

İSLAM HUKUK İLMİ AÇISINDAN MAKÂSİD İCTİHADININ YA DA TELEOLOJİK YORUM YÖNTEMİNİN İLKELERİ ÜZERİNE

Ahmet YAMAN*

"Ne zaman ayetlerimiz bütün açıklığıyla kendilerine okunup ulaştırılsa, o Bizim huzurumuza çıkacaklarına inanası gelmeyenler, 'Bize bundan başka bir Kur'ân getir; ya da bunu değiştir' diyecek olurlar. De ki: Onu kendiliğimden değiştiremem; ben ancak bana vahyedilene uyarım. Bakın, eğer Rabbime baş kaldırarak olursam, dehşet veren o günün azabından korkarım!" Yûnus 10/15

ON THE PRINCIPLES OF IJTIHAD ACCORDING TO THE RATIO LEGIS OR TELEOLOGICAL INTERPRETATION IN ISLAMIC JURISPRUDENCE

Ijtihad and reason of law (ratio legis) are two crucial concepts of fiqh, which requires each other. Development of law preserving its vitality in parallel to progress and change of social conditions depends on ijthad while this developments' being in accordance with legislators intentions is due to compliance with the reason of law. For the expected development and vitality of law, mujtahids who makes law and judges who implements law should give central importance to the finalist character, namely the reason of law (ratio legis), in their interpretations and judgments. Because of its critical function, in legal doctrine, it has been accepted for a mujtahid to know the intentions of law as crucial.

Although it is so important to determine the legislators intention (ratio legis) and to establish the legal system according to this end, subjectivities emerging from the content of the subject and subjective interpretations are seemed as dangers to be challenged. Some principles and assumptions must be determined in order to prevent the dominance of subjectivity in law, which can be the result of an attempt to find out the intention of the legislator. This article tries to find out these principles; therefore, it indicates the ways of evaluating text and sense of a law together.

* Doç.Dr. Selçuk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi. yamanahmet@hotmail.com

A. ARKA PLAN

İctihad ve makâsîd, biri diğeri gerektiren iki vazgeçilmez fıkıh kavramıdır. Gelişen ve değişen toplumsal şartlara koşut olarak hukukun canlılığını koruyarak gelişmesi ictihada; bu canlı gelişimin kanun koyucunun/şâriin muradı istikametinde olması makâsîde riayete bağlıdır.

Ulaşılmaya hedeflenen yer anlamındaki *maksîd* kelimesinin çoğulu olarak kullanılan makâsîd terimi, kanun koyucu olan Yüce Allah'ın norm koymadaki muradını ve hukuk düzeninden beklediği yararları ifade eder. Bu yararlar O'nun vahyi, hidayeti ve öğretilerinden süzülüp çıkarıldığı içindir ki, literatürde *makâsîdû's-şâri* veya *makâsîdû's-şerîa* ya da *el-makâsîdû's-şer'iyye* biçimindeki tamlamalarla kullanılmıştır.¹

Makâsîd en genel bakışla, yararların sağlanması suretiyle maslahatın gerçekleştirilmesi ve zararların giderilmesi suretiyle mafsedetin izalesi olunca, makâsîd ile mesâlih arasında doğrusal bir ilişkinin varlığı göze çarpar. Hatta makâsîd, mesâlihi kuşattığından dolayı bu iki kavram arasında bir kaplam-çilem/umum-husus ilişkisi vardır. Bu sebeptendir ki her iki kavram da birbiri yerine kullanılabilir. Nitekim İmamü'l-Harameyn el-Cüveynî'den (v. 478/1085) sonra konuyla ilgili ilk derli toplu belirlemeyi yapan el-Gazzâlî'nin (v. 505/1111) şu cümlelerinde bu doğrusal ilişkiyi görmek mümkündür: "Esas itibarıyla maslahat, yararı sağlayıp zararı gidermeden (celb-i menfaat ve def-i madarrat) ibarettir. Fakat biz bu anlamı kastetmiyoruz...*Maslahat* teriminden bizim kastettiğimiz anlam, dinin amacını (*maksûdû's-şer'*) korumaktır. Dinin insanlara ilişkin amacı ise şu beş noktada toplanabilir: onların din, can, akıl, nesil ve mallarını korumak..."²

Keza, nasların gâî/teleolojik yorumu konusundaki radikal fikirleriyle tanınan hanbelî hukukçu Necmeddîn et-Tûfî de (v. 716/1316) maslahatı tarif ederken onun "kanun koyucunun ulaşılmasını istediği hedeflere (maksûdû's-şâri') ileten sebepler" olduğunu belirtmiştir.³

Hukukun, kendisinden beklenen gelişmeyi sağlanması ve canlılığını sürdürebilmesi için, hukuku oluşturan müctehitlerin ve uygulayan yargıçların, işte bu finalist karakteri yani kanunun konuluşu sebebini (ratio legis) merkeze almaları icap etmektedir. Bilindiği kadarıyla konuyu literatürde ilk defa bu kavramlarla ele alan el-Cüveynî'nin diliyle konuşursak "emir ve nehiylerin maksadını tam anlamıyla kavrayamayan kimse, din konusunda gerçeği yakalayamaz".⁴ Ünlü Alman hukukçu Rudolf v Jhering'in "gaye, bütün hukukun yaratıcısıdır" cümlesi de⁵ bu hususun bir başka dilden teyididir.

İşte bu fevkalade işlevinden dolayıdır ki, hukukun gayelerini bilmek, bir müctehit için vazgeçilmez bir icthad niteliği olarak görülmüştür. İmam Mâlik (v. 179/795), makâsîd merkezli bir yorum türü olan istihsânî ilmin onda dokuzu olarak

¹ Bazen benzer bir muhtevada ama daha çok illele irtibatlı olarak kullanılan hikmet ve hikmet-i teşri gibi kavramlar, bilinçli olarak bu çalışmanın ilgi alanına dahil edilmemiştir.

² Gazzâlî, *el-Mustasfâ min ilmi'l-usûl*, Beyrut 1993, s. 174, 179

³ Tûfî, *et-Ta'yîn fî şerhi'l-erbâin*, thk. A. Hâc, Beyrut-Mekke 1998, s. 239

⁴ Cüveynî, *el-Burhân fî usûli'l-fıkıh*, thk. A.Dîb, Kahire 1400, 1/295

⁵ Çobanoğlu Rahmi, *Hukukta Gaye Problemi*, İstanbul 1964, s. 39

nitelerken⁶; birçok âlim, sınırlı olan hüküm kaynaklarının sınırsız sayıdaki olaylara yetmeyeceğinden⁷ dolayı dinin genel tutum ve tümel hedeflerine istinad eden bir bakışın zorunlu olduğunu belirtmişlerdir.⁸ Bu noktada daha vurgulu bir üslup kullanan eş-Şâtîbî (v. 790/1388), icthad derecesine ulaşmanın ilk şartının, dinin ve hukuk düzeninin hedeflerini tam anlamıyla kavramak olduğunu söylemiştir.⁹

Müctehitlerin, İslam hukukuyla ilgili olarak beş noktada gayret gösterdiklerini söyleyen Muhammed Tâhir b. Âşûr (v. 1973), fakihin bu beş noktanın herbirinde ama özellikle de dördüncüsünde hukukun gayelerini bilmeye muhtaç olduğunu belirtir:

- a. Lafzî kaideler yardımıyla şer'î nasların sözlük ve istilâh anlamlarını kavrayıp içerdikleri manayı ortaya çıkarmak,
- b. Delillerarası çatışmaları gidermek,
- c. İleti tesbit yollarından biriyle sabit olan illeti gözönüne alarak naslarda hükmü belirtilmeyen belirlenene kıyas etmek,
- d. Naslarda hükmü açıklanmayan ve kendisine kıyas yapılabilecek bir benzeri de bulunmayan olayları çözümlmek,
- e. İnceleyip de illet ve hikmetini tam olarak belirleyemediği konularda yeter-sizliğini kavramak.

İslam hukuku normlarının asırlar ve nesiller boyunca sürekliliğini sağlama görevini alan fakih, işte bunun için kanun koyucunun esas maksadını ve ulaşmak istediği hedefleri bilmek durumundadır.¹⁰ "Söylemeye lüzum yoktur ki, bir kanunun ihtiva ettiği hükümler birer illete bağlıdır ve bunları birer asla irca mümkündür. O asıllar ki bir silsilei külliyyat halinde o kanunun mantığını teşkil eder"¹¹ diyen Ali Himmet Berki (v. 1976), işbu hukuk mantığının gözardı edilmesi durumunda bekleyen tehlikeye de şu cümleleriyle dikkat çeker: "Hukukî muamele ve münasebetleri kuru ve mücerred nazariyelerle yürütmek mümkün değildir. Tatbikatın gözle görülecek kadar bariz ilhamları vardır. Kanun koyucular, hakimler bunları nazara almak zorundadırlar. Bu icabları ihmal eden kanunlar, sahifeler üzerinde kalmağa, ve bunları muhakeme ve hükümlerinde gözönüne almayan hakimler muvaffakiyetsizliğe mahkumdurlar."¹²

Makâsîd/mesâlih eksenli çözümleme biraz da, soruna, somut hukukî olay veya işlemin yaşandığı yer ve bağlamda muhatap olan bir faal İslamî şuurun çözüm bulabilmede gayret sarfetmesi demektir. Nitekim el-Cüveynî, "İstislâh ilkesinin son

⁶ Şâtîbî, *el-Muvâfakât fi usûli's-şerîa*, thk. A.Draz, Beyrut 1991, 2/ 233 (Şâtîbî'nin makâsîd teorisi üzerine güzel bir eser veren Faslı araştırmacı Ahmed Raysûnî, el-Muvâfakât hakkında şu tesbitte bulunmaktadır: el-Muvâfakât ismindeki "fi usûli's-şerîa" uzantısına, ne müellifte ne de ondan bahseden ilk kaynaklarda rastlayabilmiş değilim, bkz *Nazariyyetü'l-makâsîd inde'l-İmam eş-Şâtîbî, Maryland* 1995, s.351) ; Şâtîbî, *el-İ'tisâm*, Beyrut 1991, s. 371; Zerkâ Mustafa A., *el-İstislâh ve'l-mesâlihü'l-mürsele fi's-şerîati'l-İslamiyye ve usûlü fıkhihâ*, Dimaşk 1988 , s. 59

⁷ Bu iddianın tartışması için bkz., Cüveynî, *el-Burhân*, 2/1348 vd.; Serahsî, *Usûl*, thk. E Efğânî, Beyrut 1993, 2/138 vd.

⁸ bkz., Cassâs, *el-Fusûl fi'l-usûl*, thk. A.C.Neşemî, Kuveyt 1985-89, 4/10-11, 217; Cüveynî, *el-Burhân*, 1/295; 2/1349; Gazzâlî, *el-Mustasfâ*, s. 174; Zencânî, *Tahrîcü'l-furû ale'l-usûl*, thk.M.E.Salih, Beyrut 1987, s. 322; Karâfî, *el-Furûk*, Beyrut ty., 2/130-131; İbnü'l-Kayyim, *İ'lâmu'l-muvakkîn*, Beyrut 1991, 1/251; Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, 4/66; Berki Ali H., *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, Ankara 1948, s. 234; Karaman H., *İslam Hukukunda İctihât*, Ankara ty., s. 25-27

⁹ Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, 4/76

¹⁰ İbn Âşûr, *Makâsîdü's-şerîati'l-İslamiyye*, Tunus 1978, s. 15; bkz. Âlim Y.H., *el-Makâsîdü'l-âmmè li's-şerîati'l-İslamiyye*, Riyad 1994, s. 107

¹¹ Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, s. 73

¹² Berki, *age.*, s. 157-158

tahlildeki hedefi, meseleyi çözümlene görevini, o meselenin sahibine havale etmektedir ki bu, şer'atın güzel yönlerinden biridir" demektedir.¹³ Hz.Ali'nin (r.a) Yemen'e gönderilmesi sırasında Hz.Peygamber (s.a) ile aralarında geçen şu konuşma, bu gerçeğin ilk ağızdan teyidi anlamını taşımaktadır:

- "Ey Allah'ın Elçisi! Beni gönderdiğin o yerde çözümlenmesi gereken bir olayla karşılaştığımda basma kalıp gibi mi (kessikketi'l-muhammât) olayım, yoksa olaya şahit olan, orada hazır bulunmayanın görmediğini görür mü?

- Elbette ki hazır bulunan, bulunmayanın görmediğini görür."¹⁴

Buraya kadar anlatılanlar benimsendikten sonra geriye şu sorulara cevap aramak kalmaktadır: İyi güzel de şâriin maksatları, emir ve nehiylerin hedefleri, kısacası hukukun teleolojik değeri nasıl bilinecek? Bu belirlemeyi yaparken elimizde hangi ölçütler bulunmaktadır? Bu arada izafilik tehlikesi ne oranda vardır?

Şunu hemen belirtelim ki, müslüman müctehitlerin eliyle gerçekleşen makâsîd yorumu, belli ilke ve ölçülere bağlı olmuştur.¹⁵ Mezkur ilke ve ölçüler, hem maslahat-mefsedetin belirlenmesinde hem de bunlara işlerlik kazandırmada müctehidi sınırlandırmıştır. Büyük ölçüde hukuk düzeninin bir bütün halinde tek tek incelenmesinden/istikrâsından elde edildiği içindir ki bu kıstaslar, hukuk düzenine hakim tümel önkabuller/küllî müsellemler konumundadır. Dolayısıyla benimsenmemeleri de birçok tikel çözümlenmenin benimsenmemesi anlamına gelir; tıpkı verilere dayalı bir istatistiksel sonucu benimsememek gibi.

Maslahatı dolayısıyla makâsîdî ölçü alan ichtihadın bağlı olduğu ilkeleri tek tek ele almadan önce altını çizelim ki, hukukta şekil ve nizamı korumak, bir hukuk düzeninden bahsedebilmek için son derece önemlidir. Hukuk normunun lafız dizgesini zorlayan yorumlar, bizzat o hukukun başta emniyeti sağlama olmak üzere fonksiyonlarını işlevsiz hale getirir. Bilindiği üzere hukuk, ölçüsüzlüklerin ve keyfîliklerin tam karşısında yer alır. "Binaenaleyh belirli bir yöntem ve felsefeye göre vücut bulan normlar olmaksızın, büyük bir özenle düzenlenmiş bir hukukî prosedür olmaksızın, hukukî işlemlerde şekil mecburiyeti kabul edilmeksizin layık vechile herhangi bir 'hukuk düzeni' tasavvur edilemez. Dolayısıyla hukuka sık sık yöneltilen formalizm=şekilperestlik suçlaması karşısında bir kere daha düşünülmalıdır. Şekillerden bağımsız bir pozitif hukuk olamaz; fakat şekilperestlikte de aşırılığa izin verilemez."¹⁶ Ruhun bekası için nasıl ki bedeninin korunmasına ihtiyaç varsa, nassın ruhuna itibar için de lafzın korunmasına ihtiyaç vardır.¹⁷ Kur'ân'ın doğru anlaşılmasının onun lafzıyla yakından ilgili olduğuna Şâtîbî de bir çok yerde dikkat çeker.¹⁸

¹³ Cüveynî, *el-Burhân*, 2/934; bkz. İz b. Abdisselam, *el-Fevâid fi ihtisâri'l-kavâid (el-Kavâidü's-suğrâ)*, thk. C.Abdurrahman, Kahire 1988, s. 91

¹⁴ Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, İstanbul 1981, 1/83; bkz., Serahsî, *Usûl*, 2/137; Buhârî'nin Tarih'inden naklen Şelebî Muhammed M., *Ta'lîlü'l-ahkâm*, Beyrut 1981, s. 289; Erdoğan M., *İslam Hukukunda Ahkâmın Değişmesi*, İstanbul 1990, s. 83

¹⁵ Genel ilkesel bir sıralama için bkz. Gazzâlî, *el-Mustasfâ*, s. 179; Bûtî S.R., *Davâbitü'l-maslaha fi ş-şer'ati'l-İslamiyye*, Beyrut 1986, s. 115-118; Hâdimî Nureddin M., *el-İctihâdî'l-makâsîdî hucciyyetüh davâbituh mecâlâtüh 2*, Katar 1998, s. 23-24

¹⁶ Çağıl Orhan M., *Hukuk Başlangıcı Dersleri*, İstanbul 1963, s. 24-25; bkz. Çobanoğlu, *Hukukta Gaye Problemi*, s. 31; Tuğ Adnan, *Hukukta Şekil*, Trabzon 1981

¹⁷ Bûtî, *Davâbitü'l-maslaha*, s. 138; Fâsî Allâl, *Makâsîdü'ş-şer'ati'l-İslamiyye ve mekârimühâ*, Beyrut 1993, s. 93; Erdoğan, *İslam Hukukunda Ahkâmın Değişmesi*, s. 86

¹⁸ mesela bkz. *el-Muvâfakât*, 2/65-66, 4/115, 289, 324;

Bu başat ilkeden hareketle; neyin maslahat/yarar, hangi şeyin de mefsedet/zarar olduğuna, hikmet sahibi kanun koyucu değil de kanunu uygulamakla yükümlü olan birey¹⁹ tek başına karar verecek olursa, zikri geçen maslahat-mefsedet kavramlarının içeriklerinin izafiliğinden dolayı²⁰ kanun koyucunun muradı, buharlaşma tehlikesiyle karşı karşıya kalır. Bu durumda beşerî belirlemeler, hukuk düzenine, belirleyenlerin hevalarının ve geçici arzularının hakim olması sonucunu doğurur²¹. Tam da bu noktayla ilgili olarak Şâtîbî şu tesbitlerde bulunur: "Dînî açıdan celbedilen maslahatlarla defedilen mefsedetlerdeki amaç, âhiret hayatı için dünya hayatının gereklerini temin etmektir. Yoksa bireylerin kendi basit nefsanî yararlarını temin veya nefsanî zararlarını gidermek değildir. Din, başka bir şey için değil, sadece mükellefleri hevalarına kapılıp gitmekten korumak ve dolayısıyla Allah'ın kulları olmalarını temin için gelmiştir. Hal böyle olunca dinin, bireylerin nefsi heva ve arzularına uygun, nasıl olursa olsun onların aktüel menfaatlerini karşılayan bir doğrultuda geldiğini varsaymak, bu gerçekle bağdaşmaz. Yüce Rabbimizin şu buyruğu bu meyanda çok açıktır: 'Eğer gerçek, onların arzu ve emellerine uyacak olsaydı, şüphesiz gökler ve yer içindekilerle beraber yıkılır giderdi' (el-Mü'minûn 23/71)."²²

Bu noktada durup fıkıh tarihine dönüp baktığımızda, normatif nasların anlaşılması konusunda, hadd-i vasatı temsil eden büyük çoğunluk yanında iki ucun oluştuğunu görüyoruz. Bunlardan birincisi, daha çok klasik dönemlerde kendisini göstermiş olan radikal zâhiriyye akımı; ikincisi ise daha çok modern zamanlarda sahne alan radikal tevilciler ve tarihselcilerdir. Öncekiler, nasların belirlediği hukuk çözümlerinin makul gerekçelere ve makâsîd merkezli açılımlara sahip olduğunu reddettikleri için bu nasların literal anlamıyla yetinip kıyas ve istislah iticihadına²³ sırt çevirmişlerdir. İkinciler yani radikal tevilciler ise tam tersi bir tavırla, nasların literal anlam örgüsünü hiçe sayıp, o naslardan kendilerinin göreceli olarak çıkardığı içi boş izâfî genel yaklaşımlarla hüküm vermeye çalışmışlardır.

Zâhirî yöntem sonuçta; kuru, şekilperest, açılıma kapalı ve tatmin edici olmayan bir hukuk anlayışı sunarken; tevilciler ise hemen her konuda pozitif beşerî hukuk ile entegre olmuş ve dînî boyasını kaybetmiş bir seküler hukuk anlayışını seslendirmişlerdir.²⁴

Söylediklerimize bir kaç örnekle açıklık kazandıralım:

"Sizden biri sakın ha, durgun suya bevletmesin. Sonra onunla yıkanır"²⁵ hadisini değerlendiren İbn Hazm (v. 450/1063), Hz.Peygamber'in (s.a.) burada bevlînin dışında diğer necisleri saymadığını belirterek, o diğer necis maddelerin durgun suyu pislet-

¹⁹ el-Bakara 2/187, 227, 229-230; en-Nisâ 4/13-14; en-Nûr 24/51; el-Ahzâb 33/36

²⁰ "Hiç kuşkusuz ve her zaman 'dürüstçe yaşamak', 'herkese hakkını vermek' vb. buyrulur; ama bunlar çok genel ve hukukun dikkate alamayacağı ahlaki kurallardan başka bir şey değildir. Her toplumun dürüstlük anlayışı farklıdır...Anne-baba cinayeti en iğrenç gelen alçakça bir cinayet gibi görünürken kimi toplumsal gruplarda buna izin verilir" , H. Levy-Bruhl, *Hukuk Sosyolojisi*, çev.H. Dilli, İstanbul 1991, s. 32; bkz. Çobanoğlu, *Hukukta Gaye Problemi*, s. 32,41

²¹ bkz. el-Mâide 5/48,49; Yunus10/15

²² Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, 2/29-30, ayrıca bkz. 4/95, 97; bkz. Cüveynî, *el-Burhân*, 2/1348 vd.

²³ İctihad türleri için bkz. Devâlibî Muhammed M., *el-Medhal ilâ ilmi usûli'l-fıkıh*, Dimaşk 1959, s. 402, 413, 422; Apaydın Yunus, "İctihad", *DiA.*, 21/436-437

²⁴ Allâl el-Fâsî, bu ikinci grupta yer alanları "yeni mutezile" ve "yeni isrâiliyyât devşirmecileri" olarak niteler. bkz. *Makâsîdü's-şer'ati'l-İslamiyye ve mekârimühâ*, s. 94-95, 101-103

²⁵ Buhârî, "Vudû" 68; Müslim, "Tahâret" 94-96; Ebu Davud, "Tahâret", 36; Tirmizî, "Tahâret" 51

meyeceği sonucunu çıkarmıştır.²⁶ Onun bu noktadaki lafızca hareket tarzı kendi ifadesiyle "her ismin bir hükmü vardır; hadiste zikredilen bir kelimenin hükmü, bir başka nas olmadıkça zikredilmeyene intikal etmez"²⁷ kabulüne dayanmaktadır.

Aynı mantıkla mesela zekat, naslarda ismen anıldığı için sadece şu sekiz sınıfta söz konusudur: Altın, gümüş, buğday, arpa, hurma, deve, sığır ve davar. Bunların dışındaki bütün madenler, ticaret malları, toprak ve deniz ürünleri, menkul değerler, gayri menkuller vs. zekata tabi değildir. Aksi kanaat, "Her kim Allah'ın belirlediği sınırları aşarsa kendisine yazık etmiş olur"²⁸ ayeti gereğince geçerli değildir.²⁹

İşte böyle pür şekilci bir bakışla naslar anlaşılacak olursa şöyle ilginçliklerle karşı karşıya kalınacaktır:

Altın ve gümüşü biriktirip Allah yolunda sarfetmemeyi can yakıcı bir azap sebebi olarak bildiren *kenz* ayetinin³⁰ kapsamına girmemek için, altın ve gümüşleri dolara çevirip saklamak yeterlidir.³¹ İslam dinine ve toplumuna dışarıdan yönelebilecek düşmanca saldırılar, cihad için beslenen atlar ile³² savuşturulacaktır. Oruç için imsak vakti, elimize alacağımız siyah-beyaz iplikler birbirinden ayırt edilince³³ başlayacaktır.

Radikal tevilciler ve tarihselcilerin temsil ettiği diğer uca gelince; kurban kesmenin hedefi, fakire yardımda bulunmaktır. Yardımın ise türlü türlü yolu vardır; öyleyse dinde, yerine başkası ikame edilemeyecek tarzda mutlaka hayvan kanı akıtmak biçiminde belirlenmiş bir kurbiyet şekli yoktur.³⁴

"...Bir takım insanlar, ... sakat düşüncelerini tatbik ettirebilmek için Hz.Peygamber adına konuşmayı metot edindiler. Zira Kur'ân-ı Kerîm'e işlerine yarayacak ayet eklemek ellerinden gelmiyordu" diyen tecrübeli bir akademisyenin³⁵, birkaç sayfa sonra sergilediği şu ilginç çelişki de bu ucun bir örneği olarak burada zikredilmeyi hak etmektedir: "Fakülteyi teşriflerinde Fazlurrahman'a 'Aziz Hocamız, dedim, mesela miras konusunda Kur'ân-ı Kerîm'de kadınlara erkeklerin hisselerinin yarısının veriliyor olması, o devir şartları içinde âdilâne bir taksim idi. Daha sonra hanımların sorumlulukları, ev idaresine katılımları artınca bu hisselerin eşitlenmesi gerekir, siz böyle mi düşünüyorsunuz?' Hoca merhum, bu sualime karşı evet dedi ve ekledi: 'Hatta günümüz kadınlarına erkeklerinkinden daha fazla hisse vermek Kur'ân'ın adalet prensibine uygundur.' Fazlurrahman merhumun çalışma şevkini paylaşımların çoğalmasında sayesinde, problemlerin çözümünün çabuklaşacağına inanıyorum."³⁶

Bu pür tevilci bakışın hareket noktasını kendi ağzından dinleyelim: "İctihad, kural içeren bir nassın veya geçmişteki emsal bir durumun manasını anlama (makâsıdını kavrama, A.Y.) ve o kuralı öyle bir şekilde teşmil, tahsis ya da aksi halde

²⁶ İbn Hazm, *el-Muhallâ bi'l-âsâr*, thk. A.Bendârî, Beyrut 1988, 1/145, 159

²⁷ İbn Hazm, *age.*, 1/159

²⁸ *et-Talâk* 65/1

²⁹ İbn Hazm, *el-Muhallâ*, 4/12, 17

³⁰ *et-Tevbe* 9/34

³¹ Böyle bir uygulama için bkz. İbn Sa'd, *et-Tabakâtü'l-kübrâ*, 4/230'dan Erdoğan, *İslam Hukukunda Ahkâmın Değişmesi*, s. 87

³² *el-Enfâl* 8/60

³³ *el-Bakara* 2/187

³⁴ Öztürk Yaşar N., *İslam Nasıl Yazlaştırıldı*, İstanbul 2000, s. 407 vd.

³⁵ Hatiboğlu Mehmed S., "Kadına Dinin Verdığını Fazla Bulanlar", *İslamiyat* 3 (2000), sy:2, s. 9

³⁶ Hatiboğlu, *agm.*, s. 13

ta'dil ederek değiştirme çabasıdır ki, bulunan yeni çözüm vasıtasıyla bu kural, yeni durumu içersin."³⁷

Kanunun, yürürlüğe konulmasından sonra kanun koyucunun iradesine bağlı olmaktan çıktığını, yani kaynağı ile bağlantısının kesildiğini, dolayısıyla önemli olanın, kanun koyucunun başta ne istemiş olduğu değil; fakat şimdiki şartlar göz önünde tutularak ondan çıkarılabilecek anlam olduğunu, kanunun uygulanması anındaki yarar veya çıkar uyuzmazlıklarına en uygun gelecek biçimde kanunun yorumlanması gerektiğini savunan tevilci mantığıyla³⁸ düşünürsek de şöyle ilginç çıkarımlar sürpriz olmayacaktır:

Zina, *el-makâsîdü'l-hamse* diye bilinen beş tümelden birisi olan nesli/nesebi korumak amacıyla haram kılınmıştır. Zina sonucunda doğum olursa nesiller birbirine karışacak, kimin kimden olduğu belirsiz kalacaktır. Bunun önüne geçebilmek için Kur'ân söz konusu fiili yasaklamıştır. Oysa günümüz teknolojileriyle nesillerin birbirine karışması ihtimali ortadan kalkmış, ayrıntılı test ve tahlillerle babanın kimliğini tespit, basit bir uygulama haline gelmiştir. Öyleyse evlilik ve aile kurumuna gösterilecek saygı saklı kalmak kaydıyla, aralarında hukukî bir evlilik bağı olmayan bekar bireylerin kendi arzularıyla bu fiili işlemleri suç kapsamında değerlendirilmemelidir. Bu yaklaşım bizi, aynı zamanda, bir gelişmiş toplum göstergesi olan cinsel özgürlük fenomenine de yaklaştırmaktadır.

Kur'ân'ın ısrarla üzerinde durduğu ibadetler ve özellikle namaz, bireyin iç arınmasını sağlamak (el-AnkEbut 29/45) ve onu dine bağlamak için (Tâhâ 20/14) seçilen birer sembolden ibarettir. Daha açık bir ifadeyle bu ibadetler ve namaz birer vesiledir. Beş tümelden biri olan dini korumayı hedefleyen ibadetler birer sembol ve vesileden ibaret oldukları için, gerek vakit, gerek şekil ve gerek sayı açısından kişinin buna olan ihtiyacı ve içinde bulunduğu özgül şartlarla bağlantılıdır. Binaenaleyh iç arınmayı bir başka şekilde yerine getiren ve bu yolla Allah'a bağlılığını pekiştiren kişinin vakte, şekle ve sayıya bağlı olma zorunluluğu yoktur. Çaędař mesai anlayışı ve üretkenlik ölçütleri göz önüne alınarak kişisel düzenlemeler yapılabilir. Önemli olan iç arınma, Tanrıyla özde barışık olma ve řeklí değil, samimi dindarlıktır. Din de zaten son tahlilde bir vicdan işi değil midir?

Fıkıh tarihimizin izdüşümlerini takibe devam ettiğimizde, katı lafızci/şekilci yorum tarzının, İslam coğrafyasına diğerlerine oranla daha çok hakim olan mezheplere de zaman zaman sirayet ettiğini görebiliriz. Söz gelişi, şeybânî (v. 189/804) hariç haneşilerin kurucu imamları, Hz.Peygamber'in (s.a.) lanet vurgulu buyruğunun murad ve maksadını hiç hesaba katmayıp sırf hıl=helal olma kökünden gelen kelimelerle (muhalil ve muhalil leh) hükmü beyan etmesini ve salt irade beyanı teorisini öne

³⁷ Fazlurrahman, *İslam ve Çağdaşlık*, çev.A.Açıkgenç-H.Kırbaşoğlu, Ankara 1990, s. 77. Bu düşünce tarzı, Kara Avrupasında ortaya çıkan ve "Kanunun metni ile bağlı kalmaksızın tamamen serbest bir şekilde adil sayılan bir çözüme varılabileceğini, hatta bu çözümün kanının metninez aykırı (contra legem) olabileceğini kabul eden" serbest yorum metodunu hatırlatmaktadır. bkz. Dönmez İbrahim K., "İslam Hukukunda Müctehidin Nasslar Karşısndaki Durumu ile Modern Hukuklarda Hakimin Kanun Karşısndaki Durumu Arasında Bir Mukayese", MÜİF. Dergisi, SY.4 (1986), S.30,45

³⁸ Tarihselci-tevilci bakışın temel savları ve eleştirisi için bkz. Salih Muhammed E., *Teşsiru'n-nusûs fi'l-şikhi'l-İslamî*, Dımaşk 1984, s. 124; Yörük Abdülhak Kemal, *Hukukun Umumi Prensipleri*, İstanbul 1949, s. 55; Gözübüyük Şeref A., *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, Ankara 1973, s. 64; Edis Seyfullah, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, Ankara 1993, s. 191-192; Uyanık Mevlüt, *Kur'ân'ın Tarihsel ve Evrensel Okunuğu*, Ankara 1997; *Kur'ân'ı Anlamada Tarihsellik Sorunu Sempozyumu*, İstanbul 2000; Kotan Şevket, *Kur'ân ve Tarihselcilik*, İstanbul 2001

sürüp hulle nikahını caiz görmüşlerdir.³⁹ Benzer biçimde, Hz.Peygamber'in (s.a.) "Hibesinden dönen kişi, kusup da sonra kusmuğuna dönen köpek gibidir"⁴⁰ buyruğunu gerçekten tuhaf bir biçimde lafız yorumuna tabi tutup, hadisten şu hükmü çıkarabilenler olmuştur: Nasıl ki kumuk köpek için önemli değil ve tabiatı icabı dönüp onu yiyebilirse, kişi de hibesinden dönebilir.

Bu meyanda Şâfiî'nin şu ictihadı da dikkat çekicidir: Evlilik akdinin tarafları beraberce bir günlüğüne evlenmeyi tasarlasalar ama bilinmekle birlikte bu niyetlerini, nikah akdi sırasında açıkça telaffuz etmeseler, nikah geçerli olur.⁴¹ Aynı Şâfiî, lafız ta'tîl eden tevile şiddetle karşıdır⁴² ve hatta Hz.Peygamber'in ta'lile delalet eden sözünün bile kıyas yöntemi ile zâhiri dışına çıkarılmayacağını söyler; zira böyle yapılırsa illeti belirleyen fakihın zannına bağlı kalarak hadisin zâhiri terkedilmiş olur.⁴³

Mâlikîler ise "Yeryüzü benim için mescid ve temiz-temizleyici kılındı"⁴⁴ hadisinin harfî karşılığında istifadeyle namazın ancak yeryüzünde veya gemi, taşıt gibi bir şekilde yeryüzüne bağlı nakil vasıtalarında kılınabileceğini söylemişlerdir. Bu yorum, uzun yolculuklarda uçakta, hatta uzay istasyonunda, belki ileride kolonilerde namaz kılınamayacağı sonucunu vermektedir.⁴⁵

Hiç niyeti ve kastı olmadığı halde sırf dil sürçmesiyle boşama lafızlarının kullanılması halinde boşamanın geçerli olacağını söyleyen hanefî, şâfiî ve mâlikîlerin bu ictihadı da⁴⁶ şekilperestliğin bir başka örneğidir.

Her ne kadar Âmidî (v. 631/1233) yanlış bir tesbitte, hanefî, şâfiî ve hatta mâlikîlerin maslahatı dikkate almama hususunda hemfikir olduklarını söylese de⁴⁷, yukarıda örneği verilen çıkarımlar, mezheplerin geneline göre istisna düzeyinde kalmıştır. Gerekçelendirilebildiği ölçüde normları, lafızlarıyla uyumlu olmak kaydıyla makâsîd yorumuna tabi tutmak, Hz.Peygamber'den (s.a.) itibaren Sahâbe, tâbiîn ve mezhep müctehitlerinin yapageldiği bir davranıştır.⁴⁸ Nitekim Karâfî de (v. 684/1285), ismini açıkça koymasalar bile büyük çoğunluğun bu yönde istidlallerde bulunduğunu kaydeder.⁴⁹

Kanunun hem lafzını hem de ruhunu, birini diğerine feda etmeden beraberce ele alan işte bu anlayış sayesinde ki, İslam hukuku, ana kaynağından kopmaksızın canlılığını sürdürmüş ve ihtiyaçları karşılayabilmiştir. Aynı düzlemde mesâlih temin

³⁹ Serahsî, *Usûl*, 1/131; Merğînânî, *el-Hidâye şerh bidâyeti'l-mübedî*, İstanbul 1986, 3/177; Zeylaî, *Tebyînu'l-hakâik*, Bulâk 1315, 2/259

⁴⁰ Buhârî, "Hibe" 14,30; Müslim, "Hibât" 1,2,7,8; Ebu Davud, "Büyü"81; Tirmizî, "Büyü" 62; Nesâî, "Hibe"302

⁴¹ Şâfiî, *el-Üm*, thk. M. Mataracı, Beyrut 1993, 5/118

⁴² Cüveynî, *el-Burhân*, 1/551

⁴³ Şâfiî, *er-Risâle*, thk. Şakir A.M., Kahire 1979, s. 503 vd.; Cüveynî, *age.*, 1/558-559. Şâfiî'ye atfedilen tersi bir yöntem için bkz. Zencânî, *Tahrîcü'l-furû ale'l-usûl*, s. 324

⁴⁴ Buhârî, "Salât"56; Müslim, "Mesâcid" 3-4; Ebu Davud, "Salât"24; Tirmizî, "Mevâkît" 119; Müsned, 2/222

⁴⁵ Örneğin tartışması için bkz. Hâdimî, *el-İctihadü'l-makâsîd* 2, s. 117

⁴⁶ İbn Rüşd, *Bidâyeti'l-müctehid ve nihâyeti'l-muktesid*, İstanbul 1985, 2/62

⁴⁷ Âmidî, *el-İhkâm fi usûli'l-ahkâm*, Beyrut ty., 2/394

⁴⁸ Bazı örnekler için bkz. Karâfî, *el-Furûk*, 2/32 vd.; Şâtibî, *el-İ'tisâm*, s. 354-363; İbn Âbidîn, "Neşru'l-arf fi binâi ba'd'l-ahkâm ale'l-urf", *Mecmûatü'r-rasâil*, Beyrut ty., 2/114 vd.; Zerkâ, *el-Medhalü'l-fıkhiyyü'l-âm*, Dimaşk 1967, 2/917 vd.; Şelebî, *Ta'lîlü'l-ahkâm*, s. 308; Bûtî, *Davâbitü'l-maslahâ*, s. 353 vd.; Dirîni Fethî, *el-Menâhicü'l-usûliyye fi'l-ictihad bi'r-re'y*, Beyrut 1997, s. 487-493. Ayrıca bkz. Baqby Ihsan A., "The Issue of Maslahah in Classical Islamic Legal Theory", *International Journal of Islamic and Arabic Studies*, II, 2, 1964, 133

⁴⁹ Karâfî, *Şerhu Tenkîhi'l-fusûl*, Kahire 1993, s. 448

edilip mefâsîd giderilmiş, harama götüren vesileler engellenmiş, kanuna karşı hile kapıları kapatılmış ve hukukun gönülden benimsenip işlevlerini icra etmesi sağlanmıştır.

İşte bir hukuk nizamının, önce kendisini benimseyenlerin vicdanında kabul görmesi, sonra da hayatı, adalet idesi etrafında bir bütün halinde kuşatıp toplumsal düzeni sürekli sağlayabilmesi için onun, önceden belirlenmiş ilkeler doğrultusunda makâsîd yorumuna tabi olması gereklidir.

B. MAKÂSİD İCTİHADININ/GÂİ YORUM YÖNTEMİNİN İLKELERİ

Söz konusu ilkeler, ölçüler ve sınırları sadedinde şu belirlemeler yapılabilir:

1. Fıkıh düzeninin, temelde aşkın bir iradeye bağlı yani ilâhî olduğu; kaynağını, tarihe ve insana müdahale eden Yüce Yaratıcı'nın kelamının oluşturduğu⁵⁰ unutulmamalıdır.

2. Yaratıcısı olduğu için insanı ve toplumu en iyi bilen bir iradenin koyduğu normların da, hükümlerin en iyisi olduğu kabul edilmelidir. Bu kabul aynı zamanda, o iradenin belirlemelerinin, birini diğerine tümünden feda etmeden ya da öncelemeden hem lafız hem de ruhuna sahip çıkmanın bir iman meselesi olduğunu ilham eder.⁵¹

3. Vahyin düzenlemeleri bir bütün olarak değerlendirilmelidir.⁵² Onlara parçacı bir mantıkla yaklaşım da herhangi bir hukuk normunu bu bütünlükten koparıp tek başına ele almak, sonra da günün sübjektif maslahat anlayışıyla uyumlu hale getirebilmek için üzerinde oynamak, o anda çözüm gibi görünse de neticede birbirine bağlı halkaların koparılması tehlikesini doğurur. Nafaka başta olmak üzere aile içi sorumlulukları gözardı edip miras hisseleri üzerinde oynamak; makro iktisat ve genel ticaret politikalarını dikkate almayıp faiz meselesini değerlendirmek; dînî, ahlakî ve iktisadî sorumlulukları ve dağıtılan rolleri hesaba katmaksızın çok evlilik ve boşanma meselelerini ele almak gibi.

4. Dinin son tahlildeki hedefi, bir küresel insan değil bir İslam insanı inşa etmektir. İnanç esaslarıyla, hukukuyla, ahlakıyla ahiret kaygısı taşıyan, her türlü eylem ve değerlendirmelerin, zerre miktarınca hesabının verileceği bir din gününün varlığına inanan bir insan. Sadece hukukî geçerlilik değil, belki ondan daha fazla oranda diyânî onaya değer veren insan.⁵³

Buna bağlı olarak hukukun, ancak kendisini gönülden benimseyenler üzerinde etkili olabileceği unutulmamalıdır.⁵⁴ Bu yüzden maddî yaptırımlarla desteklenen normatif kurallardan önce, bireyi ve toplumu bu kuralların sonuç verici biçimde uygulayabileceği dînî-ahlakî kıvama erişirmek üzerinde durulmalıdır. Kur'ân'ın yasa koyma siyasetinde izlediği tedricilik özelliği ile Hz. Âişe'nin (r.a) şu sözü bu ilkeyi teyit etmektedir: "Kur'ân'ın ilk nazil olan kısmı, içinde Cennet ve Cehennem anlatıldığı mufassal suredir. Ne zamanki insanlar İslama bağlandılar, işte o zaman helal-haram hükümleri geldi. Eğer ilk önce 'içki içmeyin' hükmü inseydi insanlar 'onu içmeyi asla terketmeyiz' derlerdi; yine başlangıçta 'zina yapmayın' hükmü inseydi onlar 'zinadan vazgeçmeyiz' derlerdi...."⁵⁵

⁵⁰ el-Bakara 2/187, 229; en-Nisâ 4/65, 105; el-Mâide 5/44, 45, 47, 50; en-Nûr 24/51; el-Mülk 67/14; el-Ahzâb 33/36; et-Tîn 95/8

⁵¹ en-Nisâ 4/11, 105, 125; el-Mâide 5/50; el-İsrâ 17/60; et-Talâk 65/12; eş-Şûrâ 42/10; Yusuf 12/80

⁵² el-Bakara 2/85; Âlû İmrân 3/83; el-En'âm 6/159; ez-Zümer 39/2; eş-Şûrâ 42/13

⁵³ el-Bakara 2/103; Yusuf 12/109; Dârimî, "Büyü" 2; Müsned, 4/194,227,228

⁵⁴ Çağıl, *Hukuk Başlangıcı Dersleri*, s. 92; Aral Vecdi, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, İstanbul 1992, s. 90

⁵⁵ Buhârî, "Fedâilü'l-Kur'ân" 6

5. Her gaye adalete uygun olmayabilir. Toplumun fayda ve menfaatına yani sosyal benliğe uygun her şey âdil ve iyi değildir. Aksine adalete uygun olan her şey iyidir, faydalıdır, makul ve makbuldür.⁵⁶ Mutlak bir ide olan adalet de somut tarihfî ve sosyal boyutlarda, devlet ve toplum gibi somut organizmalarda gerçekleşeceği için izafidir.⁵⁷ Öyleyse, son tahlilde neyin âdil ve yararlı olduğuna karar verecek olan, tarih ve toplumu aşkın, dolayısıyla izafilikler üstü bir hikmet sahibi olmalıdır ki, bu da Yüce Yaratıcı'dır.⁵⁸

6. Tek tek müctehidler düşünülüğünde, kanun koyucunun muradını ve normun maksadını her defasında yüzdeyüz kesinlikte tespit ile lafız-gaye dengesini kurmak, yukarıda işaret ettiğimiz izâflilikler ve beşer olmaktan kaynaklanan eksiklikler dolayısıyla mümkün olmayabilir. Daha kısa bir ifadeyle, insanlar yalnız başlarına şer'î hükümlerin hikmetlerine vâkıf olamayabilirler.⁵⁹ Bu sebeple, normun hedefini ve neyin maslahat-mefsedet olduğunu bireysel girişimlerle değil, kurul halindeki toplu çabalarla belirlemek, bir anlamda icma kokusu da taşıyacağı için daha sağlam sonuçlar verecektir. Dinin temel kaynakları üzerinde böyle bir kurulda teecessüm edecek İslam aklıyla yapılacak istikrâ, en azından tatmin edici bir bilgi (el-ilmü't-tuma'nîne) kaynağı olarak kabul edilebilir. Bu noktada, bir taraftan Yüce Allah'ın böyle bir topluluğa olan lütufkâr hidayeti⁶⁰; diğer taraftan Hz.Peygamber'in, müslüman toplumun hata üzerinde birleşmeyeceği yönündeki müjdesi⁶¹ daha açık bir anlam taşımaktadır. Maslahat, el-Gazzâlî'nin de belirttiği gibi icma ile tespit edilip uygulanabilir.⁶²

7. Gereksizleri ve hedefleri; selim akıl, bozulmamış vicdan ve tahrîf edilmemiş şer'î ölçüler ışığında tesbit edilebilenleri hariç, ibadet ve belirli niceliklere bağlanmış mukadderât alanı makâsîd yorumuna kapalıdır.⁶³ Çünkü bunlar, halis Allah hakkıdır ve kuldan beklenen de, olduğu gibi kabul (tevakkuf) ve uygulamadır (imtisâl). Tıpkı Hz.Ömer'in Hacer-i Esved'i selamlaması sırasındaki " *Vallaî biliyorum ki sen, sadece bir taşsın; ne saydan dokunur ne de zararın. Rasulullah öperken görmeseydim seni öpmezdim*"⁶⁴ ifadesi ile remel ve hervele yaparken söylediği " ... Bu Rasulullah'ın yaptığı bir uygulamadır, terk etmeyi uygun bulmayız"⁶⁵ şeklindeki teslimiyetçi tavır gibi.

İşte bu ilke gözardı edilerek mesela şu şekilde bir gâî/teleolojik yorum yapılmaz: Kur'ân boşanmış bir kadının üç kurû (üç regl dönemidir ki, yaklaşık olarak üç aydır); eşi vefat etmiş bir kadının tam olarak dört ay on gün iddet beklemesi gerekti-

⁵⁶ Çağıl, *Hukuk Başlangıcı Dersleri*, s. 123; Çobanoğlu, *Hukukta Gaye Problemi*, s. 42

⁵⁷ Çağıl, age., s. 344; Bruhl-Levy, *Hukuk Sosyolojisi*, s. 32. bkz Şâtıbî, el-Muvâfakât, 2/30; Zencânî, *Tahrîcu'l-furû ale'l-usûl*, s. 324; Şelebî, *Ta'îlu'l-ahkâm*, s. 280

⁵⁸ el-Mü'minûn 23/71; el-En'âm 6/98; el-Enfâl 8/29; Kâf 50/16; el-Bakara 2/30

⁵⁹ Karâfî, *el-İhkâm fî temyizi'l-fetâvâ ani'l-ahkâm ve tasarrufâtî'l-kâdî ve'l-imam*, Kahire 1989, s.39; Dehlevî, *Hucetullâhî'l-bâliğa*, , trc. M.Erdoğan, İstanbul 1994, 1/16

⁶⁰ el-Bakara 2/143; Âlü İmrân 3/110; et-Tevbe 9/16

⁶¹ Bu müjdenin manevî mütevatir derecesinde bir değer taşıdığına dair yorumlar için bkz. Şâfîî, *er-Risâle*, s. 472; amlf., *el-Üm*, 7/464; Cassâs, *el-Fusûl fî'l-usûl*, 3/265; Gazzâlî, *el-Mustasfâ*, s. 138-139

⁶² el-Mustasfâ, s. 179

⁶³ Cüveynî, *el-Burhân*, 2/960; İz b. Abdisselam, *el-Kavâidü'l-kübrâ: Kavâidü'l-ahkâm fî islâhî'l-enâm*, thk. N.Hammad-O.Dumeyriyye, Dimaşk 2000, 1/28 (Eseri tahkik edenler, daha önceki neşirlerde kullanılan "fî mesâlihî'l-enâm" başlığının hiçbir yazma nüshada yer almadığını, doğrusunun "fî islâhî'l-enâm" olduğunu belirtmektedirler, bkz. mukaddime, s. 35); Şâtıbî, el-Muvâfakât, 2/228; Dehlevî, *Hucetullâhî'l-bâliğa*, 1/478; Şelebî, *Ta'îlu'l-ahkâm*, s. 296, 302, 322; İbn Âşûr, *Makâsîdü's-şer'i'ati'l-İslamiyye*, s. 109

⁶⁴ Buhârî, "Hac" 60;

⁶⁵ bkz. Müsned, 1/45

ğini (el-Bakara 2/228, 234) emretmektedir. İddetin amacı, varsa hamileliği ve dolayısıyla babanın kim olduğunu tespit etmektir. Emrin verildiği zamanda bunun tespiti ancak fiziksel gelişmeler ile yani gözle mümkün olduğundan, bekleme dışında bir yol da düşünülemezdi. Fakat günümüzde gelişmiş tahlil ve ultrasonografi imkanlarıyla gebelik anında belirlenebilmektedir. Öyleyse bu kadar uzun süre beklemeye gerek yoktur. Diğer taraftan ölüm iddeti olan dört ay on gün meselesi de, eşin arkasından yas tutma ve ağıt yakma âdeti olan Arap toplumuna özgüdür. Aynı bakışla zekat, kurulmakta olan toplumun ve teşkilatlanmakta olan devletin sosyal ve askerî ihtiyaçlarını karşılamak üzere (et-Tevbe 9/60) konulmuş bir vergidir. Zamanı, oranları, matrahı ve sarf edileceği yerler açısından mutlak ve mahdut değildir. Günümüzün gelişmiş anlayışı bir sosyal devlet gerçeğini ortaya çıkardığından, bu devlet de sadece sosyal değil, siyasî, askerî vs. bütün ihtiyaçları gidermeyi anayasa ile kendine görev bildiğinden, topladığı vergileri de zaten bunlar için harcadığından zekatın işlevi de kendiliğinden görülmüş olmaktadır. Öyleyse zaman, oran, matrah ve sarf yerleri açısından ayrı bir zekat kurumuna ihtiyaç kalmamıştır.

Fakat yukarıdaki üç ölçüte yani selim akıl, bozulmamış vicdan ve tahrîf edilmemiş şer'î kıstaslara göre gerekçelendirilebilen (ta'lîl edilebilen) ibadet ve mukadderât, ehliyetli müctehitler tarafından yorumlanabilir.⁶⁶ Söz gelişi, şâriin belirlediği zekat nisapları hakkında şu yorum yapılabilir: Hadislerde ve fıkıh kitaplarında, belli mallar (deve, koyun, sığır, altın, gümüş...) için verilen miktarlar/nisaplar, tesbit edildiği zamanda birbirine eşit ve normal bir ailenin bir yıllık geçiminin karşılığı olduğu için, buradan hareket ederek günümüzde ailenin yıllık asgari geçim indeksi esas alınabilir ve temel ihtiyaçları karşılayan malvarlığı dışında bu kadar zekatlık mala sahip olanların "nisaba malik oldukları" söylenebilir. Bu yorumda dînî metinlerin belirlediği zenginlik ölçüsünü (nisabı) değiştirmek söz konusu değildir; yapılan şey nisabın, günümüz ölçülerine göre tesbit ve ifade edilmesidir.⁶⁷

8. Herhangi bir kanun maddesinin veya bir hukukî yargının kapsamı hakkında tereddütler olursa, daha açık bir ifadeyle bir hukuk kuralının belli bir olaya uygulanıp uygulanamayacağı yönü şüpheli ise, böyle bir durumda, öncelikle o kuralın dayanağını oluşturan değer yargıları ve hedefi araştırılmalıdır. Bu araştırmadan sonra küllî/tümel ilkenin, unsurlarıyla birlikte genel olarak varlığı tesbit edilebilirse, artık o olayın her bir yönden bütünüyle bu unsurları taşıyıp taşımadığına bakılmaz.⁶⁸ "Mesele kanununun lafzı çok manalı ise, o vakit bütün filolojik kelime cambazlıkları ve formalolojik tefsir hünerleri hiçbir netice vermez, olsa olsa aldatıcı istidlallere yol açar."⁶⁹ Söz gelişi yankesiciliğe hırsızlık suçunu düzenleyen kanunu, eşcinselliğe veya ensest ilişkilere zina suçunu düzenleyen kanunu uygulayıp uygulamamak bu ilke sadedinde hatırlanabilir.

9. Makâsîd icthadı, müctehidlerin sezindikleri maslahat anlayışına bina edileceğinden⁷⁰, bu maslahatın kat'î nas ile ters düşmemesi gerekir. Kat'î nas ile çelişen

⁶⁶ bkz. Dehlevî, *Huccetullahi'l-bâliğa*, 1/376, krş. 1/478-480; Zerkâ, *el-İstislâhî*, s. 36-37; a.mlf., *Fetâvâ Mustafa ez-Zerkâ*, nşr. M.Mekkî, Dımaşk 1999, s. 159. Ayrıca bkz. Raysûnî Ahmed, *Medhal ilâ makâsîdi's-şerîa*, ed-Dâru'l-Beydâ 1996, s. 26-34

⁶⁷ Karaman Hayreddin, "Zekat ve Kurban", Yeni Şafak 27 Şubat 2000; benzer bir yorum için bkz. Dehlevî, *age.*, 1/376

⁶⁸ Cüveynî, *el-Burhân* 2/923-924; Karâfî, *el-İhkâm*, s. 48; Zencânî, *Tahrîcu'l-furû ale'l-usûl*, s. 320

⁶⁹ Çağıl, *Hukuk Başlangıcı Dersleri*, s. 123

⁷⁰ İz b. Abdisselam, *el-Fevâid fi ihtisârî'l-kavâid*, s. 56, 91

maslahat -yukarıdaki mukaddimelere bağlı olarak-, gerçek ve muteber değil, aksine vehme dayalı ve merdûd/mülgâ bir maslahattır.⁷¹ Ebu Zehra'nın da (v. 1974) dediği gibi maslahat, nassın bulunduğu yerde vardır; ortada kesin ve genel bir maslahatın bulunup da kat'î bir nassa ters düşmesi olası değildir. Böyle bir çelişme durumunda, fikrî bir sapma, hissedilen bir heva ve galip gelen bir nefsanî arzu var demektir. Ya da geçici bir konjonktürün etkisi altında kalınmış veya anlık basit ya da varlığı kuşkulu bir yarar hesabı yapılıyor demektir. Hikmet sahibi kanun koyucudan gelen subûtu ve delaleti kesin olan bir nas karşısında böyle bir maslahat barınamaz.⁷²

Bu prensip gereği mesela, acı çeken ve tedavi yolları tükenen yaşlı bir hasta, kıvrandığı dayanılmaz acılardan kurtulmak için ölümüne onay verse, hasta ve yakınları için birçok yarar sağlayacağı düşüncesiyle ötanazi (el-katl bi'r-rahme) uygulanamaz. Çünkü canı korumakla ilgili onca kesin nas, gerçekte böyle bir yararın söz konusu olamayacağını buyurmaktadır.

10. Genel küllî yaklaşımlar ile özel delilleri beraber değerlendirmek esastır.⁷³

Genel küllî yaklaşımlardan kasıt, Kur'ân'ın ve sahih sünnetin naslarının ortaya koyduğu tümel ifadelerle, istikrâ ile tesbit edilmiş olan tümel önermelerdir. Mesela "Allah size emanetleri ehline vermenizi ve insanlar arasında hüküm verdiğiniz zaman adaletle vermenizi emreder."⁷⁴; "Ey inananlar! Akitlerin gereğini yerine getirin."⁷⁵; "Herkesin kazandığı yalnız kendisine aittir; hiçbir suçlu başkasının suçunu yüklenmez."⁷⁶ ayetleriyle "Zarar vermek de, zarara zararlar karşılık vermek de yoktur"⁷⁷, "Allah her konuda ihsan esasını belirlemiştir"⁷⁸, "Amellerin değer ölçüsü niyetlerdir"⁷⁹ hadisleri ve bir kutsî haberdeki "Ben kendime zulmü yasakladım, sizin aranızda da onu haram kıldım; öyleyse birbirinize haksızlık etmeyin"⁸⁰ ifadesi, naslarda ortaya konan genel küllî yaklaşımlara örnektir.

İstikrâya bağlı genel küllî yaklaşımlar ise, birçok nassın ve detay hükmün tek tek incelenmesi sonucunda ulaşılan tümel yargılardır. Söz gelişi zarûriyyât, hâciyyât ve tahsîniyyâtın korunması ile şeriatin diğer genel maksatları ve "zaruretler haramları

⁷¹ Yûnus 10/36; en-Necm 53/28; Gazzâlî, *el-Mustasfâ*, s. 250; Bûtî, *Davâbitü'l-maslahâ*, s.129. Kaynaklık vasfını hâiz bir hukukî değer taşıyabilmesi yani delil olabilmesi için Gazzâlî maslahatın; zarûrî (hâcî veya tahsînî değil), kat'î (muhtemel veya vehmî değil) ve küllî (tikel ve bireysel değil) olması şartlarını ileri sürer. Bu şartları, yine kendisinin verdiği örneklerle birlikte değerlendiren Mustafa Zeyd ve Mustafa Zerkâ, mezkur ölçütlerin, Gazzâlî'nin zihninde gerçekte, maslahatın nassa tercih edilmesinin şartları olarak algılandığı tesbitinde bulunurlar. Zerkâ, *el-İstislah*, s. 71. Gerçekten de aynı Gazzâlî'nin *Şifâü'l-ğalîl*'ine baktığımızda orada "maslahâ li şahsın muayyen" olarak isimlendirdiği bir yarar türünden bahseder (s. 184) ve bu özel maslahatın, garip olmamak ve nassa ters düşmemek şartıyla kabul edileceğini söyler. Ayrıca bkz. Hassân Hüseyin H., *Nazariyyetü'l-maslahâ fi'l-fıkhi'l-İslamî*, Kahire 1981, 34; Haçkalı Abdurrahman, "İslam Hukuk Metodolojisinde Gayeci Yaklaşım: Gazzâlî'nin İctihâd Anlayışında Maslahatın İşlevselliği", *İslamî Araştırmalar*, c.13 sy.3-4 (2000), s. 459-460

⁷² bkz. Ebu Zehra, *Usûlü'l-fıkhi*, Kahire ty., s. 294,301; ayrıca bkz. bkz. Fâsî, *Makâsîdü's-şerîati'l-İslamiyye ve mekârimühâ*, s. 43, 56

⁷³ Bu ilke ve zımında yapılan izah için bkz. Raysûnî, *Nazariyyetü'l-makâsîd inde'l-İmam eş-Şâtîbî*, s. 369-375; ayrıca bkz. Edis, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükmüleri*, s. 195

⁷⁴ en-Nisâ 4/58

⁷⁵ el-Mâide 5/1

⁷⁶ el-En'âm 6/164

⁷⁷ İbn Mâce, "Ahkâm" 17; Muvatta, "Akdiye" 31; Müsned 5/327

⁷⁸ Müslim, "Sayd", 57; Ebu Davud, "Edâhî", 11; Tirmizî, "Diyât", 4; Nesâî, "Dahâyâ", 22, 26; İbn Mâce, "Zebâih", 3

⁷⁹ Buhârî, "Bed'ü'l-Vahy" 1; Müslim, "Imârâ" 155; Ebu Davud, "Talak" 11.

⁸⁰ bkz. Müslim, "Bir" 55; Müsned 5/160

mubah kılar; meşakkat kolaylaştırmayı gerektirir" gibi kapsamlı fıkıh kaideleri bu gruba girer.⁸¹

Özel delillerden veya başka bir ifadeyle cüz'î delillerden kasıt ise belli bir konuyla ilgili falanca ayet ya da falan meseleye delalet eden filanca hadis veya cüz'î kıyaslardır. Bu cüz'î delilleri ele alan müctehidin aynı zamanda şeriatın küllî yargılarını, genel hedeflerini ve kapsamlı kaideleri de devreye sokması gerekir. Küllî ve cüz'î delillerin her ikisini de aynı anda dikkate alıp hükümleri bu iki delile göre temellendirmesi gerekir. İşte böyle bir tutum, makâsîd merkezli icthadın bir başka yöntemidir.

Şâtıbî'nin tesbitleriyle, cüz'îler ki, bunlar şeriatın çözümlenmeleri ve daha alt derecede olanlarıdır, o bahsedilen küllî esaslardan elde edildiğine göre, tıpkı her türün cüz'îsi ile küllîsi arasındaki ontolojik ilişki gibi Kitap, sünnet, icma ve kıyastan özel bir delil getirme sırasında bu cüz'îlerin küllîler ile bağının kurulması zaruridir. Zira cüz'îlerin, kendilerine hakim olan küllîlerden ayrı kalabilmeleri imkansızdır. Bu durumda mesela detay bir konuda, o detay meselenin hakim olduğu tümel yaklaşımı dikkate almadan bir nassa bağlanan kimse hatalı davranmış olacaktır. Küllî/tümel esası gözardı ederek cüz'îden hüküm çıkaran nasıl hatalı ise, cüz'î/tikel delili gözardı ederek küllî/tümel esasa bağlanan da hatalıdır...Öyleyse her bir meselede ikisini beraberce değerlendirmek gerekir; zannî bir delil, eğer varıp kat'î bir delile dayanmazsa o zannî delili iyice araştırmak gerekir; hemen kabul edileceğini söylemek doğru olmaz.⁸² Bu noktada Karâfî de, hükümlerin cüz'î münasebetlere göre değil, küllî usûl ilkelerine göre tahrîcinin daha doğru olduğunu belirtir ve dirayetli fakihlerin bu yöntemi izlediğini haber verir.⁸³

Konuyla ilgili olarak, sabit ve meşru bir hakkın kullanılmasının sınırlandırılması meselesi, burada örnek olarak hatırlanabilir.

İster yargıç ister başka bir konumda olsun müctehit, karşılaştığı meselenin özel deliline bakar da ortada sahibinin kullanacağı bir hak bulunduğunu tesbit ederse o kişinin hakkını dilediği gibi kullanabileceğine hükmeder. Zira burada kişi, sahip olduğu ve kendisini ilgilendiren bir alanda tasarrufta bulunmaktadır. Fakat bu tasarruf, dinin maksatlarına ve genel kurallarına arz edildiğinde bazen onlara ters düşebilir veya en azından bazı durumlarda böyle olabilir. İşte böyle bir durumda, külliyyât ile cüz'iyâtın arasını birleştirme ilkesi gereği, tümel esasları ve genel hedefleri zedelememek için hakkın kullanımı sınırlandırılacaktır.⁸⁴

II. Zannî bir nas ile maslahat çelişirse, bu çelişki iki zannî arasında olduğundan tercih imkanı doğabilir. Bu tercihi, icthad ehliyetini hâiz fakihler, bir taraftan nassın nüzûl ve vurûd ortamını ve dil kurallarını, diğer taraftan da hukukun finalist değerlerini hesaba katarak yaparlar. Böyle bir tercih, nassın maslahata feda edilmesi değil, nassın tefsiri anlamına gelir.⁸⁵ Başka bir bakışla, bir maslahat tek başına özel bir delil ile çatışırsa bu, onun hemen mülgâ olduğunu göstermez. Böyle

⁸¹ Bu konuda bkz. Yaman Ahmet, "Bir Kavram Olarak Fıkıh Kaideleri ya da İslam Hukukunun Genel İlkeleri", marife bilimsel birikim, sy. 1 (2001), s. 49-75

⁸² el-Muvâfakât, 3/3-9; 4/163,168

⁸³ bkz. Karâfî, el-İhkâm, s. 48

⁸⁴ Hakkın kullanılmasını sınırlamaya izin veren bu tür makâsîd örnekleri için bkz. Fethî Dirînî, *el-Hak ve Medâ Sultânî'd-Devle fî Takyîdih*, Beyrut 1984; ayrıca bkz. Köse Saffet, *İslam Hukukunda Hakkın Kötüye Kullanılması*, İstanbul 1997; Çalış Halit, *İslam Hukukunda Özel Mülkiyete Getirilen Sınırlamalar*, basılmamış dr. tezi, Konya 2001

⁸⁵ Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, 2/215 vd.; Ebu Zehra, age., s. 227

bir delil ile çatışırsa bu, onun hemen mülgâ olduğunu göstermez. Böyle bir maslahata "başka bir delile muâriz olan maslahat" adı verilir ve teâruz ettiği delilin türüne göre değerlendirilir. Değerlendirme sonucunda bir dengeleme ve tercih yapılır; işte bu işlem sonucunda özel delil tercih edilecek olursa maslahat da o zaman mülgâ kabul edilir.⁸⁶

"Kurayza Oğulları'nın bölgesine varmadıkça ikindi (bazı rivayetlerde öğle) namazını kılmayın"⁸⁷ hadisi karşısında Sahâbenin yaptığı tercih; Hz.Peygamber'in (s.a.) narh koymaya yani devlet müdahalesiyle fiyatları belirlemeye yanaşmayan tavrı yanında⁸⁸ daha ilk dönemlerden itibaren piyasa emniyetini sağlamak için Sahâbe ve tâbiîn fukasının yaptığı tercih, lukatanın tabi olacağı hükümlerde benimsenen genişletici yorum buna örnektir. Fıtır sadakasının kendisine bağlandığı ürünler ve miktarlar konusunda yapılacak yeni bir yorum da burada hatırlanabilir.

Daha dikkat çekici bir örnek verelim: "Namazda insanların kelimelerinden hiçbir şey uygun olmaz"⁸⁹ hadisi, namazda karşılıklı konuşma biçiminde anlaşılabilirliği gibi, namaz kılan kişinin alelâde gündelik konuşması gibi bir anlam da taşımaktadır; dolayısıyla delaleti zannîdir. Namaz mü'minin miracı olduğuna, Yaraticıyla birebir ilişki kurduğu en büyük kurbiyeti teşkil ettiğine göre, o andaki kişisel isteklerini kendi dilinde O'na sunması, bir başka ifadeyle ana dilde dua (kıraat değil) mümkün görülebilir. Kaldı ki, rûhî dinginliğe kavuşabilme maksadına bağlı böyle bir gâî yorumu destekleyen bir rivayet de vardır.⁹⁰

12. Nasdaki zannîlik eğer delalet eksikliğinden/zannîliğinden kaynaklanıyorsa ve muhtemel delaletlerden birisi normun gayesi ile uyum arz ediyorsa, o nassın maksada uygun delaleti tercih edilmelidir. Bir başka ifadeyle, delaleti zannî olan nassın anlaşılmasında "maksat" hakem olmalıdır. Mesela "...Hasta veya yolcu iseniz, yahut biriniz tuvaletten gelmişse ya da kadınlarla mülâmesede bulunmuş ve su bulamamışsanız temiz toprağa teyemmüm edin..."⁹¹ ayetindeki "lâmesede" fiilinin "sadece dokunmak" veya "cinsel ilişkide bulunmak" şeklindeki iki anlamından sonuncusunu tercih ve dolayısıyla sırf dokunmanın abdesti bozmayacağına hükmetmek gibi. Aynı şekilde "...Boşanmış hanımlar kendi kendilerine üç kurû iddet beklerler..."⁹² ayetindeki kurû kelimesinin hayız ve tuhr anlamlarından birincisini tercih, hâs bir lafız olan üç'ün katlîliğini temin gibi metodolojik bir zorunluluk yanında, boşanan tarafların aile birliğini kurmak için tekrar biraraya gelmesine daha çok zaman tanıma maksadıyla da uyumludur.

13. Herhangi bir makâsîd/mesâlih yorumuna istinaden, zannî nassın muhtemel delaletlerinin bütünü terkedilemez.⁹³ İddetin nihâî hedefinin hamileliği tesbit olduğu düşüncesiyle, hayız ve tuhr anlamlarına gelen üç kurû süresinden vazgeçilemez

⁸⁶ Şelebî, *Ta'lîlül-ahkâm*, s. 282

⁸⁷ Buhârî, "Meğâzî" 30; "Salâtü'l-havf" 5; Müslim, "Cihad ve Siyer" 69

⁸⁸ Ebu Dâvûd, "Buyû" 49; Tirmizî, "Buyû" 73; İbn Mâce, "Ticârât" 27; Müsned, 2/327, 3/85

⁸⁹ bkz. Buhârî, "Tevhîd" 42; Müslim, "Mesâcid" 33; Ebu Davud, "Salat" 167, 174; Nesâî, "Sehv" 20; Müsned, 5/447,448

⁹⁰ bkz. Buhârî, "Edeb" 27

⁹¹ el-Mâide 5/6; en-Nisâ, 4/43

⁹² el-Bakara 2/228

⁹³ Bûtî, *Davâbitü'l-maslahâ*, s. 126; Hâdimî, *el-İctihâdü'l-makâsîdî 2*, s. 39

14. Kur'ân ve sünnetin umûm/genel ifadesi, kat'î ve zarurî maslahat düşünce-siyle tahsîs edilebilir.⁹⁴ Buradaki tahsîs, o konuda istikrar bulan hükmün değiştirilmesi değil, şâriin nastan neyi kastettiğini araştırarak lafzı kapsadığı fertlerinden bir kısmı üzerine kasretmektir.⁹⁵ el-Cüveynî'nin diliyle konuşursak, maslahatı temin kaygısının ve bunun arkasındaki aklî çabanın tahsîs edici oluşunun anlamı, aslında kanun koyucunun muradını gerçekleştirmektir.⁹⁶ Maslahat ile tahsîs, aslında, o maslahatın delili olan genel ilke ile tahsîs demektir.⁹⁷

Örneğin suçsuz bir insanın öldürülmesi, bütün insanlığın öldürülmesi anlamında büyük bir günah iken⁹⁸ bu genel hüküm şu durumda tahsîse uğrar: Eğer düşman, kadın ve çocukları veya elindeki müslüman esirleri kalkan olarak kullanırsa bu durumda bütün bir İslam toplumunu koruma zaruretinden dolayı, kalkan olarak kullanılanların ölümü göze alınıp ateş açılabilir.⁹⁹ Hz. Peygamber'in (s.a.) "Güneş gibi apaçık gördüğün konularda tanıklık yap veya sus!"¹⁰⁰ buyruğunun genel ifadesini hanefiler, bireylerin ve toplumun yararını koruyabilmek için tahsîs etmişler ve mesela vakıf, nikah, nesep, ölüm gibi bazı konularda duymaya dayalı tanıklığın da geçerli olacağını söylemişlerdir.¹⁰¹ Aynı şekilde Hz. Peygamber'in dilinden sabit olan "Delil getirmek davacıya, yemin ise davalıya düşer"¹⁰² genel ilkesi de yine maslahat yorumuna binaen şu örnekte tahsîse uğramıştır: Birisi, bir başkasından alacağı olduğu iddiasıyla dava açsa, fakat bunu isbat edemediği için karşı tarafın yemin etmesini talep etse, her iki taraf arasında bilinen herhangi bir *hulta* yani ortaklık veya borç ilişkisi yoksa, davalının bu yemini etme mecburiyeti yoktur. Aksi halde yalan ve vehme dayanarak birçok sefih kişi, mahkemeleri meşgul eder ve şerefli insanları rezil eder.¹⁰³ "Nebi (s.a.) *ğararı yasakladı*"¹⁰⁴, "Yanında bulunmayan şeyi satma!"¹⁰⁵ gibi mahiyeti tek tek belirtilmeyip genel ifade biçimi üzerine bırakılan naslar da, örf ve ihtiyaç gibi gerçekler ile borçlar ve ticaret hukukunun düzenleyici kuralları ışığında esnetilebilir. Geçmişte seleme, istisnâya ve harcanılan suyun belirsizliğine rağmen standart hamam ücretine bu yolla cevaz verilmiştir.

15. Dayanağı (müstenedi veya senedi), maslahat dışında ne olursa olsun, fiilen gerçekleşmiş ve kesinlik kazanmış bir icma ile çelişen gâî yorum dikkate alınmaz.

⁹⁴ bkz. Gazzâlî, *el-Mustasfâ*, s. 175, 179, 245, 249-250; Şâtîbî, *el-İ'tisâm*, s. 370; Zerkâ, *el-İstislâh*, s. 91; a.m.f., *el-Medhalu'l-fıkhiyyü'l-âm*, 1/125-130. Maslahatın nasların umûmunu tahsîsi ile ilgili metodolojik ihtilaflar için bkz. Ebu Zehra, *Usûlü'l-fıkâh*, s. 227; Koça Ferhat, *İslam Hukuk Metodolojisinde Tahsîs*, İstanbul 1996, s. 271-281

⁹⁵ Koca, age., s. 279; bkz. Dirîni, *el-Menâhicü'l-usûliyye*, s. 184-185

⁹⁶ Cüveynî, *el-Burhân*, 1/408-409 (ve'l-ma'niyyü bi kevnî'l-akli muhassisan ennehû mürşidün ile'l-murâd minhu)

⁹⁷ Dirîni, *el-Menâhicü'l-usûliyye*, s. 185

⁹⁸ el-Mâide 5/32

⁹⁹ Serahsî, *Şerhu kitabî's-siyerî'l-kebîr*, thk.S.Müneccid-A.Ahmed, Kahire 1971, 4/1447; Mâverîdî, *el-Ahkâmu's-sultâniyye*, Beyrut ty., s. 51; Gazzâlî, *el-Mustasfâ*, s. 175-176; Haraşî, *el-Haraşî alâ muhtasar sîdî Halîl*, Bulâk 1317, 3/114;

¹⁰⁰ Beyhakî, *es-Sünenü'l-kübrâ*, Haydarâbâd 1925, 10/156; Hâkim, *el-Müstedrek ale's-sahîhayn*, Haydarâbâd 1915, 4/98

¹⁰¹ Merğînânî, *el-Hidâye*, 3/120; Zeylaî, *Tebîyü'l-hakâik*, 4/215

¹⁰² Buhârî, "Rehn" 6; Tirmizî, "Ahkam" 12; İbn Mâce, "Ahkam" 7

¹⁰³ bkz. Mâlik b. Enes, *el-Müdevvenetü'l-kübrâ*, Beyrut ty., 5/175-176; İbn Ferhûn, *Tebîratü'l-hukkâm*, Beyrut 1995, 1/167-170; Dirîni, *el-Menâhicü'l-usûliyye*, s. 185

¹⁰⁴ Buhârî, "Büyü" 61; Müslim, "Büyü" 4; Ebu Davud, "Büyü" 24,25; Tirmizî, "Büyü" 17

¹⁰⁵ Ebu Davud, "Büyü" 68; Tirmizî, "Büyü" 19; Nesâî, "Büyü" 60; bkz. Buhârî, "Büyü" 54; Müslim, "Büyü" 29-32

Maslahata dayanan icmanın ise, o maslahatın değişmesine göre yeniden gözden geçirileceği izahtan vârestedir¹⁰⁶ ve fakat böyle bir icma neredeyse yok gibidir.¹⁰⁷ İcmanın görünürde veya zann-ı galiple değil fiilen ve kesin olarak gerçekleşmiş olduğunu tesbit hakikaten zorluk arzettiği için¹⁰⁸ icmanın varlığından emin olunmalıdır.¹⁰⁹

Bu ilkeye bağlı olarak mesela, namazdaki kıraatin dili üzerinde meydana gelen icmadan¹¹⁰ sonra, kişinin ne okuduğunu anlaması ve dolayısıyla ibadetini bilinçli yapması maksadına binaen, namazda Kur'ân'ın orijinal dili dışında bir başka dilde de okunabileceği yorumu; teklîfî hükmü ister vacip ister müekked sünnet olarak belirlensin kurban kesme ibadetinin varlığı konusundaki icmadan sonra, kurban kesileceğine bedeli yoksullara verilsin ki, sadece et değil diğer ihtiyaçlar da giderilebilsin tarzındaki finalist yorum bir değer taşımaz.

16. Her ne kadar makîsün aleyhin oturduğu zemin ve illette bulunması gereken münasebet niteliği dolayısıyla kıyas, aynı zamanda maslahatı gözetmeyi içerse de, beş temel değeri koruma ilkesiyle çeliştiğinde terk edilir.¹¹¹ Yani muteber zarûfî maslahat ile, celf bile olsa kıyas çözümlenmesi çelişirse, maslahat çözümü tercih edilir.¹¹² Bu şekilde belirlediğimiz ilke aslında istihsân çözümlenmesini çağrıştırmaktadır.¹¹³

Kıyas, hem illetin tesbiti hem de tesbit edilen illetin makîsde/fer'de tam anlamıyla mevcudiyeti (tahkîku'l-menât) açısından zan içerir; maslahat/makasid ise tek bir illet ve hükümden değil birçok hükmün istikrâsından elde edildiğinden dolayı zannîlik derecesi açısından daha alt seviyededir. Böyle olunca zannî olan daha az zannî olana feda edilmiş; aynı zamanda hukuk düzeninin küllî/tümel hedefleriyle cüz'î/tikel çözümlenmeleri arasında uyum sağlanmış olur.¹¹⁴

Söz gelişi "Ey inananlar! Öldürülenler hakkında size kısas farz kılındı..."¹¹⁵; "Eğer ceza verecekseniz size yapılanın aynıyla karşılık verin!..."¹¹⁶ ayetlerinin literal anlamı gereğince cezalandırma mislî olacağından ve ayrıca kısasta denkliğin sağlanması gerektiğinden, bir kişiyi beraberce (iştirakla) öldüren bir topluluk, kısas cezasına çarptırılmaz. Zira katil topluluk ile bu bir kişi arasında mümaselet kurulamaz. Fakat kıyas sonucu

¹⁰⁶ Aslında âkilenin sorumluluğundaki diyetin, divanların oluşturulmasından sonra, yardımlaşma ve dayanışmanın aynı divanda yer alanlar arasında gerçekleşmesinden ötürü onlara bağlanmasındaki icma gibi. Günümüzde bu diyet, sözcüğü aynı meslek grubunda çalışanların üye oldukları sendika, sandık, oda ve cemiyet mensuplarına bağlanabilir. Maksadı daha çabuk ve âdil bir biçimde temin edecek başka bir düzenleme de yapılabilir.

¹⁰⁷ bkz. Şelebî, *Ta'lîlü'l-ahkâm*, s. 324. Nassa bağlı icmaların çok az sayıda oluşuna dair bir yorum için bkz. İbn Âşûr, *Makâsîdü's-şer'iatü'l-İslamiyye*, s. 85

¹⁰⁸ Bundan dolayıdır ki, İmam Şâfiî "aykırı bir görüşün bulunmadığına ilişkin bilgi, o konuda icma olduğu anlamına gelmez" derken (İbn Kayyım, *İ'lâmu'l-muvakkûn*, 1/24; bkz. Şâfiî, *er-Risâle*, s. 472); İmam Ahmed b. Hanbel de "nereden bilecek belki de insanlar o konuda ihtilaf etmişlerdir de bu ihtilaf o kişiye ulaşmıştır..." diyerek (İbnü'l-Kayyım, *age.*, 1/24) icma iddialarına ihtiyatla yaklaşılmasını önermiştir.

¹⁰⁹ Cüveynî, *el-Burhân* 1/675

¹¹⁰ Ebu Hanîfe'ye nisbet edilen aykırı bir kanaatin tahlili ve icma ile ilgisi hakkında bkz. Okur Kaşif H., "Temel Fıkıh Kaynaklarına Göre İbadetin Dili", *Dini Araştırmalar* c.1 sy.3 (1999), s. 171-203

¹¹¹ Cüveynî, *el-Burhân*, 2/923-924, 927, 936

¹¹² krş. Bûtî, *Davâbitü'l-maslahâ*, s. 216 vd.

¹¹³ bkz. Hassân, *Nazariyyetü'l-maslahâ fi'l-fıkhi'l-İslamî*, s. K; Paret Rudi, "İstihsân and Istislahî", *Eİ2*, 4/256

¹¹⁴ bkz. Zencânî, *Tahrîcü'l-furû ale'l-usûl*, s. 320

¹¹⁵ el-Bakara 2/178; ayrıca bkz. el-Mâide 5/45

¹¹⁶ en-Nahl 16/126; ayrıca bkz. el-Hac 22/60; el-Bakara 2/194

ulaşılan bu hüküm¹¹⁷ uygulanacak olsa, iştirak halinde öldürme olayları artar, anarşi patlak verir. İşte toplumu ve bireyi kötü duruma düşmekten korumak/hıfzu'n-nefs için, cinayete iştirak eden herkes kısas cezasına çarptırılır.

Aynı şekilde üzerine ağır bir madde atarak veya sopayla birisini öldüren kâtilin cezalandırılması meselesinde, "Kisas ancak, kılıçla öldürmelerde uygulanır" anlamındaki zayıf bir hadise¹¹⁸ dayanarak 'kisas cezası ancak, *el-katlü bi'l-muhadded* yani bıçak, kılıç ve benzeri diğer kesici aletlerle işlenen cinayetlerde uygulanır, binaenaleyh basit kıyas kurallarını işletirsek kısas düşer'¹¹⁹ demek, caydırıcılık ilkesini işlevsiz hale getirecektir.

17. Birbirine bağlı çözümlenmeler getiren naslardan, çözümlendiği olay sırası itibarıyla daha önceki, şu veya bu sebeple artık uygulanamaz hale gelirse, ona bağlı olan hukukî olayı çözümleneyen nas tek başına uygulanamayacağından gâî yoruma tabi tutulur. Daha açık bir ifadeyle bu ikinci nassın yürürlüğü askıya alınır.

Mesela devlet bütçesinden kendilerine özgü gelirleri olduğu için Peygamber soyundan olanlar zekat alamazlar. Birbirine bağlı bu iki hükmü de düzenleyen naslar vardır: "...Bilin ki, ganimet olarak aldığınız herhangi bir şeyin beşte biri Allah'a, Rasulüne, onun akrabalarına, yetimlere, yoksullara ve yolcuya aittir..."¹²⁰; Hz.Peygamber (s.a.), zekat hurmalarından yemek isteyen Hz.Hasan'ı (r.a.) "Bırak bırak! Zekat malını yiyemeyeceğimizi bilmiyor musun?"¹²¹ diyerek uyarmıştır. Zaman içinde devlet yapısı ve idare zihniyeti çözülmeye maruz kalıp bütçe prensipleri çiğnendiğinden, bu kimseler geçimlerini sağlayacak tahsisattan mahrum kalmışlardır. Bu halde, zekat alamayacaklarına dair nassın oturduğu gerekçe ortadan kalktığına göre, ona bağlı diğer hüküm de uygulanmayacaktır. Nitekim İmam Ebu Hanîfe (v. 150/767) ve İmam Mâlik (v. 179/795) bu yönde fikir belirtmişlerdir.¹²²

18. Dindar olmalarına rağmen insanlar, bir konuda hiyele (hîle-i şer'iyyelere) başvurma zorunda kalıyorlarsa, o konudaki mevcut hükmün makâsîdla uyuşmadığı söylenebilir ve hüküm makâsîd açısından gözden geçirilebilir. Açığıdır ki bu husus, nas çözümlenmelerinde değil daha çok ictihadî çıkarımlarda karşımıza çıkar. Karâfî'nin (v. 684/1285) "Kitaplarda yazılı olanlar karşısında donup kalmak, dini anlayışta bir sapma ve müslüman alimlerle sefelin maksatları konusunda bir bilgisizlik demektir."¹²³ Müctehitlerden sadır olan her fetvaya uymak ve her ictihatla amel etmek caiz değildir. Aksine her mezhepte öyle meseleler vardır ki, bunlar iyiden iyiye araştırıldığı zaman bu konularda o mezhep imamanın taklit edilmesinin mümkün ve caiz olmadığı görülür"¹²⁴ sözleri ile Şâtıbî'nin "Ulema öyle farazî meseleler kurgulamışlardır ki,

¹¹⁷ bkz. Serahsî, *el-Mebsût*, İstanbul 1983, 26/127; Merğînânî, *el-Hidâye*, 4/168; Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, 6/114

¹¹⁸ İbn Mâce'nin rivayet ettiği bu haberin tahrîc değeri hakkında bkz. Zeylaî, *Nasbu'r-râye fi tahrîc ehâdisi'l-Hidâye*, Kahire 1973, 4/341

¹¹⁹ Ebu Hanîfe'ye göre, el-katlü bi'l-müsakkal yani taş ve sopayla ya da boğarak öldürme fiilinde kısas değil ta'zîr cezası uygulanır. Serahsî, age., 26/122; Merğînânî, age., 4/162-163; Zeylaî, *Tebyînü'l-hakâik*, 6/97-98,109

¹²⁰ el-Enfâl 8/1,41

¹²¹ Buhârî, "Zekat" 57; Müslim, "Zekat" 161; bkz. "Zekat"167; Ebu Davud, "Zekat" 29

¹²² Zeylaî, age., 1/303; Sâvî, Hâşiye: *Bülğatü's-sâlik* (Derdîr, eş-Şerhu's-sağîr ile birlikte), Kahire 1986, 1/659-660

¹²³ Karâfî, *el-Furûk*, 1/177

¹²⁴ Karâfî, *el-İhkâm*, s. 73; bkz. a.mlf., *el-Furûk*, 2/109-110

onlarla fetva vermek doğru değildir"¹²⁵ şeklindeki tesbiti bu noktada fikir vermektedir. Mesela hanefîlerde, zekat alacaklının temlikte ehil bir zî ruh (canlı bir insan) olması şartı arandığı için hayır kurumlarına verilmek istenen zekatlar, araya anlaşmalı bir fakir konup onun eliyle ulaştırılmakta; hava parası caiz görülmediği için dükkan içine kırık-dökük sandalye masa ilave edilip onların bedeli alınıyor gibi davranılmaktadır.

19. Kendisinden daha öncelikli ve kuvvetli olanı perdeleyen gaye dikkate alınmaz. Bir başka ifadeyle daha kuvvetli, daha kesin ve daha zarurî olan maslahat başkalarına tercih edilir.¹²⁶

Söz gelişi *el-külliyâtü'l-hams* (veya *ed-darûriyyâtü'l-hams*, *el-usûlü'l-hamse*), kendi içinde kuvvetliden daha az kuvvetliye doğru şu şekilde sıralanır: Canı korumak, dini korumak, aklı korumak, nesli korumak ve malı korumak. Dolayısıyla hayatı korumaya dönük olan maslahat/makâsîd diğerlerine tercih edilir.¹²⁷ Dini önceleyen klasik ve yerleşik sıralamanın dışındaki bu farklı tercihimizin gerekçesi şudur: Çünkü din, insan ve toplum içindir; canlı ve sağlıklı organizmanın olmadığı bir yerde din, işlevini icra edemez. Bu cümleden olarak, kelime-i küfrü söylemekle can vermek arasında kalan bir kişi, hem ayetin¹²⁸ hem de Hz.Peygamber'in (s.a.) irşadı¹²⁹ istikametinde canı korumayı önceler.

Canın korunmasının daha öncelikli oluşunun bir başka göstergesi, hukuk düzenince belirlenen suçlar hariç, cana kasdı meşru kılabilcek herhangi bir durumun olmayışıdır. Diğer bütün mefsedet ve yasaklar, zaruret hallerinde ihlal edilebildiği halde, derecesi ne olursa olsun bir başka insanı öldürmeyi mubah kılacak bir gerekçe yoktur.¹³⁰ İnsanın kendisini din uğrunda feda edebilmesi, dinin gönüllerdeki yüce konumu ve esas itibarıyla sahibinin yaratıcımız olması onun, diğer bütün değerlere öncelenmesi gerektiğini ilham edebilir. Fakat dinin her bir hükmünün ve hatta dinin bizzat kendisini benimseyerek ilan etmek demek olan şehâdeteyni ikrarın, canın heba olması tehlikesi karşısında terki, canın önceliğini göstermektedir. Can kaybına yol açma özelliği taşımasına rağmen cihadın farz kılınması, dinin önce geldiğini göstermez. Zira cihad, literatürdeki genel kabulün ötesinde, sadece dini korumayı amaçlayan bir vecibe değildir. Belki zarurî beş değerın tümünü birden koruma kalkanı içine alan bir olgudur.

Makâsîda temel teşkil ettiği kabul edilen ayetteki¹³¹ sıralamada dinin öncelenmesi, bu noktada delil olamaz. Çünkü ayetin, diğer unsurları sıralamasından anlaşılmaktadır ki, bu düzenleme önem sırasına göre yapılmamıştır. Zira ayetteki sıra; şirk (dini korumak), hırsızlık (malı korumak), zina (nesli korumak), çocukları öldürmek

¹²⁵ el-Muvâfakât, 4/191

¹²⁶ İb b. Abdisselam, *el-Fevâid*, s. 49; a.mlf., *Kavâidü'l-ahkâm*, 1/40,83,87 ; İbnü'l-Kayyim, *İ'lâmu'l-muvakkûn*, 3/217

¹²⁷ Krş. Gazzâlî, *el-Mustasfâ*, s. 174; İb b. Abdisselam, *Kavâidü'l-ahkâm*, 1/104,137; Şâtıbî, *el-Muvâfakât*, 2/8 ; Bûtî, *Davâbitü'l-maslahâ*, s. 249, 256; İbn Âşûr, *Makâsîdü'ş-şerâti'l-İslamiyye*, s. 79-80; Fâsî, *Makâsîdü'ş-şerâti'l-İslamiyye*, s. 142. Nefsi ve aklı önceleyen daha farklı bir sıralama için bkz. Cum'a Ali, *el-Medhal*, Kahire 1996, s. 125-127

¹²⁸ en-Nahl 16/106; bu hükmü teyit için ayrıca bkz. el-Bakara 2/195; en-Nisâ 4/29

¹²⁹ Kendisini nebi olarak anmadığı için Müseylimetü'l-Kezzâb'ın şehid ettiği sahabî Hubeyb b. Zeyd ile ilgili olay buna ters değildir. Zira Hz.Peygamber'in olaydan sonra "O, gerçeği haykırmış, ne mutlu ona" buyurması, bu tavrın öncelenmesini değil, kişiyle ilgili değer yargısını ortaya koymaktadır. Her övülen olay aynı zamanda tercih edilen olmayabilir.

¹³⁰ el-En'âm 8/119. İb b. Abdisselam, *Kavâidü'l-ahkâm*, 1/134

¹³¹ el-Mümtehine 60/12

(nefsi korumak), iftira etmek (ırzı korumak) şeklindedir.¹³² Kaldı ki bir başka ayette çok farklı bir sıralama yapılmış ve dini koruma ilkesini ifade eden unsur en sona yerleştirilmiştir: "De ki: *Rabbim ancak açık ve gizli kötülükleri, günahı ve haksız yere zulmetmeyi, hakkında hiçbir delil indirilmeyen bir şeyi Allah'a ortak koşmayı ve Allah hakkında bilmediğiniz şeyleri söylemenizi haram kılmıştır.*"¹³³

Başta *es-seb'u'l-mûbikât* hadisi olmak üzere bazı rivayetlerdeki sıralama da aynı gerekçeyle ölçü olamaz. Üstelik râvî faktörünün ve mana rivayetinin sünnet malzemesindeki rolü dikkate alınır, önem sırasının Hz. Peygamber'in dilinden tesbiti bir hayli güçtür. Onun için dinin hedefleri, esas amacı ve fitrat ilkelerine göre bir sıralama yapılmalıdır. Din "akıl sahiplerini kendi irade ve seçimleriyle mutluluğa ve kurtuluşa ileten ilâhî bir öğreti"¹³⁴ olduğuna göre ruhlarda, bedenlerde ve zihinlerde temessül edecektir. Mahallin yokluğu hâllin, yani orada ikamet edenin yokluğunu gerektirdiğinden, bedenin yokluğu da sonuçta dinin yokluğunu doğurur.

Fakihlerin, ikisi arasında bir tercih yapma durumunda kul hakkının Allah hakkına önceleneceği yönündeki izahlarında da bu tezimize bir dayanak buluyoruz. Mesela İz b. Abdisselam (v. 660/1262) ve öğrencisi Karâfî, canın, vücut bütünlüğünün ve hatta vazgeçilmez menfaatlerin korunmasının ibadetlere tercih edileceğini söylerler ve boğulmakta ya da yanmakta olanı kurtarmak dururken namaz kılınamayacağını örnek verirler.¹³⁵ Yine bunun içindir ki, bireyin başına gelebilen bazı olağan dışı durumlar dolayısıyla Allah/din hakkı olan unsurlarda, bireyi koruyucu ruhsatlar devreye girebilmektedir.

Bu gerekçelendirmeden sonra tekrar başa dönecek olursak, aynı ilke gereği zarûriyyât değeri hâciyyâta, o da tahsîniyyâta takdim edilir. Mesela kadının kamusal alanda çalışması konusu, bu ilkeleri işletmek suretiyle şöyle çözümlenebilir: Kadının çalışması, ülke ve aile ekonomisine ciddi katkılar sağlayabilir. Malın korunması bakımından bu, olumlu bir değerdir. Çalışan kadın, gününün önemli bir kısmını ev dışında geçireceğinden başta çocuklar olmak üzere aile bireylerine göstereceği ilgi ve yuvanın sıcaklığını temin yönündeki gücü azalacaktır. Bu sonuç; dini, akli ve nesli koruma bakımından olumsuz bir gelişmedir. Kuşku yok ki malı korumak, din, akil ve nesli korumaktan sonra gelir.¹³⁶ Söz konusu olumsuzlukların bertaraf edilmesi halinde kurgu, tabiatıyla farklı olacaktır.

20. Aynı şekilde iki mefsedetten birisini tercih etmek gerektiğinde (tezâhum halinde), hukukun gayelerini ihlal ve uhrevî sorumluluk bakımından en az zararlı olanı tercih edilir.¹³⁷ Bilinegelen formülüyle "Zarar-ı eşed zarar-ı ehaf ile izale olunur", "İki fesad teâruz ettikde ehaffı irtikâb ile a'zamının çaresine bakılır", "Ehven-i şerrayn ihtiyar olunur".¹³⁸ Tercih edilen bu ehven şer yani küçük mefsedet, o anda ve o bağlamda haram olmaktan çıkar, maslahat haline gelir.¹³⁹

¹³² Aynı sıralama için bkz. Buhârî, "İlim" 49; Müslim, "Hudûd" 41; Tirmizî, "Hudûd" 12; Nesâî, "Bey'at" 9; Muvatta, "Bey'ât" 2; Müsned, 5/314

¹³³ el-A'râf 7/33

¹³⁴ Cürçânî, *et-Ta'rîfât*, Beyrut ty., s. 47; Tânevî (Tehânevî), *Keşşâfu istilâhâti'l-sunân*, İstanbul 1984, 1/803

¹³⁵ İz b. Abdisselam, *Kavâidü'l-ahkâm*, 1/96,253 ; Karâfî, el-Furûk, 2/203-204

¹³⁶ Bûtî, *Davâbitü'l-maslahâ*, s. 200-201

¹³⁷ el-Bakara 2/217; Yusuf 12/69-76; el-Kehf 18/71; el-Haşr 59/5; İz b. Abdisselam, *Kavâidü'l-ahkâm*, 1/130; İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nazâir*, s. 89

¹³⁸ Mecelle md. 27-29

¹³⁹ İbn Teymiyye, *el-Fetâvâ* 20/57'den Vekîlî Muhammed, *Fıkhu'l-evleviyyât*, Herndon 1997, s. 215; krş. İz b. Abdisselam, el-Fevâid, s. 60

İki mefsetet arasındaki tercihte bazı ihtimaller söz konusu olabilir¹⁴⁰:

a. Mefsetetle ilgili iki nehiy, bağlayıcılık açısından farklı olabilir; haram mefsetet ile mekruh mefsetet gibi. Böyle bir durumda, mekruh olan mefseteti tercih ederek haramdan kurtulunur. Mesela kadın kıyafeti giyerek onlara benzemeye çalışmak mekruh; avret yerlerini açmak ise haramdır. Bir etekten başka giyecek bir giysinin olmadığı bir yerde avreti örtmek için etek giyilir.

b. Mefsetetle ilgili nehiyeler bağlayıcılık açısından eşit derecede iki haramla ilgili olabilir. Bu taktirde haramlar, beş tümel değer açısından yukarıda yaptığımız biçimde sıralanır. En kuvvetli tümel değeri korumak için daha alt derecedeki yapılır. Mesela kaçırılan bir kadının, hırsızlık yapmadığı taktirde ırzına tasallut söz konusu olsa o kadın, ırzı korumak uğruna hırsızlık yapar.

Diğer taraftan haram li aynihî ile ilgili mefseteti gidermek için haram li ğayrihî tercih edilir.¹⁴¹ Tedavi olmayarak canı tehlikeye atmak, haram li aynihî; avret yerleri yabancıya göstermek ise haram li ğayrihîdir. Böyle bir durumda ikincisi işlenmek suretiyle birincisi savılır. Erkekler için altın kullanmak li ğayrihî haramdır; fakat tedavi amacı söz konusu olduğunda bu tercih edilir.

21. Aynı konuda maslahat yönüyle mefsetet yönü buluşursa, her faydalı tasarruf ya da eşya bir parça mefsetet; her zararlı tasarruf ya da eşya göreceli de olsa bir parça maslahat ihtiva ettiğinden hangisi galipse o tercih edilir.¹⁴² Sözelimi alkollü içkiler, bir takım faydalar içermelerine rağmen yasaklanmış¹⁴³; cihad, can ve mal ek-silmesine sebep olduğu için kısmî mefsetetler içermekle beraber getirisi çok fazla olduğu için emredilmiştir. Bu ilke gereğiyledir ki, Hz.Peygamber (s.a.), Kâbe'yi yıkıp Hz.İbrahim (a.s.) tarafından yapılan orijinal temelleri üzerine yeniden inşa etmemiş¹⁴⁴ ve kimler olduklarını bildiği halde münafıkları öldürtmemiştir.¹⁴⁵

22. Maslahatın getirisi ile mefsetetin götürüsü eşit olduğu taktirde, maslahattan fedakarlıkta bulunarak mefsetetin giderilmesi sağlanır. Bilinegelen förmül ifadeyle def-i mefâsid celb-i menâfiden evladır.¹⁴⁶

İki zıt olgunun bir konuda eşit olarak bulunması aslında kurgusal gibi görünebilir. Dolayısıyla kişiye ve ortama göre olgulardan birisini tercih edecek mutlaka bir ayrıntının/muraccihın varlığı iddia edilebilir. Bu yaklaşımı hepten yabana atmamakla birlikte, şu örneklerde görüleceği üzere kurgusal da olsa böyle bir eşitlikten bahsedilebilir. İşte bu noktada maslahatın teminine değil, mefsetetin giderilmesine bakılır:

a. Bir kişi, falancıyı öldürmediği taktirde öldürülmekle tehdit edilse burada, canı koruma maslahatıyla masum bir kişiyi öldürme mefseteti eşit bir biçimde birleşmiş olur.

b. Geminin ağırlığı sebebiyle batma ve yolcuların boğulması tehlikesiyle karşı karşıya kalındığında, yolculardan bir kısmının denize atılmasıyla sağlanacak hafifle-

¹⁴⁰ bkz. Vekîlî, *Fıkhu'l-evleviyât*, s. 215-216

¹⁴¹ bkz. İbnü'l-Kayyim, *İ'lâmu'l-muvakkîn*, 2/107 vd.

¹⁴² İz b. Abdisselam, *el-Fevâid*, s. 51; a.mlf., *Kavâidü'l-ahkâm*, 1/19,41,136; Şâtibî, *el-Muvâjakât*, 2/20; Zerkâ, *el-İstislâh*, s. 43

¹⁴³ el-Bakara 2/219

¹⁴⁴ Buhârî, "Tefsir 2" 10; Müslim, "Hac" 398; Nesâî, "Menâsik" 125; Dârimî, "Menâsik" 44; Muvatta, "Hac" 104

¹⁴⁵ bkz. Müslim, "Zekat" 142; "Bir" 63; Muvatta, "Sefer" 84; Müsned, 3/352

¹⁴⁶ İz b. Abdisselam, *Kavâidü'l-ahkâm*, 1/41,136; Şâtibî, *el-Muvâjakât*, 4/272; İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nazâir*, s. 90; Mecelle md.30

meden geminin kurtulacağı açığa çıksa, atılacakların başına gelecek ölüm mefseleti ile gemide kalanların sahip olacağı hayat maslahatı eşit olarak karşılaşmış olur.

Bu her iki durumda da canlar arasında bir öncelik olmadığına göre, öldürme ve denize atma fiilleri işlenmez.¹⁴⁷

23. Hukuk düzeninin asıl gaye ve amaçlarının gerçekleşmesi için belirlenen vesile ve sebepler etkinliğini yitirince itibardan düşerler.¹⁴⁸ Bu vesilelerin yerine, hükmün maksadıyla uyumlu (mülâim, münasib) yeni vesileler ikame edilir. Dolayısıyla vesâil yokluğu makâsîdın yokluğunu gerektirmez.

Söz gelimi namaz asıl gaye, vakit ise vesile sebeptir. Vakit oluşmayan yerde namazın da farz olmayacağı söylenemez. Deccâl hadisi olarak da isimlendirilen uzun rivayette Hz.Peygamber (s.a.), bir sene kadar uzun olacak günde sadece bir tek beş vakit namaz yeterli olacak mı? sorusuna "Hayır, siz kendiniz vakit taktir edin!" cevabını vererek¹⁴⁹, vakte mülâim bir yeni vesile ikame etmiştir. Aynı şekilde, yolculuk sırasındaki borçlanmalarda, borcu teminat altına almak maksadı için vesile olarak Kur'ân'da bir rehin kabzedilmesi önerilmektedir.¹⁵⁰ Yolculuk sırasında rehinin kabz ve taşıma külfeti dolayısıyla bu vesilenin işletilemeyeceği yerde mesela tescil işlemi bunun yerine ikame edilebilir.

24. Vesile hükümleri aynen yerine getirmek mümkün olmakla birlikte, bunlar belirlendiği sıradaki toplumsal şartlar değiştiği için ilgili olduğu maksad hükme artık yeterince ulaştırmıyorsa yerlerini, maksadı tam gerçekleştirecek yeni vesilelere bırakırlar. Mesela Hz.Peygamber (s.a.), nikah akdinin alenîliğini temin ve tarafların haklarını isbat edip korumak amacıyla, Medine'nin dar muhitinde iki şahidin bulunmasını yeterli görmüştür.¹⁵¹ Fakat günümüzün kalabalık toplumlarında, bir evlilik akdinin aleniyetini sadece iki şahide bağlamak, suistimalleri de beraberinde getirir. Hükmü koyarken hukuk düzeninin hedeflediği noktaya bugün, ilan ve tescil ile daha etkin bir biçimde ulaşılabileceğinden vesile de şahitlikle beraber ilan ve tescile dönüşür.

Bazı durumlarda, yeni bilimsel gelişmeler daha etkin ve daha kolay uygulanabilir vesile hükümlerinin ihdasına imkan tanıyabilir. Böyle durumlarda eski vesile hükümleri, yerlerini bu yenilerine bırakabilirler. Hz.Peygamber'in (s.a.), köpek yalamış bir kabın temizliğini sağlamak için belirlediği yedi kere su ile yıkadıktan sonra sekizincisinde toprakla ovalamak vesilesi, yerini deterjana¹⁵²; istincâda temizliği sağlamak maksadı için kullanılması önerilen taş vesilesi yerini, bez, kağıt vb. maddelere bırakabilir.¹⁵³

25. Kanun koyucunun bir yasağının eğer, dinin ve hukuk düzeninin ana esaslarından çok mükellefleri veya toplumsal değerleri korumakla ilgili olduğu sezilirse, bireysel bir tercih olarak o nehyin aksine bir davranış sergilenebilir. Nehyin bu keyfiyetlerden hangisiyle ilgili olduğuna, tabiatıyla müctehit karar verebilir.

¹⁴⁷ Gazzâlî, *el-Mustasfâ*, s. 176; İz b. Abdisselam, *Kavâidü'l-ahkâm*, 1/134

¹⁴⁸ bkz. Karâfî, *el-Furûk* 2/33,153; Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, 2/11 ; Erdoğan, *İslam Hukukunda Ahkâmın Değişmesi*, s. 109

¹⁴⁹ Buhârî, "Tefsir 39" 3; Müslim, "Fiten" 116; Ebu Davud, "Melâhim" 14 ?

¹⁵⁰ el-Bakara 2/283

¹⁵¹ Buhârî, "Nikah" 36; Ebu Davud, "Nikah" 19; Tirmizî, "Nikah" 14; İbn Mâce, "Nikah" 15

¹⁵² bkz. İbnü'l-Kayyim, *İ'lâmu'l-muvakkîn*, 3/19; krş. Cüveynî, *el-Burhân*, 2/943

¹⁵³ Necâsetten tahâretin ma'külü'l-ma'nâ (aklî çözümlenelere konu) olup olmayacağına dair tartışmalar için bkz. Cüveynî, *age.*, 2/911; Zencânî, *age.*, s. 38 vd.

H.z.Peygamber (s.a.) visal orucunu nehyettiği halde, nehyin amacını müslümanlara merhamet göstermek olarak algılayan H.z.Aişe ve diğer bazı sahabîler visal orucu tutmuşlardır.¹⁵⁴

Eşi vefat eden bir bayanın dört ay on gün olan iddet süresi içinde güzel koku ve tedavi amacıyla bile olsa sürme kullanamayacağı yönündeki Peygamber buyruğunu, bazı tâbiîn fakihleri bu yönde bir nehiy olarak değerlendirmişler ve aksi istikamette fetva vermişlerdir.¹⁵⁵ Aynı şekilde H.z.Peygamber'in "Kur'ân'ı yanınızda savaşa götürmeyin; çünkü ben düşmanın eline geçmesinden endişe ediyorum"¹⁵⁶ buyruğu, artık mushaflar çoğaldığı ve kaybolma tehlikesi ortadan kalktığı için bağlayıcılığını yitirmiştir.¹⁵⁷ Müşrik bir toplumda ikamet etmeyi yasaklayan hadisi de¹⁵⁸ bu mahiyette anlamak gerekir.

26. Kamu yararı gerekçesiyle ya da serbest bırakıldığı taktirde şu veya bu sebepten dolayı mefsedete yol açacağına dair ciddi endişeler bulunduğu, bazı mubahlar geçici olarak kısıtlanabilir.¹⁵⁹ "Ey iman edenler! 'Râinâ' demeyin 'unzurnâ' deyin! Söylenenleri dinleyin!.." ¹⁶⁰ ile "Ey iman edenler! Açıklanırsa hoşunuza gitmeyecek olan şeyleri sormayın!.." ¹⁶¹ ayetleri bu noktada bir fikir vermektedir.

H.z.Peygamber'in (s.a.), o sırada Medine'de bulunan gezgin/yörük fakirlerin faydalanabilmesi için kurban etlerini saklamayı nehyedişi¹⁶²; H.z.Ömer'in (r.a.), et arzının az olduğu bir dönemde kişilerin haftada peş peşe iki gün et alımını yasaklaması¹⁶³; yine onun, müslüman kadınların evde kalması tehlikesi belirlediğinde ehl-i kitabın muhsan hanımlarıyla evlenme iznini¹⁶⁴ askıya alması¹⁶⁵ bu cümleden olarak hatırlanabilir.

Aynı mantığın bir sonucu olarak mubahlar da bazen vacip hale getirilebilir.¹⁶⁶ Kişinin, dininin gereklerini yerine getirebilecek miktarın ötesinde eğitim-öğretim alması mubahtır. Fakat kamu otoritesi belli bir düzeye kadar bunu vacip hale getirebilir.

27. Fevrî olarak vacip kılınan, terâhîye tercih olunur. Daha açık bir ifadeyle, derhal ve o anda yapılması gerekli olan, zaman içinde yapılabilecek olana öncelenir. Çünkü elden kaçmasından korkulan şey, böyle olmayandan daha önemlidir. Bir konuda hemen yapma yönünde bir talep varsa bu talep, o konunun başkalarına takdim edildiğini gösterir.¹⁶⁷

¹⁵⁴ bkz. Buhârî, "Savm" 49; Müslim, "Sıyâm" 57; Şâtibî, *el-Muvâfakât*, 3/44,45; Erdoğan, *İslam Hukukunda Ahkâmın Değişmesi*, s. 82

¹⁵⁵ Bâcî, *el-Müntekâ* 4/144'ten Karaman, *İslam Hukukunda İctihât*, s. 94

¹⁵⁶ Buhârî, "Cihad" 129; Müslim, "İmâra" 94; Ebu Davud, "Cihad" 81; İbn Mâce, "Cihad" 45

¹⁵⁷ Serahsî, *Kitabu şerhi's-siyeri'l-kebir*, 1/205; Merğînânî, *el-Hidâye*, 2/137; Zeylâ'î, *Tebyînü'l-hakâik*, 3/244

¹⁵⁸ bkz. Ebu Davud, "Cihad" 95, 105; Nesâî, "Kasâme" 27

¹⁵⁹ bkz. Şâtibî, *el-Muvâfakât*, 1/130 vd.

¹⁶⁰ el-Bakara 2/104

¹⁶¹ el-Mâide 5/101

¹⁶² Müslim, "Cenâiz" 106; "Edâhî" 37; Ebu Davud, "Eşribe" 7; Tirmizî, "Edâhî" 14; Müsned 3/63

¹⁶³ İbnü'l-Cevzî, *Siratü Ömer*, s. 68 ve Şa'rânî, *et-Tabakâtü'l-kübrâ*, 1/18'den Burhânî Muhammed H., *Seddü'z-zerâi*, Beyrut ty., s. 595

¹⁶⁴ el-Mâide 5/5

¹⁶⁵ Cassâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 2/459; Beyhakî, *es-Sünenü'l-Kübrâ*, 7/172

¹⁶⁶ Karâfî, *el-Furûk*, 2/33; bkz. 2/122-131

¹⁶⁷ Karâfî, *el-Furûk*, 2/24,203 ; Vekîlî, *Fıkhu'l-evleviyât*, s. 257

Bakıma muhtaç anne-babası varken cihada ve hacca gitmek; ilim meclisi dururken zikir meclisine oturmak; müezzinin söylediklerini tekrar etmek dururken Kur'ân okumak gibi.

28. Daha önce kısmen ifade ettiğimiz gibi, Allah hakkı ile kul hakkı karşılaşır ve birini tercih durumunda kalınırsa, kul hakkı öncelenir. Ruhsat hükümlerinin, bir açıdan da bu sebeple meşru kılındığı söylenebilir. Bunun içindir ki, namaz kılarken bir hırsızın varlığı sezilse veya kıymetli bir eşyanın yüksekte düşmek üzere olduğu farkedilse namaz bozulabilir. Namaz abdesti veya gusül için ancak satın almak suretiyle su bulunabilse, kişi abdesti ve guslü bırakıp teyemmüm yapabilir; keza yol boyunca ödenen haraclar ve vergiler büyük meblağlara ulaşırsa hac terkedilebilir.¹⁶⁸

Böyle bir durumda kul hakkını geri plana itmekle ilgili olarak Buhârî (v. 256/869) ve Müslim (v. 261/874) şöyle bir rivayet nakletmektedirler: "Beşikteyken sadece şu üç çocuk konuşmuştur: Birisi İsa'dır. İkincisi İsrâil Oğullarından Cüreyc ile ilgilidir. Manastırda yaşayan ve ibadetine çok düşkün olan bu Cüreyc bir keresinde namaz kılarken annesi gelerek kendisine seslenmiş. Bu sırada o, annemin çağrısına mı kulak vereyim yoksa namazı bozmayıp kılmaya mı devam edeyim? diye düşünmüş. Aynı olay peşpeşe iki defa daha olmuş ve her defasında namazını kılmaya devam etmiş. Bunun üzerine annesi 'Allahım! Bu oğluma fahişelerin yüzünü göstermeden benim canımı alma' diye beddua etmiş. Derken güzelliği dillere destan bir fahişe bir gün manastıra gelip Cüreyc'e musallat olmuş. Ondandır iltifat göremeyince bu sefer manastırın çobanına kendisini sunmuş ve onunla zina yapmış. Sonuçta bir oğlan çocuğu doğurmuş ve bunun babasının Cüreyc olduğunu iddia etmiş. Bunu duyan halk, Cüreyc'e gelip hırpalamışlar ve manastırını yıkmışlar. Durumu anlayan Cüreyc, abdest alıp namaz kıldıktan sonra taze bebeği getirtmiş ve ona babasının kim olduğunu sormuş. Bebek 'falan çobandır' diye cevap verince halk, bu defa Cüreyc'i bağrına basmış..."¹⁶⁹

29. Hukuk normunun uygulanması sırasında ortaya çıkabilecek ve mükellefi, normun gereğini yerine getirme hususunda gerçekten zor durumda bırakabilecek güçlükler, normun esnetilmesine sebep olabilir. Klasik ifadeyle 'meşakkat teysîri celbeder'. Zira "Allah size kolaylık ister, zorluk dilemez"¹⁷⁰; "Allah her kişiye, ancak gücü yettiği kadar sorumluluk yükler"¹⁷¹; "Allah size herhangi bir güçlük çıkarmak istemez"¹⁷²; "Sizi O seçti ve din konusunda üzerinize hiç bir zorluk yükledi"¹⁷³.

Normun esnemesini sağlayan nedenlerin başlıcaları hastalık, ikrah, sefer, unutma, cehalet, umumî belvâ ile bedenî ve zihnî eksikliklerdir.¹⁷⁴

Şu genel hükümler de bu ilkeyle ilişkili olarak hatırlanmalıdır: Zaruretler haramları mubah kılar¹⁷⁵; zaruretler kendi miktarlarıncaya kadar olurlar¹⁷⁶ yani bir sıkıntıdan dolayı caiz hale gelen şey, o sıkıntıyı asgarî düzeyde giderecek ölçüde caiz olur

¹⁶⁸ bkz. İb. Abdisselam, *Kavâidü'l-ahkâm*, 1/255; Karâfi, *el-Furûk*, 2/203-204; Vekîlî, *Fıkhü'l-evleviyât*, s. 269

¹⁶⁹ Buhârî, "Enbiya" 48; Müslim, "Bir" 8; Müsned, 2/307, 308

¹⁷⁰ el-Bakara 2/185

¹⁷¹ el-Bakara 2/286

¹⁷² el-Mâide 5/6

¹⁷³ el-Hac 22/78

¹⁷⁴ İb. Abdisselam, *el-Fevâid*, s. 58-60; İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nazâir*, s. 75-81

¹⁷⁵ el-Mâide 5/3; el-En'âm 6/6, 119; en-Nahl 16/106

¹⁷⁶ el-Bakara 2/173; el-En'âm 6/6; en-Nahl 16/115

ve sıkıntının ortadan kalkmasıyla caiz olmaktan çıkar (mâni zâil oldukça memnû avdet eder); bir konuda daralma/sıkıntı olursa genişler.¹⁷⁷

30. Gerek normun tesbitinde gerek uygulanması sırasında zarar vermektan ve uğranılan zarara zararlar karşılık vermektan kaçınılır.¹⁷⁸ Kaçınmakla birlikte şu veya bu sebeple bir zarar vaki olmuşsa izale edilir; fakat bu zarar kendi benzeriyle veya daha büyüğüyle izale edilmez; kamunun uğradığı zararı gidermek için bireyin uğradığı zarara katlanılır.

31. Hukuk düzeninin toplumsal nüfuzunu sağlayabilmek için, hükmün tefsirinde, ve eğer naslarda yoksa tesbitinde o toplumun örf ve adetlerine müracaat edilir.¹⁷⁹ Karâfi'nin vurgulu ifadesiyle "kaynağını örf ve adetlerin oluşturduğu ahkam üzerinde, bu örf ve adetler değiştiği halde ısrar etmek, icmaya aykırı bir tutumdur ve dini bilmemektir. İslam hukukunda örfle bağılı olarak verilmiş olan her hüküm, örf değiştiğinde yeni örfün gerektirdiği biçimde değişir"¹⁸⁰ Yine bilinmelidir ki, müslüman toplumun yerinde bularak uyguladığı bir husus, kanun koyucu katında da uygundur.¹⁸¹

32. İster delillerin çatışması sebebiyle, ister müctehidin küllî-cüz'î dengelemesindeki düşünce silsilesi sebebiyle olsun, normu tespit ederken helal ve haram tercihi arasında kalınırsa, ihtiyatı elden bırakmama adına haram yönü öne çıkarılır.¹⁸² Zira kanun koyucu, apaçık helallerle haramlar arasında bulunan ve bunlardan birine hemen katılamayan noktalardan uzak kalmayı, dinin ve onurun korunması için gerekli görmüştür.¹⁸³ Böyle bir tercihle, harama düşmemek için mubah terkedilmiş olur. Fakat vaciple haram arasında bir tercih yapmak gerektiğinde, vacip harama takdim edilir.¹⁸⁴

Mesela Hz.Peygamber (s.a.), içlerinde müslümanlarla birlikte müşriklerin, yahudilerin ve münafıkların da bulunduğu bir topluluğa rastlayınca selam vererek¹⁸⁵, müslümanlara selam verme vacibi ile ötekilere selam verme haramı arasında böyle bir tercihte bulunmuştur. Aynı ilke gereği, müslümanların ölüleriyle gayri müslimlerin cesetleri birbirine karışmış olsa hepsi yıkanır ve hepsi üzerine namaz kılınır.¹⁸⁶

33. Makâsıd yorumu yaparken fetvanın kişisel, hükmün ise genel olduğu unutulmamalıdır. Bireylerin özel durumlarına nazaran müftînin tercih alanı daha geniştir.¹⁸⁷ Desûkî'nin (v. 1230/1814) ifadesiyle, müftî, durumunu yakından bildiği bir kişi

¹⁷⁷ el-İnşirâh 94/6; Zerkeşi, *el-Mensûr fi'l-kavâid*, thk. T.Fâik A., Kuveyt 1402, 1/120

¹⁷⁸ el-Bakara 2/231, 233; et-Talâk 65/6; İbn Mâce, "Ahkâm" 17; Muvatta, "Akdiye" 31; Müsned 5/327

¹⁷⁹ el-Bakara 2/228; en-Nisâ 4/19; el-Mâide 5/89; Buhârî, "Büyü" 95 (Sünnetüküm beyneküm)

¹⁸⁰ Karâfi, *el-İhkâm*, s. 111; a.mlf., el-Furûk, 1/176-177; Şâtîbî, age., 2/218; İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nazâir*, s. 93 vd.; İbn Âbidîn, "Neşru'l-arf", 2/114-115

¹⁸¹ Müsned, 1/379; İmam Muhamed b. Hasen'in bu nokta ile ilgili bir tespiti için bkz. Cassâs, *el-Fusûl*, 3/271

¹⁸² Buhârî, "Salât" 12; Cassâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, Beyrut 1993, 2/432, 447; Karâfi, *el-Furûk*, 2/186; Zerkeşi, *el-Mensûr fi'l-kavâid*, 1/126; Dehlevî, *Huccetullahi'l-bâliğa*, 2/101

¹⁸³ Buhârî, "İman" 39; Müslim, "Müsâkât" 107; Ebu Davud, "Büyü" 3; Tirmizî, "Büyü" 1; Nesâî, "Eşribe" 50

¹⁸⁴ Zerkeşi, *el-Mensûr fi'l-kavâid*, 1/132; Nedvî Ali A., *el-Kavâidü'l-fıkhiyye*, Dımaşk 1991, s. 275. Konuyu nesih bağlamında ele alan metodolojik bir yaklaşım için bkz. Cassâs, *el-Fusûl fi'l-usûl*, 2/306 vd. Nehiyeleri emirlerden daha kuvvetli gören bir anlayış için bkz. Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, 4/272

¹⁸⁵ Buhârî, "Merdâ" 15; "İsti'zân" 20; "Edeb" 115; Müslim, "Cihad" 116; Müsned, 5/203

¹⁸⁶ Başka örneklerle birlikte bkz. Zerkeşi, *el-Mensûr fi'l-kavâid*, 1/132-133

¹⁸⁷ bkz. Karâfi, *el-İhkâm*, s.49,88,111,116-122; Karadâvi Y., *İslam Hukuku Evrensellik Süreklilik*, (çev. A.Yaman-Y.İşçık), İstanbul 1997, s. 106-108

hakkında onun gerçekten zorluk içinde olduğunu anladığı zaman meşhur olmayan görüşle fetva verebilir.¹⁸⁸

Mesela uğradığı bir tecavüz sonucu hamile kalan bir bayana, kendisine ve toplumuna özgü şartlar gereği verilebilecek olan kürtaj izni, aynı durumdaki her bayan için geçerli olmayabilir. Hamileliği sürdürmesi halinde şiddetli ruhî travmaya maruz kalacak ve bu yüzden fizyolojik rahatsızlıklara düşer olacak, üstelik nesebi gayr-i sahih çocukların benimsenmediği toplumlarda yaşayan bir bayana verilecek kürtaj fetvası, bu olumsuzlukları yaşamayacak bir başka bayana verilemez.¹⁸⁹

34. Genel toplumsal ihtiyaçlar, tıpkı fertler hakkındaki özel zaruretler gibi değerlendirilir.¹⁹⁰

35. Müctehit, görevinin sadece şer'î hükmü vermekle sınırlı olduğunu zannetmeyip hükmünün ve fetvasının konusu olan fiillerin sonuçlarının varıp nereye dayanacağını, bir başka ifadeyle hükmünün ve fetvasının ne tür sonuçlara yol açacağını hesap etmelidir.¹⁹¹ Şâtıbî'nin temellendirmesiyle: "Fiillerin sonuçlarına bakmak, dinin gözettiği bir amaçtır. Filler ya uygun olur ya da muhalif. Böyle olunca müctehit, mükelleflerden sadır olan bir fiile, bu fiilin doğurabileceği sonuçları göz önüne almadan hemen hüküm vermemelidir."¹⁹²

Hz.Peygamber'in (s.a) sünnetinde konuya ışık tutan uygulamalar vardır. Nebi (s.a), kendilerini tanıdığı ve ölüm cezasını hakettikleri halde münafıkları öldürtmekten kaçınmıştır.¹⁹³ Aynı şekilde, çoğu daha yeni müslüman oldukları için Araplar arasında kargaşa çıkmasını diye Kâbe'yi eski temelleri üzerine yeniden inşa etmekten vazgeçmiştir.¹⁹⁴ Bedevînin birisi mescide işemeye başladığında, Sahâbe hemen engel olmaya kalkışmışlardı da Hz.Peygamber "İlişmeyin de bevlini tamamlasın!.." ¹⁹⁵ buyurarak onları durdurmuştu

Bunlar yapılsaydı birinci durumda insanlar, nifak suçlamasıyla öldürülecekler endişesiyle İslamdan soğurlar; ikinci durumda Araplar, Peygamber mukaddesatı yıkıyor ve özelliklerini bozuyor zehabına kapılırlar; üçüncüsünde ise kendisine müdahale edildiği sırada bedevî, üstünü başını pisler sonra da mescidin diğer yerlerine bunu bulaştırırdı, hatta belki bu, başına bir sağlık sorunu da açabilirdi.

Konuyla ilgili bir fetva örneği de İbn Abbas'tan (r.a) gelmektedir. "Kasıtlı olarak bir müslümanı öldüren birisinin tevbe hakkı var mıdır?" diye soran birisine İbn Abbas "Hayır, ancak ateş vardır" cevabını verir. Soran kişi oradan ayrıldıktan sonra İbn Abbas'a "Bize böyle mi fetva veriyorsun? Oysa daha önce kâtilin tevbesinin

¹⁸⁸ Karadâvî, age., s. 107

¹⁸⁹ bkz. Hâdimî, *el-İctihâdül-makâsîd* 2, s. 131-133

¹⁹⁰ Cüveynî, *el-Burhân*, 2/931, 936; İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nazâir*, s. 91-92; bkz. Şâtıbî, *el-Muvâjakât*, 2/23

¹⁹¹ Bu madde ve zımınındaki izah için bkz. Raysûnî, *Nazarıyyetü'l-makâsîd inde'l-İmam eş-Şâtıbî*, s. 381-384

¹⁹² Şâtıbî, age., 4/140-141

¹⁹³ bkz. Buhârî, "Menâkib", 8; "Tefsîru Sûrati Münâfikûn", 5; Müslim, "Bir", 63; Tirmizî, "Tefsîru Sûrati Münâfikûn", 4, Müsned, 3/393

¹⁹⁴ Buhârî, "Hac", 43; "Enbiyâ", 10; Müslim, "Hac", 398-399; Nesâî, "Hac", 125; Muvatta, "Hac", 104; Dârimî, "Menâsik", 44; Müsned, 6/57, 113

¹⁹⁵ Ashab da bevlini bitirinceye kadar ona dokunmadılar. Sonra Allah Rasulü onu çağırarak kendisine şunları buyurdu: "Kuşku yok ki bu mescidler bevl ve pislik mekanları değildir. Bunlar ancak Allah'ı anmak, namaz kılmak ve Kur'ân okumak için yapılmışlardır." Arkasından bir kova su getirterek bevl üzerine serpti. bkz. Buhârî, "Edeb", 35; Müslim, "Tahâra", 98,100; Nesâî, "Tahâra", 44; İbn Mâce, "Tahâra", 78; Müsned, 3/191, 226. Bu son konunun hedefleri arasında, bedevînin şahsiyetini zedeledikten iyi bir müslüman olarak kazanılmasını temin de sayılabilir.

makbul olduğunu söylüyordun?" itirazı yöneltince şu yorumu yapmıştır: "Ben bu kişiyi, bir müslümanı öldürmeyi tasarlayan kızgın birisi olarak gördüm". Gerçekten de peşinden gidip araştırdıklarında soru soran kişinin aynen böyle olduğunu farketmişlerdir.¹⁹⁶

Abdullah b. Muğaffel'e de (r.a) bir kadın gelerek, zina yapan ve sonuçta hamile kalıp doğuran bir kadın, bu çocuğu öldürebilir mi? diye sorar. İbn Muğaffel "Hiç öyle şey olur mu? Bunun cezası ateştir" cevabını verince, soran kadın ağlayarak kalkar. Kadını çağıran Abdullah b. Muğaffel, "Senin durumun ancak şu iki halden birisi olabilir: Kim bir kötülük işler veya kendisine yazık eder de sonra Allah'tan bağışlanma dilerse Allah'ı çok bağışlayıcı ve acıyıcı olarak bulur" der; bunu duyan kadın, göz yaşlarını silerek oradan ayrılır.¹⁹⁷ İbn Muğaffel (r.a), kadına onu caydırmak ve tevbe etmesini sağlamak için böyle sert bir cevap verdikten sonra, söylediklerinin onu Allah'ın rahmetinden ümit kesmeye götürdüğünü görünce- ki böyle bir hal, o kadını, intihara veya günah batağına saplanmaya ya da başka bazı kötü sonuçlara götürebilir- ilk söylediğini bırakıp, onun durumuna daha uygun başka bir cevap vermiştir.

Bunun için müctehidin sadece şer'î nasları ayrıntılı bir şekilde ustaca kavrayan bir hukukçu olması yetmez; aynı zamanda hem insanlar ve psikik özellikleri, hem de toplumsal olaylar/ilişkiler ve sonuçları üzerinde mâhirâne bilgisinin olması gerekir. "Bu özel tahkiki yapabilen kişiye" der Şâtıbî, "insanların iç halleri ve arzularını gösteren bir nur bahşedilmiştir ki, o bununla insanların anlayışlarındaki farklılıkları; yükümlülükler karşısındaki tahammül ve sabır güçlerini veya zayıflıklarını ve peşin zevklere iltifat edip etmediklerini bilir. Bilir de, herkese nasların hükümlerinden hangisi uygun ise onu verir. Yükümlülüklerin benimsenmesinde gözetilen şer'î maksat da zaten budur..."¹⁹⁸

GENEL DEĞERLENDİRME

Buraya kadar otuzbeş madde halinde sıralamaya çalıştığımız makâsîd ichtihadının ilkeleri konulu çalışmamızı, önemli bulduğumuz bir noktaya tekrar vurgu yaparak noktalamak istiyoruz. İslam adına konuşmaların, hüküm çıkarmaların ve yorum yapmaların kendisine göre değer taşıdığı ve bütün bu etkinliklerin nihai onaylayıcısı olan Kur'ân, teorik-spekülatif akıl yürütmelerden önce teslimiyeti, kendisine göre yaşamayı, kalbini açmayı ve böylece takva sahibi olmayı önerir. Arkasından da kendisi hakkında doğru anlamlara ulaşabilmenin takva ile yakından ilgisi olduğunu vurgular¹⁹⁹: "*Ey iman edenler! Allah'tan korkup sakınırsanız/O'na karşı sorumluluk bilincinin gereğini yerine getirirseniz (takvâ), size doğruyu yanlıştan ayıran bir kavrayış gücü (furkân) verir.*"²⁰⁰

Derin kavrayış ve ince anlayış anlamındaki fikh kelimesinin geçtiği hemen her yerde, Kur'ân'ın kalb kelimesine de yer vermiş olması²⁰¹, anlamının kalbe ait bir eylem olduğunu göstermektedir. "Anlamayı kalbe ait bir eylem olarak ortaya koyan Kur'ân, anlamayı takvâyâ, takvâyı dinî tecrübeye, yani kurallarını, belirlenmiş ahka-

¹⁹⁶ Kurtûbî, *el-Câmi li Ahkâmî'l-Kur'ân*, 4/97

¹⁹⁷ Taberî, *Câmiu'l-Beyân*, en-Nisâ 4/110. ayet ile ilgili açıklamalar sırasında.

¹⁹⁸ Şâtıbî, *age.*, 4/70-71

¹⁹⁹ Kotan Şevket, *Kur'ân ve Tarihselcilik*, 379

²⁰⁰ el-Enfâl 8/29

²⁰¹ Mesela bkz. el-A'râf 7/179; el-Enâm 6/25; et-Tevbe 9/87, 127; el-İsrâ 17/46; el-Kehf 18/57; el-Münâfikûn 63/3

minı hürmetle yaşamaya bağlar: "Her kim Allah'ın hükümlerine/şîârlarına saygı gösterirse, kuşkusuz bu, kalplerin takvâsındandır"²⁰²

Allah adına konuşup "bu ayetten şunu murad etmiştir; maksadı şudur, şunu hedeflemiştir" gibi yargılarda bulunmanın büyük tehlikeler de doğurabileceğine dikkat çeken Şâtîbî, makâsîd yorumu yapacak kimseye şu önemli hatırlatmada bulunmaktadır: Böyle bir okuma yapan kimse 'Allah'ı konuşurmuş olmaktadır. Öyleyse bu kimse, yarın Yüce Allah'ın kendisine yönelteceği "Söyle bakalım, benim hakkımda bunu nereden çıkardın?" sorusuna cevabını hazırlasın. Bir kimsenin, delillere dayanmadan böyle Allah/Kur'ân adına konuşması doğru olmaz. Muteber bir ilkeye dayanmayan ihtimal hesaplarıyla Kur'ân hakkında ileri geri konuşulamaz. Kur'ân'ın onaylayacağı bir mesnede dayanmadan yapılan yorumlar batıldır.²⁰³

Her yer ve konuda olduğu gibi burada da en doğrusunu Yüce Allah bilir...

²⁰² el-Hac 22/32; Kotan, *Kur'ân ve Tarihselcilik*, s. 381

²⁰³ Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, 3/318. Şâtîbî'nin Kur'ân vurgusu üzerine nisbeten yeni bir etüt olarak bkz. Hallaq Wael B. "The Primacy of the Quran in Shatibi's Legal Theory", *Islamic Studies (Presented to Charles J. Adams)*, ed. W. Hallaq – D.P. Little, Leiden, 1991, s. 69-90