaynak değerine dair ifadelerle içiçe bulunduğundan, icmânın kaynak değeri hakkında az sıhhatli bilgi edinmenin yolu da buradan geçmektedir:

Bazı usûlcüler tarafından, icmânın kaynak oluşunu mutlak olarak inkarın (tekfîr) müeyyidesini gerektirdiği prensip olarak belirtilirken⁴, bazı usûlcüler, icmâyı temelden inkarın tek-

1. Serahsî, Usûl, I, 318-319.

2. Buhârî, Kesf, III, 262.

3. Buhârî, Kesf, III, 261; Şevkânî, i. Fuhûl, 79.

4. Pezdevî, Usûl, III, 261, 265; Serahsî, Usûl, I, 296; Buhârî Kesf, III, 261.

firi gerektirmeyeceğini ve tekfir'in öyle kolay bir iş olmadığı-
nı söylemektedir.¹

Ancak, inkar edilen icma hakkında açıklamaya gidildiğinde, verilen hüküm daha netleşmektedir. Meselâ, Hanefî usûlcülerce, yukarıda zikredilen ayırımlarda ilk sırayı tutan icma dışındaki bir icmanın inkarı, tekfir müeyyidesini gerektirmez.² Şu halde, Akşit tarafından gösterdiğimiz kaynağa istinaden, fakat eksik in-
tikal ettirilerek: "Tevâtürle gelen bir icma hükmünü kabul et-
memek küfürdür"³ denmesi isabetsiz olmaktadır. Buna karşılık, bir hükmü isbat yolu olarak icmayı temelden kabul etmeyen tek-
fir edilmeyeceğini söyleyen Cüveynî'ye göre, icmayı bir kaynak olarak kabul edip de, kabul ettiği şartlara uygun olarak meydana gelen icma ile sabit hükmü inkar eden kimse tekfir edilecektir.⁴ Her hâlü kârda, icmayı temelde inkar etmeyip de belli bir konuda icmanın gerçekleşmemiş olduğunu ileri sürmenin tekfiri gerektir-
meyeceği belirtilmektedir.⁵

Tabii ki, bu konuda en açık ayırım, icmanın konusu hakkın-
daki nitelendirmelerle ortaya çıkmaktadır: "Herkesçe bilinir olma"

(مما يشترك الخاص والعام ويعرفه)⁶, " diğinden olduğu zarûreten biliner

1. Cüveynî, Burhân, I, 724.
2. Serahsî, Usûl, I, 318-319.
3. Akşit, is. Ceza Hukuku, 23.
4. Cüveynî, Burhân, I, 724-725.
5. Buhârî, Kesf, III, 261.
6. Buhârî, Kesf, III, 261-262.

(أن يكون) "İslâm kavramına dahil olan" ¹ ve (ما علم بالضرورة من الدين) ² gibi kriterlerle ayırdedilmek istenen icmâ esasen, hakkında tereddüt götürmez nass bulunan ve inkarı İslâm inançlarının temelini etkileyen, Âmidî'nin ifâdesiyle "İslâm kavramı"nı anlatan hükümler hakkındadır.

Görüldüğü üzere, icmâda mutlak olarak söz edildiğinde, ona nasslarla eş değerde bir kaynak gücü bağlanmaktadır. Sonraki açıklamalardan ise, bu güçsahip icmânın, tevâtür yoluyla nakledilmiş Sahabe icmâsı olduğu anlaşılmaktadır. Şu halde, az sonra görüleceği üzere, Şafîî'nin vardığı sonuç ile ³, teorik tartışmaların süzgeçten geçirilmesini takiben elde edilen sonuç birleşmekte ve bir çok usûlcünün, icmânın kaynaklar hiyerarşisi içindeki yeri hakkındaki sözleri aydınlığa kavuşmaktadır. Buna göre, icmânın nakli kaynaklarla eş değerde sıralanması ⁴ ve daha enteresani, bütün kaynaklar içinde ilk defa icmânın dikkate alınması gerektiği belirtilerek, bunun, "Kitab ve Sünnette nasih ihtimali bulunduğu halde, icmâda bu ihtimalin bulunmayışı" gerekçesi ile açıklanması ⁵, yine "icmâ-yı ümmet o kadar kavîdir ki, as-hâb-ı güzîn onu Kitap ve Sünnet'e takdim etmişlerdir" ⁶ gibi ifâ-

1. Abdurrâzık, icmâ, 92-93.

2. Âmidî, ihkâm, I, 255.

3. bkz. s. 70

4. Dabûsî, Takvîn (yzm.), v. 5^a-5^b; Cüveysî, Burhân, I, 85.

5. Gazzâlî, Mustasfâ, II, 392; Bernard, "Idjmâ", E. I., III, 1049.

6. İzmirli, İlm-i hilâf, 31.

delerin kullanılabilmesi, gerçekleştiğinde ihtilaf edilmeyen Sahabe icmâsı ile izah edilebilecektir.¹ Nitekim Cessâs da, sıhhati üzerinde birleşilen icmânın Sahabe icmâsı olduğunu söylemekte², daha yukarıda naklettiğimiz Gazzâlî'nin ifâdesi de gerçekleşen icmânın, zarûrî konularda olmadığını imâ etmektedir.³

Re'yi icmâya aykırı bir ictihad ise, biraz sonra göreceğimiz üzere, icmânın yeni bir icmâ ile değiştirilmesini kabul eden görüşe göre mümkündür. Zira, yeni bir icmânın meydana gelebilmesi için, önceki görüşe aykırı bir ictihadın ortaya atılmış olması gerekir.⁴ Tabii ki buradaki aykırılığı, gerçek anlamda değil, zamanın icabları çerçevesinde düşünmek gerekir.

V- İcmânın Yeni Bir İcma İle Değiştirilmesi

Şayet bir konuda fikir birliği edildikten sonra, fikir birliği eden müctehidler, daha sonra önceki görüşlerinden başka bir görüş üzerinde fikir birliği ederlerse, bu, "icmâdan rucû" meselesiyle ilgilidir. İcmânın gerçekleşmesi için asrın inkirazını şart koşanlara göre bu mümkündür; şart koşmayanlara göre ise, mümkün değildir.⁵

1. Devâlibî, buna "nakil icmâ" demektedir. bkz. Usûl, 337, 343.

2. Cessâs, Usûl (yzm.), v. 215^a.

3. Gazzâlî, Mustasfâ, I, 174. bkz. Yukarıda s. 35-36.

4. Hemîdullah, "La philosophie juridique", 147.

5. Şevkânî, i. Fuhûl, 95.

Bir konudaki icmânın, daha sonraki müctehidler tarafından değiştirilmesi ise, usûlcülerin büyük çoğunluğuna göre kabul edilmez. Esasen icmâ, Serahsî'nin ifâdesiyle "görüşlerin bir şey üzerinde birleşmesinden ibâret" olduğuna¹ ve nasların yorumu yoluyla yapılan ictihad dahil bütün ictihad nevilerinde zamanın şartları ve ihtiyaçlarının etkisi kabul edildiğine göre² önceki icmâyı etkileyen şartlardaki değişmeler üzerine yeni şartlar dikkate alınarak başka bir icmâya gidilmesi gereği, düşünölemiycek bir şey değilse de³, usûlcüler bunu söylemekten genellikle kaçınmışlardır. Kanaatimizce bu durumun, biraz yukarıda işaret ettiğimiz ve Şâfiî'nin icmâ anlayışını ele alırken de görseğimiz pratik sonucun, usûlcülerin bu konudaki tefekkürlerini çok etkilemiş olmasından kaynaklandığı düşünölebilir. Nasıl ki, icmânın kaynak değerinden mutlak olarak söz edildiğinde, naklî icmâ (gerçekleştiğinde ihtilaf bulunmayan icmâ) gözönüne alınıyorsa, icmânın değiştirilmesi konusunda da bakış açısı bu olsa gerektir. Nitekim Fezdevî'nin, önceki bir icmânın sonraki eş değerde bir icmâ ile neshedilebileceği görüşünün⁴ "re'yi" (ictihâdî) icmâ hakkında olduğu, çoğunluğun mutlak tarzda ifade ettiği aksi görüşe ise naklî icmâ anlayışının hâkim olduğu Devâlibî tarafından savunulmaktadır.⁵ Bu konunun "nesh" terimi çerçevesinde incelenmiş olması da, usûlcülerin menfî kanaate yönelten bir âmil olarak hatıramıza gelmektedir. Gerçekten Hz. Peygamber'in vefatından son-

1. Serahsî, Usûl, II, 66.

2. bkz. s.

3. Buhârî, Kesf, III, 176.

4. Fezdevî, Usûl, III, 262.

5. Devâlibî, Usûl, 343-344.

ra nesih meydana geleceği prensibinin¹ bu konuda başlıca mes-
ned edinilmesi de² bu düşüncemizi destekleyen bir delildir. De-
vâlibî, burada nesh teriminin kullanılmasına bir engel olmadığı
kâinatındadır.³

VI. Kurucu Devir İcmâ Anlayışı ile Usûl Esaslarındaki Gelişmelerin Kısa Bir Karşılaştırması Ve İcmâ Hak- kında Genel Bir Değerlendirme

1- Ebû Hanîfe'nin İcma Anlayışı

Diğer kaynaklardan ayrı olarak sırf " icmâ " hakkındaki
düşüncesine dair Ebû Hanîfe'den bize intikal etmiş doyurucu a-
çıklamalara raslanamamaktadır. Araştırmacılar, menâkıb kitabla-
rında Ebû Hanîfe'ye nisbet edilen ifadelerde dahî, açıkca ic-
mâdan söz edilmediğini belirtmektedirler.⁴ Ancak Ebû Zehrâ, O'nun
metodu hakkında nakledilen sözlerden ikisinde⁵ Ebû Hanîfe'nin,
kendi belcesinin teâmülüne uyduğunu gösteren ifadelerin varlığına
dikkat çekerek, buradan, onun bütün müctehidlerin üzerinde bir-
leştiği görüşe de evleviyetle uymuş olduğu sonucuna varılabile-
ceğini söylemektedir.⁶ Tabii ki, böyle bir akıl yürütmenin Ebû

1. Şâtıbî, Muvâfakât, II, 284.

2. Buhârî, Kesf, III, 262-263.

3. Devâlibî, Usûl, 345.

4. Ebû Zehrâ, Ebû Hanîfe, 309-310; Baltacı, Menâhic, I, 334

5. Ebû Zehrâ, Ebû Hanîfe, 309.

6. Ebû Zehrâ, Ebû Hanîfe, 310.

Henife'nin, icmâ hakkındaki görüşlerine dâir açık seçik bir fikir edinme imkanı sağlamıyacağı ortadadır. Fakat bizzat aynı araştırmacıların başka yerde zikrettiği halde dikkateten kaçırılmış olduklarını sandığımız bir nakilde, Ebû Henife'ye izâfe edilen "Biz bir meesle'yi diğerine şu kaynaklardan birine döndürmek için kıyas ediyoruz; Kitab veya Sünnet ve Ümmetin ittifağı ("ittifâku'l-Ümme")."¹ sözü açıkca icmâyı ifade etme bakımından bir özelliği haizdir. Ne var ki, diğer bilgilerle birlikte değerlendirilmesi halinde, bu terkîbin ("ittifâku'l-Ümme") daha sonraki bir düşünceyi yansıtmadığını söyleyebilmek epeyce zor olacaktır. Zaten biraz sonra ele alınacağı üzere, Şâfiî'nin zamanında dahi icmâ'nın tek anlamı ifade eden teknik bir terim olarak yerleştiğini göremek², Ebû Hanife zamanında icmâ kavramı ile ilgili gelişmelerin henüz ileri bir safhada olamayacağı konusunda güçlü bir delil sayılmalıdır. Bu dönemde, bilgilerin bir çözüm üzerinde birleşmiş olmalarını terimleştirme fikrini yansıtan belirtiler bulunmakla birlikte, bunların "icmâ"nın ölçülerini tesbit için ortaya konacak tartışmaların çekirdeği niteliğini aşmadığı görülmektedir.³ Gerek bir sünnetin⁴, gerekse toplumdaki bir davranışın⁵ genel bir kabul görmesi, herneka Ebû Hanife'nin metodolojisinde önemli bir özellik olarak görünmekte ise de, Hanefi doktrinine mensup usûlcülerin icmâ teorisini ortaya koymaya çalı-

1. Baltacı, Menâhic, I, 350.

2. bkz. s. 64-70.

3. Evzâî ile Ebû Yûsuf arasındaki tartışma için bkz. Ebû Yusuf, Siyerü'l-Evzâî, 21.

4. bkz. Baltacı, Menâhic, I, 334.

5. bkz. Ebû Zehrâ, Ebû Hanife, 309.

şırlarken, esasen, onun özellikle "Sahabe kavîllerinin dışına çıkmadığını" ifade eden sözü¹ ile sık sık istidlal ettikleri ve buradan sonuçlar çıkarmaya çalıştıkları görülmektedir. Meşlâ Hanefî usûlcülerin ısrarla savundukları sukûti icmâ ve ihtilaf üzerine icmâ düşüncesini yansıtan Ebu Hanîfeye ait başkaca bir söz bilinmemektedir.² Ne olursa olsun, Ebû Hanîfe, Sahabenin üzerinde birleşmiş bulunduğu çözümlerin dışına çıkmamayı prensip edinmiş olmakla birlikte³, az önce işâret ettiğimiz sebeplerle⁴ olmalı ki, onun, Sahabeden sonraki dönemde bütün İslâm bölgelerinin bilgilerince üzerinde birleşilmiş çözümlerle ve özellikle "icmâ" terimi ile ilgili açık bir görüşüne raslayamamaktayız.⁵

2- Malik b. Enes'in İcmâ' Anlayışı

"Amel'ü ehli'l-Medîne" diye bilinen ve Mâlik b. Enes'in sık sık "el-emr el-müctema^c aleyh^c indanâ" ifadesi ile başvurduğu⁶ Medine icmâının, Mâlik'in metodolojisinde önemli bir yeri olduğu kesinlikle görülmektedir.⁷ Nitekim bir çok yazar, icmâ müessesesi ni sırf Medine şehri ile sınırlamış olduğu iddiası ile Malik'e tenkitler yöneltmiş ve Mâlikîliğin bu konudaki prensipleri, diğer

1. Cassâs, Usûl (yzm.), v. 219^a; Serahsî, Usûl, I, 313.
2. Baltacı, Menâhic, I, 335
3. Ahmed Emin, Duha, II, 187
4. bkz. s. 57.
5. Baltacı, Menâhic, I, 334, 339.
6. Meşlâ bkz. Mâlik, Muvatta', ferâiz 1, 12. Bu ve benzeri terimlerin kapsamları hakkında "Amel'ü ehli'l-Medîne" başlığında bilgi verilecektir.
7. Ebû Zehrâ, Mâlik, 331.

doktrin mensuplarıca harekete geçirilen ve asırlarca süren tartışmaların kaynağını teşkil etmiştir.¹ Ne var ki, bu tenkitlerin özünü teşkil eden "icmânın muayyen yer ile sınırlandırılması" iddiasının değer ifade etmesi, Mâlik'in her şeyden önce, bu iddia sahiplerinin anladığı anlamda, yani teknik bir usûl terimi anlamında "icmâ"² kavramı ile ortaya çıkmış olmasını gerektirir. Halbuki Mâlik'in terminolojisinde yer alan bu kavramın kapsamını işiden iyiye analiz eden yazarlar, Mâlik'in, işaret edilen iddia içinde olmadığını³ ve bu kavramın bir çarpıda kesilip atılacağı bir kesinlik arz etmeyip, aksine içişlik taşıdığını⁴ söylemektedirler. Biz bu kavramı ayrıca ele alacağımızdan burada daha fazla açıklamaya girişmeyeceğiz. Ancak, hemen belirtelim ki, az ileride işaret edeceğimiz Şâfiî'ye ait bu konudaki tenkitler o sırada henüz teknik anlamda icmâ kavramının teşekkül etmemiş olduğunu ve Mâlik'in de bu anlamda bir icmâ kavramı ile ortaya çıkmamış bulunduğunu gösteren önemli birer belirti sayılabilir.⁵ Konuyu özel olarak inceleyen Hülî'nin bu noktadaki tereddütleri⁶ ve "icmâ" teriminin ilk yazılı ifadesini Şâfiî'nin

1. Bekir Histoire de l'Ecole Malikite, 48; Cüveynî, Burhân, I, 720; Gazzâlî, Mustasfâ, I, 187; Serahsî, Usûl, I, 314; İbn Abdîşşekûr, Müsellem, ve Ensârî, Fevâih, II, 232.

2. Bu konuyu klasik ve modern yazarlar içinde en iyi inceleyen kişi olarak gösterilen Kadı İyâd'ın (Hülî, Mâlik, I, 149) görüşü için bkz. Tertîbu'l-mecârik, I, 72-73.

3. Uygulanalı bir analiz için bkz. Baltacı, Menâhic, II, 596-603.

4. bkz. s.

5. bkz. s. 64, 69.

6. Hülî, Mâlik, 710-711.

eserinde bulmuş olması¹, aynı sonucu güçlendirici niteliktedir.

Ancak, bu açıklamalardan Mâlik'in tefekküründe bir icmâ fikri bulunmadığı anlamı çıkarılmamalıdır. Hatta kendisinin meşhur tabiri hakkında yine kendisinden gelen nakle göre, bu "Üzerinde fıkıh ve ilim ehlinin hiç ihtilaf etmeksizin birleştiği" noktayı ifade etmektedir.² Bizim söylemek istediğimiz ise, bu tâbirin kapsamının, sadece usûlcülerin anladığı tarzda bir icmâ ile sınırlı bulunmadığı³ ve bu sıradaki henüz icmâ teorisinin ortaya konması faaliyetine raslanmadığıdır.

3- Şâfiî'nin İcmâ' Anlayışı

"İcmâ'" teriminin ilk defa yazıya geçirilmesinin⁴ yanısıra, bunun bir hukuk kaynağı olarak geniş bir tartışma zeminini de ilk defa Şâfiî'nin eserlerinde bulunduğunu görmekteyiz. Şâfiî'yi bu yönde harekete geçiren en önemli âmil, Mâlik'in az önce sözü edilen "Medine ameli" ile ilgili tutumu olmalıdır.⁵ Şâfiî'nin icmâ konusunda yazdıkları, bizi, O'nun icmânın teorik ve pratik yönleri bakımından farklı tutumlar içinde bulunduğu kanaatine götürmektedir.

1. Bernard-Beladi, "L'Ijma critère de validité juridique", 69. Surada, Şâfiî'den önce usûl yazılmadığı konusunun kesinlik taşımadığını, bize ulaşan ilk eserin O'na ait olduğu unutulmamalıdır. bkz.s. 3-4.

2. Ebû Zehrâ, Mâlik, 323.

3. Bekir, Histoire de l'école Malikite, 48; İbn Kayyım, İ'lâm, II, 383.

4. Bernard-Beladi, "L'Ijma critère de validité juridique", 69.

5. bkz. Aşağıda s.

başlık

Şâfiî, kaynakları sıralarken hakkında ne kitab nassı ne de Peygamber'den bir nakil bulunmayan konuda meydana gelen icmâî Kitap ve Sünnet'den sonraki sıraya yerleştirmektedir.¹ Böyle bir fikir birliğini sağlayan unsur, Hz. Peygamberden bir nakil ihtimali de olsa sırf bu ihtimale dayanarak, ona nakil ("hikâye 'an Rasûlillâh") gücü tanınamayacağını söyleyen Şâfiî, icmâ'nın bağlayıcılık gücünün Sünnet'i de ihtivâ etmesi ihtimaline dayanırılmasına karşı çıkmaktadır.² Medine'nin icmâ anlayışına bir tepkiyi ifade eden bu görüşü, bir anti-tez olarak bırakmak istemeyen Şâfiî, icmânın kaynak gücünü "Sünnete muhalif düşmeme" faraziyesine bağlamaktadır: "Biliyoruz ki, Rasûlullah'ın sünnetleri onlardan bazısının bilgisi dışında kalabilirse de, hepsinin bilgisi dışında kalmaz ve yine biliyoruz ki, onların hepsi birden ne Rasûlullah'ın sünnetine aykırı olarak ne de bir hata üzerinde birleşmezler -inşâallah-."³

şun sorul

İcmânın kaynak olduğunu isbat etmesini isteyen muhatabına Şâfiî, "cemaate bağlılığı" emreden iki hadîsi delil olarak göstermektedir.⁴ İcmânın delili sorulunca, bir zaman düşünüp cevap vermediği ve rengi değiştiği, sonra kendisine üç gün süre verilmesi üzerine evine kapandığı ve her gün her gece üç defa (bir rivâyette toplam 300 defa) Kur'an'ı okuyup en nihâyet, usûl eserlerinde icmânın birinci derecede delil olarak gösterilen Nisa(4), 115 âyetini⁵ bulduğu, Şâfiî'ye izâfe edilmekle birlikte⁶ kendi

1. Şâfiî, Risâle, s: 120,1309.
2. Şâfiî, Risâle, s: 1309-1311.
3. Şâfiî, Risâle, s: 1312.
4. Şâfiî, Risâle, s: 1313-1315.
5. bkz. İcmânın delilleri, s. 48-49.
6. Ebû Zehrâ, Şâfiî, 257, d.n. 1.

eserlerinde açıkca icmânın isbatını isteyen muhtabına herhangi bir âyeti delil olarak göstermemektedir.¹ Şâfiî doktrinine mensup olan Gazzâlî, "Şâfiî'nin delil gösterdiği âyet budur" derken herhalde bu nakilleri aksattirmekte; fakat kendisi bu âyetin icmâ için sevkedilmemiş olduğunu savunmaktadır.²

Şâfiî, sukûti icmâyı kabul etmemekte, sukûta dayanarak bir çok hükümlerde icmâ iddiasında bulunanlara karşı çıkmaktadır.³ Biz Schacht'ın, "Şâfiî, icmâyı, "müslümanların çoğunluğunun kanaati" olarak tarif eder"⁴ şeklindeki sözlerinin Şâfiî'nin kendi ifâdeleri ile bağdaşmadığı kanaatindeyiz; zira Şâfiî, çoğunluğun ittifakının kaynak sayılması fikrine açıkca karşı çıkmaktadır.⁵ Şâfiî'nin, kaynaklar hiyerarşisi içinde icmâyı ayırdığı yeri bâzen " kavl 'âmme min selefînâ lâ na'lem lehu muhâlifan " (veya " â muhâlifa lehu ") ifadesi ile doldurduğu görülmektedir.⁶ Lecomte'un bir taraftan Şâfiî'nin eserlerinin bir çok pasajlarından "âmme" kavramının "icmâ" kavramına eşit olduğunu anlaşıldığını söylemesi⁷, diğer taraftan yukarıda naklettığımız Şâfiî'ye ait ifade içindeki "âmme" kelimesini gözden kaçıırarak buradaki kaynaklar listesinde icmânın hiç yer almadığı ileri sürmesi⁸, onun, Şâfiî'nin icmâ anlayışındaki değişikliklere ve hadis seçim metodlarında

1. Şâfiî, Risâle, s: 1313-1320.
2. Gazzâlî, Mustasfâ, I, 175.
3. Şâfiî, İhtilâfu'l-hadis, 142-143.
4. Schacht, E.I., "Usûl", IV, 1114
5. bkz. Şâfiî, Cimâu'l-ilm, 256.
6. Şâfiî, İhtilâfu'l-hadis, 148.
7. Lecomte, "Un Exemple d'évolution", 18.
8. Lecomte, "Un Exemple d'évolution", 15, d.n. 2.

icmanın yeri hakkında bu yoldan bir takım yorumlara sebep olmaktadır.¹ Esasen İhtilâfu'l-hadîs'in 57. sahifesindeki "âmme" kavramının, 148. sahifede yer alan terkipteki "âmme" ile eşit anlaşılması yerinde olmasa gerekir. Zira, hadîs seçim metoduna kullanılan ve haber-i vâhid'e üstün tutulan "âmme"² ile burada incelenen ve Sünnetten sonraki sıraya tutan icma birbirine karıştırılmamalıdır. Nitekim aşağıda bu noktaya işâret edilecektir

Şâfiî tarafından kaynaklar hiyerarşisi içinde haber-i vâhid'den sonraki sıraya yerleştirilen icma' ile³, herkesçe zarûrî olarak bilinen ve esasen kesin bir nass hükmü teşkil eden ortak noktalar ("cümelu'l-ferâiz") anlamındaki icma'⁴ teorik yönden de birbirinden ayarfedilmelidir.⁵

Baltacı da, Şâfiî'de icmâ kavramının bu ikili anlamını kabul etmekle birlikte⁶, biraz sonra izah edeceğimiz Şâfiî'nin partikte vardığı sonuçla yetinerek, O'nun anlayışında icmâya katılma ehliyetinin sadece "bilginler" değil, bütün müslümanlara ait olduğu görüşünü ileri sürmektedir. Yazar, bu görüşüne gerekçe olarak, Şâfiî'nin kabul ettiği icmânın hiç kimsenin bilgisi dışın-kalamayacak ve ihtisâsî göstermeyecek konularla sınırlı bulunuşunu ve icmâ ile ilgili açıklamalarında "mâ 'otomea'n-nâs 'aleyh"

1. Lecomte, "Un Exemple d'évolution", 15 (d.n.2), 18.

2. Meselâ bkz. Şâfiî, Cimâ'u'l-ilm, 258.

3. Şâfiî, Risâle, s: 1817.

4. bkz. Şâfiî, Risâle, s: 1559.

5. Şâkir, Risâleye serh, 599, d.n. 10.

6. Baltacı, Menâhic, II, 736-737.

(insanların üzerinde birleştiği), "ittifâku'l-ümme" (Ümmetin fikir birliği) gibi sözler kullanmış olmasına göstermektedir.¹

Bizim tezimiz ise, Şâfiî'nin metodolojisinde icmaya katılma ehliyetinin bilginlere ait olduğu yönündedir. Zira Baltacı'nın da kabul ettiği üzere, Şâfiî, kaynaklar arasında zikrettiği icmâyı iki anlamda kullanmaktadır: Birisi, kıyas ve istinbata dayanan ve kaynak gücü bakımından haber-i vâhiddensonraki sıradaki yer alan icmâ; diğeri ise, sübûtu kesin olup, konusu itibarıyla düşünce ve tereddüde imkan bırakmayan esasen bir nass hükmü olan icma.²

Şu halde sadece bu ikinci nevi icma ile yetinerek ve bu nevi icmanın konusunun hiç bir müslümanın bilgisi dışında kalamayacağını temel edinerek, mutlak anlamda icma ehliyetini bütün müslümanlar için düşünmek doğru olmayacaktır. Özellikle yazarın delil olarak dayandığı Şâfiî'nin "en-Nâs" (insanlar) kelimesini, hakkında ne kitab ne de Sünnet nassı bulunmayan konulardaki icma için kullanmış olması³, buradan bütün müslümanlar anlamının çıkarılmasına engel teşkil etmektedir. Nitekim Ebû Zehra da, hakkında nass bulunmayan konularda ancak müctehid bilginlerin söz sahibi olabileceğini ve Şâfiî'nin icmada bu şartı aradığını savunmaktadır.⁴ Zaten Şâfiî'nin bir çok ifadesinden, "en-nâs" ke-

1. Baltacı, Menâhic, II, 720.

2. Şâkir, Risâle'ye şerh, 599, d.n.10; Baltacı, Menâhic, II, 736-737. Bu nevi icmanın Şâfiî tarafından, "habaru'l-âmmeh" olarak da nitelendirildiği görülmektedir. bkz. Şâfiî, Cimâ'u'l-ilm, 258.

3. bkz. Şâfiî, Risâle, s: 1309.

4. bkz. Ebû Zehrâ, Şâfiî, 258.

limesiyle müctehid kişileri ifade ettiği ve icmâya dahil olacaklarda "bilgin" olma şartını aradığı anlaşılmaktadır.¹ Kendi ifadesinden de anlaşıldığına göre, Baltacıyı bu değerlendirmeye yöneltten âmil, şimdi işâret edeceğimiz Şâfiî'nin pratikteki tutumu olmaktadır. Fekat bu, farkına varmaksızın, Şâfiî'nin, teoride ictihada dayanan icmâyı kabul etmediği sonucuna götürmektedir.

Teoride böyle iki icmâyı kabul etmekle birlikte Medinelilerin icmâ iddia ettikleri pek çok konuda başka bilginlerin muhalefetlerini görmüş olması, Şâfiî'yi, pratikte icmâyı çok dar bir çerçeve içinde tutup, sadece ikinci çeşit icmâyı kabul etmeye yani esasen bir nassa dayanan ve hiç bir tereddüde imkan vermeyen konularda ("cümle'l-ferâiz") icmânın teşekkül etmiş olduğunun kesinkes söylenebileceğini savunmaya yönelmektedir.²

Pratikteki bu sıkı tutumu sebebiyle olmalı ki, kendi bilgisine göre fikir birliği edildiği (üzerinde hiç bir muhalefetin bulunmadığı) kanaatine vardığı konularda da, Şâfiî'nin, "icmâ" kelimesini kullanmaktan çekindiği görülmektedir.³ Ancak, bir yerde Şâfiî, muhatabının icmâ iddiasına çürütme için, icmâ iddia ettikleri konunun ilim ehline arz edilmesi sonucu ilim ehline "evet" cevabının verilmesi, hiç değilse, "ilim ehlerinden buna muhalif olanı bilmiyoruz" denmesi gerektiğini söylemektedir.⁴

1. Meselâ bkz. Şâfiî, Ümm, VII, 248; Risâle, s: 1559; Câmiu'l-ilm, 257-258; "Müftî": Ümm, V, 35; "Ehlu'l-ilm": Ümm, V, 198.

2. Şâfiî'nin bu yöndeki tenkit ve ifedelerini nakletmek, çalışmamızın hacmini çok kabartacağı için bu yöne gitmedik. bkz. Şâfiî, Risâle, s: 1556-1559; Câmiu'l-ilm, 257-258.

3. bkz. Şâfiî, Ümm, VI, 123, V, 35, 198; Baltacı, Menâhic, II 734-735.

4. Şâfiî, Ümm, VII, 187.

Baltacı, böyle durumları icmâ diye nitelendirmekten kaçınan Şâfiî'nin belki de "Ümmü'l-Ünün sonlarında artık buna rıza gösterdiği anlamının çıkarılabileceğini söylemektedir.¹ Biz, bu sözün tartışma metodları çerçevesinde izahının daha uygun olacağını düşünmekteyiz. Çünkü daha ileride Şâfiî'nin aynı tutumu ısrarla koruduğu görülmektedir.²

Şâfiî, icmâ kavramını teoride bütün asırlar için düşünmekle birlikte, pratikteki işaret edilen sıkı tutumu, tartıştığı konuların da daha çok Sahabe devri ile sınırlı kalması sonucunu doğurmaktadır.³ Zaten bu durumda, gerçekleştiğini kesinlikle ifade edebildiği icmânın Sahabe devrini aştığı herhalde söylenemeyecektir.⁴

Bir de işaret edelim ki, Baltacı'nın isâbetle tesbit ettiği üzere Şâfiî, iştianâî olarak "icmâ" kelimesini lügat anlamında da kullanmaktadır.⁵

Şâfiî'nin ifadelerinin analizi ile ulaşılmış bulunan bu teblihlere rağmen, itiraf etmek gerekir ki, büyük hukukçunun icmâ konusundaki görüşleri tamamen açıklik kazanmış değildir.⁶

1. Baltacı, Menâhic, II, 737.

2. bkz. Şâfiî, Ümm, VII, 244.

3. bkz. Şâfiî, Ümm, VII, 244 ve bu konuda yukarıda verilen referanslar; Ebû Zehra, Şâfiî, 255.

4. Ali Hasebullah, Usûlu't-tesri' el-İslâmî, s.104'den Baltacı, Menâhic, II, 732.

5. bkz. Şâfiî, Ümm, V, 93, krş. Cimâu'l-ilm, 256; Baltacı, Menâhic, II, 733.

6. Lacoste, "Un Exemple d'évolution", 19; Baltacı, Menâhic, II, 735-736.

4- Kısa Bir Karşılaştırma Ve Genel Bir Değerlendirme

Daha önce de işaret edildiği üzere, doktrin kurucu hukukçuların, karşılaştıkları olayları çözümlerken, yazıya geçmemiş ve hatta sözlü olarak ortaya konmamış bile olsa, takip ettikleri bir takım metodlarır bulunduğu, gelişigüzel hüküm verme yönüne gitmedikleri, araştırmacılar tarafından genellikle kabul edilmektedir.¹ Zaten, sonraki bilginlerce bütün detayları ile ele alınan usûl konuları üzerindeki tartışmaların, esasında, doktrinlere hâkim olan metodik tefekkürün ortaya konmaya çalışılmasını hedef tuttuğuna da temas edilmiştir.²

İcma kavramındaki gelişmelere de bu açıdan bakılacak olursa, doktrin kurucularının tefekkürlerinde, bütün bilginlerin üzerinde birleştiği kesinlikle bilinen bir çözümün dışına çıkmanın bir prensip olmasına³ karşılık, esasen takip ettikleri metodların teorisini ortaya koymaya yönelmemiş olmaları⁴ ve bunun yanı sıra pratikte sözü edilen anlama yakın bir fikir birliğine Sahebe devrinden sonra raslayamamaları⁵ sebebiyle, sonraki usûl-öüler tarafından icmâ konusunda yapılan hararetli savunma ve te-

1. bkz. s. 4-5.

2. bkz. s. 5.

3. Şâfiî, Risâle, s: 1309, 1319-1320; Ebû Zehrâ, Ebû Hanîfe, 310; Mâlik, 322-323; İbn Hanbel, 264-265; Baltaçı, Menâhic, II, 826.

4. Elbette bu açıdan Şâfiî'nin istisna edilmesi gerekir. Fakat icma konusundaki açıklamaları konusunda yukarıda söylenenler dikkatten uzak tutulmamalıdır.

5. Ebû Zehrâ, İbn Hanbel, 259, 266; Ali Hasebullah, Usûlu't-teşri' el-İslâmî, s. 104'den Baytacı, Menâhic, II, 732.

orik incelemelerin bu dönemde görülemeyişi şaşırtıcı olmayacaktır.

Gerçekten Sahabe devrinde, çözüme kavuşturulması gereken önemli ve yeni bir olayla karşılaşıldığında, devlet başkanı, Medinedeki bilginleri topluyor, onların görüşlerini alıyordu. Şâyet bir çözüm üzerinde görüş birliği hasıl olursa, o çözüm tereddütsüz uygulanıyordu.¹ Sahabe devrinde henüz bilginlerin, tamamen değişik bölgelere dağılmamış bulunmalarını, bundan sonra ise, görüş birliği imkanlarının zaafiyete uğradığını dikkate alarak, bazı yazarlar, gerçekleşen icmanın Sahabe icmasından ibaret olduğu'nu ve Tabiün devrinde icmanın imkanı söylenebilirse de, vukûunun (gerçekleşkiğinin) iddia edilemeyeceğini savunurken², diğer bazı yazarlar, Sahabe devrinde de, usûlcülerin anladığı anlamda bir icmanın gerçekleşmemiş olduğunu, bu devirdeki icmanın "şûra icması" olarak nitelendirilmesi gerektiği kanaatinde-dir.³ Aynı kanaate göre, belli bir dönemde Endülüste gerçekleştirildiği nakledilen şûra ictihadı dışarıda Sahabe devrinde sonra, artık Sahabe'nin şûra yoluyla gerçekleştirdiği icmanın bentlerlerine de raslanılamamaktadır.⁴

Son görüşün gerekçeleri dikkate alındığında,⁵ Sahabenin icma anlayışının, kolaylık ve gerçeklik esaslarına dayandığı, usûlcülerin koydukları çerçeveye, yani bütün beldeler bilginle-

1. İbn Kayyım, İ'lâm, I, 62.

2. Ebû Zehrâ, Metodoloji, 198.

3. Hallâf, Usûl, 50; Baltacı, Menâhic, II, 831

4. Hallâf, Usûl, 50.

5. Hallâf, Usûl, 50.; Baltacı, Menhecü Ömer, 447-448.

rinin istisnasız ittifakı şartına tam tamına uymayan, bilakis, olayın ortaya çıktığı yerdeki bilginlerin ittifakı ile gerçekleştirilen bir icmâ anlayışı olduğu anlaşılmaktadır.¹

Doktrin kurucularına gelince: Onlar önelerinde sınırları belli, metodları açık bir icmâ kavramı bulamamışlardır. Zira, İslâm Ülkesinin genişlemesi, ilim merkezlerinin çoğalması ve bilginlerin geğişik bölgelere dağılması sebebiyle, Sahabe devrindeki istişâre kolaylıkları büyük ölçüde ortadan kalkmış bulunuyordu.²

Bu durumda, icmâ kavramının başlıca iki anlamı ile karşı karşıya gelinmiş oluyordu. Biri, Medinenin hemen tek ilim merkezi olduğu dönemde bilginlerin ileri gelen ve çoğunluğunu teşkil eden tabakası arasında gerçekleşen fikir birliği ("vâkıf" anlam); diğeri, bütün beldelerdeki bütün bilginlerin katıldığı fikir birliği ("zâtî" anlam).³

İşte, Mâlik b. Enes, kavli veya amelî, nakli veya ictihâdi farkı gözetmeksizin, icmayı "vâkıf" anlamıyla kaynak olarak alıyordu. Ancak bu anlamda icmânın ictihâdi olan şekli üzerinde durulması gerekir; zira bizzat mâlikî doktrin içinde bu konuda fikir ayrılıkları vardır.⁴ Biz konunun bu yönünü "amelî ehli'l-Medine" paragrafında ele alacağız.

1. Devâlibî, Usûl, 334; Baltacı, Menhecü Ömer, 447-448.

2. Devâlibî, Usûl, 334-335; Şafak, "İslâm Hukukunda Kaynaklar", 5.

3. Devâlibî, Usûl, 335-336.

4. Devâlibî, Usûl, 336-338.

Şâfiî ise, icmâî "zâtî" anlamıyla alıyor, fakat bu anlamda icmânın da sadece kavli olan seklini muteber sayıyordu.¹

İyi incelendiğinde Ahmed b. Hanbal'in de bu konuda üstadı Şâfiî'yi tabi ettiği anlaşılmalıdır.²

Daha önce belirttiğimiz gibi, Ebû Hanîfe'nin bu konudaki anlayışını tam tamına aksettiren açıklamalar bulunmamakta³, hanefî usûlcüler tarafından doktrine hâkim olan görüş, icmanın "zâtî" anlamıyla alınması, fakat Şâfiî'den farklı olarak kavli olma şartının aranmaması şeklinde intikal ettirilmektedir.⁴

Kendi anlayışlarına göre, gerçekten üzerinde icmâ edilmiş ve hele bunlardan tevatür yoluyla intikal ettirilmiş konuların son derece sınırlı bulunmasına⁵ karşılık, usûlcülerin, doktrin kurucularının ulaştığı fer'i hukukî sonuçları ve onlardan nakledilmiş bazı sözleri esas olarak icmânın teorisini ortaya koymaya çalışırken, bir takım aşırı teorik tartışmalara girdikleri görülmektedir. Bunun en açık sebebi ise, IV/X. asırdan itibaren, hukukçuların ne muvâfakat ne muhâlefatlarının önem taşımadığının, yani icmânın temelini teşkil eden ictihad müesse-

1. Devâlibî, Usûl, 338-340.

2. İbn Kayyim, İllâm, I, 30; Ebû Zehrâ, İbn Hanbal, 264-266; Devâlibî, Usûl, 340.

3. Baltacı, Menâhic, I, 334,339.

4. Devâlibî, Usûl, 340-341.

5. Cüveynî, Burhân, II, 743. Bu açıdan Hanefî usûlüne hâkim olan sukûtî icma yolu istisna edilebilir. Fakat bu konuda da tikanlıklara yol açan bir kuralın varlığına daha önce işaret edilmişti. bkz. s. 33, 45.

sesinin ve dolayısıyla icmâ müessesesinin artık fiilen işlemez hale geldiğinin kabulü¹ olmalıdır.

İcma müessesesinden hukukun gelişmesi açısından çok şey beklenip beklenemeyeceği, bu müesseseye ne şekilde işlerlik kazandırılabilirliği konusundaki görüşler² bizim araştırma sınırlarımız dışında kaldığı için bunların tartışmalarına girmiyoruz.

1. Milliot, Introduction, 132,133. Cüveynî, icmada müctehid olmayanların dikkate alınmayacağını, müctehidlik ile mukalidlik arasında üçüncü bir merteye bulunmadığını açıkça söylemektedir. bkz. Şurhân, I, 687.

2. bkz. Goldziher, Le Dogme, 46 v.d.; Macdonald, "İcmâ", İA. V-2, 927; Hallâf, Usûl, 49-50; Atay, Felsefe, 196, d.n. 66; Zeydân, Vecîz, 162; Baltacı, Menâhic, II, 831; Bernard-Baladi, "L'İcmâ^c critère de validité juridique", 78-79.

§:3- K I Y A S

I- İslâm Hukuk Literatüründe Kıyas Kavramı

1- Genel Olarak

Lügatte " k i y â s ", ölçmek, eşitlemek anlamlarına gelir.¹ Kıyas için değişik tarifler yapılmış, her biri tenkitlere tâbi tutulmuştur. Bunlar arasında, müteakillînin metodu ile kaleme alınmış usûlî eserlerinde genellikle benimsenen, Bâkıl-lânî'nin şu tarifidir: " Bir hüküm veya sıfatı isbât veya nefyetme bakımından ikisi arasında birleştiren bir durum (sebsbi) ile, bir hükümü her ikisi için isbât yahut nefyetme konusunda bir bilineni (başka) bir bilinene hamletmektir". Bu tarifte, kıyâsın sadece nev'îler hakkında söz konusu olduğu sonucuna varılmaması (çünkü "el-nev'ûdât" gerekse "el-ma'dûmât"ta söz konusu olabileceğini belirtmek) için, "... bir şeyi...bir şeye hamletmektir" denmediği özellikle ifade edilmektedir.² Şa-ner tarafından, aynı tarifin: " Kıyas, bir hüküm veya sıfatı isbât veya nefyetme bakımından aralarındaki ortak (câmi') bir sebep (illet)ten ötürü belli bir şeyi (ma'lûm), belli bir şeye

1. Pezdevî, Usûl, III, 267; Buhârî, Kesf, III, 267.

2. Cüveynî, Burhân, II, 745-746; Gazzâlî, Mustasfâ, II, 228-229; Buhârî, Kesf, III, 268-269. İbn Hazm'in bu tarif hakkındaki şiddetli tenkitleri için bkz. İnkâm, 929. Bu tarifte yükseltilen itirazlarla birlikte başka tarifler için bkz. Şevkânî, İ. Fuhûl, 198.

(ma'luma) hamletmektir" şeklinde tercüme edilerek verilmesi,¹ sözü geçen yazarların üzerinde ısrarla durdukları bu nüansı ihlâl edici görünmektedir.

Fukahâ metodu ile kaleme alınan usûl eserlerinde kıyâs tarifi ile ilgili bir tesbitimize , bu paragrafın son başlığı altında yer vereceğimize², burada tekrarında fayda görmüyoruz.

Kıyasa mecaz yollu " nazar " ve "ictihâd" da denir.³ Şâfiî ve İbn Ebî Hurayra gibi bazı bilgünler, kıyâs ile ic-tihâdın aynı olduğunu söylemişlerse de, ictihâdın daha geniş bir anlam taşıdığı usûlcülerin çoğunluğu tarafından kabul edil-mektedir.⁴

Usûl eserlerinde inceden inceye işlenen ve "edillstü'l-ahkâm" içinde genellikle icmâ'dan sonraki sırayı tutan kıyâs, yukarıda tarifi verilen kıyâs'dır. Fakat İslâm hukuk litera-türünde kıyâs kavramının sadece bu tür kıyâs ile sınırlandırılması mümkün değildir. Özellikle, kıyâsın metodolojik rol-leri ele alındığında kıyâs kavramının iyi tahlili edilmesi za-rûretini, kendini açıkça hissettirmektedir. Biz için bu yönünü de sözünü ettiğimiz esliğe bırakmakla birlikte⁵, hem bir ön fikir

1. bkz. Şensur, Kıyas, 67-68.

2. bkz. s. 123-125.

3. Rendeuf, Usûl, III, 257; Serahaf, Usûl, II, 143.

4. Krş. Şâfiî, Risâle, s: 1323-1324; Suhâri, Kesf, III, 268; Gazzâlî, Muhtasafâ, II, 229. Bu konuya ikinci cölüm-de ayrıca temas edilecektir.

5. bkz. s. 122-123.

sağlaması hem de sözü edilen paragraf için hazırlık teşkil etmek üzere müteakip alt başlıkta, mutlak anlamda kıyâs çeşitleriyle yukarıda tanımı verilen kıyâs'ın, kendi içindeki çeşitlere kısaca yer vereceğiz.

2- Kıyâs Çeşitleri

Geniş anlamda kıyâs, kısaca, genel bir tarzda muhâkeme (akıl yürütme, raisonnement) demektir. Hukuk dilinde ise kıyâs, özel bir anlama sahiptir.¹ Gerek mantıkî kıyâs, gerekse fıkhi kıyâs, birer akıl yürütme yolu olmakla birlikte; birincisi, dedüksiyon'un en mükemmel şekli olarak kabul edilmiş ve klâsik mantığın esasını teşkil etmiş, ikincisi ise, klâsik mantıkçılardan fazla önem vermesine karşılık, İslâm hukukçularınca, hukuk kaynakları arasına yerleştirilmiştir.² Mantıkî kıyâstakinin aksine, fıkhi kıyâs'ta öncüllerin tertibi işlemi şart değildir. Mantık dilinde fıkhi kıyâs'ta analogi (analogie, temsil) da verilir.³

Bu açıklamalardan, hukuk literatüründe kıyâs kavramının, sırf cüz'iden cüz'iyeye geçiş tarzında akıl yürütmeyi ifade ettiği sonucuna varılmamalıdır. İslâm hukuk literatüründe yer alan ve topluca "kıyâsât-ı fıkhiyye" diye bilinen kıyâsları, önce iki ana gruba ayırmak gerekecektir: Bunlardan birincisi, "kıyâs-ı fukahâ", "kıyâs-ı usûlî" diye anılan ve "edillatü'l-ahkâm"

1. Chehata, "Logique juridique", 19.

2. Ünar, K.Mantık, 97, 161-162; Chehata, "Logique Juridique", 19.

3. Seyyid Nesib, F.H. Esâsâtı, 9; Ünar, K.Mantık, 161.

içinde genellikle dördüncü sıraya yerleştirilen kıyâstır ki, işte cüz'iden cüz'iyeye geçişi ifade eden ve usûl eserlerinin "kıyâs" bahsine konu olan kıyâs budur. İkincisi ise, "asl", "kâide", "mâ'kûl", "muktezâ-yı delîl" anlamındaki kıyâstır. "Duyûn emsâli ile kaza olunur", "mâkdûru't-teslîm olmayan malın bey'i bâtıldır" gibi tümevarım (istikrâ) yoluyla tesbit edilen genel fıkıh kuralları ve bu kurallara vurmak suretiyle hukûkî bir olay hakkında sonuca varılması, bu nevi kıyâsı ifade eder.¹

Usûlcülerin kıyâs'ı, modern hukuktaki "kanûnî kıyâs"ı (gesetzesanalogie)², genel kurallara göre yapılan ikinci grub kıyâs ise, "hukûkî kıyâs"ı (rechtsanalogie) kuvvetle andırmaktadır.³

Usûl eserlerinin çokca meşgul olduğu kıyâsın çeşitleri üzerinde bir birliğe varılmadığı gözlenmektedir. Şiddetli tartışmaların detayları ve farklı görüşler yığını içinde kayboluvmadan yapılan dikkatli bir inceleme ile, ihtilâfların daha çok kullanılan ifâzılarda ve terim birliğine varılamemiş olmasında düşümlendiğinin tesbit etmek mümkün olmaktadır.⁴

Biz burada bu tartışmaların detaylarına inmeksiz, usûl eserlerindeki kıyâs çeşitleri ile ilgili belli başlı terimlere kısaca temas edeceğiz.

1. Sayyid Nesîr, F.H. Esâsâtı, 12-13.

2. Chabata, "Logique Juridique", 22.

3. Şener, Kıyâs, 113-114. Bu iki kıyâs çeşidi hakkında bkz. Gény, Méthode d'interprétation, I, 308 v.d., II, 131; Çağal, Hukuk ve Hukuk İlmi, 246-247; Örsünay, Medenî Hukuk, 205-207.

4. Şelebî, Ta'îlîl, 217 v.d., 227-230.

Şâriî'nin kıyâs taksimine bu paragrafın son başlığı altında temas edileceğinden, burada tekrarında fayda görmüyoruz.¹

Görebildiğimiz ^{→ kadaryla} mütakellim'in metodu ile yazılmış usûl eserleri içinde kronoloji itibâriyle ilk sırayı tutan İbn Fûrek'in (v. 406/1015) "Mukaddime fî nûket min usûl'l-fikh"ında kıyâs şöyle bir taksime tâbi tutulmaktadır:

a) Kıyâsu'l-ille: Hükümün şer'an kendisine bağlandığı illet vasıtasıyla fer'in asla hamledilmesi. Bu da üç kısımdır:

aa) Celî: İletî nass ya da icmâ ile sâbit olan.

bb) Zâhir: İletî nass tarafından açıkça gösterilmekle beraber, nassteki lâfızdan kolayca anlaşılana².

cc) Hafî: Hükümün sevkine sebep olan illetin istinbât yoluyla tesbit edildiği kıyâs.

b) Kıyâsu'd-delâle: Şer'an vaz edilmiş illete bağlanmaksızın, fer'in asla şebeh(benzerlik) yönünden hamledilmesi.

Yine bu da üç kısımdır:

aa) Fer'in nevilerinden birinin hükmünü elde edip asla ircâ etmek.

bb) Fer'deki hükümün asl'daki hükme benzemesi halinde onu asl'a ircâ etmek.

cc) Asl'daki hükümün fer'de de bulunması hâlinde bunu asl'a ircâ etmek.³

1. bkz. s. 118-120

2. Müellif, bu maddede bizim ifade ettiğimiz tarzda bir açıklama yapmamakla beraber, verdiği misal ile, kanaatimizce bunu anlatmaya çalışmaktadır.

3. İbn Fûrek, Nûket, 10-12.

Âmidî tarafından, kıyâs beş şekilde taksime tabi tutulmaktadır¹. Bunlardan, mütakallimîn metodu ile kaleme alınan eserlere hâkim olan "illet" açısından kıyâs taksimi şöyledir:

a) Kıyâsu'l-ille: İletti açıkça belirtilen kıyâs.

b) Kıyâsu'd-deliâle: İlet zikredilmemekle beraber illetin ayrılmaz bir vasfı zikredilmiş olan kıyâs.

c) el-Kıyâs fî ma'ne'l-asi: Ne illet ne de illetin ayrılmaz bir vasfı zikredilmemekle birlikte, aralarında farkın bulunmadığının tesbiti ile asi ve fer'in birleştirilmesi kıyâsı.²

icâbî veya selbî oluşuna göre de kıyâs iki kısma ayrılmaktadır:^{a)} Asi'in illeti kendinde sâbit olduğu için, fer' de de hükmün isbâtını gerektiren kıyâsa, "kıyâsu't-tard"; b) Asi'in illetini taşımadığı için fer'den hükmün nefyedilmesini gerektiren kıyâsa "kıyâsu'l-eks" denmektedir.³ Bunlardan birincisi kısaca, "el-Cem' bayne'l-mütamâsileyyn", ikincisi ise, "el-fark bayne'l-muhtelifeyyn" şeklinde ifade edilmektedir.⁴

Bazı eserlerde, a) Kıyâsu'l-ille, b) Kıyâsu'd-deliâle (istidlâl), c) Kıyâsu'ş-şebeh şeklinde bir taksime de rastlanmaktadır.⁵

"Şebeh" kıyâsı, kıyâs bahsinin en çekişmeli konularından birini teşkil etmektedir. Şevkânî, Cüveynî; bunun tarifini mün-

1. Âmidî, İhkâm, IV, 3-5.

2. Âmidî, İhkâm, IV, 4-5; İbn Hümâm, Tahrîr, III, 221-222; Şevkânî, İ. Fuhûlî, 222; Şelebî, Ta'îlîl, 227-228.

3. İbn Kayyım, i'îâm, I, 150.

4. Ebû Zehrâ, Ahmed b. Hanbel, 270.

5. Cüveynî, Varekaot, 199 v.c.; İbn Kayyım, i'îâm, I, 133-134

kün değildir, demiştir" şeklinde kesin bir ifade kullanıyorsa da¹ Cüveynî'nin kendi eserinde gördüğümüz göre O, bu konuda çok esaslı bir tarif verilemediğini söyleyip "fakat, (biz bunu) açıklığa kavuşturmaktan vaz geçmeyeceğiz" demektedir ve eksik bulunduğu tariflere katkıda bulunmaya çalışmaktadır.²

Şebah kıyâsı için şöyle tarifler verildiği nakledilir:
" Kesinlikle belirlenme cihetine gitmeksiz, hükmün gerekçesi olan hikmeti taşıdığı kanaatini uyandıran bir vasıftan ötürü fer' ile asl arasını birleştirmektedir"

" Fer'in asl'a bir çok vasıflarda benzerlik göstermesidir; fakat fer'in aala benzediği bu vasıfların aslın hükmünün illeti olduğu kanaatine varılmaksızın."³

Bazı Şâfiî ve Mâlikî bilginler ile Hanefîler ve bir rivâyete göre Hanbelîler, şebah kıyâsını sahih saymazlar. Şâfiîlerin ve Mâlikîlerin ekseriyeti ile -bir rivâyete göre- Hanbelîler şebah kıyâsını muteber sayarlar. Benzerlik vasfının nass veya icmâ ile sâbit olması şartını arayan üçüncü bir görüş de vardır.⁴

Şebah kıyâsını kabul edenler arasında da benzerlik yönlerinin tercihleri ile ilgili çekişmeler vardır.⁵

İbnü'l-Embârî'nin "Usûl meseleleri içinde bundan daha

1. Şevkânî, i. Fuhûl, 219.

2. bkz. Cüveynî, Burhân, II, 859 v.d.

3. Şevkânî, i. Fuhûl, 219.

4. Cüveynî, Burhân, II, 870-871; Serahsî, Usûl, II, 113; Bağdâdî, Kavaidü'l-usûl, 130; Şevkânî, i. Fuhûl, 220; Şelebî, Ta'lîl, 231.

5. bkz. Şelebî, Ta'lîl, 230.

karmaşık bir mesele görmüş değilim"¹ şeklindeki ifadesi, şebâh kıyâsı üzerinde ileri sürülen görüşlerin ve yapılan tartışmaların çokluğu hakkında yeterince bir fikir verse gerektir.²

Usûl eserlerinde çok sık raslanılan celif kıyas ile harrî kıyâs ayırımı, genel olarak, yapılan kıyâsın kuvvet ve açıklık derecesini ifâde etmektedir. Fakat bunun farklı şekillerde izah edildiği görülmektedir. Müktevellimin metodu ile yazılan eserlerde karşılaşılan başlıca izah tarzları şunlardır:

a) İllat kıyâsında eğer illet nass ya da icmâ ile sâbit ise, buna "celî", istinbât yoluyla tesbit edilmişse buna "haffî" kıyâs denir.³

b) Asl ile fer' arasında fark bulunmadığına kesin nazariyle bakılabiliyorsa, buna "celî", bakılamıyorsa "haffî" kıyâs denir.⁴

c) İllatin fer'de gerçekleşme derecesine bakılır: İllat fer'de asl'dakinden daha kuvvetli ve açık ise, buna "celî", asl'daki kadar kuvvetli değilse, "haffî" kıyâs denir. Bu açıdan yapılan ayırmada celif kıyâsı "el-kıyâs el-evlâ", haffî kıyâsı ise, "el-kıyâs el-edvan" veya "el-kıyâs el-ednâ" isimleri de verilmekte, bu iki kısmın arasına, asl ve fer'de illatin aynı kuvvete sahip oluşunu ifade etmek üzere "el-kıyas el-müsâvî" kısmı ilâve edilmektedir. Şu kadar var ki, bu anlamda celif kıyâs

1. Şevkânî, i. Fuhûl, 219.

2. Şebâh kıyâsı, kabul ve reddedenlerin delilleri, doktrin sahiplerinin şebâh kıyâsını bilfiil kullandıkları hakkında bkz. Gazzâlî, Mustasfâ, II, 310-318; Şelebî, Yâ'îfî, 233-238.

3. İbn Fûrek, Müket, 10-11.

4. Amidî, İnkâm, IV, 3-4; İbn Hümâm, Tahrîr, III, 221; Şevkânî, i. Fuhûl, 222.

(el- kıyâs el-evlâ) bazı bilginlerce kıyâs olarak kabul edilmekte, "nassin delâleti" veya " fahva' n -nass" terimiyle yorumu ma dâhil edilmektedir.¹

d) Bazı şâfiî bilginlerce (İbn Şurayh gibi), hüküm illeti olan "ma'na" bakımından fer'in asl ile tamamen uyduğu kıyâsa ("kıyâsu' lilla") celi kıyâs, fer'in iki asl ile de benzerlik taşıyıp onlardan en uygununa ilha edildiği kıyasa ("kıyâsu' ş-gebeh") hafi kıyâs adı verilmektedir.²

Hanefî literatüründe ise, bu ayırımın en belirgin izahı şöyledir: " İlk akla gelen (açık, zâhir) fakat gerçek benzerliği yansıtmayan (" mâ de'ûfe te'sîruh") kıyasa, celi kıyâs, ilk olarak akla gelmeyen (gizli, hafi) fakat gerçek benzerliği yansıtan kıyâsa ("mâ kavâ egeruh") hafi kıyas ya da " istihsân" denir.³ Hanefî usûlcülerce celi kıyâs-hafi kıyâs ayırımına gitme ihtiyâcının istihsânı kıyâs içine katmak düşüncesinden kaynaklandığı görülmektedir.⁴ Hanefî usûlcü Cessâs'ta henüz bu iki tür kıyâs için celi-hafi ayırımına raslanmamakta, U. Hanefîlerin aynı ayırımındaki hafi kıyâs için sadece " fer'in iki asl arasında çelişmesi" demektedir.⁵

Her halükârda gözöncünde bulundurulması gereken bir nok-

1. Cessâs, Usûl (yzm.), v. 267^b; Ebû Zehra, Metodoloji, 23

2. Gazzâlî, Mustasfâ, II, 131; Devâlibî, Usûl, 231-232.

3. Serahî, Usûl, II, 203; Mabsût, X, 145; İbn Hümâm,

Tahrîr, III, 222.

4. Euhârî, Keşf, IV, 13.

5. Cessâs, Usûl (yzm.), v. 204^b. Cessâs, celi-hafi kıyâs ayırımına, düşünmeye ihtiyâç gösterip göstermeme açısından yapılan ve evleviyet anlamını taşıyana "celi" adı verilen fakat kendilerinin benimsenmeyen bir ayırım olarak işaret eder, Usûl, v. 257.

ta var ki, bu da, bu konuda yapılan ayırımlar ve kullanılan terimlerin, şahıslara ve bakış açılarına göre farklılıklar taşıdığı, tartışmaların bunlar üzerinden sürdürüldüğüdür.¹ Nitekim, Gazzâlî, usûl ile ilgili güçlü eseri "Mustasfâ"da, meselâ şebek kıyâsı hakkındaki farklı görüşlerin ve tartışmaların naklini pek faydalı görmediğinden, bundan vaz geçtiğini söylerken, herhalde bu noktayı imâ etmektedir.²

II- Kıyâsın Unsurları Ve Unsurlarda Aranılan Şartlar

1- Kıyâsın Unsurları

Aşağı yukarı birbirine yakın bir sistematiğin yerleşmesinden sonraki usûl eserlerinde, kıyâsın unsurları ("erkânul-kıyâs") genellikle dört madde hâlinde gösterilmekte ve sonra her bir unsur için aranılan şartlar zikredilmektedir. Klâsikleşen bu üslûba, kronolojik sıra itibarıyla ilk raslayabildiğimiz eser Gazzâlî'nin el-Mustasfâ'sıdır.³ Cüveynî'nin el-Burhân'ında kıyâs tanımları ve kritikleri yer almakla birlikte rükünlerine özel olarak temas edilmesine raslayamadık; fakat "el-Varakaat"ında verdiği özlü tarif, bu dört unsurun ifâdesinden ibâret olduğu gibi, arkasından sırayla her bir unsurun şartlarını (rükün lafzı kullanmaksızın) ele aldığı da görülmektedir.⁴ Fukahâ ma-

1. bkz. Şelebî, Ta'lîl, 230.

2. Gazzâlî, Mustasfâ, II, 318.

3. bkz. Gazzâlî, Mustasfâ, II, 325 v.d.

4. bkz. Cüveynî, Varakât, 197, 204 v.d.

todu ile kaleme alınan ilk eserlerden Debûsî, Serahsî ve Pezdevî'nin eserlerinde ise "rükûn" başlığında tek unsur olarak " illet " gösterilmektedir.¹

Klâsikleşen Usûb'a göre kıyâsın dört unsuru şunlardır²:

a. Asl (el-makîs aleyh, el-mahmûl aleyh, el-müşebbeh bih): Bu unsurdan neyin kasdedildiği konusunda farklı görüşler vardır.³

aa. Kıyâs edilen konuda hükmü bildiren kaynak anlamındadır.

bb. Hakkında kıyas hükmünün sabit olduğu şey anlamındadır.

cc. Nass mevkiinde eâbit olan hüküm anlamındadır.

Semerkandî, bu görüşleri naklettikten sonra "hepsi de doğrudur" demektedir.⁴

b. Fer' (el-mukîs, el-mahmûl, el-müşebbeh): Hüküm ta'diye ettirileceği mesele.

c. Aslın hükmü: Aslın fer'a geçirilecek hüküm.

d. Ortak illet: Hem asl'da hem fer'de bulunması gereken vasıf.

Kıyâs ile fer' için sabit olan hüküm ise, kıyâs işlemi-

1. Pezdevî, Usûl, III, 344; Serahsî, Usûl, II, 174; Debûsî, Takvîm(yzm.), v. 119^a.

2. Gazzâlî, Mustasfâ, II, 325; Amidî, İhkâm, III, 176-177; Şevkânî, İ. Fuhûl, 204.

3. Şevkânî, İ. Fuhûl, 204.

4. Semerkandî, Kıyâs(yzm.), v. 177^a.

nin sonucudur; yoksa unsurlarından sayılmaz.¹

Kıyâs işlemleri, bilinen bir hükmü, aynı illeti taşıyan başka bir olaya (fer') geçirmek olduğuna göre, o hükmün bulunduğu kaynağın bir unsur olarak zikri kanaatimizce yerinde olmaktadır. Kıyâsta esas alınacak hükmün, hangi çeşit kaynakla sabit olması gerektiği, o hükmün şartını teşkil eder; yoksa kıyâs işleminin unsuru olarak telakkî edilmemek gerekir. Nitekim, asl ve asl'ın hükmü ayrı ayrı unsurlar olarak gösterildiği halde, bunların şartları ele alınırken, ikisinin tek unsuru ifade ettiği meydana çıkmaktadır.² Bir fikhî kıyâs işlemi (analogie, temsil) için gerekli olan unsurlar³ dikkate alınırca, "asl"ın yukarıda nakledilen üç görüşten ikincisi ile izahı uygun olacaktır. Fakat biz, usûl eserlerinde genellikle riâyet edilen üslûbu esas alarak, "asl" ı hükmün kaynağı anlamında inceleyeceğiz.

2- Kıyâsın Unsurlarında Aranılan Şartlar

Genel olarak, kıyâsın şartları, kıyâsın unsurlarında ("erkân") aranılan şartların dışında kalmaz. Bu bakımdan her bir unsura ait şartların ayrı ayrı incelenmesi daha uygun olmaktadır.³ Şu kadar var ki, bu metodla kıyâsın şartlarını inceleyen usûl eserleri arasında birlik bulunmadığı gibi, aynı eser-

1. Amidî, İhkâm, III, 176-177.

2. bkz. Gazzâlî, Mustasfâ, II, 325 v.d., 331 v.d.; Amidî, İhkâm, III, 176-177, 178 v.d.

3. Ali Sedîd, Mizân, 97-98; Öner, K. Mantık, 161-162.

4. Amidî, İhkâm, III, 177.

larda tedâhül ve tekrarlara da raslanmaktadır.

Sırf fukahâ metodu ile kaleme alınmış usûl eserlerinde ise, kıyâsin şartları, her bir unsura göre ele alınmayıp, genel tarzda incelenmektedir.

Esâsen bu şartların bir kısmı, geçerli sayılabilecek bir kıyâs işleminde aranacak şartlar (sihhat şartları), bir kısmı ise, kıyâsin sahasını ifade eden şartlar (cevaz şartları)dir. Biz bu başlık altında kıyâsin unsurlarında aranan belli başlı şartlara -her iki metoda göre yazılmış usûl eserlerini görününde tutarak- genel tarzda yer verecek, ayrı bir başlıkta da kıyâsin sahasını tayin eden şartları özel olarak inceleyeceğiz. Ancak, kıyâsin her bir unsurunda aranan şartların usûl eserlerinde ele alındığı ölçüde detaylarına girilmeyecek, mümkün olduğu kadar genel bir fikir vermeye ve önemli görünen birkaç şart üzerinde durulmaya çalışılacaktır.

a. Asl'da aranan şartlar

Asl'ın, naklî bir delil olması şartı genellikle zikredilmektedir. Nassların yanısıra icmâ da, kıyâsta esas alınacak delil olarak kabul edilmekte¹; bununla beraber icmâ'nın müsteredi olan nass bilinmedikçe icmâ üzerine kıyâs yapılamıyacağı yönünde görüşten de bahasılmaktadır.²

Kıyâs yoluyla elde edilmiş bir hükmün yeni bir kıyâs

1. Cessâs, Usûl (yzm.), v. 274^B; Gazzâlî, Mustasfâ, II, 325.

2. Şevkânî, i. Fuhûl, 205. Asl'ın diğer şartları için bkz. Gazzâlî, Mustasfâ, II, 325-329.

için asl olup olmayacağı ise, tartışmalıdır. Usûlcülerin çoğu -na göre, kıyasla elde edilen hüküm başka kıyâs için asl olamaz. Zira ikinci kıyâsta fer'i asla bağlayan illet aynen birinci kıyâsın illetiyee, ikinci kıyâs zaten birinci asla göre yapılmış olur; bu durumda dolaylı kıyâs yapmak, işi uzatmaktan başka bir şey değildir.¹ Cessâs ihtilafı bir konu olduğuna işâretle birlikte, kıyâs yoluyla elde edilmiş bir hükme kıyâs yapılabileceğini söylemektedir.²

İbn Rüşd (el-cedd), asl'ın hükmü fer'a geçirildikten sonra artık fer'in de asl haline geleceğini ve bundan çıkarılacak illet ile başka bir fer'a hükmü geçirilmesinin mümkün olacağını savunmaktadır. Kıyas'ın, yalnız Kitab, Sünnet ve İcmâ üzerine yapılabileceği görüşünü hatalı sayan İbn Rüşd, bunların birinci derecede kaynak olduğunu, bunlara doğrudan kıyâs imkânının bulunması hâlinde elbette öncelikle bu yola gidileceğini kabul etmekte, fakat ortaya çıkan yeni olaya doğrudan bunlara bağlamak mümkün olmayınca eğer kıyâsle elde edilmiş sonuca bağlama yolu bulunabiliyorsa, bunun yapılması gerektiğini ve bu işlemin ilânihâye devam edebileceğini söylemektedir.³

Sözü geçen Mâlikî İbn Rüşd'ün, bu görüşü Mâlik b. Enes ile O'nun bütün tâbilerine açıkça izâfe etmesine ve Mâlikî doktrininde bu noktada bir görüş ayrılığı bulunmadığını ifade etmesine⁴ ve yine Cessâs'ın yukarıda belirtildiği üzere kıyâs üzeri-

1. Gazzâlî, Mustasfâ, II, 325; Şevkânî, i. Fuhûl, 205.

2. Cessâs, Usûl (yzm.), v. 274^a.

3. İbn Rüşd (el-cedd), Mukaddesât, I, 22.

ne kıyâsı kabûlüne karşılık, Chehata'nın hiç bir kaynak göstermeksizin " işâret olunmalıdır ki, Hanefîler ve Mâlikîler, kıyâs vasıtasıyla elde edilmiş sonucun temel alınarak yeni bir kıyasa gidilemeyeceğini kesinlikle açıklarlar. Kıyâs üzerine kıyâsın değeri yoktur. Şâfiîler ve Hanbelîler bunu kabul etseler de bu daima, ancak cüz'î olaydan başka bir cüz'î olaya geçiş için olacaktır.¹ tarzındaki iddiası çok garib görünmektedir. Zaten hemen bir paragraf önce, İslam hukuk literatüründeki kıyâsın, cüz'î bir olaydan, başka cüz'î bir olaya geçişi sağlamaktan ibâret bir işlem olduğunu ileri sürsün² yazarın, burada Şâfiî'lere ve Hanbelî'lere kıyâs üzerine kıyâsı kabul ettikleri görüşünü izâfe ederken "ancak cüz'îden cüz'îye geçiş için" kaydını koyması da başka bir tuhafliğe yol açmaktadır.

Kıyâs yoluyla elde edilmiş sonucun makîsun aleyh (asl) olmasının faydası bulunmadığı, zira yine birinci makîsun aleyhin illetinde birleşilebileceği yönündeki tenkide karşılık Ebû Zehrâ, bu yolun pratik faydalarını şöyle sıralamaktadır:

a) Mâlik b. Enes, karşılaştığı olayı bizzat hamledebileceği nass bulamayınca, Sahabe'nin kıyâs ve istinbât yoluyla verdiği hükme kıyâs ediyordu; tabii bu, Sahabe'nin nassa kıyâs yoluyla elde ettiğini bildiği fakat kendisinin nassa hamledeemediği koularda oluyordu.

b) Müctehid, birinci kıyâsın aslını araştırma külfetinden kurtulmakta ve böylece kıyâs kapisinde bir genişlik meydana

1. Chehata, "Leanique Juridique", 20.

2. Chehata, "Leanique Juridique", 19.

gelmektedir.

c) Bir doktrine bağlı kalarak, ortaya çıkan yeni meselelerin çözümü ("tahric") yolu genişletmekte ve hukukun tekâmülü kolaylaştırmaktadır.¹

Kıyâs yoluyla elde edilmiş bir hükmün yeni bir kıyâsı asl'le olabileceği yönündeki azınlık görüşü, bazı eserlerde bir kısım Hanbelî ve Mu'tezilî bilginlere izâfe olunmaktadır.²

b. fer'de aranan şartlar

aa. Hakkında nass bulunmamalı

Bu şart kıyâsın sahâsı ile ilgili olduğu için bunu, bir sonraki başlık altında inceleyeceğiz.³

bb. Aslin illeti kendisinde gerçekleşmiş olmalı (ma'â'l-fârik olmamalı)

Kıyâs, aralarındaki illet birliğinden ötürü, fer'a da asl'in hükmünü vermek olduğuna göre, elbette geçerli bir kıyâs işlemi için, asl'e bağlanan hükmün illetinin fer'da da bulunması gerekecektir.⁴ Nitekim "kıyâs" kelimesinin, lügette hem geçerli (sahih) hem geçersiz (fâsid) kıyâs için kullanıldığı, birleştirici unsurun (câmi', illet) hükümde birliği gerektirici tarzda olma-

1. Ebû Zehrâ, Mâlik, 347-348 .

2. bkz. Şevkânî, i. Fuhûl, 205.

3. bkz. s. 95.

4. Cüveynî, Varakaat, 204-205 ; Şevkânî, i. Fuhûl, 209.

ası ile kıyâsın geçerli olacağı Gazzâlî tarafından açıkça ifade edilmektedir.¹

Ancak, illetin fer'de aynen var olduğuna kesin nazarıyla bakılabilmesi şartı tartışılmıştır. Bir grub usûlî, fer'de illetin varlığının kesinliği şartına koşmuşlardır.² Ekseriyet ise, zana ile yastinilebileceği görüşündedir.³ Gazzâlî, kesinlik şartının aranmasına karşı çıkmakta, zannın yeterli olacağına dair misaller vermektedir.⁴

cc. Fer'in sübûtu asl'dan önce olmamalı

Gazzâlî'nin tartışılabileceğini söylediği bu şartın, verilen misâl gözönüne alındığında, uygulama alanının çok dar bir şart olduğu anlaşılmaktadır.⁵

cd. Fer'in hükmü aslin hükmüne göre farklılık taşınamamalı

Asl'ın hükmünün aynen ne fazlalık ne eksiklik olmaksızın fer'in de hükmü olması gereği bir şart olarak zikrediliyorsa da⁶, kanaatimizce, fer'in hükmü kıyâs işleminin sonucudur; bunun ne unsurlar ne de usurların şartları arasında zikri zâittir.⁷

1. bkz. Gazzâlî, Mustasfâ, II, 228.

2. Şevkânî, İ. Fuhûl, 209.

3. Şevkânî, İ. Fuhûl, 209.

4. Gazzâlî, Mustasfâ, II, 330.

5. bkz. Gazzâlî, Mustasfâ, II, 330; Âmidî, İhkâm, III, 232-233; Şevkânî, İ. Fuhûl, 209.

6. Gazzâlî, Mustasfâ, II, 330; Şevkânî, İ. Fuhûl, 209.

7. Âmidî, İhkâm, III, 177; Zeydân, Vecîz, 164. Fer'de aranan diğer şartlar için bkz. Gazzâlî, Mustasfâ, II, 330-331; Âmidî, İhkâm, III, 230-233.

c. Aslın hükmünde aranan şartlar

aa. Şer'î bir hüküm olmalı

Usûlcüler lügat(dilbilim), tıp v.b. konulardaki kıyasın şer'î bir kıyas olamayacağı konusu üzerinde ısrarla durmaktadır.¹

bb. Aslın hükmü kıyas kanunlarına aykırı olmamalı

Kıyas kanunlarına aykırı hükümler, istisnâî olup olma- ma, illeti akılla kavranılab kavranılamama bakımından ayrımlara tâbi tutulmaktadır.² Manefî usûlcülerce, belli kişi veya konulara mahsus ("muhtassan bih" ve "ruhsat") olmama şeklinde ifade edilen şartlar ve tsabhudî hüküm olmama şartı, bu çerçevede düşünülebilir. Bunlara kıyâsın sahâsı başlığı altında temes edilecektir.³

cc. Ta'lilden sonra eeki hali üzere kalmalı⁴dd. Hükümün ta'lili nassın lafzını iptâl edici olmalı⁵

d. illette aranan şartlar

aa. "İllet" kavramı

Terim olarak "illet", kısaca, nassın hükmü kendisine

1. Cessâs, Usûl(yzm.), v. 268^b, 269^b-271^a; Serahsî, Usûl, II, 150, 155-158; Gazzâlî, Mustasfâ, II, 331; Amidî, İhkâm, III, 179.

2. Gazzâlî, Mustasfâ, II, 326-329; Amidî, İhkâm, III, 179.

3. bkz. s. 97-99.

4. Cessâs, Usûl(yzm.), v. 268^a, 269^b; Debûsî, Takvîm(yzm.), v. 119^a, 122^a-122^b; Serahsî, Usûl, II, 150, 165-170; Semerkandî, Mizân(yzm.), v. 186^a.

5. Serahsî, Usûl, II, 150, 170 v.d.

Bağlanmış olan mana demektir.¹ "Dallî", "nazar", ve "kıyâs" kelimelerinin de illet anlamında kullanıldığı olur.² Şâri' tarafından konan illetlere "el-^cilelû'l-vağ'ıyye", ictihad ile teşhîh edilenlere ise "el-^cilelû'l-mustanbata" denir.³ Esasen, "illetin" usûl terminolojisinde üç anlamı vardır:

aaa. Bir f'ile terettüb eden menfaat veya zarar,

bbb. Bir hükmün teşri'ine esas olan menfaat veya def'i mefesdet,

ccc. Hükmün teşri'inin kendisine bağlandığı açık ve munzabıt vasıf.⁴

Bunlardan son şakkın gerçek illeti ifade etmediği ve mecaz yollu illet dendiği kabul edilmekle beraber, usûlcülerce "illet" ismi buna tahsis edilir olmuştur. Yine, gerçek illeti birinci şakkın temsil ettiği kabul edildiği halde, buna "hikmet" adı verilmiştir. İkinci şak ise, "maalahat" veya "şâri'in (kanun koyucu nun) teşri' gayesi" diye anılmış; bazıları da bundan "hikmet" ve "gâf illet" diye söz etmiştir.⁵

Usûlcülerin illet anlayışında ve bu konudaki terim faaliyetinde, bir takım gelişmeler olmuş ve bu gelişmelerle, usûlcülerin nassların ta'lili, dolayısıyla kelâm ilminin temel konusundaki eğilimleri arasında sıkı bir ilişki daima bulunagel-

1. Buhârî, Keşf, III, 293.

2. Sarahî, Usûl, II, 192, 302.

3. Şalebî, Ta'lîl, 114.

4. Şalebî, Ta'lîl, 13.

5. Şalebî, Ta'lîl, 13.

miştir.¹

Değişik illet tarifleri², illet taksimleri³ ve illet tesbit yolları⁴, illet tariminin hikmet ve sebep terimlerine nisbeti⁵ gibi konular bizim araştırmamızın sınırları dışında kalmaktadır.

Ub. illetin şartları

aaa. Zâhir(açık) bir vasıf olmalı

bbb. Münzabıt bir vasıf olmalı(sınırları belli olmalı)

ccc. Münâsib bir vasıf olmalı(hikmeti gerçekleştirmeye elverişli olmalı)

ddd. Keasır bir vasıf olmamalı(geçişli olmalı).⁶

Şelebî, genellikle usûlcülerin, illeti böyle sıkı kurallara bağlama noktasında birleşmelerini, kendilerini sırf doktorin çözümlerinin izahı ile kayıtlı kalmaları sebebine bağlamaktadır.⁷

1. Bu gelişmelerin seyri hakkında özlü bilgi ve değerlendirme için bkz. Şelebî, Ta'îlî, 112-126.

2. bkz. Şevkânî, İ. Fuhûl, 207; Şelebî, Ta'îlî, 112-123.

3. bkz. Hallâf, Masâdir, 44-52.

4. bkz. Şevkânî, İ. Fuhûl, 210-222.

5. bkz. Hallâf, Masâdir, 42; Şener, Kıyas, 103.

6. bkz. Zeydan, Vaciz, 172-175; Hallâf, Masâdir, 42-44;

Şevkânî illet için yirmi dört tane şart zikretmektedir. bkz. İ. Fuhûl, 207-209.

7. Şelebî, Ta'îlî, 134.

III- Kiyâsın Sahası (Cevaz Şartları)

Kiyâsın sahasını, "hangi konularda kiyâs yapılabilir?" sorusunun cevabı tayin ederse de, esasen kiyâe için getirilen sınırlar azınlıkta kaldığı için, biz usûl eserlerini takiben aynı soruyu olumsuz yönden ele alarak kiyâsın sahasını göstermeye çalışacağız. Burada yer alacak şartlara kiyâsın cevaz şartları denmesi kanaatimizce yerinde olacaktır.

1- Kiyâs edilecek olay (fer') hakkında nass hükmü bulunmamalı.

Kitab ve sünnette hükmü bulunan mesele hakkında kiyâs yoluna gidilemeyeceği bütün usûlcüler tarafından belirtilen bir noktadır.¹

Bu esas, "mevrid-i nass'da ictihâda mesâğ yoktur" şeklinde Meclis'inin küllî kâideleri arasında yer almıştır.² Bu konuda en önemli ihtilâf nassların kapsamı ve kiyâsa gidecek müctehidin kaynak olarak kabul ettiği bir nassın bulunup bulunmaması meselesinde düğümlenmektedir. Eğer herhangi bir kiyâs işlemine fer' yapılmak istenen hukûkî olay, bir nass'ın kapsamı içerisine alınabiliyorsa, bu, artık fer' olarak nitelendirilecek ve kiyâs işlemine gerek kalmayacaktır.³ Fakat bu hukûkî olayın, sözkonusu nassın kapsamına dahil olup olmadığı husûsu, kanaatten ka-

1. Cessâs, Usûl, (yzm.), v. 268^b; Serâhsî, Usûl, II, 140, 142; Gazzâlî, Mustasfâ, II, 331; Âmidî, İhkâm, III, 232; Şevkânî, i. Fuhûl, 209.

2. McCelle, mad. 14. Ancak ictihâdın daha geniş kapsamli olduğu unutulmamalıdır.

3. Şevkânî, i. Fuhûl, 205.

nassa farklılık gösterebilmektedir.¹

Yine, başka müctehidlerin kaynak değeri izâfe ettikleri bir nassa mevcut olsa bile, eğer bir müctehid bu nassa kaynak olarak istinad etmiyorsa bu durumda da kıyâs sahası açık edilecektir.²

Hanefî doktrininde, hakkında nassa bulunan bazı hükümlerin "kıyâsa muhalif" olarak nitelendirilmesi konusuna "İstihsân" Paragrafında temas edilecektir.

2- Kendisine Kıyâs Edilecek Hüküm İletti Akılla Kavranılmayan Hükümlerden Olmamalı

a. Genel olarak

Kıyâs, illet birliği sebebiyle yapılabilen bir işlem olduğuna göre, kendisine kıyâs edilecek hükmün illetinin tesbiti imkânının bulunup bulunmadığı, kıyâs işleminin giriş kapısını teşkil edecektir.

Nassların ma'îlî (gerekçesi akılla kavranabilir) olup olmadığı konusundaki görüşlerin hareket noktasını kelâm ihtilâfları teşkil eder; bunların hukuka yansıyanları ise hukuk felsefesi sahasını ilgilendirir.³ Biz şu kadarını belirtelim ki, İslâm bilginlerinin baskın çoğunluğuna göre, hangi durumların ta'îlî dışında

1. Misaliyle birlikte bkz. Gazzâlî, Mustasfâ, II, 331. Yine bkz. İbn Rüşd (el-Hafid), Bidâye, II, 312.

2. Misâli için bkz. İbn Rüşd (el-Hafid), Bidâye, II, 522.

3. Bu konudaki görüşler için bkz. Serahsî, Usûl, II, 144-149; Buhârî, Koşf, III, 295 vd.; Bûtî, Devâbitu'l-maslahâ, 68 v.d.; Şelebî, Ta'îlîl, 94, vd. Kıyasla ilgili noktalara ise, bu paragrafın son başlığı altında temas edilecektir.

kelacağı konusundaki farklılıklar bir yana, nasslar kural olara ma'lûldür.¹ Yine, aklın rolü bulunmayan bir kısım hükümlerin var olduğu hususu da Mu'tezilîler dahil bütün bilginlerin birle tikleri bir noktadır.² Üzerinde birleşilen bu hükümlere genel-likle "taabbudî hükümler" denmektedir. İbâdetlerin esası ile il-gili olan bu hükümlerin te'lîl edilememesi, akıl yürütme yoluyl-ibâdetlerde bir ilâve veya eksiltme yapılamamasını ifade eder. Yoksa bu hükümlerin akla uymadığı, bir takım yüksek hedefleri, hikmet ve gayeleri bulunmadığı anlamında değildir.³ Fakat hemen belirtelim ki, esasen bu tür hükümlerin son derece sınırlı bu- lunmasına karşılık⁴ bazı eserlerde "taabbudî hükümler" deyiminin genişletilerek ibâdetler ahasındaki bütün hükümlere şâmilmiş gi bi gösterilmesi gerçeği yansıtmamakta ve hiç değilse yeterli ol- mamaktadır.⁵ Kiyâsın, fakih eserlerinin "ibâdât" bahislerinde çok sık raslanan bir delil olduğunu bir yana bıraksak bile, kiyâ- sın teorisini işleyen usûl eserlerinde de kiyâs ile ilgili misalle- rin, gözden kaçmayacak derecede ibâdet bahislerinden seçilmiş bu- lduğunu, iddiamızı isbat sadedinde belirtebiliriz.⁶ Zekat'ın farziyeti konusunda dahi namaza kiyâs yapıldığı ve bunun önemli ihtilâflara yol açtığı aynı konuda dikkat çekici bir misâl ola-

1. Serahsî, Usûl, II, 144; Pezdevî, Usûl, III, 293.

2. E rîf, Mu'temed, I, 378; Gazzâlî, Mustasfâ, II, 232, 234; Devâlibî, Usûl, 168.

3. Ebû Zehra, Sâfi'i, 310; Metodoloji, 227, 228.

4. Ali Hasebullah, Usûlu't-teşrî'i'l-İslâmî, 118, Bal- tacı, Menâhic, I, 351.

5. Meselâ, bkz. Şener, Kiyas, 73.

6. Şener de aynı eserinde bu tür misallere yer vermekte- dir, meselâ, bkz. 100, 107.

rek zikredilebilir.¹ Bu hükümlerden başka hangi hükümlerin kıyâs dışı bırakılacağı konusunda Hanefî usûlcüler saha tayini yönüne giderlerken, Şâfiî usûlcüler saha tayin etmeksizin ta'lilini mümkün görmedikleri hükümleri kıyâs dışı bırakmışlardır.

Hanefî usûlcüler, hadler, keffâretler,² miktarlar, ruhsatlar ve belli kişilere veya durumlara mahsûs ("muhtaşşun bih") ya da genel kuralları aykırı "ma'dûlün bih'ani'l-kıyâs" hükümleri, ta'lilin dışında bırakılacak sahalar olarak tayin etmişlerdir.³ Şâfiî usûlcülerin de münferid durumlarda Hanefî usûlcülerle birleştikleri oluyorsa da,⁴ az önce belirttiğimiz gibi onlar bu konuda saha tayinine karşı olup böyle yapmakla Hanefî usûlcülerin tutarsızlıklara düştükleri yolunda şiddetli tenkidlerde bulunmaktadır.⁵

2- Ceza Hukuku Ve Kıyâs

Yukarıda belirttiğimiz üzere, Hanefî doktrininde hadler

1. Ebû Ubeyd, Emvâl, 616-617 v.d.

2. Hadler ve keffâretler hakkında özlü bilgi için bkz. Devâlibî, Usûl, 386, d.n. 2 ve 3.

3. Cessâs, Usûl (yzm.), v. 268^a-268^b, 271^b; Debûsî, Takvîm (yzm.), 119^a-119^b, 120^a; Cüveynî, Burhân, II, 901-902; Pezdevî, Usûl, III, 301-302; Serahafî, Usûl, II, 111-112, 142, 149, 150, 151-153; Mebeût, XVI, 132, XXIV, 6-7; Semerkandî, Mizân (yzm.), v. 186^a; İbn Rüşd (el-Hafîd), Bidâye, II, 257; Zeylâf, Tebvîn, VI, 126; Şevkânî, İ. Fuhûl, 223.

4. bkz. Cüveynî, Burhân, II, 901-902. İstisnâî hükümler konusunda özlü bilgi için bkz. Gazzâlî, Mustasfâ, II, 326-329.

5. Cüveynî, Burhân, II, 895-901; Gazzâlî, Mustasfâ, II, 332-335; Şevkânî, İ. Fuhûl, 206.

ve keffâretler, kıyâsın işletilemeyeceği sahalara olarak tayin edilmiştir. İşâret edelim ki, Hanefî fıkhnı^{esas alan} bir çalışma olduğu. Önsözünde belirtilmekle birlikte, Akşit tarafından, hiç bir kayıt konmaksızın "İslâm Ceza Hukukunda" kıyâsın uygulanamayacağına söylenmesi¹, kanaatimizce isâbetli olmamıştır. Zira az önce genel tarzda ifade ettiğimiz üzere, Şâfiler, kendi kuralları çerçevesinde ta'liilini mümkün gördükleri her hükme kıyâs yapılabileceğini savunmuşlar ve bu görüşlerini ceza hukukuna yansıtarak Hanefîlerden farklı sonuçlara varmışlardır.² Şâfî doktrininde verilen sonuçların ve bunlara esas olan prensiplerin "İslâm Ceza Hukuku" deyiminin dışında düşünülmesi ise, açıktır

Asrımız İslâm hukuku araştırmacılarından bazılarında, Hanefîlerin haddlere ve keffâretlere kıyâs yapılamayacağı görüşü ile modern hukuklardaki "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ("nullum crimen sine lege", "nulla poena sine lege") prensibi arasında bir benzerlik kurulmaya çalışılıyorsa da,³ bu, peşinen bir benzerlik erame gayretini görünümü taşımaktadır. Bu tarzda benzerlik kurulmaya çalışılmasının en önemli sakıncalarından biri, Hanefî doktrininde "hadd"ler dışındaki cezalar ve hele diğer doktrinlerde "hadd"ler de dahil bütün cezalar bakımından bu prensibin varlığını araştırmadan boşuna olacağı yönünde peşin ve yanlış bir intiba vermesidir.⁴

1. bkz. Akşit, İs. Ceza Hukuku, 28-29, özellikle 82.

2. Misalleriyle birlikte bkz. Zencânî, Tahrîcu'l-furû', 56-57.

3. bkz. Nevâlibî, Usûl, 366-387; Şener, Kıyas, 112, 113.

4. Özellikle Şener'in "Hanefîlerin bu görüşü o çağlara nisbetle hayli ileri olup..." ifadesi (s.112), bu intibayı kuvvetli belirlemektedir.

Buna karşılık bazı araştırmacıların, sözü edilen Hanefî görüşünü genişleterek, fakat hiç bir kaynak ve muknî gerekçe göstermeksizin İslâm Ceza hukukunda "kanunusuz suç ve ceza olmaz" prensibinin mutlak hâkimiyetini ifade etmesi, dahilî çelişkileri de ihtiva etmesi sebebiyle, daha sakıncalı olmaktadır. İşaret etmek istediğiniz araştırmadan bazı nakiller yapılırca, konunun daha açıklık kazanacağını sanıyoruz:

"Bir fiille suç denebilmek için başta gelen unsur, dış âlemde ika' edilen fiilin kanunda gösterilmiş tarif edilmiş olmasıdır. İslâm'da Kur'an ve Hadîste suç olduğu tasrih edilmeyen hiçbir fiil suç sayılmaz. Bu esas, kanunusuz suç olmaz kaidesinin ifâdesidir."¹

"İslâm Ceza Hukukunda hangi suça ne çeşit ve ne miktar ceza verileceği kanun da açıkça belirtilmiştir. Suçlara kanun da açıkça belirtilmemiş bir ceza verilemez."²

"Hudud suçları, tariften anlaşıldığı üzere, cezalarının miktarı belli suçlardır."³

"Ta'zir suçları, ister toplum ister şahıs hakkı olsun, İslâm hukukunda belli bir cezası olmayan yasak bir fiilin irtikabıdır(Kâsânî, VII, 63). Tazirler, İslâm'da kanun koyucusu olan Allah'ın ve Hz. Peygamber(s.a.v.)'in belli ceza tayin etmediği fakat yasakladığı fiillerdir. Bu suçlarda da kanûnluk esastır.

1. Akşit, İs. Ceza Hukuku, 42.

2. Akşit, İs. Ceza Hukuku, 52(daha açık bir ifade:68).

3. Akşit, İs. Ceza Hukuku, 47.

ancak cezalarının miktarı tesbit edilmiş değildir. Üst hudud belirlenilerek suçlunun kişiliğine göre hâkimin takdirine bırakılmıştır!"¹

"Kanunsuz suç ve ceza olmaz kuralının ceza hukukunda kıyaslamayı yasakladığı, kanunun açıkça suç saymadığı herhangi bir hareketin kıyas yoluyla suç sayılarak cezalandırılmayacağı sonucu, İslâm Ceza Hukukunda da bir esas olarak yer almaktadır."²

Kanaatimizce bu konunun aydınlanabilmesi için, "kanûnîlik prensibi"ne temel olan düşünce hakkında kısa bir açıklama yapmak uygun olacaktır:

Kanûnîlik prensibinin esas ve mantığı, fertlerin yasak fiil ve hareketleri önceden bilmelirini sağlamak gâyesine dayanır. Zira, ancak bu surettedir ki, fert, hareketlerini tanzim etmek imkânını bulabilir ve yine ancak bu şartla dır ki, ferdi işlemiş bulunduğu fiil ve hareketten dolayı kusurlu saymak mümkün olabilir.

Şu halde, "kanunsuz suç ve ceza olmaz" prensibi, "hukuk emsaliyeti" düşüncesini yansıtan bir prensip olduğuna göre, kanaatimizce, bu açıdan yapılacak bir karşılaştırmada, bu prensibe esas olan düşüncenin İslâm hukukçularının tefekkürlerindeki izlerini, bunların doktrin ve kazâî kararlara nasıl yansıdığını ve ne gibi bir seyir takip ettiğini gözönüne almak gerekir. Akşit tarafında bu prensibin kaynaklardaki (Kitab, Sünnet, İcmâ) yerinin araştırılması

1. Akşit, İs. Ceza Hukuku, 49-50.

2. Akşit, İs. Ceza Hukuku, 145.

3. Dönmez-Erman, Ceza Hukuku, I, 21. Prensibin, teknik hukuk bakımından dayandığı temel, tarihçesi ve hukukî değeri hakkında bkz. aynı eser, I, 20-37.

ması¹ çok güzel bir başlangıç olmakla beraber, uygulama örneklerinin, hudud. suç ve cezalarına tahsisi, tazir suçu ve cezalarındaki gelişmelere ise hiç temas edilmeyişi, bizce sıhhatli görünmeyen bir sonuca gitmesine yol açmıştır.

Bilindiği gibi, İslâm hukukunda "hadd"ler diye tanınan değişmez cezalar küçük bir sayıya inhisar etmektedir. Bunların dışındaki cezalar (tafzîr) ve bu cezaları gerektiren suçların tayini ise, "ictihad" müessesesine bırakılmıştır. İslâm Hukukunun kaynak özellikleri dikkate alınınca, "hadd"lerin kanûnîlik prensibini yansıttığı, tazirin ise, bunun tamamen dışında kaldığını düşünmek² doğru olmayacağı gibi, İslâm hukukundaki gelişmelerle orantı kurulmaksızın, tazirler sahasında da mutlak tarzda kanûnîlik prensibinin mevcudiyetini bir çırpıda söylemek, mevcut verilerle bağdaşmayan aşırı bir değerlendirme olacaktır.

Toplumdaki sürekli gelişme ve değişme sonucu, devletin suç telakki ettiği davranışlarda ve bunlara uygulanacak cezaların değişmelerin ortaya çıkması tabii olduğu gibi, Hz. Peygamberin vefatı ile sona eren ilâhî vahy ile detayları düzenlenmemiş hukukî konuların ictihad müessesesiyle düzenleneceği esası da³, bu tabii akışa son derece uygun düşmektedir. Kanûnîlik prensibinin dayandığı düşünce, hangi davranışların suç sayıldığı ve ne gibi bir ceza ile karşılanacağı hakkında fertlerin önceden bilgi sahibi olması gereğini hedef tuttuğuna göre; yapılacak iş, İslâm Ce-

1. İskit, İs. Ceza Hukuku, 68-69.

2. İlk olarak işaret ettiğimiz yazarlar, dolaylı olarak fakat farkına varmaksızın bu noktaya yaklaşmış olmaktadır.

3. Cessâs, Usûl (yzm.), v. 247^a; Cüveynî, Burhân, II, 743.

za Hukukuna bu düşünceyi yansıtmadığını, yansıtmışsa, ne derecede yansıdığını araştırmaktır. Elbette böyle bir araştırmada, İslâm toplumunun gelişme seyri içinde belli bir dönemden sonra, İslâm Hukukunun uygulama kaynaklarında "ta'zir" cezaları üzerinde bir takım kayıtlamalara gidilip gidilmediği, önemli bir hareket noktası teşkil edecektir. Bundan sonraki ile ilgili detaylar konumuzun sınırları dışında olmakla birlikte, bu konuda gerçekleştirilmiş güzel bir araştırmadan faydalanarak söyleyebiliriz ki, İslâm hukukunda ta'zir ile ilgili düzenlemelere kanûnîlik prensibine esas olan düşünceyi önemli ölçüde yansıdığını gözlenmektedir.¹

IV- Kıyasın Kaynak Değeri ve Kaynaklar Hiyerarşisi İçindeki Yeri

Kıyas, bize ulaşmış ilk usûl eseri Şâfiî'nin "Risâle"si dahil olmak üzere² usûlcülerin eserlerinde genellikle "edilletü'l-ehkâm" sıralamasının yukarıdan aşağıya dördüncü basamağına oturtulmaktadır. Fakat, yerinde görüleceği üzere, sahâbî kavlinin kıyâsa üstün tutulması görüşünün sahip olduğu ağırlık sebebiyle olmalı ki, meselâ Cessâs'ın onu ta'kîban Serahsî'nin, "kıyâs"³, "sahâbî kavli"nden sonra incelediği görülmektedir.³

1. bkz. Âmir, Ta'zir, 466-484.

2. Şâfiî'î, Risâle, s. 1321.

3. Cessâs, Usûl (yzm.), v. 235^a v.d. (Sahâbî kavli), v. 247^a v.d. (kıyâs); Serahsî, Usûl, II, 105 v.d. (Sahâbî kavli) II, 110 v.d. (kıyâs).

Kıyâsın, kaynaklar teorisi içindeki yerini anlamak üzere, Pezdevî ve Serahsî, isbât hukûkundan bir misâle başvurmak-
 tır.¹ Esasen daha önce Şâfi'i'nin Risâle'sinde de raslanan bu
 Usûlûba göre,² Nasıl ki isbât hukukunda şahitlerin şehâdetlerini
 makbûl tutmak için onlarda adâlet v.b. vasıflar aranırsa, bir
 hükmün illeti de, böyle kritik edilecek; şayed istenen evsâfı ta-
 şıyorsa, şehâdete dayanarak hüküm verildiği gibi, illete dayana-
 rak yeni olay hakkında hükme varılacaktır. Şâhitlerin şehâdeti
 ile verilen hükmün doğruluğuna kesin nazarı ile bakılamayacağı
 gibi kıyâs yoluyla elde edilen hüküm de, yanlış olma ihtimâlini
 deima muhâfaza edecektir.³ Bilginin değeri açısından durum böy-
 le olmakla beraber, yine şehâdette olduğu gibi, kıyâsta da, ve-
 rilen hükümlerle amel etmek gerekecektir.⁴

Görüldüğü üzere, öncelikle kıyâs bağına kuran kişinin
 (müctehid), o konuda müsbet kanaata varmış olması, kıyâsın bağ-
 layıcılığı için esas noktadır. Nitelik, kıyâs yapanların farklı
 sonuçlara varması halinde, bunlardan birinin, diğerinin vardı-
 ğı sonuca uyamayacağı, Şâfi'i tarafından açıkça ifâde edilmektedir.⁵

Bunun içindir ki, kıyâs yeni baştan hüküm koymaya elve-
 rişli ("müsbit") görülmemiş, mevcut, fakat açık-seçik ortada olma-
 yan bir hükmü ortaya çıkarıcı ("muzhir") bir yol olarak nitelendi-
 rilmiştir.⁶ Şâfi'i, kıyâs yoluyla varılan sonuçtan görünürdekiyle

1. Şâfi'i, Risâle, s, 1821.

2. Pezdevî, Usûl, III, 268-269; Serahsî, Usûl, II, 144.

3. Şâfi'i, Risâle, s, 1416-1420.

4. Etk. Pezdevî, Usûl, III, 269; Serahsî, Usûl, II, 144.

5. Şâfi'i, İhtilâfû'l-hadîs, 148-149.

6. Serahsî, Usûl, II, 118; Şener, Kıyas, 70.

değruluğuna hükmedilen ("hakun fi'z-zâhir") şeklinde sözletmekte ve bunun da kıyası yapana nisbetle olduğu kaydını ("inde kâyisih" ısrarla korumaktadır.¹ Kaynak değeri itibariyle "zannî hüccet" olduğu, kıyası, uygulayan bütün doktrinlerce hemen fikir birliği ile kabul edilen bir noktadır.²

Bazı oryantalistler (Mallino), bu basit muhakeme şeklinin usûlcüler tarafından, kaynaklar dizisine yükseltilişini garib karşılar.³ Bununla birlikte modern kanunlaştırmalarda da, kıyâs hukuk kaynakları arasına katılışına raslanamadığı söylenemez. Meselâ, hâlen yürürlükte bulunan 1865 tarihli Avusturya Medenî Kanunu'nun 7. maddesi kıyâsi açıkça bir hukuk kaynağı olarak nitelenmektedir. Alman Medenî Kanununun ilk tasarısında da aynı yola gidilmiş olduğu, yine burada hatırlatılabilir.⁴

Zaten, usûlcülerin kıyâs hakkındaki söyledikleri "kaynak" ve "metod" kavramları açısından incelenecek olursa, buna bir metod nazarıyla baktıkları feyfiyeti ağır basacaktır.⁵

Burada özellikle Gazzâlî'nin, bu ayırım üzerinde titiz davrandığı ve kıyası "hüküm elde etme metodları" arasında incelemeye özen gösterdiği belirtilmelidir.⁶

Ne olursa olsun, kıyâsın kanun boşluklarının doldurulmasında başvurulacak ilk yol olduğu, kesinlik değeri bakımından zar

1. Şâfiî, Risâle, s: 1332.

2. Serahşî, Usûl, I, 302; Gazzâlî, Mustasfâ, I, 196.

3. Chehata, "Logique Juridique", 22, 23.

4. Chehata, "Logique Juridique", 23, 24.

5. Debûsî, Takvîm (yzm.), v. 5^a-5^b; Pezdevî, Usûl, III,

268-269; Serahşî, Usûl, II, 144.

6. bkz. Gazzâlî, Mustasfâ, I, 5, II, 228.

nî hüccet şeklinde nitelendirildiği, illet birliği bulunduğu ke-
neatini ihlal eden durumlarda terkedilmesi gerekçeği, bu konuda
söylenebileceklerin özünü teşkil eder.

V- Kiyâsı Kabul ve Reddeden Doktrinler ve Delilleri

Usûl eserlerinde, kiyâsı kabul ve reddedenler ele alı-
nırken önce, akli kiyâs ve şer'î kiyâs şeklinde bir ayırım yapı-
lmakta ve görüş sahipleri buna göre tasnif edilmektedir.¹ Ancak,
Cüveynî'nin işâret ettiği üzere "akli kiyâs" deyiminin mutlak ta-
da nakledilmesi ve kapsamının kesinlik arz etmemesi² sebebiyle o-
malı ki, yapılan gurublendirmaların, tam tamına birbirini tutma-
ğı görülmektedir.³ Ne olursa olsun, sonuç itibarıyla bu konu ke-
lâm ilmini ilgilendirir ve orada derinlemesine işlenmektedir.⁴

Kiyâsın savunmasını yapan usûl eserlerinde, şer'î ki-
yâsın kabulü konusunda, Sahabe, Tabiûn ve Etbau't-tâbiîn devir-
lerinde herhangi bir tereddüdün söz konusu olmadığı, bu konuda
ilk itirazın Sahabeyi itham altına alan bir tutum içinde İbra-
him an-Nazzâm'dan geldiği, sonra bir kısım Şiîlerin ve Bağdat
kelâmcılarının da kiyâsa cepte aldıkları anlatılmakta ve erka-
sından yine epâyâe şiddetli tezkitlerle Davud b. Ali'ye işâret

1. Özlü bilgi için şu kaynaklara başvurulabilir: Buhârî
Keşf, III, 270-271; Cüveynî, Burhân, II, 750-751; Şevkânî, i.fu-
hûl, 199-200.

2. Cüveynî, Burhân, II, 751

3. Bir bölümlenimdeki kaynakları knş.

4. Cüveynî, Burhân, II, 750.

edilmektedir.¹

Muhaddislerden bir kısmı, Zâhirîler, Şifilerden im_âmi-ler, Mutezileden bazıları ve ibâdîlerin (Haricîlerden), kıyâsı reddetmelerine karşılık, İslâm bilginlerinin büyük çoğunluğu ta-refından amelî hükümlerde hüccet kabul edilen kıyâsın gerek sa-vunulması gerek reddi için sklî ve naklî deliller getirilmiş, getiri tartışmalara girilmiştir.²

Tefekkürü, ibret almayı, ihtilâf konularını yine Kitab ve Sünnete bağlamayı^{emreden} bir çok âyet arasında özellikle Nisa(4), 59, 23; Yasin(36), 79 ve Haşr(59), 2 âyetleri, kıyâs taraftarlarının Kitabtan getirdikleri delilleri teşkil etmektedir. Hz. Peygamberin bizzat kıyâsı yapmasına (genel olarak ictehad ettiğine) ve Sahabeyi bu yöne teşvik ettiğine dair hadîsler ve özellikle Muaz ile aralarında geçen konuşma³; Sahabe'nin kıyâsı kabulde icmâ ettiğî; nassların sınırlı, olayların ise sınırsız oluşunun aklen kıyâsı gerekli kıldığı gibi deliller de, kıyâsın savunulmasında başlıca delillerdir.

Buna karşılık, diğer taraf da, hiç bir şeyin Kitab'ın dışında bırakılmadığını ifade eden özellikle Maide(5), 49; En'am (6), 59; Nahl(16) 89 ve Saff(61), 3 âyetlerini kıyâsı ve ra'yi kötöleyen hadîsleri; nasslarla bildirilmemiş illetler tesbitinin

1. bkz. Cessâs, Usûl (yzm.), v. 247^a-247^b; Serahsî, Usûl, II, 118-119; Gazzâlî, Mustasfâ, II, 234 v.d.

2. Hallâf, Maâdir, 25. v.d.; Şener, Kıyas, 75 v.d., 86.

3. Bu hadîsten ikinci bölümde söz edilecektir.

şâri'in irâdesine hükmetme anlamına geçeceğini, kıyâsı çürütmek üzere delil olarak ileri sürmektedir

Kıyâsın kabûlü ve reddi konusunda usûl eserlerinin inkıtal ettirmiş oldukları çok çetin tartışmalara rağmen, Şevkânî'nin, iki taraf arasındaki çekişmelerin önemli ölçüde terim ihtilâfına dayandığına dair ikazı dikkatten uzak tutulmamalıdır:

"Nihayet bilmelisin ki, kıyâsı tanımayanlar bütün kıyâs nevilerini çürütmezler, Bilâkis, illeti nassla bildirilmiş veya (asl ile fer' arasında) farklılığın bulunmadığına kesin gözü ile bakılabilen kıyâsı, delilü'l-asl'in delâlet ve kapsamı altında mütâlaa ederler. Böylece, büyüttükleri dava küçülmüş olur..."² Daha sonra kendi görüşüne yer veren Şevkânî "Sonra her akıl sâhibi için açıktır ki, Kitap ve Sünnet'in umum, mutlak, ve nusûs'larında ortaya çıkmış ve çıkabilecek her olaya ystecek (ifâdeler) vardır."³ demektedir. Şevkânî'nin az önce sözü edilen tesbîti önemli bir haklılık payına sahip olmakla birlikte, bütün olayları nassların kapsamına katmaya çalışmakla, kıyâsı bütünûyle yoruma dahil etmiş olmaktadır. Böylece kıyâsı tanımayanların safında yer alan⁴ Şevkânî'nin tercümesi verilen son irâdesinin "Sonra akıl sâhipleri için açıktır ki, Kitap ve Sün-

1. İki tarafın delilleri ile ilgili detaylar ve tartışmaları için bkz. Cessâs, Usûl, (yzm.), v.247^a-261^b; Debûsî, Takvîm, (yzm.), v.111^b-116^b; Cüveynî, Şurhân, II, 753-764, 767-774; Fezdevî, Usûl, III, 271-285; Serahsî, Usûl, II, 125-140; İbn Hazm Mûlahhas, 68-71.

2. Şevkânî, i. Fuhûl, 204, yine bkz. 211.

3. Şevkânî, i. Fuhûl, 204.

4. Yûsuf Musa, Tarih, II, 129.

net'in umum, mutlak ve hususları (özel ifâdeleri), ortaya çıkmış ve çıkacak bütün olayları kapsamaz"¹ şeklinde aktarılması, onun kıyâs karşısındaki tutumunu yanlış aksettirmektedir.

VI- Kurucu Devir Kıyâs Anlayışı ile Usûl Eserlerindeki Gelişmelerin Kısa Bir Karşılaştırması ve Kıyâs Hakkında Genel Bir Değerlendirme

1- Kurucu Devir Öncesine Kısa Bir Bakış

Kıyâsı kabûl edenlerin delilleri zikredilirken Hz. Peygamber zamanından itibaren Mazzâm gibi kelâmcıların ortaya çıkışına kadar hiçbir itiraza uğramaksızın müslümanlar tarafından kıyâsın kullanılageldiği ve dolayısıyla kıyâsın kabûlü hakkın-
da icmâ teşekkül etmiş olduğu yönündeki savunmalara işâret edilmiştir.²

Su konudaki tartışmaların detayları bir tarafa bırakılacak olursa, kaynaklar bize, bizzat Hz. Peygamber'in, nasslarda hüküm belirtilmiş olaylarla benzerlik taşıdığına kanaat getirilmesi halinde karşılaşılan yeni olayların bunlara göre çözümlenmesini teşvik ettiğini³ sahâbe⁴ ve tâbiîn'un⁵ da vardıkları hüküm-

1. Şener, Kıyâs, 98.

2. bkz. s. 107.

3. bkz. Gazzâlî, Mustasfâ, II, 242 v.d.; Şevkânî, i. Fuhûl, 203.

4. Hz. Ömer, mektûbunda, Ebû Mûsâ'l-Eş'arî'den Kur'an ve Sünnette hüküm bulunmaması halinde karşılaşılabilecek olayları kıyâs yoluyla çözümlenmesini istemiştir. bkz. İbn Kayyim, i'lâm, I, 85-86. Bu mektûbun sıhhati üzerindeki münâkaşalar için bkz. Baltacı, Menhecü Ömer, 45-64. Sahâbe kıyasları için bkz. İbn Kayyim, i'lâm, I, 63.

5. Misaller için bkz. Keraman, İctihad, 98-99.

lerde bu yola sıklıkla başvurduklarını göstermektedir. Özellikle H.III. asrın ortalarından önceki dönemlerde bir kısım otoritelerce kıyâs ve re'y'e cephe alınması, kıyâsı kötöleyen sözler söylenmesi, daha çok sünnetin henüz tedvîn edilmemiş olması vâkıasına, dolayısıyla kıyâsın sahası dışına taşırılması endişesine bağlanılabilecektir. Bu gibi sözlerin yerine göre Kur'anın re'y ile tefsîrine veya i'tikâdî re'ye bağlanması da mümkündür.¹

Burada bizim için önemli olan nokta, sahâbe ve tâbiûnun, nassların gerekçeleri üzerinde zihin yormuş ve bolbol kıyâsa başvurmuş bulunmalarına karşılık, kıyâsın teorisi üzerinde durmamış ve benzerlik yönünü ta'yîn eden vasıflarla ilgili teorik kayıtlamalara gitmemiş olduklarıdır. Gerçekten, sahâbe ve tâbiûnun nassların ta'lîli konusundaki tutumları incelendiğinde, bunun, olayların zamanı, yeri ve özelliklerine göre farklılıklar arzettiği; fakat henüz ta'rif ve terimlerin ortaya çıkmadığı ve İslâm hukukunun rûhu ve genel prensiplerinin yapılan benzetmelerde hâkim unsuru teşkil ettiği gözlenmektedir.²

2- Ebû Hanîfe'nin Kıyâs Anlayışı

Sünneti açıkça terk etme pahasına da olsa, re'y ve kıyâ-

1. Karaman, İctihad, 106.

2. Şelebî, Ta'lîl, 71, 91-92; Sevâlibî, Usûl, 103; Baltacı, Menhec'u Omer, 450-451; Karaman, İctihad, 80, 99. Sahâbe ve tâbiûnun ta'lîl konusundaki farklı tutumları hakkında (misalleriyle birlikte) bkz. Şelebî, Ta'lîl, 36-70, 74-92.

sa çokça başvurduğu yolunda ağır ithamlara ma'rûz kalmış olmasına ve gerçekten sâhip olduğu güçlü mantığı ile özel hayatında da muhâtabını savunmaya mecbûr eden kıyâslar yaptığına dair bolbol nakiller bulunmasına rağmen, Ebû Hanîfe'der bize intikal etmiş bir kıyâs tarifi mevcut değildir.¹

Nassın bulunduğu meselede kıyâsa gidilemeyeceği, kıyâsın Kitab, Sünnet ve İcmâ'ya istinâden yapılabilceği gibi kıyâs-
la ilgili bazı şartları ifâde eden sözleri nakledilmişse de,² esasen kıyâsın teorisi konusunda Ebû Hanîfe'ye izâfe edilen görüşler sonraki usûlcüler tarafından onun çözümlenmiş bulunduğu hükûkî meselelere dayanılarak çıkarılmıştır.³ Ebû Zehra, Pezdevî'nin naklettiği kıyâs kurallarının Ebû Hanîfe'nin görüşlerine uygun bulunduğunu söylemektedir.⁴

Irak doktrininin Ebû Hanîfe ile mezheb haline gelmesinden sonra kıyâs vukûfla kullanılmaya başlamışsa da⁵; Ebû Hanîfe-ye bir taraftan münsel ve zayıf hadisî kıyâsa tekdîm ettiğinin ve bunların varlığı halinde kıyâsa gitmediğinin⁶, diğer taraftan bazı müsned ve sahîh hadisleri dahi kıyâs karşısında terkettiği⁷

1. İzmirli, "İsmâ, Kıyâs ve İstinâdın esasları", 154; Sener, Kıyâs, 127-128; Baltacı, Menâhic, I, 348; Şelebî, Te'lîlî, 339.

2. Baltacı, Menâhic, I, 349-350.

3. Ebû Zehra, Ebû Hanîfe, 326-327; Dehlevî, İnsâf, 25-26.

4. Ebû Zehra, Ebû Hanîfe, 327.

5. Chehata, "Logique juridique", 19.

6. İbn Hazzm, İhkâm, 929; Detûsî, Te'sisu'n-nazar, 47 (Hz. Peygamberden rivayet edilmiş âhad hadis şeklinde).

7. Kevserî, Te'nîb, 82 v.d.

nin, izafe edilmesi O'na atfedilen terminolojide kıyâs kavramının ikili anlam taşıyabileceğini hatıra getirmektedir. Gerçekten, Ebu Hanife'nin re'ye çokça baş vurduğunu göstermeyi ya da mezheb taassubu ile O'na terizde bulunmayı hedef alan nakiller bir yana bırakılarak konu dikkatle incelendiğinde, O'nun cüzîden cüz'îye geçiş (analoji) anlamında kıyâsa dayanarak hadîsi terk yoluna gitmediği¹, buna karşılık, naslardan ya da bir nevi tümevarım yoluyla tesbit ettiği İslâm hukukunun prensipleri ve genel kuralları anlamındaki kıyâsı bazı durumlarda haber-i vâhid'in kabulünde kriter olarak kullandığı² görülmektedir. Bunun, sonraki dönemlere etkisine biraz sonra temas edeceğiz.

3- Mâlik b. Enes'in Kıyâs Anlayışı

Mâlik b. Enes de, muâsırı Ebû Hanife gibi doktrinine esas alan usûlû bizzat kaleme almamış, bir hukukçu olduğu için³, kıyas teorisi ile ilgili olarak kendisine izafe edilen görüşler, yine O'nun çözümlenmiş bulunduğu hukukî meselelere dayanılarak sonraki usûlcüler tarafından tesbit edilmiştir. Şu var ki, bizzat kaleme aldığı bir hukukî eseri bize kadar intikal etmiş bulunduğu için, vardığı sonuçlardan O'nun takip ettiği bazı metodlar hakkında daha muknî bilgiler çıkarmak mümkün olmaktadır.⁴

1. bkz. Debûsî, Te'sîsu'n-nazar, 47-49; Baltacı, Menâhic, I, 316-319.

2. Baltacı, Menâhic, I, 302-303; Debûsî, Te'sîsu'n-nazar, 77; Kevserî, fakhu ehl'i'l-İrak, 34-35; Te'nîb, 153.

3. Ebû Zehrâ, Mâlik, 154.

4. Ebû Zehrâ, Mâlik, 254 vd.

Mâlik b. Enes'in Muvatta'ı incelendiğinde, O'nun gerek Kitab¹ ve Sünnetle² sâbit, gerekse üzerinde icmâ edildiği ka-naetine vardı³, gerekse ictihad yoluyla tesbit edilmiş⁴ hükümleri, benzeri olaylara da uyguladığını göstermektedir.⁵

Mâlik b. Enes'in metodolojisini inceleyen Hûlî, Mâlik'teki kıyâsın henüz "kıyâs" adını hak ettirmeyecek bir merhalede bulunduğunu, sonraki devirler kıyasının, mantık, incelik, esas, genişlik ve açıklık yönlerinden Mâlik'inki ile farklılık arzettiğini söylemekte ve kıyâsı, Mâlik tarafından bulunup uygulanan bir metod olduğunu ifade ettiğinden Ötürü Ebû Zehrâ'yı tenkit etmektedir.⁶

Muvatta'ında "kıyas" terimini kullandığı belirtilen⁷, Mâlik b. Enes'den kıyas tarifi ve kıyasın teorisi ile ilgili ifadeler intikal etmemiş olduğu için yaptığı benzetmelerin geniş tahlilleri ile belki bir takım ip uçları elde edilebilecektir. Böyle bir inceleme, bizim çalışma sınırlarımızın dışında bulunmaktadır. Kaldı ki, böyle bir incelemenin sonuçları dahi kesinlik taşımayacaktır. Ne olursa olsun, Hz. Peygamber zamanından beri kullanılan gelen, bilinen hükmün, benzeri olaylara

1. bkz. Mâlik, Muvatta', tahâre 27.

2. bkz. Mâlik, Muvatta', tahâre 29, nikah 3, hudud 7.

3. bkz. Mâlik, Muvatta', sayd 2.

4. bkz. Mâlik, Muvatta', zekat 8,9.

5. Galtacı, Menâhic, II, 611-613.

6. Hûlî, Mâlik, III, 720-721. Ayrıca bkz. Ebû Zehrâ,

Mâlik, 344.

7. Chehata, "Logique Juridique", 19. Kendimiz raslayamadığımız gibi Mâlik b. Enesle özel surette meşgul olan yazarlarda da bu yönde bir nakil göremedik.

uygulanması anlamında kıyâsın Mâlik tarafından da kullanıldığı¹ ve hatta her_bir konuya konusunun sâbit telâkki ettiği hadisleri zikrederek başlaması, sonra bunlardan fer'î hükümler çıkarılması, bu arada benzerlik kurulabilen olaylara yer vermesi² suretiyle kıyâs uygulamasını sistemleştirdiği; buna karşılık, sonradan usûlcüler tarafından ortaya konan kıyas tarifi ve teorisinin Mâlikî devri için henüz erken olduğu, her iki görüşe yön veren birer gerçektir. Yalnız, kanaatimizce, bu dönem için, kıyâsın teorisine yönelik zihnî faaliyetlerin tamamı, erken telakkî edilmemelidir. Zira Şâfiî, "İlim ehlinden bazısı şöyle der... bazısı böyle der. şeklindeki ifadeleriyle, o sıralarda kıyas kavramının kapsamı ile ilgili tartışmaların mevcudiyetini bize haber vermektedir.³

Ebû Hanîfe'de olduğu gibi, Mâlik b. Enes'e de bir taraftan kıyası haber-i vâhid'e tercih ettiği⁴, diğer taraftan da bunun aksi yönünde⁵ görüşler izâfe edilmektedir. Mâlik'in doktrininde yer alan bir takım fer'î hükümlere dayanılarak, O'nun, kıyas'ı haber-i vâhid'e üstün tuttuğu sonucuna varılmasında, Mâlik'in metodolojisinde önemli yeri olan "amel'u ehli'l-Medine" kavramının iyice tahlil edilmemesinin etkisi bulunabileceği kuvvetle ha-

1. bkz. Mâlik, Muvatta', tahare 27,28, nikah 3, hudud 7, sayd 2, zakat 8,9.

2. Ebû İbrâhîm, Mâlik, 345.

3. bkz. Şâfiî, Risâle, s: 1492-1495.

4. bkz. Debûsî, Te'sisu'n-nazar, 47-49.

5. Balteci, Menâhic, II, 614-615.

hatıra gelmektedir.¹ Bunun yanı sıra, Hanefî literatüründe kıyas kavramının yer yer ikili anlam ifade ettiğini tesbitinde, Mâlik b. Enes'in kıyâs karşısında hadîsi terkettiği iddialarını izah- ta önemli bir yardımcı olabilecektir. Gerçekten, Mâlik'in de, İslâm hukukunun genel kurallarına ve özellikle "masiaha" terimin- de merkezileşen prensiplerine uygunluğu haber-i vâhid'in kabu- lünde bir kriter olarak kullanıldığı gözlenmektedir.² Yoksa "a- melu ehli'l-medine"yi "edilletü'l-ahkâm" arasında zikreden³ ve Mâlikî doktrinine mensup bir müellif olan Karâfî'nin "kıyâs ha- bere tâkid olunur. Zira haber, sadece (münferid) hüküm elde et- mek için vârid olur, kıyâs ise, hikmeti mutazammındır." tarzın- daki sözleri ve bu görüşü Mâlik'e izâfe etmesi⁴ başka nasıl iz- zah edilebilecektir? Burada cüz'iden cüz'îye bir kıyâs (enaloji) sözkonusu olduğu biran için farzedilse, mevrîd-i nasata ictihâ- da mesağ olmayacağı yönündeki kural açıkça çiğnenmiş ve nasla- rın otoritesi bertaraf edilmiş olacak ve Mâlik'in metodolojisine (ve bütün sünî doktrinlere) hâkim prensiplere ters düşecektir.⁵

1. Nitekim, Baltacı, Debûsinin Te'sisu'n-nazarında (47- 49) yer verdiği misalleri incelediğini ve bunların hiç birinde Mâlik'in kendine has metodolojisi çerçevesinde düşünmek kaydıyla kıyası haber-i vâhid'e tercih ettiği iddiasını doğrulayıcı bir mesned bulamadığını ifade etmektedir. bkz. Baltacı, Menâhic, II, 585-586, 614. Ayrıca "amelu ehli'l-medine" kavramının tah- lili için ilgili paragrafa bkz.

2. Şâtibî, Muvafakaat, III, 21-23.

3. bkz. s.

4. Karâfî, Muhtasar, 66.

5. bkz. İbn Kayyım, İ'lâm, I, 31-32.

Zaten Karâfi'nin kıyâsı, "fikmeti mutazammın olduğu" gerekçesi de, burada "kıyâs" teriminin " usûl-i 'âmme" manasında kullanıldığına karine teşkil etmektedir.¹ Tenkih şerhinde yapılan nakiller de yukarıdaki görüşümüzü tamamen te'kid edici yöndedir.²

4- Şâfiî'nin Kıyâs Anlayışı

Kıyâs metodunu icad eden kimse olmamakla birlikte, Şâfiî, kıyâsın prensiplerini şekillendirme, kurallarını ve sahasını ele alma yolunda ilk önemli adımı atan hukukçudur.³ Mantıkî üslûpların henüz ilimlere hâkim olmaması sebebiyle Şâfiî'de hadd ve resm yoluyla yapılmış bir kıyâs tarifine raslanmaz; fakat kıyâsın teorisi üzerindeki açıklamaları, O'nun kıyâs anlayışının, sonradan usûl ilminde yapılan kıyâs tarifi ile uyuştuğunu göstermektedir.⁴

er-Risâle'si dikkatle incelendiğinde, Şâfiî'nin, kıyâs kavramının sınırlandırılması yönünde çok özlü ve önemli ifadeleriyle karşılaşılmaktadır. Şâfiî'nin, kıyâsı yorumun dışında bir kavram olarak tayin etmesi, bizce -kendi şartları içinde-

1. Nitekim, düşünlen dipnotta, bu "tehsflu'l-mesâlih ve der'u'l-mefâsid" olarak açıklanmıştır. Baltacı, Mâlik'in usûle muhalif olmamaya haberlerin kabulünde bir kriter olarak kullandığına işâret etmekle birlikte (bkz. Baltacı, Menâhic, II, 580-582), Karâfi'nin bu ifadesini bu anlamda düşünmek yerine O'na reddiye de bulunma cihetine gitmektedir. Aynı eser, II, 614-615.

2. bkz. Ebû Zehrâ, Mâlik, 298 vd.

3. Ebû Zehrâ, Şâfiî, 267; Schacht, E.I, "Usûl", IV, 1114; Chehata, "Logique juridique", 18.

4. Ebû Zehrâ, Şâfiî, 267.

çok ileri bir adımdır.¹

Şâfiî'nin kıyâs taksimi hakkında, müellifler farklı değerlendirmelere gitmektedir. Önce karşılaştığımız bazı görüşlere yer verecek, sonra bu konuda kendi tesbitlerimizi ve bu tesbitlere dayanarak vardığımız sonucu belirteceğiz.

Fahru'r-Râzî, Şâfiî'nin, kıyâs taksimini şöyle gösterir:

- 1) Fer' için aynı hükmün asla göre öncelikle (evlâ) geraktili kıyâs
 - 2) Fer' için aynı hükmün asla göre eşit olarak gerektiği kıyâs
 - 3) Hükmün illeti fer'de asla göre daha zayıf bulunan kıyâs.
- Râzî, sonra Şâfiî'nin bu üçüncü kısmı da;
- a) Kıyâsu'l-ma'na
 - b) Kıyâsu's-ş-gebeh olmak üzere iki kısma ayırdığını söyler.²

Asırımız İslâm hukukçularından Ebu Zehrâ ise, Râzî'nin buradaki üçlü taksimini yerinde bulmakla birlikte, Şâfiî'nin

1. bkz. Şâfiî, Risâle, s: 1322, 1470, 1675. XIX. yüzyıl boyunca Fransa'da hâkimiyetini sürdürmüş olan serhçilik okulu ("L'École de l'exégèse"), yorumla boşluk doldurma arasında fark gözetmezken, özellikle Gény'nin mücadeleleri sonucu, bu akım gücünü yitirmiştir. Öğuzman, Medenî Hukuk, 79. Kıyasın genişletici yorumdan ayırılması gerektiği hakkında bkz. Gény, Méthode d'Interpretation, I, 304-305.

2. Ebû Zehrâ, Şâfiî, 272-274.

" fî ma'ne'l-aşl" diye belirttiği kıyâs çeşidinde ihtilaf olmayacağı yolındaki sarih ifadesine dayanarak "kıyâsu'l-ma'na"nın özellikle ilk iki kısım için, "kıyâsu's-şebeh'in ise, ancak üçüncü kısım için sözkonusu olabileceğini, buna göre Râzî'nin taksimini, Şâfiî'nin sözleriyle tamamen uyuyor bulmadığına söylemektedir.¹ Gerçekten, Râzî'nin, "kıyâsu'l-ma'na" deyişini ile ifade edilen bu tür kıyâsın, kendisi tarafından yapılan üçlü taksim içinde üçüncü kısmın (kıyâsu'l-aş'af) bir çeşidi olarak gösterilmesi, bizzat Şâfiî'nin açık sözleriyle bağdaşmamaktadır.² Bu bakımdan, Ebû Zehrâ'nın görüşüne katılmamız gerekmektedir.

Şâfiî'nin, ihtilafa yol açıp açmaması bakımından yaptığı ikili ayırımı³ göre, kıyâs edenler, ma'na (illet) kıyâsı üzerinde ihtilafa düşmezler, şebeh kıyâsı üzerinde ise, ihtilaf edebilirler. Burada, birinci çeşit kıyâsın mutlak bir kesinlik taşıyacağı gibibir anlam hatıra gelmekte ise de, kanaatimizce, burada Şâfiî, karakter itibariyle bir kıyâs ayırımı yapmaktadır; yani illeti doğru olarak tesbit edilecek bir illet kıyâsında ihtilafın olmayacağına, şebeh kıyâsında ise, doğruluğa kesinlikle nazarıyla bakılmayacağına ve bu çeşit kıyâsın alternatifini bulunma ihtimalini daima koruduğuna işaret etmektedir. Nitekim, dikkatle incelendiğinde, bir önceki paragrafta "doğru bir şe-

1. bkz. Ebû Zehrâ, Şâfiî, 272-275.

2. bkz. Şâfiî, Risâle, s: 1334, Ümm, VII, 85.

3. Bir önceki notta gösterilen yerlere bkz.

şekilde (" bi şıhha") kıyâs yapıldığında" kaydının yer aldığı görülmektedir.¹

Şâfiî, bir şeyin azının yasaklandığını bildiren bir nassdan, çoğunun da yasaklandığı gibi, herkesin fikir yormaya ihtiyaç göstermeksizin çıkarabileceği anlamlara² bazı bilginlerin "kıyâs" adını vermeyi uygun görmediklerini ve bu anlamın zaten nassın çerçevesine dahil olduğunu savunduklarını bildirmektedir.³ Şâfiî'nin ifadelerinden anladığımıza göre, O, bunu kıyâs olarak nitelendirir ve kıyâsın en kuvvetli şekli olarak görmektedir.⁴

Şâfiî'nin illet konusunda sıkı kayıtlar koymadığı, "mürsel ma'na"larla hükümleri gerekçelendirdiğini, buna da imkan bulamadığı takdirde, şebek kıyâsına gittiğini Cüveynî açıklıkla ifade etmektedir.⁵ Cüveynî'nin bu ifadesiyle, Zencânînin, Şâfiî tarafından İslâm hukukunun küllî prensiplerine göre makbul sayılabilecek "masalih" ile hükmettiği⁶ ifadesi birleştirilecek olursa, Şâfiî'nin kıyâs anlayışına istislahan da dahil olduğu düşünülebilecektir.⁷

Şâfiî'nin, kıyâsın sahası konusuna da temas ettiğini görüyoruz. Bu konu ile ilgili olarak ifade ettiği iki önemli

-
1. Şâfiî, Risâle, s: 1333.
 2. Evleviyet (argumentum o fortiori).
 3. Şâfiî, Risâle, s: 1492-1495 (s: 1483-1491 ile birlikte gözönüne alınmalıdır).
 4. bkz. Şâfiî, Risâle, s: 1483,krş.s: 1492,1495.
 5. bkz. Cüveynî, Burhân, II, 1118; Şâtıbî, i'tisâm, II, 111.
 6. Zencânî, Tehrîcu'l-furû', 169 v.d.
 7. Bütî, Davâbitu'l-maslahâ, 375.

kuraldan biri, -haber-i vâhid de olsa- mevrîd-i nassa ictihada (kıyas) cevaz bulunmadığı¹, diğeri daha genel kapsamlı bir nassa dan istisna suretiyle sâbit olan bir nassa kıyâs yapılamıyacağı² kuralıdır. Şâfiî de, İslâm hukukunun prensipleri veya tümevarım yoluyla tesbit edilen genel kuralları anlamında "uşûl" kavramını ve usûle aykırı olduğu gözlenen hadîslerin varlığına kabul etmekle birlikte, Ebû Hanîfe ve Mâlik b. Enes'in doktrininde olduğu gibi "uşûl"ü haber-i vâhid'in kabulünde bir kriter olarak kullanmamakta, bu tür hadîsleri istisnâen sâbit olmuş saymaktadır.³

Şâfiî, illetin fer'de gerçekleşmiş olma şartına da kıyas konusundaki görüşleri arasında yer vermiş bulunmaktadır.⁴ İletinin, hüküm ta'diye ettirilecek nass ile veya başka bir nass ile gösterilmiş olabileceği gibi⁵, istinbat ("taleb") yoluyla tesbit edilebileceğini de⁶ söyler.

Şâfiî'nin, kendisine kıyâs yapılabilecek kaynaklar olarak, Kitâb, Sünnat ve muhâlifî bilâmeyan Selsef'in âmmesine ait görüşü (icmâ) zikrettiğini de belirtmeliyiz.⁷

1. Şâfiî, Risâle, s: 1817 v.d.

2. Şâfiî, Risâle, s: 1607 v.d.

3. Şâfiî, İhtilâfu'l-hadîs, 376 v.d. Özellikle 339-340.

4. Misal için bkz. Şâfiî, Umm, II, 84-85. (Zikraden Baltacı, Manâhic, II, 769).

5. Bkz. Şâfiî, Risâle, s: 1481

6. Şâfiî, Risâle, s: 1333.

7. Şâfiî, İhtilâfu'l-hadîs, 148.

5- Kısa Bir Karşılaştırma ve Genel Bir Değerlendirme

EBÜ Hanife ve Mâlik b. Enes'e, kıyâsın kaynak değeri açısından birbiri ile çelişkili görüşlerin izâfa edilmesinde, "kıyâs" teriminin kapsam farklılığının önemli etkisi olabileceğince işâret etmiştik. İşte "kıyâs"ın böyle birden fazla anlam ifade edişinin her iki doktrinin ve özellikle Hanefîlerin hukuk literatüründe sürüp gitmekte olduğu ve bu karışıklığı giderici kesin bir terim faaliyetine raslanamadığı söylenebilecektir.¹

Bununla birlikte özel bir terim faaliyeti niteliğinde olmamak kaydı ile, iki çeşit "kıyâs"ın aynı veya yakın cümlelerde kullanılması halinde bunları birbirinden ayırtmak ihtiyacı duyulunca bu konuda bazı açıklamalara gidildiğine raslanabilmektedir. Ancak yapılan bu açıklamalar da, Hanefî hukuk literatüründe kıyâs kavramının birden fazla anlam için kullanıldığı ve bu konuda kesin bir terim faaliyetine raslanamadığı yönündeki tezimizi güçlendirici niteliktedir. Nitekim, böyle bir ayırma işâret ihtiyacı duyulduğunda, Cessâs'ın, mutlak tarzda "kıyâs" kelimesini usûlî kıyâs anlamında², "kıyâsu'l-usûl" ve

1. Usûl eserlerinde kıyâs bahsinde, "kıyâs"ın daha çok usûlî kıyâs anlamında kullanılmışının yanısıra, "usûl" (genel kural) anlamında kullanılmasına da sık sık raslanmaktadır, meselâ bkz. Debûsî, Takvîm (yzm.), Lâleli-590, v. 119^a, 119^b, 120^a, 226^a; Perdevî, Usûl, III, 249; Serahsî, Usûl, II, 155; Semerkandî, Mizân (yzm.), v. 186^a; Suhârî, Kesf, III, 250. Mâlikî literatüründe misal için, yukarıda naklettiğimiz Karaffî'nin ifadesine bakılabilir.

2. Cessâs, Usûl (yzm.), v. 237^a ve pek çok yerde.

" kıyâsu'l-âsl" ter kibini genel kurallar anlamında kullandığı Serahsî'nin ise, mutlak tarzda "kıyâs" kelimesini esasen usûl kıyâs anlamında kullanmakla beraber, ayırım yaparken bu genel kural anlamında kullanıp, usûlî kıyâs için " kıyâs şer'î" şeklinde bir terkîbe yer verdiği² görülmektedir.

Hatta biz, Hanefî usûl eserlerinde kıyâsın tarifi kitâbındaki tereddüdün, bu kavram içiçaliğine bağlanabileceğini düşünmekteyiz. Gerçekten, Cessâs tarafından kıyâsın, "aracak, aralarını birleştiren ve hükümlerinin eşitlenmesini gerektiren bir mana (illet) sebebiyle, fer'in asla döndürülmesinden ibâret" olduğunu³ belirten ve tarif olarak nitelendirilebilecek bir ifade ile kıyâs bahsine başladığı halde, sonraki usulcülerden ne Debûsî ne Pezdevî ve ne de Serahsî tarafından tam bir kıyâs tarifi verilmediği ve daha önemlisi, bundan özellikle kaçındıkları hissini uyandıran bir tevar takındıkları görülmektedir.

Nitekim Pezdevî ve Serahsî, kıyâsın lûgat anlamına i-

1. Cessâs, Usûl (yzm.), v. 271^b-272^a. Belirtelim ki, Cessâs buralarda, "kıyasu'l- usûl"ün "usûlî kıyas"a olan üstünlüğünden de söz etmektedir.

2. Serahsî, Usûl, II, 206. Cessâs'ın kıyâs bahsinin başında kullandığı, "kıyâs şer'î" ter kibini, aklî kıyâsın muhtevî olarak anlamak daha uygun olsa gerektir. bkz. Usûl (yzm.) 247^a. Bazı yazarların usûl eserlerindeki kıyâsın daima cüz'î-cen cüz'îye anlaşılması gereğine, hükmetmeleriyle (bkz. Chehata "Logique Juridique", meselâ s. 24.) istisnanın değerlendirilmesindeki hatalarına ilgili paragraftaktamas edilecektir.

3. Cessâs, Usûl (yzm.), v. 267^a.

şâret ettikten sonra, kıyâsten terim olarak kâsdedilenin, "şer'î hükümleri bilme ve ihtilâfları halletme vâsıtası olduğu"nu söylemekte, hemen ardından da bu ifâdenin açıklanmaya muhtaç olduğunu belirterek, isbât hukukundan bir misâlle, kıyâsin şer'î hükümleri bilmekteki rolünü anlatmaktadır.¹ Şener aynı ifâde hakkında "bu tarif çok kapalı olup, izaha muhtaçtır"² demektedir. Biz bu ifâdenin tarif olarak nitslenemeyeceği kanaatindeyiz; nitekim Buhârî de, Pezdevî'nin bu sözünü şerhederken "şeyh, kıyâsin tarifini zikretmemiştir"³ demektedir. Açıklanmaya muhtaç olduğu ise, zaten, adigeçen usûlcülerce de itiraf edilmektedir. Serahsî'nin başka yerdeki bir ifâdesinden kıyâs tarifi çıkarılabilmesi mümkün görülmeyle birlikte bu da doğrudan kıyâs tarifi için sevkedilmemiştir.⁴

Diğer bazı deliller hakkında tam tamına tarif vermeye ve tahlil yapmaya çalışan ve bu konunun teorik önemi üzerinde duran mezkur usûlcülerin⁵ kendi zamanlarından önce yapılmış tariflerin mevcûdiyetine rağmen⁶, kıyâs tarifinde sıkıntıya düşmüşmeleri ve bu sıkıntıya bizzat işâret etmek ihtiyacı duymaları, Hanefî literatüründe kıyâs kavramının tam bir kesinlik hü-

1. Pezdevî, Usûl, III, 268-269; Serahsî, Usûl, II, 144. Euralardaki "medrak" ve "mafâal" kelimelerinin açıklaması için bkz. Buhârî, Keşf, III, 268.

2. Şener, Kıyâs, 67.

3. Buhârî, Keşf, III, 268.

4. Şkz. Serahsî, Usûl, II, 118.

5. Meselâ bkz. Debûsî, Tekvîm (yzm), v.5^b, ayrıca 118^b-119^a; Pezdevî, Usûl, I, 21-25.

6. Yukarıdaki Cessâs'ın tarifi ve mütekellim usûlcülerin tariflerinden başka bir tarif için bkz. Buhârî, Keşf, III, 268

viyeti kazanmadığına hiç değilse bir belirti sayılabilir.

Kıyâs konusundaki diğer gelişmelerin özü, nasların ta'lîli meselesinde merkezleşmektedir.

Nasların ta'lîli meselesi ise, başlıbaşına bir araştırmaya gerektiren önemli bir konudur. Bu konuda gerçekleştirilmiş olan değerli bir çalışmadan¹ faydalanarak, özetle söyleyebiliriz ki, Sahâbe, tâbiûn ve Etba'u't-tâbi'in müctehidlerin ile fiilen icthad eden sonraki İslâm Hukukçularının, pratik bir düşünceden hareket ettikleri ve "mesâlih"i dikkate alarak mevcut hal ve şerâite göre nasları ta'lîl ettikleri, kısaca, ta'lîl konusunda bir takım "vasıf"lar peşinde koşmadıkları; buna karşılık, incelemelerini fiilen işleyen bir icthad müessesesinin dışında sürdüren usûlcülerin, "teorik" bir anlayışla ta'lîli sıkı kurallara bağlama çabası içine girdikleri, aynı zamanda bu konudaki görüşlerin kelâm sahasındaki görüşler ile sıkı bir ilişkiye sahip olduğu, hatta bazı usûlcülerin, iki sahadaki görüşleri arasında tutarsızlık içine düşmemek için bir takım zorlamaları gittikleri söylenebilecektir.²

Kurucu devirde ve ondan önceki devirde terimler üzerinde durulmamasın ve genellikle "re'y" adı altında³ birbiri ile benzerlik gösteren olaylar için hüküm birliğine gidildiği ve kıyâsın pratiği ortaya konduğu halde, usûlcüler devrinde lâfızlar ve terimler üzerindeki teorik araştırmalara ağırlık verildiği

1. Şelebî, Ta'lîlu'l-ahkâm ('Ara ve tahlîli li tarîkatit-ta'lîli ve tetavvurâtihâ fî usûli'l-icthâd ve't-taklîd), Kahire, 1947 (Profesörlük tezi).

2. bkz. Şelebî, Ta'lîl, 36-128. Özellikle 12, 71, 91, 92, 96-97, 105-111, 112, 126-129.

3. Bazı kelimeler için bkz. Şener, Kıyas, 76 v.d.

bir gerçektir; bununla birlikte , yer yer Şelebî'nin de işaret ettiği üzere, usûlcülerin bazı aşırı teorik tartışmalara girmeleri değerlendirilirken, bu durumun kendi zamanlarının şartları içinde düşünülmesi gerekeceği tabiidir.

Kıyâs kelimesinin menşei¹, İslâm hukukçularının kıyâs anlayışına yabancı kültür çevrelerinin etkileri² üzerindeki tartışmalar, bizim araştırma sınırlarımız dışında kalmaktadır.

1. bkz. Şener, Kıyas, 70; Vesey-Fitzgerald, "Nature and sources", 96-97.

2. Chehata, "Logique Juridique", özellikle 24.

§:4- İ S T İ H S Ā N

I- İslâm Hukuk Literatüründe " İstihsân " Kavramı

1- İstihsân Tarifleri

" İ s t i h s ā n ", lügatte, iyi ve güzel bulmak, iyiliğine ve güzelliğine inanmak anlamına gelir.¹

" İ s t i h s ā n "ın terim anlamını tayin etmek üzere çeşitli tarifler yapılmıştır. İslâm hukuk literatüründe istihsân teriminin hangi anlamları ifade ettiğini tesbit edebilmek için, farklılıklar gösteren bu tariflerin başlıcalarına yer vermemiz gerekecektir.

Bize kadar ulaşan ilk istihsân tarifi için Ebu'l-Hasen el-Kerhî'ye(v.340/951) uzanmamız gerekmektedir. O'na göre istihsân: "Bir meselede daha kuvvetli bir sebebi göz önüne alarak (" bi vech hüve 'akvâ"), benzeri meselelerde kabul edilen hükmü vermekten vaz geçmektir."²

Raslayabildiğimiz tarifler içinde ikinci sırayı tutan tarif Cessâs'a aittir: " İstihsân, kendisine nisbetle önceli-

1. Debûsî, Takvîn(yzm.), Lâleli-690, v. 225^a; Serahsî, Usûl, II, 200; Buhârî, Keşf, IV, 2.

2. Buhârî, Keşf, IV, 3; Teftâzânî, İelvâh, III,3; Şâ-tihî, İ'tisâm, II, 138; Chehata, "L'équité", 124.

ği (üstünlüğü) bulunan (delil) sebebiyle kıyasın terkedilmesidir".¹ Cessâs, daha önce Harrefîlerin, nafaka miktarının takdiri gibi takdirî ictihada da "istihsân" adı verdiklerini, fakat asıl ihtilaf konusu istihsânın, bu olmadığını söylemekte bu nevi icitihadı, verdiği istihsan tarifinin dışında tutmaktadır.² Bu tariften sonra Cessâs, istihsânın iki şekilde olduğunu söylemektedir: Birinci şekli, iki "asıl" ile benzerlik gösteren bir fer'in, bu iki asıl arasında çekişmesidir, -ki bu durumda, asıllardan birini bırakıp diğerine ilhakını gerektiren bir "delâlet" sebebiyle, fer'in o asıla ilhak edilmesidir. İstihsânın ikinci şekli ise, illetin varlığı ile birlikte hükmün tahsisidir; bu da, nass, eser, icmâ, başka bir kıyas ya da halkın teâmülü ile olur.³

Debûsî, istihsândan, "celî kıyasa muâriz düşen bir çeşit delildir, ki teâruz yoluyla kıyas, istihsânın dışında kalmış olmaktadır" diye sözeder.⁴

Pezdevî de tam bir istihsân tarifine raslanmamakla beraber, bunun bir kıyası bırakıp, daha kuvvetli bir kıyası benimsemek olduğuna işâret etmektedir; fakat daha sonra yaptığı açıklamalar, O'nun daha geniş bir istihsân anlayışının bulunduğunu göstermektedir.⁵ Bazı yazarların Pezdevî'nin söz-

1. Cessâs, Usûl (yzm.), v. 294^b.

2. Cessâs, Usûl (yzm.), v. 294^a-294^b.

3. Cessâs, Usûl (yzm.), v. 294^b-297^b-298^b.

4. Debûsî, Takvîm (yzm), Lâleli-690, v. 225^b. Debûsî'nin istihsân karşısındaki tavrına ileride temas edilecektir. bkz.s.

5. bkz. Pezdevî, Usûl, IV, 3, v.d.; Buhârî, Keşf, IV, 3.

lerinden anlaşılana, doğrudan O'nun tarifi şeklinde verdikleri görülmekte ise de,¹ onları bu tasrihe yönelten âmil, şârih Buhârî'nin, bu tarifi isim vermeden şekillendirmesi ve "şeyhin de işâret ettiği gibi..." demesi² olmalıdır. Yoksa "usûl" Ünde doğrudan Pezdevî'ye ait bir tarif görülmemektedir.

Serahsî, "usûl"Ünde, önce istihsânı ikiye ayırmaktadır: Birincisi, -Cessâs'ın işâret ettiği- takdîri ictihaddır, ki bunda hiç bir hukukçunun muhalefeti düşünülemez. İkincisi ise, "Üzerinde iyice düşünmeden önce hatıra geliveren zâhir kıyasa muhâlif delildir ki, olayın hükmü ve bunun genel kurallardan benzerleri üzerinde iyi düşünöldükten sonra kendisine muâriz delilin daha kuvvetli olduğu qrtaya çıkar ve bu delil ile amel etmek gerekir".³

"Mebût"unda yer verdiği, "Kitâbu'l-İstihsân"da ise Serahsî, muhtemelen Halvânî'ye atfen, "İstihsân, kıyası terkedip insanlar için en uygun olanı almaktır" ⁴ şeklinde bir tarif vermektedir. Serahsî, bunun ardından atıfta bulunmaksızın, istihsânın, kolaylığı, genişliği, toleransı, rahatı araştırma anlamına geldiğine dâir nakillerde bulunup, "bütün bu sözlerin özetî, kolaylık için zorluğu terketmekten ibârettir"⁵ demektedir.

1. Hallâf, Hasâdir, 58; Zeydân, Veciz, 166.

2. Buhârî, Kaaf, IV, 3.

3. Serahsî, Usûl, II, 200.

4. Serahsî, Mebût, X, 145.

5. Serahsî, Mebût, X, 145.

Mâlikîlerden İbnu'l-Arabî'nin istihsân tarifi şöyledir: "İstihsân, (aynen uyulması halinde) delilin bizzat kendisinin bir takım icabları ile çelişkiye düşüleceğinden, istihsân ve ruhsat yoluyla delilin icâb ettirdiğini terketme yolunu tutmaktır". Bu da, ürf, meslahat, icmâ ya da kolaylık sağlama sebebiyle yapılır.¹ Yine İbnu'l-Arabî'den nakledildiğine göre, gere Hanefîler, gerekse Mâlikîlere göre "istihsân, iki delilden en kuvvetlisi ile amel etmektir".²

İstihsanın, kıyastan dahi fazla kullanıldığını söyleyen Mâlikî hukukçu İbn Rüşd'e göre istihsan, aşırılığa yol açan kıyası etmek ve böylece bazı istisnâî durumlarda hükmün rûhuna uygun olan başka bir sonuca yönelmektir.³

Şâtıbî, doktrine mensûb başka hukukçularca, Mâlik'in istihsan anlayışının "küllî kıyas karşısında cüz'î meslahatın alınması" şeklinde tarif edildiğini söylemekte⁴ ve şöyle bir açıklama yapmaktadır: "İstihsân, mürsel meslahat ile istidlâlî kıyasa takdîm edilmesi gereğini ifâde eder. Esasen, istihsan yapan, nücerred kendi zevk ve arzularına başvurmuş değildir. Sadece, kıyâsî sonucun, başka bir yönüyle bir menfaatin ihlâline ya da bir zarara girilmesine yol açtığı durumlarda, Şâri'in (kanun koyucu) banzeri meselelere ait hükümlerin hepsini kapsa-

1. Şâtıbî, Muvâfakaat, IV, 207-208.

2. Şâtıbî, Muvâfakaat, IV, 208-209. Şâtıbî, bunu İbnu'l-Arabî'den naklediyorsa da; Hallâf, önce İbnu'l-Arabî'ye izâfeten yukarıdaki tarifi vermekte ve bu tarifi ise doğrudan Şâtıbî'ye nisbet etmektedir. bkz. Masâdir, 58.

3. Şâtıbî, İ'tisâm, II, 139.

4. Şâtıbî, İ'tisâm, II, 139; Muvâfakaat, IV, 205-206.

yan esas gayesine başvurmuş olmaktadır."¹

Hanbelî doktrine mensûb olduğu belirtilen Tûfî'nin: "İstihsânın en güzel tarifi: Özel bir şer'î delil sebebiyle, bir meselede, o meselenin benzerlerine ait hükümden vazgeçmektir, ki Ahmed b. Hanbel'in görüşü de budur" dediği naklolunmaktadır.²

2- İstihsân Kavramının Tahlîli Ve Mâhiyetinin Tesbîti

a. İstihsânın tahlîli

İstihsânın mâhiyeti hakkında sıhhatli bir sonuca varabilmek için, istihsânın farklı tiplerini ayırt etmek en uygun yol olsa gerektir. Bu sebeple biz, önce, istihsân tiplerini ve her bir tipe hâkim olan özellikleri kısaca ortaya koymaya çalışacağız. Gerek istihsân tiplerinin ayırılması Hanefî doktrininde daha çok özen gösterilmesi, gerekse Hanefîlerde istihsân kavramının daha geniş kapsamlı olması sebebiyle, Hanefî usûlündeki istihsân tiplerini esas alacak, mâhiyetiyle ilgili tesbîtlerimizden sonra Mâlikîlerin istihsân anlayışı ile kısa bir karşılaştırmasını yapmaya çalışacağız. Ancak, konunun misâllendirilerek ortaya konması, tahlil ve mâhiyeti ile ilgili tesbîtlere ışık tutması açısından zorunlu görünmektedir.

1. Şâtibî, Muvâfakaat, IV, 206.

2. Hallâf, Maşâdir, 58.

aa. İhtilaf konusu olmayan istihsân

(Takdîrî hüküm istihsân)

Bir hukuk kuralının genel hatları nass tarafından çizilmiş fakat bazı hususların tayini nassın uygulayıcılarına bırakılmış olabilir. Meselâ Bakara(2), 241 ve 233 âyetleri, nafaka miktarının, ve boşanmış kadınlara verilecek "müt'a" nın, tarafların durumu ve mâlî gücünün dikkate alınarak hak ve nasafete göre takdîrini nassın uygulayıcılarına bırakmıştır.¹ İşte bu durumda, kullanılacak takdir yetkisi en genel anlamıyla bir icthad olmakla birlikte bir kısım Hanefî usûlcülerin buna istihsân dedikleri, hattâ istihsâna cephe alan Şâfiî'nin dahi benzeri bazı durumlarda " أبْتِن " ibâresini kullanarak icthad ettiği görülmektedir.² Cassâs ve Serahsî, " hiç bir hukukçunun istihsânın bu nevine muhalefet edebileceği düşünülemez " demektedir.³ Bu konuya ikinci bölümde tekrar temas edilecektir.

bb. İhtilaf konusu olan istihsân

aae. Gizli kıyas istihsanı ("istihsânü'l-kıyâs", "el-kıyâs el-hafî")

İstihsânın bu şekli, doğrudan doğruya bir kıyas işlemi üzerindeki tereddüdü, yani ortaya çıkan hükûkî olayın, hükmü bilinen iki farklı olaya birden benzerlik göstermesini ve sonra

1. Serahsî, Usûl, II, 200; Cassâs, Usûl (yzm.), v. 294^a-294^b.

2. bkz. Serahsî, Usûl, II, 200, 207; Âmidî, İhkâm, IV, ; Buhârî, Keşf, IV, ; Cassâs, Usûl (yzm.), v. 294^a, 294^b; Şener, Kıyas, 135.

3. Serahsî, Usûl, II, 200; Cassâs, Usûl (yzm.), v. 294^b.

bunlardan biri üzerinde karar kılınmasına ifade eder.¹ Şu halde ortada iki kıyas vardır: Birinde hükmün sevk sebebi açısından daha kuvvetli bir bağ kurulabilmekte (ma kavş eseruh) fakat bu ilk olarak hatıra gelmemekte (hafî), diğerinde ise, hükmün sevk sebebi açısından daha zayıf bir bağ kurulabilmekte (ma daufa te'siruh) fakat bu, şekil yönünden ilk hatıra gelen benzerliği (zâhir, celî) ihtiva etmektedir.² Hanefî usûlcüler, bunun adına istihsan dense de, esasen bir kıyas amelîyesinin dışında mütalaa edilemeyeceği noktasında ısrarla durmaktadırlar.³

Meselâ satış akdinde, şâyet akdin konusu zirâî bir arazi ise, Hanefî doktrininde yerleşik hüküm, satılan arâzinin mülkiyetinin nakli ile, o arâzinin istifade ettiği irtifak haklarının doğrudan halafiyeti sonucunun doğmayacağı yönündedir. Bu hakların akide özel olarak zikredilmesi gerekir. Buna karşılık, kira akdinde bu irtifaklar özel olarak zikre ihtiyâç olmazsınız kiracıya geçer. Burada kendi konteksi içinde kolaylıkla izah edilebilecek farklı iki çözüm mevcuttur. Fakat hukukî mesele, "zirâî bir arazinin vakıf muamelesine konu olması halinde, özel hükme gerek bulunmaksızın irtifakları ihtivâs etmeli midir yoksa etmemeli midir?" şeklinde ortaya konduğunda, iki çözümler karşı karşıya gelmektedir.

1. Cassâs, Usûl (yzm.), v. 294^b.

2. Serahsî, Usûl, II, 203; Mabsût, X, 145; İbn Hümâm, Tahrîr, III, 222.

3. Serahsî, Usûl, II, 206.

vakfın tıpkı satış gibi bir ferağ muamelesi olduğu düşüncesinden hareket eden kıyas (cafi), özel olarak zikredilmemesi halinde irtifak haklarının vakıf kurma muamelesinin dışında bırakılması sonucuna götürmektedir. Buna karşılık vakfın mülkiyet nakli değil, lehtara intifa hakkı sağlama sonucu doğduğu düşüncesinden hareket eden başka bir kıyas (hafî), özel olarak zikredilmese de irtifak haklarının vakıf kurma muamelesine dahil olacağına hükmetmektedir. Burada, istihsâna bağ vurularak ikinci çözüm seçilmiştir.¹ Esasen bu ikinci çözüm de tıpkı birincisi gibi kıyasî bir çözümdür. Şâyet sırf hukuk tekniği mülahazaları ile yetinilirse, her iki çözüm eşit olarak savunulabilir: Vakıf, bir mülkiyet ferağıdır; aynı şekilde vakıf lehtarın yararına bir intifa hakkı tesisi ile sınırlıdır. Her iki hükümün tavsîf birer gerçektir.²

SÖRÜLDÜĞÜ Üzere, ikinci çözümü birinciye üstün getirmek için pratik nokta-i nazarın dikkate alınması mecbûriyetinde kalmıştır: Bir vakfın lehtarı tam yetkiye sahip olabilmek için, tıpkı kiracı gibi gerçek irtifaklardan eşit olarak istifade etmelidir. Bu bu haklerden mahrum etmek, onun tasarruf hakkını önemli bir unsurundan koparmak olur. Satılan varlığın tam mülkiyetini hemen o zaman kazanmış bulunan alıcı, bu sıfatla onda yeterince tasarruf edebilir ve aynı zamanda bu varlığa bağlı irtifakları elde etmek isterse, bunu satıcısının

1. Feyzan, Haciz, 197-198, 200; Hallîf, Usûl, 80; Chehata, "L'Équité", 131-132.

2. Chehata, "L'Équité", 131-132.

dan açıkca isteyebilir ve elde edebilir. İşaret olunmalıdır ki, dolaylı bir tarzda kira sözleşmesine benzetilerek varılma-ya çalışılan bu çözüm, söz konusu tür ve menfaatlerin özel durumlarını hesaba katarak tamamen kanuna uygun olan sonucu gerçekleştirmektedir.¹

İlgi çekici başka bir misal verelim:

Bir topluluk bir eve girip birlikte eşyaları toplasalar ve içlerinden birinin sırtına yükleseler, böylece eşyaları, sırtına yüklenen şahıs çıkarmış olsa ve diğerleri hiç eşya yüklenmeksizin onunla birlikte çıksalar, kıyasa göre, hırsızlık cezasını sadece eşyayı yüklenen şahsa uygulamak gerekir. Fakat istihsan yoluyla, hepsine cezanın uygulanmasına hükmedilmiştir.² Burada çekişen iki "asl" vardır: Biri, yine bir topluluğun bir kadına zor kullanmaları suretiyle içlerinden birinin kadının ırzına tecavüz etmesi olayıdır ki, bu olayda zina suçuna ait haddin(cezanın) sadece irza geçen şahsa uygulanacağı ihtilafsız kabul edilmektedir. İşte istihsânın karşılığı olarak "kıyas" adı verilen "asl" bu hükümdür. İkinci "asl" ise, insanların canlarına kıymek ve mallarını zorbalıkla almak üzere birleşmiş olan kişiler³ arasında yardımcılık edenlere de bu konudaki âyette⁴ yer alan cezanın topluca uygulanacağıdır.

1. Chehata, "L'âquité", 132, Bu tip istihsânın başka misalleri için bkz. Cessâs, Usûl(yzm.), v. 295^a-297^b; Serahaf, Usûl, II, 204,206; Hallâf, Masâdir, 60-61; Zerkâ, Medhal, I,

2. Cessâs, Usûl(yzm.), v.296^a; Serahsî, Usûl, II, 201.

3. İslâm hukukunda "hırâbe", "kat'u't-tarîk" (yol kısma) adı verilen bu suç ve cezası hakkında bkz: Şafak, İs.Ceza Hukuku, 169-177.

4. Mâide(5), 33.

ihtilâfsız kabûlüdür. Dikkatle incelendiğinde toplu hırsızlık olayının, hırâbe olayına ilhak edilmesinin zina olayına ilhak edilmesinden daha üstün (evlâ) bir çözüm olduğu anlaşılmaktadır. Buradan terazinin ibresini istihsan tarafına yönelten düşünce nasıl ifâdelendirilmelidir? Cessâs, sadece-bunu gerekli kılan bir delâlet sebebiyle², Kerhî ise diğer istihsân tiplerini de içine alır tarzdaki tarifinde "daha kuvvetli bir vacih sebebi ile"³ demekten öteye başkaca açıklık getirmemektedirler. Ayrıca Cessâs, bu tür istihsân hakkında dikkatli düşünmenin iyice fikir yormayı gerektirdiğini ve doktrin içindeki istihsân çözümlerinin en karanlık şeklini temsil ettiğini söylemektedir.⁴ İstihsânın mâhiyeti başlığı altında bu sorunun cevabı üzerinde durmaya çalışacağız.

bbb. İstisnâ yoluyla istihsân

İstihsânın bu şekli, hüküm araştırılan hukûkî olayın kendi türünden olaylara ait genel kuralın, ya da, o olay hakkındaki delil-i âmmin muktezasının yani nasların lafzının, (sense literal) dışına çıkılmasını ifâde eder.⁵ Başka bir ifade ile, istihsânın bu şeklinde doktrin içindeki bir kural ya da çözümün, genişletici veya daraltıcı bir yorumla mütedilleştirilmesi ve bazen de bu kuralın dışında bir kural hatta mü-

1. Cessâs, Usûl (yzm.) v. 296^a. Bu tip istihsânın misâlleri için bkz. Cessâs, Usûl (yzm.) v. 295^b-297^a; Serahsî, Usûl, II, 202, 204; Hallâf Masâdir, 60-61; Zerkâ, Medhal, I, 84-87

2. Cessâs, Usûl (yzm.) 294^b; Şelebi, Ta'îlîl, 334.

3. Buhârî, Kesf, IV, 3; Chehata, "L'âguité", 124.

4. Cessâs, Usûl (yzm.), 294^b.

5. Hallâf, Usûl, 60; Şelebi, Ta'îlîl, 337.

essâse ortaya konması sözkonusudur.¹ Bu şekil içinde değişik tipler ayırdetmek mümkündür.

1) Nass sebebiyle istihsân("istihsânü'n-nass")

Bir hukûkî olayın, bizzat şâri'(kanun koyucu) tarafından istisnâ edilerek, bu olay benzerlerine bağlanan hükümden farklı bir hükümün bağlanması, Hanefî usûlünde "istihsân" olarak nitelenmiştir.²

Meselâ, selem akdi "yanında mevcut olmayan şeyi satma" tarzındaki nassa dayanarak varılan"ma'dûmün bey'inin câiz olmayacağı" genel kuralına aykırı görülmüş, fakat yine selem akdi bizzat nassa müstade edilmiş bir akid olduğundan "istihsân" yoluyla cevâzına hükmedilmiştir.³ Elbette burada, hukûkî sonucun mesnedi yine nasstır; çünkü başlıbaşına bir kaynaktır ve kaynaklar hiyerarşisi içinde kıyastan önce gelmektedir. Şu halde "istihsân" adını verme ihtiyacı nereden doğmaktadır? Bu sorunun cevabını da istihsân hakkındaki genel değerlendirmeler esnasında ele almaya çalışacağız. Burada şunu da belirtelimki, istihsâna mesned teşkil eden nass, gerek Kitab'dan gerekse Sünnet'ten olabilmektedir.⁴

1. Tyan, "Methodologie et sources", 84. Burada, kural dışı kalan hükümün bizzat kanun koyucu tarafından yapılan istisnalar da olabileceği dikkatten uzak tutulmamalıdır. Nitekim aşağıda görülecektir.

2. Serahsî, Usûl, II,202; Şelebî, Ta'îlîl, 348.

3. Pezdevî, Usûl, IV,5; Serahsî, Usûl, II,203.

4. Bu tipe başka misâller için bkz. Cessâs, Usûl(yzm.), v.297^b; Şelebî, Ta'îlîl, 349-350.

2) İcmâ' sebebiyle istihsân (" istihsânü'l-icmâ'")

İstihsânın bu tipi, bir hukûkî olay hakkında, genel kurala aykırı bir sonuç üzerinde icmâ edilmesini ifade etmektedir. Meselâ, istisna' akdine esasen "mâ'dûmun beyi yasağı"nın uygulanması gerekirken, bu konuda itiraza uğramayan bir teâmül sonucu icmâ'nın teşekkül etmesi sebebiyle bir akid câiz sayılmıştır.¹

Şelebî, bu gibi durumlarda istihsânın icmâya dayandırılmasının ortaya çıkarabileceği bir sakıncaya işaretlerle, özet olarak şunları söylemektedir: Bu konudaki teâmül ya Hz. Peygamber zamanında mevcuttur veya değildir. Eğer o esnada mevcut idiye, bunun Sünnete dayandırılması gerekir. Şâyet Hz. Peygamber'den sonra meydana gelmişse, ya bütün beldelerde bir anda ortaya çıkıvermiş bir uygulamadır ve müctehidlerin buna ittılai da bir anda olmuştur ya da bir yerde uygulanmasına başlanmış sonra yaygınlaşmıştır ve dolayısıyla müctehidler de tedricen haberdar olmuşlardır. Birinci şeklin vukûu mümkün olsa, elbette bu sahih bir icmâdır. Ama, yeme-içme gibi cıbillî durumlardan olmadığı için, bir anda böyle bir uygulamanın ve icmânın gerçekleşmesi düşünülemez. Eğer ikinci şekilde gerçekleşmişse, tabii ki, gerçekleşmesinden itibaren bu bir icmâdır; fakat ya icmânın gerçekleşme tarihinden önceki dönemde bu akdin cevazına delil ne idi? Nass ve kıyas olmadığına göre müctehidlerin sükût etmesi miydi? Bunu hiç kimse söylememiştir. Zaten söylese, o müctehidlerin cevazı mümkün görülme-

1. Penzevî, Usûl, IV, 6; Serahsî, Usûl, II, 203.

yen bir davranış karşısında sükût ettikleri , dolayısıyla hep birden günahkar oldukları ileri sürülmüş olmayacak mıdır? Şu halde bu akdin ihtiyaca binaen, halkın menfeati gözetilerek tecvîz edildiği söylenmezse ne olur?...¹

Biz, ilk nazarda çok mantıkî görünen bu tenkide bütünüyle katılamıyoruz. Zira teorik olarak (bu misal için iddia etmeksizin), bu gibi durumlarda icmânın teşekkülünden önce aynen yazarın teklif ettiği gerekçeye dayanarak, (ihtiyaç ve maslahata binaen) ferdî ictihadlarla tecvîz edilmiş olma, sonra bu konuda bir icmâ teşekkül etme imkanı düşünülebilmelidir.

3) Örf sebebiyle istihsân

Hukukî bir olayda, örf sebebiyle de, doktrinde mevcut bir genel kuralın dışına çıkılabilmektedir.² Meselâ, genel kural, akdin gerekli kıldığı bir şart olmadıkça ileri sürülecek şartın geçersizliği yönünde olduğu halde, örf'e dayanarak alıcı tarafın meyvenin iyice olgunlaşmasına kadar dalında kalmasını şart koşması tecvîz edilmiştir.³ Burada sosyal ihtiyaçlar, örf şekline bürünerek veriliğini müctehide hissettirmektedir.

Usûl eserlerinde, örfü istihsan sebebi olarak gösteren ilk açık ifadeye ("amâlû'n-nâs" şeklinde) Cessâs'ta raslanmak-

1. Şelebî, Ta'îlî, 351-352.

2. Şelebî, Ta'îlî, 354.

3. Şelebî, Ta'îlî, 355. Bu tipe başka miseller için bkz. Cessâs, Usûl (yzm.), v. 298^b; Kâsânî, Bedâyi', VII, 395; Şelebî, Ta'îlî, 356.

tadır.¹ O'nu takip eden usûlcülerin ise, bu şekilde yapılan istihsânı ayrı bir tip olarak göstermemeye çalıştıkları göz-
lenmektedir.² Zaten Cessâs'ın da bu konudaki tutumunun kesin-
lik taşımadığına eşeğide işaret edilecektir.³ Usûl eserlerindeki bu çekingenliğe karşılık, furû' eserlerinde "ürf sebebiyle" istihsân yapıldığını rehavîlik içinde belirten açıklamalara bol bol reslanmaktadır.⁴ Bu da, bizim, ürf ve âdet kavramının İslâm hukuk literatüründeki yeri hakkındaki tezimizi⁵ güçlendirici bir delil olarak görünmektedir.

Ürfler, terimler veya konuşma dilindeki âdetler vasıtasıyla, irade açıklamalarının ilk nazarda anlaşılmanın(kıyas) dışında yorumlanması da bu nevi istihsân arasında mütalaa edilmektedir. Meselâ; Bir kimsenin, "malım fakirlere zekât olsun" şeklindeki sözü ilk nazarda bütün malının tasaddukunu gerektirir, kıyas budur. Çünkü "malımın üçte birini vasiyet ettim"deciğinde "malım" sözü, bütün malını içine almaktadır(Züfer'in görüşü). Fakat istihsân yoluyla sadece zekat malının tasadduk gereğine hükmedilmiştir; zira zekat konusunda Kur'an "mal" kelimesi ile , mahsus nevilere kasdetmektedir.⁶ Bu olayda istihsân

1. Cessâs, Usûl(yzm.), v. 252^b.

2. bkz. Debû'î, Yakvîn(yzm.), Lâleli-690, v.225^b v.d.;
Fazdevî, Usûl, IV, 5-6; Serahsî, Usûl, II, 202-203.

3. bkz. s.154.

4. Meselâ, bkz. Serahsî, Debû'î, XII, 150; Kâsânî, Bedâyi', VII, 395.

5. bkz. s.154, 234-237.

6. Şelehî, Ta'îlîl, 354. Başka bir misal için bkz. Kâsânî, Bedâyi', VII, 222.

sen, bu dolayla izahla gerekçelendirilmekle birlikte, istih-
sana yönelten daha köklü bir düşüncenin varlığı gözden kaçma-
maktadır. Şayet bu kişinin bütün mal varlığını tasadduk ederek
elinden çıkarmasına hükmedilse, başkalarına muhtaç olmadan ya-
şamakta olan bir kimsenin ihtiyaç içine düşmesine ve başkala-
rına el-avuç açmasına sebebiyet verilmiş olacaktır. Vasiyette
ise durum farklıdır. Bu sözün "bütün mal" şeklinde yorumunda
kimsenin darlığa düşmesi söz konusu değildir. Mal sahibinin za-
tan hayatı sona ermiş olacaktır; vârislerin hakkı ise kanun
koyucu (şâi') tarafından korunmuş, vasiyet üste birle sınır-
landırılmıştır. Şu halde esasen buraca meslahat ve hâcet is-
tihsanın menşaini teşkil etmektedir.¹

4) Diğer sebeplerle istihşân

Yukarıda sayılan istihşân tiplerinden başka, Hanefî u-
sûl eserlerinde son olarak bir de "istihşânü'd-darûra" adıyla
bir istihşân tipi ayırdedilmektedir.² Hatta bazı usûlcüler
tarafından, "zarûret" in herkesçe kabul edilen müstakil bir
kavruk olmadığı yönünde gelebilecek tenkidlere karşı, bu yol-
la yapılan istihşân, kıyas-ı hafî ya da senedi zarûret olan
icmâ olarak gösterilmeye çalışılmaktadır.³ Cessâs ise, genel
nükûnden istihşâna şeklindeki istihşânın son sebebini "bi kı-
yâsê âhar" (başka bir kıyasla) şeklinde ifade etmekte⁴, bunu,

1. Şelebî, İa'îlî, 354.

2. Mesâilâ, bkz. Serahsî, Usûl, II, 202, 203; Pazdevî, Usûl,
IV, C.

3. Şelebî, İa'îlî, 337.

4. Cessâs, Usûl (yzm.), v. 298^b-299^a.

verdiği misal ile, doktrinde kabul edilen şer'î bir çözüme dayanarak (bi'l-kıyâs), yine doktrindeki genel kuralın dışına çıkan bir sonuca varmak (tahsîsu'l-ille, Tahsîsü'l-kıyas el-evvel, tahsîsü'l-hükûm) şeklinde izah etmektedir.¹ Ancak Şelebî gerçekte Hanefî hukuk literatüründe, istihsânın gerekçelerinin sadece bunlardan ibâret olmadığını söylemekte ve istihsân uygulamalarından bolca misaller vererek başkaca istihsân tiplerinin bulunduğunu isbatlamaya çalışmakta, yukarıdaki beş tipe ilâveten "İhtilafları dikkate alarak ihtiyat sebebiyle istihsân", "maslahat sebebiyle istihsân", "kolaylık sağlamak üzere delîlin muktezâsını terk yoluyla istihsân" adıyla üç tip istihsânın varlığından söz etmektedir.²

Siz karşılaştığımız istihsân uygulamalarının ve özellikle usûl eserlerinde belli tiplere verilen misaller dışında zikredilen istihsân misellerinin incelenmesinden, yukarıda ayrı ayrı gösterdiğimiz istihsân tipleri içine katılamayan istihsân uygulamalarının, doktrindeki bir hukuk kuralının, nasların ruhunu tesbit ve genel hukuk prensiplerine dayanarak uygulanmakta vazgeçilmesi özelliğinde birleştirilebileceği kanaatine varmış bulunuyoruz. Buralarda da terk edilen çözümün adına "kıyas" acayile anıldığı hatırdan çıkarılmamalıdır.

Konunun aydınlanması için iki misale yer vereceğiz:

- Meselâ, kadının irtidadı ile nikah bağının sona ermesi

1. Mesâs, Usûl (yzm.), v. 298^b- 299^a.

2. bkz. Şelebî, Ta'lîl, 337-360.

bir kuraldır. Böyle durumda mirasçılık sıfatını kaybettiği için koca, karının terakesinden pay alamıyacaktır. İrtidadin sıhhat ya da hastalık halinde vuku bulmasının ise, esasen farkı yoktur. Kayâsi sonuç budur. Fakat, kadın bu kararını ölüm hastalığı (marazu'l-mevt)¹ esnasında vermişse, istihsân yoluyla kocanın miras payını alabilmesine hükmedilecektir.²

İşâret edelim ki, bazı yazarlar tarafından, olaydaki istihsânın, din farklılığının mirasçılığa engel olduğunu bildiren hadislerden anlaşılan anlamın (kayâsi çözüm) dışına çıkma şeklinde terahür ettiğini söylemeleri³, kanaatimizce isâbetli olmamıştır. Zira irtidad sebebiyle meydana gelen din farklılığı durumunda müslüman yakınlarının mürtede vâris olabileceği Hanefî doktrininde kabul edilmektedir⁴ ve bizzat Ebû Yûsuf da bu olaydaki istihsânın, irtidadin evlilik bağına son vermesi kuralına aykırılığı ifade ettiğini açıkca söylemektedir.⁵

Açıktır ki, burada Ebû Yûsuf (ve yine kendi ifâdesine göre Ebû Hanîfe), ölüm hastalığı esnasında varılan dinden dön-

1. Marazu'l-mevt'in tanımı için bkz. Mecelle, md. 1595. Bu konuda özül bilgi için bkz. Nahhasânî, Mücebât, II, 135 vd.

2. Ebû Yûsuf, Harâc, 113.

3. bkz. Şelebî, Ta'îlîl, 347-348. Chehata da, bu konuda Şelebî'yi takib etmekte, irtidadin nikah bağına son vermesi kuralına tâlî bir rol tenimaktadır. bkz. Chehata, "L'Équité", 130-131.

4. İbn Rüşd, Bidâye, II, 407.

5. bkz. Ebû Yûsuf, Harâc, 281.

me(ridde) kararının, kocaya miras hakkından mahrum etme gayesini taşıyabilme özünü dikkate almıştır. Bu bir "kanuna karşı hile" durumudur. İrtidadı açıkladığı esnada kadını çevreleyen hal ve şerâit göz önüne alınarak hilanın varlığına kanaat getirildiğinden, bu irtidada rağmen, kocaya miras hakkından mahrum edilmeyecektir. Burada da, istihsân yoluyla varılan çözüm, yine esâsen kanunun uygulamasını hedef almaktadır. Halbuki kıyâsî çözümün sıkı bir uygulaması, hiç bir hukuk sisteminde kabul edilemeyecek olan bir "haktan mahrum bırakma" sonucuna götürecektir.¹

- "Sefeh", İslâm hukukunda baskın görüşe göre (ki Hanefî doktrininde de Ebû Hanîfe'nin muhalefetine rağmen muhtar görüş budur) bir hacr sebebidir.² Sefeh sebebiyle hacr altına alınan kimsa, kural olarak, bir teberru muamelesi için rıza beyânında bulunamayacaktır, ki vakıf kurma muamelesi de bu cümledendir. Şu halde, diğer bütün teberru muameleleri gibi, bu muamele de geçersiz sayılmalıdır. Kıyasın getirdiği çözüm budur.

Fakat, lehterin bizzat kendisi olma durumunda sefihin vakıf kurma muamelesi istihsân yoluyla geçerli kabul edilmiştir. Zira gerçek şudur ki, bu durumda vakfedilen malın intifa hakkı hayatı boyunca kendisinin müktesebi olarak kalmaktadır. Mülkiyetin ferâğî muamelesi ona zarar verme yerine, daha çok

1. Chehata, "L'équité", 131.

2. Sefih'in tarifî için bkz. Mecelle, mad. 946 ; hükümleri, mad. 930 v.d.

onu israf eğilimine karşı emniyet altına almakta ve bu durumda hacrin varlık sebebi de ortadan kalkmış olmaktadır.¹ Şayet kıyasın telkin ettiği çözüm uygulanacak olsa, bu çözümün açıkça sakınmak istediği sonuca varılmış olacaktır.

Şu halde burada hukuk tarafından konan sıkı bir çözümün uygulamasının, belli bir ölçüde kanun tarafından kastedilmiş olanın aksine bir sonuca götürmesi halinde kanunun ruhuna nüfuz edilmeye çalışılmasının bir misali ile karşılaşılmaktadır.²

b. İstihsânın mâhiyeti

İstihsânın tahlîli, bize "takdîrî hüküm istihsânı" diyebileceğimiz birinci şekli dışında kalan istihsân tiplerinin "bir hukûkî olayın benzerlerine bağlanan hukûkî sonuçtan vazgeçip başka bir sonuca verme" noktasında birleştiklerini göstermektedir.³ Nitekim, Kerhî'nin istihsân tanımı da bu ortak özelliğin ifadesinden ibâret bulunmaktadır.⁴ Fakat istihsânın iyi anlaşılabilmesi için "benzerleri" ("nezâir") kelimesi, çoğu usûl eserlerinde bunun anlamını karşılamak üzere kullanılan "kıyas" terimi üzerinde dikkatle durulması gerekmektedir. Şelebî'nin, Hanefî doktrinindeki çözümlerde istihsânın mukabili olan kıyasın çoğu durumlarda "genel kural" veya "dâhil-i âmîn" muhtazâri anlamını temsil ettiği⁵ yönündeki görüşü, bu konunun

1. Hallâf, Masâdir, 60.

2. Chehata, "L'Équité", 129-130.

3. Hallâf, Masâdir, 59, 60; Zerkâ, Medhal, I, 83.

4. Buhârî, Keşf, IV, 3.

5. Şelebî, Ta'îlî, 337.

kavranmasında önemli yardımı olacak bir tesbittir.

Ancak biz, Şelebî'nin "Hanefî usûlcülerin, bütün nevile-riyle istihsânın mukabili olan kıyası, usûlî kıyas olarak gös-terme zorlaması içine girdikleri" ¹görüşüne katılamamaktayız. Zira Hanefî usûlcülerin istihsânın mukabili olan kıyası hep u-sûlî kıyas olarak göstermeye çalışma gibi bir zorlama içine girdiklerini söyleyebilmek için ortada bir delilin bulunmadığı kanaatindeyiz. Bilakis biz, Hanefî usûl eserlerinde, kıyas kav-ramının, kapsamına bir kesinlik kazandırılmadan kullanıldığı diğ-i gözlemimizi "kıyas" bahsinde belirtmeye çalışmıştık² Muhtemelen, Şelebî'yi yukarıda belirtilen mutlak hükmü vermeye yö-nelten Şail, istihsânın tahliline giren Hanefî usûlcülerin, kıyas ve istihsândan herbirinin, biri zâhir, celf (açık) fakat "te'sîr"i zayıf, diğeri hafi (gizli) fakat "te'sîr"i kuvvetli olmak üzere ikiye çeydi bulunduğ-u tarzında bir ayırım yapıp bunun üzerinde itina ile durmaları³ olsa gerektir. Halbuki ay-nı eserler dikkatle incelendiğinde, nass veya icmâ yoluyla yapı-lan istihsânın, bu tahlil dahil edilmediği⁴ ve hatta beriki istihsân çeşidinin "ma'dûlün bin anil-kıyas" yani genel kural-lara aykırı olarak yapıldığı, hafi kıyasın ise ismi istihsân da

1. Şelebî, Ya'îlî, 337, 344.

2. Kıyas paragrafının son başlığına bkz.

3. Meselâ, bkz. Serahsî, Usûl, II, 203- 206 ; Pezdevî, Usûl, IV, 3 ; Suhârî, Kesf, IV, 3-4.

4. Pezdevî, Usûl, IV, 5 vd. ile 3-4; krş. Buhârî, nass ve icmâ ile yapılan istihsânın, önceki iki neviden ayrı oldu-ğunu aarehatle belirtiyor, Kesf, IV, 5.

olsa esasen " hükmü ta'diye olan şer'î kıyas" ın dışında sayılamayacağı¹ açıkça belirtilmektedir.²

Yukarıda işâret edilen Hanefî literatüründeki durumun yeni sıra, aynı şekilde, Mâlikî literatüründe kıyas kavramının genel kural anlamında da kullanıldığı ve ayrıca Mâlikîlerin kıyâsî sonuç üzerine kıyas yapılmasına kabul ettikleri, dolayısıyla, "kıyasla varılan hüküm" dendiğinde doğrudan bir nass üzerine illet kıyası yapılmaksızın varılan sonuçları da ifâde ettiği hatırlanmalıdır.³

Kısaca Hanefî hukuk literatüründe istihsân, karşılaşılan bir hukukî olaya, ister aralarında kıyas bağı kurulabileceğine inanılan mevcut bir olaya ait çözümün, isterse, kapsamına katılabileceği kabul edilen bir genel kural veya nass hükmünün, ve hatta bir irâde açıklamasının yorumlanmasında, ilk hatıra gelen çözümün uygulanmasından vaz geçilmesidir.⁴ Kıyas diye anılan ve istihsân işlemi kendisinden vaz geçilen hüküm, Serahşî'nin gayet özlü deyişiyle "dikkatlice düşünmeden ilk önce hatıra geliveren" çözümdür.⁵

1. Serahşî, Usûl, II, 206.

2. Ancak şu var ki, az sonra belirtceğimiz üzere, Hanefî usûlünde istihsân deyince daha çok, hafî kıyas anlamındaki istihsânın kastedildiği huusu ve Şelebî'nin sözünü ettiğimiz müteleması bu çerçeve içinde düşünerek ortaya koymuş olabileceği ihtimali dikkate alınırsa, ortada önemli bir ihtilaf kalmamış olacaktır.

3. Kıyas paragrafı, Kıyasın şartları başlığına bkz.

4. Hallâf, Masâdir, 56, 59. irâde açıklamasının yorumu konusunda istihsân misali için bkz. s. 140

5. Serahşî, Usûl, II, 200.

Bunlar, istihsânın şekli yapısı açısından varabildiğimiz sonuçlardır. Şimdi asıl mesele, kıyas diye nitelenen çözümlerin vazgeçmeyi gerektiren ve Hanefî hukuk külliyyâtı içinde önemli sayıda çözümlerin kaynağını teşkil eden istihsânın asıl mâhiyetinin tesbitine kalmaktadır.

Herşeyden önce "nassa sebebiyle istihsân"da, asıl kaynağın orada belirtilen nassa olduğu dikkatten uzak tutulmamalıdır. Aksi halde istihsânın gerek mâhiyeti gerekse kaynaklar hiyerarşisi içindeki yeri bakımından yanıltıcı sonuçlara varılabilecektir. Zaten bu sebeple istihsâna şiddetli tenkitler yöneltilmiştir. O halde nassa tarafından bildirilmiş bir hükmün istihsân yoluyla kabûlü hangi ihtiyaktan doğmaktadır? Bunun, sonraki usûlçülerin, şahsî arzulara ve keyfe göre hüküm verme şeklinde nitelendirmelerle istihsâna yöneltilen ithamları bir ölçüde etkisiz hale getirmek için, istihsânın diğer doktrinlerce kabul edilmediği haller dışında bir şey olmadığını isbata çalışırken başvurdukları savunma yollarından¹ biri olduğu düşünülebilir mi? Hanefîlikte bu soruyu olumlu cevaplamaya engel teşkil edecek deliller vardır. Meselâ, Şeybânî'nin "el-Asl"ında, istihsân yoluyla verilen bazı çözümlerde kıyastan riçin ayrıldıklarının gerekçesi olarak "teraknâ zâlike li'l-eser (bunu eser sebebiyle terkettik)" denildiği görülmektedir.² Şu halde ilk zamanlardan beri "istihsân", haklılığı bir nassa ta-

1. Bu ithamlardan duyulan rahatsızlık ve etimolojik yönü dahil istihsânın her yönden kabule şâyân bir istidîâl vasıtası olduğu konusundaki savunmalara örnek için bkz. Cessâs, Usûl (yzm. v. 233^a v.d.; Sebû'î, Takvîm (yzm.), Lâleli-690, v. 225^a-225^b; Serahsî, Usûl, II, 200-201

2. Meselâ bkz. Şeybânî, Asl, Buyû' 108

rafından gösterilsin gösterilmesin, bütün kural dışı çözümleri bir arada içine almaktadır.¹

Bu ihtimal böylece bertaraf edilmiş olmaktadır. Bir de bunu irah için şöyle bir iddia ile karşılaşmaktayız: Üzerinde birleşilmiş bir kanaate göre, kıyas, bir nass veya bir icmâya muhalefet edemez. Üyleyse bir nass veya bir icmânın varlığı halinde kıyasın eksikliğini tamamlama mayanında zihnî bir amelîye olan istihşândan nasıl bahsedilebilir? Biz burada Hanefî hukukunun bütünüyle, -nasslar ve mekûl hadîslerden sarf-ı nazar-ı maneycilikten ibâret olan kendine has bir tekniğe göre inşa edilmiş olduğu delilinin bulunduğu inaniyoruz. Bu nasslar ve hadîsler, ihtivâ ettiği çözümleri düzeltilmek ve onu gerçek bir ahlâka uydurmak için bu hukukun teşekkül etmiş bünyesine sokulmuşlardır. Onun için, bu nasslar ve hadîsler tarafindan telkin edilen çözümler, tıpkı diğerleri gibi özel çözümlerdir, çeyet bunlar kıyasa aykırı hüküm getirirlerse, oldukları gibi kabul edilecekler ve aslo yüksek bir kaynaktan akıp gelmekte gibi telekki olunacaklardır.²

Her ne kadar bu iddianın sahibi Chehata'nın haklı olarak belirttiği gibi, Hanefî usûlçüler hukukun kaynakları ile ilgili bir teori ortaya koymaya teşebbüs ettiklerinde istihşân kavramının dayanağını inceleme zarûriyetiyle karşılaşmışlar ve salt hukuk eserlerinin müellifleri olan furû'cular tarafından sağlanmış bir konu üzerinde çalışmışlarsa da, yani kısaca önemli öl-

1. Chehata, "L'âquit", 129.

2. Chehata, "L'âquit", 125-126.

güde "ta'lîl ba'de'l-vuku'" çalışması yapmışlarsa da¹ nass yoluyla istihşânın teşekkül etmiş hukuk külliyâtı içindeki bir takım çözümlerin sonradan geliştirilmiş bir izahı ve istihşâna esas olan nassın sonradan kabul edilmiş olabileceğinin iddia edilmesi yukarıda yer verdiğimiz Şeybânî'nin eserinden yapılan tesbit² ve bizzat Chehata'nın buna istinaden vardığı sonuç³ ile gelişmiş olacaktır.

Kaldı ki, Chehata'nın sözünü etmek istediği furû'ular-
dan sonraki dönemde artık mevcut çözümlere ters düşen delilin âyet veya hadîs olması halinde dahi bu çözümlerde bir değişikliğe lakan tanınmayan bir anlayışın hâkim olduğuna dair kuvvetli deliller vardır. Meselâ, Kerhî'nin, doktrinde mevcut bir görüşe ters düşen delil âyet veya hadîs dahi olsa, bunların ya neshedilmiş, ya başka delîle muâzır düşmüş veya tercihsiz uğramış sayılmasa gerekceğini bildiren meşhur sözleri bu konuda canlı bir örnek teşkil eder.⁴

Neceatimizce, Chehata'yı bu hataya düşüren âmil, doğrudan usûl eserleriyle meşgul olma fırsatını bulamamış olması, dolayısıyla Hanefî hukuk literatüründe "kiyas" teriminin ihtiva ettiği anlamlar hakkında yeterli bir fikir edinememiş bulunması olma gerektir.⁵

1. Chehata, "L'Équité", 124, "Logique juridique",

2. Şeybânî, Asl, Buyû' 106

3. Chehata, "L'Équité", 129.

4. bkz. Kerhî, Usûl, 84 .

5. Hitekim yazarın, İslâm hukukunda "kiyas" ile ilgili eserlerinde, bu konuda düşmüş bulunduğu hatalara "kiyas" pragmatikinde işaret edilmiştir.

Nassla hükmü bildirilmiş bazı durumlarda istihsân yoluna başvurma ihtiyacının nereden kaynaklandığı konusunda biz şöyle bir tez ileri sürmek istiyoruz: Ebû Hanîfe'nin, nasslarla ya da bir nevi töme varım yoluyla tesbit ettiği İslâm hukukunun prensipleri ve genel kuralları anlamındaki kıyası, bazı durumlarda haber-i vâhid'in kabûlünde bir kriter olarak kullandığı bilinmektedir.¹ Şâfiî ve benzerlerinin "kıyas ehli" diyerek Iraklı hukukçulara yüklenme sebebi de esasen bu olmalıdır. Çünkü Şâfiî'nin kıyası yecâne ictihad metodu olarak kabûlü, usûlî anlamda kıyasa karşı çıkmasını düşünmeye zaten elvermez.² Böylece mantikî sıhhatin kontrolüne büyük bir önem vermiş bulunan Ebû Hanîfe'nin doktrininde, yine bu tür prensipler veya genel kurallarla bağdaşmaz görülen fakat sıhhat derecesi bakımından kaçınılmaz bazı hadîslerle istisnâî hükümlere varıldığı da, bir gerçektir.³ Fakat dikkat edilmesi gereken nokta, böyle durumlarda dahi yine esas olan, genel kurallar ve onlara aykırı bulunmakla birlikte kaynak olarak kullanılan nassların hükmü daima istisnâîdir; artık benzeri olaylara bu istisnâî hüküm uygulanamaz.⁴ İşte böylece genel ola-

1. Sebûsî, Te'sîs, 77; Zencânî, Tahrîcü'l-furû', Kavsarî, Fikhu ehli'l-İrâk, 34-35, Te'nîb, 153.

2. Kıyas paragrafına bkz.

3. bkz. Şelebî, Ta'lîl, 339. Genel kurala aykırı bulunan hükmün âyetle sâbit olması hâlinde ise, buna evleviyetle uyulacağı açıktır. Misal için bkz. Cessâs, Usûl (yzm.), v. 297^b.

4. Serahsî, Usûl, II, 149, 153-155, 206. Şâfiî doktrini ile birlikte karşılaştırmalı ve özrü bilgi için bkz. Gazzâlî, Mustasfâ, II, 325-329; Zencânî, Tahrîcü'l-furû', 85-86.

rak, bir olayda o olayın benzerlerine uygulanan hükümden vazgeçmeyi ifade eden istihsân kavramı içine, naslarla genel kuraldan istisna yapılması durumu da dahil oluvermekte ve kanaatimizce, mantikî sıhhati hadîs kritiğinde dahi faydalanacak derecede önem veren ve bu yüzden ağır ithamlara maruz kalan, dolayısıyla bu durumu dikkatten kaçırmaması düşünölemiyecek olan Ebû Hanîfe'nin doktrininde, genel tarzda, bir olaya o olayın benzerlerine uygulanan hükümden vazgeçmeyi ifade eden istihsân kavramı içine naslarla genel kuraldan istisna yapma durumunun da dahil edilmesi ihtiyacı duyulmuş olmalıdır.

İstisnâî hükümlerin mümkün olduğu kadar genişletilmemesi modern hukuklarla da benimsenmiş bir kural olduğu halde¹, Chehata'nın yukarıda yer verilen "şâyet bunlar (naslar) kıyasıya aykırı hüküm getirirlerse, oldukları gibi kabul edilecekler ve esla yüksek bir kaynaktan akıp gelmekte gibi telakkî olunmayacaklardır"² şeklindeki sözleri, az önce işaret ettiğimiz gibi O'nun Hanefî literatüründe kıyas kavramının kapsamı hakkında yeterli bir fikre sahip bulunmamasına bağlanabilmektedir.

Hemen belirtelim ki, mantikî sıhhatin kontrolünü hedef alan genel kurallar tesbit edip özel durumların bunlara vurulması metodu, bazen aşırılıklara yol açmış görünmektedir.

1. Gény, Méthode d'interprétation, I, 35 (Exceptio est strictissime interpretacionis).

2. Chehata, "L'Équité", 125-126.

Önce, sağlam temellere dayanmayan bir genel kural koyup, sonra bu genel kurale ters düşen kabulü kaçınılmaz sonuçları "alâ hilâfi'l-kıyas" diye nitелеmek Hanefî doktrini üzerine şimşekleri çekmiştir.¹ Nitekim, bu durumlarda, kıyas adıyla bağ vurulan bu metodun pek sağlam olmadığına, Hanefî usûlcüler de dolaylı olarak temas etme ihtiyâcını duymaktadırlar.²

"İcmâ sebebiyle istihsân"ın gerçek mesnedi, -buradaki icmânın tû'ûn hukukçularca kabul edilen, yani sonuç itibarıyla yine nassa dayanan- bir icmâ olması halinde, "nass sebebiyle istihsân" için söylenenler, bu tür istihsân için de hemen aynen tekrar edilebilir. Fakat Hanefî usûlünde "icmâ" kavramının kapsamı, diğer doktrinlerinkinden oldukça geniş bulunduğu³ bu tip istihsânın bu kadarcağıyla izahı doyurucu görünmemektedir. Meselâ, icmâ sebebiyle istihsânın klasik misâlini teşkil eden iclisnâ' ukûi hakkında ileri sürülen gerekçeler, esasen buradaki icmânın, temelini Sünnette bulduğunu göstermektedir.⁴ Halbuki böyle doğrudan Sünnet'e dayandırılmayıp, sırf sükûti yoldan teşekkül etmiş bir icmâ sebebiyle yapılan istihsân'ın aynı tip içinde izahı kolay olmayacaktır. Zaten dikkatle incelendiğinde, bu nevi icmânın ürf-i âmm ile

1. bkz. Ebû Zehrâ, İbn Teymiye, 477 vd.; İzzuddin b. Abdüsselâm, Kavâidü'l-ahkâm fî mesâlihî'l-enâm, II, 111-113'ten 'ehsasîfî, Mücebât, II, 72 ve ayrıca I, 9. İbn Kayyim, "İ'lâm"-da bu konuya çok geniş bir yer ayırmaktadır. bkz. cild II.

2-Meselâ, bkz. Sarahsî, Usûl, II, 203; Buhârî, Keşf, IV, 5.

3- İcmâ' paragrafına bkz.

4. bkz. Sarahsî, Usûl, II, 201; Zeylaf, İehyân, IV, 123.

karıştığı görülecektir.¹ Şu halde, istihsânu'l-icmâ'nın aynı zamanda bir nassa dayandırılmayan kısmını, izah kolaylığı bakımından "istihsânu'l-urf" içinde mütelaası uygun olacaktır.

"Ürf sebebiyle istihsân" ise, sosyal ihtiyaç ve zarûretlerin, müctehid'i "kıyas" diye anılan nassların literal anlamını veya doktrin içindeki bir çözümün katı uygulamasını ya-hut da bir genel kuralı aşmaya yöneltmesi üzerine takip edilen bir metod olduğuna göre, bunun bir çok durumlarda "istihsânu'd-darûa" ile birleştirilmesi mümkündür.² Ne var ki, الرخصة بالكياس (Ürf karşısında kıyas terk edilir) kuralı³ furû' eserlerinde klasik yerini daima koruyageldiği ve bu yoldan açıkça istihsâna baş vurulduğu halde⁴ kaynakların teorisi ortaya konmaya çalışılırken, "ürf"e müstakil bir kaynak mevkii tanınmadığından usûl eserlerinde "istihsânu'l-urf"e aynı cesâretle ortaya konan bir metod olarak naslanılamamaktadır.

Verilen çözümün nass, icmâ ve ürf kaynaklarına dayandırılabilmesi durumlarında, istihsân kavramının, şeklî bir role sahip olduğu anlaşıldığından bu durumların bir tarafa bırakıl-

1. Serâhsî, Usûl, II, 203; İbn Hümâm, Fethu'l-kadîr, VI, 197; Ebû Zehrâ, Metodoloji, 264. Ayrıca "Ürf" paragrafına (s.) bak. Gerçekten Cesseâs, başka istihsân tiplerini ayırdader' en, "amelu'l-nâs"ı müstakil bir istihsân sebebi olarak gösterme yoluna gitmemekte (Usûl, v. 297^b), icmâ yoluyla istihsâni takiben "amelu'l-nâs sebebiyle" istihsâna misaller vermektedir (Usûl, v. 298^b).

2. Krş. Cesseâs, Usûl (yzm.), v. 299^b; Serâhsî, Usûl, II, 203.

3. Muhammed b. Ahmed el-Suhârî ez-Zâhira'dan nakleden; Ebû Süne, el-Ürfü'l-irade, 27-28 ve ayrıca 101; İbn Nüceym, Bahr, IV, 135; İbn Abdîn, Kasrû'l-urf, II, 114; Ali Haydar, I, 93-94.

4. Le elâ, s. Serâhsî, Mabûd, VII, 159.

ası, "İstihsân"ın mahiyetini araştırmada önemli bir kolaylık sağlayabilecektir.

Ancak belirtmelidir ki, bazı usûlcülerce istihsân yoluyla elde edilen çözümün, bir mâsa, icmâ veya zarûrete (ürfe) dayandırıldığı durumlarda, zarûrî olarak ilgâ edici (dératoire) bir çözüm olduğunun ifade edilmesi¹ bu metodun pratikteki yeri ile dengeli görünmektedir. Gerçekten, bu metodla hükûkî müesseseler meydana getirilebilmiş², meselâ, borçler hükûku alanında birçok isimli sözleşmeye hükûkîlik kazandırılmıştır.³

Önce işâret edelim ki, istihsânın, "kıyas"a muhâlif çözüm olarak nitelendirilmesinin, bazı yazarları yanılttığı görülmektedir. Meselâ bu konudaki bir değerlendirmesinde Chehata şöyle demektedir: Biz, usûlcüler tarafından kabûl edilen anlayışı hemen bertaraf edeceğiz. Bu durumlarda kıyas sözkonusu olamaz. "İstihsân" asla açık bir kıyasa ters düşen gizli bir kıyas değildir. Kıyas işleminin sınırları içine sokulamıyan bir çözümü kabûl etmek için istihsân kıyası bir tarafa bırakır.⁴ Kıyas kavramının kapsamı ve Chehata'yı yanıltan sebeplere daha önce işâret etmiştik.⁵

Y haldе, "İstihsân nedir?" sorusu ile karşı karşıya gelmiş bulunuyoruz. Önce bu konulardaki değerlendirmelerden nakillerde bulunacak ve sonra kendi kanaatimizi belirteceğiz.

1. bkz. Serahî, Usûl, II, 149, 153-155, özellikle 206.

2. Chehata, "L'Équité", 135.

3. Chehata, "L'Équité", 133-134

4. Chehata, "L'Équité", 135.

5. Kıyas paragrafına bkz.

Goldziher'e göre, bu, Roma hukukunda "corrigere jus propter utilitatem publicam (hukukun âme menfaati düşüncesiyle tashîhi)" diye ifade edilen yolu andırır.¹

Juynboll, "İstihşân"ı, günlük hayatın ihtiyaçlarına, sosyal şartlara ve hakkâniyete daha uygun kurallar koymanın bir vasıtası olarak görmektedir.²

Schacht ise, usûlcüler tarafından telkîn edilen anlayış ile yetinerek "istihşân" terimini "approral" (uygun bulma) veya "katı kıyasa üstün gelen şahsî tercih (personal preference)" şeklinde tercüme eder. Bu tercih, pratik mülâhazalar veya âme menfaati yahut benzeri mülâhazalar tarafından ilham edilmiş olacaktır.³

Santillana, daha net bir şekilde şu açıklamayı yapar: "İstihşâna" (إِسْتِشْهَانٌ), pratik fayda veya hakkâniyet mülâhazalarını hukukun yahut hukuk mantığının sertliğine üstün kılmak demektir.⁴

İstihşânı özel bir atûdün konusu yapan Chehata'nın bu konudaki görüşleri ise şöylece özetlenebilir: İstihşân, fayda düşüncesi ile adâlet düşüncesini içine alan girift bir kavram olmaktadır. Fayda ise, bazan bahsekönü olan menfaatlerin sınırları içinde, bazan da genel bir tarzda olacaktır; fakat o takdir-

1. Goldziher, İA. "Fıkıh" mad., IV, 605. Şener tarafından aynı görüşün "istihşân" matodunun izahı esnasında yer verilmesinin (bkz. kıyas, 138), biraz hatalı olduğuna dair görüşümüz için bkz. "istihşân" paragrafı, s. ?

2. Chehata, "L'équité", 136.

3. Schacht, İs. H. Giriş, 47; Chehata, "L'équité", 136.

4. Santillana, Istituzioni, I, 71 den Chehata, "L'équité",

de âmme menfaati, müşterek hayır ile karışır ve böylece biz adâlet düşüncesine ulaşmış oluruz. Ve şu soruyu ortaya atar: İstihsân temamına "hakkâniyet"(acquitas) veya greklerin "epikeia"sı olmuş olmuyor mu?¹

Önce sonra "hakkâniyet" kavramına dair bilgi veren yazar, İslâm hukukçularının görüşlerinden mesnedler arayarak, vardığı sonucu (özetle) şöyle açıklar: Bize göre istihsân, kelimenin aristotelesyen anlamıyla equitas (hakkâniyet), asla Roma'luların "benignitas juris" inden başka bir şey değildir. Şu halde bu, bizzat kıyas kadar hükûkî bir kavramdır. Bu, kıyasın sertliklerini düzeltmeye yarayacak bir başka muhâkeme tarzıdır. Bu muhâkeme tarzında, hukukçunun zihni "ratio legis"; araştırmaya zorlanmaktadır. Ve istihsânın kayastan ayrıldığı yer burasıdır. Kıyas, naslarınkine yakın çözümlerle kanunu genişletmek için açık hükümleri işletmekten ibâret ise de; istihsân daha çok yeni durumları düzenlemek gayesiyle kanûnî teorilerin rûhunu çıkarmaya çalışır. Bu ölçü içinde istihsân, Almanların "Rechtsanalogie" (hukûkî kıyas) sine yaklaştırılabilir ki, bu salt kıyasın ("Gesetzesanalogie kanûnî kıyas") zıddıdır. Fakat tabii ki, "Gesetzesanalogie"nin "Rechtsanalogie"den ayrılışına göre, "istihsân"ın "kıyas"tan ayrılışı daha net olarak kalmaktadır. Bu defalık, İslâm hukukçuları belli bir ölçüde empirizmelerinden (deneyciliklerinden) kurtulacaklar ve çözüme tenal teşkil eden düşünceleri araştırmaya koyulacaklardır. Bunun içindir ki, istihsân İslâm hukukçularının zihninde equitas

1. Chehata, "L'equitas", 136.

(hakkâniyet) kavramını esas alan bir form olarak mülhaza edilebilir.¹

Kanaatimizce, usûl eserlerinden doğrudan doğruya faydalanmamış olması, söz konusu etüdünde değerli yaklaşımlarda bulunan Chehata'nın bazı önemli hatalara düşmesine yol açmıştır. Meselâ, yazar şöyle demektedir: "Müslüman yazarlar, pozitif hukukun adalet kavramına veya tabii hukuk prensiplerine uygunluğunu veya uygunsuzluğunu düşünme mecbûriyetinde olmalıdırlar. Gazzâlî, açıkça, tabiatte kanun olmadığını ifade eder. İyi ve kötü kendiliğinden varolmadığına göre şöyle bir soru sorulabilir: İyi demek olan "hasen" in ne olduğunun istihân yoluyla araştırmaya müsaade edilmesi nasıl kabul olunabilir? Çelişki aşikâr olmaktadır."² Yazar, Gazzâlî'nin tabii hukuku reddettiği konusunda onun ifadesine dayanmamakta,³ fakat burada Eş'arî anlayışında "hüsün ve kubuh'un aklı ol-

1. Chehata, "L'Équité", 136-138.

2. Chehata, "L'Équité", 137. Doğrudan "usûlu'l-fıkh" ile ilgili konuları incelerken dahi, usûl eserlerine çok nadir dayanması, yazarın bu literatüre yabancılığı hakkında bir fikir verici gibi, bu sebeple önemle hatalara düştüğünün müşahhas delilleri de mevcuttur. Daha aşağıda yer verilecek tenkidlerin yanısıra, Pezdevî'yi "Keşfu'l-esrâr"ın yazarı olarak göstermesi (bkz. "Logique juridique", 15) "ahliyet" teriminin usûl eserlerindeki tekamülü konusunda bu eserlerdeki verilere açıkça ters düşen iddialarda bulunması (bkz. "Études de Droit Musulman", 77, 105-106, 110-111) canlı birer örnek teşkil etmektedir. Yine "Bıyas" paragrafına bkz.

3. Chehata, "Logique juridique", 10. (Anawati-Gordet, Introduction à la Théologie Musulmane, Paris, 1948, 63-64.)

macılığı" prensibine işâret etmek istediği bellidir.¹ İddianın bu yönü hukuk felsefesini esas alan bir tartışma zeminini gerektirmekle birlikte, biz istihsânın kabulü hakkında böyle dolaylı bir delile dayanarak Gazzâlî'ye çelişki izâfe edilmesinin ilim anlayışıyla bağdaşmayacağı kanaatindeyiz. Çünkü Gazzâlî'nin bizzat kendi eserine baktığımızda, O'nun istihsâna şiddetle karşı çıktığı görülmektedir.² Tabii ki burada yazarın gâyesi, Gazzâlî'nin görüşü hakkındaki hataya işâret etmekten ibâret değildir. Buradan intikal etmek istediğimiz nokta İslâm hukuk doktrinlerinin, "istihsân"ın bir metod olarak kabulü ya da reddi konusundaki tutumlarının, kaynak kavramının temelî (menşâ anlamında kaynak) hakkındaki görüşleriyle bağdaşıp bağdaşmadığının kontrolüdür, ki yazar da esasen bu noktaya yönelmekte, fakât, konunun zannediyoruz doğrudan incelendiği kaynaklarla meşgul olma fırsatını bulamamış olması sebebiyle doğru sonuçlara ulaşamamaktadır. Şu halde giriş bölümünde yer verdiğimiz bir tesbite burada kısaca temas etmek faydalı olabilecektir: Husûn ve kubuh'un "şer'î" olduğunu söyleyen doktrinler icthad kapısını dar tutmakta, dolayısıyla istihsânı kabul etmekte, "aklidir" diyenler ise, istihsân ve istislah gibi metodlarla icthad kapısını genişletmektedir.³

Buna göre, istihsâna "hakkâniyet" olarak nitelenmesi halinde, İslâm hukukçularının gelişkiye düştükleri söylenemeye-

1. Bu konuda bkz. s. 43-44

2. Gazzâlî, Mustasfâ, I, 274-283.

3. Devâlibî, Usûl, 174.

cektir. Şimdi, nihâî değerlendirmemize ışık tutması için "hakkâniyet" kavramına dair kısa bilgi vermeyi uygun görüyoruz.

"Équit " (hakk niyet) kelimesi, ad let kavramından net bir şekilde ayırdedilemeyen, biraz da belirsiz ve iki anlamlı bir kavramı temsil eder. Koca hukuk ağacının ayrılmış bir dalı olan hakk niyet, bir anlamda, düşünen kafaya ("raison raisonnante") bağ vurmaksızın, kondiliğinden ve dosdoğru, b t n yle hukuk  düzenlemenin g yesine en uygun ve en iyi c zme giden bir i  güdü çeşididir. Başka bir anlamda bu, adalet düşüncesinin olaylara uydurulması g yesiyle, genel düşünceleri yaran veya onları m zahhas unsurlarla dengeleyerek şekillendiren ferd  hal ve ser it m lahazasıdır.¹

Hukukun darlığı ve sertliğı karşısında, ad let ve hakk niyet kavramları ortaya çıkmıştır. Nitekim, Roma hukukunda eski Yunanlılardan alınmış olan, Aequitas (hakk niyet) kavramı, şekilci ius civile'nin yanında, daha serbest bir hukukun gelişmesine yardım etmiştir. Bu şekilde, Roma'daki Praetor Hukuku, iyi niyet prensibiyle birlikte hakk niyete de yer vermiştir. Roma hukukunda Aequitas,  zel durumlarda şahs  hallerin göz önüne alınması, kanun veya örf ve  det hukukunun tamamlanması anlamında alınmıştır.²

Yine, İngiliz hukukunda Equity (Hakk niyet) hukukunun gelişmesi de buna benzemektedir. Burada Common Law kuralla-

1. G ny, M thode d'interpr tation, II, 109-110.

2. Th. Kipp, Geschichte der Quellen des römischen Rechts, 4. Aufl., Leipzig, 1919, s. 3, 12'den naklen İmre, Meden  Hukuk, 212.

rının lafzî ve sert yorumu yerine, daha yumuşak bir anlayış benimsenmiştir. Equity Mahkemesinin kararları diğerlerine göre, daha serbest bir sistem olarak görünür. Ve burada hâkim, "vicdâna göre hareket eden hâkim" (Judge of conscience) olarak nitelenir.¹

İtalyan hukukçusu V.Scialoja'nın dediği gibi "hakkâniyet, o hale ilişkin adâlettir"². Ancak bu, hiç bir zaman keyfilik olarak anlaşılmalıdır. Hâkim, takdir kararında kanunda bulunmayan hükûkî düşüncenin üstüne çıkamaz. Şu halde hakkâniyet kavramı ve prensibinin sınırları, hukuk güvenliği ve bu düşünce ile kanunda düzenlenmiş olan uyulması zorunlu hükümlerdir. Bunları tayin kanun koyucuya aittir.³

Bir tarifte, müctehidin vicdanını etkileyen "fakat ifade etmekte güçlük çaktığı" ("Ya'sur aleyh et-ta'bir anh")⁴ veya "ifade edemediği ve ortaya koyamadığı" ("lâ tûsâiduh el-ibâre anh velâ yakdir alâ ibrazih ve izhârih")⁵ delil şeklinde anlatılan ve usûlcüler tarafından, dayandığı haklılık sadece "delâle"⁶ veya "vesch"⁷ gibi kelimelerle anlatılmaya

1. İmre, Hedenî Hukuk, 212.

2. K. Öftinger, L'évolution récente de la responsabilité sans faute en droit suisse, Journées de droit civil franco-suisse, 6 Juin 1946, Travaux de l'Association Henri Capitant, Paris, II, 273'den naklen İmre, Hedenî Hukuk, 213.

3. İmre, Hedenî Hukuk, 213.

4. Teftâzânî, Telvîh, III, 3; Şâtıbî, i'tisâm, II, 136

5. Gazzâlî, Mustasfâ, I, 29.

6. Cessâs, Urûl (yzm.), v. 294^b.

7. Suhârî, Kaşf, IV, 3; Teftâzânî, Telvîh, IV, 3.

gelişen istihsânın, İslâm hukuk literatüründe karşılaşılan bir çok uygulaması, bizde, onu "hakkâniyet" olarak nitelendirilen yazarlara ve özellikle Chehata'ya önemli ölçüde hak verdirici bir kanaat uyandırmış bulunmaktadır. Ancak bu kanaatimiz, bütün istihsân tiplerini ve uygulamalarını kapsayıcı tarzda değildir.

Buraya bir açıklık getirebilmek için istihsân tiplerini ana hatlarıyla gözden geçirmemiz gerekecektir: "Takdirî hüküm istihsânı" diye bahsettiğimiz ve ihtilaf konusu olmayan istihsânın, "kanun tarafından belli olaylarda hâkime verilmiş takdir yetkisi" ni temsil ettiği açıktır.¹ Nass ve icmâ sebebiyle istihsân'ın, genel kurala aykırı bulunan nassın veya -gerçekten teşekkül etmiş olduğu farz edilirse- icmânın kaynak olarak kabulünde, mantikî sıhhatin varlığını sürdürdüğünü gösterme ihtiyacından doğan bir izah tarzı olduğu daha önce işâret etmiştik.² Diğer istisna yoluyla istihsân tiplerinde ve gizli kayas istihsânında ise, Santillana'nın ifade ettiği, hakkâniyet hem de pratik fayda mülahazalarının hukukun yahut hukuk mantığının sertliğine üstün alınması³ özelliği dikkatimizi çekmiştir.

Bu durumlarda, Chehata'nın ifade ettiği gibi hukukçunun

1. Bu açıklık usûlcülerin ifadelerinde kolayca görülmektedir. Bkz. Cassâs, Usûl (yzm.), v. 194^b; Serahsî, Usûl, II, 200.

2. Bkz. s. 151.

3. Santillana, İstituzioni, I, 71'den naklen Chehata, "Li'eqid", 136.

zihsî "ratio legis"i araştırmaya yönelmekte, o olayda kanunun özüne uygun olan çözümün bulunmaya çalışılması ve esâsen yine kanunun uygulanması hedef tutulmaktadır.¹

Ancak, Chehata'nın yukarıda naklettiğimiz istihsânın hukûkî kıyas (Rechtsanalogie) yaklaştırılması düşüncesine katılmamız mümkün değildir. Zira hukûkî kıyas (Rechtsanalogie) bir çok hukûkî hükümlerden tüme varım metoduyla genel kurallar çıkarmayı ve elde edilen bu genel kuralları, kanun tarafından düzenlenmemiş olaylara uygulamayı ifade eder. Başka bir deyişle hukûkî kıyas, kanunun kıyas yoluyla uygulanması gibi, kıyasen uygulama yollarından biridir; fakat kanunun değil de, hukukun kıyasen uygulanmasıdır. İsimli akidlere ait kuralların, öz itibariyle birbirine yakın olan ve kanun tarafından özel olarak düzenlenmemiş bütün akidlere uygulanması, buna misâl olarak gösterilebilir²

Kaldı ki, Chehata, usûlcülerin, kıyas kavramını sırf, "kanunî kıyas" anlamında kullandıkları³ düşüncesinden hareket ettiği ve istihsen kavramının mahiyetini tayin etmeye çalışırken ilk elden kaynağa baş vurma fırsatını bulmadığı için nass, icmâ ve örf yoluyla istihsân dışında sadece hafî kıyas istihsânını tanımaktadır. Gerçekten, faydalandığı kay-

1. Chehata, "L'équité", 131, 132, 138.

2. Göny, "Méthode d'interprétation", I, 305-306; Çağıl, "Hukuk İlmî", 246-247; Üzsunay, "Medenî Hukuk", 206-207.

3. Chehata, "Leçon juridique", 22.

nakta nakledildiği kadarıyla, Cassâs tarafından verilen istihsân taksiminin ikinci şeklide "kıyasın terki"nden söz edilmediğinden, yazar, burada kıyasın (tabii ki kendi anlayışıyla kanûnî kıyasın) kesinlikle bir tarafa bırakılmış olduğunu ve varılacak çözümün herhangi bir benzerlik esasına dayanmadığına söyleyebilmektedir.¹ Halbuki, Cassâs'ın kendi eserinden bu istihsân şekilleri ve verilen misaller incelendiğinde Chehata'nın sözünü ettiği ikinci şekilde (özellikle bu şeklin son tipinde), yine "kıyas" adı verilen genel kuraldan istisna yoluyla istihsâna gidildiği ve bu istihsânın hukûkî kıyasın bir nevi kanûnî kıyas yoluyla terk edilmesinden ibâret olduğu açıkça görülmektedir.² Şu halde Hanefî literatüründe hukûkî kıyasın da "kıyas" terimiyle ifade edildiği³ göz önüne alınırsa, yerine göre bu kıyasın da terki şeklinde beliren istihsânın hukûkî kıyasa yaklaştırılması zaten mümkün olmayacaktır.

Hâliklerdeki istihsânın, şekil bakımından Hanefîlerin istihsânından ayrıldığı yönler varsa da (-ki bunların en önemlisi Hâliklerde "istihsânu'n-nass" şeklinin bulunmamasıdır-), iki doktrinin, istihsâna yön veren düşünce bakımından birbirlerine çok yakın olduğu söylenebilecektir.⁴

1. Chehata, "L'opinion", 120.

2. Cassâs, usûl (yzm.), v. 293^b- 299^a.

3. Misalleriyle birlikte bkz. Sayyid Nesib, F. H. Esâsâtı, 12-13.

4. Bkz. Şâtıbî, Muvafakat, IV, 208-209; İ'tisâm, II, 139; Ebû Zehrâ, Hâlik, 353, 355; Şener, Kıyas, 125. Ayrıca beşte nakledilen Hanefîler ve Hâliklere ait istihsân tariflerini krş.

II- İstihşân Çözümlerinin Bağlayıcılık Gücü

Hanefî usûlcülerden Serahsî, müteahhirinden bazı hanefîler tarafından, istihşân çözümlerinin, "terciha elverişli" çözümler olarak anlaşıldığı ve bu durumlarda kıyâsî çözüm ile amel edilebileceğinin zannedildiği ifade edilmekte ve bu görüş, piddetle karşı çıkmaktadır.¹ İstihşân çözümlerinin bağlayıcılığı savunulurken getirilen başlıca delil, doktrin çözümlerinin, ilk kaynaklarında "tersknâ hâze'l-kayâs" ifâdesinin ve özellikle bazı defalar " güzel buluyorum" (أستح) yerine, "çirkin buluyorum" (أستج) sözünün kullanılmış olmasıdır.² Buna göre, terk edilmiş (" metrûk") bir çözümle amel edilmez; halb şer'îen amel edilmesi caiz bir delilin çirkin görülmesi (" istikbâh") küfürdür.³

Serahsî tarafından imâ edilmiş, yani istihşân çözümünü "terciha elverişli" olarak niteliyen hanefî usûlcünün Pezdevî edilebileceği ilk nazarda hatırlanmakta ise de⁴, şârih Mubârî, Serahsî tarafından yöneltilen ağır tenkidi dikkate alarak, Pezdevî'nin bu konudaki sözünü başka bir tarzda yorumlanmaya uygun görmektedir.⁵ Gerçekten Pezdevî'nin daha sonraki bazı sözleri istihşân karşılığındaki kıyas ile amel etme imkeninin eâkit olacağı yönündedir.⁶ Şener tarafından bu

1. Serahsî, Usûl, II, 201, 203.

2. Pezdevî, İskân (yzm.), Lâleli-390, v. 225^b; Serahsî, Usûl, II, 201.

3. Serahsî, Usûl, II, 201.

4. bkz. Pezdevî, Usûl, IV, 4; Mubârî, Keşf, IV, 4

5. Mubârî, Keşf, IV, 4-5.

6. bkz. Pezdevî, Usûl, IV, 2.

durumun, "... fakat bazı usûlcüler ve bu arada Fahrü'l-İslâm Pezdevî, kıyas ile amel etmek caiz olduğu halde, istihsân ile amel etmenin daha iyi (evlâ) olduğunu söylemiştir. (...) Usûlü'l-Pezdevî'nin şerhi Keşfu'l-esrâr'ın müellifi de bu noktada Pezdevî'yi tenkid etmekte ve kendisine dayanak olarak Serahsî'nin yukarıya aldığımız satırlarını aynen nakletmektedir."¹ şeklinde yenliş aktarılması; usûl eserlerini vukufia kullandığını gördüğümüz yazarın burada şerih Buhârî'nin, Serahsî'den yaptığı nakli esas alınmasından kaynaklanmış olsa gerektir. Gerçekten, dikkatle incelendiğinde, Buhârî'nin, Pezdevî'yi tenkid etmediği, bilakis, daha sonraki satırlardan da nakiller yaparak onun görüşünü Serahsî'ninki ile bağdaştırma yönünde bir yorum yaptığı görülmektedir.

Vine Serahsî, istihsân çözümleri arasında bir ayırım yapılarak, nass ve icmâ sebebiyle istihsânın istisnâî ("ma'dûlün bin arîl-kıyâs") hükümlerden ibâret sayılması ve bunlara kıyasla yeni çözümlere gidilememesi, buna karşılık gizli kıyas istihsânının "islahâ" adıyla anılma da esasen bir kıyas işlemi olduğu tesakkül edilince, kolayısıyla bu tür istihsân hükümlerine benzeri çözümlere de uygulanması gereği üzerinde hassasiyetle durmaktadır.² Bir de, Serahsî, istihsânın "illetin tahsîsi" olarak anlaşılmaması gerektiği karta çıkmakta ve bunun, "illetin yokluğu ile hükümün de yokluğu hükmetme" şeklinde nitelendirilmesi gerektiğini savunmaktadır.³

1. Şerih, İlyâs, 129.

2. Serahsî, Usûl, II, 155, 200.

3. Serahsî, Usûl, II, 204, 207-208; Buhârî, Keşf, IV, 8.

Mâlikîlerde; istihsân, küllî kıyas karşısında cüz'î maslahatı alma¹, hüküm rûhu ile bağdaşmayan bir sonuca götürmesi hâlinde mevcut delilin muktezâsından ya da kıyâsî çözümden vazgeçme² şeklinde belirlediğine göre, istihsân çözümünün, istisnayı gerektiren durumlara mahsûs kalacağı³; fakat istihsânı gerektiren maslahatın bulunduğu her durumda istihsân yoluna gidilebileceği açıktır.

III- İstihsânın Kabûl ve Reddeden Doktrinler ve Delilleri

Usûl eserlerinde "istihsân"a taraftar olan doktrinler hakkındaki bilgiler çok kesin görünmemektedir. Meselâ, daha önceki yaptığımız nakillerden Mâlikî doktrininin istihsânın temsilcileri arasında yer tuttuğu sonucuna kolayca varılabilişinde; Âmidî'nin bu konudaki açıklamalarına bakıldığında, Ahmed b. Hanbel ve Ebû Hanîfe'nin tâbileri dışındaki İslâm hukukçularının istihsânı kabûl etmedikleri iddiasıyla karşılaşılabilmektedir.⁴ Bizzat Mâlikî usûlcülerden İbn Hâcib'in ve şârihi Caddûdî'nin el-C'icî'nin eserlerinde de durumun aynen böyle intikal ettirildiği öğrenilince⁵, herhalde, Âmidî'nin bu nakli, O'nun istihsâna şiddetle çatan Şâfi'î'nin doktrinine mensûb bir usûlcü olmasına bağlanılabilecektir. Şevkânî'de, Ebû Hanîfe'nin tâbilerinin onun istihsân ile hükmettiğini kabûl etmediklerine de-

1. Şâtıbî, İ'tisam, II, 134; Muvâfakaat, IV, 205-206.

2. Şâtıbî, Muvâfakaat, IV, 207-208.

3. Şâtıbî, İ'tisam, II, 139. ("yahtassu bih zâlike'l-mevdî^C"; İbn Rüşd'ün tarifinden).

4. Âmidî, İhkâm, IV, 136.

5. Şevkânî, İ. Fuhûl, 240; HÜLİ, Mâlik, III, 724.

ir bir nakle dahi raslandığına işâret ederse¹, bu konuda çok farklı bilgiler verildiği anlaşılabilir olacaktır.

Bu noktanın değerlendirilmesini bir sonraki başlığa bırakıp, burada biz, prensip olarak istihsân kavramına Hanefî, Mâlikî ve Hanbelî doktrinlerinde müsbet; Şâfiî, Zâhirî (Zeydîler dışında) Şîî ve (çoğunluk itibarıyla) Mu'tezilî doktrinlerinde menfî bir tavır takınılırış olduğunu² belirtmekle yetinecek ve her iki tarafın delillerine kısaca işâret etmeye çalışacağız.

Şekillerinin ayırdedilip, her birinin, diğer doktrinlerce kabul edilen hukuk kaynaklarının kapsamı içine katılması, istihsânın sıhhatini isbât için en pratik yol olarak denenmiş ve semere vermiş olmakla birlikte³ başlıbaşına bir kavram olarak istihsânın meşruiyetinin herkesçe tanınması istendiğinde ortaya konan deliller, aynı ikna edicilik gücüne sahip bir görünüm taşımamaktadır. Meselâ, bu kavramın seçilmesinde Kitâb'a, Sünnet'e ve Sâlef bilgilerinin yoluna tamamen uygunluk bulunduğu söyleyen Hanefî usûlcüler başta "...Müjdele o kullarını ki, söz(kur'an) dinleyip de onun en güzeline uyarlar"⁴ ve "...(ey Mûsâ) kavmine de söyle, (öğütlerin) en güzelini alsınlar"⁵ meâlindeki âyetleri delil göstermek-

1. Şevkânî, i. Fuhûl, 240.

2. Hallâf, Masâdir, 64; Şelehî, Ta'îlîl, 330-332, 355-356, 373, 377; Şaner, Kıyas, 129; Haydarî, Ma'ûlî, 279.

3. bkz. s. 174-175.

4. Zümer(39), 17-18.

5. A'raf(7), 145.

tedirler.¹ Halbuki, "Kur'an'ın hapsi güzeldir, burada en güzeline uyulması istenmiştir"² diye açıklanan bu istidlal esnasında, aynı usûlcüler tarafından, daha önce naklettiğimiz istihsân çözümlü ile mukabili olan çüzüm ("metrûk", "istikbâh" edilmiş) arasında yapılan karşılaştırma hakkında söylenenler³ dikkatten kaçmış olsa gerektir. Sünnetten getirilen delil ise "Müslümanların güzel gördükleri, Allah yanında da güzeldir" hadîsidir ki, bu hadîş delil gösterildiği konu açısından yöneltilen ciddi tenkitler mevcuttur.⁴

istihsânın savunulmasında, bir de Sahabe'den İbn Mes'ud gibi, doktrin kurucularından Mâlik b. Enes ve Şâfiî gibi müctehidlerin de "istihsân" ve "istikbâh" lafızlarının kullanılmış olduğu noktasına başvurulmakta ve burada etimolojik açıdan "istihsân" lafzının tercihini gerektiren sebepler üzerinde durulmaktadır. Bunu takiben terim üzerinde tartışmanın önemi taşınıyacağı; kendilerinde kullanılan istihsânın asla karşı tarafın yönelttiği, şahsî arzuya ve keyfî göre hüküm verme anlamında olmadığı ısrarla ifade edilmektedir.⁵

İstihsân taraftarlarının delilleri arasında, kıyasla

1. Serahsî, Usûl, II, 207 (Osmaniye nüshasının hâmişinde) Mabûd, X, 145; Buhârî, Kesf, IV, 13.

2. Serahsî, Mabûd, X, 145.

3. Serahsî, Usûl, II, 201; Buhârî, Kesf, IV, 8-9. bkz.s.

4. İbn Hazm, Mülâhhas, 50-51; yine bkz. "Örf ve Âdet" paragrafı, s. İstihsânın delillerine itirazlar için öz-
lü bilgi için bkz. Gazzâlî, Mustasfâ, I, 275-283.

5. Pezdevî, Usûl, IV, 12-13; Serahsî, Usûl, II, 200-201, 207-208; Buhârî, Kesf, IV, 13-14.

muttarid uygulanmasının bir takım menfaatleri ihlal edebileceği, haksızlıklara yol açabileceği, genel kuralların istisnalarına her zaman raslanıldığı ve hatta Şâri'in dehi bazı konularda bizzat istisnâî hükümler koyduğu¹ tarzında savunmalar da zikredilmekte ise de², Mâlikî hukukçuların ifadelerinde görülebilen bu açıklamalara³ istihsânın savunulması esnasında görülebildiğimiz Hanefî usûlcülerin eserlerinde pek raslanmamaktadır. Nass ve icmâ sebebiyle istihsândan söz ederken, yapılan kıyasın (genel kural anlamında) "hatalı yönünün ortaya çıkmış olduğu"⁴, gizli kıyas istihsânında, zahirde kuvvetli görülen kıyasın aslında "bozukluğu"nun (fesad) anlaşılmış bulunduğu⁵ söylenmekle birlikte, "hakkâniyet" mülahazalarına hissettirecek sözlere yer verilmemektedir.

Gerek hukuk, gerekse hadîs ve kelâm çevrelerinden, istihsâna karşı ağır tenkitler yöneltilmiştir. Bu tenkitlerin hemen hepsinin birleştiği bir ortak nokta vardır: Bir delile dayanmaksızın şahsî arzulara ve keyfe göre hukuk kurallı koymak ve re'y yoluyla Sünnet'i terketmek⁶.

Gazzâlî'nin Şâfiî'den naklettiği " istihsân yapan, (kendilğinden) kanun koymuş olur" sözü⁷, bu konuyu ele alan eser-

1. Nesselâ, Bakara(2), 173; Nahl(16), 106.
2. Hallâf, Masâdir, 65.
3. Şâtîbî, Muvafakaat, IV, 205-206, 208-209, İ'tisâm, II, 139.
4. Buhârî, Keşf, IV, 5.
5. Pezdevî, Usûl, IV, 3; Serahsî, Usûl, 203.
6. Şelabî, Ta'îlîl, 332; Hallâf, Masâdir, 67.
7. Gazzâlî, Mustasfâ, I, 274.

lerde çok yaygındır. Şelebî, İbnü's-Subbkî'nin, bu sözün Şâfiî'ye ait olduğunu kabul etmediğini, fakat onun duymamış olmasının bir delil teşkil etmeyeceğini söylemektedir.¹

Gerçekten, Şâfiî'nin kendi eserlerinde istihsân hakkındaki sözleri daha da açık ta'rizleri ihtiva etmektedir. Şâfiî'nin özel olarak ele aldığı istihsân konusundaki tenkidlerinin ağırlık noktasını, önceden bilinen bir çözüme dayandırılmaksızın hüküm icad etme ("şey'ün yuhdisuh lâ alâ misâlin sâbık")² ve zevke göre hüküm verme ("telazzüz")³ iddiaları teşkil etmektedir.⁴

IV- Kurucu Çevir "İstihsân" Anlayışı İle Usûl Eserlerindeki Gelişmelerin Kısa Bir Karşılaştırması Ve Genel Bir Değerlendirme

Goldziher istihsân prensibini bizzat Ebû Hanîfe'nin koymuş olduğunu, Schacht, Ebû Hanîfe'den önce de bu terimin mevcut olduğunu söyler.⁵

Ne olursa olsun, "istihsân" kavramının Hanefî hukuk literatüründe oldukça önemli bir yer tutmasına⁶ ve usûl eserle-

1. Şelebî, Ta'îlî, 333.

2. Şâfiî, Risâle, s: 70

3. Şâfiî, Risâle, s: 1464.

4. Şâfiî'nin çok geniş tenkidleri için bkz. Risâle, s: 1456-1468, İbtâlü'l-İstihsân, 267-277 (özellikle 271, 273).

5. Schacht, The Origins of Muhammadan Jurisprudence,

Londra, 1950, 112'den Şener, Kıyas, 116-117.

6. Mesele, bkz. Şeybânî, Asl, Büyük, 14, 27, 108, 137. Çehata, Şeybânî'nin "Asl"ında 681 mesele üzerinden 36 meselede istihsân çözümü ile karşılaştığını söyler, L'équité, 128-129.

rinde bunun teorisi üzerinde geniş incelemeler yapılmış olmasına, yine Mâlik b. Enes'den "ilmün onda dokuzu istihsândır" şeklinde çok meşhur olmuş bir sözün nakledilmiş bulunmasına karşılık; bunun uzun süra yeterince açıklık kazanmamış bir kavram olarak kaldığı görülmektedir.²

Bu kavramı bizzat kullanan Ebû Hanîfe veya doktrin içinde onunkine yakın bir otoriteye sahip olan meselâ bir Ebû Yûsuf ya da Muhammed b. el-Hasen eş-Şeybânî tarafından, bunu hangi düşünceye dayanarak kullandıklarına dair yeterli açıklamalar bulunmuş ve hele bu metodların teorisi kendileri tarafından yapılmış olsaydı, elbette sonuç aynı olmazdı. Fakat meselâ onların hiç birinden bize intikal eden tarifler bulunmamaktadır.³ Yine Mâlik b. Enes'in de, istihsânı bir metod olarak kullanıp kullanmadığı üzerinde tereddüde yolaçan bazı kayıtlara raslanmakla birlikte⁴, istihsânın onun metodolojisinde önemli bir yer tuttuğu kanaati ağır basmaktadır.⁵ Fakat İmam Mâlik'in, istihsânı, "istishâb" adı ile kullanmış olduğu⁶nen söylenmesi⁶, bizim için çok şaşırtıcı olmuştur. Zira "istishâb"ın, mâhiyeti itibariyle istihsândan tamamen farklı bir terim olması bir yana, bu terim

1. Şâtıbî, Muvafakat, IV, 209, İ'tisâm, II, 138.

2. Culi, Mâlik, III, 726-731.

3. İzmirli, "İcmâ: Kıyas ve İstihsânın Esasları", 154; Şelebî, Te'lisî, 330-332, 336; Şener, Kıyas, 127-128.

4. Kulfî, Mâlik, III, 723 v.d. Daha önce bu konuda açıklama yapılmıştı.

5. Şâtıbî, Muvafakat, IV, 208-210; Ebû Zehrâ, Mâlik, 352 v.d.; Beltacı, Menâhid, II, 621-626.

6. Şibuy, IA. "Ebû Hanîfe", IV, 24.

henüz Şâfiî'de bile reslânamamaktadır.¹ Kısaça, istihsânın, teknik bir usûl terimi olarak görülebilmesi için Mâlik b. Enes'in zamanının da henüz erken olduğunu söylemek mümkündür.²

Bütün bunlara karşılık, önceki başlık altında temas edilen istihsân müessesesine karşı alınmış sert tavır karşısında; verilen çözümler içinde önemli bir ağırlık hissettirecek derecede ve ilk defa açıkça istihsân teriminin kullanıldığı Hanefî doktrinine mensup usûlcülerin, hiç bir izah yönüne gitmeksizin bütün tarifleri olduğu gibi kabul-lenmeleri düşünülemezdi. Nitekim, eserlerine bakıldığında, Hanefî usûlcülerin, yapılan tenkitleri çürütmek için yoğun bir faaliyet içerisinde girdikleri görülecektir. Fakat bu, esasen bir savunma faaliyeti olduğu ve çok elden yürütüldüğü için, yorumlarda ve getirilen izahlarda kesin bir birliğin bulunmadığı rahatça farkedilmektedir.³ Buhârî'nin: "Ebû Hanîfe'nin kendisiyle hüküm verdiği istihsânın yorumu konusunda ashâbımızın (doktrine mensup hukukçuların) açıklamaları farklılıklar göstermektedir. Meselâ kimisi..." şeklindeki sözleri⁴ bu gerçeğin ifâdesi olsa gerektir.

1. Atay, Felsefe, 83. Bu konuda kısa bir açıklamaya ileride yer vereceğiz. bkz. s.136.

2. Mulf, Mâlik, III, 730.

3. Şelebî, Ta'lîl, 333 v.d.

4. Buhârî, Kesf, IV,3.

Başta naklettiğimiz, Kerhî, Ceseâs ve Serahsî'ye ait tarif ve açıklamaları, Debûsî ve Fahrü'l-İslâm Pezdevî'ye ait kesin tarif tarzında olmayan sözleri¹ burada tekrar etmeyi zaid buluyoruz. Bizde, bu usûlcüler içinde Debûsî'nin istihsâna, diğer "edille" ye nisbetle pek fazla bir ilgi göstermediği intibaz uyanmıştır.² Serahsî'nin furû ile ilgili eseri "Mebût"ta Kitabu'l-istihsân adıyla açtığı müstekil bölümde istihsân tarifleri ve delilleri hakkında bilgi verilirken, Debûsî'nin furû eseri "Esrâr" da aynı ismi taşıyan bölümde istihsânla ilgili teorik açıklamaların görülmemesi³ aynı intibeyi güçlendirmektedir.

Verdikleri farklı tariflere rağmen, Hanefî usûlcülerin hemen hepsinin, aslında istihsânın diğer doktrinlerce de kabul edilen "edille" nin dışında bir şey olmadığı ve özellikle en önemli istihsân türünün kıyasla bütünleştirilebileceği, isimlendirmenin ise, önemli olmadığı noktasına ağırlık verdikleri gözlenmektedir.⁴

Gerçekten, bir zaman sonra, bu yöndeki faaliyet samesini vermiş, Şâfiî doktrinine mensup yazarlar, artık Şâfiî'nin istihsân alayhindeki sözlerini "şer'î bir mesnede dayanmaksızın keyif ve arzuya göre hüküm verme" anlamındaki

1. bkz. s.

2. bkz. Debûsî, Yakûm(yzm.), Lâleli-690, v. 222^a v.d.

3. bkz. Debûsî, Esrâr(yzm.), 297^b v.d.

4. Pezdevî, Usûl, IV, 3, 5-6, 12-13; Serahsî, Usûl, II, 200-201, 202, 203, 207-208; Buhârî, Kesf, IV, 13; Chehata, "L'Équité", 126-127.

istihsân şeklinde yorumlayarak, ihtilafın isimlendirmeden temellendiğini söylemeye başlamışlardır.¹

Bu senerenin elde edilmesi ile kavuşulan rahatlıktan sonraki dönemde, Hanefi usûl eserlerindeki gelişmelerin ise, aşırı teorik bir karakter taşıdığı görülmektedir.²

İyi incelendiğinde, istihsân konusundaki tartışmaların merkezini, tarafların bu kavramla kasdettikleri anlamların farklılığı ve istihsânın diğer adıyla dışında müteakil bir kaynak olup olmadığı noktasının teşkil ettiği söylenebilecektir.³ Nitekim Şevkânî, bu konudaki tartışmaları naklettikten sonra, mekbul kaynaklardan birine ırcâ edilebilmesi halinde istihsânın müteakil bir kaynak olarak incelenmesine gerek olmayacağı, mekbul kaynaklara ırcâ edilememesi halinde ise, zaten buna itibar edilemeyeceğini söyleyerek bu bahsi noktalamaktadır.⁴ Zaten, istihsân yapılan meselede, varılan hükûkî sonuçlar bakımından istihsân taraftarları ile muhalifleri arasında daima bir ayrılık beklenmemelidir. Bilakis farklı izah ve metodlarla aynı sonuçlara varıldığı sık sık görülecektir.⁵ Hatta aynı doktrin içinde dahi, farklı istihs-

1. Şelebî, Ja'îlî, 335; Hulî, Mâlik, III, 727-728.

2. Şelebî, Ja'îlî, 336-337. Meselâ, Şelebî'nin, daha çok matematik problemlere benzer bulduğu, Sadru's-şerîa'ya ait on altı vecih ihtiva eden istihsân taksimi için bkz. Sadru's-şerîa, Tavdîh ve Teftâzânî, Telvîh, III, 7-8.

3. bkz. Buhârî, Kıf, IV, 13; Ensârî, Fevâitih, II, 3; Hulî, Mâlik, III, 726-730.

4. Şevkânî, i.Fuhûl, 241.

5. Meselâ bkz. Gazzâlî, Mustasfâ, I, 279-280; Senhûrî, Masâdiru'l-hakk, III, 120-131.

sân tipleriyle aynı çözümün izahı çalışıldığına reslamak mümkün olabilmektedir. Messlâ, icâre akdinin "kıyasa aykırı" nitelikte olduğu, bütün Hanefî usûlcülerce kabul edilmekle birlikte, bunu tecviz ederken, Serahsî tarafından "zarûret ve ihtiyaç sebebiyle istihsân"¹, Pezdevî tarafından ise "eser (hadîs) sebebiyle istihsân"² başvurulmaktadır.

Şen olarak şunu da belirtelim ki, istihsânın lügat anlamından ve hatta başta naklettiğimiz Serahsî'nin eserindeki "toleransı, kolaylığı... aramak" gibi bazı tariflerden bütün istihsân çözümlerinin -mutlak anlamda- müsbet karakter taşıdığı sonucuna varılmamalıdır. Esâsen önemli bir bölümü, "kanunun ruhu"nun araştırılması³ ve "hakkâniyet"e uygunluğun sağlanmasından⁴ ibâret olan istihsân çözümlerinin, mevcut olaya göre menfi karakterde de olabileceği tabiidir.⁵

İstihsân ile istislah arasındaki farkın iyi tesbit edilebilmesi için, istislah hakkında da bilgi verilmesi gerektiğinden, bu konuyu "İstislah" paragrafına bırakıyoruz.

1. Serahsî, Usûl, II, 203.

2. Pezdevî, Usûl, IV, 5.

3. Ebû Zehrâ, Ebû Hanîfe, 344-345.

4. bkz. s. 162.

5. Misalleri için bkz. Serahsî, Usûl, II, 201-202; Ali Haydar, Dürrü'l-hukkâm, I, 950.

ŞİŞİSTİSLAH

I- "Maslaha" Kavramı Ve "İstislah" Metodu

1- "Maslaha" Kavramı

"s i - M a s l a h a" kelimesi, hem anlam hem vezin bakımından "el-menfa'a" kelimesi ile uygunluk gösterir. Maslahet, sülûkte, menfaat, elverişlik, iyi yol gibi anlamlara gelir; çoğulu "el- mesâlih" tir. Menfaat, bir taraftan haz ve hazzâ vesile olmayı, diğer taraftan da acı ve acıyâ vesile oları gidermeyi ifade eder.¹ Bununla birlikte, hüküm farklılığı sebebiyle menfaatin sâbî anlamı, daha çok "def-i mefâsedet" şeklinde ayrı bir prensip olarak incelenir.²

İslâm hukukçularının hemen hepsi, nasların gelişigüzel, hiç bir gâyeyi hedef almaksızın, ya da sırf mükellefleri kanun otoritesine boyun eğdirmek için teşri' edilmiş olduğunu, bilakis Şâri'in (kanun koyucunun), gerçekleştirmesini kastedtiği bir takım gâyalere dayandığı noktasında fikirbirliği etmişlerdir.³ Bu gâyelerin özüünü ise, kulların dünya ve

1. Râzî, Mahâül (yzm), Dâru'l-kütübü'l-Misriyye, v. 194' den naklen Bâttî, Davâbitü'l-Maslaha, 23.

2. Mecelle, Mad. 30. Batı hukuku ile kısce bir karşılaştırma için bkz. Mardin, İA. "Mecelle".

3. Hallâf, Nasâdir, 40. Her ne kadar bazı Eş'ari bilginler kelâm ilmi ile ilâhî hükümlerin "muallâle" olmadığını iddia ederlerse de, Usûlü'l-Fık'h'da kayas bahâline gelince, terim

ahiret menfaatleri ("mesâlihu'l-'abâd fi'l-me'âş ve'l-me'âd") teşkil etmektedir, ki İslâm hukukunda bunlara topluca "makâsıdu'ş-şerî'a" adı verilir.¹ Şâri' tarafından hangi davranışların kulların menfaatine olduğunun belirtilmiş olması halinde, İslâm hukukçularının düşünce sistemi içinde herhangi bir müşkil sözkonusu olmayacaktır. Fakat nass'ların sınırlı, olaylarınsa sınırsız olduğu,² buna karşılık doğrudan doğruya çözümü bulunamadı diye hiçbir hükûki olayın hükümsüz bırakılamayacağı,³ hemen bütün İslâm hukukçularınca kabul edildiğine göre, nasslarda açıklık bulunmayan durumlarda, hiç bir olaya ait meşrû menfaatin, yani İslâm hukukunun nihâf gayelerini gerçekleştiren maslahatin hangisi olduğu nasıl tesbit edilecektir? Bu meselemin esasına, yani meşrû menfaatin, tesbiti metoduna geçmeden önce "nass'ların ta'liii" meselesiyle karşılaşılmaktadır. Esasen, kelâm ilminin önemli konuları arasında yer alan bu meselemin, hukuka yansıyan yönü de bir hukuk felsefesi etüdünün konusu olabilir. Biz bu meseleye daha önce, tez konumuzla ilgili olduğu ölçüde, yer vermeye çarfkrlılığına gitmeye çalışmakla beraber, aynı noktaya gelirler. Şâstâbî, Muvâfakaat, II, 6.

1. Serâhî, Usûl, II, 56; İ. Kâşîrî, İ'lâm, III, 3; Şâstâbî, Muvâfakaat, II, 6.

2. Cassas, Usûl, (yzm.), 261^a; Cüveynî, Buhân, II, 743, 1348-1349. Mu'tazilî Ebu'l-Hüseyin el-Basrî'nin görüşü için bkz. Buhârî, Keşf, III, 270-271.

3. Cassas, Usûl, (yzm.), 261^b; Cüveynî, Buhân, II, 743, 764-765, 766, 1116, Kadı Ebû Bakr el-Bâkîllânî'nin karşı düşüncesi ve münâkaşası için bkz. II, 1348 v.d., Buhârî, Keşf, III, 271.

lişmiştik. Bunların tekrarina gerek olmadigundan burada aynı konu ile ilgili bir açıklama yapmayacağız.

Kulların mesâlihinin, İslâm hukukunun esasını teşkil ettiği hususunda İslâm hukukçuları fikir birliği etmiş olmakla beraber, meslahatların muteberiyat şartlarında farklı görüşler vardır.¹ İşte İslâm ilginleri, meşrû menfaati tesbit edebilmek için, önce, mutlak anlamda "meslahat"ı değişik açılardan taksimlere tâbî tutmuşlardır.²

a. Şâri'in muteber sayıp saymamış olması açısından: Bu açıdan yapılan taksim, kıyas bahsinde illette bulunması gerekli vasıflar incelenirken "vasf"ın taksiminde takip edilen metoda göredir.³

aa. el-Meslahat el-mu'tsbera: Üzel bir şer'î delil ile muteberiyeti sâbit olan meslahat.

bb. el-Meslahat el-mülkât: Şer'î bir delilin hükmü ile çatılan meslahat.

cc. el-Meslahat el-mürsale: Ne muteber sayıldığı ne de reddedildiği hakkında üzel bir delil bulunmayan meslahat.⁴

Şâlehf, bir meslahatin sırf üzel bir delil ile çatılmasının, onun ittifaikle mülgü olduğunu göstermeyeceğini söyleyerek, bütün bilgilerin görüşünü kapsayacak bir taksimin

1. Devâlibî, Ücûl, 308, 310.

2. Filozofların menfaat anlayışı ile, İslâm hukukundaki "meslahat" anlayışına hâkim olan karakteristik özelliklerinin karşılaştırılması için bkz. Bütî, Devâbitü'l-meslahat, 24-70; Ebû Zehrâ, Mâlik, 367-369.

3. Şâlehf, Ta'îlîl, 281.

4. Şâlehf, Fî'İslâm, II, 113-115; Hallâf, Ücûl, 84; Hülî, Mâlik, III, 733.

şöyle yapılabileceğini savunur:

aa. Müteberiyeti hakkında özel delil bulunan maslahata "mu'tabere" denir.

bb. Müteberiyeti hakkında özel delil bulunmayan maslahat iki şekilde olabilir:

aaa. Nass veya icmâ'ya muâriz değilse buna "mürsele" denir.

bbb. Nass veya icmâ'ya muâriz ise buna ne "mu'tabere" ne de "mürsele" denmez, "başka bir delille muâriz" denir. İlğâ edilip edilmeyişi ise ayrı bir konudur; görüşlerin farklılığına ve teâruz ettiği delilin nev'ine göre değişebilir. Muâraza ve ilğâ ayrı ayrı şeylerdir. İlğâ, muvâzene ve tercihten sonra ortaya çıkacaktır.¹

b. Değişip değişmemesi açısından:

aa. Zamanın, hal ve şerâitin, şahısların değişmesiyle değişiklik gösteren maslahat. Ta'zirler, nehy ani'l-münker gibi.

bb. Zamanın değişmesiyle değişmeyen maslahat. Zulüm, hırsızlık, zinanın yasak oluşu gibi.²

c. Âlmin bakâsı ve salâhi için duyulan ihtiyaç açısından:

aa. Zarûriyât: Din ve dünyâ gereklerinin yerine getiri-

1. Şelebî, Ta'îlî, 281-282.

2. Şelebî, Ta'îlî, 282.

lebilmesi için kaçınılmaz maslahatlar. Bilginler bunları beş kategoride toplamıştır.

aaa. Dinin korunması,

bbb. Nefsin korunması,

ccc. Aklın korunması,

ddd. Neslin korunması,

eee. Malın korunması.

Bazıları buna "arz'ın korunması"nı ilâve etmişlerdir.¹

bb. Hâciyyât: Sadece genişlik sağlama, sıkıntıyı giderme açısından ihtiyaç teşkil eden maslahatlardır ki, bunların gözeltilmemesi hâlinde çoğu zaman her bir fert için değilse bile umum için sıkıntı ve darlık sözkonusu olur; fakat hayat düzünü temsilinden sarsmaz.²

cc. Tahsinîyyât: Güzel davranışa uygun olanı alma ve aklı-selâm sâhiplerine hoş görünmeyen durumlardan kaçınma tarzındaki maslahatlar ki, kısaca bunlar ahlâkî güzellikleri teşkil eder.³

Bu üç kısımdan herbiri hukukun bütün dallarında söz konusu olabilmektedir.⁴ Bu mertebelerden her birine bitişen tamamlayıcı unsurlar vardır ki, bunlara "tekmile" veya "tatimme" denmektedir.⁵

1. Şâtıbî, Muvâfakaat, II, 3-10; Selebî, Ya'îlî, 282.

2. Şâtıbî, Muvâfakaat, II, 10-11.

3. Şâtıbî, Muvâfakaat, II, 11.

4. Misâlleriyle birlikte bkz. Şâtıbî, Muvâfakaat, II, 8-11.

5. Şâtıbî, Muvâfakaat, II, 12-13.

Maslahatların bu şekilde üçlü taksimine İslâm hukukunun bütün dalları ile ilgili gerek cüz'î gerekse küllî hükümler taşıyan nass'ların ve hükümlerin gözönüne alınması ve buradan tümevarım yoluna gidilmesiyle ulaşılmıştır. Bilindiği kadarıyla bu yönde ilk taksimi yapan İmâmü'l-Harameyn el-Cüveynî'dir.¹ Cüveynî, el-Burhân isimli güçlü eserinde "usûlü'ş-şerî'a" diye isimlendirdiği bu temel prensipleri beş kısma incelemektedir.² İşte böylece başlayan bu taksim, birçok geliştirme ve ayıklamalar sonucu, meselâ, Şâtıbfî'nin Muvâfakaatında gördüğümüz şekliyle bize ulaşmıştır. Buradan, yapılan bu taksimlerin ve herbir kısma giren maslahatları tayinin ichtihâdî olduğu bunların inceleme ve akıl yorma sonucu ortaya konmuş bulunduğu kolayca anlaşılmaktadır.³

Maslahatlar arasında önem sırası açısından bir derecelendirme yapan⁴ İslâm hukukunun genel prensiplerinin teorisini ortaya koymaya çalışan bu taksimin, esasen bütün ichtihad-çesitlerinde önemi vardır. Gerek nassların yorum ile ilgili ichtihadda, (el-ictihâd el-beyânî) gerek kıyas yolu ile yapılan ichtihadda (el-ictihâd el-kıyâsî), İslâm hukukunun ruhunu özümleyen genel prensiplerden önemli ölçüde faydalanılacak ve bu sayede nassların yanlış anlaşılması ya da kıyâsın yanlış sonuca götürmesi önlenmiş olacaktır. Hatta, sünnet bah-

1. Şelebî, Ta'îlîl, 284-285.

2. bkz. Cüveynî, Burhân, II, 923-927.

3. Şelebî, Ta'îlîl, 285, 286.

4. Bu kısımların birbirine nisbetleri hakkında bkz. Şâtıbfî, Muvâfakaat, II, 16 v.d.

sine bakıldığında orada, Ebû Hanîfe ve Mâlik b. Enes gibi doktrin kurucularının, Sünnetin sınırlandırılması için dahi bu unsurdan faydalandıkları görülecektir.¹

Burada ise, maslahat kavramının, özel bir ictehad metodu olan "istislah" ile ilgisini daha doğrusu "istislah"ı inceleyeceğiz.

2- Istislah Metodu Ve Istislah Kavramının Kaynaklardaki Yeri

Doğrudan doğruya naslarda çözümlü bulunamadı diye hiç bir hükûkî olayın hükümsüz bırakılamayacağı prensibine ve Şârih tarafından ne müteber sayıldığı ne de reddedildiği hakkında delil bulunamayan maslahatlara mürsel maslahatlar dendiğine yukarıda işâret etmiştik.² İşte bu mürsel maslahatlara dayanarak hüküm verme metoduna "istislah" adı verilmektedir.³

Istislah esas olacak maslahatlar küllî karakterde ve âmme ile ilgili olabileceği gibi cüz'î karakterde ve fertlerle ilgili de olabilir.⁴ Bazı oryantelistler tarafından verilen tercümelelerin etkisi ile olmalı ki, Şener, bunu kamu yararlarından ibâret göstermektedir.⁵

1. Sünnet paragrafına bkz.

2. bkz. s. 179

3. Zerkâ, Medhal, I, 97; Devâlibî, Usûl, 301; Hallâf, Masâdir, 70.

4. Devâlibî, Usûl, 303; Zerkâ, Medhal, I, 115-121. Gazzâlî'nin bu konudaki görüşüne ileride ayrıca temas edilecektir.

5. bkz. Şener, Kıyas, 139.

Maslahat düşüncesinin temsilcisi olarak görülen Mâlikî doktrinin kurucusu Mâlik b. Enes'in, bu prensibe metodolojisi içinde önemli yer vermiş olduğu hemen bütün yazarlarca kabûl edilmektedir.¹ Ancak, Mâlik'in, bu prensibi, büyük ölçüde, kıyasın katılıklarını giderme konusunda işletmiş olması ve hatta Hanefî doktrinde çok çeşitli sebeplerle istihsâna gidilmiş bulunmasına karşılık Mâlikî doktrinde istihsânın gerekçesinin maslahat prensibinde merkezleşmesi sebebiyle, Mâlik'in metodolojisi ele alınırken çok defa istihsân ve istislah metodlarının içiçe bırakıldığı görülmektedir.² Paret'in "fakat bunların (istihsân-istislah) karşılıklı münâsebetlerini, gâliba hiç kimse, tamâmen açık bir şekilde tarife muvaffak olamamıştır"³ şeklindeki sözleri bu içiçeliği yansıtmaktadır.

Kaynakların istislah metodunu ilk kullananın Mâlik b. Enes olduğunu göstermesine rağmen, "istislahın teşekkül ve inkişâf tarihini istihsânınki kadar, iyice takip etmek mümkün değildir."⁴ Gerçekten, bu metod kendisine izâfe edilirken, dahil olarak gösterilen Mâlik'e ait görüşlerde "maslahâ" veya "istislah" terimlerinin kullanılmamış olduğu anlaşılmamalıdır.⁵ Bundan başka Şâfi'i, meşhûr "risâle"sinde yalnız istihsânın tartışması ile yetinmiştir. Bundan istislah teriminin

1. Cüveynî, *Burhân*, II, 1113, 1114, 1119, 1132-1133; Ebû Zehra, *Mâlik*, 398-402; Goldziher, *Le Dooms et la Loi*, 216-217.

2. Beltacı, *Manâhid*, II, 620-621.

3. Paret, *İA.*, "İstihsân ve istislah", V-2, 1217.

4. Paret, *İA.*, "İstihsân ve istislah", V-2, 1218.

5. Paret, *İA.*, "İstihsân ve istislah", V-2, 1218.

henüz o sıralarda şekillenmemiş ve bu metodun istihşânın bir çeşidi olarak telakkî edilmiş olduğu sonucuna varılabilir.¹

Parot, sonraki gelişmeler hakkında şunları yazar: "Aynı şekilde Mâlik ile onun neslini takip eden zamanda istihşânın inkişâfı henüz o kadar sarîh değildir. Muahhar eserlerin -Mâlik ve Şâfi'i müstecâ(i)- prensib üzerine münâkaşada otorite olarak zikrettikleri müellifler, V./XI. asırdan daha evvelki zamanlara ait değildir. Bu boşluk, ihtimal, henüz neşredilmemiş olan usûl hakkındaki eski eserlere sistemli olarak mürâcaat etmek sûretiyle doldurulabilir."² Ve şöyle devam eder: "İmâm al-Haramayn al-Cuvaynî (ölm.478/1085, şâfi'i), istihşân nazariyesinin taraftarı olarak zikredilenlerin başında gelir. Maalesef usûl hakkındaki kısa eserinde (al-Varâkât) bu husustaki fikrini ifade etmemiştir (fakat krş. Goldziher'in Muğis al-balğ'tan aldığı parçalar, WZKM, I,229, not 5)."³

Yazarın sözünü ettiği, usûl konusunda kaleme alınmış eski eserlere dair bilgilerimizin henüz tam anlamıyla doyumsuz rucu bulunmaması keyfiyeti, "istihşân" teriminin ilk defa kim tarafından kullanılmış olduğu hakkında çok kesin bir şey söylemeğe imkân tanımamaktadır. Ancak bizim, yazarın işaret ettiği boşluğun doldurulmasında katkısı olacağına inandığımız bir kaç tesbitimiz mevcuttur. Gürebildiğimiz usûl eserleri için-

1. Ebû Zehra, Mâlik, 368; Parot, İA., "istihşân ve istihşân", V-2, 1218; MÖİF, Mâlik, III, 737- 738.

2. Parot, İA., "istihşân ve istihşân", V-2, 1218.

3. Parot, İA., "istihşân ve istihşân", V-2, 1218. (WZKM Wiener Zeitschrift für die Kunde des Morgenlandes).

de kronolojik yönden Şâfiî'nin " Risâle " sından sonra ilki¹ ve en hacimlisi olan Cessâs'ın (v. 370/980) "Usûl"ünde, "Medine ehlinin icmâ'ı" konusuna bir başlık altında temas edilmesine karşılık,² Mâlik b. Enes'in doktrinine izâfe edilen istislah terimine raslanılamamaktadır.³ Yine görebildiğimiz mütekalimîn metodu ile yazılmış usûl eserleri içinde ilk sırayı tutan İbn Fûrek'in (v. 406/1015) "Mukaddime fi nûket min usûli'l-fıkh" isimli risâlesinde, Şâfiî'de raslanmayan "istislah" terimine özel bir yer verilmiş olmakla birlikte⁴, burada da istislah'dan söz edilmemektedir. Nihâyet Cüveynî'nin el-Burhân isimli usûl eserinde "Kitabu'l-istidlâl" adını verdiği müstakil bölümde "istislah" kelimesini açıkça kullandığını, aynı anlamı karşılamak üzere "istidlâl" ve "istisvâb" kelimelerine de yer verdiğini görmekteyiz.⁵ Cüveynî'nin, Paret'nin yukarıdaki ifadesinde görüldüğü şekilde "istislah nazariyesi taraftarlarının başında zikredilmesi", öncelikle bu sebebe dayansa gerektir. Ancak, Cüveynî'nin, Mâlik b. Enes'in doktrinindeki paralel bir istislah anlayışını kabul etmek istemediği, kendi ifadelerinden kesinlikle anlaşılmaktadır.⁶

1. Bu konuda daha önce bilgi verilmişti. bkz. s.

2. Cessâs, Usûl (yzm.), v. 228^a-229^a.

3. Gerçi müteakib Hanefî usûllerinde de uzun süre bu açıdan bir değişiklik görülmeyecektir. bkz. s. 133

4. İbn Fûrek, Nûket, 12-14

5. Cüveynî, Burhân, II, 1114 (Uç kelime bir arada), 1113 (istidlâl ve mesâlih), 1120, (istislah ve istisvâb).

6. Cüveynî, Burhân, II, 1113, 1114, 1119-1121, 1132-1133.

Bununla birlikte, gerekli gördüğünde, kaleminin ucunu sivri-
leştirmede çok mâhir bir müellif olarak bilinen Cüveynî'nin¹,
hem Mâlik'ten söz ederken çok hürmetkâr, hem de O'na izâfe
edilen görüşleri tenkit ederken ihtiyatlı davranmaya ve bu
ihtiyattan hareketle bu konudaki Mâlikî anlayışını yer yer
Şâfiî anlayışına yaklaştırmaya çalıştığı görülmektedir.²

Cüveynî'nin bu eseri henüz kısa bir süre önce neşredil-
miş olduğundan, "İstislah"ın yeni bir isimlendirme olarak ort-
taya konusu bazı yazarlarca Gazzâlî'ye izâfe edilmektedir.³
Yine de, yukarıda işâret edildiği üzere Cüveynî, aynı anlam i-
çin farklı kelimeler kullandığına göre, istislah kelimesini
terimleştiren ve ilk defa kaynaklar arasında zikreden müel-
lîfin Gazzâlî olduğunu söyleyebilmek için, eldeki bilgiler
muvacehesinde bir engel görünmemektedir.⁴

II- İstislah ve İstihsân Metodları Arasındaki Fark

İstislah'ın terim olarak ortaya çıkış seyri içindeki
tereddütler ve uygulamadaki isimlendirme karışıklıkları ne
olursa olsun, biz, istihsân ile istihsân arasındaki ilişkinin
Paret'nin önce "...galiba hiç kimse, açık bir şekilde tarife

1. Messâlâ bkz. Cüveynî, Burhân, I, 135; Lecomte, "Un
exemple d'évolution", 34.

2. Cüveynî, Burhân, II, 1113, 1119, 1121.

3. bkz. Zerkâ, Medhal, I, 97, n. 2.

4. Ancak Gazzâlî'nin bunu "el-usûl el-mevhûne" arasında
zikrettiği şikketten uzak tutulmalıdır. bkz. Mustasfâ, I, 245,
284 v.d.

muvaffak olamamıştır" diyerek¹ bıraktığı yerde bırakılması gerektiği ve hele aynı yazarın sonra " istislah, menfi cep-
hasi bakımından, istihsân ile sıkı-sıkıya alakalıdır; burada
da yine fıkıh prensiplerinin vaz'ında kullanılan mütad is-
tidlâi usûlünü bertaraf eden bir prensip meselesi bahis mev-
zuudur. Bunun istihsândan farkı, ancak, bu menfi rollü pren-
sibin müsbet temelini teşkil eden ana fikir arandığı zaman,
meydana çıkar..."² şeklindeki değerlendirmede gerçekleştiği-
ni bulduğumuz kanaatinde değiliz.

Biz bu konuda, bazı yazarları takiben, istislah ve is-
tihsân metodları arasında hareket noktası bakımından temel
bir farklılığın tesbit edilebileceğini düşünmekteyiz:

Daha önce geçtiği üzere, kıyas, hükmü bilinmeyen bir
olayın, aralarındaki illet birliği sebebiyle hükmü bilinen
bir olaya ilhak edilmesidir. İstihsân ise, hükmü bilinmeyen
bir olaya, benzeri olaylara bağlanmış olan hükmün uygulan-
masından vazgeçilmesidir. Şu halde kıyas ve istihsânda, gö-
zömlenecek olayın, daima, hükmü bilinen başka olaylarla mu-
kayesesi söz konusudur; ancak bu mukâyese sonunda kıyas me-
todu, müsbet(icâbî) bir rol, istihsân metodu ise menfi(sal-
bî) bir rol oynamaktadır. Buna karşılık istislah metodu,
gözömlenecek olay için nass veya hükmü bilinen benzer olay-
lar bulunamaması halinde, İslâm Hukukunun genel prensiple-
rine ve ruhuna göre o olayın hükmünün tesbit olunmasını ifa-

1. Parat, İA., "İstihsân ve İstislah", V-2, 1217.

2. Parat, İA., "İstihsân ve İstislah", V-2, 1218.

de eder.¹

Mâlik b. Enes'in ve Mâlikîlerin "maslahat" prensibinden hem istihsân hem de istislah metoduna ışık tutan bir prensip olarak faydalandığı söylenebildiği takdirde, bu karışıklık önemli ölçüde giderilmiş olacaktır, ki dikkatli bir tahlil ile konuyu inceleyen bir çok yazarın bunu açıklıkla ifade edebildiğini görmekteyiz.² Gerçekten Şâtıbî'nin mesâlih-i mürsele'ye dayanan çözümlerle istihsân çözümlerinin birbirine benzerlik gösterdiği iddiasına "evet; şu kadar var ki, onlar istihsânı genel kuralardan istisnâ şeklinde düşünmüşlerdir, mesâlih-i mürselede ise durum böyle değildir." cevabını vermektedir.³

Bu değerlendirmeler karşısında Perat'nin, istihsân ve istislahın, mütad istidlâl usûllerinin bertaraf edilmesinde menfi bir rol oynama noktasında birleştiği iddiasına katılmak mümkün değildir. Kanastimizce onu bu yöne iten hâli, maslahat ve istislah kavramlarını aynı mütalaa etmesi ve Müdevvene'den aldığı "ârâyâ" olayını istislah meselesi olarak değerlendirmesi olmuştur.⁴ Halbuki bu olayın bir istihsân meselesi olarak de-

1. Devâlibî, Usûl, 301-302, 304-306; Ebû Zehra Mâlik, 358; Zerkâ, Medhal, I, 112-114.

2. Mustafa Zeyd, el-Maslahat fi'l-tesrî' el-İslâmî'den Şener, Kıyas, 138; Baltacı, Menâhic, II, 627; Zerkâ, Medhal, I, 115.

3. Şâtıbî, İ'tisâm, II, 141.

4. bkz. Perat, İA., "İstihsân ve istislah", V-2, 1218.

Özellendirilmesi gerektiği aşaktır.¹

Kanaatimizce, istihsân ve istislah metodları arasında-
ki bu teorik ayırımın, uygulamaya aynı kesinlikle yansımaması,
metodların yapısına etkileyici kabûl edilmemelidir. Bu, uygu-
layıcıların kanaat ve takdir farklılıklarından kaynaklanan bir
değişkenliktir. Gerçekten, Devâlibî'nin işâret ettiği üzere,
çözülenecek bir olayın hükmü bilinen benzerleri var kabûl e-
dilmesi halinde bu hükümden vazgeçerek maslahatın gerektirdi-
ği yönde hüküm verilmiş olursa buna istihsân denecek, benzer-
lerinin yokluğu kanaatine varılması halinde ise, (aynı maslaha-
ta dayanarak aynı hükme varılmış da olsa) buna istislah adı ve-
rilecektir.² Şu halde metodun şekil yapısını ta'yin eden unsur
onun temelindeki prensip değil, oynadığı rolün icâbî mi yoksa
selbî mi olduğu husûsudur. Yani maslahat prensibine dayanan
bütün çözümlerin istislah olarak kabûlü hem Mâlikî doktrininde
istihsân metodunu her-teraf etmiş olacaktır, -ki bu metodun var-
lığı istislahla göre daha kuvvetlidir -,³ hem de, mürsel masla-
hatlara göre hüküm vermediği ifade eden istislahın⁴ anlamını de-
ğişikliğe uğratmış olacaktır. Ancak her iki metoda hâkim olan
prensiplerin maslahat düşüncesi olduğu esas alınırca, o zaman
istislahla biri geniş, diğeri dar iki anlam verilebilecektir.
Bu takdirde istislah -is_tih_sân arasında umum-husûs-mutlak i-

1. Şâtıbf, Muvâfakaat, IV, 207; Baltacı, Menâhic, II, 622-
623; "Arâyâ" hakkında bkz. Mâlik, Muvatta', Büyü', 9.

2. Devâlibî, Usûl, 304-306.

3. "İstihsân" paragrafına bakınız.

4. Gerçekten, maslahatla istihsânın istislah olarak nite-
lenmesi istislah tarifini sarıacaktır. Zira, Mürsel maslahat

lişkisinin bulunduğu söylenebilecek ve istislah daha güzel sayılacaktır.¹ Bu noktanın dikkatten kaçırılmış olmasından kaynaklandığını ve istihsânı istislah farkı açısından önemli olduğunu sandığımız bir yanlışlığa işaret ederek bu konudaki açıklamalarımıza son vermek istiyoruz. Goldziher, Hanefîlerin istihsânına benzer bir unsurun Mâlikî'lerin rey bahsinde de görüldüğünü ve buna istislah ve "mura^câtu'l-aslah" adı verildiğini söylemekte,² sonra şu açıklamayı yapmaktadır: "Usûlî dairesinde kıyas yolundan ayrılarak, halin icab ve zaruretine göre, meslahata uygun olan tarzı tutmanın meşruiyeti, Roma hukukunun "corrigere jus proptutilitatem publicam" ("hukukun âmme nef'i mülâhazasıyla tashihî"; müesvi talmut şerhi-tinde mippenê tikkun nê^c-olâm) yollarından birini andırır."³ Görüldüğü gibi burada yazar esasen istihsânı anlatmaktadır.⁴ Istislah kelimesini de kullanmış olmasına, yukarıda işaret edilen kavramlar içiçliliği yol açmış olmalıdır.⁵

Istislahı özel bir etüde konu edinen Şenar, Goldziher'in

hakkında müsbet yada menfî -özel-hiç bir delil bulunmayan meslahattır. Halbuki istihsanda iki meslahat çatışmaktadır. krş. Şâtıbf, İstisam, II, 115; Muvâfakaat, IV, 206-209; Zerka, Medhal, I, 97; Hallâf, Nesâdir, 70.

1. Zerka, Medhal, II, 115(not).
2. Goldziher, IA., "Fıkıh", IV, 605.
3. Goldziher, IA., "Fıkıh", IV, 605.

4. Başka yazarlar tarafından da burada istihsânın anlatıldığı kabul edilmektedir. bkz. Chehata, "L'équité", 136; Tyan, "Méthodologie et Sources", 89.

5. Yazar, aynı durumu anlatmak için, başka yerde sadece "meslahat" kelimesini kullanmakta, "istislah" kelimesini kullanmamaktadır. bkz. Goldziher, Le Dogme et La Loi, 216-217.

bu sözleri arasında "istislah" kilemişinin geçmiş olmasına dayanarak, "İslâm hukukunun bu kaynağı (istislah) Roma hukukundaki "Corrigere Jus Propter Utilitatem Publicam" (hukukun kamu yararı düşüncesiyle düzeltilmesi) ... yollarından birine benzer"¹ demek sûretiyle, kanaatimizce, istislahın karakteristiği hakkında yanlış bir fikir vermiş olmaktadır. Diğer taraftan da yazar, bu sözleriyle, kendi verdiği "...istislah, hakkında nass, icmâ ve kıyas gibi emir veya yasak edici şer'î bir delil bulunmayan ve İslâm'ın rûhuna uygun olan maslahatlara (kamu yararlarına) göre hüküm vermek veya davranmaktır"² şeklindeki tarif ile çelişkiye düşmektedir.

Hanefî doktrininde istislah metodunun söz konusu olup olmadığına "Istislahı Kabul ve Redden Doktrinler ve Delilleri" başlığı altında temas edeceğiz.

III- İstislahı Kabul ve Redden Doktrinler ve Delilleri

Usûl eserlerinde, aynen "istihsân" konusunda olduğu gibi, Mâlikî doktrininde istislahın (mesâlih-i mürsele ile hükmetmenin) da kabulü hakkında tereddüt uyandırıcı bilgilere raslanmakla beraber;³ "maslahat" prensibinin temsilcisi sayılan Mâlikî doktrininde mesâlih-i mürsele'nin müstakil bir kaynak sayıldığı,

1. Şener, Kıyas, 138.

2. Şener, Kıyas, 137-138.

3. Amîdî, İhkâm, IV, ; İbn Hâcib, el-Muhtasar, II, 460'tan Şener, Kıyas, 144-145. Aynı tereddüde katılan bir görüş için bkz. Hülî, Mâlik, III, 731-739.

genellikle kabul edilmektedir.¹

Hanefî usûlcüler mesâlih-i müreale'yi müstakil bir kaynak olarak zikretmemişlerdir. Ancak bir görüş, Hanefîlerin, istihsân metodunun, kısmen istislahı da kapsadığı yönündedir.² Diğer bir görüş ise, benzerlerine ait hüküm bulunması halinde dahi zaruret sebebiyle kuralların dışına çıkan (istihsân yapan) Hanefîlerin, kural dışına çıkmaya ihtiyaç göstermeyen mesâlih-i müreale'yi kabul etmelerinin evleviyet gereği olduğu ve fakat istihsânın istihsândan farklılığı üzerinde ısrar eder.³ Bu durumda bir boşluk ortaya çıkmaktadır: Hanefîler mesâlih-i müreale ismini anmadıklarına göre, bu nevi maslahatlara dayanarak hüküm verirken neyi hüccet gösteriyorlardı? Kanaatimizce, Hanefîlerin müstakil maslahatlara göre hüküm verirken, yani bir metod ismine ihtiyaç duymamış olmaları düşünülebilir. Bu ise, Hanefî doktrininde hükümlü tafakkürün mihrerini kıyasın teşkil etmesi ve kıyasın çok geliştirilmiş olması⁴, yine Ebû Zehra'nın işaret ettiği üzere illetlerin küllî kâideler haline getirilmiş ve ayrıca farazî fıkhına ağırlık verilmiş olması⁵ kayfiyeti ile izah olunabilir. Böyle bir hükümlü bünye içinde karşılaşılan olayların çoğunluğu kendisine ilhak edilebileceği bir asıl bulma imkânına sâhip olacak, dolayısıyla, istidlâl önce kıyasî bir düşünceden geçecek, sonra e-

1. Peret, İA., "İstihsân ve İstislah", V-2, 1218; Devâlibî, Usûl, 313; Ebû Zehra, Mâlik, 391; Zerka, Medhal, I, 124.

2. Mustafa Zayd, el-Masleha fi't-teşri' el-İslâmî, 1954, s.47'den, Şener, Kıyas, 130; Zerka, Medhal, I, 123; Ebû Zehra, İbn Hanbel, 303.

3. Devâlibî, Usûl, 314-315, 305-307.

4. Baltacı, Menâhic, I,

5. Ebû Zehra, Mâlik, 348; Baltacı, Menâhic,

Ger maslahat bu çözümlün dışına çıkmayı gerektiriyorsa, istihsân adıyla maslahatın gerektirdiği yöne gidilecektir.¹ Bu durumun dışında kalabilecek olayların ise, bu metod adına ihtiyaç göstermeyecek derecede azınlıkta kalması ve bunların, ürf, zarûret, hâcet gibi prensiplerle ve özellikle ürf-i âmme ile içiçelik arzeden sükûtlî icmâ yoluyla çözümlenmiş olması hatıra gelmektedir.² Şu halde yukarıda işâret edilen birinci görüşün pratik açıdan, ikinci görüşün ise teorik açıdan değerlendirilmesiyle te'lifçi bir çözüme ulaşmak mümkün olabilecektir.

Genellikle, Şâfiî doktrininde mesâlih-i mürselle karşısında menfi bir tavir takındığı kanaata yaygın olmakla birlikte, eslinde bunun, Şâfiî'nin metodolojisinde kıyas kavramına çok geniş bir kapsam tanınmış olmasına bağlanması gerektiği anlaşılmaktadır.³ Nitekim, bazı Şâfiî usûlcüler tarafından, Şâfiî'nin hükümleri "mürsel me'nâ"lara göre gerekçelendirildiği⁴ ve hatta muayyen ve özel hükümlere ("üz'iyât") dayanmasa bile islâm hukukunun küllî prensiplerine dayanan "mesâlih"e göre hüküm verdiği⁵ açıkça ifade edilmektedir. Şâfiî doktrininde mensup usûlcü-

1. Burada, meselâ Ceneâ'tin, istihsân bahsinde, çözümlenecek olaylar ile aralarında benzerlik kurulan "asl"lardan, genellikle doktrin içinde kabul edilen çözümleri kasdettiği hatırlanmalıdır. bkz. Usûl (yze.), v. 294^b - 299^a.

2. Bu konudaki açıklamalar için bkz. s. 45

3. Krş. Gazzâlî, Mustasfâ, I, 264; Davâlibî, Usûl, 311; Şener, Kıyas, 146-148; Edib Sâlih, Tahrîcü'l-furû'nun edisyon kritiğine mukaddims, 16-17.

4. Cüvaynî, Burhân, II, 1118; Şâtîbî, i'tieâm, II, 111-112.

5. Zencânî, Tahrîcü'l-furû', 169 v.d.

lerden Gazzâli ve onu takibeden Âmidî, mesâlih-i mürselâye göre hüküm verilebilmesi için bu mesâlih-i 1- Zarûfî, 2- Kat'î, 3- KÜllî olması şartına aramaktadırlar.¹

Hanbelî doktrininin, bu konuda genel hatlarıyla Mâlikî doktrinini takib ettiği, fakat esâsen Hanbelîlerden mesâlih-i mürselâyı müstakil bir kaynak olarak değil, kıyasa irca etmek suretiyle benimsedikleri belirtilmektedir.²

Dört sünî doktrin dışında Zeycîlerin ve İbâdîler'in (Hâricîlerden) mesâlih-i mürselâye karşı müsbet, imâsîler ve Zâhirîlerin menfi bir tutum içinde olduğu; fakat esâsen menfî tavır takınan doktrinlerin de başka isimler altında aynı prensibi uygulamış oldukları söylenebilir.³

Son olarak işâret etmeliyiz ki, hangi doktrine mensup bulunduğu konusunda farklı görüşler ileri sürülmüş olan Necmü'd-dîn et-Tüfî, "mesâlih"e riâyetin, İslâm hukukunun vazgeçilmez bir prensibi olmasına dayanarak, bunun kaynaklar hiyerarjisi içinde (nasalara göre dahi) mutlak bir önceliğe sahip olduğunu savunmaktadır.⁴ Devâlibî, Tüfî ve benzerlerinin bu konudaki görüşlerinin, hiç bir hukuk sisteminde kabule şâyan görülmecek bir aşırılık taşıdığını söylemektedir.⁵

1. Gazzâli, Mustasfâ, I, 294 v.d. (özellikle 296); Âmidî, İhkâm, IV, 140.

2. Devâlibî, Usûl, 313-314. krş. Şener, Kıyas, 145-146 (Kıyas içârisinde saymaktasızın).

3. bkz. Şâtıbî, İ'tisâm, II, 133; Şener, Kıyas, 140-151; Haydârî, Usûlu'l-İstinbât, 280; Abdü'l-Müseyn Şerâfu'ddîn, Mecelletü'l-irfân, Nisan, 1954'ten Devâlibî, Usûl, 242.

4. bkz. Tüfî, Risâle, 46-48; Devâlibî, Usûl, 241-242.

5. Devâlibî, Usûl, 244-245.

Bu konudaki ihtilaflar, Gazzâlî tarafından açıklıkla belirtildiği üzere, istislahın "başinci bir kaypak" olarak kabul edilip edilmeyeceği noktasında merkezleşmektedir.¹ Yoksa, "maslahat"ın, İslâm hukukunun gâyelerinin muhafazası anlamında kullanılması halinde, ihtilaf söz konusu değildir.²

İhtilafa yol açan esas sebep bu olunca, bu konudaki tartışmaların ve delillerin de aynı izâfiliği taşıyacağı tabiidir. Bununla birlikte, kısaca işâret edelim ki, mesâlih-i mürselenin savunulmasında, genellikle; nassların sınırlı ve olayların sınırsız olduğu, yani olaylar ile nasslardaki özel hükümler arasında bir bağ kurulmaması halinde İslâm hukukunun ruhu ve genel prensiplerine göre çözüme gidilmesi gerektiğinin tabiiliği noktasından hareket edilmekte ve İslâm hukukunun bütün hükümlerinin "mesâlih-i ibâd"i gerçekleştirme esasında birleştiği, Sâhabe, Tabiîn ve doktrin kurucularının da hüküm verirken bu esasa göre hareket ettikleri delil olarak gösterilmektedir.³ Karşı görüşün savunulmasında ise, iatihsân kavramında söylenenlerin tekrarı mümkündür.⁴

1. Gazzâlî, Mustasfâ, I, 315.

2. Gazzâlî, Mustasfâ, I, 311.

3. bkz. İbn Kayyım, İ'lâm, III, 3; Şâtıbî, İ'tisâm, II, 114-129; Hallâf, Usûl, 85-86; Masâdir, 74-75; Devâlibî, Usûl, 55-56.

4. bkz. Hallâf, Masâdir, 79-80.

§:6- Ö R F VE A D E T

I- Genel Olarak "Örf ve Adet" Kavramı ve "Örf ve Adet"
Hukuku

Alışkanlıklar, fertlerin hayatında önemli rol oynar. İnsan, aynı durumlarda aynı biçimde davranmakla, bu davranışlar tipik reaksiyonlar olarak zamanla alışkanlık karakterini kazanır; Böylece de insan, bu alışkanlıklarla hayatını büyük ölçüde kolaylaştırır, her durumda davranışını belirlemek üzere seçim yapmak ve karar vermek yükünden kurtulur.

Aynı şey, sosyal alışkanlıklar için de söz konusudur. İşte toplu alışkanlıklardan meydana gelen örfler, kişi, zaman ve yer bakımından değişiklikler gösteren sosyal kurallardır.¹

Örfler, hukuk kaideleriyle büyük ölçüde benzerliklere sahiptir: Bunlar da, insanların, cemiyet içindeki davranışlarını düzenleyen zorlayıcı bir takım normlardır. Esasen, bir norm olmak, "olması gereken"i göstermek, örfün kendisini alışkanlıktan ayıran bir özelliğidir. Örf, bugüne kadar olagelen şeylerin bugün de olmasını, gerçekleşmesini emreder; oysa alışkanlıkta, olagelene ayrıca, bir de "olması gerekir" düşüncesi katılmaz.

Böylece bir norm olarak örf, hukuk normları gibi heteronom bir karakter taşıdıktan, yani ferdin dışında, cemiyetçe istenilmiş olmasından başka, muhteva bakımından da hukukla geniş ölçüde

1. Aral, Hukuk Bilimi, 84.

benzerlikler gösterir. Gerçekten bu normların muhtevaları, her zaman değişmektedir. Eskiden hukuk normu olup bugün yalnızca örf normu olarak kabul edilen normlar bulunduğu gibi, bunun aksi de söz konusu olabilmektedir. Nitekim, bugün milletler arası hukuk alanında rastlanan hukuk normları, eskiden örf normlarından ibâret bulunmaktaydı.¹

Bu benzerlikler karşısında, hukuk ile örf'ün ayrıldıkları noktalar da önemlidir: Akla dayalı olmayıp keyfe göre ve tssâdüfen meydana gelen örf normları, sosyal hayatın düzleştirilmesini kolaylaştırılmasını ve inceltilmesini gâye edinir. Bunların, sosyal ilişki biçimlerini kolaylaştırmalarına karşılık hukuk, birliğin düzenini korur ve bu bakımdan da sosyal hayat için büyük bir önem taşır.

Bu öneminden ötürü hukuk, kendisine tâbi olanların rıza ve muvafakatinden bağımsız olarak yürürlüğe sahiptir; ona aykırı davranılmakla yürürlükten kaldırılmış olmaz. Örf normları ise, konvansiyonel normlardır; yani kendilerine tâbi olanların rıza ve muvafakatlarına dayalı olarak yürürlüğe sahip normlardır. Kasabası, teşvîfî hukuk da dahil, hukuk normlarının kesin (apodiktik) bir "olması gereken" i göstermelerine karşılık, örf normları kesin olmayan (problematik) bir "olması gereken" i ifade ederler.

Yalnız şurası önemlidir ki, örf, sosyal bir norm olduğuna, sosyal ilişkilerle ilgili bulunduğuna ve hukuk da sosyal ha-

1. Aral, Hukuk Bilimi, 34-35.

yatın bir formu olduğuna göre, hukukla örf araeında derin bir ilişki olacağı açıktır. Nitekim her sosyal norm hukuk formunu alabileceği için, örflerden teâmüli hukuk meydana gelebilmektedir.¹

İşte, yazılı hukuktan ayrı olarak hukuk normu fonksiyonu gören örf ve âdet kaidelerinin tümü, örf ve âdet hukukunu meydana getirilmektedir. Bunlar, kanundan farklı olarak, bir makamın yazılı şekilde açıklanmış iradesine dayanmaz; halkın vicdanından doğan bir kanaatin mahsulüdür.² Şu kadar var ki, doğrudan doğruya hukuk kaynağı vazifesi gören örf ve âdet hukuku ile alelâde örfler birbirine karıştırılmamalıdır.³ Bir örf ve âdet hukuku kaidesinin varlığı için bir takım şartlar gereklidir; halbuki alelâde örften bahsedebilmek için örf ve âdet hukukunun varlığı açısından aranan şartların bulunması gerekmez. Bu hususta bir bölgede teâmül (devamlı uygulama) haline gelen geniş bir tatbikat, bir örfün (âdet'in) varlığı için yeterlidir.⁴

Not Örf ve âdet hukukunun, yazılı hukuk kurallarından önce geldiği bir gerçektir.⁵ Ancak, örf ve âdet kuralının menşei ve

1. Aral, Hukuk Bilimi, 85-86; Ayrıca bkz. Del Vecchio, Hukuk Felsefesi, 202-204.

2. Öğuzman, Medenî Hukuk, 75.

3. Tekinay, Medenî Hukuk, 60. Türkçe'de hem alelâde örf (âdet) için; hem örf ve âdet hukuku için aynı tabirlerin kullanılması güçlük yaratıcı mahiyettedir. Halbuki alelâde örf için Fransızca "usage", Almanca "Übung"; örf ve âdet hukuku için Fransızca "droit coutumier", Almanca "gewohnheitsrecht" tâbirleri karıştırmaya engel olmaktadır. Öğuzman, Medenî Hukuk, 29, d.n. 8.

4. Öğuzman, Medenî Hukuk, 30.

5. Atay, H.H. Genel Teorisi, 123.

ne zaman hukuk niteliği kazandığı meselesi ile örf ve âdet hukuku kurallarının yürürlüğü meselesi geniş tartışmalara zemin olmuştur. Esasen hukuk felsefesi alanını ilgilendirdiğinden, bu konudaki görüşlerin ve tartışmaların¹ nakli, araştırmamızın sınırlarını aşmak olacaktır.

Toplum hayatının ilk devirlerinde örf ve âdet, bütün sosyal alanların temelini teşkil ediyordu. Tek başına hem dinin ve ahlakın, hem de hukukî muamelelerin kaynağı durumunda idi. Sonra, mahkemelerin gelişmesi ve kodifikasyon hareketleri ile yavaş yavaş teşri'î değerini kaybetmeye başladı. Günümüzde teşri'î açıdan örfün rolü azalmıştır.² Nitekim, son zamanlardaki kanunlaştırma faaliyetleri arasında örf ve âdetin tamamen veya kısmen bertaraf edildiği görülmektedir.³

Yazılı hukuk sistemlerinde örf ve âdet hukuku, yazılı olmayan hukuk sistemlerinde olduğundan daha az bir rol oynar;⁴ bununla beraber "bir teknik(kanunlaştırma) keyfiyeti, bazen hiç mevcut olmadığı gibi, bazı saha ve hususlara münhasır olarak sınırlı bulunabilir ve hiç bir vakit de tam ve kâmil bir kâideler manûmesi teşsis ve tatkikine kadir değildir"⁵. Gerçekten geniş çaptaki kanunlaştırma hareketlerinden sonra bile, örf ve âdet rolünü tamamen yitirmemiştir. Kaldı ki; kanun boşluklarını

1. bkz. Pache, La Coutume et les Usages, 33-35; Güriz, "İnciliz Hukukunda örf ve âdet kâidelerinin mer'iyeti meselesi", 49-53; Çağıl, Metodoloji, 79; Yörük, Hukuk Felsefesi, 221-222.

2. Mahmasani, Felsefeti'î-teşri', 180.

3. Rumelin, "Örf ve âdetin bağlayıcı kudreti", 366 ve d.n.3.

4. Atasy, M.H. Genel Teşri'i, 121.

5. Rumelin, "Örf ve âdetin bağlayıcı kudreti", 369. Örf hukukunun batı hukuklarındaki yeri için bkz. Pache, 255-259.

doldurmanın yanısıra, örf ve âdetin (alâlede âdetler, teâmüllerin) yazılı hukukun uygulanmasında te'yîd adici rolü, hukukî ilişkilerde tarafların irade beyanlarını yorumlama rolü gibi rolleri, varlığını daima korumaktadır.¹

Hele milletler arası hukuk açısından, teâmül, önemini aynen korumaktadır. Zira milletlerarası cemiyetin başlıca özelliklerinden biri, kanun koyma işinin, -milletlerarası bir yasama organının yokluğu sebebiyle- bir yandan bu cemiyet üyelerinin tutum ve davranışlarından doğan "teâmül kuralları"yla, öte yandan ve özellikle gene bunların aralarında yaptıkları antlaşmalarla gerçekleşmesidir.² Sinaasaleyh, milletlerarası hukukun yazılı olmayan kaynaklarının başında "milletlerarası teâmül (örf ve âdet)" gelmektedir.³

II- İslâm Hukuku Literatüründe Örf Ve Âdet Kavramı

Lügatte âdet ("el-âde") lafzı, yine "âvd" kökünden isimdir. Huy haline gelinceye kadar bir iş üzerinde -özel bir gayret sarfetmeksizin- alışkanlık kazanmak ve o işi sürekli yapmayı ifade eder. Hatta bu sebeple "âdet ikinci tabiatıdır" denmiştir.⁴

Örf "Örf" lafzı ise, lügatte, ma'rûf, tanınan, bilinen, iyi manalarını taşır; ruhlar bunlarla huzur bulduğundan bu ad verilmiştir. "Nûkr (dine, akla aykırı, bilinmeyen, güç şeyler)"ün

1. Türk Hukukunda örf ve âdetin yeri için bkz. Tekinay, Medeni Hukuk, 59-61; Öğuzman, Medeni Hukuk, 76-78.

2. Çelik, Milletlerarası Hukuk, I, 4, 305.

3. Çelik, Milletlerarası Hukuk, I, 52.

4. İbn Fâris, Mu'cem, "âvd" maddesi, IV, 182; İsfahâni,

Müfredât, aynı madde, 353.

zıddıdır.¹

İlk devirlerde İslâm hukukçuları " örf " lafzını bir tarife tabi tutmadan kullanmışlardır. Asrımız İslâm hukuku araştırmacılarından Ebû Zehrâ ve Zerkâ, "Gazzâli, el-Mustasfâ'da örf ve âdeti şöyle tarif etmektedir." diyerek bir tarif vermekte iseler de², biz Gazzâli'nin edî geçen eserinde böyle bir tarife raslayamadık. Üzeli olarak bu tarifi aramak üzere bir tarâma yönüne gitmediğimiz için, sırf kendi gözlemimize dayanarak sözünü ettiğimiz yazarların bu konuda bir yanlışlığa düşmüş olduklarını kesinlikle söylememiz doğru olmazsa da, biz, aynı şeyi söyleyebilmek için tekid edici bilgilerin varlığına işret etmek istiyoruz: Ebû Süne, İslâm hukukunda örf ve âdet konusunda hazırlamış olduğu ve bibliyografyasında Gazzâli'nin Mustasfa'sına da yer verdiği profesörlük tezinde görebildiği eserler içinde kronolojik açıdan ilk örf tarifine Nesefî(v. 710/1310) 'nin "el-Mustasfâ" isimli kitabında rasladığını söylemektedir.³ Bunun yanı sıra Zerkâ,⁴ bizzat kendisinin yaptığı örf ta-

1. Örf ve ma'ruf kelimelerinin lisânî tekâmülü ile İslâm-jaki hukukî tekâmülü arasında irtibat kuran ifadeler için bkz.Zia: "Örf and Law in İslâm", 60-61. Diğer anlamlarıyla birlikte bkz. İbn Manzur, Lisanu'l-arab, "urf maddeci, IX, 239; İbn Faria, Mu'cem, aynı madde, IV, 281; Firuzâbâdi, aynı madde, IX, 239.

2. Ebû Zehrâ, Mâlik, 420; Zerkâ, Medhal, II, 838 d.n. 2 ve II. 840 d.n. 1.

3. Ebû Süne, Örf, 8

4. Zerkâ, Medhal, I, 143 d.n. 2.

rifini İbn Âbidîn'in örf ile ilgili risâlesindeki çeşitli tariflerden seçmiş olduğunu söylemekte¹, İbn Âbidîn'in bu risâlesinde ise, eser sahibinden söz etmektezin "mustasfâ'dan nakledildiği üzere .." denerek Neseî'nin tarifine yer verilmektedir.² İşte bütün bu bilgiler, bizi sözünü ettiğimiz yazarların, bu gibi atıfların Gazzâlî'nin (v.505/1111) meşhûr eserine yapıldığı zehâbına kapılıp, zikri geçen nakilleri yapmış oldukları ihtimâlini kuvvetle düşünmeye yöneltmektedir.

Bu tesbitin bizim için önemli olan yönü ise, İslâm hukuk literatüründe VIII. hicri asrın başına kadar bir örf tarifine rastlanamamasıdır. Neseî'nin örf ve âdeti birlikte ele alan bu tarifi şöyledir: "Akla dayalı olarak nefislerde yerleşen ve selim tabîatlarca makbûl karşılanan (söz ve davranışlar)dır."³ Seyyid Şerîf Cürcânî bu tarifi hemen hemen aynı şekilde almıştır.⁴

Bundan ayrı olarak "âdet" İbn Emîr tarafından: "Akli bir ilişki olmaksızın tekerür eden durumdur. "şeklinde tarif edilmiştir.⁵

Seyyid Şerîf Cürcânî ise "âdet"i şöyle tarif eder: "İnsanların, muhâkeme yoluyla aynı tarzda sürdürdükleri ve dafalarca

1. Zerkâ, Medhal, I, 143, d...2.
2. İbn Âbidîn, Neşrü'l-arf, II, 114.
3. Ebû Süne, Örf, 8.
4. Cürcânî, Ta'rifât, 60.
5. İbn Emîr, İkrâr, I, 282.

tekrar ettikleri (durum)dur.¹ Görüldüğü gibi, İbn Emîr'in tarifinde "âdet" terimi içinde insanlara ait durumların hâricindekiler de dâhil, tekrarı mutad bütün durumlar mütâlaa olunmaya çalışılmaktadır. Şâtıbî'nin de aynı yaklaşım içinde olduğu ve sonra âdetlerin bir takım ayırımlara tabî tuttuğu görülmektedir.² Seyyid Şerîf İsa, tarifinde sadece, sujesini insanların teşkil ettiği mütad durumlara yer vermiştir.

Bazı usûlcülere göre örf ile âdet arasında umûm-huûs mütalak ilişkisi³ bulunduğu ve örfün daha kapsamlı olduğu⁴, diğer bazıları ise, aynı ilişkiyi kabûl etmekle birlikte, âdetin kapsamının daha geniş olduğu kanatindedirler.⁵

Atay, örf ile âdet farkı konusunda şunları söylemektedir: "âdet'de iş, hareket, olay sözkonusu iken, örfde bilmek, bilgi, anlamak, tanımak yani zihnî bir kavram sözkonusudur. Buna göre âdet, hareketle; örf bilgi ile ilgilidir. Bunun önce âdet, sonra örf gelmelidir. Sonra örf, kültürdür de. Böylece anlaşılıyor ki, hareketlerin adı âdet, ve hareket cinsinden olmayan şeylerin adı da örf oluyor."⁵ Bu iki kelimenin lügat manaları da Atay'ın görüşüne hak vermektedir.

1. Cürcânî, Ta'rifât, 60.
2. Şâtıbî, Muvâfakât, II, 279 v.d.
3. Bu deyim hakkında bkz. Zerkâ, Medhal, II, 841, d.n.l.
4. İbn Ferhûn, Tebsiratü'l-hükkâm, II, 57; Tarablûsî, Mu'î-nü'l-hükkâm, 125; İbn Emîr, Takrîr, I, 282.
5. Ebû Süne, Örf, 12-13; Mîrâs, Tecrîd, V, 117, d.n., 1.
6. Atay, Felsefe, 35.

Şu kadar var ki, "örf" ve "adet" lafızlarının karşılıklı olarak birbirlerinin anlamında kullanıldıklarına da sık sık rastlanmaktadır.¹

Kısacası, "örf" ile "âdet" lafızlarının ve birarada "örf ve âdet" in, İslâm hukuk literatüründe, kapsamlı iyice belirlenmiş birer kavram olarak kullanılmış olduğunu söylemek mümkündür. Şimdi bunun sebebi üzerinde durmaya çalışacağız.

Daha önce, yer yer işâret edildiği üzere, İslâm hukukunun tedvininden önceki devirde de (Hz. Peygamber, Sahabe, Ta-biün devirleri)² hukukî meselelerin İslâm esaslarına göre çö-zülmesi yönüne gidilmekle beraber, İslâm Hukuku bir ilim olarak ortaya konmamış ve dolayısıyla bu ilmin metodları açıklığa kavuşturulmamış bulunuyordu. Meselâ, bu devirde, varılan hukukî sonuçları örf ve âdet önemli ölçüde etkilemekle beraber, henüz terim olarak ortaya çıkmış ve istinbat metodları arasındaki yer belirlenmiş değildir.³

Tedvin devrinde⁴ ise, istihdam dayandırıldığı esaslar açıklık kazanmaya, istihlak hukukî meselelerin çözümünde önem taşımaya başlamış, kısacası İslâm hukuku bir ilim haline getirilmiş ve metodları üzerinde değerli mesâfeler ortaya konmuştur.⁵

1. Reşid Paşa, Ruhu'l-Mecelle, I, 118; Hallâf, Mesâdir, 123; Ebû Zehrâ, Mâlik, 420, d.n.1 ve Ebû Hanife, 350, d.n.1; Ebû Süne, Örf, 12-13.

2. Şafak, i.H. Tedvini, 10.

3. Yusuf Musa, Tarihü'l-fıkh, I, 118-120; Karaman, i.Hukuk Tarihi, 45.

4. Bu devir hakkında bilgi için bkz. Şafak, i.H. Tedvini, 52vd

5. Hamidullah, "La Philosophie Juridique", 137; Karaman, i.

Hukuk Tarihi, 66-67.

Açık bir ifade ile, denilebilir ki, "Usûlü'l-fıkh", kronolojik bakımdan "fıkh" dan sonra gelmektedir.¹

İşte, İslâm hukukunun metodlarına ve bu konudaki tariflere dair ilk açık bilgileri genellikle bu devrin mesâî mahsûlleri içinde aramak gerekmektedir. Şu kadar var ki, konumuz açısından durum, biraz değişiklik arz etmektedir. Zira, örf ve âdetin İslâm Hukuk ilmindeki önemi daha belirgin bir tarzda kendini göstermekle birlikte, bu devirde de örf ve âdetin hukuk kaynakları arasındaki yerinin iyice keastirilememesi ve hatta örf ve âdet kavramının sınırlarının bile tayin edilmemiş olduğu dikkat çekmektedir.

Kıyas ve istihsan Üstadı olan Ebû Hanîfe'den bunlara ait tariflerin bile intikal etmemiş olmasını² belirtmemiz söz konusu devir açısından yukarıdaki durumun hiç şaşkırtıcı karşılanmaması için yeterlidir. Ancak, "Örf ve Âdet" in tarifinin dahi H. VIII. asrın başlarına kadar yapılmamış olması³ ve usûl eserlerinde hukuk kuralı anlamında örf ve âdetin başlıbaşına incelenişine, ve hatta İbn Âbidin'in (v. 1252/1836) "Neşru'l-Carf fi binâ ba'di'l-akkâm 'ala'l-Örf" adlı risâlesine⁴ kadar (tedâvüldeki eserler arasında) fıkah eserlerinde geçen bil-

1. Kavakçı, İslâm Hukukçuları, 6.

2. İzmirli, "İfrah, Kıyas ve İstihsânın Esasları", 154; Şenar, Kıyas, 127-129.

3. Ebû Süne, Örf, 2.

4. İbn Âbidin'in bu risâlesini "Neşru'l-Carf" şeklinde doğru okuyan yazarların yanısıra (meselâ bkz. Karaman, İctihad, 239; Hallâf, Usûl, 99), "Neşru'l-Örf..." şeklinde yanlış okuyan yazarların çokluğu dikkat çekmektedir. (bkz. Atay, Felsefe, 238; Miras, İsrad, V, 119; Chehata, Précis de Droit Musulman, 8.)

gileri bir araya toplamak üzere yapılmış müstakil bir çalışmaya raslanmıyışı, bizi önemli bir durumla karşı karşıya getirmektedir. Bu da, Örf ve Âdet kavramının, İslâm hukukçularınca, hukuk metodolojisi ve pozitif hukuk bakımından muayyen çizgiler arasına alınamamış olmasıdır. Daha açık bir ifade ile: İslâm hukuk metodolojisi incelemelelerinde Örf ve Âdet, müstakil bir hüviyet kazanmadığı ve müstakil olarak zikredilmesi gerektiğinde ise, "tâli kaynak" şeklinde nitelenebildiği; buna karşılık, pozitif hukuk eserlerinde Âdetâ baş köşeye oturtulduğu için, İslâm hukuk literatüründe bu konuda ikiliğin müşâhede olduğunu ifade etmek mümkündür.¹

Burada şu noktayı belirtmek istiyoruz ki, İslâm hukuk literatüründe العرف يترك به القياس (Örf karşısında kıyas terk olunur)² keidesi klasik yerini daima koruyabildiği halde, onun kaynaklar hiyerarşisi yönünden kıyasın önüne geçirildiğine, hele "tâli" veya "tâbi" kaynak, yahut "fer'i delil"³ olmaksızın Öfeye bir nitelendirmeye tâbi tutulduğuna rastlanmaması dikkat çekicidir.

İslâm hukuk metodolojisi içerisinde Örfün yerine genel hatlar itibarıyla bir atf-ı nazarda bulunduğumuzda, onun, şekli kaynaklar için önemli bir materyal olduğunu fakat kendisinin asla şekli kaynak haline gelmediğini tesbit etmemiz mümkündür.

1. Schacht, İA. "Sariat" No., XI, 434.

2. İbn Nüceym, Bahr, VI, 185; İbn Roidîn, Neşru'l-erf, II, 114; Ali Haydar, Dürrü'l-hükkâm, I, 93-94; Ebû Zehra, Mâlik, 420; Ebû Süne, Örf, 101 ve (az-Zerî'adan naklen) 27-28.

3. Bouquet, Prâcis Élémentaire, 17-18; Zeydan, İslâm Hukuku-na giriş, 275, 331 v.d.; Karaman, Fıkıh Usûlü, 51-50 v.d.; Şener, Kıyas, 35, 43 v.d.

şöyleki: Her ne kadar örf ve âdetin mevcut olduğu bir konuda Kitab, Sünnet ve naklî icma'dan sonra, hüküm istinbatında müctehidi birinci derecede etkilsen vâkıa bizzat örf ve âdet ise de, o, şekil kaynaklar hiyerarşisi içerisinde husûfî bir yer kazanmamış, özellikle istihsan ve istislah yollarıyla fonksiyon icra etme durumunda kalmıştır.¹ Bunun sebeplerini, İslâm hukukunda aklın menşei kaynak olarak kabul edilmeyip, asıl menşei kaynak olan vahiyden hüküm istinbatında bir vasıta sayılışında (hüsn ve kubh meselesinde)², örfün yanlış üzerine teşekkül etme ihtimalini her zaman koruyagelmesinde ve ictihad mekanizmasının çalışma tarzında aramak gerekmektedir.³ Bu arada Hanefîlerin çoğunluğunca kabul edilen "sükûtî icma"⁴ ile "örf-i âm" delilleri arasında bir içgeliğin bulunduğu da fark edilmektedir.⁵ Chehata'nın, örfün, İslâm hukukunun müstakil ve doğrudan kaynakları arasında yer aldığını söylemesi,⁶ belki tatbikat ile izah edilebilecektir.

1. Bu yardımcı kaynakların, esasen toplumun realiteleri ile hukuk arasında birer köprü teşkil ettiği düşünülebilecektir. bkz. Aksu, Doğantlık tezi, 98-99. Bu konu, hukuk sosyolojisi çalışması gerektirdiğinden, bizim araştırmamızın dışında kalmaktadır.

2. Bu konuya daha önce temas edilmişti. bkz. s.13-14.

3. İbn Abdışşekür, Müsellem, I, 25 v.d.; el-Ensârî, Favâitih, I, 25 v.d.; İbn Hümem, Fethü'l-kadîr, VI, 157; Hallâf, Felsefe, 249-250; Ebû Süne, Örf, 82; Devâlibî, Hadîs, 30-31; Schacht, İslâm Hukukuna Giriş, 71-72; Chehata, Droit Musulman, 41-42; Bellefons, Droit Musulman Comparé, I, 24; Ziadah, "Örf and law in Islam", 66-67; Hazlâf, mesâdir, 123-124.

4. İbn Abdışşekür, Müsellem, II, 232 v.d.; Ensârî, Favâitih, II, 232 v.d. Yine İcma' peragrafına bkz.

5. İbn Hümem, Fethü'l-kadîr, VI, 157; Ebû Zehra, Metodoloji, 254; Ömer Abdullah, Örf, 86 (Örfün icma yerinde sayıldığı).

6. Chehata, El-Muqata, 125.

Kısacası, İslâm hukuk literatüründe alelâde örf ve âdetler birer hukuk normu olarak vazife gören örf ve âdet hukuku kuralları¹ birbirinden ayırd edilmeksizin incelenmiş² -az önce ifade edildiği gibi- örf ve âdetin teorisinin ortaya konması yönüne gidilmeksizin ve örf ve âdetin oynadığı rolün (hukuk normu teşkil etme, yani boşluklarını doldurma; hukuk normlarını yorumlama, irâde açıklamalarını yorumlama, hâkimin takdir yetkisine ilişkin tutma v.b.) ne olduğuna önem verilmeksizin, hukûkî olaya uygulanacak hukûkî sonuca -uculaylı veya dolaysız-etkisi varsa, örf ve âdet orada ele alınmıştır. Bu sebeple yukarıda bahsedilen ikilik ortaya çıkmıştır.³ Bunun sebebi ise az önce anlatılmıştır.

İşte biz bu çalışmamızda "örf ve âdet"i sırf hukuk normu olarak değil, İslâm hukuk literatüründe yer aldığı şekliyle ele alacağız.

1. Bu ayırımın önemine giriş bölümünde temas edilmiştir. bkz. s. 193.

2. Meselâ; bkz. İbn Âbidîn, Naşrû'lî-arf, I, 127.

3. Bizim burada temas etmek istediğimiz nokta, Schacht'ın "Bu manada âde, fakih kitaplarına göre, sadece şariatin bilhassa kendisine işaret ettiği hallerde müteber olması gerekmesine rağmen, her yerde şerîa kaidelerine nazaran ağır basmaktadır. Fakihata, âde'ya böyle az değer verilmesi ise, şerîa tarihinde ona verilen mevkie tam tekâbül etmemektedir." (bkz. İA. "Şerîat" maddesi, XI, 434) ifadeleriyle işaret ettiği "örfî hukuk-şer'î hukuk" ayrılığı değildir. Bu, tatbikatla ilgili bir incelemanın konusu olabilir. Bizim işaret etmek istediğimiz ikilik, ise, usûl eserleri ile furû' eserlerindeki ele alış tarzı ile ilgilidir.

III- Örf ve Âdetin Varlık ve Müteberiyet Şartları

İnan, zevk ve isteklere uygun düşen konularda başkalarını taklide ve itimad duyulan kişilere tâbî olmaya müsâid bir psikolojiye sahiptir. İşte böylece tekrarlanan taklidler toplum içinde yerleşir ve örf ve âdet teşekkül eder.¹ Einaenaleyh zaman zaman mevcut hukuk nizamı tarafından müteber sayılamıyacak örflerin teşekkülü mümkündür. İşte bu durumu göz önünde bulundurularak örf ve âdetin şartlarını, varlık şartları ve müteberiyet şartları şeklinde ikiye ayırarak incelemek uygun olacaktır.

1. Varlık şartları

Bunlar, hukuk nizamınca müteber sayılsın veya sayılmasın, bir örf hukuku kuralının teşekkülü için zarûrî olan şartlardır. Şuraya dikkat alınmalıdır ki, bunlar, alâelde örflerin (âdetlerin) değil, örf hukuku kuralının şartlarıdır.²

Örf ve âdet'in varlığı için şu iki şartın bulunması gerekir.

a. İttirad veya Galebe³

Bu, cemiyet içinde sürekli veya sık sık rastlanan tatbîkati ifâde etmektedir. Buradaki "galebe" toplum içinde sayı bakımından bir yaygınlık değil, olayların çoğunluğunda rastlanması

1. Euû Sünne, Örf, 13-14.

2. Bu konuya daha önce kısaca temas edilmiştir. bkz. s. 199.

3. Merzûnânî, el-Hidâye, V, 459; İbn Nüceym, el-Esbâh ve'n-nezâir, I, 128; Mecelle, Md. 41.

anlamındadır.¹ Modern Hukuk teorilerinde buna "toplumda sürekli uygulama" denmekte ve örf kuralının maddî (objektif, fiilî) unsuru olarak nitelendirilmektedir.²

Bu tatbikatın ne kadarlık bir süreyle yayılması gerektiği husûsu kesinlik taşımamaktadır. Sava Paşa, en az üç nesil boyunca devam etme kaydını koymaktadır³; ancak bu durumun, örfün geçicisine ve teşekkül şartlarına, özellikle cemiyeti etkileyen haberleşme vasıtalarının yaygın olup olmadığına göre değişeceği tabiidir.

B. İstikrar

Bu, selim tatbikatlarca kabûl görme ve ruhlarda yerleşmiş olma şeklinde açıklanmaktadır.⁴ Modern hukuk teorilerinde buna "toplumda yerleşen genel kanaat (opinio necessitatis)" denmekte ve örf kuralının manevî (sübjektif) unsuru olarak nitelendirilmektedir.⁵

2. Müteberiyet şartları

Örf ve âdet'in müteberiyeti için varlık şartlarından baş-

1. Zerkâ', Medhal, II, 370.

2. Pache, La Coutume et Les Usages, 21-32; Tekinay, Medenî Hukuk, 59; Oğuzman, Medenî Hukuk, 75.

3. Sava Paşa, i.H. Nazariyet I, II, 57.

4. İbn Nüseyr, el-Esbâh ve'n-nezâir, I, 127; Mahmasânî, Felsefatü't-tearî', 57.

5. Pache, La Coutume et Les Usages, 20, 63-85; İmre, Medenî Hukuk, 196; Oğuzman, Medenî Hukuk, 75-76; Tekinay, Medenî Hukuk, 59.

ka şu şartları taşıması gerekir.¹

a. Târi' olmama: Mevcut bir örf'e göre hüküm verilebilmesi için, bu örfün, olayın vukûndan önce yaygınlaşmış olması gereklidir. Bu husûs, nassların yorumu açısından önem taşır.²

b. Hilafına sarahat bulunmama:³ Âkidler arasındaki şartlarda örf'e muhâlif bir sarahat varsa, bu durumda örf müteber olmaz.

c. Şer'î delillere ve Âmme intizarına muhâlif olmama:⁴

Nasslara ve nassların rûhuna muhâlif olan örfün müteber sayılması mümkün değildir. Nasslara sarahaten muhâlif olan fâsid örfler ile ilk nazarda nasslara muhâlif görülmekle beraber yorum ile ilgili kurallar çerçevesinde müteber sayılan örfler hakkında ayrıca bilgi verilecektir.⁵

1. İsviçre-Türk Medenî Hukukunda bazı yazarların "Devlet müeyyidesi" veya "sanction judiciaire (adli müeyyide)" şartını aramalarına karşılık (bkz. Tekinay, Medenî Hukuk, 59), genellikle örf hukukunun etâtik hukuk olmayıp, pozitif hukukun kanundan bağımsız bir şekli kaynağı olduğu kabul edilmektedir. bkz. Pache, La Coutume et Les Usages, 20, 56-62.

2. İbn Nüceym, el-Esbab ve'n-nezâir, I, 133; Devâlibî, Usûl, 236-237; Zerkâ, Medhal, II, 871-874; Ebû Süne, Örf, 65.

3. Ali Haydar, Dürrü'l-hükkâm, I, 93; Zerkâ, Medhal, II, 875; Mecelle, md. 10.

4. Fazîl Paşa, Ruhû'l-Mecelle, I, 123; Ebû Süne, Örf, 61-62.

5. bkz. e. 2110-teselâ, Fransada metres hayatı yaşamak, vâsinin vesâyetten azli için yeterli sebep değildir. Zira, cemiyet içinde sürekli uygulama bulabilen bu durum ahlaka aykırı sayılmaktadır. (İstinaf Mahkemesi'nin 11.4.1938 tarihli ihtihad kararı bu yoldadır. bkz. Mahmasânî, Felsefetü't-tesrîf, 180.) Halbuki islâm Hukuku'nun nassları muvacehesinde kökleşmiş ve sürekli bir uygulama imkanı bulabilse şâhi böyle bir durumun örf'e dayanılarak müteber sayılması mümkün değildir.

IV- Örf ve Âdet'in Çeşitleri

Sosyal bir davranış kuralı olan örf ve âdet-daha önce belirtiltiliği üzere- çoğu defa bir hukuk kuralı niteliği taşımaz. Örf ve âdetin değişik türleri arasında¹, hukuk kaynağı teşkil edenler, hukukî örf ve âdetlerdir. Bir hukuk kuralı teşkil etmeyen örf ve âdetlerin de hukukta yardımcı rolü mevcuttur; ama, bunlar örf ve âdet hukuku içinde mütalaa olunamazlar.² Şu kadar var ki, daha önce belirttiğimiz gibi, İslâm hukuk literatüründe örf ve âdet konusunun işlenmesinde bu ayırım titizlikle göz önünde bulundurulmadığından, daha açık bir ifade ile, örf ve âdetin bir mesele hakkında varılacak şer'î hükme tesiri esas alındığından, bizim bu araştırmamızda da örf ve âdet kavramının muhtevası İslâm hukuk literatüründeki muhtevasına uygun olacaktır.

Örf ve âdet'in çeşitlerine dair tashifimize geçmezden hemen önce işaret edelim ki, örf belli bir tarzda davranmayı ifade ettiği gibi (müsbet), belli bir tarzda davranmama gereğini de (menfî) ifade eder.³

1- Geçerlilik Açısından Taksim

a. Sahih Örf: Naasa muhalif olmayıp maslahata da aykırı düşmeyen ve kötülüğü celbetmeyen örf. Bir lafzın lügat manasından örfî bir menaya çıkarılması, bazı menkullerin vakfedilmesi,

1. bkz. Mahmasânî, Felsefetü't-ta'şrî, 179.

2. Bousquet, Précis Elémentaire, 17, 18.

3. Reşid Paşa, Rubû'l-Mecelle, I, 126.

nişanlılığının nişanlısına elbise ve benzeri şeyler takdim edip bunların mehir değil, hediye den sayılması gibi örfler bu çeşit örf'e misal gösterilir. Bu türlü örf, kaza ve fetvada dikkate alınır.¹

b. fâsîd örf: İslâm esaslarına muhalefet eden yahut maslahata aykırı düşen veya kötülüğü celbeden örf.² Bazan insanlar, cehalet ve dalaletle dayanan, cemiyetin sıkıntısına yol açan ve hiç bir faydası olmayan âdetler edinebilirler. Cahiliyye arablarında ve Romalılarda arz halindeki borçlunun köle alınması³, yine cahiliyye arablarında kız çocuklarının diri diri gömülebilmesi, Romalılarda bebânın evladı üzerinde ölüm-dirim hakkı (jus vitas et necis) bulunması, bazı cemiyetlerde suç ile itham edilen kişinin dilinin yakılması v.b. âdetler bu çeşide misal teşkil eder.⁴

Körükörüne uyulan örfleri İslâm kabul etmez.⁵ Kitab ve Sünnet'e aykırı olan bu türlü fâsîd örfleri İslâm hukukunda itibar olunmaz.⁶ VIII. asır Fûnus âlimlerinden Ebû Abdillâh b. Şuayb bu noktada hukuk tatbikatçılarının mes'uliyetine şöyle işâret etmektedir: " Kötü muamelelerin yaygınlaşması, hukuk tatbikatından

1. Hallâf, Masâdir, 124-125.

2. Hallâf, Masâdir, 124-125.

3. Zerkâ, Medhal, II, 535.

4. Ebû Süne, Örf, 31-32.

5. Bakara(2), 170.

6. Merğânî, Hidâye, VI, 157; İbn Mûmâm, Fethu'l-kadir, VI, 157; Ebû Zehrâ, Mâlik, 421. Nass-ı mâz ile teâruz eden fâsîd örfler hakkında misaller ve bilgi için bkz. Zerkâ, Medhal, II, 379-383.

mes'ul olanların ihmalleri sebebiyledir. Şayet onlar, fâsit¹ âkidleri nakzetseler insanlar bunlara devam etmez."¹

2- Yayıldığı Muhit Açısından Taksim

a. Ürf-i âmm: İbn Âbidin, Ürf-i âmm'ı "ister eski (risalet ve ictihad devirinde) ister yeni (taklid devrinde) olsun, bütün İslâm beldelerinde teâmül edinilen (söz ve davranışlar)" şeklinde tarif eder.² Ürf-i âmm ismi ve tarifinden anlaşıldığı üzere geniş bir muhite yaygın olduğundan hukukî muâmelelerde ve bu muâmelelere bağlanan hükümlerde daha müessir bir role sahiptir. Klasik ifadesiyle "Ürf-i âmm ile hüküm-i âmm sabit olur."³

b. Ürf-i hâss: Bütün İslâm beldelerinde teâmül edilmeyip belli bir ülkeye ya da zenast çevresine hâss olan ürfdür. Havarizm halkı arasında İpin dokumacıya verilip üçte bir karşılığında dokutulmasının âdet oluşu gibi.⁴ Ürf-i hâss'in şekilleri ve muhitleri sayılamayacak kadar çoktur.⁵ Zira insanların maslahat ve ihtiyaçları, bunları elde etme ve kolaylaştırma yolları, aralarındaki ilişkiler sürekli olarak yenilenmektedir.⁶

Ürf-i âmm'in aksine olarak, Ürf-i hâss yalnız kendi mu-

1. Hallâf, Masâûdî, 125.

2. Ebû Süne, Ürf, 19.

3. Ali Haydar, Dürru'l-hukkâm, I, 94; Zerkâ, Medhal, II, 868

4. Ebû Süne, Ürf, 20.

5. Modern hukukta "L' usage Judiciaire" denilen "Kazâi Ürf" hakkında bilgi ve münakaşa için bkz. Pache, La Coutume et Les Usages, 138-159; İmre, Medenî Hukuk, 196.

6. Zerkâ, Medhal, II, 845.

hitinde bulunanlar için hüküm ifade eder. Yani, " örf-i hâss ile hüküm-i hâss sâbit olur."¹ Tabii ki, akideler ve benzeri konularda müteâref olmaya bağlı kılınan şartlar, mahallî âdete atıf olduğundan bu durumlarda örf-i hâss ile hüküm sâbit olacaktır.²

Burada şunu da belirtelim ki, meslek ve ilim muhitlerinde kullanılan terimler birer örf-i hâss olup, yapıları itibariyle bundan sonraki başlıkta açıklanacak olan örf-i lafzî nevindedirler. Bir de nasellarin özel bir manayı kasdederek kullandığı lafızlar vardır ki, bunlar da aynı şekilde yapısı itibariyle örf-i lafzî olan birer örf-i hâss'dır; ancak şeref ve önemine binaen islâm hükuk literatüründe bunlara ayrı bir isim verilerek " örf-i şer'î " şeklinde tanınagelmışlerdir. " Namaz " lafzının "dua" manasından " husûsî hükümlere sahip bir ibâdet" manasına; "vakf" lafzının " mutlak haps " manasından " aynı hapsi ve menfaatinin tesadduku " manasına nakli gibi.³

3- Yapısı Açısından Taksim

a. Örf-i lafzî : Bazı lafız ve terkiplerin insanlar arasında muayyen bir anlamda kullanılmasıyla artık bu lafzın mutlak olarak söylenmesi anında herhangi bir karine ve akli ilişki olmaksızın ilk anda zihinlerde bu anlam canlanır hale gelirse, bu, lafzî bir örf olur. Meselâ, " dirhem " lafzı aslında belli vezinde ve kıymette sikkeli gümüş para demek olduğu halde, hangi

1. Hamevî, Samz, I, 134; Ali Haydar, Dürrü'l-hukkâm, I, 194.

2. Zerkâ, Mezhal, II, 903.

3. Ali Haydar, Dürrü'l-hukkâm, I, 94; Reşid Paşa, Ruhu'l-Mecelle, I, 119.

nev'i ve kıymette olursa olsun, ülkede geçerli olan para manasına anlaşılması, bunun örf-i lafzî haline geldiğini gösterir.¹ "Örf-i kavli" de denen bu türü karâfi, kısaca "bir örf çevresinin bir lafzî muayyen bir anlamda kullanmasıdır" diye tarif eder.² Burada dikkat edilmesi gerekli nokta, örf-i lafzînin kastedilen anlamın anlaşılması için her hangi bir karineye veya akli ilişkiye ihtiyaç duyulmamasıdır. Aksi halde bu, mecaz nev'ine girer.³

Çoğu zaman örfî lafızların aslı, lügavî mecazlardır ki, kastedilen şey, karinesiz anlaşılmaz. Kullanılması tekrarrür edince meşhûr mecaz haline gelirler. Sonra bu kullanma öyle yaygınlaşır ki, kastedilen anlam karinesiz anlaşılır hale gelir. Bu defa aslı anlamları terkedilir ve karine olmaksızın asıl anlam anlaşılmaz olur. Böylece iş tersine döner; lügavî-mecaz, örfen hakikî hale gelir; lügavî hakikat ise, örfen mecaz haline gelir.⁴

İleride ele alınacağı üzere, bu ayırımın nasların yorumunda (meselâ, âmî'n tahsîsi ve mutlak'ın takyid'i konularında) önemli olduğu gibi, şahısların irade beyanlarına bağlanarak hükümlere de etkisi vardır. Meselâ, hakûret ve sövme cürümlerinin teşekkül edip etmediğini tesbitte bu nevi örf önem taşımaktadır.⁵

Ebû Süne, örf'ün kısımları bahsinde, fukahânın ifadelereinden bir çeşit örfün daha çıkarılabileceğini belirtmekte ve

1. Zerkâ, Medhal, II, 842.

2. Ebû Süne, Örf, 19

3. Zerkâ, Medhal, II, 843; Ebû Süne, Örf, 18.

4. Zerkâ, Medhal, II, 832.

5. Zerkâ, Medhal, II, 843.

" mukarrun leh - Ka'dın aleyh" adı ile müstakîl bir kısım daha ele almakta ise de; -kanaatimizce- bunları örf-i lafzi içinde mütalea etmek uygun olacaktır. Zira örfî anlamın lügavî anlama uyması halinde buna "mukarrun leh", uymaması halinde ise, "ka'dın aleyh" denmektedir.¹

b. Örf-i amelî: İnsanların, medenî muamelelerinde veya âdî fiillerinde itiyad edindikleri şeylere amelî örf denir.². Meselâ, İslâm hukukçularının, icab ve kabul yapılmaksızın geçerli ve bağlayıcı saydıkları "muâtât" muamelesi; mebi'in kapsamının (Mecelle, md.230-233) ve hukûkî muamelelere etkisi olan bir takım ef'âl-i âdiye'nin tayininde (Mecelle, md.527,555) atıfta buldukları örf ve adetler bu kabildendir.³

İslâm hukuk literatüründe örf-i amelî'nin bir de yukarıdakinden farklı anlamda kullanılması sözkonusudur. Şöyle ki; şm bir lafzın yalnız bazı fertlerini anlatmak için kullanılması âdet haline gelmişse buna da örf-i amelî denmektedir. Bu avrında, örf-i lafzî de olduğu gibi gerek nassların⁴, gerekse irâde beyanlarının yorumunda önem taşımaktadır. Nassların yorumundaki rolüne, " örfün deraltıcı yorumdaki rolü" bahsinde işâret edilecektir. İrade beyanın tefsiri için şöyle bir misal verilebilir: Bir kimes, koyun eti yemesi âdet olan bir balde'de " et " alınması için vekil kılınsa, deve eti alıp getiremez; müvekkil kabul etmezse, vekil, vekâlet akdine dayanarak müvakkili

1. bkz. Ebû Süne, Örf, 20-21.

2. Zerkâ, Medhal, II, 244.

3. Zerkâ, Medhal, II, 855-859; 861-862.

4. Davâlibî, Usûl, 236.

bunu kabule zorlayamaz.¹ Bunun gibi "yemin edenin, nezredenin, müesif'inin, vâkıf'ın ve akidde taraf olan herkesin sözü kendi diline ve örfüne hamledilir; Arab diline ve şâri'in lisanına aykırı düşse bile."² Nitekim Mecelle " Âdetin delâleti ile manayı hakıkî terk olunur." demektedir.³

V- İslâm Hukukunda Örf ve Âdet'in Rolü

1- İslâm Teşri'inin Genel Prensipleri ve Örf ve Âdet

İslâm teşri'inin "tedricilik" metoduna ehemmiyet verdiği ve gayesine erişmede bu metodun incelikle kullanılmasının önemli bir rol oynadığı bilinmektedir. Bunu Hz. Aişe'nin ifadelerinden de kolayca anlamaktayız.⁴ Tedricilik metodu, müsbet yönde yeni bir takım mükellefiyetler getirirken olduğu kadar, fert ve toplum hayatında derin izler bırakmış alışkanlıklardan vaz geçirme yönünde normlar vaz ederken de etki-tepki dengesinin dikkate alınmasını, sıkı ve sert tutum içine girilmemesini ifade eder. Bununla birlikte tedriciliğin son merhalesi yine de istihdaf edilen norm'un tavizsiz olarak vaz edilmesidir. İşte İslâm'ın teşriî manzumesi bu dengeyi titizlikle koruyan bir karakter taşımaktadır. Nitekim O, ilk tebliğ edildiği muhitin fert ve toplum hayatında derin izleri bulunan bir çok alışkanlıklardan vaz geçirme yönüne giderken; hem teşriî otoriteyi

1. A li Haydar, Düreru'l-hukkâm, I, 95.

2. İbn Âbidin, Meşru'l-arf, II, 133.

3. Mecelle, md.40; Serahî, Usûl, I, 90.

4. Ebû Süne, Örf, 17.

sarsabilecek tepkileri tedricilik vetiresi içinde eritmiş, hem de son merhalede istihdaf ettiği normaları kesin bir şekilde vaz etmiştir. Sözü edilen derin izler ise, genellikle, ürf ve âdetlerden kaynaklanmaktadır. Şu halde, İslâm teşriî, ürf ve âdetlerin fert ve toplum üzerindeki etkileri karşısında kayıtsız kalmamaktadır.

Yukarıda işaret ettiğimiz gibi tedricilik vetiresi içerisindeki esneklik nihâî merhaleyi teşkil etmemektedir. Halbuki şimdi temas edeceğimiz "takrîr" mefhumu daha açık ve daha kesin sonuçlarla karşımıza çıkmaktadır. Şöyle ki: Bilindiği üzere İslâm Hukukunun Kur'an'dan sonra ana kaynağını teşkil eden "hadis", "yalnız Hz. Peygamberin sözleri ve davranışlarını değil, aynı zamanda "takrîr" lerini de içine alır.¹ Bu takrirler, sosyal realite olarak önceden mevcut olan şeylerden, Hz. Peygamber'in devamını tasvib ettikleridir. Serbest bırakılan ürf ve âdetler de işte bu takrîrî hadislerdendir.²

Şu halde İslâm öncesi pek çok Arab âdetinin İslâm'dan sonra varlığını ve meşrûyetini korumuş olduğu bir gerçektir. Nitekim, İslâm öncesi arablar arasında mevcut olup da İslâm'ın reddetmeyip devam ettirdiği pek çok ürf ve âdetin uzun bir fihristini çıkarmak mümkün gözükmektedir.³ Bunlardan Hz. Peygamber'in gönderildiği muhitte ma'ruf olan Mudârabâ ve Selem akidelerini zikretmemiz caalı birer misal teşkil edecektir.⁴

1. Hamidullah, "La philosophie Juridique", 140

2. Hamidullah, Konferanslar- Ürf ve Âdet, 5.

3. Hamidullah, Konferanslar- Ürf ve Âdet, 5.

4. Zeylâf, Tabyîn, V, 52-53.

Şu halde İslâm teşrii, kendi esaslarına ters düşmeyen sosyal realitelere karşı çıkmamakla yetinmeyip, bunların pozitif gücüne meşrûiyet kazandırmıştır.¹

Kısacası, İslâm Hukuku'nun teşri' prensipleri arasında, toplu davranış kaidelerinin ve özellikle örf ve âdetlerin titizlikle dikkate alınması gereğinin yer aldığı ve diğer prensipleri ihlal etmedikçe bu kuralların bağlayıcı gücünün kabul edildiği söylenebilecektir.

2- İslâm Hukuk Metodolojisinde Örf Ve Âdet'in Rolü

İslâm hukukunda hukukî bir meselenin çözümü için takip edilecek metod konusu, ikinci bölümde geniş olarak ele alınacağından; bu konuda açıklamalara girmeksizin her bir icthad türünde² örf ve âdetin rolüne işaret etmekle yetineceğiz.

a. İctihâd-ı Beyânî'de Örf ve Âdet'in Rolü

aa. Genel olarak

Nasların yorumlanmasında örf ve âdetin rolüne İslâm hukuk literatüründe genel olarak yer verilmektedir.³ Fakat özellikle icthadın bu türünde, örf ve âdet kuralı ile alelâde âdetler ve hele lafızların belli anlamlarda kullanılmasına ait

1. Hamidullah, Konferanslar - Örf ve Âdet, 5.

2. İkinci bölüm ikinci paragrafa bkz.

3. " Âdât, ahkâm-ı şer'iyye ve kanunun müfessiridir". Resid Paşa, Ruhu'l-Mecelle, I, 123.

toplu itiyatlar içiçe bulunmaktadır. Başka bir deyişle, dil hususiyetleri de örf ve âdet kavramı içinde mütalaa olunmaktadır. Aşağıda yorum çeşitlerine göre bir ayırım yapılarak örf ve âdetin buralardaki rolü anlatılacak ve hangi çeşit örf ve âdetin söz konusu olduğuna ayrıca işâret edilecektir.

bb. Lafzî yorumda

Örf ve âdetin çeşitleri bahsinde " örf-i kavli " ve " örf-i amelî " ayırımına yer verilmişti. İşte bu ayırımın, nassların lafızları üzerinde yapılacak yorumda önemli rolü bulunmaktadır. Önce şunu ifâde edelim ki, burada örf denince dil hususiyetlerinin bahis konusu olduğu dikkatten uzak tutulmamalıdır.

aaa. Örf-i kavlinin rolü: Örf-i kavlinin, hem mutlak'ı + takyid ettiğinde, hem de âm'm'i tahsis ettiğinde gerek lügat (dil bilim), gerekse usûl âlimleri müttafiktirler.¹

bbb. Örf-i amelînin rolü: Örf-i amelînin de mutlak'ı takyicinde âlimler ittifak halinde olmakla beraber, âm'm'i tahsis konusunda usûlcülerin çetin tartışmaları vardır.² Hanefî usûlcüler, örf-i amelînin âm'm'i tahsis edeceğîni iddia ederlerken, çoğunluk bunun aksini savunmaktadır.³ Mâlikîlerde baskın görüşün Hanefîlerinki ile aynı olduğu; bu iki doktrinde Zeylâf ile Kerâfî'nin istisna teşkil ettikleri belirtilmektedir.⁴ Buradaki ihtilafı bir misalle canlandırmak gerekirse; "taâm" lafzı, örf-i ame-

1. Gazzâlî, Mustasfâ, II, 111; İbn Abdîşşekûr, Müsellem, I, 345.

2. Ebû Süne, Örf, 91

3. Gazzâlî, Mustasfâ, II, 111; İbn Abdîşşekûr, Müsellem, I, 345.

4. Ebû Süne, Örf, 124-125.

linin âm'ı tahsis etmeyeceği görüşünde olanlara göre "bütün yiyecek maddeleri" şeklinde anlaşılırken, eski görüşü savunanlara göre, sadece nelerin geldiği muhitte yenmesi âdet olan başlıca gıda maddesi (messelâ, buğday) olarak yorumlanmaktadır.¹

Bu konuda çetin münakaşa daha ziyâde Hanefîler ile şâfiîler arasında geçmektedir. Ebû Sünnâ, bu münakaşayı derinlemesine vermekte ve kendi tercihini Hanefîlerin görüşü yönünde belirtmektedir.²

cc. Mana yorumunda

Açıktır ki, her kanun maddesi, vazedilmek istenen hükmün ifade edildiği dilde ve bu dilin özelliklerini taşıyan bir metinde bulunur. Bazen bu metinde yer alan lafızlar, hitabedildiği dil çevresinin âdetleri üzerine kurulu olur. Böyle durumlarda, hükmün asıl hedefi lafızlardan çıkan anlamın aynısı ile değil, metinde o lafızların yer almasına sebep teşkil eden âdetler yoluyla anlaşılabilir. Nitekim bu hadîs böy-

islâm hukukunda bu nevi yoruma misal olmak üzere, islâm hukuk literatüründe önemli bir yer işgal eden ve "örfe mübteni nass" diye meşhur olmuş bir hadîs ve bunun yorumuna işaret edeceğiz. "Ribâ" hadîsi diye de bilinen bu hadîste dört maddenin (buğday, arpa, hurma ve tuz) ölçü ile ("keylen bi keylin"), iki maddenin (altın ve gümüş) ise tartı ile ("veznen bi veznin") mübâdele edilmesi gereği anlatılmaktadır. Nitekim bu hadîs böy-

1. İbn Abdîşşekûr, Müsellem, I, 345; Devâlibî, Usûl, 235-36.

2. bkz. Ebû Sünnâ, Ürf, 91-94.

lece yorumlanmış ve hadîste geçen "keyl" ve "vezn" lafızlarına mutlak anlamda hüküm izâfe edilmiştir.

Bu görüşe göre, ne belirtilen dört maddenin ölçü dışında, ne de diğer iki maddenin tartı dışında bir yolla mübadelesi mümkün değildir. Buna karşılık Ebû Yusuf, bu hadîsi yorumlar-ken sırf lafzî yorumla yetinmemiş, buradaki lafızların, zama-nın âdetleri üzerine kurulu ("el-mübtenî ^cale'l-^curf") olduğu kanaatine varmış¹ ve daha geniş bir yorum yapmıştır.

Gerçekten, hadîs dikkatle incelendiğinde, asıl istihdâf edilen hükmün², vezn (tartı) veya keyl (ölçü) hususları olmayıp, maddelerde fazılalığın (ribâ) bulunmaması ve haksız kazancın önlenmesi olduğu anlaşılmaktadır. "Vezn" ve "keyl" lafızlarının kullanılmasına sebep ise, o günkü âdetlerin bu yolda olmasından başka bir şey değildir.³ Nitekim Ebû Yusuf'un bu ictihadı, son-raki İslâm hükümcülerince benimsenmiş ve İbn Âbidîn'in ifâcesiy-le "Müslümanlar için kaçınılmaz görünen bir ribâ tehlikesini bertaraf etmiştir."⁴ Ürfe müstenid benzeri konularda Ebû Yû-suf'un ictihadının tesirlerine raslanmaktadır.⁵

Kana yorumunun "genişletici yorum" geçidi için verilen bu misalin yanısıra, örf ve âdetin, yine kana yorumuna dahil

1. Merğînânî, Hidâye, VI, 157; İbn Hümâm, Fethu'l-kadir, VI, 1.

2. İstihdâf edilen hükmün daha iyi anlaşılabilmesi için hadîsin diğer rivâyetleri de açık tutucu niteliktedir. bkz. İbn Rüşd, Bidâye, II, 141 v.d.

3. Nitekim İzmirli, "Ebû Yusuf, örfü nassa tercih etmiyor, ancak nassın ne olduğunu örf ile anlıyor" demektedir. İlm-i hilaf, 154.

4. İbn Âbidîn, Nesrül-arf, II, 118; Reşid Paşa, Ruhu'l-Mecell, I, 123.

5. Bâbertî, İnsâye, VI, 157.

olan "dâretici yorum"¹ ve "açıklayıcı yorum"² rolü bulunduğunu +
tesbit etmek mümkündür.

b. İctihâd-ı kıyâsîde örf ve âdetin rolü

Bu çeşit icthâdda örf ve âdetin rolü, menfi bir karakter taşımaktadır. Yani "esl"daki hükmün "fer"'a geçişini engellemektedir. Bu rol, illetin müntefi (yok) oluşunun tesbiti şeklinde kendini gösterir. Bilindiği üzere, fıkıh usûlü ilminde yerleşmiş bir kurala göre "şer'î hüküm illetin varlığıyla var, yokluğuyla da yok olur"². Binaenaleyh, herhangi bir hukûkî mesele- nin hüküm bakımından bir nessa izâfesi (bağlanması) için, aralarında zâhirî bir benzerlik değil, gerçek bir benzerlik (illet birliği) gerekecektir.

Şu hâlde, meselâ, bey'de (alım-satım) akdın gerektirdiği bir şart sahih olmamakla beraber, eğer bu şart örf ve âdet hâline gelmişse artık sahih addolunacaktır. Zira şartı yasaklayan hükümün illeti "münazaayı önlemek" şeklinde tesbit edilmiştir. Örf ve âdetin bulunması halinde ise bu illet zâil (yok) olmaktadır.⁴

Vefâen bey'de, esasen müfsid bir şarta dayanmaktadır. Nite-

1. Misal için bkz. Zerkâ, Medhal, II, 894; Ebû Süne, Örf, 29.

2. Misal için bkz. Zeylî, Tabyîn, VI, 29. Örfün buradakine benzer bir rolüne "haberler arasında tercih" konusunda raslanmaktadır. bkz. Gazzâlî, Mustasfâ, II, 396. Modern hukuklarda bu yoruma "teâmulî yorum" ve bikkâte alınan örfü "teyid edici örf" (La coutume confirmatoire) denmektedir. İmrâ, Medenî Hukuk, 193.

3. Serahsî, Usûl, II, 182; Zerkâ, Medhal, II, 900.

4. Babertî, İnâye, VI, 76; Zerkâ, Medhal, II, 902.

kim örf ve âdet haline gelmezden önce bu tür satış geçersiz sayıldığı halde¹, örf ve âdet haline gelince yukarıda belirtilen illetin zail olduğu neticesi ortaya çıkmış ve bey' bi'l-vefâ' geçerli bir muâmelâ sayılmıştır.

Yine bazı şeylerin "mal" sayılmayıp akid konusu yapılmasına müsade olunmayışında illet, bu şeyden faydalanılmaması ve taraflardan birisinin zarara girmesi, diğerinin de haksız kazanç elde etmesidir. Nitekim Ebû Hanîfe'nin ictihâdına göre arı ve ipekböceği "mal" vasfına sahip değildir ve bey' akdine konu edilemez. Fakat Muhammed eş-Şeybânî, bunların halk arasında alınıp satıldığını ve bunlardan faydalanmanın bir teâmül olduğunu görünce "mal" vasfına sahip olduklarına kabûl etmiş ve alım-satımlarının geçerliliğine hükmetmiştir.²

İstisnâ', icâre v.b. bir kısım akidlerin ictehad tarafın-
dan geçerli sayılmasında da, örf sebebiyle kıyasın terki metodu kullanılmakta ve buna Hanefîlerin terminolojisinde "istih-san" adı verilmektedir.³

c. İctihâd-ı astaslahîde örf ve âdetin rolü

Fert ve toplumun naselerde ne müsbet ne de menfî yönde açık hükmü bulunamayan menfaatleri (mesâlih-i mürsele)⁴ hakkında en güvenilir bilgiyi veren görünümlerin başında örf ve âdetler gelmektedir.

1. Geniş bilgi için bkz. Zerkâ', Medhal, I, 128.

2. Mevsiif, İhtiyar, II, 25; Ebû Sünne, Örf, 103.

3. Serahsî, Mebûât, XII, 45; Neaefî, Kenâr, 285; İbn Nüceym, Bahr, VI, 165; Ebû Sünne, Örf, 101.

4. Bu konu ayrıca incelendiğinden başka açıklamayı zaid görüyoruz.

İstislah terimi ile bu menfaatlerin dikkate alınması ya-
nısına, bu terime usüllerinde yer vermeyen doktrinlerin (özel-
likle Heneffilerin) de, "âdet, insanın ikinci tabiatıdır" şek-
linde ifade edilen gerçeği dikkatten uzak tutmadıkları ve "in-
sanları âdetlerinden koparıp çıkarmada güçlükler vardır" di-
yerek, hukuk hayatında örf ve âdetlere -prensip olarak- müs-
bet nazarla bakmışlardır.¹

3- İslâm Hukukunun Uygulanmasında Örf Ve Âdet'in Rolü

Örf ve âdet'in İslâm hukukundaki rolünü iyi belirleye-
bilmek için şüphesiz, onun, hukukun uygulanmasındaki² rolünü
de ortaya koymak gerekir. Bu sebeple başlık olarak yer vermiş
bulduğumuz meselenin bu yönüne ait açıklamalar, bizim araş-
tırma sınırlarımız dışında kalacağından, bu yöne gitmeyeceğiz.
Şu kadarına işaret edelim ki, örf ve âdet'in hukukun uygulanma-
sındaki rolü, özellikle, hâkim önüne getirilen hükûkî mesele
hakkındaki örf müstenid hükümlerin değişmesi³, ve o mesele-
tic ilgili insde hâvalerinin yorumu⁴, delillerin takdiri⁵ ve.

1. Serahî, Mehsûl, XII, 45, XIII, 14-15.

2. Hukuk tabiiyeti kavramı ile karıştırılmamalıdır.

3. bkz. Karâfi, İnkâm, 231; Tarablûsî, Muînu'l-hukkâm, 162-
163; İbn Abdîn, Mesru'l-arf, II, 125-126, 128; Ebû Süne, Örf, 22, 81
103-107; Zerkâ, Medhal, II, 913-914.

4. bkz. İbn Selemün, İkd, I, 33-34; İbn Kayyım, i'lâm, III, 46;
Reşid Paşa, Ruhu'l-Mecelle, I, 122; Zerkâ, Medhal, II, 849,

5. bkz. İbn Ferihün, Tefsiratu'l-hukkâm, 63-64; Tarablûsî,
muînu'l-hukkâm, 161; Zerkâ, Medhal, II, 910-911.

genel anlamıyla hâkimin takdir yetkisi¹ konularında kendini göstermektedir.

VI- Örf Ve Âdet Karşısında İslâm Hukuk Doktrinlerinin Tutumu Ve Örf Ve Âdet'in Delilleri

1- Örf Ve Âdet Karşısında Doktrinlerin Tutumu

Yukarıda belirttiğimiz üzere, İslâm Hukukunun tedvini devrinde, icihadın dayandırıldığı esaslar açıklık kazanmaya başlamış ve İslam hukukunun metodları üzerinde kaymetli mesâ-îler ortaya konmuş olmakla beraber, bu devirde "Örf ve Âdet" kavramı üzerinde konuya aydınlık getirici mütalea ve tartışmalara başlanmamaktadır. Şu kadar var ki, bu devirde, dayandı-
rıkları icihad esasları bakımından farklılık taşıyan İslâm hukuk doktrinleri teşekkül etmiş olduğundan² bu doktrinlerin açıklık kazanmış icihad esasları ve hükûkî meselelerin çö-
lümünde verdikleri sonuçlar yardımıyla, her birinin örf ve âdet karşısındaki tutumuna dair fikir edinmek imkanı mevcuttur. Bu noktadan hareketle yapılan incelemeler göstermektedir ki; hemen bütün İslâm hukukçuları, nass veya icmada hüküm bu-
lunması halinde, fahhî hükümlerin istinbatı için örf ve müra-
caatı muteber saymakta, aksi tutumun insanlara güçlük ve me-

1. Örf. Vâsânî, Bevâ'iyi, V, 275; İbn Rüşd, Bidâye, II, 359; İbn Hüseyin, Bahr, VI, 26; Ebû Süne, Örf, 45-47.

2. Nevâlibî, Usûl, 361 v.d.; Mahmasânî, Felsefetü't-tesri; 23, 26 v.d.

şakkat verencesini kabul etmektedirler.¹ Tabii ki, ürf ve âdetin İslâm hukukunda şekli kaynak olarak yer almadığı; istihsan, istislah v. b. yollarla kendisine istinad edildiği ve bir de İslâm hukuk literatüründe ürf ve âdetin ne şekilde yer aldığı burada da hatırlanmalıdır.²

Mâlikî Mezhebinin, Medine Ürf'üne³ ayrı bir yer ayırmasının yanısıra; gerek sünî mezheplerden Hanefî, Şâfiî v.s. mezhepleri, gerekse Şîa mezhebi ile diğerleri, -Medine ürf ve âdetine rüçhanîyet tanımamakla beraber- ürf ve âdete hukuk sistemlerinde çok önemli bir mevki vermektedirler.⁴ Hemen burada, Ebû Hanîfe ve Ahmed b. Hanbel'in Irak ürfünü nazar-ı itibare aldığı, Şâfiî'nin de Mekke ürfüne sistemi içinde yer ayırdığı müşahedesini zikredebiliriz.⁵ Şunu da ilave etmeliyiz ki, İslâm hukuk doktrinlerinin ürf ve âdet karşısında "prensipl olarak" müsbet bir tavır takınma yönündeki ittifaklarına karşılık⁶, onun itibar şartları ve sınırları noktasında bir takım farklılıklar mevcuttur.⁷ Burada, ürf ve âdetin en önemli mevki, Mâlik b. E-

1. Berahî, Mabsût, XIII, 14-15; Mezkûr, Medhal, 81.

2. bkz. s. 207

3. Etrafî bilgi için bkz. ş: Aslu ehli'l-Medine.

4. Hamidullah, "İslâm Hukukunun Kaynaklarına Gair Yeni Bir Tetkik", 55; Davâlibî, Usûl, 379; Hallâf, Usûl, 90. (Hanafîlerin ihtilâf ettiği kaydıyla)

5. Millist, Introduction, 156.

6. Mezkûr, Medhal, 81.

7. Zerka, Medhal, I, 147; Ebû Zehrâ, Mâlik, 421. Şâfiî'nin Mısır'a gidince, buradaki ürflerin tesiri ile Bağdat'tayken verdiği hükümlerin bir kısmını değiştirdiği iddialarının yanısıra (bkz. Ömer Abdullah, Ürf, 35; Hallâf, usûl, 238), Ebû Süne, Şâfiî'nin, belirttiği ürf nevilerine dayanarak hükmettiğinden şüp-

nes ve Ebû Hanîfe'nin doktrini içinde bulunduğunu, Kitap ve Sün-
net'te bir atıf olmadıkça Zâhirî doktrininde doğrudan doğruya.
Örf ve Âdete müracaatın söz konusu olmadığını¹ da belirtmeli-
yiz.

2- Örf Ve Âdet'in Delilleri

a. Kitap

Kur'an'da " ^CÖrf " lafzı iki defa geçmektedir. Bunlardan
A'raf(7),199. Âyeti, Örfün Kitap'da doğrudan delili bulunduğunu
savunan İslâm hukukçularının mesnedini teşkil etmektedir.² Bu
görüşün sahipleri arasında özellikle Karâfî ve Tarablûsî zik-
redilmektedir.³

Bu konudaki tartışmaların detayları bir tarafa bırakıla-
cak olursa, yazarların genel eğilimi, bu âyetteki " ^CÖrf " laf-
zının sırf Örf ve Âdetler hakkında olduğu ve hele terim anla-

ması olmadığını, ancak yaptıkları araştırmalarda (gerek Furû ile
ilgili incelemeler, gerekse Şâfiî bilgileri nazdindeki soruştur-
malar) bu tarz bir değişiklik iddiasını doğrulayıcı sonuca vara-
madığını ifade etmektedir. bkz. Ebû Süne, Örf, 80. Şâfiî'nin
"İslâm'a geldikten sonra, mezhebindeki değişiklikleri "beldelere
göre değişen içtimâî hayat şartları" ile izah eden görüş bize
daha net görülmektedir. bkz. Mahmesânî, Felsefetü't-teşrî',
152.

1. Ancak Zâhirî eserlerinde irâde beyanlarının yorumunda
Örfün rolünün kabul edildiği görülmektedir. bkz. İbn Hazm, Auhal-
la, VIII, 60, no: 1158 ve VIII, 61, no: 1164-1165.

2. İbn Âbidîn, Neşre'l-arf, 11, 112.

3. Ebû Süne, Örf, 23.

ında "örf"ü ifade etmediği yönündedir.¹

Kur'an'daki ikinci "urf" lafzının² ise, örf ve âdet ile doğrudan bir ilişkisi söz konusu edilmemektedir.³

Bu iki lafızdan başka Kur'an'da "المعروف" lafzı 32 yerde ("معروفًا" şeklindeki 6 yerin dışında) geçmektedir. "el-Ma'rûf" ve "el-Urf" lafızları aynı anlama gelmekle beraber⁴; çoğunlukla lügat anlamında kullanıldığı için "genel şekilde Allah'a itaat ve yaklaşma, insanlara güzel muamele cihetinden ma'rûf olan söz ve davranışlar"⁵ olarak anlaşılmaktadır. Ancak bazılarında (meselâ; Nisa(4),6) ma'rûf'u, "التنفة" (hakkâniyet)⁶ olarak anlamak gerekmektedir ki, bu durumda örf ve âdetin yardımcı bir role sahip olacağı açıktır.⁷

b. Sünnet

Bir takım far'î hükûkî hükümlerde örf ve âdete istinad eden İslâm hukukçularından bir çoğu, örf ve âdet'in İslâm hukukundaki mutaberiyyetine delil olarak, Hz. Peygamber'in, "Müslümanların güzel gördüğü, Allah katında da güzeldir." manasın-

1. bkz. Cessâs, Ahkâmü'l-kur'an, III, 36; İbn Kesîr, Tefsir, IV, 289-291; Sıddık Hesen, Fathu'l-beyân, III, 433; Yazır, Hak Dini, IV, 2357-2358; Zerkî, Medhal, I, 146.

2. Mürselât(77),1.

3. İsmehânî, Müfredât, 335; İbn Manzûr, Lisânu'l-arab, IX, 239-240.

4. İsmehânî, Müfredât, 335; İbn Manzûr, Lisânu'l-arab, IX, 239-240.

5. İbn Manzûr, Lisânu'l-arab, IX, 239-240.

6. İbn Manzûr, Lisânu'l-arab, IX, 239-240.

7. Aynî, Umdu'tu'l-kaarî, XII, 17-19.

daki hadîsini göstermektedirler. Şâfiî'lerden Celaleddin es-Süyûtî ve Hanefî müelliflerin hemen hepsi Örf'ü delillendirirken bu hadîse riyaenmektedirler.¹

Bu hadîs'in gerek Hz. Peygamber'a rafîi, gerekse Örf ve Âdet'e delâleti noktalarında tenkidler varid olmuştur. Alâî, Senâvî ve Zoylâî; uzun ve dikkatli araştırmalara rağmen zayıf bir senede dahî hadîs kitâblarında "merfu" olarak raslanılmıyan bu hadîsin, Abdullah b. Mes'ud'dan "mekkuf haber"² olarak Ahmed b. Hanbelî'nin Müsned'inde yer aldığı ifade etmişlerdir.³ Ancak tağrîi muhtevaya sahip olan mekkuf habere de tıpkı Hz. Peygamberden(merfu'en) rivâyet edilen hadîs gibi itibar olunacağı tarzındaki kural, bu hadîs ile istidlalin rafî yönünden sakıncasını gidermektedir.⁴ Ancak, Gazzâlî, haber-i vâhid olduğu için bir "asl"ın delîli olarak kabul edilemeyeceğini belirtmektedir.⁵

1. bkz. Serahsî, Mabsût, XII, 45; İbn Hümâm, Fethu'l-kadir, VI, 157; Şâbertî, İnâye, VI, 157; İbn Nüceym, Esbâh ve'n-nezâir, I, 126; Ebû Süne, Ürf, 24; Ömer Abdullah, Ürf, 15.

2. Mekkûf Hadîs; Sahabî'nin Hz. Peygambere isnad etmaksizin verdiği haberdir. Zerkâ, Medhal, I, 146, d.n. 1.

3. İbn Nüceym, Esbâh ve'n-nezâir, I, 126; İbn Âbidîn, Nesru'l-arf, II, 115; Durum böyle olmakla beraber Serahsî, icmanın Müsnetden delillerine temas ederken bu hadîsi de zikretmekte ve fakat nakil tarzı itibâriyle "merfu" hadîs" intibahını uyandırmaktadır. bkz. Serahsî, Usûl, I, 299. Ebû Zehrâ da "merfu" olarak rivâyet edilmiş olduğunu söylemektedir. Ebû Hanife, 359 d.n. 1.

4. Zerkâ, Medhal, I, 146, d.n. 1; Ömer Abdullah, Ürf, 16, d.n. 1.

5. Gazzâlî, Mustasfâ, I, 278. Burada Örf ve Âdet konusunun doğrudan ele alınmadığı dikkatten uzak tutulmamalıdır.

Bu konuda önemini koruyan tenkitler, delâlet yönündedir. Kısaca, hadîste bütün müslümanların değil, müctehidlerin kasdedildiği sonucuna varılmaktadır.¹

Burada örf ve âdetin İslâm hukukundaki muteberiyeti için Sünnet'ten gösterilen bir başka delile işâret etmek istiyoruz; ancak bunun delil gösterilmesi hayli şartıtcı görünmektedir. Şöyle ki: Şener, "Sahebîler devrinden itibaren İslâm hukukçularınca, " *يعمل في الإسلام بمقتضى الجماعية* " (Câhiliyye çağının güzel âdetleriyle İslâm'da da amel edilir.) hadîsine uyularak hem arab örfüne, hem de fethedilen memleketlerdeki örf ve âdetlere itibar edilmekteydi." demesine rağmen, düştüğü dipnotta, "M. Hamidullah tarafından ısrarla nakledilen bu hadîsi elimizdeki kaynaklarda bulamadık..." ifadesini ilâve etmekte² ve tenakuza düştüğü kanaatını uyandırmaktadır. Zira, "İslâm hukukçularınca bu hadîse uyularak... örf ve âdetlere itibar edilmekteydi" ise, bu hadîsin kaynaklarda yer alması gerekirdi; aksi takdirde (yer almadığına göre) İslâm hukukçularının örf ve âdete itibarı bu hadîsi delil göstermiş olmalarıyla izah edilemeyecektir. Kaldı ki müellifin de belirttiği üzere M. Hamidullah'ın, bu naklinde kaynak olarak gösterdiği Ahmed b. Hanbel'in müsnedine bakıldığında; Mekke'nin fethi günü Hz. Peygamber'in, cahiliyye devrindeki ortağı Saîd b. Abdullah'e hitâben söylediği takdir ifâdesini muhtevî rivâyetlerle karşılaşılmaktadır. Binaenaleyh Hz. Peygamber'in övdüğü bazı meziyetleri örf ve âdet tarzında anla-

1. Sazzâli, *Mustasfâ*, I, 278; Ebû Sünne, *Örf*, 25-26.

2. Şener, *Kıyas*, 44.

mak yerinde olması gerektir. Nitekim hadîsü, " cahiliyye ça-
ğındaki ahlâkını İslâm'da da muhafaza et." ifadesi geçmektedir.¹

Ürf ve âdetin Sünnet'teki mesnedi olarak bir de, Hz. Pey-
gamber'in, kocasının cimriliği sebebiyle gizlice onun malın-
dan alıp alsamıyacağını soran " Ebû Süfyan'ın karısı" Hind'e
hitâben söylediği " ma'rûf üzere sana ve çocuğuna yetecek ka-
dar al." meâlindeki sözü gösterilmektedir.² Ancak bu ve benzeri
durumlarda " el-ma'rûf" lafzının, doğrudan doğruya ürf ve â-
det olarak anlamak yerine " ma'kul ölçüler içinde" tarzında
tefsir edilmesi uygun görülmektedir. Böyle durumlarda ürf ve
âdetin yardımcı role sahip olması ise, son derece tabiidir.

c. İslâm Hukukunun Genel Prensipleri

Yukarıdaki açıklamalar göstermektedir ki, Kur'an ve Sün-
net'in doğrudan doğruya ve açık bir şekilde ürf ve âdeti müs-
tehil bir hukuk kaynağı olarak tanıdığını söylemek mümkün ol-
mayacaktır. Buna göre İslâm hukukularının ürf ve âdete karşı
müsbet tutumları nasıl izah edilebilecektir?

İç şüphesiz burada, İslâm teşrinin ürf ve âdet realite-
si karşısındaki tevrinin hatırlanması gerekecektir. Yine Hz.
Peygamber devrini takiben, Sahabe ve Tabiün devirlerinde de
İslâm teşrinin genel prensipleri hakkında genişleyen İslâm
ülkesinin değişik bölgelerine hâkim olan ürf ve âdetlere -is-

1. İbn Hanbel, Müsned, III, 425.

2. Aynı, Undetu'l-kaarî, XII, 16-17; Ebû Zehrâ, Mâlik, 421
buradaki ma'ruf lafzını "âdete göre kâfi kabul edilen miktar"
şeklinde açıklayan bir ifade için bkz. Şevkânî, Neyl, VII, 131.

lâm esaslarıyla çatışmadıkça- hükûkîlik kazandırdığı tarihi bir vakia olarak karşımıza çıkmaktadır.¹ Fakat bu dönemde üe, bazı ferdî açıklamalar² istisnâ edilirse, ürf'ün bir kaynak olduğu hakkında teorik ifâdelere ve bu yoldan bir icmaya gidildiğine naslanmamaktadır.

İşte böylece, Kitab, Sünnet veya Sahâbe icmasında, müstakil hukuk kaynağı olduğuna dair açık bir delil bulunmayan ürf ve âdetin, aynı şekilde doktrin sahipleri ve onların metodlarını sistematik bir şekilde ortaya koymaya çalışan usûlcüler tarafından da başlıbaşına bir kaynak olarak tanınmaması, fakat pek çok hükûkî meselenin çözümünde, varılan hükme yön verici âmil olarak varlığını koruması sonucu ile karşı karşıya gelinmektedir.

Kısacası, ürf ve âdet'in İslâm Hukukunun kaynakları sırasına, istisna, istislah ve benzeri diğer yollarla girdiğini söylemek mümkündür.³

Ebû Süne, ürf ile istidlâl edebilmek için bunu, maslahat-ı mürsele, menfaat ve mazarrat esası, icma'nın delîleti gibi şer'î esaplardan birine ircâ etmenin zarûrî olduğunu ifâde etmektedir.⁴ Ehlîlâf da, şer'î esaplardan birine muhâlif bir ürfî muhtelenin geçerli sayılabilmesi için bunun "zarûret"ten dolayı zarûresi kısmını zikretmekte ve bu durumda asıldan istisna yoluna gidilmesi ile zarûre ile istisna illeti olarak kulla-

1. El-Müfessirü'l-İslâmî Hukukunun Kaynaklarına Dair yeni bir tetkik, 34, 35; Mehmedî, Felsefetü't-tegrîf, 182.

2. meselâ; bkz. Synî, Umdatü'l-kaarî, XII, 16.

3. Mehmedî, Felsefetü't-tegrîf, 182; Zerkâ, Medhal, I, 147.

4. Ebû Süne, Ürf, 32-44.

ılması gerektiğini belirtmektedir.¹

Örfe dayanarak hüküm verebilmek için takip edilmesi gereken metod ismi ne olursa olsun, sonuç şudur ki, Hz. Peygamber tarafından teorik olarak ifade edilmemekle birlikte, örf ve âdet, yine O'nun arzusuna uygun olarak önemini korumuştur.²

Şunu olarak şuna da işaret edelim ki, belirtilen sebeplerle, müstakil kaynak olarak nitelenmediğinden usûl eserlerinde diğer bir çok kaynak ve metod hakkında görülen şiddetli tartışmalara ve harâretli aleyhde delîl götürme çabalarına raslanmamaktadır.

VII- Örf Ve Âdet Hakkında Kısa Bir Değerlendirme

İslâm hukûkunda örf ve âdetin yeri hakkındaki araştırmalardan topluca varılabilecek ilk sonuç, şüphesiz, İslâm hukûkçularının, yine İslâm hukûkunun rûhuna uygun olarak sosyal birer realite olan örf ve âdetlerin fert ve toplum üzerindeki etkilerinin izlenişine karşı kayıtsız kalmamış bulduklarının tesbiti olmaktadır.

Fakat, örf ve âdetin mevcûd olduğu ve Kitab, Sünnet ya da nakli icma tarafından doğrudan düzenlenmemiş bir konuda hüküm istisnâ için müctehidi birinci derecede etkileyen vakia, birist örf ve âdet olmakla birlikte, örf ve âdetin İslâm hukûkunun gayri kaynsıkları arasında özel bir yer tutamadığı, özel-

1. Hallîf, Masâdir, 125.

2. Schacht, "Seriat", IA., XI, 434.

İki ile istihzan ve istislah metodları aracılığı ile fonksiyon icra etme durumunda kaldığı görülmektedir. Bir taraftan, dil kuralları içinde düşünülecek konuların "örf" ve "âdet" kavramları ile anlatılması İslâm hukuk literatüründe bu açıdan mübâlağalı değerlendirmelere yol açarken ; diğer taraftan örf'ün kaynak olarak nitelendirilmesinden mümkün olduğu kadar kaçınan usûl eserleri ile, bunlara göre daha serbest açıklamaların yapılabilirdiği furu' eserleri arasında yine aynı açıdan bir ikilikle karşılaşılmaktadır.

Bu son durumun temel sebebini her halde İslâm hukûkunda mençe' anlamın kaynak anlayışında (husn ve kubh meslesinde) ve ictihad mekenizmasının işleyiş tarzında aramak gerekecektir.

§:7- SAHABİ KAVLI

İslâm hukukunun iki ana kaynağı olan Kur'an ve Sünnet'in bizzat Hz. Peygamber tarafından tatbikatı esnasında hazır bulunan nesil, şüphesiz Sahabe nesli idi. Dolayısıyla, Hz. Peygamber'in, Kur'an'ın yansira yirmiiki yılı aşkın bir süreye yayılan Sünneti, bir okul niteliği taşıyor, Sahabe de bu okulun öğrencilerini teşkil ediyordu.¹ "Tenzil devri"ne yetişmiş olmaları, kaynaklara en yakın bulunmaları sebebiyle, Sahabe, İslâm hukukunun ruhunu, Hz. Peygamber'in tasarruflarındaki maksada en iyi bilen kişilerdi.² Bu sebeple Sahabe'nin İslâm teşriinde özel bir yeri olduğu genellikle kabul edilmektedir.³

Sadece, sonraki İslâm hukukçularınca Sahabe fetvalarına çokça istinad edilmiş olmasına bakılması, bunların metodolojideki yeri ve kaynak değeri hakkında sıhhatli bilgi veremeyecektir. Çünkü, pek çoğunun vardığı sonuçun paralelinde Kur'an ve Sünnet nasslarının mevcudiyeti görülecektir. Bu durumlarda asıl kaynağı nassın teşkil ettiği dikkatten uzak tutulmamalıdır. Aynı şekilde İcmâ düşüncesinin de karıştığı durumlarda karşılaşılmaktadır. Kaldı ki müctahidin, öncekilerin görüşlerini (doktrin) ve kazâî kararları ictihadi esnasında yar-

1. Davâlibi, Usûl, 77.

2. Davâlibi, Usûl, 104, 276.

3. Cerekeçelerin detayları için bkz. İbn Kayyim, İtlâm, IV, 123 v.d.; Şâtıbi, Muvafakaat, IV, 74 v.d.

dımcı bir kaynak olarak kullanması genel bir kuraldır.¹ Şu halde sahâbî kavlinin metodolojik değerinin tesbiti için, bunların tahlili gerekecektir.

Sahabenin söz fiil ve takrirleri için "sünnetü's-sahâbe" deyimini kullanılmış olsa da², yalnız Hz. Peygamber'in söz fiil ve takrirlerini ifade eden ve mutlak olarak söylenen "sünnet" kavramına bunlar dahil değildir.³ Sahâbî kavlinin en çok kullanılan müterâdifi "el-eser" deyimidir.⁴

Ebû Hanîfe'nin bir meselede birden fazla sahâbî kavli bulunması halinde, bu kavillerden birini - kendi ictihad prensiplerine göre- tercih ettiği bizzat kendisinden nakledilmektedir. Bu nakilden mevcut Sahâbî görüşlerinin mecmûu dışına çıkmadığı da anlaşılmaktadır.⁵ Bu prensibin Hanefî usûlcülerince ihtilaf' üzerine icmâ' şeklinde yorumlandığına icmâ' paragrafında temas edilmişti.

Bir meselede tek tek sahâbî kavlinin bulunması halinde ise, Hanefî usûlcüler, bu konuda doktrin içinde farklı tutumların bulunduğunu belirtmektedirler.⁶ Bu tutumlar arasında

1. Misal için bkz. Devâlibî, Usûl, 87.

2. bkz. Şâtıbî, Muvafakaat, IV, 74.

3. bkz. Sünnet paragrafı.

4. bkz. Meselâ, Serahsî, Usûl, II, 105. Ancak "eser" deyimini daima Sahâbî mavlî anlamında kullanılmamaktadır. Meselâ, Hz. Peygamberin hadîsi anlamında bkz. Serahsî, Usûl, II, 202.

5. Cessâs, Usûl (yzm.), v. 219^a; Serahsî, Usûl, I, 313-314; Ahmed Emin, Duha, II, 187.

6. Cessâs, Usûl (yzm.), v. 235^a-235^b; Serahsî, Usûl, II, 106.

asgarî müşterek noktayı ise, "re'y" ile bilinmesi mümkün olmayan "şer'î miktarlar" gibi konularda, tek Sahabî kavlininkaynak teşkil ettiği şeklinde gösterilmektedir.¹ Şu halde, Hanefî doktrininde, geriye kalan esas tartışma noktası, re'y ve kıyasın söz konusu olabileceği durumlarda tek sahabî kavlinin kıyasa göre öncelik taşıyıp taşımadığı hususudur.

Kerhî, böyle durumlarda, Sahabî kavlinin kıyasdan önce alınmayacağını kesin bir tavırla savunmaktadır.² Ebû Said el-Berdesî, birinci görüşün aksine Sahabî kavlinin kıyastan önce geldiğini savunarak, Hanefî üstadlarını bu görüş üzere bulduğunu ifade etmektedir.³

Ebû Hanîfe, Ebû Yusuf ve Şeybânî'nin bu konuda farklı tutum gösterdikleri, bazan Sahabî kavlini re'y ve kıyasa üstün tuttukları bazen de aksi istikamette davrandıkları nakledilmektedir.⁴

Şâfiî'nin, bir meselde birden fazla sahabî kavlinin bulunması halinde bu kavillerden birini -Kitab, Sünnet, İcma' ve en sıhhatli kıyasa uygun ölçüsüne göre- tercih ettiğini kendisi ifade etmiştir.⁵ Bir meselede ne muvafakat ne de muhalefet edilmemiş tek Sahabî kavli bulunması halinde de, bu

1. Cessâs, Usûl(yzm.), v. 235^b; Serahsî, Usûl, II, 110.
2. Delilleri ile birlikte bkz. Cessâs, Usûl(yzm.), v. 235^a-235^b; Debûsî, Takvîm(yzm.), v. 110^a; Serahsî, Usûl, II, 105.
3. Delilleriyle birlikte bkz. Cessâs, Usûl(yzm.), v. 235^b; Debûsî, Takvîm(yzm.), v. 110^a; Serahsî, Usûl, II, 105, 108.
4. Misalleriyle bkz. Serahsî, Usûl, II, 105-106.
5. Şâfiî, Risâle, s: 1805-1806.

sahâbî kavlinin Şâfiî tarafından hüccet sayıldığı kendi ifadesinden anlaşılmaktadır.¹ Burada belirtelim ki, bazı yazarlar Şâfiî'nin tek sahâbî kavlini hüccet saymadığını kesinlikle ifade etmektedirler.²

Mâlik b. Enes ise, bir meselede birden fazla sahâbî kavlinin bulunması hâlinde, bu kavillerden birinin "amel'u ehli'l-Medîne"ye uygunluğunu esas alarak seçmektedir.³ Muva-fakat ve muhalefet söz konusu olmayan sahâbî görüşüne Mâlik, prensip olarak uymaktadır; ancak bu durumda da kabul ölçüsü olarak Medine icmâ'ına uygunluğu dikkate almaktadır.⁴

Başta Gazzâlî, Âmidî ve Şevkânî olmak üzere bazı usul-öüler, sahâbî kavlinin hüccet olamayacağı görüşündedirler. Bu görüşün gerekçesi özetle, Sahabe hakkındaki övgü ifadelerinin, teşri' konusunda onlara bir özellik sağlamadığı, onların ismet sahibi olmadığı, ictehadlarında yanılmış olabilecekleri ve ne osvar ne de vücûp yoluyla onlara uyulamıyacağı tarzındadır.⁵

1. Şâfiî, Risâle, s: 1610.

2. Zencânî, Tahrîcü'l-furû', 82.

3. Ebu Zehrâ, Mâlik, 312; Baltacı, Menâhic, II, 591-592.

4. Krş. Ebu Zehra, Mâlik, 308, 312; Baltacı, Menâhic, II, 589, 590, 593.

5. Krş. Gazzâlî, Mu'tasfâ, I, 260-274; Âmidî, İhkâm, IV, 130-135; Devâlibî, Usûl, 277.

Ş:8- AMEL'Ü EHLİ'L-MEDİNE

I- Amel'Ü Ehlî'l- Medine Kavramı

İslâm hukukunun ana kaynaklarında yer alan tafsîlî hükümlerin, en geniş tatbikini ilk defa Medine şehrinde bulduğu vâkıasından hareketle, Mâlik b. Enes'in bu şehir halkının tatbikatına, metodolojisi içinde ayrı bir yer verdiği, kaynakların birleştiği bir noktadır.¹

Mâlik b. Enes'in, genellikle "el-Emr el-müctama' Ca-leyh"² deyimi ile ifade ettiği bu düşünce, İslâm hukuk literatüründe, "amel'ü ehli'l-Medine" ve "icmâ'u ehli'l-Medine" deyimleri ile anılmaktadır;³ bu iki deyim aynı anlamı karşılamaktadır.⁴

Medine ehlinin tatbikatına ve teşriî bir konudaki ittifakına önem verilmesi fikri, Mâlik b. Enes tarafından ortaya atılmış değildir. Nitekim, Üstadı Rebîa'nın: "Bin kişinin bin kişiden naklı, bence, bir kişinin bir kişiden nakline göre daha iyidir."⁵ Hz. Peygamberin, hakkında "o, Ümmetimin hâkimidir" de-

1. Şû Zehra, Malik, 331.

2. Mesela bkz. Mâlik, Muvatta', feraiz 1,12.

3. Kadı İyâd, Medârik, I, 66, 68-70, 73,74; İbn Kayyim, İ'îâm, II, 383, 385, 392.

4. Şâkir, Risâleye Şerh, 534, d.n. 1. ve 535,d.n.3.

5. Kadı İyâd, Medârik, I, 66.

diği sahabi Ebu'd-Derda'nın(v. 32/652)da kendisinin söylemiş olduğunun hilafına bir hadis işittiklerini söyleyenlere: " Ben de aynı şeyi duyduk; fakat Medine ameli, bunun aksi yönündedir" dediği naklolunmuştur.¹

Göröldüğü gibi, bu fikirler, daha Mâlik'in doğumundan en az bir asır önce yayılmış bulunuyordu.² Malik b. Enes ise, bu konuda kendisinden öncekilerin yolunu tutmuş, fakat bu metodu fetvalarında çok kullandığı ve bu fetvalar kendisi tarafından tedvin edilmiş bulunduğu için bu metod ona nisbet olunmuştur.³ Ancak hemen şuna işaret etmeliyiz ki, Mâlikî mezhebinde Hz. Peygamberin hicret yurdu Medine'nin fazileti hakkında naklolunan hadîslere ve Sahabe'nin övgü dolu sözlerine dayanılarak⁴, bu şehrin tatbikatına ve ahalisine özellik tanınması genellikle esas olmakla beraber; mezhebin kurucusu Mâlik b. Enes ile diğer mezheb mensuplarının bu düşünceden hareketle vardıkları metodolojik sonuçlar arasında farklar vardır.

Hatta sonradan mezhep içinde ortaya çıkan ve hele mezhep içinde dayanağı olmayan bazı görüşlerin doğrudan doğruya Mâlik b. Enes'e atfı sebebiyle, hem adı geçen müctehide hem de ismine nisbetle anılan mezhebe ağır ve haksız tenkitler yönel-

1. Kadı İyad, Medârik, I, 66-67; Hulf, Mâlik, I, 155.

2. Bekir, Histoire de l'école Mâlikite, 49; Kadı İyad, Medârik, I, 62-63, 66.

3. Ebû Zehrâ, Mâlik, 332.

4. Bu konuda bol malzeme ihtiva eden dört müstakil bab için bkz. Kadı İyad, Medârik, I, 58-67.

tilmiştir. Bu konu için müstakil bir "bab" açan Kadı İyad (v. 544/1149), incelemesinin başında belirtilen durumdan yakınlıkla özetle şöyle demektedir: " Fıkıhçı ve kelamcılarının hepsi, bu meselede bize karşı husumette birleşmişlerdir. Kendi iddialarına göre bizi hatalı görmekte, akıllarına geldiği gibi aleyhimize delil serdetmektedirler. Hatta bazıları Medine'ye ta'n etme ve onun kusurlarına saymaya varacak derecede sınırı aşmışlardır,¹ ki onlar aslında ihtilaf konusunun dışında söz edip durmaktadırlar. Kimisi meseleyi kavramamış, kimisi de, Seyrafi, Muhamili ve Gazzâlfînin yaptığı gibi, bizim söylemediklerimizi bize izâfe etmiştir."²

Gerçekten, " delil olan icmâ'nın, sadece Medine ehlinin ittifakından ibâret bulunduğu" tarzındaki bir iddianın, Mâlik b. Enes'e ve mezhebinin izâfe edilmesine, İslâm fıkıhı ile ilgili metodolojik incelemelerde sık sık rastlanmaktadır.³ Böyle bir iddianın varlığından hareketle, Muarızların Malik b. Enes ve mezhebine karşı geliştirdikleri tenkidlerin özeti -yaklaşık olarak- Gazzâlfî'nin şu sözlerinde birleşmektedir: " Şâyet Mâlik Medine'nin Sahabe zamanında ehlü'l-hall ve'l-akd'i (devrin müctehidlerini) içinde bulundurmuş olduğunu kastediyorsa, Medine'nin onları cem' etmiş bulunması halinde dediği doğrudur ve bu durumda mekânın bunda (icmâ') da bir tesidi yoktur; halbuki bu durum (Medinenin onları cem' etmiş olması), kabul edilmez.

1. Meselâ, Sem'ânî'nin, Medinenin münafiklara da yurt olmuş bulunduğunu gibi noktalardan hareketle yaptığı tenkid için bkz. Buhârî, Keşf, III, 242.

2. Kadı İyad, Medârik, I, 69.

3. Meselâ, bkz. Pazdâvî, Usûl, III, 241-242.

Medine, bütün alimleri ne hicretten önce ne de hicretten sonra cem'etmiş değildir, bilakis onlar seferlerde, gazvelerde ve şehirlerde dağınık bulunagelmışlerdir. Şu halde bu açıdan Mâlik'in görüşü izahsız kalır. Ancak, Medine ehlinin smelli, onlar çoğunlukta bulunduğu ve bu çoğunluğun görüşüne itibar gerektiği için hüccettir, demesi halinde izahı mümkündür; ne var ki, biz bu görüşün geçersiz olduğunu az önce görmüştük.¹ Yahut da şöyle demekle bir izah tarzı olabilir: "Medinelilerin bir söz veya işde ittifakı, kesin bir aima'a (iştimize) dalandıklarına delildir, zira şer'î kaynaklar onların bilgisi dışında kalmaz"; fakat bu, peşin fikirlilik olur, çünkü Medinelilerden başkasının bir seferde Hz. Peygamberden bir hadîs işitmiş olması veya Medinede işitip de onu naklatmeden oradan bulunması imkansız değildir. Şu halde hüccet icmâ'gadır, fakat ortada icma' yoktur. Bazen de onlar (Mâlikîler), Hz. Peygamberin Medineyi ve ehlini övmüş olmasını delil gösterirler. Halbuki bu, Medinede oturmaları sebebiyle onların faziletlerine işârettir, yoksa icmâ'nın onlara tahsisine delil değildir".² Kadı İyâd, ne Mâlik'in, ne de arkadaşlarından birinin üsle böyle bir iddiada bulunmadıklarını söylemektedir.³

Biz, kısımlarının belirtilip tahlili yapılmasıyla bu kavrama daha iyi açıklık kazandırabileceğini düşünürüz.

1. Müellif, bu konuyu bir önceki sayfede incelemiştir. bkz. Mustasfâ, I, 186.

2. Gazzâlî, Mustasfâ, I, 127

3. Kadı İyâd, Medârik, I, 71.

II- Amel'ü Ehli'l-Medine'nin Kısımları

Yukarıda belirttiğimiz gibi, literatürde yer yer "icmâ" ve yer yer "amel" kelimeleri kullanıldığından, incelememizde de aynı ikilikle karşılaşılacaktır. Şimdi üç müellifin taksimine yer vereceğiz.

1- Kadı İyad'ın taksimi

Kadı İyâd, Medine ehlinin icmâi konusunu dikkatle tahlil eden müelliflerdendir.¹ O'nun taksimine göre, Medine ehlinin icmâi iki kısımdır.

a. Naklî icmâ: Bu, Hz. Peygamber zamanından beri kuşaktan kuşağa nakledilegelen davranış tarzıdır. Medine icmâinin bu kısmı dört nevi'dir. Bu nakil, Hz. Peygamberin ,

aa) Ya sözüne dayanır.

bb) Veya fiiline dayanır,

(Bu nevi'lere, sa' ve müdd gibi ölçüler ve Hz. Peygamberin bu ölçülerle zekat ve fitre almış olduğu; ezan, ikânet ve namazla ilgili bazı hususlar; vakıflar; şer'î yönden önemi olan bazı yerlere ait bilgiler misal olarak gösterilmektedir.)

cc) Yahut takfirine dayanır,

dd) Yahut da varlık sebebi ortada olan bir konudaki menfî tutumuna dayanır, (meselâ: Hz. Peygamber, o zaman çokça mevcut olduğu halde sebzelere zekat almamıştır.)

b. İctihâdî icmâ': Bu, Medine ehlinin bir davranış üzerinde ictihad ve istidlal yoluyla icmâ etmesidir.²

1. bkz. Hülî, Mâlik, I, 149.

2. Kadı İyad, Medâricik, I, 68.

2- İbn Teymiyye'nin Taksimi

İbn Teymiyye, hüccet olarak üzerinde konuşulan Medine icmâ'ının, faziletli çağlarda(Ashab, Tabiûn ve Etbau't-tabi'în devirlerinde)¹ ki, icmâ' olduğunu, daha sonraki Medine icmâ'ının hüccet olmadığına herkesin müttefik bulunduğunu belirttikten sonra; İslâm alimleri arasında gördüğü kabul derecesine göre Medine icmâ'sını dört " mertebe" de incelemektedir.

a) Hz. Peygamberden nakil mecrasına cari olan icmâ'. Meselâ, Sa' ve müdd miktarları, sebze zekatının terki ve vakıflar ile ilgili nakiller gibi.

b) Hz. Osman'ın şehadetinden önce Medinedeki amel-i kadim.

c) Bir meselede iki hadîs veya iki kiyâs gibi iki delil teâruz edip de hangisinin üstün olduğunu bilinememesi halinde bunlardan birine uygun düşen Medine amelî.

d) Medinedeki müteahhir(hz. Osman'ın şehadetinden sonraki) amel.²

3- İbn Kayyım'ın Taksimi

İbn Kayyım, Medine icmâ'c ve vaselinin gerek Medinelilerin gerekse diğerlerinin iştirak ve muhalefet durumlarına göre taksime tabi tuttukten sonra, mahiyet bakımından da şöyle taksim etmektedir.

a) Nakil yoluyla olan icmâ';

aa. Hz. Peygamberden ibtidaen şer'î bir hükmün nakli;

1. Ükz. İbn Teymiyye, Sıhhatü usûli mezhebi ehli'l-Medine,17-20.

2. İbn Teymiyye, Sıhhatü usûli mezhebi ehli'l-Medine,23 26,27.

Bu da onun:

- aaa) Ya sözünün naklidir,
- bbb) ya fiilinın naklidir,
- ccc) Yahut takfirinin naklidir,
- ddd) Yahit da varlık sebebi ortada olan bir işi yapmadığının naklidir.

bb.Hz. Peygamberden itibaren nesilden nesile devam eden amel (el-amel el-müstemir) in nakli.

cc. Mekan, Eşyâ ve miktarlara ait nakiller.

b) İctihad ve istidlal yoluyla olan icmâ¹

Görüldüğü gibi, esasen bu taksim kadı İyad'ın taksiminin kısmen genişletilmiş şeklidir. Ancak özellikle "Hz. Peygamberin" kavlinin nakli" başlığındaki açıklamaları, müellifin "nakli icme" veya "nakle dayanan amel" ile "hadis" mefhumlarını karıştırdığı görünümü vermektedir.²

Malbuki dikkatle incelendiğinde bu, müellifin, esasen Sahebe devrindeki Medine amelîne, dolayısıyla sözlü rivayetle desteklenen Medine amelîne itibar edişi ile³ izah olunabilir.

III- Amel'ü Ehlil- Medine'nin Tahlili ve Kaynak Değeri Üzerindeki Görüşler

Şimdi, konunun etrafında seyreden tartışmalara bir açıklık getirmek üzere, -yapılan taksimlerden hareketle- Medine

1. İbn Kayyim, İ'lâm, II, 383-393.

2. İbn Kayyim, İ'lâm, II, 395-397.

3. Misaller için bkz. İbn Kayyim, İ'lâm, II, 383-395.

amelininin vahflini yapmaya ve kaynak değeri üzerindeki görüşleri belirtmeye çalışacağız. Mesaleyi derli toplu tutabilmek için Kadı İyad'ın taksimini esas alıp, gerektiğinde diğerlerine de ayrıca işaret edeceğiz.

1- Naklî İcmâ (amel):

Burada esasen tevatür yoluyla naklolunan bir sünnet bahis konusudur.¹ Ancak bu tevatür, sözlü nakiller halinde olmayıp, kuşaktan kuşağa intikal eden bir tatbikat şeklindedir. Prensib olarak Medîne amelinin bu kısmı mütevâtir haber hükmündedir. Buna muhâlif olan naberi-i vâhid ve kıyasa itibar olunmaz; kesin delil oluşu hâmen bütün İslâm âlimlerince kabul edilmektedir. Nitekim Ebû Yusuf, Halife Reşid'in huzûrunda Mâlik ile yaptığı tartışmadan sonra eski görüşünden dönmüş ve "şayet dostum (Ebû Hanîfe) benim gördüğümü göresydi o da benim gibi görüşünden dönerdi" demiştir.²

2- İctihâsî İcmâ: Burada Medîne ehlinin bir amel üzerinde ictihâd ve istidlâl yoluyla ittifakı bahis konusudur. Medîne icmâının bu kısmı üzerinde şiddetli tartışmalar olmuş biz-zat Mâlikî âlimleri de kendi aralarında ihtilâfa düşmüşlerdir.³ Bu konuda Mâlikîler arasında başlıca üç görüş vardır:

1. Bunun mahiyet itibarıyla teknik manadaki icmâdan farklı olduğu, az sayıdaki muhâlefetin önem taşımayışından kolayca anlaşılmaktadır. bkz. Kadı İyad, Medârik, I, 73.

2. Kadı İyad, Medârik, I, 68; İbn Teymiyye, Sıhhatü us-sûli mezhebi ehli'l-Medîne, 23, 25; İbn Kayyim, İ'lâm, II, 391, 393.

3. Kadı İyad, Medârik, I, 70; İbn Kayyim, İ'lâm, II, 392.

a. Birinci görüş: Onların büyük bir kısmına göre hüccet olmadığı gibi, başka bir ichtihad'a tercih de edilemez. Zira Medîne'liler Ümmetin bir kısmıdır, halbuki hüccet tamamı içindedir. Bunlar, ne Mâlik'in ne de güvenilir arkadaşlarından birinin bu görüşte olduğunu kabul etmezler.

b. İkinci görüş: Bazıları bunun hüccet olmadığı fakat başkalarının ichtihadına tercih olunacağı görüşündedir. Şâfiîlerdende bu görüşte olanlar vardır.¹

c. Üçüncü görüş: Mâlikîlerin bazıları ise, naklî icmâ gibi hüccet olduğunu savunur ve Mâlikten naklederler.²

Naklî icmânın mütevatir sünnet değerinde oluşunu, Mâlikî mezhebi dışındaki âlimler de prensib olarak kabul etmekle beraber; belli bir devreden sonra, Hz. Peygamber zamanındaki tathîkatın katıksız olarak intikali konusundaki tereddütler naklî Medîne amelinini sınırlarına dar tutma eğilimini doğurmuştur. Gerçekten, günlük hayatta sıklıkla tathîkatına raslanan birçok durumlarda Medîne amelinin mütevatir haber gücünü taşıması son derece tabii ise de, bazı hadiselerin Medînelilerin bilgisi dışında kalabilmesi ve bu hadiselerle aykırı amelin teşekkül edebilmesi ihtimâli kabul edildiği takdirde naklî icmâya aynı kaynak gücünün tanınması endişe verici görünmektedir.

Medîne ehlinin ameline muhâlif sahîh hadîsin bulunup bulunamayacağı, yani bazı hadislerin Medîne ehlinin bilgisi di-

1. Müellifin başka yerdeki bir ifâdesi, kendisinin de bu görüşte olduğu kanaatini uyandırmaktadır, bkz. İbn Kayyım, i'lâm, I, 174.

2. Görüş sahipleri için bkz. Kadı İyad, Medârik, I, 70; İbn Kayyım, i'lâm, II, 392.

şında kalıp kalmayacağı meselesinde ise, değişik görüşler vardır. Meselâ Şeyh Aliş, Medîne'liler hakkındaki üvücü ifâdelelerinden sonra, "bütün Medîne'lilerin böyle bir hadîsi bilmemeleri ihtimâlini kabul etmenin akil sahibi bir kişinin söylemekten haya duyacağı bir şey olduğu"nu kesin bir tavırla iddia eder.¹ İbn Kayyım ise, Sahâbe'nin ekseriyetinin Medîne'den ayrılışından sonra Hz. Peygamber'in bazı hadiselerinin bu zevatin nezdinde kalmış olabileceğini söyler. Aksinin iddia edilmesi halinde, (rivâyet zincirlerinden örnekler vererek) sahîh hadisler bile olsa Medîne ehlini rivâyet etmemiş bulunduğu birçok hadîsin hükümsüz bayılmış olacağına anlatır.² Yukarıda naklettığımız gibi Gazzâlî de "Medîne'lilerden başkasının bir seferde Hz. Peygamber'den bir hadis işitmiş olması veya Medîne'de işitip de onu nakletmeden oradan çıkmış bulunması imkansız değildir" diyerek bu ihtimâlin varlığını kabul etmektedir.³ Hz. Ömer'in Medîne'deki tatbîkattan farklı olduğu halde bazı bedevîlerin Hz. Peygamber'den naklettikleri sünneti öğrenince bunu tatbîkate koyması bu son görüşü kuvvetlendirmektedir. Meselâ: Dahhâk b. Süfyân el-Kilâbî'nin "Hz. Peygamber Eyyem ed-Dübâbînin karısını, kocasının diyetine mîrâsçı yapmıştır" tarzında yazması üzerine, Hz. Ömer bunu tatbîk etmiştir.⁴ Kaldı ki, Sahâbe hatta Tâbiîn zamanında mevcut olan sünnete uygun tatbîkatin Mâlik b. Enes zamanına olduğu da değişik intikal ettiği, Mâ-

1. (Fetâvâ'ş-Şeyh Aliş, I, 43'den naklen:) Ebû Zehra, Mâlik, 329.

2. İbn Kayyım, i'lâm, II, 381-382.

3. Gazzâlî, Mustasfâ, I, 187.

4. İbn Kayyım, i'lâm, II, 382.

Lik b. Enes'in mevcut bulunduğu tabâkâtın birçoğuna ictihâdî görüşlerin karıştığı yolunda pek çok misâl zekrolunmaktadır.¹ Hülefâ-i Kâşidîn ve Sahâbe devrinden sonra Medînedeki amelin, zamanın mürtfî, emir ve muhtesiplerinin istekleri doğrultucunda teşekkül ettiği ve halkın buna muhâlefet edemediği tarzındaki tesbît oldukça dikkat çekicidir.² Ayrıca Medîne(Yasrib)'nin İslâm'dan önceki örf ve âdetlerinden Hz. Peygamber'in tasvibine mezhâr olduğu sözlü bir rivâyetle bilinmeyen bir kısmının sonraları tekrar bu şehirde tabâkî sahasına çıkıvermesi aklen imkânez bir şey değildir. Şu halde Hz. Peygamber'in takrîrine dayanan naklî icmâya geniş sınırlar tanınması halinde, bunun belirtilen şâibeden esâlim tutulabilmesi oldukça güç olacaktır.

İşte bu sebeplere binâen, İbn Kayyım, naklî icmânın kabûlünde "Şâhîh Hadîs'e muhâlif olmama kriterini ısrarla savunmaktadır."³ Bu metod hakkında bizzat Mâlik'ten bilgi almış ve hatta fikrî çalışmalarının başlangıcında bunu bizzat kabûl etmiş olan Şâfiî ise daha sonra şiddetli bir tenkide yönelmiştir. O, Medîne icmânını gerçekten teşekkül etmiş olması halinde bunun hüccet olacağını kabul etmekle beraber; Medîne ehlinin icmânın iddîa olunduğu noktaların hapsinde gerçekten ittîfak bulunmadığını söylemektedir. O'na göre, diğer beldeler ahâlisinin Medîne ahâlisine muhâlefet ettiği konularda, mutlaka Medîne ehlinin de bunda içinde ihtilâf vardır.⁴ Şâfiî, Mâlikîlerin biri ile tartışmasında şöyle demektedir: "İster benim ister i-

1. İbn Kayyım, i'lâm, II, 395-396.

2. Bkz. İbn Kayyım, i'lâm, II, 394.

3. İbn Kayyım, i'lâm, II, 390-393, 393-396.

4. Şâfiî, Umû, VII, 187-188, 248.

lim ehlinen birisi tarafından bunun üzerinde icmâ edilmiştir. denen şeyi karşılaştığın hangi âlime sorsan sana aynıısını söyler ve onu kendisinden öncekilerden nakleder. Öğle namazının dört rekat oluşu, içkinin haramlığı v.b. gibi. Bazan O'nun (Mâlik'in) "bunda icma vardır" dediği şeyde, Medine ehlinin ilim sahibi kimselerin onun hilafına söylediklerini görürüm; bazan da bütün beldeler ahâlisinin O'nun "bunda icmâ' vardır" dediği şeyin karşısında yer almış bulurum."¹

Vandıkları sonuç esasen birbirine yakın olmakla birlikte hareket noktaları bakımından İbn Kayyım ile Şâfiî arasında ki farklılığı şöyle ifade etmek herhalde yanlış olmayacaktır: İbn Kayyım Sahabe devrindeki tatbikâtın değişmeden Mâlik b. Enes zamanına intikali konusunda teminatın bulunmadığı ve böyle bir emlin sözlü rivayetlerle ulaştırılan Sahih Hadis'in üzerinde bir "ıymet ölçüsü" kabul edilemeyeceği noktasında ısrarla dururken; Şâfiî icmâ' İddia edilen konuların çoğunda Medine'deki ilim ehlinin birleşmediğini savunmakta, dolayısıyla "sükûtî icmâ'nın emniyet" telkin etmeyişi noktasında hassasiyet göstermektedir.²

Demek oluyor ki, Medine icmâ'sının varlığı kesin oldu mu takdirde bu, hemen bütün İslâm âlimlerince, Haber-i vâhid ve Kıyas'tan üstün tutulmakta, daha doğrusu Mütevatir Sünnet gücünde kabul edilmektedir. Ancak kaynak gücü bu derecede o-

1. Şâfiî, Risâle, s: 1559. Şâfiî'nin tenkidlerine başka bir örnek için bkz. Ümm, VII, 242.

2. İbn Kayyım, İ'lâm, II, 332 ve bundan önceki sahife dipnotlarındaki yerler.

lan naklî icmâ'mın sınırları oldukça dar tutulmaktadır.

Mâlik b. Enes'in naklî icmâ'ı delfi olarak kullandığı gerek Malikî, gerekse diğer müelliflerin hepsi/~~tarafından~~ kabul edilmektedir. Hatta O'nun, Medine ehlinin ictihâdî icmâ'ını kaynak kabul etmediği yönündeki görüşe daha üstün olduğu gözöyle bakılmakta ve esasen üzerinde konuştuğu icma'nın naklî icmâdan ibaret olduğu belirtilmektedir.¹ Kısmen yukarıda işaret edildiği gibi gerek Malik'in kendisinin², gerekse O'nun görüşünü tahlil eden müelliflerin sözlerinden anlaşılmaktadır ki, O'nun Medine tatbikatına değer bağlamasının sebebi, bu tatbikatın Hz. Peygamberi sünnetini veya en azından Sahabe'nin tatbikatını aksettirmiş olduğu inancıdır.³ Şu halde Mâlik'in nezarında "amal'ü ehli'l-Medine", Sünnet ve Sahabe tatbikatını bir arada ihtiva etmektedir.

Nitekim, Mâlik'in "el-emr el-müctama' aleyh" deyimini kullandığı yerleri tek tek incelediğini söyleyen, Baltacı da bu deyim ile ifade edilen çözümler arasında Kitab ve Sünnet nasslarına, Medine bilgilerinin ittifakına, Sahabî fiili veya kavline, Tabii kavline ve ictihada dayalı çeşitler bulunduğu sonucuna varmakta, ancak ictihada dayananların da yine Selef'den yapılmış nakillerle icabatlı olduğunu ifade etmektedir.⁴

1. Kadı İyâd, Medârik, I, 68-69; Ebû Zehrâ, Mâlik, 333; Hüli, Mâlik, I, 149.

2. Kadı İyâd, Medârik, I, 194; Bekir, Histoire de l'école Mâlikite, 41, (Ayrıca Lays b. Sa'd'e mektubu, bkz. Kadı İyâd, Medârik, I, 64-65).

3. İbn Taymiyye, Usulü Medine, 26; (Tetâvâ's-Şeyh Aliş, I, 43'den naklen) Ebû Zehrâ, Mâlik, 330

4. Misalleriyle birlikte bkz. Baltacı, Menahic, II, 596-603

Böylece, Mâlik b. Enes'in metodolojisi içinde Amel'ü Ehli'l-Medine'ye tanınan önemli rolün nereden kaynaklandığı daha iyi anlaşılmış olmaktadır.

Burada şuna da işaret edelim ki, Medine İcmâ'sının Medine Örfünden ibâret bulunduğu iddiasının¹ mevcut mu'talar karşısında oldukça aşırı olmasına mukabil, Mâlik'in vardığı hükümlerde içinde bulunduğu muhitin örfünü hiç dikkate almadığı da herhalde söylenemez.²

Mâlik'in metodolojisinde Medine İcmâ'sı, rolünü özellikle birbirine muhalif iki hadisten biri için tercih sebebi olması durumunda ortaya koymaktadır. Amel, teâruz halinde, haberler arasında tercihin en kuvvetli sebebidir. Mâlikî ve diğer mezheplerin usûlcülerinden bir çoğu bu görüştedir. Ebû İshak İsferyânî ve Gazzâlî bunlardandır.³ Ayrıca Mâlik'in metodolojisinde Medine emeli ile desteklenen Sünnet'in Kur'anın umûmünü tahsis ve mutlak'ını tekyid gücünü kazandığına işaret olunmalıdır.⁴

İşte Mâlik b. Enes, yetiştiği muhit olan Medinede müşahede ettiği ve kendisine intikal eden tatbikâtı kendisi açısından tatmin edici bulmuş ve fakat ne kuvvatta'nda ne de başka yerde bunun hilafına emelin caiz olmayacağını asla söylememiş, sadece mücerred olarak bunun kendi beldesinde emeli olduğunu haber

1. Bernard-Baladi, "L'İcmâ, Critère de Validité Juridique", 68-69.

2. Ebû Sünne, Örf, 43; Hamidullah, "İslam Hukukunun Kaynaklarına Dair Yeni bir Tetkik", 65.

3. Gazzâlî, Mustasfâ, II, 196; Kedi İyâd, Medarik, I, 70

4. Ebû Zehrâ, Mâlik, 288-289.

lan nakli icmâ'nın sınırları oldukça dar tutulmaktadır.

Mâlik b. Enes'in nakli icmâ'ı delil olarak kullandığı gerek Malikî, gerekse diğer müelliflerin hepsi/^{kasâf} kabul edilmektedir. Hatta O'nun, Medine ehlinin ictihâdî icmâ'ını kaynak kabul etmediği yönündeki görüşe daha üstün olduğu gözüyle bakılmakta ve esasen üzerinde konuştuğu icmâ'nın nakli icmâ'den ibaret olduğu belirtilmektedir.¹ Kısmen yukarıda işâret edildiği gibi gerek Malik'in kendisinin², gerekse O'nun görüşünü tahlil eden müelliflerin sözlerinden anlaşılmaktadır ki, O'nun Medine tatbikatına değer bağlamasının sebebi, bu tatbikatın Hz. Peygamberi sünnetini veya en azından Sahabe'nin tatbikatını aksettirmiş olduğu inancıdır.³ Şu halde Mâlik'in mezarında "emlû ehli'l-Medine", Sünnet ve Sahabe tatbikatını bir arada ihtiva etmektedir.

Nitekim, Mâlik'in "el-emr el-müctama' aleyh" deyimini kullandığı yerleri tek tek incelediğini söyleyen, Baltacı da bu deyim ile ifade edilen çözümler arasında Kitab ve Sünnet nasslarına, Medine bilgilerinin ittifakına, Sahabî fiili veya kavline, Tabii kavline ve ictihada dayalı geçitler bulunduğu sonucuna varmakta, ancak ictihada dayananların da yine Selef'den yapılmış nakillerle icabatlı olduğunu ifade etmektedir.⁴

1. Kadî İyâd, Medârik, I, 68-69; Ebû Zehrâ, Mâlik, 333; Hülfî, Mâlik, I, 149.

2. Kadî İyâd, Medârik, I, 194; Bekir, Histoire de l'École Mâlikite, 41, (Ayrıca Lays b. Sa'd'e mektubu, bkz. Kadî İyâd, Medârik, I, 64-65).

3. İbn Taymiyye, Uşulü Medine, 26; (Tatâvâ's-Şeyh Aliş, I, 43'den naklen) Ebû Zehrâ, Mâlik, 330

4. Misalleriyle birlikte bkz. Baltacı, Menahic, II, 596-603

Böylece, Mâlik b. Enes'in metodolojisi içinde Amel'ü Ehlî'l-Medine'ye tanınan önemli rolün nereden kaynaklandığı daha iyi anlaşılmış olmaktadır.

Burada şuna da işaret edelim ki, Medine icmâ'ının Medine Örfünden ibâret bulunduğu iddiasının ¹ mevcut mu'talar karşısında oldukça aşırı olmasına mukabil, Mâlik'in vardığı hükümlerde içinde bulunduğu muhitin örfünü hiç dikkate almadığı da herhalde söylenemez.²

Mâlik'in metodolojisinde Medine icmâ'ı, rolünü özellikle birbirine muhalif iki hadisten biri için tercih sebebi olması durumunda ortaya koymaktadır. Amel, teâruz halinde, haberler arasında tercihin en kuvvetli sebebidir. Mâlikî ve diğer mezheplerin usûlcülerinden bir çoğu bu görüştedir. Ebû İshak İsfarâyînî ve Gazzâlî bunlardandır.³ Ayrıca Mâlik'in metodolojisinde Medine ameli ile desteklenen Sünnet'in Kur'anın umûmünü tahsis ve mutlak'ına tekyîd gücünü kazandığına işaret olunmalıdır.⁴

İşte Mâlik b. Enes, yetiştiği muhit olan Medinede müyahede ettiği ve kendisine intikal eden batbıkâtı kendisi açısından tetmin edici bulmuş ve fakat ne kuvatta'ında ne de başka yerde bunun hilafına amelin caiz olacağını asla söylememiş, sadece mücerred olarak bunun kendi buluşunun ameli olduğunu haber

1. Bernard-Baladi, "L'Ijmâ, Critère de Validité Juridique", 68-69.

2. Ebû Süne, Örf, 43; Hamidullah, "İslam Hukukunun Kaynaklarına Dair Yeni bir Tetkik", 65.

3. Gazzâlî, Mustasfâ, II, 396; Kevâ İyâd, Medarik, I, 70

4. Ebû Zehrâ, Mâlik, 288-289.

vermiştir. Nitekim, Halife Resid'in Medine-ameline muhalif olan tathikâtın önlenmesi konusundaki teşebbüsüne bizzat karşı çıkmış ve " Hz. Peygamberin ashabi değişik beldelere dağılmıştır; her birinin nezdinde diğerlerinin nezdinde bulunmayan bilgi vardır" demiştir.¹

1. İbn Kayyân, i'lâm, II, 332-333; Bu konudaki gelişmelerle ilgili değişik rivâyetler ve değerlendirmeleri için bkz. Bekir, Histoire de l'École Mâlikite, 35-37.

İKİNCİ BÖLÜM

İSLAM HUKUKUNDA NASSLAR

VE

NASSLARIN UYGULANMASI METODLARINA

KANUN HUKUKLARINDA KANUNLARIN UYGULANMASI METODLARI

AÇISINDAN BİR YAKLAŞIM

§:1- İSLAM HUKUKUNDA NASLAR

I- Kitap Kavramı

Kur'an'ın İslâm Hukukunun ana kaynağı olduğu, diğer bütün kaynakların gerçekte yine Kur'an'dan kaynaklandığı, bütün İslâm hukukçularının ittifak ettikleri bir noktadır.¹ Bunun içindir ki, Kur'an (ve bunun yanısıra Sünnet) hakkında yeterli bilgi sahibi olmayanların istihad ve kıyaslarının geçerli olmayacağı özellikle belirtilmektedir.²

Kur'an için yapılan pek çok tarif mevcuttur: "Mushaf-
ların kapakları arasında yedi meşhur harf üzere mütevâtir bir
nekil ile bize ulaştırılmış olan (Allah kelâmı)dır."³ şeklinde-
ki tarif bir misal olarak zikredilebilir. Bunların bizim açımız-
dan önem taşıyan unsuru " tevâtür yoluyla nakledilmiş olması" ö-
zelliklidir.⁴ Bu özellik, tevatür yoluyla nakledilmemiş kiraat-
lerin kaynak sayılıp sayılmayacağı tartışmasına ortaya çıkarmak-
tadır. Kur'anda arabçadan başka lafızlar bulunup bulunmadığı, her
surenin başındaki "basmale"nin Kur'an'dan âyet olup olmadığı,

1. Şâtıbf, Muvafakaat, III, 346 v.c.; Baltacı, Menhec,
II, 809.

2. Şârif, Risâle, s: 1469; Kadı İyâd, Tertîbu'l-medârik,
I, 91.

3. Gazzâlî, Mustasfâ, I, 101; Debûeî, Tekvîm(yzm.), v.5^b.

4. Meselâ bkz. Serahsî, Usûl, I, 279; Gazzâlî, Mustasfâ,
I, 101; Şevkârî, İ. Fuhûl, 29; Hasen Han, Usûlu'l-me'mûl, 39.

Kur'an hükmü verilebilmesi için hem lafız hem mananın şart mı olduğu, yoksa sadece mananın yeterli mi bulunduğu, "mu'ciz" olanın asgarî miktarı meseleleri usûl eserlerinde yer alan Kur'an-ın sınırlandırılması ile ilgili başlıca konuları teşkil etmektedir. Bunlardan birinci mesele, yorumda esas alınacak prensiplerle ilgili olduğundan, ileride kısaca ele alınacaktır. İkinci, üçüncü ve dördüncü meseleler ise, ibâdet hükümleri bakımından neyin Kur'an olarak nitelenebileceği ve neyin Kur'an olarak nitelenemeyeceğinin tesbitinde önem taşımaktadır; bunlar Kur'an'ın hüküm kaynağı özelliği ile doğrudan ilgili olmadığı için incelememiz dışında kalacaktır.¹ Meselelerin Kur'an'a dahil olup

1. Kur'an'da Arabça'dan başka lafız bulunup bulunmadığı hakkında görüşler için bkz. Gazzâlî, Mustasfâ, I, 105-106. Her suredeki besmele'nin Kur'andan âyet olup olmadığı hakkında tartışmalar için bkz. Gazzâlî, Mustasfâ, I, 102-105; Şevkânî, i.FUHÛL, 31; Serahsî, Usûl, I, 280-281; Amidî, İhkâm, I, 150-152; Debûsî, Tskvîm(yza.), v. 6^b. Kur'an hükmü verilebilmesi için hem lafız hem mananın gerekli mi olduğu yoksa sadece mananın yeterli mi olduğu konusunda bkz. Suhârî, Kesf, I, 23-26; Ebû Zehrâ, Ebû Hanife, 237-244; Serahsî, Usûl, I, 281-282. (Bu konuda ortaya konan nazari kaideler, Ebû Hanife'dan namazda Kur'an tercümesi okunmakla farızanın ifâ edilmiş olacağına dair, rivâyet edilen görüşe dayandırılmakta, dolayısıyla Arabça olmayan kiraatten de tilâvet seccdesinin gerekeceği, Kur'an tercümesine abdestli olmayanın dokunamayacağı, hayız veya niâs gören kadınlarla cünüplerin Kur'an tercümesini okuyamayacağı sonuçlarına varılıp varılamıyacağı tartışılmaktadır, mesele bkz. Ebû Zehrâ, Ebû Hanife, 238). "Mu'ciz"lik vasfı için asgarî miktar meselesi, namazda Kur'an'dan en az ne kadar okunursa kiraat farızasının ifâ edilmiş sayılacağı tartışmasını ortaya çıkarmaktadır. (Ebû Hanife bu meselede kolay gelen miktarı yeterli sayarken, Ebû Yusuf ve Muhammed b.

olmadığı tartışması, yazılı hukuklarda "kenar başlıkları"nın (matlab, note marginale, rant note) kanun metnine dâhil olup olmadığı meselesiyle kanunun sınırlandırılması bakımından nazarı bir benzerliği hatıra getirmekte ise de, pratik bakımdan bir benzerlik bulunmamaktadır; zira, az önce belirttiğimiz gibi "bezmela" ile ilgili tartışmaların şu veya bu yöndeki sonucu, Kur'an âyetlerinin yorumunda-kenar başlıklarının kanun metninin enlaşılmasında sahip bulunduğu- role sahip değildir.

Tevâtür yolu ile nakledilen Kur'an âyetlerinin kaynak olarak kabulünde İslâm bilgileri Fakir birliği içindedirler.¹ Bilginlerin çoğunluğu "Mushaf-ı Osmani" diye bilinen mütevatir olarak nakledilen mushaf dışında kalmış kiraatlara "Kur'an" hüknü atfetmemektedirler.²

Ebû Hanîfe ve tâbîlerine göre ise, tevatür yolu ile olmasa bile, "meşhûr" derecesindeki kiraat, kaynak değerine sahiptir. Şu kadar var ki, bu görüşün sahipleri de, bu nevi kiraati "Kur'an"a dahil bir kaynak olarak değil, esasî Hz. Peyğambere dayanan bir "habez" şeklinde değerlendirmektedir-

(Hasen en az üç kısa âyet veya bir uzun âyeti şart koştaktadırlar) Meselâ, bkz. Serahsî, Usûl, I, 299. Usûl eserlerinde, Kur'an bahsinde, ayrıca, Kur'an'da "mecâz" in bulunup bulunmadığı, Kur'an'daki "muhkem" ve "müteşâbih" in ne menaya geldiği konuları da tartışılmakta ise de esasen bunlar, (Kur'an'ın sınırlandırılması, neyin Kur'an sayılıp sayılmayacağı) konumuzu ilgilendirmedikleri için burada bunlara işaret etmedik. (Bu konular için bkz. meselâ, Amidî, İhkâm, I, 153-155; Gazzâlî, Mustasfâ, I, 105-107.

1. Amidî, İhkâm, I, 148.

2. Saltacı, Menâhic, II, 205

ler.¹ Dolayısıyla tartışma, "mevkuf haber" ve "Sahabî kavli"nin kaynak değeri meselesine kaymaktadır.

Şâzz olarak rivâyet edilmiş kiraatın ise, kaynak değere sahip olmadığı bütün bilgilerce kabul edilmektedir.² Nitekim, Ebû Hanîfe ve tabileri de, Ubey b. Ka'b'ın şâzz kiraatini dikkate almamışlardır.³

Burada "Mushaf-ı Osmânî" ye dahil olup olmayan kiraatler sözkonusudur.⁴ "Kıraat-i seb'a" ve "Kıraat-i aşere" diye bilinen kiraatlerin de ortaya koyduğu fikhî ihtilaflar vardır. Fakat bunlarda Kur'an'dan sayıp saymama kriteri sözkonusu değildir.⁵

Kur'an'ın, İslâm hukukunun ana kaynağı olduğunu gösteren ilk delil, yine kendi âyetleridir.⁶

1. Debûsî, Takvîm (yzm.), v. 7^a-7^b; Serahsî, Usûl, I, 281; İbn Mes'ûd'un Halde (5), 89'da yemin keffâreti hakkındaki âyetine ilâcesini yapan kiraati, usûl eserlerinin klasik misalini teşkil etmektedir. Özellikle Şâfi'ye izafe edilen çoğunluğun görüşünün savunması hakkında bkz. Âmidî, İhkâm, I, 148-150; Gazzâlî, I, 102.

2. Ali Hasebullah, Usûlu't-tegrî' el-İslâmî (1964), s. 18-19'den Baltacı, Menâhic, I, 272.

3. Meccîs Bakara (2), 104: Kaza orucu hakkında

^{7a} ilâvesi. Serahsî, Mebâfî, III, 75.
4. Debûsî, Takvîm (yzm.), v. 6^a (sarih olarak değil).

5. Kur'an tertibine göre bu ihtilaflar hakkında bilgi edinilemek için şu esere bakılabilir. Muhammed b. Muhammed b. Muhammed b. Salim Muhaysin, el-Muhezzeb fi'l-kıraat el-aşer ve tevcihiha min tarîk Teyyibeti'n-neşr, Mısır, 1969.

6. Devâlibî, Usûl, 30.

II- Sünnet Kavramı

İslâm ilimlerinin farklı disiplinlerinde değişik terim anlamlarına sahip olan "Sünnet" kavramı, usûlü'l-fıkh terminolojisinde, "Hz. Peygambardan nakledilen söz, davranış ve takrirler"i ifade eder.¹

Usûl eserlerinde karakter itibariyle hadis usûlü ile birleşen Sünnet incelemelerine ve bu açıdan bir çok görüş ayrılıklarına yer verilmiş olmakla birlikte "kaynak kavramı" açısından İslâm hukukçularının Sünnet üzerinde fikir ayrılığına raslanmamaktadır.²

Şâfiî tarafından, hüviyetlerine dair kesin açıklama yapılmazın, bazı kimselerce Sünnet'in kaynak olduğunun inkar edildiği veya tereddütler ileri sürüldüğü bize nakledilmekte ise de³, bu görüş sahipleri tarih içinde kaybolup gitmişlerdir.⁴ Kur'an âyetleri, Sünnet'in uyulması gerekli bir kaynak olduğunda kesinlik taşıdığından⁵, Sünnet'in delilleri üzerinde durmamıza gerek bulunmamaktadır.

1. İbn Hümân, Tahrîr, II, 223; Sibîî, Sünne, 47-49.

2. Hasan Han, Usûlü'l-ma'mûlî, 43.

3. Şâfiî, İhtilâful-hadis, 33-34, 47.

4. Osvâlibî, Usûl, 259.

5. Haşr(59), 7; Şâfiî, Risâle, s: 58.

Sünnetin nevileri arasındaki derecelendirmede, mütevâti sünnetin ilk sıraya oturtulması ve başkaca kritiğe tabi tutulmaksızın kesin kaynak kabul edilmesi noktasında İslâm hukukçuları fikir birliği etmişlerdir.¹

Lahabe tabakasında mütevâtir ölçüsünde değilken, Tebi'ûn ve etbau't-tâbiin tabakalarında tevâtür sayısında topluluklarca rivâyet edilmiş olmayı ifade eden "meşhur sünnet" te Hanefî usûl terminolojisinde özel bir yere sahiptir. Hanefîlere göre bu nevi sünnet "ilm-i tam'enîne" derecesinde kesinlik ifade ederse başkaca kritiğe gerek olmaksızın bağlayıcı hukuk kaynağı kabul edilir.²

Mütevâtirlik vasfını -ve Hanefîlere göre meşhurluk vasfını da hâiz olmayan "haberu'l-vâhid", her ne kadar İslâm hukukçularının prensipte bağlayıcı kabul ettikleri bir hukuk kaynağı ise de, hukuk kaynağı olarak baş vurulacak bu nevi sünnetin sınırlandırılmasında bir takım özel şartlar arayan hukukçular mevcuttur. Unutulmalıdır ki, Sünnet üzerindeki ihtilaflar, Hz. Peygamber'e aidiyeti noktasında düğümlenmektedir; yoksa mahiyeti üzerinde herhangi bir ihtilaf söz konusu değildir.³

1. Debûsî, Takvîn(yzm.), v. 7^b.

2. Perdevî, Usûl, II, 360-369.

3. Debûsî, Takvîn(yzm.), v. 82^a.

Hadîs kritiği konusundaki görüşler ve ihtilaflar bizim araştırma sahamız dışında kalmakla birlikte, kaynaklar teorisini oluşturan diğer kavramlarla ilişkili olmasına dikkate alarak ve tezin bütünlüğünü sağlama gayesiyle, biz burada, bazı doktrinlerin haber-i vâhid konusundaki karakteristiğini teşkil eder görünen birkaç özel şarta kısaca işaret edeceğiz:

Gerçek Ebû Hanîfe gerekse Mâlik b. Enes'in İslâm Hukukunun genel kural ve prensiplerine haber-i vâhid'in kabulünde bir kriter olarak baş vurdukları kaynakların hemen birleştiği bir noktadır.¹

Kur'anın zahirine aykırı düşen haber-i vâhid'in şâyet icmâ veya amel ile teyid edilemiyorsa reddi Mâlik b. Enes'e; Kur'an ve mütevâtir (hatta meşhur) sünnete aykırı bulunup da, nesihte aranan şartların bulunmaması sebebiyle neshine hükmedilemeyen haber-i vâhid'in reddi Ebû Hanîfe'ye nisbet edilen metodlar arazındadır.²

Çokça vuku' bulan ve usûlen bilgisi dışında kalabileceği düşünülmemiş durumlardaki rivâyetlerin de, -başka yoldan te'kid edilmemiş ise- reddi de Ebû Hanîfe'nin doktrinini için zikredilen bir metoddur.³

1. Debûsî, Te'âleul-nazar, 77; Pezdevî, Usûl, III, 249; Şâtıbî, Muvafakat, III, 21 v.d.; Keveserî, Fıkhü ehli'l-İrak, 34-35; Te'nîh, 153.

2. Debûsî, Takvîm(yzm.), v. 81^a-83^b, 84^a; Baltacı, Menâhic, II, 571-580.

3. Debûsî, Takvîm(yzm.), v. 81^a, 83^b, 84^a; Semerkandî, Mizân(yzm.), v. 146^a; Zencânî, Tahrîcül-furû', 15-17.

Kaynaklar, haber-i vâhid'in kabulü için Hanefî doktrin hakkında bir de, Sahabe'nin ihtilafına arz etme metodu zikretmektedir.¹

Amel'ü ehli'l-Medîne' ye aykırı haber-i vâhid'in kabul edilmemesi ise, Malik b. Enes'in metodları arasında zikredilir.²

Bir de Haricî kritik çerçevesinde düşünölebilecek bir metod olarak Ebü Hanife'nin râvide fakih olması şartını ileri sürmesi zikredilirse de, iyice incelendiğinde bu özelliğın hadisin kabulü veya reddi için müstakil bir kriter olarak kullanmadığı anlaşılmaktadır.³

Serahsî tarafından Ebü Hanife'nin, râvinin fakih olması sebebiyle hadis "tercih" etmiş olduğunun söylenmesi, Baltacı'nın tenkidine yol açmışsa da⁴ kanaatimizce yazar buradaki ifadenin "redd" değil, "tercih" lafzını taşıdığını dikkatten kaçırması olmalıdır.⁵

Bu konuda başka bazı tâlî şartlar zikredilmekte ise de, bunların nakli yönüne gitmeyeceğiz.

1. Debûsî, Takvîm(yzm.), v. 54^a.

2. Baltacı, Menâhic, II, 502 v.d.

3. Baltacı, Menâhic, I, 312-314. "Zâhir" lafzının rivâyetinde râvinin fakih olma şartı aranması hakkında bkz. Debûsî, Takvîm(yzm.), v. 60^b-31^a.

4. Baltacı, Menâhic, I, 314.

5. bkz. Serahsî, Mebeüt, I, 14.

§:2 - İSLAM HUKUKUNDA NASSLARIN UYGULANMASI
 METODLARINA KANUN HUKUKLARINDA KANUN-
 LARIN UYGULANMASI METODLARI AÇISINDAN
 BİR YAKLAŞIM

I- Kanun Kavramı ve Kanunlaştırma Hareketlerine

Genel Bir Bakış

Hukukun ne olduğunu herkes az-çok bilir. Ancak hukuk kavramının kesin bir tanımı önemli zorluklar ortaya çıkarır; bu hususta girilmiş olan bir çok araştırmaların henüz tamamen kabul edilmiş sonuçlara varamamış olması bunun delilidir. BÜYÜK Alman filozofu İmmanuel Kant, istihzalı bir ifade ile "hukukçular kendi hukuk kavramlarına hala bir tanım aramaktadırlar" demiştir. Bu sözler bugün zahi bütün değerini yitirmiş değildir. Nitekim, hukukun tam ve kesin bir tanımı üzerinde henüz birleşmiş değillerdir.¹

Esasen ZİİÜ ve derin kavramlara tanım atmak, genellikle zor bir iştir. Zaten hukukun tanımı meselesi, hukuk felsefesinin konusuna girer. Her ne olursa olsun hukuk, insan varlığını ve insan camiasını düzenleyen kural, düstur, emir ve yasaklar dan mürekkep bir bütündür. Karışıklığa ve anarşiye engel olmak

1. Fel Vecchio, Hukuk Felsefesi (trc., Erman), 262;
 Schuartz, Medeni Hukuk, 2 ; Steay, H.M. Genel Teorisi, 20.

Üzere insan varlığı için böyle bir nizam ihtiyacı vardır.²

Kanun kelimesinin hemen bütün dillerde iki anlamı vardır. Birincisi, belli şartlar altında belli olayların belli sonuçlar vereceğini ifade eder. Sosyal ve ekonomik olaylar özellikle tabiat olayları arasındaki illiyet ilişkisi bu anlamda birer kanundur.²

Hukuk dilinde ise, (latince "lex", Fransızca "loi", Almanca "Gesetz") kanun terimi ile, Devletin yetkili organı tarafından, usûlüne (şekil ve şartlarına) uygun olarak isdar olunan, ilen edilerek yürürlüğe konan hukuk kuralları anlaşılır.³

Yetkili bir merci tarafından konulan hukuka genel tarzda "mevzu hukuk" denir.⁴ Hukuk kurallarının belli bir şekilde yürümüş kısmını teşkil eden kanunlar, mevzu hukuk içinde baş yeri tutar.⁵

İnsanlığın ilk çağlarında hukuk, örf ve âdet şeklinde meydana gelmiştir. Hukukun büyük kısmını, hatta bazen tamamını insanların devamlı uygulamalarından husule gelen, bu örf ve âdet kuralları kaplıyordu.⁶

1. Schwarzs, Medenî Hukuk, 2. Bazı hukuk tarifleri, tahlil ve tartışmaları için bkz. Atay, M.H. Genel Teorisi, 20; Çağır, Hukuk Metodolojisi, 92-107; Del Vecchio, Hukuk Felsefesi (trc., Ermen), 262 v.d.

2. Bilge, Hukuk Başlangıcı, 51.

3. İnce, Medenî Hukuk, 131-132.

4. Atay, M. H. Genel Teorisi, 23.

5. Atay, M.H. Genel Teorisi, 23, 27.

6. İnce, Medenî Hukuk, 2.

Bununla birlikte tarihin çok eski devirlerinden beri hukuk kurallarının büyük kanunlar halinde toplanması olayına raslanmaktadır. Eski Yunanlılarda Solon Kanunları, M.Ö. V. yüzyılın ortalarında Roma'da hazırlanan XII levha Kanunu¹, M.Ö. XXIII. yüzyılda Babil'de hazırlanan Hammurabi Kanunu ve M.S. VI. yüzyılda Bizansta Iustinianus zamanında hazırlanan Corpus Iuris Civilis eski devirlerde girişilen kanunlaştırma hareketlerinin örneklerini teşkil ederler.² Yine Osmanlı İmparatorluğu dönemindeki en meşhur kanunnâmelerden Fatih Sultan Mehmed'in ve Kanûnî Sultan Süleyman'ın kanunnâmeleri bu arada zikredilebilir.³ Ancak, sistem ve muhtevaları itibariyle bu kanunlar, modern anlamda birer kanunlaştırma eseri sayılmamaktadır. Bunlarda, hukukun çeşitli bölüm ve kollarını ilgilendiren hükümlere bir arada yer verilmiştir.⁴

Kanunlaştırma, biri genel, diğeri de özel olmak üzere iki anlama gelir. Genel anlamda kanunlaştırma, kanun halinde kurallar koyma, yani kanun yapma (taknîn, legislation) demektir. Özel anlamda kanunlaştırma ise, mahallî hukuku birleştirme gayesiyle ve hukukun bir kolu ile ilgili olmak üzere kanun üzerinde kurallar koyma (tedvîn, Codification) demektir. Medenî hukuk

1. bkz. M.V. Martin, Solon et l'esprit de législation dan naklen İmre, Medenî Hukuk, 2.

2. Ataay, M.H. Genel Teorisi, 59.

3. Kanunnâmeler hakkında bilgi için bkz. Barkan, İA., "Kanun-nâme" maddesi.

4. Ataay, M.N. Genel Teorisi, 60.

alanında bu anlamda kanunlaştırma XVIII. yüzyılın ikinci yarısında başlamıştır.¹ Avrupada XVIII. yüzyılın sonlarında başlayan ve XIX. yüzyılda İngiltere dışında bütün kıtaya yayılan akımının², burada bizim açımızdan özel önem taşıyan yönü, sistem ve muhtava özellikleriyle daha önceki kanunlardan farklı, kısaca modern anlamda kanunlar meydana getirmeyi hedef almış olması değildir.

Burada bizim için birinci deracede önemli olan nokta şudur: Söz konusu kanunlaştırma hareketlerinden önce, birtakım kanunların yapıldığı ve yine, pratik hukuk sahasının çok önemli gelişmelere sahne olduğu, meselâ kendi zamanlarında olduğu gibi sonraki asırlarda da haklı şöhretlerini koruyan Romalı hukukçularca hukukun ana kavramları ve uygulamaları konusunda çok önemli merhaleler katedildiği bilinmekle beraber³, İslâm hukukçuları tarafından "usûlü'l-fıkh" adı ile ortaya konan ilmi çalışmalardan önce, kanun fikrine dayalı bir pozitif hukuk külliyatı meydana getirme hedefini güden hukuk kanunlarının teorisini ortaya koyan ve teğri' (légiférer, kanun koyma), tefsir (interpréter, yorumlama), resih (abroger, yürürlükten kaldırma) gibi metodları inceleyen bir hukuk ilmi çalışmasına tesadüf edilmemektedir.⁴

Justinianus'un Corpus Iuris Civilis'i belki de hukuk metodolojisi sahasında da öncülük için Romalı hukukçulara

1. Atay, M.H.Genel Teorisi, 59.
2. İmre, Madenî Hukuk, 67.
3. Umur, Roma Hukuku, 284.
4. Hamidullah, "La Philosophie Juridique", 137; "Usûlü'l-fıkhın Tarihi", 31-32.

Önemli bir imkan sağlamış olacaktı . Fakat, bizzat Iustinianus zamanında bile gerçek bir kanun gibi tatbik edilebildiği epeyce şüpheli olan bu kanun, artık Roma toplumunun parlak devirlerindeki seviyesine sahip bulunmayan bu toplumun varislerince değerlendirilememiştir.¹ Her nekad XI. asrın sonu ve XII. asrın başlarından itibaren, bir Digesta metninin bulunmuş olması başlıca amillerinden biri olarak gösterilen yeni bir canlanma hareketi görülmekte ve sonra Glassatorlar ve Postglassatorlar diye bilinen hukukçuların Roma hukuku mirasını değerlendirmek için büyük çabalar sarfettikleri müşahade olunmakta ise de,² kodifikasyon hareketlerini takibeden yıllara kadar Avrupada yine kanun fikrine dayalı hukuk metodolojisi çalışmalarının ortaya konduğuna raslanamamaktadır.

İşte biz bu bölümde, hukuk tarihi içinde, kanun fikrinden hareketle sistematik bir şekilde ortaya konmuş hukuk metodolojisi çalışmalarının ilk örneğini teşkil eden ve hukuk ağacının dalları (furfu') mesâbesindeki salt hukuk kuralları kolleksiyonundan ayrılmak üzere, İslâm hukukçuları tarafından usûlü'l-fıkâ (hukuk kökleri) adı ile anılan³ disiplinde, daha doğrusu bu alandaki eserlerde yer alan nasların uygulanması metodlarını, az önce sözünü ettiğimiz kodifikasyon hareketleri dolayısıyla kara Avrupası hukuk ilmi çalışmalarınca ortaya konan, kanunların uygulanması metodları bakımından bir yaklaşımla ele almaya çalışacağız. Ancak, bu yaklaşımda İsviçre.- Türk Medenî kanununca

1. Umur, Roma Hukuku, 258.

2. Umur, Roma Hukuku, 260 v.d.

3. Hamidullah, "La philosophie Juridique", 137; "Usûlü'l-Fıkâhın Tarihi", 31-32; Del Vecchio, "Les diverses sources du droit", 37.

kabül edilen görüşü esas alacak ve en genel hatlarla yetinice-
 öiz.

Söze yardımcı mi? Belki, "Kur'an, kodifikatörü Hz. Muhammed olan bir ted-
 vin sayılabilir mi?"¹ sorusunu ortaya attıktan sonra, "şüphesiz-
 ki, XIX. asrın kodlarına bakarak bir tedvin fikri edinmiş olan-
 lar için bu söze ^{cevap} müsbat verilmesi mümkün değildir."² tarzında
 görüşünü açıklayan Fındıkoğlu'nu takiben, İslâm hukukundaki nass-
 larla, modern kanunlar arasında bir benzerlik kurulması konusun-
 da tereddüde düşülebilir ve hatta olumsuz sonuca varılabilir. An-
 cak yukarıda da işaret ettiğimiz üzere, burada biz, sistem ve muh-
 tava özellikleri bakımından modern kodifikasyon ile İslâm teqrîi
 arasında bir benzerlik arama gayreti içinde bulunmamaktayız. Za-
 ten mutlak anlamda İslâm teqrîini bir kodifikasyon olarak müta-
 lea etmek de, Kur'an ve Sünnet'in, Câhiliyye hukukunun kanunlaş-
 tirılmasından ibaret sayılması gibi sakıncalı bir sonuç doğu-
 racaktır. Bizi bu yaklaşıma iten âmil, İslâm hukukunun aslî kay-
 nakları olan Kitap ve Sünnet nasslarının İslâm hukukçularına
 kanun fikrinden hareketle bir hukuk metodolojisi çalışması içi-
 ne girebilmelerine imkân hazırlamış olduğu vâkiesi ve bu çalış-
 maların mahaülû olan metodlarla modern kodifikasyonu takiben bu
 sahada ortaya konan metodlar arasında dikkat çekici benzerlikle-
 rin müşâhadesi olmuştur.

1. Fındıkoğlu, Hukuk Sosyolojisi, 212.

2. Fındıkoğlu, Hukuk Sosyolojisi, 212.

II- Kanunların Özellikleri, Yürürlüğe Konması ve Kaldırılması Açısından İslâm Hukukunun Nasslarına Bir Bakış

1- Kanunların Özellikleri

Geniş veya materyal (maddî) anlamda kanun, meydana gelmiş şekline ve meydana getiren makama bakılmaksızın, sürekli, objektif ve genel karakterdeki normları ifade eder. Bu sebeple kanunun emrettiği işleri belirtmek ve kanunlara aykırı olmak üzere, yürütme organının hazırladığı tüzükler, yönetmelikler ve kararâmelerde materyal bakımından kanun karakterine sahiptir, bunların hepsine birden "mevzûât" denir.¹

Dar veya formal "şekil" anlamda kanun ise, devletin, yasama organınca ve usûlüne uygun şekilde ortaya konmuş irâdeî demektir.² Yasama organının ekserî işlemleri objektif karakterde olmakla birlikte, herşeyin bu nitelikte olduğu söylenemez. Materyal anlamda kanun belirlilik, genellik, süreklilik (hukuk kurallarının mücerredliği), eşitlik niteliklerine sahip olmalıdır.³

Materyal anlamda kanunlar, kuvvetlerine göre derecele-

1. Aral, Hukuk ve Hukuk Bilimi, 96; Bilge, Hukuk Başlangıcı, 50.

2. Aral, Hukuk ve Hukuk Bilimi, 95.

3. Bilgi için bkz. Ataay, M.H. Genel Teorisi, 103-112; Bilge, Hukuk Başlangıcı, 56-59.

nirler: Anayasa, kanun, tüzük, yönetmelik. Kanunlar da, süreli kanun-süresiz kanun, millî kanun-milletlerarası anlaşmalar gibi çeşitlilikler arzeder; Bu arada kanun gücünde kararnâmelerin de kanunlar arasında yer aldığı belirtilmelidir.¹

Özellikle hukukun belli bir kolunu düzenleyen büyük kanunlar, bir sisteme göre hazırlanırlar. Kanunun sistemi, içbağlantısı ve hatta kenar başlıklarının kanunun yorumunda önemli bir etkisi vardır.²

İslâm Hukukunda kanun fikrine dayalı bir hukuk metodolojisi çalışmasına imkân hazırlayan metinlere "nass" adı verilmektedir. Nass deyince genellikle, Kitap ve Sünnet metinleri birlikte kastedilir.³ Usûlü'l-fıkıh eserlerinde kanun koyma (teşri') yetkisi ile ilgili görüşlere "İslâm hukukunda menşe' anlamında kaynak" başlığında işaret etmiştik,⁴ kısaca tekrarlayacak olursak bütün doktrinler kanun koyucunun (şâri') Allah olduğu noktasında müttefiktirler ve bir doktrin haline gelmemiş bazı istisnâî görüşler bir yana bırakılırsa yine bütün İslâm bilgilerinca, Hz. Peygamber'de, Allah'ın kitâbı ile kendisine verilmiş olan yetkiye istinâden kanun koyucu (şâri') addedilmektedir.⁵ Şu halde Allah sözü, ya da Hz. Peygamber'in sünneti olarak kabul edilen her mu'ta formel anlamda kanundur. Metnin

1. Bilgi için bkz. Bilge, Hukuk Başlangıç, 59-65, 71-75.

3. bkz. Serahsî, Usûl, II, 128, 129, 142.

4. bkz. s.

5. Şâri'i, Risâle, s. 59; Hasan Han, Usûlü'l-me'mûl, 43.

sıhhatinin anlaşılmasıyla formel kanun belirlenmiş olmaktadır.¹

Hukuk dışı konuların da ele alınmış olması sebebiyle Kur'an ve Sünnet'in materyal anlamda kanun özelliklerini taşımadığı düşünülebilirse de, Kur'an ve Sünnet'in birer hukuk kodları kolleksiyonundan ibaret olmadığı dikkate alınırsa bu tereddütün önemi kalmamış olur. Modern kanunların sistematiğini bu iki kaynakla aramaya çalışmadan önce de, bu özellik gözönünde bulundurulmalıdır. İslâm teşrii içinde, olayların vukûna göre konmuş müferit hükümlerin önemli bir yeri varsa da,² mücerred hükümler, genel hukuk kuralları ve hatta hukuk prensipleri vaz eden nassların yekûnü az değildir.³ Bu durum, yine yukarıda belirtilen özelliklerle birlikte gözönüne alınınca, İslâm teşriini ne kazuistik metotla ne de mücerred metotla meydana getirilmiş bir kanunlaştırma olduğu sonucuna varılabilmesine imkân tanımaz. Fakat, Materyal anlamda kanunun özellikleri arasında yer alan süreklilik (hukuk kurallarının mücerredliği) kavramını⁴, kanunlaştırma tekniği bakımından söz konusu olan mücerredlikle karıştırmamak gerekir. Mücerred metotla hazırlanmayıp kazuistik metotla hazırlanmış bile olsa, kanun belli bir tek olay hakkında değil, fakat aynı olan diğer bütün olaylar hakkında uygulanır; kazuistik metotla hazırlanmış olan kanun da bu bakımdan mücer-

1. Milliot, Introduction à l'Étude de Droit Musulman, 113.

2. Milliot, Introduction, 104-105; Zeydan, Usûl, 264.

3. bkz. Şâtıbî, Muvâfakaat, III, 46 v.d.

4. Bilgi için bkz. Planiol/Ripert/Boulanger, Traité Élémentaire de Droit Civil, I, 5. Baskı, Paris, 1950, s. 11, 93.

Zikreden: Atay, M.H. Genel Teorisi, 111.

reddir.¹ İslâm hukukunda husûlcüler bu özelliği "el-^cibra bi'l-^cumûmi'l-lafz, lâ bi-nusûsi's-sabeb" (lafzın umûmu dikkate alınır, sebebin husûsiliği değil.)² ve "el-asl fi'l-edille el-^cumûm ve in kânet bi sîğati'l-husûs" (husus sîğası ile de olsa delillerde asl olan umûmdur.)³ şeklinde ifade etmişlerdir.

Bununla birlikte "esbet-i nüzûl" ve "sebab-i vürûd" deyişimi ile belirtilen ve nassların geliş sebebinin teşkil ettiği naklediler olayların, nassların yorumunda önem taşıması, yukarıdaki prensibi ihlâl etmez. Bu, kanunlar hazırlık çalışmalarının ve esbâb-ı mûcibe lâyhalarının kanunların yorumundaki rolü⁴ ile benzerlik göstermektedir.

Aynı prensiple bağlantılı olarak, kanunların genelliği ve eşitliği özelliklerini nasslar üzerinde gözlemek mümkündür. "genellik" özelliğini taşımadığı için sadece formel anlamda kanun olarak kabul edilebilen düzenlemelere modern kanunlaştırma-larda rastlandığı gibi, nasslarda da aynı istisnâî durumlarla karşılaşılmakta ve usûl ilminde bunlara "muh'tasssun bih" nasslar denmektedir.⁵

Kanunların belli yani yazılı olma niteliği, özellikle hukuk güvenliği açısından önem taşır. Yayımlanmak sûreti ile ilan edilen kanun herkesin bilgisine sunulmuş olur. İslâm hukukunda ki, bildirilmeyen sorumluluğu yüklenemeyeceği prensibinin⁶

1. Ataay, M.H. Genel Tercisi, III.

2. Misalleriyle birlikte bkz. Zeydan, Vecfz, 263-264.

3. Şâtîbî, Muvâfakaat, III, 50-51.

4. bkz. s.

5. Misaller için bkz. Şâtîbî, Muvâfakaat, III, 51-52.

6. İsra(17),15, En'am(6),131.

kanun anlayışına da yansıdığı görülmektedir. Sahâbe devrinde Kur'an'ın toplanıp çoğaltılması, bu açıdan bir ihtilâfa meydan bırakmamış olduğu halde bu dönemde sünnet için aynı sonuca varılamamış olduğundan daha bir süre nass olarak kabûlü yönünden bir kısım sünnetler üzerindeki ihtilâfler sürüp gitmiştir. İslâm hukukunda, usûlcülerin kanunun "bilinir (ma'cûm) veya bilinir hükümünde (fi hukmi'l-ma'cûm) olması" gereği şeklinde vaz ettikleri prensip¹, modern hukuklardaki "kanunların aheniyeti" prensibi ile benzerlik göstermektedir.²

İslâm hukuk metodolojisinde, gerek kitab ve gerekse sünnet nasslarının şâri'in (kanun koyucunun) hükmü ve bağlayıcı kaynak olduğu noktasında hemen tam bir ittifak bulunduğu daha önce işaret edilmişti.³ Fakat bu, belli bir olay hakkında nasslardan farklı anlam çıkarması halindedir. Farklı anlamlar bulunması (teâruz) halinde ise, tek anlama ulaşabilmek için nesh (yürürlükten kaldırma), tahsis ve takyid (özel hükmü uygulama) gibi metotlara başvurulmakta ve nasslar arasındaki derecelendirmeler önem taşımaktadır. Bu metotlar üzerindeki ayrılıklara yerli geldikçe anahatlarıyla işaret olunacaktır. Burada kısaca Kur'an ve Sünnet'in birbirine nisbeti hakkında bilgi vermek istiyoruz:

Kur'an İslâm hukukunun ana kaynağıdır. Sünnet, bağla-

1. Gazzâlî, Mustasfâ, II, 86. Eş'arî'ye nisbet edilen "teklîfi mâ lâ yutâk'ın cevâzi" prensibi hakkında açıklamalar için de aynı yere bkz.

2. Devâlibî, Usûl, 257-259.

3. bkz. e.

yıcılık gücünü Kitap'den aldığı için kaynaklar hiyerarşisi içinde ondan sonra gelir¹ ve esasen kitab'ın bir uzantısı addedilir.² Sünnetin bazı durumlarda müstakil tarzda hukuk kuralı koyup koyamayacağı tartışılmıştır. Bu noktaya işaret etmek üzere Şâfiî, Sünnet tarafından getirilen hükümleri üç kısma ayırır:

1) Allah tarafından hakkında Kitap nassı indirilmiş bir konuda, Hz. Peygamberin Kitap nassının aynen benzeri bir hükmü açıklaması,

2) Allah tarafından mücmei tarzda Kitap hükmü indirilmiş bir konuda, Hz. Peygamberin bundan kasdedilene açıklayan hükümler getirmesi,

3) Hz. Peygamberin hakkında Kitap nassı bulunmayan bir konuda Sünnet ortaya koyması.

Şâfiî, Hz. Peygamberin sünnetlerinin bu üç şeklin dışı çıkamayacağını, bu tasnife herhangi bir muhalefetin bulunduğu bilmediğini, bunlardan ilk ikisi üzerinde ihtilaf edilmediğini, Üçüncüsü üzerinde ise görüşler bulunduğunu söylemektedir.³

Görüldüğü üzere birinci şekilde, Sünnet'in Kitabı te'kid etme, ikinci şekilde, Kitabdaki bazı hükümlerin detayla rını bildirme, üçüncü şekilde ise, müstakil hüküm koyma fonksiyonları söz konusudur. Üçüncü şekil üzerindeki ihtilaf daha çok

1. Nitskin Muaz hadisinde, Hz. Ümerin Kadı Şurayh'a mektubunda; Sahabe, Tabiin ve doktrin sahiplerinin konu ile ilgili sözleşinde bu sıralama daima dikkati çekmektedir. Sibâî, Sünne, 377-378.

2. Pezdevî, Usûl, II, 359; Euhârî, Keşf, II, 359; Şâ-tibî, Muvafakaat, IV, 12 v.d.; Devâlibî, Usûl, 29.

3. Şâfiî, Risâle, g: 299 v.d.

lafza dayanmaktadır. Hemen, bütün görüşler, Sünnet'in, Kitab'ta hükmü bulunmayan olaylar hakkında da hükümler getirdiği noktasında birleştiği halde, kimi bunun bir istiklâli ifade ettiğini, kimi ise bunların yine de Kitab'dan bir dayanağı olduğunu savunmaktadır.¹

2- Kanunların Yürürlüğe Konması ve Kaldırılması

Kanunların yürürlüğe konması yayınlanmak suretiyle olur ve genellikle yayınlanma tarihinde yürürlüğe girerler. Bizim yaklaşımımız açısından önem taşımadığı için bu konunun detaylarına girmekte fayda görmüyoruz.²

Kanunların yürürlüğe girmelerini tayin işi oldukça basit de, yürürlükten kalkmalarını tayin işi, o kadar sade ve basit değildir.³ Bir hukuk kuralı derece bakımından ya kendisi ilahî olan ya da üstün olan ve sonradan konulan bir hukuk kuralı tarafından yürürlükten kaldırılabilir.⁴ Yürürlükten kaldırma, kavram itibariyle iki şekilde olur: Bazen önceki kanun bütünüyle, ilgâ edilir, bazen değiştirme yoluyla(kısmen) ilgâ edilir. Şekil bakımından da yürürlükten kaldırma ya sarih ya da zımî

1. Sibâfî, Sünne, 379-385; Devâlibî, Usûl, 269-271. Konunun tartışması için ve özellikle Sünnet hükmünün Kitab'a dayandırılma yolları hakkında bkz. Şâtibî, Muvâfakaat, IV, 12-55

2. Bu konuda bilgi için bkz. Ataay, M.H.Genel Teorisi, 115-116; Bilge, Hukuk Başlangıcı, 253-257.

3. Bilge, Hukuk Başlangıcı, 257.

4. Ataay, M.H.Genel Teorisi, 116; Hamidullah, "La Philosophie Juridique", 142.

olur,¹ Esasen yeni çıkan bir kanunda ne serih ne zımnî olarak ilgâ hükmü bulunmasa bile, kendisine muhâlif olan eski kanunların tamamı veya muhâlif hükümleri ilgâ edilmiş sayılmak gerekir. Ancak bu gibi hallerde, keyfiyyetin takdiri oldukça zorur ve bu işin halli doktrine ve özellikle mahkeme icihadlarına düşmektedir. Bir de, bazı ülkelerde Anayasa Mahkemesi tarafından kanunların yürürlükten kaldırılması yolu vardır.²

İslâm hukuk metodolojisinde nesh konusu önemli bir yer tutar. Usûl terimi olarak nesh, "şâri'in (kanun koyucu) şer'î hükmü sonraki şer'î bir delil ile kaldırması, yani sonraki bir nassla önceki nass hükmünün süresini sona erdirmesi" demektir.³

Usûlcüler arasında baskın görüş, ne Kitap ne de Sünnet'in icmâ veya Kıyas'la neshedilemeyeceği yönündedir.⁴ Kitap ve Sünnet'in neshi konusunda dört şık söz konusudur: a) Kitabın Kitapla neshi, b) Sünnet'in Sünnet'le neshi, c) Kitab'ın mütevâtir Sünnet'le neshi, d) Mütevâtir sünnet'in Kitap'la neshi. Usûlcülerin ekseriyeti bütün bu şıkların mümkün olduğu kanaatinde-dir.⁵ Şâfiî ise, bir nassın ancak benzeri ile neshedilebile-

1. Gény, Methode d'interpretation, I, 249.

2. Bilge, Hukuk Başlangıcı, 257-259; Ataay, M.H.Genel Teorisi, 116-117.

3. Diğer tariflerle birlikte bkz. Buhârî, Keşf, III, 158-159; İbn Abdışşekûr, Müesüllem, II, 53.

4. Pezdevî, Usûl, III, 174-175. Dolaylı izahlarla sonu itibarıyla nasslara dayandırılan icmâ ve Kıyas'ın nassları neshedilemeyeceği görüşleri ve tartışması için bkz. Buhârî, Keşf, III, 174-176.

5. Debûsî, Takvîn (yzm.), v.91^a. Delil ve tartışmaları ile birlikte bkz. Pezdevî, Usûl, III, 175-188; Buhârî, Keşf, III, 17

ceği prensibini savunur ve son iki şıkki kabul etmez.¹

Usûl eserlerinde de, hükmün bütünüyle ilga edilmesi ve değiştirme yoluyla (bi tarfki'l-havâle) ilga edilmesi şeklinde bir ayırımı yer verilmektedir.² Yine, hükmün neshedildiği konusunda kanunda hiç açıklama bulunup bulunmama halleri İslâm Hukukunun nasslarında da müşahede olunmaktadır.³

III- Kanunun/Nassın Uygulanması

1- Genel Olarak

Teknik ve özel anlamda "hukukun uygulanması" ile, hukuk kurallarının hâkim veya mahkeme tarafından uygulanması anlaşılmalıdır.⁴

Bizim için burada önemli olan nokta, kanun karşısında hâkimin durumu, yani kanunun uygulanması metodlarıdır. Yazılı hukuk sistemlerinde kanun, hukukun başlıca kaynağını teşkil ettiği için Türk Medenî Kanununun birinci maddesinde, hâkimin her şeyden önce kanunu gözdeünde bulundurarak hüküm vermesi esası kabul edilmiştir.⁵ Bu maddenin metninde geçen "kanun" kelimesinin sırf özel anlamda kanunlar olarak değil, geniş anlamıyla yani mevzuat olarak anlaşılması gerektiği doktrinde ısrarla belirtilmektedir.⁶

1. Şâfiî, Risâle, s: 314 v.d. 329-330.

2. Pezdevî, Usûl, III,179-180

3. Misai için bkz. Pezdevî, Usûl, III,186.

4. İmre, Medenî Hukuk, 144-145.

5. Ataay, M.H.Genel Teorisi, 27,99.

6. Ataay, M.H.Genel Teorisi, 99.

Toplum hayatında ortaya çıkacak bütün olayları önceden farz edip, hiç bir olayı dışarıda bırakmayacak şekilde kanunlar hazırlanması erişilemeyecek bir şeydir. Nitekim, bu yöndeki çabalar sonuç vermemiş ve kanunların hazırlanmasında mücerred metod tercih edilmiştir.¹

Kanunda olaya uygulanabilecek bir hüküm bulunmadığı zaman hangi metoda başvurulacağı hukuklara göre farklılıklar arz etmektedir. Bu konudaki değişik görüşlere "Kanun boşluklarının doldurulması" başlığında yer vereceğiz.²

Takib edilecek metod ne olursa olsun, hukukî ihtilafın çözümsüz kalmaması hukukun varlığının bir gereğidir. Nitekim, Türk Medenî Kanununun birinci maddesi, hâkime, çözmek zorunda olduğu meseleye uygulanacak kuralı gerektiğinde kendisinin koyma yetkisi vermiştir. Bu, hâkim için aynı zamanda bir görevdir.³

Kanunu uygulama durumuyla karşı karşıya kalan hâkimin ya önünde, çözeceği olaya uygulanabilecek bir hüküm bulunması ya da o olaya uygulanabilir bir hüküm bulamaması söz konusudur. Birinci halde olayı kapsayan kanun hükmünün araştırılması yani yorum ya da hâkim için boşlukların doldurulması yoluyla, olay o hükmün kapsamına dahil edilmektedir. İkinci halde ise, kanunda olaya uygulanabilir bir hüküm mevcut olma-

1. Meselâ ileride temas edilecek Purusya Devletleri Genel Land kanunu sonuçsuz kalmış çabaların bir örneğini teşkil eder.

2. bkz. Oğuzman, Medenî Hukuk, 78-79.

3. Oğuzman, Medenî Hukuk, 79.

diğından, kanun boşluklarının doldurulması metodlarına baş vurulmaktadır. Fakat bütün bu faaliyetler yine en geniş anlamıyla kanunun uygulanmasıdır.

Kanun hukuklarında olduğu gibi, İslâm Hukukunda da asıl kaynak nasslardır. Bir hukukî olay hakkında nassın varlığı halinde rey yoluna gidilemeyeceği, usûlcülerin hassasiyetle üzerinde durdukları bir noktadır.¹

Bununla birlikte, hayat olaylarının sınırsız olduğu, nassların iş, sınırlı bulunduğu, usûlcüler tarafından genellikle kabul edilmektedir.² Aynı şekilde, hiç bir hukukî olayın hükümsüz bırakılmayacağına da İslâm hukukunda bir prensip olduğu,³ Sahabe'nin hakkında nass yok diye hiç bir olayı hükümsüz bırakmadığı, nasslarda hüküm bulunmayan bir çok konuda hüküm verdiği⁴, bu prensibin Sahabe, Tabiün ve sonraki nesillerde geçerliliğini aynen koruduğu ve hatta İslâm hukuk külliyyatı içinde mevcut çözümlere bakıldığında bunların onda dokuzunu, nassların kapsamına katılamıyacak hükümler olduğunun müşahede edileceği⁵ yine usûlcüler tarafından belirtilmektedir.

1. Serahsî, Usûl, II, 66, 142.

2. Cessâs, Usûl (yzm.), 261^a; Cüveynî, Burhân, II, 743; Ebu'l-Hussein al-Basrî'nin ifâdesi için bkz. Buhârî, Kesf, III, 270-271. Nassların bütün olayları kapsayacak nitelikte olduğunu savunan İshirî'lerden "kanun boşluklarının doldurulması" başlığında söz edilecektir.

3. Cüveynî, Burhân, II, 743; Buhârî, Kesf, III, 271; Cessâs, Usûl (yzm.), 261^a.

4. Cüveynî, Burhân, II, 764-765.

5. Cüveynî, Burhân, II, 768.

2- Kanunda/Nassda Olaya Uygulanabilir Hükümün Bulunması

a. Olayı kapsayan kanun hükmünün araştırılması(yorum)

Kanunda uygulanacak hükümün bulunduğu kabulü, herşeyden önce özü veya zıd anlam itibariyle olayı kapsayan bir hükümün varlığının tesbitine bağlıdır.¹ Özü anlam, bir hükmün doğrudan doğruya ifade ettiği anlamdır. Zıd anlam ise, bu ifadenin aksinden çıkarılan anlamdır. Fakat bir hükümün zıd anlamını tesbit ederken ve uygularken çok dikkat edilmelidir.² Çıkarılan zıd anlamın (mefhûm-ı muhâlif, argumentum a contrario) isâbetle olup olmadığını genellikle hükümün gayesi gösterir³; bazen de bir hükümün zıd anlamının uygulanması başka hükümlerle sınırlandırılmış olabilir.⁴

Bir kanun hükmünün anlamının tesbitine o hükümün yorumlanması(tefsir, interprétation) denir.⁵

Yorumu yapan makama göre yorum, yasama yorumu (teşriî tefsir), yargı yorumu(kazâî tefsir) ve doktrin yorumu(ilmî tefsir) şeklinde üç çeşittir.⁶

1. Oğuzman, Medenî Hukuk, 48.

2. Gény, Méthode d'interprétation, I, 34.

3. Misal için bkz. Oğuzman, Medenî Hukuk, 49.

4. Misal için bkz. Medenî Hukuk, 49-50.

5. Oğuzman, Medenî Hukuk, 50

6. Bilge, Hukuk Başlangıcı, 271-273; İmre, Medenî Hukuk, 168; Oğuzman, Medenî Hukuk, 50, 86 v.d.

Nasların kapsamına alınamayan bir hukukî olay hakkında hükme varma faaliyetine "ictihadu'r-re'y", "el-ictihad fi'l-ahkâm" veya "re'y" denmektedir.¹ İctihadın da anlamı budur. Nasalarda hükmü bulanmayan bir olay için bu yola başvurulacağı Muaz hadisinde yer aldığı gibi² doktrin sahipleri tarafından da ifade edilmiştir.³

Geniş anlamda "ictihad" ise, yorum ve hâkim takdir yetkisi de dahil olmak üzere, hukukî olayın hükmünü tesbit için gösterilen çabanın tamamını ifade eder.⁴ Hz. Peygamberin "ictihad edip isabet edene iki ecir, hata edene bir ecir verileceği"ne dair hadisinden⁵ icthâdî sonucun karakter itibariyle hata ihtimali bulunan bir faaliyet olduğu⁶, anlaşılacağına göre, kesinlik taşımayan yorum ve takdir hallerinin icthad olarak nitelenmesi nasların ruhuna da uygun düşmektedir.

Dikkatten uzak tutulmaması gereken nokta, bütün bu faaliyetlerin en geniş anlamda nasların uygulanmasını hedef almasıdır.⁷

1. Serahsî, Usûl, II, 109, 132. Re'y ve icthad hakkında bilgi için bkz. Şener, "İslam Hukukunda Re'y ve İctihad", İFD. XIX, 123-131. Bu anlamda icthad karşılığı olarak "akl" ve "Kıyas" terimleri de kullanılmaktadır. bkz. Devâlibî, Usûl, 53-54.

2. Bu hadise "kanun boşluklarının doldurulması" bahsinde ayrıca incelenecektir.

3. bkz. Mâlik, Muvatta', ukûl 5 ve 10; Şâfiî, Risâle-g, 1326; s: 59 v.d.; Ahmed Emin, Duha, II, 187.

4. Gazzâlî, Mustasfâ, II, 229; Suhârî, Keşf, III, 268.

5. Şâfiî, Risâle, s: 1409.

6. Şâfiî, Risâle, s: 1410 v.d.

7. Serahsî, Usûl, II, 142; Gazzâlî, Mustasfâ, I, 6.

Kanun hükümlerinin yorumlanmasında ortaya atılmış çeşitli metodlar vardır. Bunlar en dar anlamdan en serbest anlamına doğru şöyle grublandırılabilir:

Kanunun sadece metnini gözönünde bulundurmak suretiyle onun anlamının tesbitine çalışılmasına lafzî yorum (interprétation littérale veya interprétation gramaticale) denir. Bu metotta göre kanunun anlamı, kelimelerin sözlük anlamları, metin içindeki yerleri, cümlenin kuruluş tarzı, kısaca dil hususiyetleri dikkate alınarak tesbit edilmelidir. Fransız doktrinindeki "şerh ve tefsir ekolü" (L' Ecole de L'exegése) bu metodu benimsemiştir.¹ Lafzî yoruma yöneltilen başlıca tenkid, kanunların metinlerine aşırı bir değer tanınması ve kanun koyucunun kanunlardaki bütün kelimeleri titiz bir elemenden geçirdikten sonra kullandığı varsayımına dayanılmasında düğümlenmektedir. Bu yorum metodu her zaman hükümün gayesine uygun sonuç vermemesi bakımından yetersiz görülen bir metoddur.² Mahkeme kararlarındaki sübjektifliği ortadan kaldırmak, bu suretle kararların kesin, kuvvetli ve önceden görülebilir olması gayesini gütmeye ve bununla hukuk güvenliğinin yerleşeceği iddiasındaki "kavram hukukçuluğu" veya "kavramlardan mantık yoluyla hüküm çıkarmak metodu" da sonuç olarak lafzî metoda dayandırılmaktadır.³ Alman Pandekt hukukunda en ileri safhaya götürülen mantık metodu (kavram hukukçuluğu) bir taraftan hukuk ilmini bir mantık ilmi haline sokmakta,

1. Bu konudaki aşırı düşünce hakkında bkz. Gény, Méthode d'interprétation, I, 30.

2. Atasey, M. H. Genel Teorisi, 211-212; Oğuzman, Medenî Hukuk, 51.

3. Bilge, Hukuk Başlangıcı, 273-274; İmre, Medenî Hukuk, 160-169.

diğer taraftan da kanunun mutlaklığı (l'absolutisme de la loi) fikrini dolayısıyla desteklemekte oluşu yönleriyle tenkide tabi tutulmuş ve terk olunmuştur.¹

Yukarıdaki tenkidler gözönüne alınarak, gâyeye göre yorumun (gâî tefsir, interprétation téléologique) zorunluluğine kanaat getirilmiş, fakat bu gâyenin nasıl tesbit edileceği konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Kanun hükümleri yorumlanırken, kanun koyucunun bu hükmü koyarken güttüğü gayenin, başka bir ifade ile kanun koyucunun gerçek iradesinin araştırılmasını hedef tutan yorum metoduna "sübjektif tarihi yorum metodu" denilmektedir. Kanun koyucunun iradesinin tesbitinin her zaman mümkün olmaması, kanunda ifadesinin bulunmadığı takdirde kanun koyucunun açıklanmamış niyetine bağlanmanın hukuk güvenliğini sarsacağı, bu metoda yöneltilen başlıca tenkidlerdir.²

Bu sebeple başka bir tarihi metod ileri sürülmüştür. Buna göre kanun koyucunun gerçek iradesinin araştırılması yerine kanunun uygulanacağı dönemde kanuna karşı olanların ,dürüstlük kuralı çerçevesi içinde, kanunun hazırlandığı sırada geçirdiği merhaleleri değerlendirerek kanun koyucuya izafe edecekleri gayeye göre kanun metnine verecekleri anlam esas alınmalıdır. Kanunun muhtabalarının güvenliğini koruyan bu metoda "objektif tarihi yorum metodu"denilmektedir. Kanunun, kanun koyucunun iradesinden bağımsız

1. Bilgi için bkz. İmre, Medeni Hukuk, 169-170.

2. Oğuzman, Medeni Hukuk, 51.

bir varlık kazandığı fikrini savunanlar, kanun koyucunun güven esasına göre tesbit edilen gayesine değer veren bu metodu da kabul etmektedirler.¹

Böylece, "kanunun bir defa meydana gelmekle artık evveliyâtında tamamen bağımsız bir varlık kazandığı" görüşünden hareket eden yorum metodu, yorumun kanunun hükmünün uygulanacağı zaman şartları içinde yapılması gerektiği, kanun koyucunun, kanunu koyarken güttüğü gayenin değil, fakat kanun koyucunun kanunun uygulanacağı sıradaki şartlar ve ihtiyaçlar karşısında bulunmuş olması halinde güdeceği gayenin araştırılması ve hükmün ona göre yorumlanması gerektiği fikrini ortaya koymaktadır. "Zamana göre objektif yorum metodu" veya "modern yorum metodu" diye adlandırılan bu metodu kanunun dinamik bir varlık haline geleceği ve hayatın değişen icablarına uymayı sağlayan bir elastikiyet kazanacağı ileri sürülmektedir.² Kanun metinlerine gösterilen aşırı derecedeki bağıllığa karşı XIX. yüzyılın sonunda doğan ve XX. yüzyılda yaygın hale gelen tepkinin sonucu sayılmak gerekir.³ Eski Fransız hukukçusu, François Gény'nin "Méthode d'interprétation et Sources En Droit Privé Positif" (Yorum Metodu ve Pozitif Özel Hukukta Kaynaklar" isimli eserinin bu konuda önemli etkisi olmuştur.⁴ Gény, bu eserinde pozitif hukukun her şeyden önce canlı kalma zarureti üzerinde ısrarla durmuş Pozitif hukukun sosyal

1. Öğuzman, Medenî Hukuk, 51.

2. Öğuzman, Medenî Hukuk, 51-52. Ayrıca bilgi için bkz. Atay, M.H. Genel Teorisi, 214-216; İmre, Medenî Hukuk, 173-175.

3. Atay, M.H. Genel Teorisi, 215.

4. Öğuzman, Medenî Hukuk, 79; Atay, M.H. Genel Teorisi

misyonunu yerine getirebilmesi için zengin bir yoruma ihtiyaç olduğunu savunmuştur.¹ Buna karşılık, modern yorum metodu, böylece kanunun zamanla muhtevası değişen bir zarf sayıldığı, bunun ise, kanun hükmü ile bağdaşamayacağı tenkidine ve Amerikalı hukukçu Cook'un, " hukukun nisbîliği'nden söz etmesine yol açmıştır.²

Bir de, yorum yapılırken kanun metni ile bağlı kalmaksızın tamamen serbest bir şekilde âdil sayılan bir çözüme varılabileceğini hatta bu çözümün kanunun metnine aykırı (Contra legem) dahi olabileceğini kabul eden yorum metodundan da "serbest yorum metodu" adıyla bahsedilmektedir.³ Bu metod, "serbest hukuk" (freies Recht, libre droit) diye bilinen "serbest hukuk ekolü" (Freirechtsschule) adıyla ekolleşmiş bulunan fikir ekolüna dayanmaktadır.⁴ Bu yorum metodunun zamana göre objektif yorum metodundan farkı, kanun metni ile hiç bir bağıllık kabul etmemesidir. Halbuki zamana göre objektif yorumda kanun metninin zamanın şartlarına göre değerlendirilmesi söz konusudur. Zamana göre objektif yorum metoduna yapılan tenkidlere ila ve olarak, sübjektif anlayışa yer vermesi ve böylece hukuk güvenliğini tamamen ortadan kaldırması Serbest Yorum Metoduna yöneltilen tenkidlerin merkezî noktasına teşkil etmektedir.⁵

1. Özellikle bkz. Gény, Méthode d'interprétation, II, 228

2. Kısay, M. H. Genel Teorisi, 216; Oğuzman, Medenî Hukuk, 52.

3. Oğuzman, Medenî Hukuk, 52.

4. Bu akım için bkz. Gény, Méthode d'interprétation, II, 330 v.d.

5. İmre, Medenî Hukuk, 199; Oğuzman, Medenî Hukuk, 52.

Türk Medenî Kanunu'nun 1. maddesinin 1. fıkrası, "kanun, lafzıyla ve ruhuyla temas ettiği bütün mesalelerde mer'îdir" diye serbest bir yoruma da cevaz bulunmadığını kabul etmektedir. Kanunu uygulayan, kanunun lafzı ve ruhuyla bağlıdır. Hâkimin ih-yaflar haklı gösteriyor diye kanunu değiştirmeye ve kanuna ay-kırı bir sonucu kanunun hükmü imiş gibi kabul etmeye yetkisi yoktur.¹

Medenî Kanunun sözü geçen fıkrası, bir hükmün anlamı tesbit edilirken, lafzî bir yoruma baş vurulacağını kabul etmek-tedir. Fakat lafzî yorumla tesbit edilmiş olan bu anlamla yeti-nilemeyecek, bu anlamın kanunun ruhuna uygun olup olmadığı kont-rol edilecektir. Kanunun ruhu ile bağdaşmayan anlam kabul edil-meyecek böyle bir durumda kanun metnine verilebilecek anlamların içinden kanunun ruhuna uygun olanın araştırılması gerekecektir. Eğer kanunun lafzî ile ruhu bağdaştırılamazsa; bu takdirde ka-nunun bir boşluğu bulunduğu kabul edilmek ve bu boşluk kanunun ruhuna uygun bir çözümle doldürülmek gerekir. Yargıtay bir ic-tihada birleştirme kararında bunu açıkça ifade etmiştir.²

Lafzî yorumla açık bir sonucu varılamamaı halinde de kanunun ruhunun araştırılması ile tesbit edilecek anlam esas teş-kil edecektir. Tesbit edilecek bu anlam, lafzî yorumla varılan anlamla eşit olursa, buna "açıklayıcı yorum", lafzî yorumla fark-li olursa buna da "değiştirici yorum" denir. Lafza göre farklı

1. Uğuzman, Medenî Hukuk, 53.

2. Uğuzman, Medenî Hukuk, 53.

sonuç, hükmün anlamını genişletirse, "genişletici yorum"dan, hükmün anlamını daraltırsa, "daraltıcı yorum" dan söz edilir.¹

Medenî Kanun, Kanunun ruhunun araştırılmasını emretmekte ise de, bunun ne anlama geldiğini, nasıl araştırılacağını belirlememiştir. Bu sebeple, hangi yorum metodunun uygulanacağı tartışma konusu olmaktadır. Bununla birlikte kanunun ruhunun araştırılmasında, şu unsurlara baş vurulması çoğunlukla kabul edilmektedir: Kanunun sistemi, kanunun hazırlık gelişmeleri, hükmün kanuna konma gâyesinin araştırılması, yorumun yapıldığı zamanın şartları ve ihtiyaçları, doktrindeki görüşler ve mahkeme kararları².

Buradaki yaklaşımımız açısından, İslâm hukukunda yorumu yapan makama göre birayırma gitmenin önemi bulunmadığına baştan işâret etmek faydalı olacaktır. Zira, burada esas olan, genel tarzda nasları yorumlama ve hüküm çıkarma yetkisine sahip olan kişilerdir. Bunların doktrin adamı ya da yergi görevlisi dâyesi nasların yorumlanması metodları açısından önemli olmaya arana ortak nitelik "müctehid" olmaktadır. Yapılan yorumun etkisi ise, pozitif hukukla ilgili bir meseledir ve yürürlük kaynaklarının tayininde önem taşır.

"Usûlü'l-Fıkıh"ın bir ilmi disiplin halinde ortaya konuşu ve bu konudaki gelişmelerin seyri hakkında söylenenler³, pren-

1. Atay, M.H. Genel Teorisi, 209; Öğuzman, Medenî Hukuk, 5

2. Öğuzman, Medenî Hukuk, 54-57.

3. bkz. s.

sip olarak disiplin içinde çok önemli bir yer tutan nassların yorumu ile ilgili kurallar hakkında söylenebilir.¹

İslam teşrihinin kendi şartları içinde Sahabenin sahip olduğu özellikler, onlara, bu konuda kurallar konmuş olmasının sağlayacağı faydaları fazlasıyla karşılamakta ve onları kurallar koymaktan müstağni kılmaktaydı.² Daha sonraki dönemde yavaş yavaş teoriye yönelme ihtiyacının duyulmaya başlandığını gösteren işüretler mevcutsa da, Şâfiî'ye kadar bu ihtiyacın vazıya dökülüşüne dair henüz bize kadar ulaşmış kesin bir vesıka mevcut değildir.³

Tebii ki, bu yorum kurallarının, usûl eserlerinde görülen detaylarıyla Şâfiî'nin eserinde yer aldığı anlamında değildir.

Fransız Medeni Kanunu hazırlanırken, ilk başkan kanunun yorumlanması ve kanun başlıklarının doldürülmesi ile ilgili kurallara, kanunun başına konacak bir fa il içinde yer verilmesi düşünüldürken, nihâî metinde bu faalin konmasından vazgeçildiğine işâret eden Fransız ansiklopedisi bu konuda bağlı kalacağı kurallar crıtaşa konaksızın hâkime tanınan yetkinin doğuracağı tehlikeleri karşısındaki endişelerini belirtmekten kendi-

1. Edib Salih, Tefsîru'n-nusûs, I, 90.

2. Devâlibî, Usûl, 91; Edib Salih, Tefsîru'n-nusûs, I, 90-91; İ. A. Serr, Câmi', II, 37; İbn Haldun, Mukaddime, 454.

3. Cüveynî, "Şerhu'r-Risâle"den: Mustafa Abdurrâzık, Temhid li Şerihu'l-felsefe el-İslâmiyye, Kahire, 1363 H. zikreden Edib Salih, Tefsîru'n-nusûs, I, 95-96; Yusuf Musâ, Târihu'l-Fıkıh, II, 165.

ni alamamıştır.¹ İşte İslâm hukukçularının, daha ilk sıralarda bu ihtiyacı hissedip, bu kuralları biraraya getiren büyük bir emek mahsulü ortaya koydukları görülmektedir.²

Nitekim, usûl eserlerinin ihtiva ettiği konular içinde yorum konusunun önemli bir nisbet teşkil ettiği rahatça farkedilmektedir. Şâfiî'nin eseri bir tarafa bırakılırsa, bize kadar ulaşmış usûl eserlerinin ilki ve en hacimli olan Cessâs'ın "usûlu'l-fıkâh"³ yorumla ilgil konuların, eserin bütününe nisbetle üçte biri aşan bir yer tutması, daha ilk tasniflerde bu konuya verilen önemi göstermektedir. Bu yönde gösterilen ictihad faaliyeti topluca "el-İctihad el-beyânî" adı verilebilir.⁴ İctihad-ı beyânî kuralları ile ilgili detaylar bizim gayemiz ve çalışmamızın hacmini açacaktır. Esasen, bizim de önemli ölçüde faydalandığımız ve Muhammed Edib Salih tarafından yapılmış bulunan "Tefsîru'n-nusûs fi'l-fıkâh el-İslâmî" isimli çalışma, yorumla ilgil terimlerin usûl eserlerindeki gelişme serirlerini adım adım takip etmek ve bunları hem derli toplu hep misillendirmeleriyle görmek isteyenler için oldukça doyurucu bir kaynaktır. Biz burada, bu paragrafa esas olan yaklaşımımız açısından genel bir bakışla yetineceğiz:

1. La Grande Encyclopédie des Sciences, des Lettres et des Arts, "Interprétation" mad., XX, 903-904'den Devâlibî, Usûl, 6-8, 422-424.

2. Berkî, Hukuk Mantığı, 3; Devâlibî, Usûl, 9, 424.

3. Atay, Felsefe, 82.

4. Devâlibî, Usûl, 425.

Esasen, nâssın hükmü, düşünmeye lüzum olmaksızın herkesin ittifakla kabul edeceği tarzda anlaşılabilirse, burada yorumun varlığından söz edilemez. Muhkem lafızların anlamı böyledir. Onların hükmü aynı zamanda icmâ ile sâbit sayılır.¹ Bunların uygulaması modern hukuklardaki "arrêt d'espèce" (olay kararları) e benzemektedir.²

İslam hukukçuları, zıd anlam itibarıyla olayı kapsayan bir hükmün varlığı halinde, nassta uygulanacak hükmün bulunmuş sayılıp sayılmayacağı konusunda birleşememişlerdir. Mütekellimin metodunda "delîlu'l-hitâb", fukahâ metodunda "el-mahsus bi'z-zikr" diye anılan mefhumu muhalifle (mefhumu'l-lakab hariç) hükmün sebit olacağı, İslâm hukukçularının çoğunluğunca kabul edilmiştir; Hanefî doktrinine mensup hukukçularca temsil edilen görüş ise, bunun aksini savunmakta ve karşı görüşle birleşen kendi far'î sonuçlarını "el-berâe el-asliyye" ve "el-ademe'l-asli" gibi prensiplere dayandırmaktadır. Ancak mefhumu muhalifle varılan sonucun, nâssın kapsamından mı sayılacağı yoksa kıyas olarak mı niteleneceği hususunda ve yine mefhumu muhalifin şartları ve çeşitleri hakkında başkaca ihtilaflar mevcuttur.³

1. Cessâs, Usûl (yzm.), v. 219^a.

2. Bu kavram için bkz. Oğuzman, Medenî Hukuk, 87-88.

3. Cessâs, Usûl (yzm.), v. 49^b; Amidi, ihkâm, III, 87-95, Ayrıca özlü bilgi için bkz. Şevkânî, I. Fuhûl, 178-183; Hasanî Han, Husûlu'l-me'mûl, 142-144; Edib Salih, Tesirü'n-nusus, I, 665-756.

Bir nassın anlamını tesbit için önce lafzi bir yoruma baş vurulması gereği üzerinde, İslâm hukukçularının da hemen tam bir fikir birliği ettikleri görülmektedir.¹ Buna göre nass, Arab dil hususiyetleri göz önünde bulundurularak dil yönünden incelenecek ve bir anlama varılmaya çalışılacaktır.² Ayrıca, usûlcüler tarafından nassların lafızları ve lafızların anlamları ile ilgili bazı önemli konular sistemleştirilmiş ve incece inceye işlenmiştir.

Usûl eserleri üzerindeki incelemelerimiz ve buralardaki tenkid sonuçlara esas olan çözümlerin delillendirilmesi konusunda yer yer usûl eserleri dışındaki kaynaklardan yaptığımız araştırmalar bizi, İslâm Hukukçularının anlayışında ruhi yorumun çok önemli bir yere sahip olduğu sonucuna götürmüş bulunmaktadır. Hangi yollarla tesbit edileceği konusunun, bir bütün halinde ve müstakil olarak usûl eserlerinde ele alınmamış olması, ilk bakışta isâbetsiz bir değerlendirme yapılmasına yol açabilir. Biz, gerek usûl eserlerinin değişik bahislerinden gerekse diğer kaynaklardan faydalanarak ve yine hareket noktamız olan yaklaşımdan ayrılmaksızın İslâm hukukçularının ruhi yoruma verdikleri önemle başlıca görüntülerine ana hatlarıyla işâret etmeye çalışacağız:

aa. Kanunun sistemi: Kur'an ve Sünnet nasslarının, is-

1. "İstislah" paragrafında işâret edilen küfi ve benzerlerinin görüşü ile "serbest hukuk ekolü"nü'nün anlayışı arasında bir benzerliğin bulunduğu düşünülebilir.

2. Arab dili hususiyetlerinin genel olarak fıkah ihtilaflarındaki rolü meyanında, özellikle sarf nahiv ve belâğat ile ilgili ihtilaflar hakkında bilgi için bkz. Güleç, Arab Dili Hususiyetleri, 23-46.

İlâm hukukçularına kanun fikrine dayalı bir hukuk metodolojisi çalışması imkanı sağlamış olmasına rağmen, ne Kur'an ne de Sünnet'in birer hukuk kuralları koleksiyonundan ve kendini sırf hukukla çevreleyen birer koddan ibâret bulunmadığına bu sebeple modern kanunlaştırma mahsûllerinin sistematiğini ve bu sistematiğin kanunun ruhunun araştırılmasındaki rolünü aynen Kitab ve Sünnet nassları için doğru olmayacaktır. Fakat bu Kitab ve Sünnet nasslarının birbiriyle bağlantısı olmayan parça parça hükümleri ihtiva ettiği, bir bütüne taşınmadığı anlamına gelmemelidir. Zira mantıkî sıhhat, İslâm hukukçularının üzerinde en çok ve titizlikle bir konudur.¹ Bir Kitab veya Sünnet nassının hükmü tesbit edilirken, diğer nasslarla ilişkisi, Kitab ve sünnet nassları bakımından nesh, tahsis ve tercih bahislerinde inceden inceye işlendiği gibi diğer nasslardan ictihad yoluyla çıkarılan hükümlerle ilişkisi dahi gözönüne alınmış, özellikle "kiyâsle tahsis" ve "maslahatla tahsis" bahisleri çok değerli ilmi tartışmaların zemini olmuştur.²

55. Kanunun hazırlık çalışmaları: Kur'an ve Sünnet ilişkilerinde nassların "nüzûl" ve "vürûd" sebepleri konusu çok önemli bir yer tutmaktadır. Bu konularda müstakil eserler meydana getirilmiş olması, bu konunun önemi hakkında epeyce bir fikir verse gerektir. İslâm hukukunda nassların ruhunun araştırılmasında bu unsurdan önemli ölçüde faydalanıldığını görebilmek için, geniş incelemelere bile gerek olmadığı hemen an-

1. İstihsen paragrafına bkz.

2. Nassların (ve bu arada diğer delillerin) birbirleriyle ilişkileri hakkında geniş bir araştırma için bkz. Berezençî Teşrih.

laşılacaktır. Nassların ruhunun tesbiti konusunda Sahabeye tanınan imtiyaz da, her şeyden önce onların nassların geliş sebeplerini ve o sıradaki şartları en iyi bilmelerinden kaynaklanmaktadır.¹

cc. Gâf tefsir (ta'lil, interprétation téléologique): Gerek nassların mankîki sıhhati konusunda yapılan tenkitler, gerekse geliş sebepleri ile ilgili bilgiler doğrudan bir ışık tutmasa bile, bunlar veya müessesenin niteliği yardımıyla nassın sevk gayesi araştırılabilir.² "Nasslar'ın ta'lili" İslâm hukukçularının çokça meşgul olduğu bir konudur.³ Nassların sevk gayesi içtihad müessesesinin fiilen çalıştığı dönemlerde İslâm hukukçularının düşüncelerine yön veren en önemli amil olarak belirmektedir. "İllet" bahsinde ileriki devirlerde usûlcüler tarafından teorik düşüncenin aşırı bir noktaya götürüldüğü yönündeki tenkitler büyük ölçüde haklılık taşısa da, bu, kendi konteksi içinde ele alınması gereken bir durumdur. İllet anlayışı ne olursa olsun, usûlcüler tarafından "illetinin varlığı ile hükmün verileceğini, yokluğuyla da yok olacağını"⁴ ifade eden bir kurala varılmış olması, İslâm hukukçularınca ruhi yorumun ne derece önemli sayıldığı açıkça güçlü bir

1. Serahsi, Usûl, II, 109; Davâlibî, Usûl, 104, 132; İbn Kayyim, İslâh, I, 219; Cessâs, Usûl (yzm.), v. 234^b.

2. Bu düşüncenin çok net bir ifadesi için bkz. Semerkandi, Mizân (izm.), v. 112^a.

3. Kıyas paragrafına bkz.

4. bkz. Serahsi, Usûl, II, 182.

delil teşkil etse gerektir.

dd. Yorumun yapıldığı zamanın şartları ve ihtiyaçları; Usûl eserlerinde kural haline getirilmiş olmamakla birlikte Sahabe devrinde itibaren, nassların ruhunun tesbitinde, zamanın şartları ve ihtiyaçları İslâm hukukçularının düşüncesine yön veren önemli bir unsur olarak göze çarpmaktadır.¹ Hanefî doktrininde "ürfe mübteni nass" anlayışı, baştan istisnâî bir görüş gibi sunulduğu halde, sonraları doktrin içinde bu anlayışın kural haline getirildiği ve hatta doktrin sahiplerinden nakledil görüşlerinin, zamanın şartlarına uydurulmasında da aynı kuraldan faydalandığı gözlenmektedir.² Esasen, mütekellimin ve fukahâ metodü ile kaleme alınan ve araştırmamızın esas kaynaklarını teşkil eden usûl eserlerinde Şâfiî ve Hanefî doktrinlerinin anlayışı hâkim olduğu için Mâlikî doktrininde aşırılığını açıkça hissettiren "maslahat" prensibi ve nassların "maslahat ile tahsis"i düşüncesi, usûl eserlerinde kurallaştırılmış olmasa dahi, özellikle Hanefî doktrininde ve hiç değilse, belli şartlar altında Şâfiî doktrininde, nassların ruhunun tesbiti bakımından zamanın şartları ve ihtiyaçlarının önemli bir etkisinin bulunduğunu kabul etmek gerekir.³ Zaten "zamanın te-

1. Nisak için bkz. Cessâs, Usûl (yzm.), v. 219^b.

2. bkz. Merûinânî, Hidâye, VI, 157; İbn Hümam, Fethu'l-Kadîr, VI, 157; Şâbertî, İnâye, VI, 157; İbn Âbidîn, Nesru'l-erf, II, 118; İzzî, "İcmâ", 154; Reşid Paşa, Ruhu'l-mecelle, I, 123; Cessâs, Usûl (yzm.), v. 276^b.

3. Gazzâlî, Mustasfâ, I, 284, 294-297; Mahmasânî, Fel-safetu't-taqrî, 152; Devâlibî, Usûl, 238-247, 311-316.

"Şayyürü ile ahkâmın teğayyürü inkar olunamaz" kuralı, Sahabe devrinden itibaren bütün devirlerde islâm hukukçularının, hükümlerin ruhuna nüfuz bakımından sahip oldukları anlayışın veciz bir ifadesinden ibarettir.¹

Hata veya şithu'l-^Eamd yoluyla adam öldürmede diyetin "Pâkale"ye yüklenmesi yönündeki Sünnet hükmünün, nassın geldiği zamanın şartları içinde "aşîret" olarak yorumlanmakta olduğu halde, Hz. Ömer'in divanları düzenlemesinden sonra "divan mensupları" şeklinde yorumlanması gereği açıklanırken bu anlayışın canlı bir örneğini görmek mümkündür.²

Yukarıda ele alınan nassın sevk sebebinin teshiti ve buna göre yorumlanması ile zamanın şartları ve ihtiyaçlarının göz önünde bulundurulması arasında sıkı bir bağ olduğuna ve bazan her iki unsurun aynı noktada birleştiğine işâret olunmalıdır.³

Önceki istihadlardan ve kazâî kararlardan faydalanca, Sahabe devrinden itibaren çok açık bir prensip olarak

1. Mecelle'nin kavaidi külliyesi arasında (md.39) yer alan bu kuralın temelini teşkil eden uygulamalardan örnekler ve bu konuda geniş açıklamalar için bkz. Devâlibî, Usûl, 316-331. İbn Kayyim, İlâm, III, 3-58; Zerkâ, Medhal, II, 928-936.

2. bkz. Serahbî, Mebsût, XXVI, 66, XXVII, 124-126; Zeylâî, Tebyîn, VI, 176-177 "Diyet" miktarı konusunda da zamanın şartlarının dikkate alınmasıyla hükme varılması hakkında bkz. İbn Rüşd, Bidâye, II, 475.

3. 1. cilt dipnottaki kaynaklara bkz.

karşınıza çıkmaktadır. Nassların yorumunda da buryoldan faydalanan lecağı bedfihidir.

b. Bulunan uygulanabilir hükümde hâkimin takdir yetkisi
(hüküm içi boşluklar)

Kanunda uygulanabilir bir hüküm bulunmakla birlikte, an lamının tesbiti için hüküm dışı unsurlara baş vurmak gerekebilir. Bu durumlara hüküm içi boşluklar (lücken intralegen) denir¹. Hâkimin takdir yetkisi daha çok pratik hukukla ilgili bir mesele olduğundan, burada genişçe incelenmesi uygun olmayacaktır. Sadece işâret edelim ki, bizzat nasslar tarafından hâkime takdir yetkisi verilmiş durumlarda yapılacak ihtihad, bütün İslâm hukukçularınca kabul edilen bir metoddur. Daha önce geçtiği üzere Hanefî literâtüründe buna "istihsân" adı verilmektedir.²

3- Kanunda/ Nassda Olaya Uygulanabilir Hüküm Bulunmaması

Karşılaşılan olayın, doğrudan kanun kapsamı içerisine katılmaması halinde, "kanun boşluğu"ndan (lücken praeter legem) söz edilir.³ T.M. Kanununun birinci maddesi kanunda uygulanabilir hüküm bulunmaması halinde, hâkimin, örf ve âdete göre, örf ve âdette de hüküm bulunmazsa, kendisi"kanun koyucu olsa idi, bu meseleye dair nasıl bir kural koyacak idiye, ona göre (modo-

1. Oğuzman, Medenî Hukuk, 67-69.

2. Cassâs, Usûl(yzm.), v. 294^b; Serahaf, Usûl, II, 200.

3. Boşluk kavramı ve çeşitleri için bkz. Üzeunay, Medenî Hukuk, 211 vd. Atezy, N.H. Genel Tercisi, 231 vd.

legislatoris) hükmedeceğini ifade etmektedir.

İslâm hukukçuları arasında, hiç bir olayın nassların kapsamı dışında kalmayacağını savunan dolayısıyla kanun boşluğunun varlığını kabul etmeyen Zahirîler ve yine Şevkânî gibi aynı görüşü paylaşanlar¹ bulunmakla birlikte, çoğunluk, nassların sınırlı, olayların ise sınırsız olduğu ve dolayısıyla mevcut boşlukların ihtihad yoluyla doldurulacağı görüşündedir.² Hz. Peygamber ile Muez b. Cebel arasındaki meşhur konuşma da bu görüşü açıkça te'kid etmektedir.³ Ancak, kanun boşluğunun doldurulması için önce örf ve âdet hukukuna baş vurulacağı yönündeki T.M. Kanununca kabul edilen esâsı, İslâm hukuku açısından aynı şekilde düşünmek mümkün değildir. Örf ve âdetin İslâm hukukunun şekli kaynakları arasında yer alması sebeplerine ilgili paragrafta temas ettiğimizden burada tekrarını gereksiz görüyoruz.

Bunun dışında, kanun boşluklarının doldurulmasında faydalanılacak imkanlar ve takib edilecek metodlar konusunda Türk Hukuk doktrininde hâkim olan görüşler⁴ ile İslâm hukukçu-

1. Şevkânî, İ. Fuhûl, 200, 204.

2. Cassâs, Usûl (yzm.), w. 261ⁿ; Cüveynî, Burhân, II, 743, 1346-1349; Buhârî, Keşf, III, 270-271.

3. Bu olayı naklederken hadîs ve bu hadîse yöneltilen tenkidler için bkz. Serahsî, Usûl, II, 107; Şevkânî, İ. Fuhûl, 202; Balteci, Manhecü Ümer, 64; Şener, Kıyas, 127 d.n. 19.

4. bkz. Oğuzman, Medenî Hukuk, 82-83.

larının aynı konudaki görüşleri arasında genel bir benzerliğin varlığı gözlenmektedir. Ancak, İslâm hukukçularının kendi aralarında enazından isim olarak metod farklarının bulunduğu kabul edilmek gerekir. İctihadı Kıyas ile eşit tutan Şâfiî'nin "ictihad-ı kıyâsî" ile yetinip "ictihad-ı istislâhî"ye cevap vermediği kabul edildiği takdirde, Şâfiî'nin metodu ile XX. asrın başlarında Avrupada yaygın olan gelenekçi metod, ("méthode traditionnelle") arasında bir yakınlığın bulunduğu söylenebilecektir.¹ Fakat Şâfiî'nin kıyas anlayışının incelenmesi, bizde, O'nun ictihad-ı istislâhî'yi kabul etmediği sonucuna varmanın kolay olmayacağı kanaatini uyandırmıştır. İslâm hukuk doktrinlerinin çoğunluğunca takip edilen metodun ise, Avrupada son zamanlarda revaç bulan akli metod ("méthode rationnelle") ile bir yakınlık arzettiğini söylemek daha kolay olacaktır.²

1. Devalibî, Usûl, 374.

2. Devâlibî, Usûl, 355.

S O N U Ç

İslâm hukukunda kaynaklar teorisini oluşturan başlıca kavramları, özellikle ilk elden bilgi kaynaklarından faydalanarak incelememiz herşeyden önce göstermiştir ki, İslâm hukukularınca gerçekleştirilmiş bulunan teorik çalışmalar sonucu "usulü'l-fıkh" adıyla İslâm hukuk literatüründe köklü yerini tutan ilmi disipline dahil çalışmalara, bunların dünya hukuk literatüründeki yeri ile mütenasip bir ilgi maalesef gösterilmiş değildir. Özellikle, bu çalışma örneklerinin kendi zamanlarında dünya hukuk kültürünün erişmiş olduğu noktaya alınarak incelenmesi halinde, ilim dürüstlüğü ile bağdaşmaz bir tutum içine girneyi istemeyen hiç kimsenin, göz kamaştırıcı bir ilmi faaliyetle karşılaşılacağına aksini söyleme cesaretini bulamayacaktır.

Bununla birlikte, yer yer işaret ettiğimiz üzere hukuk metodolojisinin öncülüğünü yaparak bu sahada sayısız zihni emek mahsullerini dünya hukuk literatürüne armağan eden söz konusu bilgilerin gerçek hayattaki etkileri ile hiç de dengeli olmayan çetin tartışmalara büyük emek harcadıkları da bir gerçek olarak karşınıza çıkmaktadır.

İncelemelerimizde, birçok kavramların, bir çarpıda ^{ilâde} ediliverdiği kadar kesinlik taşımadığı, kavramlar arasında içiçe-liklerin sık görülen bir özellik olduğu ulaşılabildiğimiz tesbitler arasındadır.

Doktrin kurucularının metodlarından tesbit edilebildiği kadarıyla, söylenebileceklerin başında, hukuku yaşanan' bir gerçek olarak değerlendirmiş oldukları, kendi yer ve zaman özellikleriyle bağlantılı ve dengeli olarak hukukun mantıki sıhhati, etik sıhhati ve sosyal ve kültürel sıhhati konularına ağırlık verdikleri zikredilebilir. Meselâ, kıyas ve istihsan ile ilgili tahliller sonunda; farazi fıkha kepîlarına olabildiğine açan Hanefî doktrininin, mantıki sıhate, diğer doktrinlere göre daha fazla ağırlık verdiği izlenimi edinilebilmektedir. Yine istihsân ve istisla ile ilgili tahlillerden hemen bütün doktrinlerin etik sıhate, urf ve âdet konusundaki tahlillerden de sosyal ve kültürel sıhate önemle eğildikleri sonucuna varılabilecektir.

İlâve edelim ki, dünya hukuk literatürü içinde kanun fikrinden hareketle ilk hukuk metodolojisi çalışması olarak görülen "usulü'l-fıkha" ilmi disiplini içinde incelenen mesleğin uygulanması metodlarına, kodifikasyon hareketlerini takiben Avrupa'da ortaya çıkan kanunların uygulanması metodları (özellikle İsticra-Türk Medenî Kanununun tercihine göre) açısından yaptığımız bir yaklaşım neticesinde önemli benzerliklerin varlığını müşahade etmiş bulunuyoruz.

B İ B L İ Y O Ğ R A F Y A VE K İ S A L T M A L A R

- °Abdurrēziq, °Ali, el-İcmā° fi's-geri°ati'l-İslāmiyye, Mısır, 1947 (İcmā)
- Ahmed Emin, Duha'l-İslām, c.I, V. Baskı, Kahire, 1952, (Duha)
- AKSU, Zahir, Fecru'l-İslām, Beyrut, 1969, (Fecr) Aksit Müstāfa okz. s.315
- Cevat, İslām Ceza Hukuku ve İnsani Esasları, İst. 1976, (İs. Ceza Hukuku)
- Ali Haydar, Düreru'l-İhkkām min şarhi Mecelleti'l-aş-kām (4 cilt) 3.Baskı, İst.1330 (Düreru'l hukkām)
- Amidî, Seyfuddin Ebi'l-Hasen, el-İhkām fî usûli'l-aşkām, Kahire, 1967, (İhkām)
- Amir, °Abdulaziz, et-Ta°zîr fi's-geri°ati'l-İslāmiyye, Kahire, 1969/1389 (Ta°zîr)
- Aral, Vecdi, Hukuk ve Hukuk İlimi Üzerine, İst.1975, (Hukuk Bilimi)
- Atay, Hüseyin, İslām Hukuk Felsefesi (Abdolvahhab Hallāf'ın Usûlu'l-fikh'ını tercüme için mufassal bir giriş) A.Ü. İlahiyat F. Yayınları, Ankara.1973 (Felsefe)
- Atay, Aytekin, Madeni Hukukun Genel Teorisi, Temel Bilgiler-Genel Kavramlar 3.Baskı, İst.1980. (M.H. Genel Teorisi)
- el-°Aynî, Bedruddin Ebû Muhammed, °Umdu'tu'l-karî şerhu Saqîhu'l-Buhārî, 25c. Mısır, t.y. (°Umdu'tu'l-karî (Umdu'tu'l-kaari)
- Ebübertî, Ekmelüddin, Şarhu'l-°ināye ale'l-Midāye, y.y., t.y. (Ināye)
- Bağdādî, Safiyüddin, Kavri'idü'l-Uşûl ve Meakidü'l-Fuşûl, Damask, t.y. (Kavridü'l-Uşûl)
- Baltacı, Muhammed, Menhacu'Uzer b. Hattāb fi't-tegrî', Kahire 1970 (Menhacu Uzer)

- Baltacı, Muhammed, Menâhicu't-teşri' l'İslâmî fi'l-karn' s-
sânî el-hicrî, Riyâd, 1977/1397 (Menâhic)
- Başri, Ebu'l-Huseyn
Muhammed b. 'Ali, Kitâb el-Mu'temed fî Usûli'l-fıkh (Edisyon
kritik: Muhammed Hamîdullah) Dimaşk, 1384/1964.
(Mu'temed)
- Bekr Akkad, Histoire de L'École Malikite en Orient Jus-
qu'à la fin du Moyen Age, Tunns, 1962
(Histoire de L'École Malikite)
- Bellefleur, Linant,
Traité de Droit Musulman Comparé, Paris, 1965,
(Droit Musulman Compare)
- Berezenci, Abdullatif,
et-Te'âruz ve't-tercih beyne'l-edilleti's-
şer'iyeye, Bağdat, 1977/1397, (Te'âruz)
- Bernard-Haladi, Marie
L'İjmâ' Critere de Validite Juridique Normes
et Valeurs dans L'İslâm. Contemporain, Paris,
1966 (L'ijma critere de validite juridique)
- Bilge, Necip, Hukuk Başlangıcı Dersleri, Ank. 1977.
(Hukuk Başlangıcı)
- Bousquet, G.-H., Précis Elementaire de Droit Musulman (Male-
kite et Algerien) (Précis Elementaire), Alger-
Paris, 1935.
- Bukârî, Abdülaziz
Ahmed Keşfu'l-esrâr, İst. 1308 (Keşf)
- Eûfi, Muhammed Sa-
'id Ramâden Devâbitu'l-maşlahâ fi's-şer'îati'l-İslâmiyye,
Dimaşk, 1976-1977 (Devâbitu'l-maslaha)

- Cessās, Ebū Bekr
er-Rāzī, Kitābu Uşūli'l-fıkh, Dāru'l-Kutubi'l-Mig-
riyye (Yazma), Usûl, (yzm.)
Aḥkāmü'l-Ḳur'ān, y.y., 1335 H. (Aḥkāmü'l-Kur'an)
- Chehata, Chaḥik, Etudes de Droit Musulman, Paris, 1971
(Droit Musulman)
- Chehata, Chaḥik, L'"Équite" en tant que source du droit ha-
nafiten Studia Islāmica, 25(1966), pp.123-138
(L'equite)
- Logique Juridique et Droit Musulman, Studi-
ca Islāmica, XXIII(1965), (Logique Juridique)
- Précis de Droit Musulman, Paris, 1970 (Pre-
cis de Droit Musulman)
- Citroānī, S. Şerīf, Ta'rifāt ma'ā'l-mütemmināt, İst. 1275H. (Ta'ri-
fāt)
- Cliveynī, İmāmu'l-
Ḳarameyn Ebu'l-Me-
'ālī, el-Burhān fī Uşūli'l-fıkh, Bevha (Katar), 1399.
(Burhān)
- el-Varakaat fī'l-uşūl, Maşır, 1356/1937 (Vara-
kaat)
- Çağıl, O. Münir Hukuk ve Hukuk İlimine Giriş, İst. 1975,
(Hukuk ve Hukuk İlimi)
- Unümi Metodoloji Çerçevesi İçinde Hukuk Meto-
lojisi, İst. 1962 (Metodoloji)
- Çelik, Edip, Milletlerarası Hukuk, 1.Cild, 3.Baskı, İÜHF.
Yayınları, İst. 1975 (Milletlerarası Hukuk)
- Debūsī, Ebū Zeyd el-Esrār (yazma), Hacı Beşir Ağa ktp. 1310
Esrār (yzm.).

Debūsi, Ebū Zayd Kitābu te'sisi'n-naẓar, Mıṣır, t.y. (Te'sis)
 Takvīmu'l-edille fi'l-uṣūl (Takvīm, Laleli, 690)
 Takvīmu'l-edille fi'l-uṣūl Takvīm (yzm.) Bağ-
 datlı Vehbi, 350

Del Vecchio, Giorgio,

Les diverses source du droit, leur equilibre
 et leurs hierarchies dans les divers systemes
 juridiques. Rapport general de M. Giorgio Del
 Vecchio avec la collaboration de M. Fulvio
 Maroi, Memoires de l'academie international
 de droit compare, t.II, 2. partie publie par
 les soins de Elemer Balogh, Paris, 1934.

("Les diverses sources du droit")

Dehlevî, Şah Ve-

liyullah el-insāf fî beyânî sebebi'l-ihtilāf, Mısır,
 1327 H. (İnsāf)

Dewāzibî. Muham- el-Kedhal ilā 'ilmi'l-fıkḥ, Beyrut, 1378/1965
 nei Ma'rūf, (Usūl)

Ebū Sunne, Ahmed

Reulî, el-'Urf va'l-'āde fî re'yi'l-fukahā, Mısır,
 1943 (Örf)

Ebū 'Ubeyd, el-ḳā-

sın b. Sellām, Kitabu'l-Emvāl, Mısır, 1968 (Emvāl)

Ebū Yūsuf, Yāqūb b.

İbrāhīm,

er-Red 'alā Siyeri'l-Evzā'f, Haydarābād, t.y.,
 (siyeru'l-Evzā'f)

Ebū Zehra, Muhammed, Ebū Hanīfe, 1955, y.y.

- Ebū Zehra, Muhammed, İbn Hanbel, Mısır, t.y., (İbn Hanbel)
 İslâm Hukuku Metodolojisi (Fakih Usûlü) (Trc. Şener Abdulkadir) Ankara, 1973 (Metodoloji)
- İbn Teymiyye, y.y., Dâru'l-fikri'l-^oarabî, t.y. (İbn Teymiyye)
 Mâlik, Mısır, 1963-1964 (Mâlik)
 eş-Şâfi^olî, Mısır, t.y., (Şâfi'î)
- Edip Sâlih, Muhammed;
 Tefsîru'n-nuşûş fi'l-fıkhı'l-İslâmî, y.y.t.y. (Tefsîru'n-nuşûş)
- Zencânî'nin Tahricu'l-furû^ocale'l-Uşûl'üne Mukaddime, Dimask, 1382/1962 (Tahricu'l-furû Mukaddimesi)
- Eneârî, Muhammed
 b. Nizamüddîn, Fevâtihi'r-Rahamât şerh-i Müsellemlü's-Subût, Mısır, Bulak, 1324H. (Fevâtihi)
- Gazzâlî, el-Mustaşfâ, Mısır (Bulak), 1322 (Mustaşfâ)
- Geny, François Methode d'interpretation et sources en droit prive positif, Paris, 1954 (Methode d'interpretation)
- Goldziher, I., Le Dogme et La Loi De L'Islam, Paris, 1920, (Le Dogme)
- Güriz, Adnan, İngiliz Hukukunda Örf ve Adet Kaidelerinin Mer'iyeti Meselesi, A.E.I-II (1963), s.49-72
- Hallâf, Abdulvahhab
 İslâm Hukuk Felsefesi (Trc. Doç. Dr. Hüseyin Atay), Ankara, 1973 (Felsefe)

- Maḡādiru't-teṣrîfî'l-islâmî fî mâ lâ nassa
fîhi, Miṣrî, 1955 (Maṣādir)
- ° Ilmu Uṣûli'l-fakḡ, Kuveyt, 1968/1388 (Uṣûl)
- Hamevî, Ahmed b. Mu-
hammed, Ğamzu °uyûni'l- basâir şerhu'l-eṣbâh ve'n-
naḡâir, İstanbul, 1290 H. (Ğamz)
- Ḥayîerî, °Ali Naklıyy, Usûlü'l-istînbât, 1369H. y.y.
- Ḥamîdullah, Muhammed, İslâm Hukukunda Örf-Âdet, Konferanslar
(trc. Aksu, Zâhit), 3. Konferans, A.Ü.İsl.İlim-
ler Fak. Yayını (18.4.1975 ve 25.4.1975 günlü
konferanslar) (Konferanslar-Örf-Âdet)
- İslâm Hukukunun Kaynaklarına Dair Yeni Bir
Tedkik, İslâm Ted. Ens. Der., (1953), I/1-4
- "Le Philosophie juridique chez les musulmans,
Annales de la Faculte de Droit d'Istanbul,
(1968), XVIII/137-158. (La Philosophie Juridique)
- Hülî, Emin, Mâlik b. Enes, terceme muḡarrara, Kahire, 1951,
(Mâlik)
- İsfahânî, Râġib, el-Müfredât fî Ğarîbi'l-Ḳur'ân, Mısır, 1324 H.
(Müfredât)
- İbn Abdi'ş-Şekûr,
Muḡdḡbullah, Müsellemü'ş-şübûṭ, Bulak, 1322 H. (Müsellem)
- İbn °Âbidîn, Muhammed
Emin Mecmû°atü resâil İbn °Âbidîn (Neṣru'l-°arf
fî binâ'î ba°dî'l-aḡkâm °alâ'l-°urf), 1325 H.y.y
(Neṣru'l-°arf)
- İbn Emir, el-Ḥâcc, et-Takrîr ve't-taḡbîr, Bulak, 1316-1317 H.
(Takrîr)

İbn Fāris, Ebu'l-Ḥuseyn Ahmed, Mu'cemu mekāyīşī'l -luḡa, Kahire,
re, 1366-1369 H. (Mu'cem)

İbn Ferhūn, Burhānuddin, Tebsīratu'l-hükkām, Kahire, 1301 H.

İbn Fūrek, Ebu Bekr Muhammed, Mukaddime fī nūket min 'usūli'l-
fıkh, Beyrut, 1324 H.

İbn Haldun, Abdurrahman, Mukaddime, t.y. Beyrut

İbn Hazm, Ebû Muhammed Ali, el-İhkām fī Uşūli'l-aḥkām, Mısır,
t.y. (İhkām)

el-Muhallā, Mısır, 1350H. (Muhallā)

Mülâhhasu ihtāli'l-kıyās ve're'yy ve'l-istiḥ-
sān ve't-taklīd ve't-tā'lıl, Dımeşk, 1960/1379

(Mülâhhas)

İbn Hünem, Cemāluddīn, Fetḥu'l-kadīr, y.y., t.y. (Fetḥu'l-kadīr)
et-Tahrīr, Bulak 1317H. (Tahrīr)

İbn Kayyım, el-Cevziyye, İ'lämu'l-muvakki'īn, Beyrut, 1973 (İ'läm)

— İbn Kesīr 'İnādūddīn, Tefsīr, Bulak, 1300-1301 (Tefsīr)

İbn Manzūr, Cemāluddīn, Lisānu'l-'Arab, Beyrut, 1955-1956

İbn Müceyn, Zeynü'l-Ābidīn, el-Baḥru'n-nāḥik, y.y., t.y., (Bahr)

el-Eşbāḥ ve'n-naẓāir, Mısır, 1321H (eşbāḥ)

İbn Rüşd, Ebu'l-Velīd Muhammed, el-Mukaddemātü'l-mümeñnedāt,
Mısır, t.y. (Mukaddemāt)

Bidāyeth'l-müctehid, Mısır, 1975 (Bidāye)

İbn Selamūn, el-Kinānī, el-'İkdu'l-muntazan li'l-hüküm, Kahire,
1301H (İki)

İbn Feyziyye, Takıyyüddīn, Sinhatu usūli'l-mezheb-i ehli'l-

Medīne, Mısır, t.y. (Usūli Medine)

İmre, Zâhid, Medenî Hukuka Giriş, İst 1971 (Medenî Hukuk)

İslâm Ansiklopedisi . . .

- İzmirli, İsmail Hakka, "İcma, kıyas ve İstihsan'ın esasları"¹⁸
Sebilürreğâd(XII) sa.295,s.150-154.
- İlm-i Hılâf, İst. 1330H.
- el-Ğadî "İyâd el-Yahşübî, Tertîbü'l-medârik ve takrîbü'l-mesâ-
lik, Beyrut,1967 (Tertîbü'l-medârik)
- Yerâfî, Şihâbüddîn, el-İhkâm fî temyîzi'l-fetâvâ'ani'l-ahkâm,
Halep,1967 (İhkâm)
- Muhtaşaru tenkîhi'l-rûşûl,Dımaşk,t.y..(Tenkîh)
- Karaman, Hayreddin, Fıkıh Usûlü, İst.1967.
- İslâm Hukukunda İctihad, Ankara,1975, (İctihad)
- İslâm Hukuk Tarihi, İst.1975(İ. Hukuk Tarihi)
- Kâsânî, "Alâüddîn, Bedî'ü's-sanâi' fî tertîbi's-şerâi',y.y.,
t.y., (Bedâyi')
- Kavakçı, Y.Ziya, XI ve XII. Asırlarda Karahanlılar Devrinde
Mâvarâ'ul-Nahr İslâm Hukukçuları, Ankara, 1976
(İslâm Hukukçuları)
- Kerhî, Ebu'l-Hasen, el-Uşûl, Mısır, t.y.
- Kevserî, Muhammed Zâhid, Te'nîbü'l-haşîb 'alâ mâ sâkahu fî tær-
ceneti Ebî Hanîfe mine'l-ekâğîb, 1363/1942 y.y.
(Te'nîb)
- Fıkhu ehl-i'l-'Irak, Beyrut, 1390/1970 .
- Leccapté, G., Un exemple d'évolution de la controverse en
İslâm, de l'ihtilâf al-Kadîs d'al-şâfi'î au
Muhtelif al-Kadîs d'Ibn Qutayba, Studia İsla-
mica, 27(1967)p.5-41 (Un exemple d'évolution)
- Mahruşânî, Sühi, Felseretü't-tegrî' fî'l-İslâm, Beyrut,
1371/1952 (Felseretü't-tegrî')

Mahmaşānî, Subhî, en-Nazariyyetü'l-[°]âmme'lî'l-mücebât ve'l-[°]u-
kûd fi's-gerîfati'l-İslâmiyye, Beyrut, 1948
(Mücebât)

Mâlik b. Enes, el-Muvatta', ngr., Fuat [°]Abdülbâkî, 1370/1951
(Muvatta')

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye

Merâğî, Abdullah, el-Fethu'l-mübîn fî şabakâti'l-usûliyyîn, Bey-
rut, 1394/1974 (Tabakâtü'l-usûliyyîn)

Merğânânî, Burhânüddin Ali, el-Hidâye şerhu bidâyeti'l-mübtedî,
y.y., t.y., (Hidâye)

Mevgûlî, Abdullah b. Muhammed, el-İntiyâr li ta[°]lîlî'l-muntâr,
y.y., t.y. (İntiyâr)

Milliot, Louis, Introduction a l'etude du droit Musulman,
Paris, 1953 (Introduction)

Nesefî, Ebu'l-Berekât, Menârü'l-envâr, İst. 1308 H. (Menâr)

Oğuzman, N.Kemal, Medenî Hukuk Dersleri, İst. 1975. (Medenî
Hukuk)

Öner, Necâti, Klâsik Mantık, Ankara 1976 (K.Mantık)

Özsunay, Ergun, Medenî Hukuka Giriş, İst. 1970 (Medenî Hukuk)

Fache, Andre, Le Coutume et les Usages dans Le Droit prive
positif, Lausanne, 1938 (La coutume et les
USAGES)

Fazdevî, [°]Ali b. Muhammed, Kanzu'l-vüşû ilâ ma[°]ri feti'l-usûl,
İst. 1308 H. (Usûl)

Reşid Paşa, Şerif Ahmed, Rûhu'l-Mecelle, İst. 1296 H.

Rümelin, Max, "urf ve âdetin bağlayıcı kudreti" (trc. Muhammed
Tolga) İ.B.M., XIII (1939) s.6-7.

Semerkandî, Ebu'l-Leyg, el-Mizân fî usûli'l-fıkh, Damat İbra-
him Paşa, 485 Mîsâh (y.y.)

Bu kitap

← Alaud din es-Semerkandîye aittir. Ebu'l-Leyg

Senhūrî , Abdürrezzak, Masâdiru'l-hakık fi'l-fıkhı'l-İslâmî,
Kahire, 1953-1954 (Masâdiru'l-hakık)

Serahsî, Şemsü'l-eimme , Ebū Bekr

Muhammed b. Ahmed , el-Mebsût, Mısır, 1331 H. (Mebsût)

Usûlu's-Serahsî, Haydarâbâd, 1372 H. (Usûl)

Sayyid Nesîb,

Fıkh-ı Hanîfe'nin Esasâtı, İst. 1337-1339 (Hanîfe'nin)

(F.H. Esâsâtı)

Sıddık Hasan,

Fethu'l-beyân fî maqâşidü'l-Kur'ân, Bulak, 1300-

1301 H. (Fethu'l-beyân)

Sitâ'î, Mustafa, es-Sünne ve mekânetühâ fi't-teşri'î'l-İslâmî,

Beirut, 1398/1978 (Sünne)

Şafak, Ali

İslâm Hukukunun Tedvini, Erzurum, 1978 (İ.H.

Tedvini)

"İslâm Hukukunda Kaynaklar" A.Ü. İsl. İlimler

Fak. Dergisi, sayı. III.

Şâri'î, Muhammed b. İdris, er-Risâle, Mısır, 1358/1940 (Risâle)

Cirâcu'l-Cilm (el-Ümm ile birlikte, s. 250' den
başlar) Bulak, 1325 H.

İhtilâfu'l-Hadîs (el-Ümm kenarında), Bulak, 1325.

el-Ümm, Bulak, 1325 H. (Ümm)

İbtâlu'l-istihsân, (el-Ümm ile birlikte, s. 257'
den başlar) Bulak, 1325 H.

Şakir, Ahmed Muhammed, Şafi'î'nin Risâlesine Şerh, Mısır, 1309 H.

(Risâle'ye Şerh)

Şâri'î, Ebū İshâk İbrahim, el-İ'tişâm , Mısır, t.y. (İ'tişâm)

el-Muvâfakât fî usûli'ş-şerî'a, (nşr, Abdullah

Drez), y.y., t.y. (Muvâfakaat)

Şelâbî, M. Mustafa, Ta'lılilü'l-ahkâm, Mısır 1947 (Ta'lılil)

- Şener, Abdülkadir, Kıyas, İstihşân ve İstislâh, Ankara, 1974 (Kıyas)
- Şevkānî, Muhammed b. 'Ali, İrşādü'l-fuhûl ilâ tahkîki'l-hakk min 'ilmi'l-usûl, Mısır, 1356/1937 (I. Fuhûl)
Neylû'l-evtâr fî şerhi Mülteka'l-ebhur, Mısır, 1357 H. (Neyl)
- Şeybânî, Muhammed b. Hâsen, el-Aşl, K. el-bihyûc ve's-salem Kahire, 1954 (Asl)
- Tareblûsî, Alâüddin Ebu'l-Hasen
Ali b. Halil Mu'înu'l-hukkâm , Kahire 1310 H.
- Teftâzânî, Sa'düddîn, et-Telvîh , Mısır, 1322 H. (Telvîh)
- Tekinay, Selahattin Sulhi, Medinî Hukuka Giriş Dersleri, İst. 1970 (Medenî Hukuk)
- Tûfî, Necmüddin , Risâle fi'l-meşâlihi'l-mürsele, Beyrut, 1324-H. (Risâle)
- Tyan , E. La Procedure du "defaut" en droit Musulman, Studia Islamica, 7 (1957) p.115-135. (Methodologie et sources)
- Yesey - Fitzgerald, Nature and sources of the Shari'ca Law in the Middle East, Edited By Majid Khaduri and Herbert J. Liebeson, vol. I (Origine and development of Islamic Law, Washington, 1955) ("Nature and Sources")
- Yusuf Mûsa, Muhammed, Târîhu'l-fıkhi'l-İslâmî, Kahire, 1966. (Târîhu'l-fıkhi)
- Yazır, Elmalılı Hamdi, Hak Dini Kur'an Dini, İst. t.y. (Hak Dini)
- Yörük, A. Kemal, Hukuk Felsefesi Dersleri, İst. 1958 (Hukuk Felsefesi)

Zencânî, Şihâbüddin Mahmud , Tahricü'l-fürûcâ'l-üşûl,

Dimaşk ,1382/1962 (nşr. Edip Sâlih) (Tahricü'l-fürûcâ')

Zeydan, Abdülkerim, İslâm Hukukuna Giriş (trc. Ali Şafak)İst. 1976.

1387 el-Veciz f' usûli'l-fıkh, Bağdat,1387/1967
(Veciz)

Zeylâ'î, Fahrüddin Cemal b. Ali, Tebyînu'l-hakâik penhu kerzi'd-
dekkâik, Bulak 1315 H. (Tebyîn)

Ziadeh, Farhat J., "Urf and law in Islâm ", Studies in Honour
of , P.K. Hitti, 1959

AKSU, Zahit, İslâm'in Doğuşunda Toplumsal Realite, Hukukî Ayetler ve
İctihâdî Kaynaklar, Basılmamış öğentlik tezi (Doğentlik tezi),

I N D E X

(Yer, eser, şahıs ve terimler)

- A -

Abdullah b. Mes'ûd, 232.

Akroger,

Acquitas, 157, 160.

Açıklayıcı yorum, 225.

Ahmed b. Hanbel, 7, 29, 39, 46, 74, 131, 167, 229, 232, 233.

Aile, 219.

Akşit, 56, 100, 102.

Alâ hilâfı'l-kıyâs, 153.

Alâî, 232.

Alman Medeni Kanunu, 106.

Ameli'ü'l-âsâs, 139

Amîdî, 23, 25, 45, 57, 81, 167, 195.

Analogie, 78, 87.

Apoğiktik, 198.

Appromâ, 156.

Aristotelesyer, 157.

Asl, 19, 79, 128, 135, 225, 232.

el-Asl (Şeybânî), 148.

Atay, 28, 204.

Avusturya Medeni Kanunu, 106.

Azme, 43.

- B -

Bâtıl,
 Bakıllâni, 76.
 Baltacı, 67, 68, 69, 70.
 Basra, 40.
 Benignitas Juris, 157.
 Bilgi Kaynakları, 10.
 Euhâri, 29, 124, 129, 165, 166, 173.
 el -Eurban (Üveyni), 85, 182, 186.

- C -

Caferî, 14.
 Cali, 146.
 el -Cem' beyne'l -mütemâsileyne, 81.
 Cassâs, 6, 37, 44, 46, 58, 84, 89, 104, 122, 123, 127, 128, 129, 132
 136, 139, 140, 141, 164, 174, 186.
 Çehata, 90, 149, 150, 152, 155, 156, 158, 162, 163, 164, 208.
 Cihetü'l -ilm, 20.
 Codification,
 Common Law, 160.
 Corpus iuris Civilis,
 Cümleü'l -ferâiz, 67, 69.
 Cürcanî, 203, 204.
 Üveyni, 6, 7, 22, 25, 56, 81, 82, 85, 120, 182, 185, 186, 187.
 Çis'iyât, 94.

- D -

Daraltıcı yorum, 225.
 Davut b. Ali, 107.

- Debtisî, 6,49,54,86,128,174.
 Def'i mefsedet, 177.
 Delâle, 161.
 Delâlet, 128,161.
 ed-Delîl, 19.
 Delîl-i âm, 145.
 Del Wechi,1.
 Dérogatoire, 155.
 Davâlibî, 59,60,190,195.
 Ebû Abdillâh b. Şuayb, 214.
 Ebû Bekir, 30,38.
 Ebû Bekir er-Râzi, 37.
 Ebû Hanîfe, 7,25,40,60,61,62,74,111,112,115,121,122,143,151,
 152, 167,171,172,183,206,226,229,230.
 Ebu'l-Hasen el-Kerhî, 6,127,136,145,150,174.
 Ebû Sünne, 202,217,223,235.
 Ebû Yusuf, 143,172,224.
 Ebû Zehra, 48,60,68,90,112,114,118,119,193,204.
 Esâile, 174.
 Esâile-i şer'îyye, 20.
 Esâiletü'l-ahkâm, 78.
 Enis'ul-hall ve'l-akl, 24.
 Enis'r-re'y ve'l-ictihâd, 24.
 Enir ve nehy, 14.
 Empirizm, 157.
 el-amr el-müctemâ aleyh indenâ, 62.
 Endülüs, 72.
 Epikaiz, 157.
 Equite, 157,160.

Equity, 160.

Equity Mahkemesi, 161.

Esrâr, 174.

- F -

Fahrü'r-Râzi, 118,119.

el-Fark beyne'l-muhtelifeyn, 81.

Fer, 128,225.

Fer'î delil, 207.

Fukahâ Metodu, 5,6.

El-Furûiyyûn, 25.

Furû'ul-fikh, 3.

- G -

Gazzâlî, 6,7,25,35,36,47,48,50,51,58,66,85,92,106,158,159,
170,187,195,196,202,203,232.

Gesetzanologie, 157.

Goldziher, 156,171,185,191.

- H -

el-Hadd el-müşterek, 32.

Hâfi, 146.

Hakkâniyet, 156,157,158,159,160,161,162,170,176,251.

Hallâf, 28,41,235.

Halvânî, 129.

Hamîdullah,233.

Hanbelf, 39.

Heva ve fisk ehli, 25.

el-Hucece, 20.

Hâlif, 63,114.

Musn, 13,15,43,158,159,208,237.

- I -

İrak ürfü, 229.

- I -

İbn Âbidîn, 203,206,224.

İbnü'l -Arabî, 130.

İbn Ebî Hureyra, 77.

İbn Enîr, 46,204.

İbnü'l -Enbârî, 82.

İbn Fûrek, 7,22,29,80,186.

İbn Hacıb, 167.

İbn Hazm, 39.

İbn Kayyim, 46.

İbn Kûsd, 59,130.

İbnü's -Subkî, 171.

İbn Şureyh, 84.

İbrahim en -Nazzâm, 51,52,107,110.

İcâbî, 188.

el -İcî, 167.

el -İcâd el -muhassal, 46.

el -İcâd el -nürekkeb, 32.

el -İctihâd el -beyânî, 182.

el -İctihâd el -kıyâsî, 182.

el -İclevü'l -müstantabata, 94.

el -İclevü'l -vad'ıyye, 94.

İlmî İctihâd, 10.

İmam Sadık, 42.

İngiliz Hukuku, 160.

İnkırâzu'l -asr, 28.

İnşâ'u'l -hukm, 11.

Iran, 30.

Isferâyînf, 29.

Istidlâl, 186.

Istishâb, 121.

Istisvâb, 186.

ittifâku'l-cemî', 36.

ittifâku'l-jümme, 61, 68.

Jus Civile, 160.

- J -

Judge of conscience, 161.

Jus Vitae et necis, 214.

Juynboll, 156.

- K -

Karâff, 20, 116, 217, 222.

Kâsânf, 101.

Kâşânf, 51.

Kazâf içtihad, 10.

Keşfu'l-earâr, 166.

Kiyâs -i fukahâ, 78.

Kiyâsât -i fikhiyye, 78.

Kiyâs -i usûlî, 78.

Kubh, 13, 15, 158, 159, 208, 237.

Kûfe, 40.

- L -

Lecomte, 66.

- M -

Ma'dûn, 138.

Ma'dûnât, 76.

Mahsûl, 48.

Makâsidü's-şerif'a, 178.

Ma'kûl, 79.

Malik b. Enes, 7, 25, 40, 62, 63, 64, 65, 73, 89, 90, 113, 114, 115,
116, 121, 122, 130, 169, 172, 173, 183, 184, 185, 186,
187, 188, 189, 229.

Marazu'l-nevt, 143.

Ma'rûf, 234.

el-Ma'rûfetü ahkâmuhâ bi'l-akl, 12.

Maslaha, 184.

Maslahat, 130, 189, 196.

Matûrfâf, 14.

Mebeât, 129, 174.

Merelle, 16, 96, 218, 219.

Mech ve sevab, 13, 14.

Medine, 40, 62, 65, 72, 73.

Mekke, 40.

Malikî, 41.

Menşe' anlamda kaynak, 11, 159, 208.

Merfu', 232.

Mesâlih, 194, 195.

Mesâlih-i İbâd, 196.

Mesâlih-i mürsele, 189, 192, 193, 194, 195.

el-Mevcûdât, 76.

Mevkûf haber, 232.

Muâtat, 218.

Muac b. Cebel, 1, 52.

Mudârabe, 220.

Mukîsu'l-Şak, 185.

Mukaddime fi nûkat min Usul'il-Şak, 80, 186.

Muktezây -i delil, 79.
 Murââtü'l -asliñh, 191.
 Mustahik, 13.
 Mustasfâ, 36,85,202.
 Mustasfâ (Neseff), 202,203.
 Mu'tebere, 180.
 Mu'tezile, 11,12,51.
 Muvâfakât, 182.
 Muvatta, 114.
 el Mübteni ale'l -örf, 224.
 Müddetü't -teemmül ve'n -nazar, 45.
 Müdevvene, 189.
 el Müftân, 25.
 Mürsale, 180.
 Mürsel mâñâ, 194.
 Müsned, 232,233.
 Müstehâb, 43.
 Müt'a, 132.
 Mütekellimîn metodu, 51.

- N -

Nallino, 106.
 Navar, 77.
 Neseff, 202,203.
 Neşru'l -arf, 206.
 Nûkr, 201.

- O -

Opinio necessitatis, 211.

- Ö -

Öner, 16,38.

Örf-i Şam, 208.

- P -

Paret, 184,185,186,187,189.

Personal preference, 156.

Hz. Peygamber, 1,2,4,16,22,27,28,38,41,47,50,52,59,65,101,103,

110,114,138,205,220,231,232,233,234,236.

Pezdevf, 6; 29, 32,44,54,59,86,105,112,112,123,124,128,129,165,

166,174,176.

Pretor Hukuku, 160.

Problematik, 198.

- R -

Râfiz, 26.

Raison raisenante, 160.

Ratio legis, 157,163.

Râzî, 48.

Rechtsanalogie, 157,163.

Ridde,144.

Risâle, 105,117,134,186.

Roma Hukuku, 156,160,191,192.

er-Ruhsa, 43.

Rûknü'l-icmâ, 43.

- S -

Sadr, 42.

Said b. Abdullah, 233.

Santillana, 156,162.

Sava Paşa, 211.

Schaht, 156,171.

Scialoja, 161.

es-sebeb en-nakl, 47.

Sedd-i zerâyi, 21.

Sefeh, 144.

Şehâf, 232.

Selbf, 188.

Selem, 220.

Semerkindi, 86,123.

Sencâf, 120 .

Sans litteral, 136.

Şerâhî, 6, 29, 37, 38, 44, 54, 59, 86, 104, 105, 123, 124, 129, 132, 147

167, 174, 175, 176.

Sükûti icmâ', 208,

Sûriye, 30.

Süyûti, 232.

- Ş -

Şâfi'î, 4, 6, 7, 25, 29, 39, 45, 46, 57, 59, 61, 65, 66, 67, 68, 74, 77, 80

105, 115, 118, 120, 121, 151, 169, 170, 173, 174, 184, 186, 194.

Şatıbf, 130, 182, 189, 204.

Şekli Kaynaklar, 10.

Şelebf, 95, 126, 138, 142, 145, 146, 171, 179.

Şaner, 124, 165, 183, 191, 233.

Şerâi'ü men kablenâ, 21.

Şevkânî, 36, 42, 81, 109, 167, 175.

Şeybânî, 148, 150, 172, 226.

- T -

Tâterî, 35.

Tâbi kaynak, 207.

Tahsilü'l hukm, 142.

Tahsilü'l -ille, 142.

Tahsilü'l kıyâs, 142.

Tahsinîyyat, 181.
 Tâli kaynak, 207.
 Ta'lîl ba'de'l-vukû', 150.
 Takrir, 220.
 Takvîmu'l-edille, 6.
 et-Tarîk el-ma'nevî, 51.
 Tekmile, 181.
 Temsil, 78.
 Tetimme, 121.
 Tâfi, 131, 195.
 Tunus, 214.

- U -

Ulemâu'l-İmme, 24.
 Unûmu'l-belevâ, 21.
 el-Unûr ed-Dünyevîyye, 30.
 Usûl, (Cessâs), 186.
 Usûliyyûn, 25.
 Usûlu'l-Fezdevî, 166.
 Usûlu's-serf'a, 182.
 Uygulama kaynakları, 10.

- Ü -

el-Ümmec, 23.

- V -

Vâcip, 12.
 el-Varakaat, 85, 185.
 Vech, 165.

- Y -

Yürürlük kaynakları, 10.

- Z -

Zâhir, 146.

Zâhiri, 26,39.

Zarûret, 141,235.

Zarûriyyât, 180.

Zemm ve ikâb, 13,14.

Zerkâ, 202.

Zeylâf, 222,232.

Züfer, 140.

İbn Kayyım:751/1350
 İbn Kesir:774/1373
 İbn Manzûr:711/1311
 İbn Mes'ûd:32/652
 İbn Nüceym:970/1563
 İbn Rüşd(el-Cedd):520/1126
 İbn Rüşd(el-Hafid):595/1198
 İbn Selemûn el-Kinânî:750/
 1349

İbnü's-Sübki:771/1369
 İbn Teymiyye:728/1327
 İbrâhîm en-Nazzâm:220/835
 İbrâhîm en-Nehâf:96/714
 İmâmu'l-Marameyn:478/1085
 İmâm Sâdik:148/765
 İmmaunel Kant:1801 M.
 İsfehânî(Râğîb):502/1108
 İskerâyînî(Ebû Ishâk):418/
 1027

-K,L-

Kaadi İyâd:544/1149
 Kaadi Şurayh:78/697
 Kant:1801 M.
 Karâfi:664/1285
 Kâsânî:587/1191
 Kerhî:340/951
 Leys b. Sa'd:175/791

-M,N-

Mahmûd b.Ahmed el-Buhârî:
 616/1219
 Mâlik b. Enes:179/795
 Mehâmîlî:330/941
 Merğînânî:593/1197
 Meveîlî:683/1284
 Muâz b. Cebel:18/639
 Muhammed b. el-Hasen:189/
 805

Nazzâm:220/835
 Nesefî(Ebû'l-Berekât):710/

-O,Ö-

Hız.Osman:35/655
 Hız.Ömer:23/643

-P,R-

Pezdevî(Fahru'l-İslâm):48:
 Râzî(Ebû Bekr el-Cessâs)::
 Râzî(Faruddîn):606/1209
 Rebiatü'r-re'y:106/753.
 Reşîd(Halife):193/809

-S-

Sadru's-Şerî'a:747/1346
 Sa'îd b.el-Müseyyeb:94/71
 Sayrafi:330/941
 Şehâvî:902/1497
 Semerkandî(Alâuddîn):539/
 Serahsî:483/1090
 Seyyid Şerîf Cürçânî:816/
 Siddîk Hasen Han:1307/188

-Ş-

Şâfiî:204/819
 Şâtıbî:790/1388
 Şevkânî:1250/1834
 Şeybânî:189/805
 Şurayh:78/697

-T,Ü,Z-

Tarablûsî:841/1437
 Teftâzânî:793/1390
 Tûfî:716/1316
 Übeyy b. Ka'b:21/642
 Zencânî:656/1258
 Zeyle'î:743/1342
 Züfer:158/775

İSLAM HUKUKUNDA KAYNAK KAVRAMI
VE
VİLLİ ASIR İSLAM HUKUKÇULARININ
KAYNAK KAVRAMI ÜZERİNDEKİ METODOLOJİK AYRILIKLARI

(Doğru-Yanlış Cetveli)

<u>Sahife</u>	<u>Satır</u>	<u>Yanlış</u>	<u>Doğru</u>
4	d.n.2,3		(yer değişecek)
6	12	(v.340/551)	(340/951)
15	6	üzer, güzel ve çirkin	üzere, güzel ve ç
37	17	tecviz edildiği	tecviz edilmediği
40	d.n.5	s.	s.244
41	3	ittifak	ittifakın
41	d.n.1	s.	s.242-256
43	21	in'ikadına	in'ikadında
45	6	anlaşıldığı gerekse,	anlaşıldığı, gerek
45	13	itirazın	itirazsız
46	8	teşekkül edemeyeceği,	teşekkül edeceği,
46	9	gerçekleşmiş olacağı	gerçekleşmemiş ol
47	8	kaynakla	kaynak
47	d.n.3	<u>Kesf, III, 202</u>	<u>Kesf, III, 262</u>
48	13-14	isbatlamaya çalışmak- tadır.	isbatlanmaya çalış tadır.
54	d.n.1	v.	v.12 ^a .
55	13	zarûfî	zannî
57	d.n.5	E.İ.,	E.İ. ² ,
58	5	olmadığını	olduğunu
59	d.n.2	s.	s.221 v.d., 297-29
63	d.n.4	s.	s.242 v.d.
64	d.n.5	s.	s.69.
69	d.n.1	<u>Câmiu'l-ilm</u>	<u>Cimâ'u'l-ilm</u>
71	2	kurucu	kurucusu
71	d.n.5	Baytacı	Baltacı
84	7	ilhâ	ilhâk
87	20	maktadır. ³	maktadır. ⁴
89	27	(boş)	4. İbn Rüşd(el-Ced <u>Mukaddemât</u> , I, 22.

<u>Sahife</u>	<u>Satır</u>	<u>Yanlış</u>	<u>Doğru</u>
94	20-21	konusundaki	konularındaki
98	d.n.4	118,	118'den
105	d.n.1,2		(yer değışecek)
106	4	kiyası, uygulayan	kiyâsı uygulayan
112	3	savunmaya	susmaya
112	15	başlamışsa da	başlanmışsa da
113	14	alan	olan
114	9	bulunup	bilinip
116	d.n.3	bkz.s.	Karâfi, <u>Muhtasar</u> ,
119	7	kiyâsın	kiyâsı
119	9	gösterilmesi	göstermesi
120	11	koymadığı,"	koymadığını,
120	16	hükmettiği	hükmedildiği
123	3	sûl kıyâs	sûlî kıyâs
123	12	başladığı	başlandığı
124	17	düş-	(iptal edilmeli)
128	5	te bu nevi	te, bu nevi
128	6	iki şekilde	iki şekli
128	7	olduğunu	bulunduğunu
128	17	Pezdevfi de	Pezdevfi'de
128	18	raber, bunun	raber, O, bunun
132	2	istihsân)	istihsânı)
132	d.n.2	<u>İhkâm</u> , IV, ; <u>Kesf</u> , IV, ;	<u>İhkâm</u> , IV, 136; <u>Kesf</u> , IV, 13;
135	d.n.1	<u>Medhal</u> , I,	<u>Medhal</u> , I, 84-87
136	4	Buradan	Burada
136	9-10	Cessâs, bu tür istih- sân hakkında dikkatli düşünmenin iyice fikir yormayı gerektirdiğini	Cessâs bu tür istih- sân hakkında dikkatli meyî, iyice fikir y gerektirdiğini
137	5	bu olay benzerlerine	bu olaya, benzerleri
138	6	bir akid	bu akid
139	4	söylenmezse ne olur?	söylenirse ne olur
142	18	dayanmak	dayanılarak,
143	d.n.2	113	182
143	d.n.5	281	182
145	16	kelimesi, ço-	kelimesi ve ço-
146	18	bu tahlil	bu tahlile
149	18	telâkki olunacaklar- dır.	telâkki olunmayacak dır.
150	7	gelişmiş	çelişmiş

<u>Sahife</u>	<u>Satır</u>	<u>Yanlış</u>	<u>Doğru</u>
150	d.n.1	" <u>Logique juridique</u> ".	" <u>Logique juridique</u> "
151	17	rallar ve onlara	rallara
151	18	hükmü daima istisnâtdir;	hükmünün daima is oluşudur;
152	10	olmalıdır.	olmaktadır.
154	2	kismini,	kisminin,
156	8	"approral"	"approval"
157	12	"ratiolegis";	"ratio legis"i
158	14	dayanmamakta; ³	dayanmamaktadır ³ ;
159	7-8	Tabii ki burada yazarın gayesi, Gazzâli'nin görüşü hakkındaki hataya işaret etmekten	Tabii ki burada gayezarın, Gazzâli'rüşü hakkındaki hataya işaret etmekten
159	14	konunu zannediyoruz doğrudan	-zannediyoruz- kor doğrudan
159	22	istihsâna	istihsânın
161	d.n.5	28.	281.
161	d.n.7	<u>Telvîh</u> , IV, 3	<u>Telvîh</u> , III, 3
162	18	hakkanîyet hem de	hem hakkanîyet hem
163	1	zihni "ratio legis"i	zihni, "ratio legi
165	4	anlaşıldığı	anlaşıldığını
165	5	zannedildiği ifade edilmekte	zannedildiğini ifade edilmekte
169	19	kıyas'a	kıyâsın
169	d.n.3	s.	s.165.
169	d.n.4	s.	s.231-233.
173	10	bütün tarifleri	bütün ta'rizleri
174	d.n.1	s.	s.127-129.
175	d.n.3	f26-730	726-730
178	10	hiç	her
184	19	kullanılmamış	kullanılmış
187	18	istihsân ile istîshâb	istihsân ile istis
188	8-9	değerlendirmede gerçekleştirildiğini	değerlendirmesinde gerçekleştirildiğini
189	7	Gerçekten Şâtıbi'nin	Gerçekten Şâtıbi,
191	1	daha güzel	daha genel
191	3	istihsânı istislah	istihsân-istislah
192	d.n.3	<u>İhkâm</u> , IV,	<u>İhkâm</u> , IV, 140;
193	d.n.4	I,	I, 365.
193	d.n.5	<u>Menâhic</u> ,	<u>Menâhic</u> , I, 383-384
194	3	bu metod	bir metod

Sahife	Satır	Yanlış	Doğru
195	5	Hanbelîlerden	Hanbelîlerin
204	5	âdetlerin	âdetleri
209	2	ler birer	ler ile birer
209	6	yani boşluklarını	kanun boşluklarını
216	2	akideler	akidler
217	17-18	önemli olduğu gibi,	önemi olduğu gibi,
235	1	kazandırdığı	kazandırıldığı
236	9	delil götürme	delil gösterme
237	11	anlamın	anlamında
239	16	tek tek	tek bir
242	17	iyidir." ⁵	iyidir." dediği ri edilmiştir. ⁵
244	d.n.3	(atlanmış)	Amidî, <u>İhkâm</u> , I, 2 İbn Abdîşşekûr, <u>Mi</u> ve <u>Ensârî</u> , <u>Fevâtih</u> <u>Mehâmîlîf</u>
244	10	Muhâmîlî	Mehâmîlîf
250	18	hadiselerin	hadîslerin
250	19	hadiselere	hadîslere
251	11	sayılmış	sayılmış
253	1	bunun üzerinde icmâ edilmiştir.	, "bunun üzerinde edilmiştir"
253	2	sana	sana
253	5	Medîne ehlinin	Medîne ehlerinden
254	d.n.3	Fetâvâ	Fetâvâ
258	d.n.1	<u>Menhec</u>	<u>Menâhic</u>
258	d.n.4	<u>Usûlü'l-me'mûl</u>	<u>Husûlü'l-me'mûl</u>
259	21-22	okunmakla farızanın	okunmakla kirâat f sının
261	15	(boş)	سبام ثلاثة أيام
261	16	(boş)	تابت
261	22-23	(boş)	عدة من أيام اخر
261	23	(boş)	تابت
261	25	bilgi	bil-
261	d.n.2	<u>Usûlü'l-me'mûl</u>	<u>Husûlü'l-me'mûl</u>
263	10	ederse başkaca	eder ve başkaca
264	18	rivâyetlerin de,	rivâyetlerin
265	2	metodu	metodunu
265	d.n.3	"Zâhir" lâfzının	"Zâhir" lâfzın
267	1	vardır. ²	vardır. ¹
268	19-20	üzerinde	şeklinde
269	4	yayılan akımının	yayılan kanunlaştı akımının

<u>Sahife</u>	<u>Satır</u>	<u>Yanlış</u>	<u>Doğru</u>
294	14	hangi yollarla	Nasların ruhunun hangi yollarla
295	4-5	bulunmadığına bu sebeple modern	bulunmadığından; modern
295	7	için doğru olmayacaktır.	için aramak doğru olacaktır.
295	11	titizlikle bir konudur.	titizlikle durdukları bir konudur.
296	20	sayıldığı açıkça güçlü bir	sayıldığına güçlü bir
299	7	(lücken intralegen)	(lücken intra legem)
300	d.n.3	Bu alayı naklederken	Bu olayı nakleden

(Sahife 8'deki boş kısma konması unutulmuş bir paragraf:)

Transkripsiyon, daha çok iltibasa meydan verebilecek durumlarda kullanılmış; çok çok tekrar edilen "icmâ" gibi kelimelerin (ilk geçtiği yer hâric) Türkçede kullanılış şekilleri esas alınmıştır. Hemen her sahifede zikredilen bir çok isim bulunduğundan ve dikkatin dağılmasını önlemek gayesiyle, kronolojik delilden faydalanma halleri dışında şahısların vefat tarihleri metin içinde verilmemiş, tezin sonuna konan vefat tarihleri cetveli ile bu ihtiyacın karşılanması cihetine gidilmiştir.

<u>Sahife</u>	<u>Satır</u>	<u>Yanlış</u>	<u>Doğru</u>
269	17	güden hukuk kanunları- nın	güden, hukuk kaide- nin
272	10	kararnâmelêrde	kararnâmeler de
272	12	formal "şeklf	formal ("şeklf")
273	d.n.2	(boş)	2. Oğuzman, <u>Medenf</u> 54.
273	d.n.4	s.	s.11 v.d.
273	d.n.5	<u>Usûlü'l-me'mûl</u>	<u>Husûlü'l-me'mûl</u>
274	12	İslâm teğrfini	İslâm teğrfinin
274	d.n.2	<u>Usûl</u>	<u>Vecfz</u>
275	9	Bu, kanunlar hazırlık	Bu, hazırlık
275	d.n.4	s.	s.290, 295-296.
276	d.n.3	s.	s.258, 262, 263.
279	d.n.3	<u>Müsüllem</u>	<u>Müsellem</u>
280	5	hiç	bir
281	3	şayedir.	gâyedir.
281	20	hâkim için	hüküm içi
281	d.n.1	temas edilecek Prusya	temas edilecek "kan- luklarının doldurul- konusunda da Prusya
281	d.n.1	bunuçsuz	sonuçsuz
283	9	contrario	contrario
283	10	isâbetle	isâbetli
284	3	ictihâdın da anlamı	ictihâdın dar anlam:
284	7	hâkim takdir	hâkimin takdir
284	d.n.2	incelenecektir.	işâret edilecektir.
285	2	en dar anlamdan en serbest anlama	en dar olanından en best olanına
285	6	gramunicale	grammaticale
285	10	ekolü "L'Ecole	ekolü" (L'Ecole
287	15	Kanun metinlerine	Modern yorum metodu, nun metinlerine
288	12	Fireies	Freies
290	3	manunun	kanunun
290	18	arana ortak	aranan ortak
290	d.n.3	s.	s.3 v.d.
291	1	sip olarak disiplin içinde	sip olarak, bu disiplin içinde
291	2	hakkında	hakkında da
291	16	fa 11	fasıl

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
İLAHİYAT FAKÜLTESİ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ BÖLÜMÜ

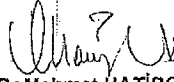
Sayı : 23
Konu :

17.03.1999

ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Temel İslam Bilimleri / İslam Hukuku Anabilim Dalı öğrencisi Ahmet GELİŞGEN'in Doktora Yeterlilik Komitesi aşağıda isimleri yazılı öğretim üyelerinden oluşmakta olup, yazılı ve sözlü sınav tarihi aşağıda belirtilmiştir.

Gereğini saygılarımla arz ederim.


Prof. Dr. Mehmet HATİBOĞLU
Temel İslam Bilimleri
Bölüm Başkanı

Öğrencinin Adı
Ahmet GELİŞGEN (İslam Hukuku)

Jüri Üyeleri
Prof. Dr. İbrahim ÇALIŞKAN
Prof. Dr. Mehmet HATİBOĞLU
Doç. Dr. Samil DAĞCI
Doç. Dr. Osman TAŞTAN
Doç. Dr. A. Nedim SERİNSU
Doç. Dr. Ömer ÖZSOY (Yedek)

Sınav Tarihi : 22 Mart 1999 Pazartesi
Sınav Saati : 10.00 Yazılı
14.00 Sözlü

ANKARA ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Müdürlüğü

Sayı : 4072
Tarih :

19 MARY 1999