



T.C.
ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLÂM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI
İSLÂM HUKUKU BİLİM DALI

**EBÛ HANÎFE'DE MAKÂSİDÜ'Ş-ŞERÎANIN FIKHA YANSIMASI:
KİTÂBÜ'L-BÜYÛ' ÖRNEĞİ**

(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

Elif ÇALIŞIR

BURSA – 2018



T.C.

ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLÂM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI
İSLÂM HUKUKU BİLİM DALI

**EBÛ HANÎFE'DE MAKÂSİDÜ'Ş-ŞERÎÂNIN FIKHA YANSIMASI:
KİTÂBÜ'L-BÜYÛ' ÖRNEĞİ**

(YÜKSEK LİSANS TEZİ)

Elif ÇALIŞIR

**Danışman:
Prof. Dr. Recep CİCİ**

BURSA – 2018

TEZ ONAY SAYFASI

T.C.

ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Temel İslâm Bilimleri Ana Bilim Dalı İslâm Hukuku Bilim Dalı'nda 701523040 numaralı **Elif ÇALIŞIR**'ın hazırladığı “**Ebû Hanîfe'de Makâsidü'ş-Şerîanın Fıkha Yansıması-Kitâbü'l-Büyük Örneği**” konulu Yüksek Lisans Tezi ile ilgili tez savunma sınavı, 27/06/2018 günü 13.15-14.30 saatleri arasında yapılmış, sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin/çalışmasının **başarılı** (başarılı/başarısız) olduğuna **oy birliği** (oy birliği/oy çokluğu) ile karar verilmiştir.



Üye

(Tez Danışmanı ve Sınav Komisyonu Başkanı)

Prof. Dr. Recep CİCİ

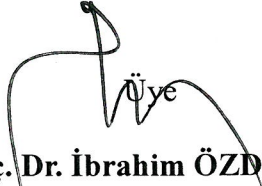
Uludağ Üniversitesi



Üye

Prof. Dr. Ali KAYA

Uludağ Üniversitesi



Üye

Doç. Dr. İbrahim ÖZDEMİR

Bingöl Üniversitesi



**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS/DOKTORA İNTİHAL YAZILIM RAPORU**

**ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI BAŞKANLIĞI'NA**

Tarih: 08/06/2018

Tez Başlığı / Konusu: Ebû Hanîfe'de Makâsîdü's-Şerîanın Fıkha Yansıması: Kitâbü'l-Büyû Örneği/İmâm-ı Âzam Ebû Hanîfe'nin genel itibari ile metodolojisinin ve kitâbü'l-büyûdaki ictihad örneklerinin makâsîdî perspektif ile analizi ve yorumu.

Yukarıda başlığı gösterilen tez çalışmamın a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 84 sayfalık kısmına ilişkin, 08/06/2018 tarihinde şahsım tarafından Turnitin..adlı intihal tespit programından (Turnitin)* aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan özgünlük raporuna göre, tezimin benzerlik oranı % 3 'tür.

Uygulanan filtrelemeler:

- 1- Kaynakça hariç
- 2- Alıntılar hariç/dahil
- 3- 5 kelimedenden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Özgünlük Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları'nı inceledim ve bu Uygulama Esasları'nda belirtilen azami benzerlik oranlarına göre tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini saygılarımla arz ederim.

Tarih ve İmza

Adı Soyadı: Elif ÇALIŞIR

Öğrenci No: 701523040

Anabilim Dalı: Temel İslam Bilimleri

Programı:

Statüsü: Y.Lisans Doktora

08.06.2018

Danışman
Prof. Dr. Recep CİCİ

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans tezi olarak sunduğum “Ebû Hanîfe’de Makâsîdû’ş-Şerîanın Fıkha Yansıması-Kitâbü’l-Büyû‘ Örneği” başlıklı çalışmanın bilimsel araştırma, yazma ve etik kurallarına uygun olarak tarafımdan yazıldığına ve tezde yapılan bütün alıntılarım kaynaklarının usulüne uygun olarak gösterildiğine, tezimde intihal ürünü cümle veya paragraflar bulunmadığına şerefim üzerine yemin ederim.

Tarih ve İmza
11.06.2018



Adı Soyadı: Elif ÇALIŞIR
Öğrenci No: 701523040
Anabilim Dalı: Temel İslam Bilimleri
Programı:
Statüsü: Y.Lisans Doktora

ÖZET

Yazar Adı ve Soyadı : Elif Çalışır
Üniversite : Uludağ Üniversitesi
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Anabilim Dalı : Temel İslâm Bilimleri Ana Bilim Dalı
Bilim Dalı : İslâm hukuku
Tezin Niteliği : Yüksek Lisans Tezi
Sayfa Sayısı : xi+96
Mezuniyet Tarihi : / / 2018
Tez Danışman(lar)ı : Prof. Dr. Recep Cici

EBÛ HANÎFE'DE MAKÂSİDÜ'Ş-ŞERÎANIN FIKHA YANSIMASI-KİTÂBU'L-BÜYÛ ÖRNEĞİ

Yüce Allah'ın yeryüzünde adâlete hâdim beşerî nizâmın tesisi için vaz' ettiği her bir hukuk normunun temelinde insanlar için ya bir maslahatın celbi ya da bir mefsetetin def'i vardır. Buradan hareketle müctehid imâmlar kendi fikir pencerelerinden nasları ta'lil etmeye, lafızların arkasındaki mânâları daha teknik bir ifade ile makâsıdü'ş-şerîayı tesbit etmeye çalışmışlardır. Böylece her müctehid, nasların lafzî düzenleme alanı dışında kalan meseleleri naslardan elde ettiği bu mânâlar manzûmesi içerisinde çözüme kavuşturmaya gayret etmiştir. Bu gayretlerin sonucunda içinde yaşadıkları toplumun ihtiyaçlarını gören, çözüm üreten, dinamik, canlı bir fıkıh külliyâtı ortaya çıkmıştır. Bunun bir örneği de İmam-ı Âzam Ebû Hanîfe ve onun fıkıh anlayışıdır. Onun icihadlarını her kim makâsıdı perspektif ile analiz ederse bu mânâları görmesi pekâla mümkündür. Bunun bir örneğini kitâbu'l-büyû'da uyguladığımızda Ebû Hanîfe'de birçok meselenin aynı cüz'î-hukûkî gayelerin etrafında kümелendiğini ve bu gayelerin içerisinde en çok "akdin gereğini imkânsız kılacak türden nizâyâ yol açan her türlü belirsizliği ortadan kaldırma" gayesinin öne çıktığını görebiliriz. Bu da bize makâsıdü'ş-şerîanın fikhin teşekkülünde ne denli önemli bir role sahip olduğunu göstermektedir.

Anahtar Sözcükler:

Ebû Hanîfe, Satış Akdi, Makâsıdü'ş-Şerîa, İslâm hukuku

ABSTRACT

Author Name and Surname : Elif Çalışır
University : Uludağ University
Institution : Social Science Institution
Main Discipline : Department of Basic Islamic Sciences
Dicipline : Islamic Law
Characteristic of Thesis : Master Degree Thesis
Number of pages : xi+96
Graduation Date: : / / 2018
Thesis Supervisor (s): : Prof. Dr. Recep Cici

THE REFLECTION OF "MAQASIDU'S-SHARIAH" TO "FIQH" IN ABU HANİFAH THE EXAMPLE OF "KİTAB AL-BÜYÛ"

There is either avoiding evil or providing benefits for humankind in each basis of the rule of law which almighty Allah has set as a canon for the establishment of human regulations on earth. With this general acceptance, the Mujtahid imâms attempted to explain the reasons of "nas" (Quran and sunnah texts), meanings behind the words, in a more technical expression, "Maqasidu's-Shariah" (the aims of Islamic law) from their point of view. Thus, each mujtahid tried to solve the problems which stay out of the scope of "nas" regulation in the meaning system which are obtained from "nas." As a result of these efforts, the entire corpus of Fiqh emerged which sees the needs of the society, produces solutions, dynamically and living. An example of this is the İmâm al-Azam Abu Hanifah. It is quite possible that anyone who analyzes his ijtihads will see these meanings if he analyzes them with his objective (maqasidi) perspective. When we try it on the Kitab Al-Büyû' (chapter of sales contract), we can observe that many things in Abu Hanifah are clustered around the same particular-juristic (cuz'i-hukuki) purposes and "to abolish any kind of uncertainty that leads chaos which precludes the necessity of contract" came into prominence in most of these purposes. This shows us that "maqasidu's-shariah" has an important role in the formation of Fiqh.

Keywords:

Ebû Hanîfe, Sales Contract, Maqasidu's-Shariah, Islamic Law

ÖNSÖZ

Âlemlerin rabbi olan Allah'a hamd ederiz. Salât-ü selâm Hz. Muhammed (s.a.v.)'in, âilesinin ve ashâbının üzerine olsun.

İslâm hukuku ilahî bir hukuk sistemi olması hasebiyle beşerî hukuk sistemin aksine kaynağı akıl değil, bilakis vahiydir. Akla düşen rol ise vahyi yorumlamaktır. Her ne kadar kaynak açısından dogmatik bir yönü olsa da taabbudî hükümlerin yanı sıra toplumun ihtiyaçlarına göre değişebilen muallel hükümler de vaz' etmiştir. Nitekim bu muallel alanın geniş olması İslâm hukukunun her asır ve coğrafyada salâhiyyetini sürdürebilmesine imkân sağlamıştır. Ne zaman ki bu dinamik alan zımnen taabbudî alana dâhil edildi o vakit İslâm hukuku işlevselliğini, canlılığını kaybetmiştir. Bu sebeple müslüman âlemi birçok problemle karşı karşıya kalmıştır. Bugün yeniden bu alanı aktif hale getirebilmek için İslâm âlimleri büyük bir gayret ve çaba içerisine girmişlerdir. Bu çabanın ürünü olarak birçok makâsîd çalışmaları yapılmış ve bu bağlamda makâsîdü's-şerîa ilmi daha fazla ehemmiyet kazanmıştır.

Bu çalışma sözkonusu dinamik alanın bir örneği olarak Ebû Hanîfe'nin kitâbu'l-büyûdaki ictihadlarını analiz etmek üzere giriş ve üç bölümden oluşmaktadır. Giriş kısmında araştırmanın konusu, amacı, kullanılan yöntem ve kaynaklar ele alınmıştır. Yapılan çalışma nihâyetinde bir makâsîd çalışması olması sebebi ile birinci bölümü muhtasar bir şekilde makâsîdü's-şerîa nazariyesine ayırdık. İkinci bölümde, makâsîdü's-şerîanın usûl-i fıkha yansıması adına Ebû Hanîfe'nin metodolojisini birkaç noktadan makâsîdî perspektif ile analiz etmeye çalıştık. Üçüncü bölümde ise furû fıkha nasıl yansıdığını görmek için Ebû Hanîfe'nin kitâbu'l-büyûda İmâmeyn ile ittifak ettiği ve ihtilaf ettiği ictihadlarını aynı perspektif ile inceledik.

Araştırma sürecinde yaptığı yardımlardan dolayı danışman hocam Prof. Dr. Recep Cici'ye, sözleri ile beni her zaman motive eden, yardımını ve desteğini hiçbir zaman esirgemeyen manevî destekçim Prof. Dr. Ali Kaya'ya, değerli tavsiyelerinden dolayı Yrd. Doç. Dr. Eren Gündüz hocama, bu yoğun ve stresli dönemde hoşgörü ve sabırla yanımda duran âileme, farklı bakış açısı ve yorumları ile bana yardımcı olan kızkardeşim Fatma Budakoğlu'na ve yol arkadaşım Ayfer Ertan'a teşekkürlerimi sunarım. Tevfik ancak Allah'tandır.

İÇİNDEKİLER

| | |
|-----------------------|-----|
| TEZ ONAY SAYFASI..... | ii |
| ÖZET..... | iii |
| ABSTRACT..... | iv |
| ÖNSÖZ..... | v |
| İÇİNDEKİLER..... | vi |
| KISALTMALAR..... | xi |

GİRİŞ

| | |
|--------------------------------------|---|
| I. ARAŞTIRMANIN KONUSU | 1 |
| II. ARAŞTIRMANIN AMACI | 1 |
| III. ARAŞTIRMADA KULLANILAN YÖNTEM | 1 |
| IV. ARAŞTIRMADA KULLANILAN KAYNAKLAR | 2 |

BİRİNCİ BÖLÜM

MAKÂSİDÜ'Ş-ŞERÎA NAZARİYESİ

| | |
|--|----|
| I. TANIMI, TERİMLEŞME SÜRECİ VE LİTERATÜR..... | 4 |
| A.. TANIMI | 4 |
| B. TERİMLEŞME SÜRECİ VE LİTERATÜR | 6 |
| II. İLGİLİ DİĞER KAVRAMLAR VE MAKÂSİD İLE MÜNASEBETİ | 11 |
| A. MASLAHAT VE EL-MÜNÂSEBE..... | 11 |
| B. HİKMET, İLLET, MÂNÂ..... | 12 |
| III. FİKRİ TEMELLERİ | 13 |
| IV. ÖNEMİ VE İŞLEVİ | 16 |
| V. BİLME YOLLARI | 18 |
| A. ŞÂTİBİ'YE GÖRE MAKÂSİDÜ'Ş-ŞERÎAYI BİLME YOLLARI..... | 19 |
| 1. İbtidai(asli) Ve Sarih Olan Mücerret Emir Ve Nehy | 19 |

| | |
|---|----|
| 2. Emir Ve Nehyin İletlerinin İncelenmesi..... | 19 |
| 3. Tâbî Maksudların İncelenmesi | 19 |
| 4. Şâri'in Sükûtu | 19 |
| B. İBNİ ÂŞUR'A GÖRE MAKÂSIDÜ'Ş-ŞERÎAYI BİLME YOLLARI..... | 20 |
| 1. İstikra(tümevarım) Yöntemi ile Belirleme..... | 20 |
| a. İleti Bilinen Hukuk Normlarının Tek Tek İncelenmesi..... | 20 |
| b. Ortak İlette Birleşen Normların Delillerini İnceleme | 21 |
| 2. Delaletleri Açık Olan Kur'an Ayetlerinin İncelenmesi..... | 21 |
| 3. Mütevâtir Sünnet..... | 21 |
| a. Manevi Mütevâtir | 22 |
| b. Ameli Mütevâtir | 22 |
| C. MUÂSİR ÂLİMLERE GÖRE MAKÂSIDÜ'Ş-ŞERÎAYI BİLME YOLLARI..... | 22 |
| VI. MÛTEBER OLMA ŞARTLARI | 24 |
| A. SÛBÛT/KESİNLİK | 25 |
| B. ZUHUR/AÇIKLIK..... | 25 |
| C. İNZİBAT/KURALA BAĞLANABİRLİK | 25 |
| D. İTTİRAD/SÜREKLİLİK/DÜZENLİLİK | 26 |
| VII. TAKSİMİ | 26 |
| A. İÇERDİĞİ MASLAHAT AÇISINDAN..... | 26 |
| B. KASİTTAKİ MERTEBESİ AÇISINDAN | 26 |
| C. KAPSAM AÇISINDAN..... | 27 |
| VIII. MAKÂSIDÎ İCTİHADIN KURALLARI | 27 |
| A. ŞÂRİ' AÇISINDAN MAKÂSIDÎ KURALLAR..... | 27 |
| B. MÛKELLEF AÇISINDAN MAKÂSIDÎ KURALLAR | 29 |
| C. ŞÂRİ'İN GAYELERİNİN BİLİNMESİ AÇISINDAN MAKÂSIDÎ KURALLAR:..... | 30 |

İKİNCİ BÖLÜM

MAKÂSIDÎ BAKIŞ AÇISINDAN

EBÛ HANÎFE'NİN İCTİHAD METODU

I. EBÛ HANÎFE'NİN İCTİHAD METODUNUN GENEL KARAKTERİSTİK

| | |
|---|----|
| ÖZELLİKLERİ | 31 |
| II. EBÛ HANÎFE'NİN KULLANDIĞI ŞER'Î DELİL VE YÖNTEMLERİN MAKÂSIDÜ'Ş-ŞERÎA İLE MÜNÂSEBETİ | 34 |
| A. KİTAP VE MAKÂSIDÜ'Ş-ŞERÎA | 34 |
| B. SÛNNET VE MAKÂSIDÜ'Ş-ŞERÎA | 36 |
| C. SAHÂBÎ KAVLİ VE MAKÂSIDÜ'Ş-ŞERÎA | 38 |
| D. İCMÂ VE MAKÂSIDÜ'Ş-ŞERÎA | 40 |
| E. KİYAS VE MAKÂSIDÜ'Ş-ŞERÎA | 41 |
| F. İSTİHSÂN VE MAKÂSIDÜ'Ş-ŞERÎA | 42 |
| 1. Kavram Analizi | 43 |
| 2. İlgili Diğer Kavramlar | 45 |
| a. Kıyas ve İstihsân | 46 |
| b. İstislah ve İstihsân | 46 |
| c. Ruhsat ve İstihsân | 46 |
| 3. Hüccet Değeri | 47 |
| 4. Kısımları | 47 |
| a. Gizli Kıyas İstihsânı | 48 |
| b. İstisnâ İstihsânı | 48 |
| (1) Nas sebebi istihsân | 49 |
| (2) İcmâ sebebi ile istihsân | 50 |
| (3) Örf sebebi ile istihsân | 51 |
| (4) Zarûret sebebi ile istihsân | 52 |
| (5) Maslahat sebebi ile istihsân | 53 |
| 5. Makâsidü'ş-Şerîa İle Münâsebeti | 55 |
| G. ÖRF VE ÂDET | 56 |
| III. MÂLÎ MUÂMELELERDE FÂSİD-BÂTİL AYIRIMI VE MAKÂSIDÜ'Ş-ŞERÎA İLE MÜNÂSEBETİ | 56 |
| A. MÂLÎ MUÂMELELERDE FÂSİD-BÂTİL AYIRIMI | 56 |
| B. AYIRIMIN FİKRİ TEMELLERİ | 56 |
| C. SONUÇLARININ MAKÂSIDÎ AÇIDAN ANALİZİ | 58 |
| 1. Fâsid Akid İle Mülkiyetin İntikâli | 59 |
| 2. Fâsid Akdin Sahih Akde Dönüşmesi | 59 |

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
KİTÂBÜ'L-BÜYÛDA CÛZ'İ-HUKÛKÎ GAYELERİN FÜRÛ-İ
FIKHA YANSIMA ÖRNEKLERİ

| | |
|---|----|
| I. HANEFÎ İMÂMLAR ARASINDA İTTİFÂKIN VUKÛ BULDUĞU ÖRNEKLER | 61 |
| A. İCAB-KABÛLÜN MÂZİ SİYGASINA BAĞLANMASI | 61 |
| B. KABÛL VE RUCÛ MUHAYYERLİK HAKLARININ TANINMASI | 63 |
| C. IVAZLARIN/BEDELLERİN TAYİNİ | 63 |
| D. MALIN SEMEN/PARA İLE MÛBADELESİNDE SEMENİN TE'CİLİ..... | 64 |
| E. MİKTARI BELİRLENEN YIĞIN SATIŞINDA ARTMA-EKSİLME HÂLİNDE MÜŞTERİNİN MUHAYYER OLMASI | 64 |
| F. MİKTARI BELLİ OLMAYAN BİR KAP VEYA TARTI İLE YAPILAN SATIŞIN CÂİZ OLMASI | 66 |
| G. SEMENİN ÖNCE MEBÎ'NİN SONRA TESLİM EDİLMESİNİN ŞART KOŞULMASI | 67 |
| Ğ. GÖRME MUHAYYERLİĞİNİN HAK OLARAK TANINMASI | 67 |
| H. GARAR SATIŞININ YASAKLANMASI | 69 |
| İ. AKDİN MUKTEZÂSINA AYKIRI OLAN ŞARTIN AKDİ FÂSİD KILMASI | 70 |
| J. FUZÛLİNİN AKDİNİN MEVKÛF KILINMASI | 72 |
| II. HANEFÎ İMÂMLAR ARASINDA İHTİLAFIN VUKÛ BULDUĞU ÖRNEKLER | 73 |
| A. BİRİM FİYATI BELİRLENEN CÛZÂF SATIŞINDA AKDİN BİR KAFİZ İÇİN GEÇERLİ OLMASI | 73 |
| B. GAYR-I MENKULLER İÇİN YÛZ ZİRÂ'DAN ON ZİRÂ' SATIŞININ GEÇERSİZLİĞİ..... | 74 |
| C. OLGUNLAŞMADAN ÖNCE MEYVE VE SEBZE SATIŞININ CÂİZ OLMASI | 75 |
| D. ŞART MUHAYYERLİĞİNİN HAKK OLARAK TANINMASI..... | 77 |
| E. MUHAYYERLİK NETİCESİ MÛLKİYETİN KARŞI TARAFA İNTİKÂL ETMESİ | 78 |
| F. KABZ/TESLİMDEN ÖNCE MEBÎ'DE TASARRUFUN CÂİZ OLMASI... 79 | |

| | |
|--|-----------|
| G. BAZI ŞARTLARLA BİRLİKTE SELEM AKDİNİN CÂİZ OLMASI..... | 80 |
| Ğ. BAZI ŞARTLARLA BİRLİKTE İSTİSNA' AKDİNİN CÂİZ OLMASI..... | 83 |
| H. İSTİSNA' AKDİNDE MÜŞTERİYE MUHAYYERLİK VERİLMESİ | 84 |
| SONUÇ | 86 |
| BİBLİYOGRAFYA | 90 |
| ÖZGEÇMİŞ..... | 96 |



KISALTMALAR

| | |
|---------------|---|
| a.g.e. | : Adı geçen eser |
| a.g.m. | : Adı geçen makale |
| a.g.t. | : Adı geçen tez |
| b. | : Basım |
| Bkz. | : Bakınız |
| c.c. | : Celle celâlühü |
| C. | : Cilt |
| çev. | : Çeviren |
| DİA | : Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi |
| der. | : Derleyen |
| d.y. | : Doğum yeri |
| edt. | : Editör |
| M.Ü. | : Marmara Üniversitesi |
| s.a.v. | : Sallallahü aleyhi ve sellem |
| S. | : Sayı |
| s. | : Sayfa |
| ss. | : Sayfa aralığı |
| thk. | : Tahkik |
| t.y. | : Tarih yok |
| y.y. | : Yayın yeri yok |

GİRİŞ

I. ARAŞTIRMANIN KONUSU

Araştırma konusu, İmâm-ı Âzam Ebû Hanîfe'nin genel itibâri ile metodolojisinin ve kitâbu'l-büyûdaki ictihad örneklerinin makâsîdî perspektif ile analizi ve yorumudur. Buradan hareketle bir yandan satım akdi çerçevesinde gözetilen cüz'î-hukûkî gayeler tesbit edilmeye diğer taraftan bu gayelerin fukâha arasında nasıl ihtilafa sebep olduğu hakkında bir fikir oluşturulmaya çalışılmıştır

II. ARAŞTIRMANIN AMACI

Müctehid imâmların çoğunluğu, Şâri'in vaz' ettiği her hükümde insanlar için bir maslahatın olduğu genel anlayışı ile nasları ta'lil etmişler ve ortaya çıkardıkları mânâlar ile lafızlar arasında uzlaştırıcı bir metod izleyerek yaşadıkları toplumun ihtiyaçlarına cevap verebilen dinamik bir fıkıh külliyyatı ortaya koymuşlardır. Bu külliyyat günümüze kadar korunarak gelmiş, fakat onların ictihadlarında müessir olan bu mânâlar bugün lafzın gerisinde kalarak ihmal edilmiş ve literâl mânâ öne çıkarılmıştır. Bu durum zamanla İslâm hukukunu çözüm üretmez hale getirmiş ve buna bağlı olarak müslümanlar çözüm bekleyen birçok sorunla karşı karşıya kalmışlardır. Bu araştırmanın amacı, Ebû Hanîfe'nin kitâbu'l-büyûdaki ictihadlarını makâsîdî perspektif ile analiz ederek İslâm hukukunun bugün içine düştüğü sıkıntıların nedenleri hakkında bir fikir sahibi olmak ve makâsîdü's-şerîanın genelde fikhin teşekkülünde özelde de Ebu Hanife'nin ictihadlarında ne denli önemli bir role sahip olduğunu vurgulamaktır.

III. ARAŞTIRMADA KULLANILAN YÖNTEM

Makâsîdü's-şerîanın fıkha yansımaları çok yönlü ve kapsamlı bir konu olduğu için araştırma alanı Ebû Hanîfe ve satım akdi ile sınırlandırılmış ve üç bölüm olarak planlanmıştır. Makâsîdî temel alan bir çalışma olması hasebiyle birinci bölümde bu alanda yapılmış muâsır çalışmalardan istifâde ederek makâsîdü's-şerîanın tanımı, terimleşme süreci ve literatürü, fikrî temelleri, önemi ve işlevi, bilme yolları, müteber olma şartları ve makâsîdî ictihadın kurallarını muhtasar bir şekilde ele aldık. İkinci bölümde Ebû Hanîfe'nin metodolojisinin makâsîdü's-şerîa ile münâsebetini kurabilmek adına öncelikle bu konuda Ebû Hanîfe'nin kendi beyanları ve fukâhanın kanaatine mürâcat ettik. Genel kanaati belirledikten sonra ictihadde kullandığı şer'î delilleri ve

istihsân metodunu, çalışma konusunun satış akdi olması hasebiyle mâli muâmelelerdeki fâsid-bâtıl ayırımının sonuçlarını makâsîdî perspektif ile analiz ederek meseleyi biraz daha derinleştirdik. Üçüncü bölümde de tümevarım yöntemi ile Ebû Hanîfe'nin kitâbu'l-büyûdaki ictehadlarını tecviz sebebi olarak ileri sürülen hukûkî gerekçeler ile birlikte değerlendirdik. Bazen Ebû Hanîfe'nin İmâmeyn ile bazen de Ebû Hanîfe ve İmâmeynin ittifak edip de diğer mezhepler ile ihtilaf ettikleri meselelerde bu ihtilafın arka planında yatan cüz'î-hukûkî gayeleri tesbit etmeye çalıştık. Böylece makâsîdü'ş-şerîanın furû-i fikhın teşekkülüne nasıl yön verdiğini müşâhede etmiş olduk. Sonuçta ise kitâbu'l-büyû'da tesbit ettiğimiz cüz'î-hukûkî gayeleri ve bu gayelerin Ebû Hanîfe'nin ictehadları üzerindeki hâkim rolüne dair genel kanaatimizi zikrettik.

IV. ARAŞTIRMADA KULLANILAN KAYNAKLAR

Çalışmanın birinci bölümünde, makâsîdü'ş-şerîa ilminin kurucu isimlerinden olan **Cüveynî**'nin *el-Burhân*'ını, **Gazâlî**'nin *el-Mustasfâ*'sını, gelişiminde mihenk taşı olarak kabul edilen **İz b. Abdüsselâm**'ın *Kavâidü'l-Ahkâm fi Mesâlihi'l-En'âm*, **İbn Âşur**'un *Makâsîdü'ş-Şerîati'l-İslâmiyye* adlı eserini ve makâsîdü'ş-şerîayı usul ile mecz eden **Şâtîbî**'nin *el-Muvâfakât*'ını temel kaynak olarak kullandık. Şâtîbî'nin makâsîd nazariyesinin gelişimine olan katkısını anlayabilmek için muâsır âlimlerden **Raysûnî**'nin *Nazariyyetü'l-Makâsîd 'Inde'l-İmâm eş-Şâtîbî*, **Abdurrahman Haçkalı**'nın *Şâtîbî'de Makâsîd ve İctihad* adlı eserlerine mürâcat ettik. Makâsîdü'ş-şerîayı zarûrî, hâcî ve tahsînî diye ayırıp tek tek mükemmilatlarını açıklayan ve bol örnekle zenginleştiren **Ali Pekcan**'ın *İslâm hukukunda Gâye Problemi* çalışmamızda kullandığımız diğer bir eserdir. Nasların ta'lîl edilebilirliği üzerine fukânın yaptığı tartışmaları ve kullanılan kavramları incelemesi açısından önemli bir eser olan **Muhammed Mustafa Şelebî**'nin *Ta'lîlü'l-Ahkâm* adlı çalışması bu konuda bize çok yardımcı olmuştur. Cüz'î-hukûkî gayelerin özelliklerini ve doğru tesbit edilmesinin önemini vurgulayan muâsır âlimlerden **Vasfî Âşur Ebû Zeyd**'in *el-Makâsîdü'l-Cüz'îyye* ve **Âllâl el-Fâsî**'nin *Makâsîdü'ş-Şerîati'l-İslâmiyye ve Mekârimühâ* adlı eserinden de kısmen istifâde ettik.

Araştırmanın ikinci bölümünde, Ebû Hanîfe'nin metodolijisinin genel karakteristik özellikleri için **Y. Vehbi Yavuz**'un, *Hanefî Mezhebinde İctihad Felsefesi* ve **Muhammed Ebu Zehra**'nın *Ebû Hanîfe* adlı eserinden faydalandık. Hanefî usulünün

temel kaynaklarından olan **el-Cessâs**'ın *el-Fusûl fi'l-Usûl*, **es-Serahsî**'nin *Usûlü's-Serahsî*, **Abdulaziz el-Buhârî**'in *Keşfü'l-Esrâr 'an Usûli Fahri'l-İslâm el-Pezdevî*, **ed-Debûsî**'nin *Takvîmü'l-Edille* adlı eseri ayrıca bu çalışmada elimizden düşürmediğimiz eserlerdir. Yer yer **es-Serahsî**'nin *Mebcut*'una da başvurduk. Bu bölümde istifâde ettiğimiz muâsır çalışmalardan bazıları şunlardır: İslâm hukukunun şer'î kaynakları ile makâsîdü's-şerîanın münâsebetini kuran **el-Yûbî**'nin *Makâsîdî's-Şerîati'l-İslâmiyye ve Alâkatühâ bi'l-Edilleti's-Şer'iyye*, **el-Cündiy**'nin *Ehemmiyyetü'l-Makâsîd fi's-Şerîati'l-İslâmiyye ve Eseruhâ fi Fehmi'n-Nas* adlı eseri, Ebû Hanîfe'nin ictehad ameliyesinde sıklıkla başvurduğu istihsân metodunun makâsîdü's-şerîa ile münâsebetini kuran **İlyas Derdur**'un *el-İstihsân Ve Siletühü bi'l-İctihâdi'l-Makâsîdî* isimli eseri, mâli muâmelerdeki fâsid-bâtıl ayırımının sonuçlarını makâsîdî perspektif ile inceleyen **Abdülkâdir b. Hırzillah**'ın *et-Ta'lîl el-Makâsîdî li Ahkâmi'l-Fesâd ve'l-Butlân*, **Tâlip Türcan**'ın *İslâm Hukuk Biliminde Norm- Amaç İlişkisi* ve **Vehbe Zuhaylî**'nin *Usûlü'l-Fıkh el-İslâmî* isimli eseridir.

Üçüncü bölüme gelince bu bölümde Ebû Hanîfe'nin ictehadlarını bir araya getirmesi hasebiyle **Mevsîlî**'nin *el- İhtiyar li Ta'lîli'l-Muhtar* adlı eserini temel kaynak olarak almakla birlikte Hanefi ulemâsı tarafından mütûn-i selâseden biri olarak kabul edilen **Meydânî**'nin *El-Lübâb Fî Şerhi'l-Kitâb* adlı eserini kullandık. Meselelerin tecvîzi noktasında ileri sürülen hukûkî gerekçeleri delilleri ile birlikte detaylı bir şekilde zikreden müdellel eserlerden **Bâbertî**'nin *El-Inâye Şerhu'l-Hidâye* ve **Kâsânî**'nin *Bedâi'u's-Sanâi' fi Tertibi's-Şerâi'* sinden büyük ölçüde istifâde ettik. Diğer mezheplerin görüşlerini zikretmeye ihtiyaç duyduğumuz yerlerde **Zuhaylî**'nin *İslâm Fıkhı Ansiklopedisi* ve **Hayreddin Karaman**'ın *Mukâyeseli İslâm hukuku*'na başvurduk.

BİRİNCİ BÖLÜM

MAKÂSİDÜ'Ş-ŞERİA NAZARİYESİ

I. TANIMI, TERİMLEŞME SÜRECİ VE LİTERATÜR

A. TANIMI

“Makâsîd” kelimesi, sözlükte “bir şeyi hedeflemek, ona yönelmek” anlamındaki “kâsd” kökünden müştak olan “niyet, amaç” gibi anlamlarda kullanılan “maksîd” kelimesinin çoğuludur.¹ “Şerîa” kelimesi sözlükte “suyun doğup çıktığı yer/kaynak” anlamında olup terim olarak geniş anlamda “din”, dar anlamda ise “dini bildirimde dayalı ameli hükümler” demektir. Terkip olarak *makâsîdû'ş-şerîa*, “dinin gayeleri” ya da “naslarda yer alan ameli hükümlerin gayeleri” anlamında kullanılmaktadır. Fıkıh literatüründe ise *makâsîdû'ş-şerîa*, *makâsîdû'ş-Şâri'*, *makâsîdû't-teşrî'*, *el-makâsîdû'ş-şer'îyye* gibi terkipler kullanılmıştır.²

Makâsîd düşüncesi, İslâm hukukunun teşekkülünde yön verici önemli bir role sahip olmasına rağmen ilk dönem İslâm âlimleri sadece kıyas babında cüz'î hükümlerde Şâri'in gayelerinin neler olduğunu *illet*, *hikmet*, *mânâ*, *münâsip vasf* gibi kelimeler kullanarak tartışmışlar, ancak *makâsîdû'ş-şerîa* kavramı için genel bir tanım yapma ihtiyacı duymamışlardır. Bunun birçok nedeni olabileceği gibi terimleşme sürecinin tedricen işleminin de payı olduğunu söyleyebiliriz. Müttekaddimin fukâhasından Cüveynî'nin makâsîd nazariyesinin temellerini attığını ve öğrencisi Gazâlî tarafından geliştirilip sistemleştirildiğini fakat her ikisinin de bir tanım yapmadıklarını görüyoruz. Muteahhirin fukahasına gelince İz bin Abdüsselam, Karâfi, Şâtîbî gibi birçok fakih nazariyenin gelişimine büyük katkı sağlamalarına rağmen onlar tarafından da ortaya bir tanım konmadığını görüyoruz.

Bilindiği kadarıyla ilk olarak Tâhir bin Âşur³ *makâsîdû'ş-şerîa* yı genel ve özel diye ikiye ayırıp her birinin tanımını ayrı ayrı yapmış lâkin toplu bir tanım yapmamıştır. Ona göre genel makâsîd, “*Hukuk normlarının özel bir türüne ait olacağını düşünemeyeceğimiz bir şekilde, bütününde veya çoğunda Şari tarafından göz önüne*

1 İbn-i Manzûr, *Lisânü'l-Arab*, C.III, ss. 353-356

2 Bilgi için bkz. Ertuğrul Boynukalın, “Makasîdû'ş-Şeria” , *DİA*, XXVII, İstanbul, 2003, ss. 423-427

3 Tunuslu ilim ve fikir adamı, fakih, müfessir, Arap dili ve edebiyatı âlimidir. v.1973

alınmış mânâ ve hikmetlerdir”. Özel makâsıd ise, “Şari'nin insanların özel hukuki tasarruflarında onların yararlı amaçlarını gerçekleştirmek veya genel menfaatlerini korumak için hedeflediği niteliklerdir”⁴. İbn Âşur'dan sonra bu konuda çalışma yapan diğer birçok müteahhir fukâhası *makâsıdü's-şerîa* kavramı için bir tanım yapmıştır. Bazıları şunlardır: Faslı âlim Allâl el Fâsî,⁵ “*Makâsıdü's-şerîa ile kastedilen, şerîatın gayesi ve Şâri'in hukuk normlarının her birinde vaz' ettiği sırlardır.*” şeklinde ifade etmiştir.⁶ Tanımda “şerîatın gayesi” terkihiyle genel makâsıd, “...herbirinde vaz' ettiği sırlardır” cümlesiyle özel makâsıd işaret ederek makâsıdın her iki türünü bir tanımda toplamıştır. Muâsır âlimlerden Raysûnî⁷ ise şu şekilde tanımlamıştır: “*Kulların maslahatını gerçekleştirmek için şerîat tarafından vaz' edilen gayelerdir.*”⁸ Raysûnî, tanımında sadece genel makâsıdın tanımını vermekle yetinip özel makâsıdın tanımını yapmamıştır. Ayrıca Allâl el-Fâsî'nin tanımının ilk kısmı ile mânâ olarak örtüşmektedir. İslâm dünyasında çok değerli fıkıh ve tefsir eserleri ile tanınan suriyeli âlim Zuhaylî ise, “*Hukuk normlarının hepsinde ya da çoğunda gözetilen hikmetler ve gayelerdir ya da (diğer bir ifade ile) şerîatın gayesi ve Şari' nin her bir hukuk normunda vaz' ettiği sırlardır*”⁹ şeklinde tanımlamıştır. Zuhaylî, Allâl el-Fâsî ve İbn Âşur'un tanımını birleştirmiş fakat farklı bir tanım ortaya koymamıştır.

Bizim tercih ettiğimiz tarif ise şöyledir: “*Makâsıdü's-şerîa, insanların maslahatını temin için Şâri'in teşrîde umûmi ve husûsi olarak gözetdiği gayelerdir.*”

Tanımda geçen “Şâri'in teşrîde gözetdiği gayelerdir” kaydı ile maslahatın sadece şer'î hükümlerin uygulanmasının bir sonucu olduğunu savunanların aksine teşrîde bir sâik olduğu vurgulanmaya çalışıldı.¹⁰ “Makâsıd” kelimesi “şerîa” kelimesine izafe edilince dünyevi, uhrevi, mâkul, gayr-i mâkul maslahatın tüm nevilerini kapsadığı için “maslahat” kavramı mutlak olarak zikredildi. Ayrıca “...umûmi ve husûsi olarak...”

4 Muhammed Tâhir b. Âşur, *Makâsıdü's-şerîati'l-İslâmîyye*, (çev. Mehmet Erdoğan, Vecdi Akyüz), 4.B, İstanbul, Rağbet Yayınevi, 2013, s. 115

5 Fransız sömürgesine karşı çıkan direnişçi bir âlim, d.y. Fas, v. 1973

6 Allâl el-Fâsî, *Makâsıdü's-Şerîati'l-İslâmîyye ve Mekârimühâ*, thk. İsmail el-Haseni, 2.B, Kâhire, Daru's-Selam, 2013, s. 24

7 d.y. Fas, (d. 1953,-)

8 Ahmed er-Raysûnî, *Nazariyyetü'l-Makâsıd 'inde'l-İmâm eş- Şâtîbî*, 5.B, Kâhire, Daru'l-Kelime, 2015, s.7

9 Vehbe Zuhaylî, *Usûlü'l-Fıkh el-İslâmî*, C.II, 14.B, Dimaşk, Daru'l-Fıkr, 2006, s.307

10 Hükümlerin ta'lilini reddeden(Zâhirî) bakış açısına göre, şer'î hükümler, içerdikleri maslahattan ötürü vaz' edilmemiştir. Yüce Allah bundan münezzehtir. Maslahat, şer'î hükümlerin uygulanması sonucu ortaya çıkar. Teşrî öncesi ya da esnasında etkili değildir. Konu hakkındaki kelâmi tartışmalar için bkz. Muhammed Mustafa Şelebî, *Ta'lîlü'l-Ahkâm*, Beyrut, Daru'n-Nahdati'l-Arabiyye 1981, s.112-128

kaydı ile de makâsıdın her iki türü bir tanımında cem edilmeye çalışıldı.

B. TERİMLEŞME SÜRECİ VE LİTERATÜR

Hukukun amacı hatta varlık sebebi tabiatları gereği tek başlarına yaşamaları mümkün olmayan insanların bir arada yaşayabilmelerini mümkün kılacak toplumsal düzeni sağlamaktır.¹¹ Bu hukuk sistemi ister ilahi kaynaklı olsun ister beşeri toplumsal yaşamın varlık kazanabilmesi ve bu varlığın idâmesi için zorunludur. Dolayısıyla İslâm hukuku her ne kadar temel kaynakları açısından dogmatik bir yönü olsa da finalist karakterinin gereği olarak yeryüzünde adalete hâdim beşeri nizamın tesisi için yaşadığı çağın ihtiyaçlarına göre özünden hiçbir şey kaybetmeden değişebilen hukuk normları vaz ‘ etmiştir. Vaz ‘ edilen her bir hukuk normunun temelinde bu üstün amaca hâdim alt derecede amaç (bir yönü ile araç) ya da amaçlar yatmaktadır. Nitekim, birçok ayet-i kerîme Şâri’in genel ve özel makâsıdını ortaya koymaktadır.¹² Kezâ, Hz. Peygamber de Yüce Allah' ın makâsıdını en mükemmel bir şekilde anlayan kişi olarak aynı gayeleri muhafaza etmiştir. Bunun örnekleri şöyledir: “*Muhakkak din kolaylıktır*”¹³ “*Zarara sokmak ve zarara karşı zarar vermek yoktur*”¹⁴ “*Ey gençler topluluğu! Kimin evlenmeye (bedeni ve mali) gücü yeterse hemen evlensin. Zira evlilik, gözü (harama karşı) daha çok yumduran, ırzı daha fazla koruyandır. Kimin de buna (mali) gücü yetmezse ona oruç tutmak gerekir. Çünkü oruç, onun(şehvetini teskin) için eneme (gibi) dir*”¹⁵, “*Eğer ümmetime ağır geleceğinden korkmasaydım tıpkı abdest gibi misvakı da emrederdim*”¹⁶

Hz. Peygamber ile beraber vahye şâhit olan, nasların ruhunu ve mantığını en iyi şekilde öğrenen sahâbelerin de söz ve uygulamalarına baktığımızda aynı anlayışı görmekteyiz. Mesela, İbn Abbas' a *cem* hakkında soru sorulunca şöyle dedi:

“*Ümmetinden hiçbir kimseyi sıkıntıya sokmak istemedi.*”¹⁷ Kezâ, Kur'an'ın zâyi olmasından korktukları için mushaf haline getirmeleri, emanete riâyet zayıflayınca malın korunması için zanaatkârı tazmin ile sorumlu tutmaları ve benzeri uygulamaların temelinde aynı amaç yatmaktadır. Tâbîn nesli de hocaları olan sahâbe neslinin izinden gitmişlerdir. Hakkında muayyen nas bulunmayan meselelerin çözümleri için

11 Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2001, s.18

12 Bakara, 2/185, 286; Nisa, 4/28; Hac, 22/78

13 Buhari, “Kitabu'l-İman”,29; Nesai, “İman”,28

14 Malik b. Enes, el-Muvatta, “Akdiye”,26; İbn Mâce, “Ahkâm”, 17

15 Buhari, “Nikâh”, 56

16 Buhari, “Cuma”, 8; Müslim, “Taharet”,15; Muvatta, “Taharet”, 144

17 Müslim, “Salatü'l-Müsafirin”,6/52

başvurdukları kıyas metodunda hükümlerin illetlerini belirlemede önemli bir role sahip olan *münâsib vasfı*¹⁸ araştırırken Şâri'in makâsıdını ortaya koymaya çalışmışlardır. Hatta İslâm hukukunun her asır ve mekânda salâhiyetini koruyabilmek için buna zorunlu kalmışlardır diyebiliriz. Bu durum da beraberinde *makâsıdü's-şerîanın* terimleşme sürecini başlatmıştır.

Fukâha, yer yer furû eserlerinde hükümlerin gerekçelerini ifade ederken makâsıd kelimesini kullansa da terimleşme sürecinde öncü bir konuma sahip olan İmâmü'l-Harameyn el-Cuveynî'dir. Kendisi eserlerinde farklı tabirlerle de olsa makâsıda sık sık vurgu yapmakla birlikte *el-Burhân* adlı eserinde kıyas bölümünde kıyasın sınırlarını belirlemek kasdı ile “fi tekasimi'l-ilel ve'l-usul” başlığı altında illetleri ta'lil edilebilirlik açısından beşli taksime tâbi tutmuştur. Şöyle ki, birinci kısımda mânâsı(illeti) akledilebilen ve zarûret derecesine ulaşan asıllar¹⁹ yer alır. Mesela, kıyasın vucûbunun canın korunması ile gerekçelendirilmesi buna bir örnektir. İkinci kısımda mânâsı(illeti) zarûri derecesinde olmamakla birlikte genel hâcet derecesinde olan asıllar vardır. Mesela, kira akdi insanların zarûri ihtiyaçlarından değildir lakin yokluğu insanların sıkıntıya ve darlığa düşmesine sebep olur. Üçüncü kısımda mânâsı ne zarûri ne de hâci derecede olan velâkin hayatı güzelleştiren tahsînî düzeydeki asıllar bulunmaktadır. Mesela, hadesten taharet ve pis şeylerin izalesi gibi.²⁰ Cüveynî'ye göre ilk iki kısma giren asıllarda mânâ (illet) akıl ile kavranabilir ve kıyasa esas olabilirken üçüncü gruptaki mânâların akıl ile kavranma imkânının çok sınırlı olduğunu, *mânâ kıyas*²¹ın mümkün olmadığını, her zaman geçerli olamamakla beraber ancak *şebih kıyas*²²ın mümkün olabileceğini ileri sürmüştür. Dördüncü kısma giren asıllar da üçüncü kısma aynı düzeyde olmakla beraber aralarında şöyle bir fark vardır: Bu gruptaki asıllar daha önce vaz' edilmiş bir genel kuraldan istisna şeklinde gelmiştir. Mesela, kişinin kendi kölesi ile âzat antlaşması/kitâbet yapması hoş görülmüş ve teşvik edilmiştir. Ancak köle kişinin mülkü olduğu için kendi mülkü ile antlaşma yapmış olur ki bu da genel kurala aykırı olur. Beşinci gruba giren asıllar ise mânâları hiçbir şekilde akledilemeyen ve

¹⁸ Münâsib vasfı ile makâsıdü's-şerîa arasındaki münâsebet “İlgili Diğer Kavramlar ve Makâsıd ile Münâsebeti” adlı başlıkta incelenecektir.

¹⁹ Asıllar derken, kıyasın rukunlarından biri olan, hükmü nas veya İcmâ ile belirlenen mesele kastedilmektedir.

²⁰ İmâmü'l-Harameyn Ebu'l-Meâli Abdülmelik b. Abdillâh b. Yusuf el-Cüveynî, *el-Burhân*, thk ve thrç: Salah b. Muhammed b. Uveyda, c. II, Beyrut, Daru'l-Kütübü'l-İslâmiyye, 1997, s. 79

²¹ Mânâ kıyas, fer', mânâ bakımından aslın aynı olan demektir. Diğer bir ifade ile, asl ile ona kıyas edilen fer'in illetinin eşit olmasıdır.

²² Şebih kıyas, fer'in birkaç asla benzemesi halinde, içlerinde en çok benzeyen asla kıyas edilmesidir.

kıyasa konu olamayan belki hikmetleri tasavvur edilebilen asıllardır. Bedeni ibadetler bu gruba girer. Anlıyoruz ki, Cüveynî'nin asıl amacı *makâsıdü'ş-şerîayı* taksim etmek değildir. Zira öyle olsaydı beşinci gruptaki ibadetleri içerdikleri maslahat açısından birinci gruba zarûriyyâta²³ dâhil etmesi gerekirdi. Öte yandan meseleyi kıyas bölümünde ele alması bu düşüncemizi teyit etmektedir.²⁴ Kısaca Cüveynî'nin bu terimleşme sürecine katkısını özetlersek, muhtemelen istikra yöntemi ile ulaştığı bu taksimi ile ön planda kıyasa konu olabilecek asılları belirlemek ile birlikte arka planda bu asılların illetlerini içerdikleri maslahat açısından derecelendirmiştir ve bu taksime bağlı olarak bazı makâsıdî ilkeleri zikretmiştir. Mesela, cüz'î kıyas, altına girdiği zarûret derecesindeki külli asılla çeliştiğinde kıyas bırakılır. Örneğin, bir topluluğun bir kişiyi öldürmesi durumunda kıyasa göre eşitlik ilkesinden vazgeçilir ve hepsine kısas uygulanır. Aksi takdirde zarûret derecesinde maksat olan canın korunması ihlal edilmiş olacaktır. Çünkü kısastan kurtulmak için öldürme fiiline birçok kişi katılabilir. Cüveynî zarûriyyât-ı hamseden sadece dört tanesini zikretmiş²⁵ ancak net bir sınırlama getirmemiştir.

Öğrencisi Gazâlî ise, bu beşli taksimde üçüncü ve dördüncü gruptaki asılları ta'lîl edilebilirlik açısından ve içerdikleri maslahat açısından birbirine yakın oldukları için bir grupta topladı. Beşinci gruptaki asılları ise taksim dışında bırakarak üç gruba indirgedi. Son hali ile bu üçlü taksim aynı şekilde günümüze kadar gelmiştir. Sonra da her bir aslın mükemmilatını açıklamıştır. Gazâlî'nin, Cüveynî'nin aksine meseleyi ta'lîl bağlamından makâsıd bağlamına taşıdığını görüyoruz. Zira beşinci gruptaki asılları ta'lîl edilemediği için taksim dışında bırakması ve meseleyi kıyasın dışında ıstıslah bahsinde de ele alması bizi bu sonuca vardiıyor. Gazâlî'nin makâsıd nazariyesinin teşekkülüne diğer bir katkısı, zarûriyyâta “dinin korunması” nı da ekleyerek beşe tamamlamasıdır.²⁶ Gazâlî, Şâri'in makâsıdının Kitap, Sünnet ve İcmâ ile bilinebileceğini²⁷ ve bu şer'î makâsıdın muhafazasının maslahat, terkinin de mefsedet olduğunu belirterek üzerine hüküm inşaa edilebilecek olan maslahatı şer'îlik vasfı ile

23 Şâtîbî'ye göre ibadetler hâciyyata girer.

24 Bkz. Abdurrahman Haçkalı, “İlgili Literatür Çerçevesinde Makâsıd İctihadının Tarihi Seyri”, *Makâsıd Ve İctihad*, Editör: Ahmet Yaman, 2.B. İstanbul, Rağbet Yayınları, 2010, s. 259,

25 El-Cüveynî, a.g.e. C.2, s.179; Cüveynî'nin zarûriyyâttan sadece bu dört tanesini zikrettiği ve beşincisini zikretmediği hususunda Bkz. Ali Pekcan, *İslâm Hukukunda Gâye Problemi*, İstanbul, Ek Kitap, 2012, s.103

26 Gazâlî, a.g.e. C.I, s. 417

27 Gazâlî, a.g.e. C.I, s. 430

sınırlamış ve mutlak maslahatı reddetmiştir. Kıyasdaki *münâsîp vasıf* ile de bunu kastettiğini ifade etmiştir.²⁸

Makâsîd nazariyesinin temelini atan Cüveynî ve Gazâlî' den sonra gelişimine önemli bir katkı sağlayan isim İzz bin Abdisselam ve eseri *kavâidü'l-ahkâm fi mesâlihi'l-enâm*dir. O, ahirete dair maslahat ve mefsedetlerin ve bunlara götüren yolların ancak şeriat ile dünyaya ait maslahat ve mefsedetler ve dini hükümlerin önemli bir kısmının akıl, tecrübe ve âdet ile bilinebileceğini savunmuş ve “*Şeriatın tamamı maslahattır; ya mefsedeti kaldırır ya da maslahatı gerçekleştirir.*”²⁹ temel anlayışı ile mevzuyu kıyas ya da ıstıslah babına sıkıştırmayıp müstakil bir çalışmada Şâri'in tüm ahkâmını analiz etmiş ve dinin genel makâsîdini ortaya koymaya çalışmıştır. Eserinde maslahat ve mefsedet hakikâtini, taksimini, derecelerini, aralarında tercihi vb. maslahat ile alakâlı konuları çok kapsamlı ve detaylı bir biçimde ele almıştır. Bu yönüyle kendisinden sonraki makâsîdüş-şerîa ile ilgili çalışmalarda başvurulan önemli bir kaynak olmuştur.³⁰

Bu konuda farklı görüşleri ile zikredilmesi gereken diğer bir isim Necmeddin et-Tûfî'dir. Maslahata dair görüşlerini Nevevi'nin *el-Erbain* adlı eserine yazdığı şerhte otuz ikinci hadisin (la darara vela dırara) şerhinde ve İbn Kudâme'nin *Ravdasının* muhtasarına yazdığı şerhte zikretmiştir. Tûfî, ibadetler dışında muamelatta maslahata riayetın esas olduğunu, Şari' nin makâsîdini kavramada mâhir olmuş akıl ile bu maslahatın tesbit edilebileceğini ve nas ya da İcmâ ile çatışması durumunda maslahat ile amel edilmesi gerektiğini ve bunun nassı iptal değil tahsis ya da beyanı şeklinde olduğunu savunmuştur. Akli müstakil şer'î bir delil kabul ettiği ve mücerret akıl ile ulaştığı maslahatı nassa ve İcmâya takdim ettiği gerekçesi ile birçok eleştiriye maruz kalmıştır.³¹

Bu alanda en seçkin eser Şâtîbî'nin *el-Muvâfakât* adlı eseridir. Öyle ki *makâsîdüş-şerîaya* dair yapılan birçok çalışmada Şâtîbî öncesi ve Şâtîbî sonrası şeklinde bir ayırımın yapıldığını görmekteyiz. Şâtîbî, eserinde klasik usul eserlerinde

28 Gazâlî, a.g.e. C.I, s. 416-417

29 Muhammed İzzeddin Abdülaziz b. Abdisselam b. Ebi'l Kasım es-Sülemi, *Kavâidü'l-Ahkâm fi Mesâlihi'l-En'am*, (çev. Süleyman Kaya- Soner Duman) İstanbul, İz Yayıncılık, 2006, s. 36

30 İzz Bin Abdisselam' ın makâsîd anlayışı için Bkz. Abdurrahman Haçkalı, *İzzuddin b. Abdisselâm' da Maslahat Nazariyesi*, İzmir Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Samsun, 1999

31 Ferhat Koca, “Necmeddin Tûfî'nin Maslahat-ı Mürsele Konusundaki Görüşlerinin Değerlendirilmesi”, (ed.) Yaman, a.g.e., s. 379

incelenen konuları³² makâsıdı perspektif ile ele almış ve *makâsıdü's-şerîayı* usule hâkim kılmıştır. Onunla birlikte *makâsıdü's-şerîa* yeniden ihya olmuştur. Kitabın ikinci bölümünü *makâsıdü's-şerîaya* ayırmış ve makâsıdı; Şari'nin makâsıdı, mükellefin makâsıdı şeklinde taksim ettikten sonra Şari'nin makâsıdını dört başlık altında incelemiştir: Dini göndermesindeki genel makâsıdı, dini/hükümleri anlaşılacak üzere göndermiş olması, hükümleri mükellefleri yükümlü tutmak için göndermiş olması, mükelleflerin hükümlere riayeti sağlanması yönündeki maksadı. Kitabın diğer bölümlerinde de her zaman bu bölüme atıfta bulunmuştur. Şâtıbî, cüz'î delillerin ekseriyetinin zannî olduğunu, istikrâ yöntemi ile ulaşılan makâsıdı kâidelerin manevi tevâtür seviyesinde kat'î olduğunu ve cüz'î delilleri külli asıllar içinde bütüncül bir şekilde değerlendirilmesi gerektiğini ve böylece şer'î hükümlerde kesinliği yakalamanın mümkün olacağını, külli kâidelerin muayyen nas olmasa da kat'î oldukları için delil olarak kullanılabileceğini savunmuştur.³³

Gazâlî'den Şâtıbî'ye kadar olan süreçte yapılan çalışmalar tekerrürden öteye geçememiştir. Şâtıbî sonrası ise, Şari'in teşrîde gözettiği gayeler yine kıyas içerisinde illetin tesbit yöntemlerinden biri olan *el-münâsebe* konusunda işlenmiş olup gerekli ihtimâmı görmemiştir. Şâtıbî'den yaklaşık altı asır sonra gelen Tâhir bin Âşur makâsıdü's-şerîayı müstakil bir ilim dalı olması gerektiğini savunmuş ve bu konuda *Makâsıdü's-şerîati'l-İslâmiyye* adlı eseri ile önemli bir başarı elde etmiştir. İbn Âşur İslâm dininin fitrat dini olduğunu, Şari'nin vaz' ettiği hükümlerin fitrata uygun olduğunu söylemiş ve fitrat-makâsıd arasında irtibat kurmuştur.³⁴ Kitabını üç kısma ayırıp birinci kısımda hukukun gayelerinin temellendirilmesi, hukukçunun onları bilme ihtiyacı, ispat yolları ve derecelerini, ikinci kısımda hukukun genel gayelerini, üçüncü kısımda ise muâmelâta dair hukukun özel gayelerini incelemiştir.

Yukarıda zikri geçen fukaha dışında Râzi, Âmidî, Karâfi, İbn Teymiye, İbn Kayyim gibi *makâsıdü's-şerîa* ilmine önem veren birçok fakih olmuştur.³⁵ Ancak çalışmamızın sınırlarını aşmamak kasdı ile daha çok bu alanda mihenk taşları olarak

32 İcmâ, kıyas ve diğer ferî delillere müstakil olarak yer vermez

33 Bkz. Abdurrahman Haçkalı, *Şâtıbî'de Makâsıd Ve Fıkıh Usûlü*, İstanbul, Rağbet Yayınları, 2010, ss. 143-150

34 İbn Âşur, a.g.e. s. 129-137

35 Bu fakihlerin çalışmaları hakkında daha detaylı bilgi için bkz. Muhammed Sa'd b. Ahmed b. Mes'ud el-Yûbi, *Makâsıdü's-Şerîati'l-İslâmiyye ve Alâkatihâ bi'l-Edilleti's-Şerîyye*, Demmam, Dar İbni'l-Cevzi, 2013, ss. 48-73; Semih Abdulvehhâb el Cündiy, *Ehemmiyyetü'l-Makâsıd fi's-Şerîati'l-İslâmiyye ve Eseruhâ fi Fehmi'n-Nas*, Şam, Müessesetü'r-Risaleti Naşirun, 2013, ss. 48-61

kabul edilen fukâhayı, eserlerini ve katkılarını izah etmeye çalıştık. Günümüzde İslâm'ın tecdidi ve ihyasına yönelik çalışmalarda *makâsîdül-ş-şerîa* kavramı yeniden önem kazanmış ve bu konuda birçok tez ve makale çalışmaları yapılmıştır.³⁶

II. İLGİLİ DİĞER KAVRAMLAR VE MAKÂSİD İLE MÜNASEBETİ

Kılasik usul eserlerinde “*makâsîd*” kavramı daha önce de zikrettiğimiz gibi ağırlıklı olarak kıyas bahsinde cüz’î hükümlerin illetlerinin tesbitinde ve “*mürsel maslahat*” ya da “*ıstıslah*” bahsinde, furû fıkıh eserlerinde de yer yer geçmektedir. Aynı mecrada “*makâsîd*” ile birlikte “*illet*”, “*hikmet*”, “*maslahat/mesalih*”, “*el-münâsebe*”, “*el-mânâ/el-meâni*” gibi bazı terimleri de kullanmışlardır. “*Makâsîd*” kavramı bütün bu kavramları ihata eden şemsiye bir kavram olması ile birlikte diğer kavramlarla eş anlamda da kullanılmıştır. Bu başlık altında aralarındaki ince farklılıkları ve “*makâsîd*” terimi ile olan münasebetlerini ortaya koymaya çalışacağız.

A. MASLAHAT VE EL-MÜNÂSEBE

Sözlükte “*doğru, düzgün ve kusursuz olma; iyilik, uygunluk, yararlılık*” anlamında olan “*salah*” kelimesinin türevi olup “*Bir şeyin maksada uygun özellikte olması, fesadın zıddı, iyi uygun, elverişli, yararlı, iyi olana ulaştırıcı*” anlamına gelir. Çoğulu “*mesalih*” dir. Karşıtı “*meşedet ve mazarrat*” tır.³⁷

Terim olarak ise maslahat, “*Şer’in mükellerlerle ilgili amaçlarının muhafazasıdır ki onlar da dinin, canın, aklın, neslin ve malın korunmasıdır. Bu beş temelin korunmasını içeren her şey maslahat, bunların ihlaline yol açan her şey meşedet ve bu ihlallerin ortadan kaldırılması da maslahattır*”.³⁸

El-Münasebe, kıyas işleminde illeti tesbit etme yöntemlerinden birisidir. İslâm hukukunda bu kavramı belirtmek için *ihale*, *maslahat*, *istidlâl*, *riâyetu'l-makâsîd* tabirleri de kullanılır.³⁹

Münasebet, lügat anlamı ile “*uygunluk*” demek olup terim anlamı “*Hüküm ile vasıf arasında şer'an ulaştırılması öngörülen amacın ya da elde edilmesi beklenen maslahatın gerçekleşmesi şeklinde makûl bir dengenin olmasıdır*”.⁴⁰ Bu dengenin

36 Giriş bölümünde bu çalışmalar hakkında yeterli bilgi verilmiştir

37 İbn Münzir, a.g.e., C.V, s.374

38 Gazâlî, a.g.e. s. 416; Maslahata dair yapılan diğer tanımlar için bkz. Abdurrahman Haçkalı, “Hukuk Metodolojisinde Maslahat Tanımları ve Bunların Analizi”, İslâmî Araştırmalar Dergisi, 2000, C.XIII, sayı, 1, s. 49; İbrahim Kâfi Dönmez, “Maslahat”, *DİA*, XXVIII, 79

39 Muhammed b. Ali b. Muhammed b. Abdillâh eş-Şevkânî, *İrşâdü'l-Fühûl İlâ Tahkîki'l Hakkı Min 'İlmi'l Usûl*, Dimaşk, Daru'l-Kitap el-Arabiy, 1999, C.II, s. 127

40 Zuhaylî, a.g.e., C.1, s. 642-644; Usulcülerin ıstılahında “münâsebet” kavramı için yapılan diğer

gerçekleştiği vasfa *el-vasfû'l-münasip* denir.⁴¹ Şu halde bir vasfın illet olarak kabul edilebilme şartlarından biri olan münasip vasfın tesbiti için *makâsîdû'ş-şerîa* nın ya da *maslahat* ın tesbiti zorunludur.⁴²

Münâsebet ve *maslahat* kavramı arasındaki bu zorunlu ilişki fukâhayı kıyas işleminde geçerlilik açısından maslahatı muteber, mülğa ve mürsel olmak üzere üç kısma ayırmaya sevk etmiştir. Şâri tarafından geçerli olduğuna dair delil bulunan maslahatı *mûteber*, Şâri tarafından ilğa olduğuna dair delil bulunan maslahatı *mülğa*, Şâri tarafından ne mûteber ne de mülğa olduğuna dair delil bulunmayan maslahatı *mürsel* diye isimlendirmişlerdir. Muteber maslahat, kıyasta bir vasfın illet için münasip olmasının ölçüsüdür. Mülğa maslahat ise, mülğa münasip vasfa denk gelir ki üzerine hiçbir hüküm bina edilemez. Bu iki maddede fukahânın ittifakı vardır. Mürsel maslahata gelince o da mürsel münasip vasfa denk gelmektedir. Geçerli ya da geçersizliği hakkında özel delil (nas veya İcmâ) bulunmadığı gibi kıyas kapsamına girmeyen mürsel maslahat ile hüküm vermeyi kabul edenler hem akli ölçülere hem de şer'î düzenlemelerin tümüne uygunluk taşıyan kıyastaki gibi münasip vasfı şart koşarlar.⁴³ Nitekim Gazâlî de “ıstıslah” bölümünde maslahatı, *makâsîdû'ş-şerîa* nın muhafazası şeklinde tanımladıktan sonra hemen ardından kıyas bahsinde *münasip vasf* derken bunu kastettiğini ifade eder.⁴⁴

B. HİKMET, İLLET, MÂNÂ

Hikmet kavramı ile usulcüler şu iki mânâdan birini kastetmişlerdir⁴⁵:İlki, “hükümün konulmasına uygun düşen durum”. Mesela, yolculukta meşakkâtin bulunması, âlim-satımda bu akde duyulan ihtiyacın bulunması gibi. İkincisi ise, “hüküm yoluyla ulaşılmak istenen amaç” ya da ahkâmın ta'lîlini kabul etmeyen yaklaşım açısından “hükümün uygulanması neticesinde genel olarak ortaya çıkan maslahat”. Mesela, yolculuk halinde oruç tutmama müsalesinde meşakkâtin giderilmesi, âlim-satımın cevazında tarafların menfaatinin sağlanması ve ihtiyaçlarının karşılanması.

tariflere bkz. Şelebî, a.g.e. s.239

41 Hanefî ve Şâfilî salt münasebeti kabul etmeyip Şâri tarafından da bu münasebeti teyit eden bir delil şart koşarlar. Bkz. Zuhaylî, a.g.e. 645; Talip Türcan, *İslâm Hukuk Biliminde Norm-Amaç İlişkisi*, Ankara, Ankara Okulu Yayınları, 2009, ss.130-150

42 Bu iki kavram birbiri yerine kullanılmaktadır. “Makâsîdû'ş-şerîa” kavramı Şâri açısından, “maslahat” kavramı ise kul açısından yapılan bir kullanımdır.

43 Zekiyyüddîn Şa'bân, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, (çev. İbrahim Kâfi Dönmez), 4.b, Ankara, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2000, s.177

44 Gazâlî, a.g.e. s.417

45 Şelebî, a.g.e. s.136; Şa'ban, a.g.e. s. 148

Fukâha *hikmet* kavramını *maksad*(cüz'î) kavramı ile eş anlamda kullanmakla birlikte *hikmet* lafzını daha çok kullanmışlardır.⁴⁶ Lâkin verilen örnekler yakından incelendiğinde hikmet, zâhir, munzabıt ve muttarit olduğu zaman *maksad* kavramı ile eş anlamda kullanıldığı görülmüştür.⁴⁷ *Hikmet* ile *maksad*(cüz'î) arasındaki fark, hikmet hafî, gayr-ı munzabıt ve gayr-ı muttarid olabilirken maksad bunun aksinedir. Diğer bir ifade ile maksadın muteber olma şartı, zâhir, muttarid ve munzabıt olmasıdır. *Hikmet*, hükmün tatbiki esnasında ya da sonrasında varlık gösterir. Dolayısıyla teşr-i öncesi hüküm üzerinde hiç bir etkisi yoktur. *Maksad* ise, hükmün teşr-i esnasında ya da öncesinde gözetildiği için hüküm üzerinde etkilidir. Bu iki kavram arasındaki diğer bir fark da budur. Ortak yönü ise, hükmün birden çok hikmeti olabildiği gibi birden çok maksadı da olabilir.⁴⁸

İllet ise, bizâtihi *hikmet* de olabilir, mazinnesi yani hikmeti ihtiva ettiği zannedilen zâhir, munzabıt ve muttarid vasıf da olabilir. *İllet* bizâtihi *hikmet* olduğu zaman *maksad* kavramı ile de muradif olmuş olur. Mazinnesi olduğu zaman bizâtihi maksad değil ancak alâmeti olur.

Mânâ kavramına gelince, fukâha ve usulcüler bu kavramı *maksad* ve *illet* kavramaları ile eş anlamda kullanmıştır. Allame Raysûnî'nin açıklamasına göre bu fakihlerden bazıları Cuveyni, Gazâlî, Şatibi, Taberi, Pezdevî ve hatta İbn Hazm ez-Zâhiri' dir.⁴⁹

Bütün bu kavramların analizinden sonra şunu tekrardan vurgulamamız gerekir. *Makâsıdü's-şerîan*ın rolü sadece kıyas işleminde illetin tesbiti ile sınırlı değil, bilakis nasların yorumlanıp bir hükme bağlanmasında; hakkında muayyen nas bulunmayan ve kıyas işleminin uygulanması mümkün olmayan meselelerin çözümünde istihsân, istishab, sedd-i zerai gibi yöntemlerin uygulanmasında etkin bir role sahip olacak kadar geniş bir yelpazeye sahiptir.

III. FİKRİ TEMELLERİ

Kur'an-ı Kerim' de birçok ayet-i kerime⁵⁰ yerin, göğün ve arasındaki her şeyin belli bir hikmet ve gâyeye yönelik olarak yaratıldığını, başıboş yaratılmadığını ve bu

46 Raysûnî, a.g.e., s. 9

47 Vasfi Âşur Ebû Zeyd, *el-Makâsıdü el-Cüziyye*, takdim: el-İmam Yusuf Karadâvî, el-Allâme Ahmed er-Raysûnî, el-Allâme Muhammed Kemâleddin İmam, Kâhire, Dâru'l-Makâsıd, 2015, ss. 69-76

48 Vasfi Âşur, a.g.e. s. 74-76

49 Raysûnî, a.g.e. s. 14

50 El-Mü'minûn, 23/115; Sâd, 38/27; ed-Duhan, 44/38-39, el-Enbiya, 21/16-17

düzenin merkezinde olan insanın hizmetine sunulduğunu vurgulamaktadır. Yüce Allah(cc)' in yaratma fiilindeki gâye vurgusu İslâm filozofları ve kelimciler arasında ontolojik olarak iyilik-kötülük problemi üzerine birçok tartışmalara neden olmuştur. Bu mesele İslâm hukukunda usulcülerin çoğunun kelamcı olması hasebiyle usûl-i fikhın da üzerinde durduğu meselelerden biri olmuştur.⁵¹ Usul eserlerinde “hüküm” başlığı altında dini teklif açısından insan fiillerindeki iyilik ve kötülük akıl ile idrak edilip edilemeyeceği diğer bir ifade ile ihtiyarî fiillerdeki husün-kubûh şer’î mi yoksa aklî mi olduğu sorusuna cevap verilmeye çalışılmıştır. Eş’ariler ve Cebriye bu soruya şer’î olduğu şeklinde cevap verir ve fiillerdeki iyilik ve kötülüğün, güzellik ve çirkinliğin zâtî olmadığını dolayısıyla şeriat geldikten sonra fiillerin bu vasıfları kazandığını savunur. Mâturîdî ve Mûtezîlîlere göre ise, fiillerdeki husün-kubûh zâtî olup şeriat gelmeden önce akıl bunu idrak edebilir. Allah, güzel ve iyi olduğu için emretmiş; kötü ve çirkin olduğu için nehyetmiştir. Mâturîdîler, Mûtezîlîlerden farklı olarak aklın fiillerdeki husün-kubûhu bilmesinin sorumluluk için yeterli olduğunu kabul etmezler. Ayrıca Allah’ın iyiyi emretmesini ve kötüyü nehyetmesini Mûtezîlîlerin aksine zorunluluk olarak da görmezler.⁵²

Husün-kubûh meselesi hem Mâturîdî-Hanefî fukâhasının hükümleri, liaynihi-ligayrihi şeklinde taksim etmesinde⁵³, hem de Eş’arî-Şâfi fukâhasının hüküm teorisinde etkin role sahip olmuştur. Husün-kubûh meselesindeki bakış açısı, makâsîdû’ş-şerîada birincil konumda öneme sahip olan ahkâmın ta’lîli meselesine de yön vermiştir. Şöyle ki, nassların uygulama alanını genişletmek için başvuru kiyas yönteminde hükümlerin vaz’ ediliş gerekçelerini ortaya koyan ta’lîl işlemini vahyin karşısında akla verilen yetkiye göre kimi fukâha kabul ederken kimileri de redetmiştir. Kabul edenlerin bazıları bu yetkinin sınırlarını geniş tutarken bazıları da dar tutmuştur.⁵⁴

Nasların ta’lîli konusunda yapılan incelemelerde iki yaklaşım olduğu görülüyor. İlki, nasların ta’lîlini kabul etmeyen, nasları ve içerdikleri hükümleri salt taabbudî kabul eden görüştür. Yani, Allah’ın mükelleflerden emir ve yasaklarının gereğini, arka planda yatan amaçlarını düşünmeden, irdelenmeden yerine getirilmesini istemesidir. Dolayısıyla

51 Bkz. İhan Kutluer, “Gâiyyet”, *DİA*, XIII, 1996, ss. 292-295

52 Bkz. İlyas Çelebi, “Husün ve Kubûh”, *DİA*, XIX, ss.59-63; Delilleri için bkz. Şelebî, a.g.e. ss. 97-111

53 Vahap Ovacı, “Usûl-i Pezdevî Sistematiğinde Husün-Kubûh”, *Bozok Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sayı 4, 2013, s. 57-67

54 Bkz. Abdullah Kahraman, “İslâm Hukuk Düşüncesinde Taabbudi Hükümler ve Taabbûdiyyâtın Sahası Üzerine”, *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sayı:2, 2003, ss.25-57; H. Yunus Apaydın, “Nasları Anlamada Yetki Ve Yöntem Sorunu”, *Marife Dergisi*, yıl 2, sayı 1, 2002, ss. 7-24

bu görüşün sahipleri kıyası da kabul etmezler. Bunlar başta Şîa, genelde Zâhiriler ve bir kısım Mûtezile'dir. İkinci yaklaşım ise, nasların ta'lîlini kabul eder ve kıyası meşrû görür. Bu grupta Sünnî âlimler ile Mûtezile'nin büyük bir çoğunluğu yer alır.⁵⁵

Nasların ta'lîlini kabul edenler, ta'lîlin aslî/ilkesel mi yoksa ârizî/istisnâî mi olduğu ve şartlarının ne olduğu hususunda ihtilaf etmişlerdir. Bu görüş ayrılıkları gerek kıyasın geçerli olduğu sahânın belirlenmesine gerek temelinde mâkasid anlayışı yatan istihsân ve ıstıslah gibi istidlâl yöntemlerinin kullanımına yansımıştır. İfade edilir ki, hanefî fakîhi Debûsî, kendi dönemine kadar olan fukâhanın nasların ta'lîli konusundaki görüşlerini dört grupta topladı ve sonraki birçok usulcû tarafından bu taksim tekrar edildi.⁵⁶ Bu görüşler özetle şöyledir: 1- Asıl olan, aksi bir delil bulunmadıkça nasların ta'lîl edilememesidir. Bu Zahirilerin görüşüdür. 2- Bazılarına göre asıl olan, bir engel bulunmadıkça nasların elverişli bütün vasıflarla ta'lîl edilebilmesidir. 3- Ta'lîlin yapılacağı vasfı diğer vasıflardan ayıran bir delil bulunması halinde asıl olan nasların herhangi bir vasıfla ta'lîl edilebilmesidir. İkinci yaklaşımda bir engel olmadıkça bütün vasıfların ta'lîle elverişli olduğu baştan kabul edilirken bu yaklaşımda ta'lîlin bütün vasıflarla değil, bilakis bir vasıfla gerçekleşeceği ve bu vasfı diğerlerinden ayıran bir delile ihtiyaç duyulduğu öne sürülür. Bu görüş, içinde Şâfilerin ve bazı Hanefilerin olduğu usulcülerin çoğuna aittir. 4- Ta'lîlin yapılacağı vasfı diğer vasıflardan ayıran bir delil yanında illeti tesbit edilecek nassın prensipte muallel olduğunu gösteren bir delilin bulunması şartıyla naslarda asıl olan ta'lîldir. Debûsî, Pezdevî ve Semerkandî bu dördüncü yaklaşımı açıkça Hanefilere nispet etmiştir.⁵⁷

Şâfî âlimi Şehabeddin ez-Zencânî, İmam Şâfî'ye göre naslarda asl olanın taabbudîlik olduğunu; Ebû Hanîfe'ye göre ise, asl olanın ta'lîl olduğunu ve fer'i meseleleri bu prensibe dayandırdıklarını ifade etmiştir.⁵⁸

Zahirilerin dışında dört mezhep hukukçuları aralarında yöntem farklılığı olsa da prensipte naslarda ta'lîlin esas olduğunu kabul etmişlerdir. Zira kıyası kabul etmeleri

55 Bkz. H. Yunus Apaydın, "Ta'lîl", *DİA*, c. XXXIX, 2010, s. 511-514

56 Bkz. Alâuddin bin Ahmed Abdulaziz el-Buhârî, *Keşfü'l-Esrâr 'an Usûli Fahri'l-İslâm el-Pezdevî*, İslâmî Kitap Evi, t.y., C. 3, s. 293-294; Âlâuddin Ebu Bekir Muhammed b. Ahmed es-Semerkandî, *Mizânu'l-Usûl fi Netâici'l-Ukûl*, thk. Muhammed Zeki Abdalberr, Katar, Devha Hadisiyye, 1984, s. 627

57 Gereçeleri ile birlikte bkz. Ebu Zeyd Abdullah bin Ömer bin İsa ed-Debûsî el-Hanefî, *Takvîmü'l-Edille fi Usûli'l-Fıkh*, thk: Adnan Ali, Beyrut, Mektebetü'l-Asriyye, 2006, s. 317-320

58 Ebu'l-Menâkıb Şihâbeddin ez-Zencânî, *Tahrîcü'l-Furû 'ale'l-Usûl*, (çev. Davut İltaş), Ankara, Ankara Okulu Yayınları, 2015, s. 23, Aslında Hanefiler de Şâfiler de naslarda asıl olanın ta'lîl olduğunu kabul eder. Aralarındaki fark ise, Hanefiler illeti tesbit edilen nassın da muallel olduğuna dair ayrıca bir delil isterler.

de bunu gerektirir. Lâkin teşrîde akla biçilen role göre kimileri taabbudî hükümlerin sahasını geniş tutarken kimleri de dar tutmuştur.⁵⁹ Bugün ise muallel hükümlerin sahası nasların verdiği imkân dâhilinde geniş tutulmaya, makâsîdî ictihad geliştirilmeye ve İslâm hukukuna kaybettiği dinamizmi yeniden kazandırılmaya çalışılıyor.

IV. ÖNEMİ VE İŞLEVİ

İnsanın var olduğu her topluluğun zamanla sosyal değişime mâruz kalması kaçınılmaz bir gerçektir. Bu değişim ile birlikte meydana gelen yeniliklere intibak süreci her toplumun mevcut kültür yapısına göre farklılık arzetsede sürekli ve köklü olmak şartıyla toplumun hemen hemen tüm müesseselerini ve değerlerini etkiler. Tâbii ki toplum üzerinde çok önemli bir nüfuza sahip olan dinin de bu değişimin dışında kalması düşünülemez. İnsan yaşamına her açıdan şekil veren ve bu doğrultuda hukûkî normlar vaz' eden İslâm dini her ne kadar ilahi kaynaklı olması hasebiyle bu değişime karşı koyan bir yönü olsa da diğer yönden bu değişime uyum sağlayan hatta yön veren dinamik bir yapıya sahiptir. Öyle ki, bu onun özünden hiçbir şey kaybettirmez. Zira kanun koyucu toplum için elzem asgari ölçüde hukuki normları ortaya koymuş ve geriye kalan geniş sahayı da değişen zamanın şartlarına bırakmıştır. İslâm hukukunda bu durum şöyle kaideleşmiştir: *“Ezmanın teğayyuru ile ahkâmın teğayyuru inkâr olunamaz.”*⁶⁰

Hiz. Peygamberin vefatının akabinde, fetihler hız kazanmış ve İslâm coğrafyası kısa zamanda genişlemiştir. Bu durum İslâm'ın yeni farklı kültürlerle tanışmasına ve bunun neticesinde de sosyal değişimlerle karşı karşıya kalmasına sebep olmuştur. Sahâbe karşılaştıkları yeni meselelerin çözümü için önce Kur'an'a sonra Sünnet'e bakıyorlardı. Her iki asli kaynakta bulamadıkları zaman da maslahat eksenli ictihad ediyorlardı. Mesela, Hiz. Ebu Bekir' in Hiz. Peygamberin vefatının akabinde ümmeti toplaması; dini, idari ve siyasi işleri idare etmesi için halife olarak seçilmesi; Kur'an'ın korunması için mushaf haline getirilmesi; Hiz. Ömer'in gelecek nesillerin maslahatını gözeterek fethedilen toprakları mücahitlere dağıtmayıp eski sahiplerine bırakarak harac vergisine bağlaması; Hiz. Osman'ın Medine'de nüfusun artması ile birlikte namaz

59 Müctehid imâmlar döneminden sonra taklid ve mezhep taassubu ile birlikte dini koruma kaygısıyla ta'lîl prensibinden uzaklaşmış ve taabbudi saha genişletilmiştir. Taabbudi sahanın sınırları ve daha detaylı bilgi için bkz. Kahraman, a.g.m.

60 Mustafa Baktır, “Çağımızda Sosyal Değişme Ve İslâm”, 2002 Kutlu Doğum Sempozyumu Tebliğ Ve Müzâkereleri, 2007, s. 329-342

vakitlerini insanlara duyurmak için ikinci bir ezan okutması; yine Hz. Osman'ın ölüm hastalığında olan kocanın karısını mirastan mahrum bırakmak için yaptığı talâki mefsedete giden yolu kapatmak için geçersiz sayması; Hz. Ömer'in iddeti dolmadan evlenip zifafa giren kadın ve erkeğin tekrar evlenmelerini caydırıcı olması için ebedi olarak yasaklaması gibi birçok ictihad, hakkında muayyen nas varid olmadığı için maslahat düşüncesi ile yapılan ictihatlardır. Daha sonraki neslin de sahâbenin yolundan gittiğini yaptıkları ictihatlarda ve istihsân, istislah, seddi zera-i gibi istidlâl yöntemlerini kullanmalarında görmekteyiz. Zira bu yöntemlerin özünde maslahat fikri ve sosyal değişime uyum sağlama çabası vardır. Bunun içindir ki müctehid imâmlarda hukuk düşüncesinin teşekkülünde *makâdü's-şerîa* önemli ve etkin bir role sahip olmuştur.

Fukâhanın çoğu, nasların, insanların dünyevî ve uhrevî maslahatlarını temin için vaz' edildiği ve bu doğrultuda Şâri'in bir takım gayeler gözettiği konusunda hem fikir olmakla birlikte⁶¹ cüz-i delillerin gözarda edilerek salt akıl ve tecrübe ile ulaşılan maslahatı kabul etmemiş, bir asla(nassa) dayanmasını ya da İslâm hukukunun genel ilkelerinden birinin altına girmek suretiyle dolaylı olarak naslarla irtibatlı olmasını şart koşmuşlardır. Böylece maslahatı ictihadın merkezine yerleştiren, cüz-i delilleri ve nasların lafzî mânâlarını gözarda eden yaklaşımların önü kapatılmaya çalışılmıştır. Amaç ne Zâhiriler gibi mânâyı lafız için ne de Tûfîciler gibi lafzî mânâ için zâyî etmek, amaç lafızdan kopmadan mânâyı ulaştırmaktır. Bunun içindir ki makâsîd ilmi ile yakından ilgilenen fakihlerin hemen hemen hepsi ictihad için *makâdü's-şerîay*ı bilmeyi şart koşmuştur.⁶²

Sahâbe ve müctehid imâmlar döneminde dinamik bir yapıya sahip olan İslâm hukuku mezhepleşmeyle birlikte zamanla bu dinamizmini kaybetmiş, değişen dünyaya intibakta zorlanmış ve değişimin doğurduğu yeni problemlere çözüm üretemeyen âtil bir duruma gelmiştir. İslâm hukukunun yeniden eski dinamizmini kazanmasında ve önündeki bu tıkanıklığı aşmasında *makâdü's-şerîa* ilminin önemi daha fazla artmıştır. Şöyle ki hukukun en temel görevi, adalete hâdim toplumsal düzeni te'sis etmektir. İslâm hukukunda adalet ise, bizatihi naslar(Kur'an ve Sünnet) ve içerdiği hükümlerdir. Dolayısıyla mevcut nasların ilahi murada en isabetli bir şekilde yorumlanıp hükümlerin icrâ edilmesinde, hakkında muayyen nas olmayan meselelerin çözümünde, istihsân,

61 Boynukalın, a.g.m., ss. 423-427

62Abdulkerim Zeydan, *el-Vecîz fi Usûli'l-Fıkh*, Bağdat, Müessesetü'r-Risaleti Nâşirûn, 2009, s.318-320; Şâtîbî, a.g.e. s. 734

istislah, seddi zera-i gibi istidlâl yöntemlerini kullanırken nasların ruhunu doğru bir şekilde yansıtılmasında, zâhiren aralarında teâruz gözüken delillerin arasında tercih yapmada *makâsîdü's-şerîa* önemli bir role sahiptir. Dolayısıyla her müctehidin içinde yaşadığı toplumun değişen ihtiyaçlarını karşılayabilmesi, problemlerine çözüm üretebilmesi ve adaleti te'sis edebilmesi için *makâsîdü's-şerîa* yı çok iyi bilmesi ve ona hâkim olması gerekir.

Bu ilmin diğer bir açıdan önemi ise, mükellefin Şâri' tarafından sorumlu tutulduğu hükümlerin temelinde yatan gayeleri sorgulamakla kalbi mutmain olur ve kulluğu tam bir şuûra varır. Nitekim Kur'an'ı Kerim'de Hz İbrahim kalbinin mutmain olması için Rabbinden ölüleri nasıl dirilttiğini göstermesini istemiştir⁶³ ki Rabbi de onun bu isteğini reddetmemiş ve ona göstermiştir. Öyleyse mükellefin de kalbinin mutmain olması için Rabbinin hükümlerdeki makâsîdini sorgulaması ve kör bir teslimiyetten ziyade şuurlu bir kul olmayı tercih etmesi gerekir.

Aynı zamanda *makâsîdü's-şerîa*, İslâm hukukunun her zaman ve mekânda salahiyetinin de bir ıspatı sayılır. Bu açıdan, İslâm dininin yücelmesine hizmet eder. Ancak Şâri'in makâsîdini belirlerken çok titiz ve dikkatli olmamız gerekir. Zira bunu yaparken Allah'ın hudutlarını aşabilir ya da ilahi kaynaktan kopabilir ve yeni bir din ihdas edebiliriz.

V. BİLME YOLLARI

Makâsîd nazariyesinin kurucularından sayılan Gazâlî, Şâri'in hükümlerin teşriinde gözettiği gayelerinin Kitap, Sünnet ve İcmâ ile bilinebileceğini⁶⁴ ifade etmiştir. Kezâ, bu alanda önemli bir eseri olan İz b. Abdüsselâm, herhangi bir şeyin maslahat mı yoksa mefsetet mi olduğu ancak şer'î deliller ile bilinebileceği ve bu delillerin Kitap, Sünnet, İcmâ, Kıyas ve doğru istidal olduğunu belirtmiştir.⁶⁵ Lâkin bu meseleyi müstakil ve detaylı olarak ele alan ilk kişi Şâtıbî' dir. Kendisi, "makâsîdü's-şerîa" için ayırdığı kitabının ikinci bölümün sonunda Şâri'in gayelerini öğrenme yolları için dört yöntem zikretmiştir.⁶⁶

63 Bakara, 2/260

64 Gazâlî, a.g.e. c. I, s. 430.

65 Abdüsselam, a.g.e. s. 36

66 Şâtıbi, a.g.e. s.442-456

A. ŞÂTİBÎ'YE GÖRE MAKÂSİDÜ'Ş-ŞERÎAYI BİLME YOLLARI

1. İbtidâî/aslî⁶⁷ Ve Sarih⁶⁸ Olan Mücerret Emir Ve Nehy⁶⁹

Emrin gereği olan fiilin vukûsu ve nehyin gereği olan fiilin vukû bulmaması Şâri'in gayesidir.

2. Emir Ve Nehyin İletlerinin İncelenmesi

Mânâları ma'kul olan illetler usuldeki metodlara göre⁷⁰ tesbit edildikten sonra, kıyas yoluyla bu illetlerin gereği olan şeyleri yapmak ya da yapmamak Şâri' nin maksadıdır.

3. Tâbî Maksatların İncelenmesi

Şâri' nin hükümlerinde birincil konumda olan asli maksatları olmakla birlikte bu maksatların tamam olmasının kendisine bağlı olduğu ikincil konumda olan tâbî maksatları da vardır. Örneğin, nikâh akdi, üreme asli maksadı gerçekleştirmek için meşrû kılınmış olmakla birlikte bu asli maksada tâbî olarak şu maksatlar gözetilmiştir: Ünsiyet, kayıtsız şartsız sürekli birlik ve beraberlik, eşlerin helal yoldan birbirinden istifade etmesi, şehvet duygusu sebebiyle harama düşmekten korunma, karşılıklı yardımlaşma ve bunlara benzer daha birçok amaç gözetilmiştir. Bunların kimi nas ile, kimi imâ ile kimi de istikrâ(tümevarım) yöntemi ile sabit olmuştur. Bu maksatların muhafazası, aslî üreme maksadın sağlıklı bir şekilde gerçekleşmesi için zorunludur. Böylece, hakkında nas bulunmayan lâkin bu sayılanlara benzeyen şeylerin de Şâri' nin maksadı olduğu şeklinde istidlâlde bulunabiliriz. Nitekim üç talakla boşanmış kadını ilk eşine helal kılmak için yapılan nikâh(hulle) akdine cevaz verilmemesinin altında yatan temel gerekçe, nikâhta tâbî olarak gözetilen sürekli birlik ve beraberlik amacına ters düşmesidir. Mut'a nikâhı ve aynı mânâda olan diğer nikâh çeşitlerinde de durum aynıdır.

4. Şâri'in Sükûtu

Hükmü gerektirici sebep var iken olayın cereyan ettiği zamanda Şâri'in sükut

67 İbtidâî, aslî olarak temelden kastedilen demektir. Mesela, Şari'nin " Cuma günü namaz için ezan okunduğu zaman Allah'ı anmaya koşun, alış-verişi bırakın!"(Cuma, 9) ayetinde "Allah'ı anmaya koş" emri asli, "alış-verişi bırak" emri ise ârizî, geçicidir. Şöyle ki, bu ayetteki alış-veriş yasağı riba ya da zina yasağı gibi aslî değil bilakis onunla meşgul olma sebebi ile Allah'ı anmaya koşma sorumluluğunun engellenmesi veya gecikmesi söz konusu olduğu için yasaklanmıştır.

68 Sarih kaydı ile Şâtîbî zimni emir ve nehy dışında bırakmayı kastetmiştir. Örneğin, hac emri, sarih ve birincil konumdaki bir emirdir. Haccın gereklerini yapmak ise zımnî emirdir. İkincil derecede kastedilen vesâil konumdadır. Bu durum " ما لا يتم الواجب الابه " kabildendir.

69 Şâtîbî, ibtidâî ve sarih kaydı ile Şâri' nin maksadının, emir ve nehyin mutlak şekilde vukûsu değil bilakis vukûsu ile hedeflenen semere yani teşrii sebebi olduğunu vurgulamıştır.

70 İleti tesbit yöntemlerinin en önemlileri şunlardır: Nas, İcmâ, sebr ve taksim, münasebe, deverân, tart

etmesi o konudaki hükmün arttırılmaması ya da eksiltilmemesi hususunda nas gibi kabul edilir. Çünkü, ameli bir hükmün vaz ‘ı için esbab-ı mûcibe var iken vaz ‘ edilmemesi, hâli hazırda var olan hükmün üzerine ziyadede bulunmanın bidat olduğu ve Şâri’in maksadına muhalif olduğunun açık delilidir. Nitekim, Hz. Peygamber döneminde hulle nikâhına cevaz sadedinde hafifletme ve ruhsat vermeyi gerektiren gerekçeler mevcut olmasına rağmen meşrû kılınmamıştır. Bu esas, bidatlarla bidat olmayanlar arasındaki farkın ortaya çıkmasında ve Şâri’in maksadını tesbitte bir delil sayılır.

Şâtıbî, zikrettiği yöntemler arasında tümel nitelikli gayelere ulaşmada kullanılan istikrâ yöntemini zikretmemiştir. Dolayısıyla ortaya koyduğu yöntemler ile daha çok tikel gayelere ulaşılmaktadır.⁷¹ *Muvâfakât* adlı eserinin ilk mukaddimesinde istikrâ yönteminin üzerinde ısrarla durmuş olmasına rağmen Şâri’in gayelerini temellendirme hususunda ortaya koyduğu yöntemler arasında istikrâ yöntemini zikretmemesi garip bir durumdur.⁷²

Şâtıbî’den sonra bu konuyu en tafsilatlı bir şekilde ele alan ve inceleyen Tâhir b. Âşur’dur. Kendisi, şer’î hükümlerin gayelerini muâmelat ve âdab alanı ile sınırlamış ve bu konuda kat’î ya da kat’îye yakın bilgi elde etmeye çalışmıştır. Bunun içindir ki, Şâri’in gayelerini temellendirme yöntemlerinin en başında istikrâ yöntemini⁷³ zikretmiş ve Şâtıbî’ nin aksine daha çok tümel nitelikli gayelere ulaşmayı hedeflemiştir.

B. İBNİ ÂŞUR’A GÖRE MAKÂSİDÜ’Ş-ŞERÎAYI BİLME YOLLARI

1. İstikrâ/tümevarım Yöntemi ile Belirleme

İbn Âşur, bu yöntemle Şâri’in teşrîde gözettiği genel gayelerin tesbitinin iki şekilde olduğunu söylemiş ve örneklerle izâh etmiştir.

a. İleti Bilinen Hukuk Normlarının Tek Tek İncelenmesi

Bu yöntem, ileti bilinen hukuk normlarının her birinin tek tek incelenmesi ile gerçekleşir. Şöyle ki, bu tür istikrada illet bizatihi hikmet olmayıp hikmeti ihtiva eden

71 Bkz. Nu'man Cuğaym, *Turuku'l-Keşfi an Makâsîdü'ş-şerîa*, Daru'n-Nefais, 2012, s. 13-14

72 Bkz. Raysûnî, a.g.e s.276

73 İstikrâ, mantıkta tikelden tümele, özelden genele, tek tek olguların bilgisinden bu olguların dayandığı kanunların bilgisine götüren zihinsel işlem için kullanılan bir terimdir. Mantıkçılar istikrâyı tam ve nâkıs diye ikiye ayırırlar. Tam istikrâ, bir bütünün parçalarının tamamını, bir tümelin kapsamındaki tikellerin hepsini inceleyerek o bütün ve tümel hakkında genel bir hükme varmak şeklindeki akıl yürütme olup kesin bilgi ifade eder. Nâkıs istikrâyı ise, bir tümelin kapsamındaki tikellerin bir kısmını inceleyerek örnekleme yöntemi ile o tümel hakkında genel bir hükme varmak şeklindeki akıl yürütmedir. Bu tür istikrâ sadece zan ifade eder. Abdülkuddüs Bingöl, “İstikra”, *DİA*, c.23, s.358-359, 2001

zahir, munzabıt vasıf olduğu durumdur. Aynı hikmette birleşen illetlerin istikrası bizi, bu hikmetin şer'î bir maksad olduğu bilgisine ulaştırır. Örneğin, müzâbene⁷⁴, muhâkale⁷⁵ ve bey'u'l-cüzâf bi'l-mekîl⁷⁶ yasaklarının aynı illette birleşmesidir ki o da bedellerden birinin belirsiz olmasıdır. Böylece ıvazlı akitlerde “belirsizliğin geçersizliği gayesi” ne ulaşmış oluruz.

b. Ortak İllette Birleşen Normların Delillerini İnceleme

Bu nevi istikra, illetin bizâtihi hikmet olduğu durumlarda olur. Birçok hukuk normunun delilinin aynı illette birleşmesi, sözkonusu illetin Şâri' nin gayesi olduğunu kesin bir şekilde anlamamızı sağlar. Örneğin, kabzetmeden(teslim almadan) önce yiyecek satışının yasaklanmasının illeti, yiyeceğin piyasada devamlı olarak kalmasını sağlamaktır. Keza, yiyecek ihtikârı yasağının illeti, yiyeceğin piyasadandan çekilmesidir. Bu ve benzeri birçok hukuk normu aynı (illeti) hikmeti yani gayeyi gerçekleştirmek için vaz ' edilmiştir ki o da “yiyeceğin devamlı piyasada bulunması ve kullanılmasının kolaylaştırılması”dır. Diğer bir örnek de, kölelerin âzad edilmesini emreden birçok hukuk normunun temelinde “hürriyete kavuşturma gayesi” yatmaktadır.

2. Delaletleri Açık Olan Kur'an Ayetlerinin İncelenmesi

Arabın kullanımına göre, zâhiri dışında bir mânânın kastedilme ihtimalinin zayıf olduğu Kur'an ayetlerinin incelenmesiyle hukukun gâyelerine ulaşılabilir. Örneğin, Yüce Allah, şu ayetlerin her birinde, açık bir şekilde ya hukukun bir gâyesi açıklanmış ya da ona gönderme yapmıştır: “Allah bozgunculuğu sevmez”⁷⁷, “Ey inananlar! Mallarınızı, birbirinize haksızlık yaparak yemeyin.”⁷⁸, “Kimse başkasının suçunu(yükünü) taşımaz”⁷⁹, “Allah size kolaylık diler zorluk dilemez”⁸⁰

3. Mütevâtir Sünnet

İbn Âşur, fukâhanın arasındaki ihtilafların azaltılmasında makâsıd ilmüne etkin bir rol biçtiği için Şâri'in gâyelerini temellendirmede kat'î ya da kat'îye yakın bilgiyi elde etmeye çalışması onu ahâd sünneti dışarıda bırakmaya sevk etmiştir.⁸¹

74 Müzâbene, dalındaki yaş hurmanın kuru hurmayla tahminen değişimidir.

75 Muhâkale, tarladaki başaktaki taze ekinin kendi cinsinden belli ölçüdeki kuru buğday karşılığında götürü usulle/tahminen değişimidir.

76 Bey'u'l-cüzâf bi'l-mekil, götürü satılanın ölçülebilir karşılığında satışı demektir.

77 Bakara, 2/205

78 Nisa, 4/29

79 En'am, 6/164; Zümer, 39/7

80 Bakara, 2/185

81 İbn Âşur' un, şeriatın gâyelerini temellendirme yöntemleri arasında ahâd haberi zanni olduğu

İbn Âşur, bu yöntemin iki durumda örneği olduğunu söylemiştir:

a. Manevî Mütevâtir

Bütün sahâbenin Hz. Peygamberi'in(s.a.v) bir uygulamasını görmesi sonucu ortaya çıkan habere manevi mütevâtir denir. Genelde dinin zaruretle ya da zarurete yakın bir şekilde bilinen uygulamaları bu kısma girer. Örnek olarak bayram hutbelerinin bayram namazından sonra okunmasını verir.⁸²

b. Amelî Mütevâtir

Sahâbeden herbirinin, Hz. Peygamber'in(sav) uygulamalarını defalarca görmesi sonucu hukuki bir gayeye ulaşmasıdır. Ancak sahabinin istikrâ(tümevarım) sonucu ulaştığı hukuki gaye kendisi için kesine yakın bir zan iken haberin rivayet edildiği kimseler açısından muhtemel bir gayedir.

C. MUÂSİR ÂLİMLERE GÖRE MAKÂSİDÜ'Ş-ŞERÎAYI BİLME YOLLARI

Şâtıbî ve İbn Âşur'dan sonraki muâsır âlimlere gelince genelde bu iki âlimin zikrettiği yöntemlerin arasını bazı değişikliklerle birlikte cem etmeye çalışmışlardır. Örneğin, Yusuf Hâmid el- Âlim⁸³, Şâri'in gayelerini temellendirmede üç yöntem ortaya koymuştur. İlki, muallel sarîh nas(Kur'an ve Sünnet)dır. Yusuf Hâmid "muallel" kaydı ile Şâtıbî'nin söylediği ilk yönteme muhalefet etmiştir. Ona göre, emir ve nehy bizâtihi maksad değildir. Örneğin, kıtlık vaktinde hırsızın elini kesmek Şâri' nin maksadı olamaz. Dolayısıyla emir ve nehyin illetleri ile birlikte değerlendirilmesi gerekir. Ayrıca "nas" kaydı ile sünneti de dâhil ederek İbn Âşur' un "sarîh Kur'an ayetleri" kaydına itiraz etmiştir. Zira o, tesbit ettiği yöntemlerde hem kat'i hem zanni gayeleri ortaya koymayı hedeflemiştir. İkinci yöntem olarak istikrayı, üçüncü yöntem olarak da sahâbe uygulamalarını zikretmiştir. Son zikrettiği ile İbn Âşur'un amelî mütevâtir kaydına yaklaşmıştır.

Diğer bir örnek Muhammed Sa'd el-Yûbi'dir. Kendisi bu konuda beş yöntem⁸⁴ ortaya koyar: İstikrâ yöntemi, emir ve nehyin illetlerini inceleme, ibtidâi sarîh mücerred

gerekçesiyle zikretmemesine rağmen kitabının birçok yerinde hukukun özel bir gayesini ortaya koyarken kullanmış olması bir çelişki olarak görülmüş ve eleştirilmiştir. Bkz. Yusuf Bulutlu, "Muhammed Tâhir Bin Âşur' un İslâm Hukuk Felsefesi İle İlgili Görüşleri" (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 2016

82 İbn Âşur' un söylediği bu yöntemin, Şari' nin gayelerini nasıl ortaya koyduğu hususunda daha fazla izaha muhtaç olduğu ve verdiği örneklerin şer'î makâsıdın değil şer'î ahkâmın tesbiti için uygun olduğu şeklinde tenkid edilmiştir. Bkz. Cuğaym, "Turuku Ma'rifeti Makâsıd'ı-Şer'iati Beyne's-Şâtıbî ve'l-Küttap el-Muasırın", Mecelletü's-Şeria ve'd-dirasati'l-İslâmiyye, S.104, Kuveyt Üniversitesi, 2016

83 Eseri, *el- Makâsıdü'l-Amme li's-Şer'iati'l-İslâmiyye*, v.1988

84 El-Yûbi, a.g.e. s. 119-167

emir ve nehy, Şâri' nin makâsıdını ifade eden tâbirler ve Şâ'ri' nin sukûtu. El Yûbi' nin seleflerinden farklı olarak eklediği “tâbirler” den maksad, hayr, şer, hasen, kabih, mahbub, mekruh v.b. ifadelerdir. Lakin bu tabirleri, mücerred emir ve nehyin altına dâhil etmek mümkün olduğu için müstakil bir yöntem olarak zikretmek pek isabetli gözükmemektedir.

Bu konuda müstakil bir çalışması olan Nu'man Cuğaym, Şâri' nin gayelerini tesbit etmek için ortaya koyduğu beş yöntemde⁸⁵ Şâtîbî ve İbn Âşur' un arasını bazı ilaveler ile birlikte cem etmiştir: Makâsıdı nas(Kur'an ve Sünnet)ların açık delaletleri ile belirleme, delaletleri açık olmayan naslardan kârineler yardımı ile belirleme, şer'î hükümlerin illetlerini inceleme yoluyla belirleme, Şâri' nin sukûtu ve istikrâ yöntemi. Zikri geçen ilk yöntem yani nasların açık delaletleri, hem Şâtîbî' nin “mücerred emir ve nehy” kaydını hem de İbn Âşur' un “delaletleri açık Kur'an ayetleri” kaydını kapsamaktadır. Diğer yöntemlerin bazıısı Şâtîbî' nin, bazıısı da İbn Âşur' un yöntemleri ile uyushmaktadır.⁸⁶ Bazı fakihler yukarıda zikri geçen yöntemlerin dışında siyak-sıbak ve arap dil kurallarını da Şeriat'ın gayelerini temellendirme yöntemleri arasında zikrederken⁸⁷ bazıları da bu iki yöntemi “nasların açık delaletleri ile belirleme” de araç olarak zikretmiştir.⁸⁸

Hulâsa, *makâsıdü'ş-şerîanın* tesbitinde temel kaynaklar Kur'an ve Sünnettir. Bu konuda araştırma yapan kişi amacına ya Şâri'in bu iki kaynaktan geçen sarîh beyanları ile ya da tasarruflarını inceleyerek ulaşır. Bunun içindir ki, ortaya konan yöntemlerin usûl-i fikhin konusu olan istinbat metodlarından bağımsız olmadığını görüyoruz. Zira, bu süreçteki ilk aşama, şer'î hıtâbın maksadını belirlemek gerekir ki bu da istinbat yöntemleri ile mümkündür. İkinci aşamada ise, tesbit edilen bu hükümlerin teşrîinde gözetilen gayelerin yani maslahatların araştırılmasına geçilir. Bunun için başvuru en önemli yöntemlerden biri de klasik usul eserlerindeki illeti tesbit metodları ile illetlerin tesbit edilmesidir. Çünkü, illet ya bizzat hikmet/maksat ya da hikmeti ihtiva eden vasıfıdır. Ancak bu yöntemlerle ulaşılan gâyeler çoğunlukla tikel niteliklidir. Tümel nitelikli gâyelere ulaşmada en etkin role sahip olan yöntem istikrâ yöntemidir. Bu

85 Cuğaym, a.g.e. s. 17-19

86 Şâri' nin gayelerinin temellendirilmesinde Şâtîbî' nin ortaya koyduğu yöntemler ile muasır âlimlerin yöntemleri arasında yapılan mukâyese ve eleştirileri için bkz. Nu'man Cuğaym, a.g.m

87 El-Cündiyy, a.g.e. s. 77-94

88 Bkz. Cuğaym, a.g.e. s. 75-92; Zahruddin Abdurrahman, “*Makâsıdü'ş-şerîa fi Ahkâmi'l-Büyû'*”, Beyrut Daru'l-Kütüp el-İlmiyye, 2009, ss. 89-129

yöntemin işlevi iki yönlüdür. İlki, ulaşılan şer'î bir maksadın derecesini zannilikten kat'iliğe ulaştırır. Şöyle ki, bir hukuk normunun temelinde yatan gâyenin aynısı ya da benzerinin başka hukuk normlarında da gözetildiğinin gözlemlenmesi sonucu, bu zanni gâye manevi tevatür yolu ile kat'i ya da kat'iliğe yakın seviyeye ulaşır. İkincisi, şer'î ahkâmın genelinden tümel nitelikli gâyelere ulaşılır. Dolayısıyla, istikrâ yöntemi için müstakil bir yöntem olarak bahsetmek pek isabetli sayılmaz. Şunu da hemen belirtmek gerekir ki, İbn Âşur dışındaki fukâha, Şâri' nin gâyelerini temellendirmede kat'î-zannî, ihtilaf edilen-ittifak edilen şekilde bir ayırım gözetmemiştir.

VI. MÛTEBER OLMA ŞARTLARI

Makâsîdü'ş-şerîanın icthad ameliyesinde ne kadar önemli ve işlevsel bir role sahip olduğunu daha önce zikretmiştik. Dolayısıyla, hukukun gayelerinin temellendirilmesi kadar muteber olması için gereken şartların tesbiti de o denli bir öneme sahiptir. Zira, şer'î bir maksadın tesbitinde yapılan hata, cüz-i bir delil ile çatışmaya ve nihayetinde bırakılmasına ya da şer'î tekliflerin mükelleflerden tamamen düşmesine ve bunun sonucunda Şâri'in teşrîde kulları için gözettiği maslahatların ıskalanmasına sebep olabilir. Nitekim, İbn Âşur da bu tehlikeye dikkat çekmek için şöyle söylemiştir: *“Hukukun gayelerini araştıranın, bir hukuk gayesini ortaya koyarken, uzun boylu düşünmesi ve araştırmasını derinleştirmesi, bu konuda kolaycılık ve aceleden sakınması gerekir. Çünkü külli veya cüz-i bir hukuki gayenin belirlenmesi, istinbat sırasında kendisinden birçok delil ve hüküm doğacak bir olaydır. Bunda yapılacak bir hatada, büyük bir tehlike sözkonusudur.”*⁸⁹ Örneğin, namazdan maksat, kişiyi kötülüklerden alıkoymasındır⁹⁰ dersek bir kişi ortaya çıkıp “ben kendimi, namazın dışında başka yollarla da kötülüklerden alıkoymuyorum” diyebilir ve Şâri'in namaz teklifinden yüz çevirebilir. Başka bir örnek ise, zinanın haram kılınmasından maksat, nesebin karışmasını engellemektir, dersek yine birileri bu amacı bugün tıbbi birçok korunma yöntemiyle bu maksada ulaşabileceğini, ayrıca her zina sonucunda gebelik sözkonusu olmadığı için neseb karışma tehlikesi ortaya çıkmayabileceğini savunabilir. Halbuki zinanın haram kılınmasında sosyal olsun ahlaki olsun birçok mefsedeti def etme amacı olabilir. Sonuç olarak, kaynağı vehm olan bir din ihdas etmek gibi bir gaflete düşme tehlikesi ile karşı karşıya gelebiliriz. Bunun içindir ki, vehmi olandan vehmi olmayan maksadı ayırt etmemiz gerekir ki, böylece yeni güncel meselelerin

⁸⁹ İbn Âşur, a.g.e. s. 105

⁹⁰ “Şüphesiz namaz hayasızlıktan ve kötülükten alıkoyma”, Ankebut, 45

çözümünde nasların ruhundan, vahyin kontrolünden çıkmamış olur ve aklın sınırlarının ötesindeki maslahatları da yakalamış oluruz.

Makâsıd ilmine, fukâhanın ihtilafını azaltmada önemli bir rol biçen İbn Âşur, bu meseleyi müstakil bir başlık altında incelemiş ve hukukun gayeleri için, usuldeki illet için aranan şartlara benzer dört şart öne sürmüştür:⁹¹

A. SÜBÛT/KESİNLİK

Maksatların kat'i ya da kat'iyeye yakın bir zanla sabit olmasıdır. İbn Âşur bu şartı ile zanni olan maksatları dışarda bırakmıştır. Lakin bu, daha önce de söylediğimiz gibi Şâri' nin maksatlarını tesbitte zanni delil olan ahad haberleri kullanması, kendi içinde bir çelişkiye düşmesine sebep olmuştur.

B. ZUHUR/AÇIKLIK

Maksatların fukâhanın ihtilafa düşmeyeceği derecede açık olmasıdır. Örneğin, nikâhın meşrû kılınmasında maksad, nesebin korunmasıdır. Bu ihtilafsız açık bir mânâdır. Buna mukabil, boşanmış kadının iddet hükmünün illeti, talaktır. Lakin, hikmeti/maksadı açık değildir. Kadının rahminin temizlenmesi de olabilir, yeni bir evlilik öncesi psikolojik hazırlık evresi de olabilir. Bu maksatlar çoğaltılabilir. Şayet, maksad rahmin temizlenmesi dersek bugünkü gelişmiş tıbbi imkânlar ile kadının rahminin temiz olup olmadığını öğrenebiliriz. Bu durumda Şâri' nin boşanmış kadınlar için olan iddet emri bir kenara bırakılmış olur. Bu sebeple âdetten kesilmiş kadından rahmi temiz olduğu kesin olarak bilinmesine rağmen iddet hükmü düşmez.

C. İNZİBAT/KURALA BAĞLANABİRLİK

Kurala bağlanabilirlik yani mânâyı aşmayacak ve geride de kalmayacak şekilde kabul görmüş bir sınırı olmasıdır. Örneğin, sarhoşluk halinde dayak ta'zirinin(ceza) meşrû kılınmasında gaye, akıllıyı, akıllı olmayan kişilerin tasarruflarından çıkaracak derecede aklın korunmasıdır.

Gayr-ı munzabıt olana örnek, hamrın haram kılınmasında hikmet, insanlar arasına düşmanlık ve kin sokması ve Allah' ı zikretmeye mâni olmasıdır.⁹² Lakin bunun sınırlandırılabilmesi ve uygulanabilmesi mümkün değildir. Burda munzabıt maksad olan aklın korunmasıdır.

91 Bkz. İbn Âşur, a.g.e. 118

92 “Şeytan, içki ve kumarla, ancak aranızda düşmanlık ve kin sokmak; sizi Allah' ı anmaktan ve namazdan alıkoymak ister. Artık vazgeçiyor musunuz?” Mâide, 5/91

D. ITTIRAD/SÜREKLİLİK/DÜZENLİLİK

Mânânın bölge, kabile ve asrın durumlarının değişmesiyle değişiklik gösteren nitelikte olmamasıdır. İmam Mâlik ve bazı hukukçuların nikâhta şart koştukları “denklik” de normal geçimi sağlama gayesini gerçekleştirmede İslâm ve nafakaya güç yetirme niteliğinin aranması bunun örneğidir.

Muasır âlimlerden Vasfi Âşur Ebu Zeyd, İbn Âşur’dan farklı olarak şu üç şartı koymuştur⁹³: İlki, makâsıdın şer’î muteber yollardan biri ile elde edilmesidir. Yani daha önce zikri geçen temellendirme yolları dışında huccetsiz hevaya dayalı bir yolla tesbit edilmiş olmaması. Lakin bu şartı, mâlumun îlâmı olarak görüyoruz. Çünkü, mevzu bahis olan şer’î hukuk normlarının temelinde yatan gayeler olduğu için ayrıca şer’î yollardan elde edilmesini şart koşturmak gereksiz. İkincisi, daha üst bir maksatla çelişmemesi, üçüncüsü, cüz-i maksadın, altına girdiği külli maksadı iptal etmemesi ya da tersi durum. Şöyle ki, külli bir maksat birçok cüziyyatın istikrası(tümevarım) sonucu elde edildiği için varlık sebebi yokluk sebebi olamaz. Örneğin, vaz ‘ edilen cezaların amacı caydırıcılıktır. Her ne kadar suç işleyen bazı kimseler için verilen ceza caydırıcı olmasa bile durum böyledir. Bu son iki madde arasında bir fark göremediğimiz için tek bir maddeye indirgeyebiliriz. Yaptığımız incelemelerde yukarıda zikri geçen şartların dışında farklı muhtevaya sahip başka bir şart göremedik.⁹⁴

VII. TAKSİMİ

Makâsıdü’ş-şerîa üzerine çalışma yapan fakihler İslâm hukukunun gayelerini farklı açılardan taksim etmişlerdir.

A. İÇERDİĞİ MASLAHAT AÇISINDAN

Kullara nisbetle içerdiği maslahat açısından makâsıdü’ş-şerîayı Gâzâli üç kısma ayırmıştır⁹⁵: Zarûrî, hâcî, tahsînî. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi bugüne kadar bu taksimin dışında farklı bir taksim yapılmamıştır. Ayrıca bu üç aslın herbirinin tamamlama, olgunlaştırma ve kemâl derecesine çıkarma işlevi gören mükemmilâtları vardır.⁹⁶

B. KASITTAKİ MERTEBESİ AÇISINDAN

93 Vasfi Âşur, a.g.e s. 390-408

94 Benzer şartlar için bkz. El-Yûbi, a.g.e. s. 403-424

95 Bu taksimin detayları daha önce “Terimleşme Süreci Ve Literâtür” başlığı altında incelemiştik. Bkz. ss.4-5

96 Detaylar için bkz. Pekcan, a.g.e., ss.252-258; Yûbî, a.g.e., ss.325-329

Şâri'in ahkâmın vaz 'ında asâleten ya da ibtidâen kastettiği aslî gayeler ki bunlar hamse-i zarûriyyat dediğimiz asılları muhâfazaya dönük gayeler ve bu aslî gayelere ulaşmak için zorunlu olan ikincil konumdaki tâbî gayeler vardır. Örneğin, Şâri namaz emri ile hem namaz ibadetini hem de bu ibadetin varlığı için gerekli olan tahâret, setr-i avret gibi şartları kastetmiştir. Bu örnekte namaz aslî gaye olup diğerleri tâbî gayelerdir. Keza, Allah(cc)'a karşı huşû, itaat, kötülükten ve çirkinlikten alı koyma namaz ibadetine tâbî diğer gayelerdir.⁹⁷

C. ŞUMÛL/KAPSAM AÇISINDAN

Şer'î hukuk normlarının genelinde gözetilen ve gerçekleştirilmeye çalışılan genel gayeler(makâsîdü amme) örneğin, teysir(kolaylaştırma), zorluğu kaldırma(rafu'l-harac), birlik ve beraberliği sağlama, adâleti gerçekleştirme, fesad ve bozgunculuğa mâni olma; hukukun belli bir alanına munhasır olan gayeler(makâsîdü hâssa) örneğin, ibadet ahkâmında, âile ahkâmında, ceza ahkâmında, mâli muamelelerde gözetilen gayeler; muayyen bir meselede gözetilen gayeler(makâsîdü cüziyye) örneğin, namaz ibadetine, kısas cezasında, satım akdinde gözetilen gayeler şeklinde üçe ayrılır.⁹⁸

VIII. MAKÂSİDÎ İCTİHADIN KURALLARI

Makâsîdî kâideleri muhteva açısından üçe taksim edilmiştir:⁹⁹

A. ŞÂRÎ AÇISINDAN MAKÂSİDÎ KURALLAR

- Şerîatler, hem dünyada hem ahirette ancak kulların maslahatları için vaz ' edilmiştir.
- Şer'î delillerin istikrası ile Şâri' nin zarûri, hâci ve tahsînî düzeydeki maslahatların muhafazasını kast ettiği kat'i bir şekilde sabit olmuştur.
- Zarûriyâtlar, dünyevî ve uhrevî maslahatların varlığı için kaçınılmaz olan öyleki yokluğu dünya hayatının bozulmasına ve dağılmasına sebep olan maslahatlardır. Hâciyyât, gözetilmediğinde dünya hayatının bozulmadığı, zaruri derecesine ulaşmayan ancak dünya işlerinde kolaylık ve rahatlık sağlayan maslahatlardır. Tahsîniyyât ise, ne zarûrî ne de hâcî seviyede olan ancak toplumda güzel görülen maslahatlar.

97 Detaylar için bkz. Yûbî, a.g.e., ss.337-362

98 Detaylar için bkz. Yûbî, a.g.e., ss. 371-396

99 Bkz. Raysûnî, a.g.e. 310-315, Allame Raysûnî' nin zikrettiği makâsîdi ilkelerin bazılarını muhteva açısından birbirine benzer ya da birini diğerinin bir açılımı olarak gördüğümüz birkaç maddeyi tek bir maddeye indirgedik.

- Zarûriyyâtlar beştir: Dinin, nefsin, neslin, malın ve aklın korunmasıdır.
- Bütün milletler bu beş zarûriyyâtın korunmasında İcmâ etmiştir.
- Şerîatte zarûrî gayeler, hâcî ve tahsînî gayeler için bir asıldır. Yani, hâciyyât zarûriyyât için tamamlayıcı unsur olduğu gibi tahsîniyyât da hâciyyât için tamamlayıcı bir unsurdur. Çünkü zarûriyyât bütün maslahatlar için asıl teşkil eder.
- Üç mertebeden herbirinin mükemmilatı(tamamlayıcıları) vardır. Ayrıca her tekmile için geçerli olan bir şart vardır ki o da şudur: Tamamlayıcı unsur dikkate alındığında asli unsura ortadan kaldıracak güce sahip değildir. Örneğin, satım akdi asli, garâr ve cehaletin olmaması tamamlayıcı unsurdur. Şayet bu unsurun tam ve kesin olarak bulunması şart koşulsaydı ortada satım akdi diye bir şey kalmazdı. Keza, namaz asli, kıyam, secde, rukû ¹⁰⁰ tamamlayıcı unsurdur. Kıyama gücü yetmeyen bir kimse oturarak namaz kılabilir. Bu, asli olan namazı ortadan kaldırmaz.
- Zarûrî ihlâlâ uğradığında bundan hâcî ve tahsînînin de ihlâlâ uğraması lazım gelir. Lâkin, hâcî ve tahsînînin ihlâlâ uğramasından zarûrînin ihlâlâ uğraması lazım gelmez.
- Mutlak surette hâcî ve tahsînînin ihlâlâ uğraması, kısmen zarûrîyi etkiler.
- Zarûrî için hâcî ve tahsînînin de korunması gerekir.
- Zarûrî, hâcî ve tahsînîdeki külli kâidelerde nesh sözkonusu değildir. Ancak cüziyyatta sözkonusudur.
- Bir şey içermiş olduğu maslahat ya da mefsedet açısından örfî olarak maslahat yönü ağır basıyorsa o şey şer'an maksattır, taleb edilir ve beraberindeki mefsedet dikkate alınmaz. Keza, mefsedet yönü ağır basıyor ise o şeyin def'i şer'an maksattır, nehy edilir ve beraberindeki maslahat dikkate alınmaz.
- İtaât ya da ma'siyet, nispet edildiği fiilin içerdiği maslahat ve mefsedetin büyüklüğüne göre büyük olur.
- Seddi zerîada genişlik ve daralma ölçüsü mefsedetin büyüklüğüne göre olur.
- Mefsedetin def'i maslahatın celbinden evladır.

100 Bu ilke için Şâtîbî' nin verdiği bazı örneklere daha yakın bir mercekte bakıldığında tamamlayıcı unsurların mutlak olarak ortadan kalkmadığını görüyoruz. Mesela, namazda kıyama gücü yetmediği için oturarak kılan kimse, kıyam ile rukûyu birbirinden ayırtedecek şekilde kıyam unsurunun varlığını korumaktadır. Keza, satım akdinde örnek olarak verilen garâr, gözarda edilebilecek miktardadır. Şayet mutlak olarak ortadan kalkarsa asıl için hedeflenen maksatlara ulaşılmamış olur.

- İbadetlerde mükellefe nisbetle asıl olan, taabbudilik(gayr-i ma'kul)dir. Âdetlerde ise asıl olan mânâya yönelmektir yani muallel olmasıdır.
- Şâri, beraberinde külfet ve meşakkât olan bir şeyle sorumlu tutmayı(teklifi) kastetmiş olsa da bizatihi meşakkâti kastetmemiştir. Aksine ondaki(sorumlu tuttuğu şeydeki) mükellefe raci' olan maslahatları kastetmiştir.
- Meşakkât mûtad üstü olduğu zaman öyleki, mükellef için dinî veya dünyevî bir fesad zuhur etse, Şâri'in maksadı onun kaldırılmasıdır. Şayet, meşakkât mûtad olursa her ne kadar bizatihi kastetmiş olmasa da, Şâri'in maksadı onun kaldırılması yönünde değildir.
- Azimet asıl, ruhsat istisnâdır. Dolayısıyla azimet Şâri'in birinci kastı, ruhsat ise ikinci kastıdır. Şayet Şâri tarafından takât üstü bir teklif gelmiş ise, o vakit bu teklif ya o şeyin öncesine ya sonrasına ya da onu kuşatan karinelere dönüktür. Örneğin, şehvetin yasaklanması, insanın kudretinin üstündedir. Buradaki yasak bizatihi şehvet değil bilakis ona götüren sebepler yani helal olmayan şeylere iten bakmak, dokunmak ve benzerleri fiillerdir.
- Şer'î ahkâmda asıl olan, teşdid ve tahfif arasında i'tidalli olmaktır.
- Amellerde Şâri'in maksadlarından biri de, mükellefin onda devamlı olmasıdır.

B. MÜKELLEF AÇISINDAN MAKÂSİDÎ KURALLAR

- Ameller niyetlere göreler. İbadet ve âdetlerdeki tasarruflarda maksatlar mûteberdir.
- Her kim Şâri'in vaz' etmediği bir şeyi teklif konusu yaparsa, bu ameli geçersizdir.
- Meşakkâti kast etmek Şâri'in maksadına ters düştüğü için geçersizdir. Zira Şâri, nefislere eziyet etmeyi kendisine yaklaşılması için bir yol kılmadı.
- Mükellefin büyük ecir kazanmak için meşakkâti kast etme hakkı yoktur. Lakin, amel olması bakımından meşakkâti büyük olduğu için ecri de büyük olan ameli kast edebilir. Örneğin, cihad, meşakkâti büyük olması sebebiyle ecri büyük olan bir ameldir. Böylesi büyük bir ecre ulaşabilmek için beraberindeki meşakkât talep edilebilir.
- Mâli işlerde kastın olması ile olmaması arasında hiçbir fark yoktur. Şöyle ki, telef edilen şey için tazmin gerekmesi hususunda hata yapmak ile kasten yapmak musâvidir.
- Sebebin vukûsu müsebbebin vukûsu menzilesindedir. Bu müsebbebi kast etmiş

olsun ya da olmasın farketmez.

C. ŞÂRİ'NİN GAYELERİNİN BİLİNMESİ AÇISINDAN MAKÂSIDI

KURALLAR:

- Emir fiilin mânâsı, Şâri'in, o fiilin vukûsunu kastetmesidir. Nehy fiilin mânâsı, Şâri'in, o fiilin vukû bulmamasını kastetmesidir.
- Hükümlerin illetleri, Şâri'in teşrîide gözettiği gayelere işaret eder.
- Fiilin övülmesi, Şâri'in o fiilin vukûsunu kastettiğine delildir. Fiilin yerilmesi de, Şâri'in o fiilin vukû bulmamasını kastettiğine bir delildir.
- Her asıl, Şâri'in tasarrufları ile uyumludur. Zira, mânâsı deliller mecmuâsından elde edilmiştir öyleki kat'î derecesine ulaşmıştır. Böylece, hakkında muayyen bir nas olmasa da üzerine hüküm bina edilebilir.
- Şâri'in asli maksadları olduğu gibi bu maksadları teyid eden ve tamamlayan tâbi maksadları da vardır.
- Şâri'in bir hususda esbab-ı mucibesi varken sukût etmesi, o hususta ne ziyadeliğe ne de eksiltilmeye gidilmemesine delildir.
- Şer'î bir hükmün teşrîinde birden çok hikmet bulunabilir.

Bu bölümde makâsîd nazariyesini çalışmamızın temel amacına hizmet edeceğini düşündüğümüz ölçüde mümkün mertebe sınırları aşmadan genel hatları ile ortaya koymaya çalıştık. Bundan sonraki ikinci bölümde, Ebû Hanîfe'nin ictihat metodunun genel karakteristik özelliklerini, kullandığı şer'î delil ve yöntemlerinin *makâsîdü's-şerîa* ile münasebetini, mâli muâmelelerdeki Fâsîd-bâtıl ayırımının makâsîdî sonuçlarını ortaya koymaya çalışacağız. Amacımız, Ebû Hanîfe üzerinden makâsîdü's-şerîanın usûl-i fıkha nasıl yansıdığı hakkında kısmen de olsa bir fikir sahibi olmaktır.

İKİNCİ BÖLÜM

MAKÂSİDÎ BAKIŞ AÇISI İLE EBU HANİFE'NİN İCTİHAT METODU

Bu bölümde Ebû Hanîfe'nin ictihat metodu ve kullandığı şer'î delilleri icmâlen ortaya koymaya ve *makâsîdü's-şerîa* ile olan münasebetini incelemeye çalışacağız. Şunu da özellikle belirtmemiz gerekir ki bu çalışmanın amacı, onun usulünü detaylı bir şekilde incelemek değil, bilakis fukâhanın tahric yolu ile ortaya koyduğu ictihad metodunun makâsîdî yönünü analiz etmek ve böylece makâsîdü's-şerîanın usûl-i fıkha nasıl yansıdığı hakkında bir fikir oluşturmaktır.

I. EBU HANİFE'NİN İCTİHAD METODUNUN GENEL KARAKTERİSTİK ÖZELLİKLERİ

Bilindiği üzere esas adı Numan b. Sabit b. Zûta olan İmam-ı Âzam Ebû Hanîfe (80/150) yaşadığı asrın ilimlerine vâkıf iyi bir fakih olmasının yanı sıra ticari hayatın tüm inceliklerine de hâkim olan iyi bir kumaş tâciri idi. Onun bu vasfı, insanların teâmülleri ile nasların arasını uzlaştırmada ona ayrıca bir mahâret kazandırmıştı. Hayatı boyunca sayısız ictihatta bulunan Ebû Hanîfe, ictihatlarını bizatihi kendisi kaleme almamış, öğrencileri tarafından, fikhî meseleleri müzâkereye açtığı ders halkalarında kayıt altına alınmış, daha sonraki Hanefî fukâhası tarafından tasnif edilip günümüze kadar muhâfaza edilmiştir. Kendisine doğrudan isnat edilen eserleri, talebeleri tarafından Ebû Hanîfe'den rivayet edilen hadisleri ihtiva eden *el-Müsned* ve akâide dair konuları ihtiva eden *el-Fıkhu'l-Ekber*, *el-Fıkhu'l-Ebsat*, *el-Âlim ve'l-Müteallim*, *el-Vasiyye* isimli risalelerdir. Fıkıh ve usule dair herhangi bir eser geride bırakmamıştır. Metodolojisi, kendisinden rivayet edilen furûa dair ictihatlarından tahric edilerek ortaya konmuştur.

Hadis âlimi ve tarihçi Hatîb el-Bağdâdî(463/1071) Ebû Hanîfe'den naklen şunu kaydetmiştir: “Eğer Allah'ın Kitabı'nda bir hüküm bulursam onu alırım. Allah'ın Kitabı'nda bulamazsam Rasûlullah(sav)'ın Sünnet'indeki hükümlerle amel ederim. Allah'ın Kitabı ve Rasûlü'nün Sünnet'inde de bir hüküm bulamazsam o takdirde Ashabın sözünü alırım. Ashab ihtilaf ederse onlar içinde dilediğimin sözünü alır, dilediğiminkini

terk ederim. Ancak onların sözlerinden dışarı çıkmam. İş İbrahim en-Nehâî, Şâbi, Hasan, İbn-i Sîrîn ve Saîd b. Müseyyeb gibi âlimlere varınca-ictihat sahibi birçok kişinin ismini saydıktan sonra- onlar gibi ictihatta bulunmak benim de hakkımdır.”¹⁰¹

Muvaffak Mekkî'nin Menâkıbı'nda ise şöyle geçmektedir: “*Ebû Hanîfe'nin yöntemi; mevsuk olanı almak, çirkin olandan kaçmaktır. İnsanların uygulamalarına, doğru olan işlerine, onlara yararlı olan şeylere bakıp onları muteber tutmaktır. Meseleleri kıyasa göre değerlendirir. Kıyas yapmak uygun olmazsa elverdiği ölçüde istihsâna başvururdu. İstihsân da işlemez hale gelirse o zaman Müslümanların aralarında muteber kabul ettikleri uygulamalara bakar, herkese maruf olan hadisi alır, kıyas mümkün oldukça ona göre kıyas yapar, sonra istihsâna giderdi... yani, hangisi daha sağlam olursa ona baş vururdu. İşte Ebû Hanîfe'nin görüşü budur. Umumun ki de böyle idi.”¹⁰²*

Ebû Hanîfe'nin beyanlarından, onun metodunun genel hatlarıyla şöyle olduğunu anlıyoruz: Bir meselenin çözümü için en evvela Kur'an'a sonra da Sünnet'e bakardı. Eğer bu iki asli kaynaktan bulamaz ise, ashâbın sözlerine bakardı. İttifak ettiklerinde alır; ihtilaf ettiklerinde ise, kıyasa en uygun olanı tercih ederdi. Şayet onda da bulamaz ise, o zaman insanların muamelelerindeki âdet ve örflerine ve maslahatlarına en uygun olan yolu seçerdi yani kıyas mümkün ise kıyası uygulardı eğer hedeflenen maslahata ulaşmak mümkün olmaz ise o vakit kıyası bırakır ve istihsânı uygulardı. Kıyas ve İstihsânın geçerli olmadığı yerde örf'e başvururdu. Dinin temel ilke ve esaslarına aykırı olmadığı müddetçe halkın teâmüllerine itibar ederdi.

Biliyoruz ki ahkâmın teşrîinde Şâri'in genel gayelerinden bazıları, maslahatın celbi, mefsedetini def'i, zorluğu kaldırmak, kolaylık sağlamak ve insanların ihtiyaçlarını gidermektir. Nitekim Ebû Hanîfe, nassın olmadığı yerde meselelerin çözümü için başvurduğu yöntemler arasından Şâri'in gayesine en yakın olanı tercih ettiğini görüyoruz. Bu sonuca sadece menâkıb türü eserlerde geçen bu ifadeleri ile değil, bilakis icihatlarının istikrasından da ulaşmak pekâla mümkündür.

Ebû Hanîfe'nin ictihatlarının istikrâsı(tümevarım) ile metodolojisinin genel karakteristik özellikleri şöyle özetlenebilir¹⁰³:

101 Ebu Bekir Ahmet b. Ali Sabit b. Ahmet b. Mehdi el-Hatib el-Bağdâdî, *Tarih-i Bağdat ve Züyülühü*, Thk. Mustafa Abdulkadir Ata, C.XIII, Beyrut, Daru'l-Küttüb el-İlmiyye, t.y., s.365

102 el-Muvaffak b. Ahmed el-Mekkî, *Menâkıbu'l-İmâm Ebî Hanîfe*, Haydarabat, y.y., 1321, s.75

103 Y. Vehbi Yavuz, *Hanefî Mezhebinde İctihad Felsefesi*, İstanbul, İşaret Yayınları, 1993, s.82-83;

Mustafa Uzunpostalcı, “Ebû Hanîfe”, *DİA*, X, s. 131-138

- İbadet ve muamelat bahislerinde kolaylık taraftarıdır.
- Görüşlerinde fakir ve zayıf kimselerden yana bir tutum izlemektedir.
- İmkânlar ölçüsünde insan tasarruflarını düzeltici bir yol izlemiştir. Nitekim muamelelerdeki bâtıl-Fâsid şeklindeki ayırımı bu prensibin uzantısıdır diyebiliriz.
- Ticari hukukta, borçlar, aile ve kamu hukukunda şahsi teşebbüs ve sorumluluğu, kişi hak ve hürriyetini ilke edinmiştir. Bulûğa ermiş kızın velisiz evlenebileceği, sefihin ve borçlunun ehliyetinin kısıtlanamayacağı gibi görüşlerinin temelinde bu ilke vardır.
- Devlet başkanının şahsında temsil edilen devlet hâkimiyetine riayeti tavsiye etmiştir. Çünkü Ebû Hanîfe biliyor ki aksi takdirde bu, insanlara isyan, savaş, kâos, zulm gibi mefsedetler şeklinde dönecektir. Maslahattan çok mefsedet getirecektir. Nitekim tarihte de örnekleri çoktur.
- Ticari akitlerde şu dört esası gözetmiştir: Semen ve bedelin malum olması, ribadan kaçınmak, örf ve âdet, ticaret namusu ve ahlâkı.¹⁰⁴

Özetle Ebû Hanîfe ictihatlarında her zaman kolaylık taraftarı idi. Nitekim Şâri ‘in teşrîdeki sünneti de budur. Aksi takdirde insanlar hukûkî sorumluluklarını yerine getirmekten geri kalabilir ya da devamlılık sağlayamayabilir ve nihayetinde Rablerine âsi kullar olurlar. Ayrıca vaz‘ ettiği hukuk sistemi uygulanması zor olduğu için işlevsiz hale gelir ki bu da Şâri‘in amacına ters düşer.

Şunu da ayrıca ifade etmek gerekir ki Ebû Hanîfe'nin kolaylık prensibine uymayan bazı ictihatları yok değil. Örneğin, diğer mezheplerden farklı olarak ibadetlerde ihtiyatı esas almıştır. Bu da zorluğa neden olmaktadır. Keza, hayvanlarda selem usulü alış-verişi kabul etmemesi; akid zamanında cinsi ve emsali kalmamış olan diğer mallarda da selemi kabul etmemesi onun kolaylık prensibine aykırı gözüken görüşleridir.

Sonuç olarak Ebû Hanîfe'nin ictihatta kullandığı şer‘î deliller şunlardır: Kitap, Sünnet, sahâbe sözü, İcmâ, kıyas, istihsân, örf ve âdet. Şimdi bu şer‘î delillerin *makâsîdü's-şerîa* ile münasebetini incelemeye çalışacağız.

104 Muhammed Ebu Zehra, *Ebû Hanîfe*, Konya, Can Kitabevi, 1981, s. 393

II. EBÛ HANÎFE'NİN KULLANDIĞI ŞER'Î DELİL VE YÖNTEMLERİN MAKÂSİDÜ'Ş-ŞERÎA İLE MÜNÂSEBETİ

A. KİTAP VE MAKÂSİDÜ'Ş-ŞERÎA

Usulde Kitap'tan kast edilen Kur'an-ı Kerim'dir. Fukâha onun için, özelliklerini ihtiva eden bir tanım ortaya koymuştur ki böylece üzerine bazı hükümler¹⁰⁵ bina edebilsin, yoksa Allah'a ve Ahiret gününe iman eden hiçbir müslüman onun şer'î ahkâmın teşrîinde öncelikli bir şekilde hüccet olduğunu inkâr etmemiştir. Kur'an-ı Kerim sadece ahkâmın teşrîinde değil aynı zamanda Şâri'in gayelerini tesbit etmede başvurulan ilk kaynak olduğu için fukâhanın bu tanımını zikretmemiz icab eder:

*“Kitap, Hz. Muhammed(sav)'e arapça olarak indirilmiş, mushaflarda yazılı, ondan tevatiiren nalkedilmiş, tilaveti ile ibadet edilen, beşerin benzerini getirmekten âciz kaldığı nazm-ı celîdir.”*¹⁰⁶

Ahkâmın teşrîinde temel kaynağın vahy ürünü olması hasebiyle rabbâni bir hukuk sistemi olan İslâm hukukunda bu vasfı gereği hukukun gayelerini tesbit etmede, kaynak açısından beşeri hukuk sistemlerinin aksine akıl vahyin rehberliğinde hareket eder. Bunun içindir ki Şâri'in gayelerini araştıran kişinin Kur'an'ı ihmal etmesi, salt akılla hareket etmesi düşünülemez. Zira o(Kur'an) toplum açısından; zarûrî, hâcî ve tahsînî şeklinde hukukun küllî gayelerini ve bunların nasıl muhafaza edilebileceklerini açık bir şekilde beyan etmiştir.¹⁰⁷ Nitekim Şâtîbî, Kur'an'ın bu açıdan makâsîdû'ş-şerîa ile olan münasebetine ilişkin şöyle söylemektedir: *“Kitap, şeriatın küllî esaslarını teşkil eder, İslâm ümmetinin belkemiğini oluşturur; o hikmet pınarı, peygamberlik mucizesi, gözlerin ve kalplerin nurudur; Allah'a ondan başka giden yol yoktur, onsuz kurtuluş imkânsızdır, ona muhalif birşeye yapışmak yoktur. Bütün bunlar delil ikamesine ihtiyaç göstermeyecek kadar açık seçik şeylerdir. Çünkü bunlar, İslâm dininde zorunlu olarak bilinir. Durum böyle olunca, şeriatın küllî esaslarına vakıf olmak, onun yüce maksatlarını kavramak ve din âlimlerinden olmak isteyen bir kimsenin zorunlu olarak gece gündüz Kur'an'ı kendisine yoldaş edinmesi, sadece biri ile yetinmeyerek hem nazari hem de amelî olarak onu kendisine rehber edinmesi ve üzerinde düşünüp*

105 Namazda Kur'an dışında hiçbir şeyin kıraat yerine geçemeyeceği, şer'î hükümlerin ıstınbatında Kur'an'ın hüccet olduğu, inkar edenin kâfir sayılacağı gibi hükümler buna örnektir.

106 Zuhaylî, a.g.e., C.1, s.405; Zeydan, .a.g.e., s.119

107 Detaylı bilgi için bkz. El-Yûbî, a.g.e., 173-323; Pekcan, a.g.e., 123-257

çalışması gerekecektir..."¹⁰⁸ Hal böyle olunca araştırma yapan kişi ilk önce Kur'an'a bakar ve görür ki bütün şer'î ahkâmın temelinde insanlar için maslahatın celbi, mefsedetın def'i gayesi yatmaktadır. Bu, hükümlerin ta'lilini kabul eden için de etmeyen için de müsellemler bir hakikâttir.¹⁰⁹ İz b. Abdüsselam bu hakikâti şöyle ifade etmiştir¹¹⁰: *"Din hem maslahatların elde edilmesi hem de mefsedetlerin def'i açısından tümüyle maslahattır. Allah'ın "ey iman edenler" nidasını duyduğunuz zaman O'nun öğüdünü dinle, ya bir hayra teşvik ettiğini veya bir şerden sakındırdığını ya da ikisini bir arada görürsün. Allah(c.c.) kitabı'nda, kullarının mefsedetlerden kaçınmasına teşvik için kimi hükümlerde mefsedetleri, yine kullarının maslahatları elde etmesini teşvik için de kimi hükümlerde maslahatları açıklamıştır"*. Dolayısıyla Şâri'in nezdinde muteber maslahat ve mülğâ mefsedetın ne olduğunu öğrenmek için başvurulacak en öncelikli kaynak tabii ki insanlara rahmet ve hidayet olarak gönderilen Kur'an'ı Kerim'dir. Nitekim O(c.c.) şöyle buyurmaktadır: *"İşte bu Kur'an bir hidayettir...."*¹¹¹; *"Namazı kılan, zekatı veren ve ahirete kesin olarak iman eden müminler için bir hidayet rehberi ve müjdedir"*¹¹²; *"O Kitap(Kur'an); onda asla şüphe yoktur. O, müttakiler için bir yol göstericidir"*¹¹³; *"Bu kitabı sana her şey için bir açıklama, bir hidayet ve rahmet kaynağı ve müslümanlar için bir müjde olarak indirdik"*¹¹⁴

Kur'an-ı Kerim aynı zamanda diğer şer'î delil ve yöntemler için hem asli kaynak hem de geçerlilik kriteridir. Diğer bir ifade ile Kur'an'ın genel gayelerine aykırı olan hiçbir delil ve yöntem şeran müteber değildir. Dolayısıyla Kur'an bu sistemin merkezinde olup diğerleri onun etrafında cereyan etmektedir. Sünnet, onun ortaya koyduğu hukuki gayeleri teyit etme ve detaylandırma görevini ifâ ederken diğerleri(kıyas, istihsân, istishab, v.b.) bizi o gayelere yani makâsıdü's-şerîaya ulaştırmakla görevlidir.

Özetle diyebiliriz ki Kur'an-ı Kerim, "makâsıdü's-şerîa" için hem varlık hem de meşrûiyet sebebidir.

108 Şâtıbî, a.g.e., s.625

109 Aralarındaki fark, ahkâmın ta'lilini kabul edenler maslahatın celbi ve mefsedetın def'ini hükümlerin sevk sebebi olarak görür iken diğerleri sonucu olarak görür. Bu ihtilafın sebebi kelâmı bakış açılarındaki farklılıklardan kaynaklanmaktadır.

110 İz b. Abdüsselam, a.g.e., s.36-37

111 Casiye, 45/11

112 Neml, 27/2

113 Bakara, 2/2

114 Nahl, 16/89

B. SÜNNET VE MAKÂSİDÜ'Ş-ŞERÎA

Lügatte âdet, yol, sîret gibi mânâlara gelen sünnet kelimesi usulcülerin ıstılahında, “Hz. Peygamber(sav)’in söz, fiil ve takrirleri” anlamında kullanılır.¹¹⁵

Fukâha ittifak etmiştir ki İslâm hukukunda ahkâmın teşrîinde Kur'an'dan sonra ikincil konumda olan temel kaynak Sünnet'tir. Diğer şer’î delil ve yöntemler ise bu iki asli kaynaktaki bir asla dayanır. Aynı hiyerarşi Şâri’in gayelerini tesbitte de geçerlidir. Diğer bir ifade ile Sünnet ile *makâsîdü’ş-şerîa* arasında Kur'an'da olduğu gibi kaynak açısından bir birliktelik vardır.

Sünnet’in Kur'an'dan sonra bir teşrî kaynağı olduğuna dair delil olarak birçok ayet¹¹⁶, hadis¹¹⁷, sahâbe uygulaması ve icmâsı vardır. Diyebiliriz ki bu deliller hem ahkâmın teşrîinde hem de *makâsîdü’ş-şerîa* nın tesbitinde Sünnet’in muteber bir kaynak olduğunu gösterir.

Makâsîdü’ş-şerîa açısından Sünnet’in Kitap karşısındaki fonksiyonuna¹¹⁸ gelince bunun üç vecihte olduğunu söyleyebiliriz:

- 1) Sünnet Kitab'ın vaz‘ ettiği ahkâmı ikrar etmiştir yani bu ahkâmın teşrîinde gözetilen gayeleri diğer bir ifade ile maslahatları muhafaza etmiştir. Örneğin, Hz. Peygamber’in şu hadisi: “*İslâm beş şey üzerine kuruludur: Allah'tan başka ilah olmadığına ve Muhammedin Allah'ın elçisi olduğuna şehadet etmek, namaz kılmak, zekât vermek, hacca gitmek, Ramazan orucunu tutmak*”,¹¹⁹öncesinde Kur'an'da zikri geçen ahkâmlardır; “*Müslüman bir kişinin malı ancak gönül rızalığı ile helaldir*”¹²⁰ hadisi, Kur'an'ın şu ayetini teyit etmektedir: “*Ey iman edenler! Mallarınızı aranızda bâtil(haksız ve haram yollar) ile yemeyin*”¹²¹ Keza, “*Kadınlar konusunda Allah'tan korkun ve onlara hayrı tavsiye edin.*”¹²² hadisi de şu ayeti ikrar etmektedir: “*..Onlarla(kadınlarla) iyi geçinin...*”¹²³
- 2) Sünnet bazen Kur'an'ın vaz ‘ ettiği ahkâmın gayelerini açıklar. Örneğin, “*Ey*

115 Zuhaylî, a.g.e., s.432

116 En-Necm, 53/3-4; en-Nahl, 16/44; en-Nisa, 4/59,65,80; el-Ahzâb, 33/36; el-Haşr, 59/7

117 Tirmizi, “Ahkâm”,1327

118 El-Yûbi, a.g.e. s.469-474

119 Buhârî, “İman”, 8; Müslim, “İman”, 16; Müslim'de Buhârî'den farklı olarak “şehâdeteyn” lafzı yerine “Allah'ın birlenmesi” terkibi geçmektedir.

120 Muhammed b. Ali Şevkânî, Neylül-Evtar, Dâru'l-Hadis, C.5, Mısır, 1993, s.378

121 Nisa, 4/29

122 Müslim, “Vasiyye bi'n-Nisa”, 1468

123 Nisa, 4/19

iman edenler! Kendi evinizden başka evlere, geldiğinizi farketirip(izin alıp) ev halkına selam vermedikçe girmeyin. Bu sizin için daha hayırlıdır; herhalde bunu düşünüp anlarsınız” ¹²⁴ ayetinde Kur'an evlere girerken izin istemeyi emretmektedir. Gerekçe olarak bunun, bizim için daha hayırlı olacağını bildirmiş, lakin bu hayrın ne olduğu ya da ulaşılmak istenen amacı açıklamamıştır. Sünnet ise bize bunu şöyle açıklamıştır: *“İzin istemek ancak gözün görmesinden dolayı vazife kılınmıştır.”*¹²⁵ Bazen de Kur'an bir meselenin hükmünü ve gayesini zikrederken Sünnet aynı meselede Kur'an'ın beyan etmediği başka bir gayeye işaret etmiştir. Örneğin, nikâh hükmünün gayesi Kur'an'da şöyle geçer: *“Kendileriyle huzura kavuşmanız için size kendi nefislerinizden eşler yaratıp aranızda sevgi ve merhamet var etmesi de O'nun ayetlerindedir. Şüphesiz ki bunlarda düşünüen bir kavim için ibretler vardır”*¹²⁶ Kur'an, nikâhın amaçlarından birini *“ Kendileriyle huzura kavuşmanız için..”* şeklinde ifade ederken Sünnet diğer bir amacı şöyle açıklar: *“Ey gençler topluluğu! Sizden gücü yeten evlensin. Çünkü evlilik gözü harama bakmaktan korur. Ferci zinadan korur.....”*¹²⁷ Sünnet yukarıda zikri geçen cüzi gayeleri açıkladığı gibi Kitab'ın gözettiği birçok külli gayeleri de beyan eder:

-“Din ancak kolaylıktır...”

-“Siz ancak kolaylaştırmak için gönderildiniz; zorlaştırmak için gönderilmediniz.”¹²⁸

- “Zarar ve zarara karşılık zarar vermek yoktur.”¹²⁹

- 3) Bazı durumlarda da Hz. Peygamber, Kur'an'ın hakkında sükut ettiği meselelerde ibtidâen hüküm vaz ‘ etmiş ve sonra da gerekçesini açıklamıştır. Mesela, Hz. Peygamber bir kadının halası ya da teyzesi ile aynı nikâh altında bulunmasını yasaklamıştır.¹³⁰ Sonra da bu yasağın altında yatan gerekçeyi şöyle izah etmiştir: *“Böyle yaparsanız şüphesiz akrabalık bağlarını kesmiş olursunuz.”*¹³¹ İslâm

124 Nur, 24/27

125 Buhârî, “İsti'zan”, 6241; Müslim, “Âdab”, 2156

126 Rum, 30/21

127 Buhârî, “Nikâh”, 5066; Müslim, “Nikâh”, 2046; İbn Mâce, “Nikâh”, 1845

128 Buhârî, “Vudû”, 220

129 İbn Mâce, “Ahkâm”, 2340; Mâlik, “Akdiye”, 1427

130 Müslim, “Nikâh”, 1408; Buhârî, “Nikâh”, 5108

131 İbn Hibban, “Nikâh”, 4116

hukukunun gayelerinden biri de toplum içinde birlik ve beraberliğin sağlanmasıdır. Nitekim Kitap, bu genel gayeye hâdim sıla-i rahimi bilhassa emretmektedir. Sonuç olarak Sünnet Kitab'ın haricinde bir gaye götürmemiş, bilakis aynı amaçlara mâtuf hükümler vaz' etmiştir.

Kitap'ın Sünnet ile olan ilişkisini Şatibi, zaruriyyat, hâciyyat, tahsiniyyat ve mükemmilatı zikrettikten sonra şu şekilde beyan etmektedir: “*Sünnete baktığımız zaman onun muhtevasının da aynı şekilde bu üç kısmın ötesine taşmadığını görürüz. Kitap, maslahatın bu üç türünü başvurulacak genel esaslar olarak getirmiş, Sünnet ise, Kitap'ta yer alan bu genel esaslara detaylar getirmiş ve açıklamalarda bulunmuştur. Sünnet'in muhtevası içerisinde sonuç itibarıyla bu üç türe râci olmayan hiçbir şey bulunmamaktadır.*”¹³²

Hulâsa, makâsidü'ş-şerîa, Kitap ve Sünnet'in ahkâmın teşrîinde gözettiği gayelerdir. Şimdi sıra sahâbî kavlinin *makâsidü'ş-şerîa* ile münasebetini incelemeye geldi. Zira İmam-ı Âzam Ebû Hanîfe bir meselenin hükmünü Kitap'da sonra da Sünnet'te bulamadığında sahâbî kavline muracaat ettiğini ifade etmişti.¹³³

C. SAHÂBÎ KAVLÎ VE MAKÂSIDÜ'Ş-ŞERÎA

Usulde sahâbî kavli ile “iman etmiş olarak örfen arkadaş denilebilecek ölçüde Hz. Peygamber(sav) ile birlikte bulunmuş kimsenin reyini” kastedilir.¹³⁴

Sahâbî kavlini hucet kabul edenler nakli deliller¹³⁵ ile sahâbenin üstünlüğünü ortaya koyduktan sonra¹³⁶ şöyle bir akli istidlâlde bulunmuşlardır: Onların vahye bizzat şahit olmaları; Kur'an'ın kendi dillerinde inmiş olması; hocalarının Hz. Peygamber(sav)

132 Şâtibi, a.g.e. s.686

133 Genel olarak Ebû Hanîfe'nin Kitap ve Sünnet'ten sonra sahâbî kavli ile amel ettiği her ne kadar kabul edilse de kıyası sahâbî kavline takdim ettiği ictehadları yok değil. Bu da akla Ebû Hanîfe'nin sahâbî kavli ile mutlak olarak amel etmediği fikrini getiriyor. Sonraki Hanefî usulcileri, Ebû Hanîfe ve İmameynin Sahâbî kavlini kıyasa takdim konusunda farklı tutum sergilediklerini ifade ettikten sonra kendi aralarında bu konuda iki eğilim olduğunu ifade etmişlerdir: 1- Mutlak(kıyasa mahal olan ya da olmayan bütün konularda) huccettir. Başta Ebû Sâid el-Berdâi, Pezdevî, Serahsî, el-Yusrî, Cessâs ve Hanefî usulcülerin çoğunluğu bu görüştedir.2- Kıyasın mümkün olmadığı taabbudî konularda huccettir. Bunda ittifak vardır. Kerhi bu görüştedir. Bkz. Ebu Bekr Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed es-Serahsî, *Usûlî's-Serahsî*, Daru'l-Marife, Beyrut, C. 2, s. 105-106; Abdulaziz el-Buhârî, a.g.e., C. 3, s.217-219

134 H.Yunus Apaydın, “Sahâbî Kavli”, *DİA*, C.35, 2008, ss. 500-504

135 Kitap'tan delilleri: Âl-i İmran, 3/110, et-Tevbe, 9/100, Bakâra,2/143; Hadisten delilleri: Buhârî, “Fezâil”,1; Tirmizi, “İlim”, 16; Tirmizi, “Menâkıb”, 16

136 İbnü'l-Kayyim sahâbenin üstünlüğünü kırk üç açıdan ortaya koymuştur. Bkz. İbnü'l-Kayyim el-Cevziyye Ebu Abdillah Muhammed b. Ebî Bekr ez-Zer'i, ed-Dımaşki, *I'lâmu'l-muvakki'in 'an rabbi'l-âlemîn*, Ta'lik ve Tahric: Ebu Ubeyde Meşhur b. Hasan Âli Selman, C.V, Suud Arap Memleketi, Daru'l-İbni'l-Cevziy, 1423/2002, , s. 566- C. 6, s. 19

olması; zihinlerinin hiçbir fikir akımı ile bulanmamış olması; Allah'a karşı takva ve ihlasda ileri derecede olmaları ve tüm bunların sonucunda Şâri'in teşrûideki gayelerine daha iyi vâkıf oldukları ve kendilerinden sonraki nesle nisbeten reylerinin daha çok tercihe şayan olmasını gerektirir. Zira onlardan rivayet edilen görüşlerin, Hz. Peygamber(sav)'den işitilmiş olması ya da O(sav)'nunla belli bir dönem bir arada yaşamış olmaları hasebiyle fiil ve sözleri(sav)'nin istikrası sonucu ulaşılmış olmaları kuvvetle muhtemeldir. Örneğin, Hz. Ebubekir'in Kur'an ayetlerini dini korumak gayesi ile bir mushafta cem etmesi; Hz. Osman'ın bu mushafı, ümmet arasında kıraat farklılığından dolayı çıkan ihtilafları sona erdirmek ve yeniden birliği sağlamak için çoğaltması; Hz. Ömer'in gelecek nesillerin maslahatını düşünerek fethedilen toprakları mücahitler arasında dağıtmayıp toprak sahiplerinin elinde bırakması ve harac vergisine bağlaması; Hulefa-i Râşidin, malın korunması amacına matuf olarak telef olması durumunda zanaatkârı tazminle sorumlu tutmaları ve daha birçok örnek, Kur'an ve Sünnet'in gayeleri konusunda bize fikir vermektedir.

İbnü'l-Kayyim, sahâbî kavlini hüccet olarak kabul ettikten sonra onun, şeriatın gayelerini anlamadaki rolünü şu şekilde ifade etmiştir:

“ Sahâbeden birinin verdiği fetvâ şu altı ihtimalden birinin dışında değildir:

1-Resulullah(sav)'den duymuş olması;

2-Resulullah(sav)'den duymuş olan birinden duymuş olması;

3-Allah'ın Kitab'ından bir ayeti bizim vâkıf olmadığımız bir şekilde anlamış olması;

4-Sahâbe topluluğu onda ittifak etmiştir, lakin bize sadece fetvâyı verenin kavlinin ulaşılmış olması;

5-Bizim dışımızda sadece onlara has olan arap dilini, lafzın delaletini veya şer'î hitabı kuşatan hal karinelerini ya da Resulullah(sav)'ı gördükleri, O'nun fiillerini, hallerini ve yaşamını müşahede ettikleri ve kelamını işittikleri zaman zarfı boyunca anlamış oldukları bütün bu durumlardan dolayı ve Resulullah(sav)'ın gayelerini(ahkâmın teşrûinde) bilmeleri, vahyin inişine şahit olmaları ve fiilen yorumlamasını (nasları) müşahede etmeleri sebebi ile bizim anlamadığımız şeyleri onların anlamış olmaları.

Bu beş ihtimale göre sahâbî fetvası hüccet olup ittibâsı vacip olur.

6-Resullah(sav)'in kast etmediği bir şeyi anlamış ve yanılmış olması. Asıl kast edilenin onun anladığından başka olması. Bu ihtimale göre onun kavli huccet olmaz. Kat'i olarak mâlumdur ki beş ihtimalin vukûsu, o bir ihtimalin vukû bulmasından daha kuvvetlidir.¹³⁷

Özetle, sahâbî kavli ile *makâsîdû's-şerîa* arasındaki ilişki, onu huccet kabul edenlerin gerekçe olarak sahâbelerin Kitap ve Sünnet'in ruhunu ve mantığını anlamada sahip oldukları üstün meziyetleri ve bunun sonucunda onların fetvalarına sarılmayı *makâsîdû's-şerîaya* sarılmak olarak telakki etmeleridir.

D. İCMÂ VE MAKÂSİDÜ'Ş-ŞERÎA

İcmâ kelimesi, sözlükte bir şeye azmetmek, niyet etmek, bir meselede ittifak etmek gibi anlamlara gelmektedir. Terim olarak ise, “Hz. Muhammed(sav)'in ümmetinden olan müctehitlerin, O'nun vefatından sonra herhangi bir asırda şer'î bir hüküm üzerinde ittifak etmeleridir.”¹³⁸

Fukâhanın çoğunluğu tarafından icmâ, Kitap ve Sünnet'ten sonra şer'î deliller hiyerarşisinde üçüncü sırada hüccet olarak kabul edilmiştir.¹³⁹

İcmâ ile *makâsîdû's-şerîa* arasındaki münasebet birkaç açıdandır. İlki, Şâri'in teşrîdeki gayelerini bilme yollarından biri daha önce de zikrettiğimiz gibi illetlerin tesbit edilmesidir. İletin tesbitinde başvurulacak kaynaklardan birisi de icmâdır. Örneğin, çocuğun malında velayetin illeti *çocukluk*dur. Bunda ümmetin icmâsı vardır.¹⁴⁰ Fukâhanın çocukluk vafında icmâ etmesi bizi zarûriyâttan biri olan “malın korunması” gayesine götürür. Zira çocukluk aynı zamanda acziyettir.

İkincisi, tarifte geçtiği gibi icmânın şartlarından biri de, ictihat şartlarına hâiz olan müctehitler arasında vukû bulmasıdır ki bu şartlardan biri de *makâsîdû's-şerîayı* bilmektir.¹⁴¹ Dolayısıyla icmânın vukûsu Şâri'in gayelerinin bilinmesine bağlıdır.

Son olarak, İcmâ, Kitap ve Sünnet'ten bir nas üzerine olduğu gibi hukukun bir

¹³⁷ İbnü'l-Kayyim, a.g.e., C.6, s. 21-22

¹³⁸ Zuhaylî, a.g.e., C.1, s. 429; Zeydan, a.g.e., s. 141; Fahrettin Atar, *Fıkıh Usulü*, M. Ü. İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul, 2014, s.78

¹³⁹ Delilleri için bkz. Zuhaylî, a.g.e. C.I, ss. 495-499; Zeydân, a.g.e., s.143; İ. Kâfi Dönmez, “İcmâ”, *DİA*, C.XXI, 2000, ss. 417-431

¹⁴⁰ Zuhaylî, a.g.e., C.I, s. 637

¹⁴¹ Takiyyüddin Ebu'l-Hasen Ali b. Abdilkâfi b. Ali b. Temmam es-Subkî, *el-İbhâc fi şerhi'l-Minhac*, Beyrut, Daru'l-Kutubü'l-İlmiyye, 1995, C.I, s. 8; Şâtîbi, a.g.e., s.734

gayesi yani bir maslahat üzerine de¹⁴² olabilir. Örneğin, sahâbe *tes'ir* yani fiatlara narh koymaktan sakınmıştır. Çünkü Hz. Peygamber(sav) bunu, insanları mallarını razı olmadıkları fiyata satmaya zorlamak ve haksızlık yapmak olarak görüyordu. Lakin tâbiûn devrinin fukâhası buna cevaz vermişlerdir. Gerekçe olarak, Hz. Peygamber döneminde şikâyet edilen pahalılığın tes'iri gerektirecek türden olmadığını, kendi devirlerinde ise bazı tâcirler ve üreticilerin büyük kârlar elde etmek için piyasaya sünü müdahalelerde bulunduğunu ve bundan dolayı tüketicilerin büyük zarar gördüğünü ileri sürmüşlerdir.¹⁴³

Özetle, icmânın teşekkülünde *makâsidü's-şerîa* etkin bir role sahiptir diyebiliriz.

E. KIYAS VE MAKÂSIDÜ'S-ŞERÎA

Sözlükte, “bir şeyin başka bir şey ile ölçülmesi”, “iki şeyi birbirine eşitlemek” anlamına gelen kıyas kelimesi terim olarak birçok mânâyâ gelmekle birlikte¹⁴⁴ şer'î delillerden biri olması hasebiyle usulcüler şöyle tarif etmişlerdir: “*Bir meselenin nas ile sabit olan hükmünü, aralarındaki müşterek illetten dolayı nasslarda hükmü bulunmayan diğer bir meselede icthâat ile izhâr etmektir.*”¹⁴⁵

Kıyas, bazı fakihlerin dışında müctehitlerin çoğunluğuna göre şer'î bir hüccettir.¹⁴⁶ Onun hüccet olarak kabul edilmesinin temelinde ahkâmın ta'lîli yani şer'î ahkâmın Şâri tarafından belli gayeler doğrultusunda vaz' edildiği fikri yatmaktadır. Bu da fukâhayı şerîatın gayelerini araştırmaya sevk etmiştir. Zira kıyas işleminin rukûnlarından biri *illettir*. Usulcüler onun için zâhir, munzabıt olması ve kâsır olmaması dışında hükmün hikmetinin(amacının) tahakkuk etmesini sağlayacak münâsib bir vasıf olmasını diğer bir ifade ile üzerine hüküm bina edilecek olan bu vasıf ile Şâri'in gayeleri arasında uygunluk olmasını şart koşmuşlardır.¹⁴⁷ Örneğin, şarabın haram kılınmasında *iskâr* vasfı hükmün teşrî amacına yani aklın korunmasına uygun bir vasıftır. Ayrıca insanlar arasına düşmanlık, kin, nefret gibi duyguları sokarak birlik ve

142 Bu tür icmâ, maslahatı gerçekleştirdiği sürece kaynak olma özelliğini korur. Kitap, Sünnet ve Kıyasa dayanan icmâlar gibi değişmez bir delil değildir.

143 Daha detaylı bilgi için bkz. Şâ'ban, a.g.e., ss. 123-125

144 Diğer terim anlamları için bkz. Yunus Apaydın, “Kıyas”, *DİA*, XXV, 2002, ss. 525-529

145 Takiyyüddin es-Subkî, a.g.e., C.III, s.3; Fahrettin Atar, a.g.e., s.89; Diğer tarifler için bkz. Ebu'l-Hasen Seyfuddîn Alî b. Muhammed b. Sâlim es-Sa'lebi el-Âmidî, *El-İhkâm fî Usulî'l-Ahkâm*, Thk. Abdurrezzâk Afifi, C.III, Beyrut, el-Mektebü'l-İslâmî, t.y., ss. 183-190; Zuhaylî, a.g.e., C.I, s.573

146 İmamiyye, Râfiziyye, Hâriciyye ve Zâhirîyye mezhepleri kıyası hüccet olarak kabul etmemişlerdir. Kıyası hüccet kabul edenlerin ve etmeyenlerin delilleri için bkz. Zuhaylî, a.g.e., C.I, ss.581-602; Âtar, a.g.e., ss.93-96; Zeydân, a.g.e, ss.173-180; Takiyyüddin es-Sübki, a.g.e., C.3, ss.7-21

147 Bu kavramı daha önce “ilgili kavramların analizi” başlığı altında değinmiştik. Bkz. s. 9

beraberliği bozma, Allah'ı zikirden alıkoyma¹⁴⁸ şeklindeki dini ve ictimaâ birçok mefsedeti defetme amacına hizmet etmektedir. Keza, kısas hükmü için *kasten adam öldürme* münâsib bir durumdur. Zira bu duruma binâen konan hüküm, hem canın muhâfazasını sağlamış hem de insanlar arasında kin ve düşmanlığın yayılıp boş yere kanın dökülmesine ve bir şekilde toplum düzeninin bozulmasına mâni olmuştur. Yine çocuğun velayetinde *küçüklük* vasfı malın muhafazası amacına uygun bir vasıftır. Zira küçüklük acziyettir.

Fukâha hüküm ile arasında münâsebet bulunmayan vasıflar üzerine ta'lil yapmayı redetmiştir. Mesela, şarabın haram kılınmasında illet, kırmızı rengi, kokusu, akıcı bir madde oluşu gibi vasıflara bağlanamaz. Kezâ, kısas hükmünde, katilin kadın ya da erkek olması, siyah veya beyaz olması illet için münâsib bir vasıf değildir.

Sonuç olarak diyebiliriz ki kıyasta illet için öne sürülen *münâsib olma* şartından maksat, üzerine hüküm bine edilen bu vasfın insanlar için bir maslahatı gerçekleştirmiş ya da bir mefsedeti def etmiş olmasıdır.

Yukarıda zikri geçen sahâbî kavli dışındaki şer'î deliller; Kitap, Sünnet, İcmâ ve Kıyas fukâhanın çoğunluğunun üzerinde ittifak ettiği delillerdir. Fakih, hakkında muayyen bir nas olmayan ve kıyasın uygulanamadığı fer'i bir mesele ile karşılaştığında nasların ışığında Şâri'in gayelerine mutâbık bir hüküm vaz' etmek için tüm gayretini ortaya koyar. Çünkü hiçbir fakih, hukukî çözüm bekleyen bir mesele karşısında kayıtsız kalmaz. İşte bu noktada müctehidin makâsıdî bakış açısı kendisini daha bariz bir şekilde gösterir. Bu amaca matuf kimi kıyasın yelpazesini geniş tutarken kimi ıstıslah yöntemine kimi de istishab yöntemine başvurmuştur. Ebû Hanîfe ve ashabı da istihsân yöntemini kullanmıştır. Adı her ne olursa olsun amaç, vahyin rehberliğinde akli istidlâl ile hukukun kendisinden beklenen çözüme ulaşmaktır. Varılan çözümün sağlaması ise *makâsıdü's-şerîadır*. Zira, Şâri'in gayelerine ters düşen her hüküm redolunmuştur.

F. İSTİHSÂN VE MAKÂSIDÜ'S-ŞERÎA

İstihsân, müctehidin ictihat amelîyesinde takdir yetkisini en fazla kullandığı merhaledir. Şöyle ki, hakkında muayyen nas olmayan fer'i meselelerin çözümünde müctehit, nasların ortaya koyduğu hukukî gayeler doğrultusunda takdir yetkisini kullanarak bir hükme varır. İşte bu durum Ebû Hanîfe'de istihsâna denk gelmektedir.

148 Mâide, 5/90-91

Hal böyle olunca istihsânın mahiyetini anlamak hem Ebû Hanîfe'nin makâsîd anlayışı hakkında bir fikir sahibi olmamıza hem de *makâsîdü'ş-şerîa*nın usul-ü fikhın teşekkülünde ne derece hâkim bir role sahip olduğunu idrak etmemize yardımcı olur ki tezimizin asıl amacı da budur. Bu sebeple, istihsânın *makâsîdü'ş-şerîa* ile münasebetini daha iyi anlayabilmek adına, meseleyi diğer şer'î delillere nazaran daha detaylı bir şekilde ele aldık.

1. Kavram Analizi

Sözlükte “bir şeyi güzel bulmak ve güzel kabul etmek”¹⁴⁹ anlamına gelen istihsân kelimesi teknik anlamda olmasa da pratikte bir yöntem olarak Hz. Peygamber, sahâbe ve tâbiîn dönemlerinde kullanıldığı vâkidir.¹⁵⁰ Kavram olarak ilk kullananın Ebû Hanîfe olduğu ileri sürülmekle birlikte kendisi tarafından yapılan bir tanım günümüze kadar ulaşmamıştır. Kezâ, öğrencileri aynı kavramı sık sık kullanmalarına rağmen “kıyasa muhalif delil” olarak nitelendirme ile yetinmişlerdir. Daha sonraki Hanefî fukâhası ehl-i hadisin sert tenkitlerine karşı istihsân kavramını geliştirme gayreti içersine girmişlerdir. Nitekim mevcut kaynaklara göre ilk tanım IV. yüzyıl Iraklı Hanefî fâkihi Ebu'l-Hasen el-Kerhî'ye(340/951) aittir. Kerhî istihsânı, “*birinci (kıyas)tan vazgeçmeyi gerektiren daha kuvvetli ve üstün görülen bir sebepten dolayı, insanın, bir meselede benzerlerine verdiği hükmü vermekten vazgeçip hılafına hüküm vermesidir.*” şeklinde tarif etmiştir.¹⁵¹ Tanımda hem istihsân işleminin en belirgin özelliği, yapısı yani *kıyasın terki* vurgulanmış hem de münekkittlere cevaben bu terkin keyfi olmadığı, kuvvetli bir delile dayanılarak yapıldığı ifade edilmiştir. Ayrıca istihsânın tüm türlerini genel olarak kapsaması hasebiyle câmi bir tanım olduğu için birçok usulcü¹⁵² tarafından kabul görmüştür.

Kerhî'nin talebesi Cessâs(370/980) istihsân için “*kendisine nisbetle üstünlüğü bulunan bir şey(delil) sebebiyle kıyasın terk edilmesidir*” şeklinde hocasının tanımına benzer bir tanım yapmıştır. Fark olarak “hüküm” kelimesini “kıyas” kelimesi ile tebdil etmiştir. Tanımı yaptıktan sonra şöyle demiştir: “*...Bu da (kıyasın terki) iki şekilde olur: Ya bir olay(fer') iki farklı asilla(hükmü nasla belirlenmiş iki olayla veya iki genel*

149 İbn Manzur, a.g.e., C.XIII, s.117

150 Ali Bardakoğlu, “İstihsân”, *DİA*, XXIII, 2001,ss.339-347; Muharrem Önder, *Hanefî Mezhebinde İstihsân Anlayışı ve Uygulaması*, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü(Yayınlanmamış Doktora Tezi), Konya, 2000, ss. 44-46

151 Abdülaziz el-Buhârî, a.g.e., C. IV, s. 3

152 Bkz. Necmuddin Süleyman et-Tûfî, *Şerhu Muhtasari'r-ravza*, Thk. Abdullah b. Abdulmuhsin et-Turkî, 1987, C.III, ss. 197-198; Gazâlî, a.g.e., C.1, s. 414

kuralla) benzerlik gösterir ve bir delalet sebebi ile daha çok benzediği asla ilhak olunur ya da illet bulunduğu halde illet tahsis edilir.”¹⁵³ Cessâs'ın kavramın gelişimine olan asıl katkısı, tanımı ortaya koyduktan sonra ilk defa istihsânın şekillerinden yani gizli kıyas ve genel kural ya da genel hükümden istisna şeklinden bahsedip sonra da örneklerle izah etmesidir.

Hılaf ilminin kurucusu kabul edilen Hanefi kâdısı Debûsî(430/1038) ise istihsânı “açık(celi) kıyasa muâırız düşen bir çeşit delildir” şeklinde tarif etmiştir.¹⁵⁴ Debûsî ayrıca istihsânın kendisine dayandığı bu delilin nas, icmâ, zarûret ve gizli kıyas olduğunu açıklamıştır.¹⁵⁵

Debûsî'den sonra Hanefi usulcileri arasında bazı ufak farklılıklar ile birlikte genelde bu tanım yaygınlık kazanmıştır.¹⁵⁶ Bununla birlikte Serahsî(490/1096), fûrû-ı fıkıh eseri olan *el-Mebsut* adlı eserinin istihsân bölümünde başka fakihler tarafından istihsân için yapılan şu tanımlara yer vermiştir:¹⁵⁷

“Şeyhimiz imâm (el-Halvânî) şöyle derdi: *İstihsân, kıyası terkedip insanlar için en uygun olanı almaktır.*”

“Denildi ki: *İstihsân, fert ve toplumun mübtelâ olduğu şeylerle ilgili hükümlerde kolaylık istemektir.*”

“Denildi ki: *İstihsân, genişliğe göre hareket etmek ve kolaylık talep etmektir.*”

“Denildi ki: *İstihsân, müsamaha ve ruhsat esasına göre hareket etmektir.*”

Serahsî'nin naklettiği bu nitelendirmeler istihsânın tanımından ziyade amacını ortaya koymaya dönüktür diyebiliriz.

Muâsır âlimlere gelince Abdulkerim Zeydan istihsânı, “*Müctehidin kalben mutmain olduğu bir delilden dolayı celi(açık) kıyastan kapalı kıyasa udûl etmesi(dönmesi) ya da küllî bir asıldan cüzî bir meseleyi istisna etmesidir. Zira söz konusu delil bu istisnayı ya da udûlu gerekli kılar.*” şeklinde tarif etmiştir.

Zekiyyüddin Şa'ban'ın tarifi şöyledir: “*İstihsân, müctehidin, bir meselede, kendi kanaatinde o meselenin benzerlerinde verdiği hükümden vazgeçmesini gerektiren nass, icmâ, zaruret, gizli kıyas, örf veya maslahat gibi bir delile dayanarak, o hükmü bırakıp*

153 Ebû Bekr Ahmed b. Ali er-Râzî el-Cessâs, *el-Fusûl fi'l-Usûl*, C. IV, y.y., Vizâratü'l-Evkâf el-Kuveytiyye, 1994, , s.234

154 Debûsî, a.g.e. ,s. 419

155 Debûsî, a.g.e., s. 420

156 Önder, a.g.t., s.77

157 Serahsi, *Mebsut*, a.g.e., C.X, s. 145

başka bir hüküm vermesidir.”

Fahrettin Atar ise, şu şekilde tarif etmiştir: “ *İstihsân, müctehidin bir meselede bir kıyastan vazgeçip ondan daha kuvvetli bir kıyasa meyletmesi ya da küllî bir kâideden cüzî bir meseleyi bir delile veya güçlü bir gerekçeye dayanarak istisna etmesidir.”*

Muâsır âlimlerin yaptığı tanımlar arasında çok bâriz farklılıklar olmamakla birlikte istihsân için yapılan tüm tanımlardan şu iki temel özellik öne çıkmaktadır:

1) Kıyasın terk edilmesi ki bu kıyas ya celî kıyas ya da genel bir kâide veya genel nitelikli şer’î bir nas olmaktadır.

2) Bu terkin keyfi değil güçlü bir gerekçeye dayalı olmasıdır. Bu gerekçe ya gizli kıyas ya da nas, İcmâ, zaruret, maslahat ve örf delilidir.

Özetle diyebiliriz ki istihsân, *müctehidin Şâri’in gayelerine uygun olmadığı gerekçesi ile celî kıyası ya da hukuktaki yerleşik bir kuralı bırakıp daha evla olanı almasıdır.*

Kıyasın uygulanması ile ortaya çıkacak olan sonuç, müctehidin vicdanında, Şâri’in ahkâmın teşriinde gözettiği gayelerine uygun olmadığı şeklinde bir dürtü yaratır. Bu dürtü onu, kıyası terke zorlar. Bu terkin gerekçesi ister gizli kıyas ister zaruret, maslahat, örf diye isimlendirilsin. Sonuçta bütün bu gerekçeleri *makâsîdü’ş-şerîa* çatısı altında toplayabiliriz. Bu sebeple tanımda tek tek gerekçeleri zikretmek yerine “...Şâri’in gayelerine uygun olmadığı gerekçesi ile...” demeyi tercih ettik. Diğer taraftan bu kayıt ile istihsânın amacını da ortaya koymayı hedefledik. Zira asıl amaç Gazâlî’nin de dediği gibi insanların maslahatını elde etmek değil bilakis Şâri’in gayelerini korumaktır.

Terk edilen kıyas konusundaki kapalılığı gidermek için “... *celî kıyası ya da hukuktaki yerleşik bir kuralı bırakıp...*” şeklinde açıklayıcı bir beyan getirdik.

Araştırma konusu Ebû Hanîfe ve mezhebi ile sınırlı olduğu için sadece Hanefî usulcüler tarafından yapılan tanımlar verilmiştir.¹⁵⁸

2. İlgili Diğer Kavramlar

İstihsânın mahiyetini iyi kavrama amacına matuf olarak bazı kavramlarla mukayese etmek icâp etmiştir. Bunun için de öncelikle terki söz konusu olan kıyası istihsân ile birlikte değerlendirdik.

158 Diğer mezhep âlimlerin tanımları için bkz. Zuhaylî, a.g.e., C. II, ss. 19-20

a. Kıyas ve İstihsân

İstihsân işlemi terk edilen kıyas kavramına daha önce de değindiğimiz gibi usulcüler tarafından üç anlam yüklenmektedir:¹⁵⁹ İlki, usulî kıyas yani hükmü bilinmeyen bir olayın aralarındaki illet birliği sebebi ile hükmü bilinen bir olaya ilhak edilmesi; ikincisi, kapsam açısından genel nitelikli şer'î nas; üçüncüsü, birçok nas tarafından ortaya konan genel hukuk ilkesi anlamında kullanılmıştır. Her üç anlamda kıyasın ortak noktası bir şekilde nassa dayalı olmasıdır. Buna mukâbil istihsân, müctehidin vicdanında zuhur eden bir dürtü sebebi ile takdir yetkisini kullanarak başvurduğu; hak ve adâlet fikrine göre hukuk dairesi içinde çözüme kavuşturmaya çalıştığı bir yöntemdir. Dolayısıyla subjektivite yönü kıyasa nazaran daha baskındır.

Diğer taraftan, kıyasın başvurulduğu fer'i meselelerde başka alternatif bir çözüm mevcut değil iken, istihsânda hukukun gayelerine mutâbık daha evla olan bir delilin varlığı söz konusudur.¹⁶⁰

b. İstislah ve İstihsân

İstihsân olsun istislah olsun her iki yöntemin de özünde maslahat fikri yatmaktadır. Daha açık ifade ile hakkında muayyen bir nas olmayan fer'i meselelerin *makâsîdû's-şer'ia* dairesi içinde çözüme kavuşturulmaya çalışıldığı yöntemler olup her ikisi de aynı amaca hâdimdir.

Aralarındaki fark ise istihsâna başvuru fer'i meselede kıyas imkânı var iken müctehid bundan maslahat fikri ile vazgeçer. İstislahta ise kıyas imkânı söz konusu olmayıp müctehid hükmü doğrudan maslahat fikri üzerine bina eder. Müctehidin takdir yetkisini kullanması açısından subjektivite yönü ağır bastığı için her iki yöntemde usulcüler tarafından ağır eleştirilere mâruz kalmıştır.

c. Ruhsat ve İstihsân

Ruhsat ve istihsân arasındaki farkları ve benzerlikleri şu şekilde özetleyebiliriz:

1) Ruhsatta kişi, genel olarak ruhsat hükmü ile azimet hükmü arasında muhayyer iken istihsânda terk edilen kıyas ile amel etmek caiz değildir. Çünkü kuvvetli delil karşısında zayıf delil sâkıt olur.

2) Ruhsat küllî bir asıldan veya kâideden ya da genel nitelikli şer'î bir nasdan istisnâ edilmiş bir hükümdür. Bu yönü ile istihsân ile örtüşmektedir. Lakin bu istihsânın

¹⁵⁹ Şâ'ban, a.g.e., s.179

¹⁶⁰ Daha detaylı bilgi için bkz. Önder, a.g.t., s. 119 ; Abdulkadir Şener, *Kıyas, İstihsân, İstislah*, Ankara Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 1974, ss. 119-121

bir çeşididir. Diğer bir çeşidi de gizli kıyas ile yapılan istihsândır.

3)Ruhsatlar sadece Şâri tarafından vaz ‘ edilirken istihsân hem nas ile hem de müctehidin takdiri ile zaruret, ihtiyaç, maslahat gibi sebeplere binâen vaz ‘ edilir.

4)İstihsânın yelpazesi ruhsata nazaran daha geniştir. Ruhsatlar zarûret, meşakkât gibi özür hallerinde olurken istihsân maslahat, ihtiyaç, gizli kıyas, ihtiyat gibi birçok sebebe dayalıdır.¹⁶¹

3. Hüccet Değeri

Fukâhanın gündemini sürekli meşgul eden meselelerden biri de istihsânın şer’î amelî hükümlerin istinbâtında müteber ve müstâkil bir kaynak olup olmadığı meselesidir. İstihsân metodununa yöneltilen itirazların sebebi kendisi ile varılan sonuç değil, bilakis asıl tartışma istihsânın şer’îlik vasfı üzerinedir. Zira sübjektivite yönü ağır bastığı için keyfiliğe kapı aralama, vahiyden uzaklaşma, heva ve hevese kapılma tehlikesi ile karşı karşıya gelme durumu söz konusudur. İşte bu tehlikeye karşı *makâsıdü’ş-şerîanın* bir kontrol merkezi olduğunu söyleyebiliriz. Bunun için de Şâri’in gayelerinin tesbiti büyük bir önem arz ediyor.

Bazı fakihler bu ihtilafın istihsân kavramına yüklenen anlam farklılığından kaynaklandığını, sadece lafzî olduğunu ileri sürmüşlerdir.¹⁶²

Özetle bu konudaki ihtilafları üç grupta toplayabiliriz:¹⁶³

1)İstihsânın hüccet olduğunu mutlak olarak red edenler. Bunlar; Şâfiler, Dâvûd ez-Zâhiri ve arkadaşları, Şîiler(Zeydîler hariç), Mûtezili âlimlerin çoğunluğunu teşkil etmektedir.

2)İstihsânı kabul edenler. Bunlar Ebû Hanîfe ve Hanefî fukâhasıdır.

3)İstihsânı bazı hallerde hüccet kabul edip bazı hallerde kabul etmeyenler. Bunlar; İmam Mâlik, Ahmed b. Hanbel ve müntesipleri.

4. Kısımları

Ebû Hanîfe ve öğrencilerinden sonra Hanefî usulcülerini ağır tenkitlere mâruz kalan istihsâna meşrûyyet kazandırmak amacı ile kavramsal çerçeveyi çizdikten sonra uygulama şekillerini sınıflandırıp örneklerle izah etmişlerdir. Bu sınıflandırma bir bakıma istihsânın mesnedsiz olduğu şeklindeki iddialara da bir cevap niteliği

161 Daha detaylı bilgi için bkz. Önder, a.g.t., ss.108-11

162 Zuhaylî, a.g.e., C.II, s.31;Bardakoğlu, a.g.m., ss.339-347

163 Delilleri ile birlikte bkz. Zuhaylî, a.g.e., C.II, ss. 29-30; Şener, a.g.e., ss. 129-136; Önder, a.g.t., ss.131-143

taşımaktadır.

Klasik hanefî usûlü eserlerinde istihsânın iki şekilde uygulandığını görüyoruz¹⁶⁴:

a. Gizli Kıyas İstihsânı

Bu tür istihsânda, çözüm bekleyen bir meselede birbirleri ile çatışan iki asla kıyas imkanı bulunmaktadır. Kıyaslardan biri, üzerinde çok düşünmeden akla ilk gelen açık(celî) kıyasdır. Diğeri ise, üzerinde iyice düşünmeyi ve araştırmayı gerektiren gizli(hafî) kıyastır. Hükmün teşrî amacı açısından gizli kıyasın tesiri daha kuvvetli olduğu için açık kıyasa takdim edilir.¹⁶⁵ Yapılan işlem, nihayetinde bir kıyas işlemi olsa da bir sebebe(esere) dayanarak tercih yapılmaktadır. İşte bu tercihe Hanefî usulcüler “kıyas istihsânı” adını vermişlerdir.¹⁶⁶ Örneğin, Hanefî mezhebinde yerleşik kurala göre ziraî bir arazinin irtifak hakları¹⁶⁷ ayrıca şart olarak koşulmaktıkça satım akdi ile alıcıya geçmez. Lâkin aynı arazi kiralandığında kira akdi ile birlikte irtifak hakları ayrıca belirtmeksizin kiracıya geçer. Ziraî arazinin vakfedilmesi vakfi yapan açısından satım akdine, vakıf lehtarî açısından kira akdine benzemektedir. İlk akla gelen çözüm satım akdine ilhak edilmesidir. Ancak vakfın amacı gözetildiğinde kira akdine ilhak edilmesi daha evladır. Zira vakfın amacı mülkiyetin nakli değil, bilakis lehtara maldan yararlanma hakkı sağlamaktır. Aksi taktirde şürb, mürûr ve mesil gibi haklar sabit olmaksızın tarım arazisinden faydalanmak mümkün olmaz. Görüldüğü gibi gizli kıyas ile varılan sonuç insanların maslahatını gerçekleştirme bakımından Şâri’in gayelerine daha uygundur.

b. İstisnâ İstihsânı

Bu tür istihsânda, genel kural ya da genel nitelikli şer’î nastan bir delil sebebi ile vazgeçilir. Bu delil aynı zamanda bu çatı altındaki istihsân türlerinin adını alır. Klasik dönem Hanefî usul eserlerinde bu tür istihsân için nas veya eser, İcmâ ve zaruret delilleri zikredilmiştir. Lâkin Hanefî furû kaynakları incelendiğinde bunların dışında sahâbe sözü, örf, maslahat, zararın giderilmesi, zorluk ve sıkıntının kaldırılması, ihtiyat

164 Serahsi, a.g.e., C.II, ss. 202-203; Abdulaziz el-Buhârî, a.g.e., C. IV, ss. 5-6; Cessâs, a.g.e., C.IV, ss.234-255

165 Cessâs, a.g.e., C.4, s.234; Serahsi, a.g.e., C.2, s. 203; Abdulaziz el-Buhârî, a.g.e., C. 4, s.3

166 Bu tercih sebebi bir başka müctehid için tercihe şâyan bir sebep olmayabilir. Bu noktada istihsânın subjektivite yönü öne çıkmaktadır.

167 İrtifak, bir akar üzerinde diğeri bir akar lehine kurulmuş sınırlı aynî hak demektir. Bu irtifak hakları şunlardır: Şürb hakkı(su alma), murûr hakkı(geçit), inşaat hakkı, mecrâ hakkı, kirîş koyma hakkı, kar atma hakkı. Bkz. Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Ensar Neşriyat, 4.B. , İstanbul, 2013, s.257

gibi gerekçelerle de kıyas terk edilip istihsân yapıldığı görülmüştür.¹⁶⁸ Biz ise fukâha arasında genel olarak tercih edilen taksimi esas aldık.¹⁶⁹

(1) *Nas sebebi istihsân*

Nas tarafından bir olaya, benzerlerinden farklı bir hüküm bağlanmasına Hanefiler “istihsân” adını vermişlerdir. Diğer bir ifade ile söz konusu muayyen nas, genel nitelikli şer’î bir nas ya da yerleşik hukuk kuralının vaz ‘ ettiği hükmün aksine istisnâi bir hüküm vaz ‘ etmesi Hanefi literatüründe “nas ile istihsân” olarak nitelendirilmiştir. Örneğin, şart muhayyerliği, “sözleşmelerde asıl olan, meydana geldiği andan itibaren bağlayıcılık ifade etmesidir” şeklindeki kıyasa(yerleşik kurala) aykırıdır.¹⁷⁰ Zira muhayyerlik, akdin taraflarına veya taraflardan birine belirli bir süre içinde akdi fesh etme hakkı vermektedir. Söz konusu istihsân delili ise Hz. Peygamber(sav)’in Hıbban b. Munkız’a söylediği şu hadisidir: “ *Alış-veriş yaptığında de ki: Aldatmaca yok! Ve benim üç gün muhayyerlik hakkım olacak!*”¹⁷¹

Yapılan bu istihsân insanların maslahatı için kıyasa nisbetle daha uygundur. Zira muhayyerlik süresi tarafların daha iyi düşünüp başkalarına danışmaları; akdin temel ruknû olan tarafların rızasının kesinlik kazanması için de bir fırsattır.

Bu tür istihsânın diğer bir örneği de selem akdi yani peşin para karşılığında veresiye mal satmaktır. Bu akit şu genel nassa(kıyasa) aykırıdır: “*Sahip olmadığın bir şeyi satma!*”¹⁷² Buna mukâbil istihsân delili ise yine Hz. Peygamber(sav)’in şu hadisidir: “*Selem yoluyla satış yapan, bunu belirli ölçüye, belirli tartıya göre ve belli bir süre tayin ederek yapsın.*”¹⁷³

Hz. Peygamber(sav), insanların bu tür akde ihtiyaç duyduklarını gördükten sonra belirli şartlar ile kayıtlandırarak yine kendi koyduğu genel kuraldan istisnâ etmiştir. Böylece kıyasın ortaya çıkardığı zorluk ve sıkıntı istihsân ile bertaraf edilmiş oldu.

Kur'an ile istihsâna örnek ise vasiyettir. Şöyle ki, vasiyet, mülkiyetin ortadan kalkacağı zamânâ bağlanmış bir temlik işlemidir. Buna mukâbil yerleşik kurala göre, temlik mülkiyetin ortadan kalkacağı zamânâ bağlanamaz. İstihsân delili ise Şâri’in şu ayetidir: “*(Bütün bu paylar, ölenin)yapmış bulunacağı vasiyet(yerine getirildik)ten ve*

168 Said Nûri Akgündüz, “Hanefi Furûunda İstihsan -El-Hidâye Örneği-”, M.Ü.İlahiyat Fakültesi Dergisi, S.23, 2002, s. 29-57; Önder, a.g.t., s.162-163

169 Şa'bân, a.g.e., s.182-192; Atar, a.g.e.,s. 110-114; Zuhaylî, a.g.e., C.2, s.24-28

170 es-Serahsi, *el-Mebsut*, a.g.e., C.13, s. 17

171 Buhârî, “Büyû”, 2117; Müslim, “Büyû”,1533

172 Ebû Dâvud, “Büyû”,3503

173 Ebû Dâvud, “Büyû”,3463; Nesâî, “Büyû”, 4616

borc(un ifasın)dan sonradır."¹⁷⁴ Şâri bu istihsân ile âdeta insana hayatta iken yapmaya fırsat bulamadığı ya da öldükten sonra kendisi adına yapılmasını arzuladığı bir takım tasarrufların yapılması için imkân sunmakta, kapı aralamaktadır. İnsan dilerse bu imkânla amel defterine hasene de ekleyebilir.

(2) *İcmâ sebebi ile istihsân*

Hanefî furûunda İcmâ sebebi ile istihsân için "amelü'n-nas(insanların teâmülü)" ifadesi geçmektedir. Cessâs bu terkibi şu şekilde izah etmektedir: "Onların 'insanların teâmülü' sözünden kastettikleri şudur: "*Sahâbe ve tâbiünden olan Selef âlimleri insanların bu tür işleri yaptıklarını görüyorlardı. Onların hiçbirinden, bu işleri yapanlara yönelik bir eleştiri, kınama gelmemiştir. Bu tutum, onların bu yapılanları câiz görüp onayladıkları anlamına gelir. Zira onların görevi, Allah'ın vafettiği gibi doğruları emretmek ve yanlışlıklardan da sakındırmaktır. Dolayısıyla, onların bu onaylaması, başlıbaşına bir asıl(delil) olmuş ve onunla kıyasın gerektirdiği hüküm bırakılmıştır.*"¹⁷⁵

Bu başlık altında en sık verilen örneklerden biri İstisna' akdidir.¹⁷⁶ Şöyle ki, kıyasa(yerleşik kurala) göre ma'dumun(ortada olmayan şeyin) satışı câiz değildir. Lâkin bu satış türü, ihtiyaca binâen insanlar arasında teâmül haline gelmiş olmakla birlikte buna şahit olan hiçbir müctehid tarafından itiraza uğramamış ve böylece fukâha arasında sükûtu icmâ gerçekleşmiştir. Bu sebeple, kıyasa göre câiz olmayan bu akite Hanefiler istihsânen cevaz vermişlerdir.¹⁷⁷

Diğer bir örnek de hamamlarda yıkanma ile ilgili sözleşmedir.¹⁷⁸ Bu sözleşmede kullanılan su ve içeride kalınan süre belirsiz olduğu için içerdiği cehaletten dolayı kıyasa göre Fâsid bir akittir. Ancak insanlar duydukları ihtiyaçtan dolayı bu uygulamayı teâmül haline getirmiş ve hiçbir müctehid buna itiraz etmemiştir. Fukâhanın bu tutumu, onların, bu akdin cevazında icmâ ettiklerine delalet eder. Dolayısıyla kıyâsen caiz olmayan bu akit istihsânen câizdir.

Yukarıda zikri geçen her iki örnekte de insanların bu akitlere olan ihtiyaçları, cevaz verilmediğinde ortaya çıkacak olan zorluk ve sıkıntı öne çıkmaktadır. Diğer

174 Nisâ 4/11

175 Cessâs, a.g.e., C.4, s. 248-249

176 İstisnâ', bir şeyi yapmak üzere-malzeme ustadan- sanat ehli ile sözleşme yapmaktır. Bkz. Erdoğan, a.g.e., s.261

177 Cessâs, a.g.e., C.4, s. 249; Serahsi, a.g.e., C.2, s.203; Alâuddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed el-Kâsânî, *Bedâi' u's-Sanâi' fi tertibi 'ş-Şerâi'*, Daru'l-Kütüb el-İlmiyye, 2.B., 1986, C.5, s.2

178 Cessâs, a.g.e., C.4, s.248; Kâsânî, a.g.e., C.5, s.3

tarafından, söz konusu olan akitlerin ihtiva ettiği cehalet insanlar arasında niza'ya sebebiyet verecek ölçüde olmadığı görülmektedir ki insanlar arasında kabul görüp yaygınlık kazanmıştır. Dolayısıyla cevaz verilmediğinde insanları daha fazla zorluğa ve sıkıntıya düşürecek olan bu ihtiyaçları karşılamak hukukun temel görevlerinden biridir aynı zamanda. Bunun içindir ki fukâha, bu ve benzeri uygulamalara ahkâmın teşrîinde Şâri'in gayelerine daha uygun olduğu gerekçesi ile kıyasa rağmen istihsânen cevaz vermişlerdir.

(3) *Örf sebebi ile istihsân*

Örf, insanların çoğunun benimseyip alışkanlık haline getirdiği işler veya duyulduğunda hatıra başka anlam gelmeyecek derecede özel bir anlamda kullanmayı âdet edindikleri lafızlardır.¹⁷⁹

Aralarında kapsam açısından bir fark olduğu düşünülse de birbiri yerine kullanılan örf ve âdet, Hanefilerce kıyasın terki için bir asıl(delil) teşkil etmektedir. Örneğin, Hanefî hukukçulara göre, alış-veriş gibi ıvazlı akitlerde akdin muktezasına uygun olmayan ve taraflardan birine fazladan menfaât sağlayan her şart akdi bozar. Mesela, içinde bir ay oturduktan sonra teslim edilmek üzere evi, bir yıl ektikten sonra teslim edilmek üzere tarlayı satması, bedelden ayrı bir hediye vermesi ya da mukâbil olarak bir malı kendisine satması şartı ile bir malı satmak akdi ifsad eden şartlardandır. Bu yerleşik kuralın mesnedi ise şu hadistir: “*Bir icap-kabul içinde iki akdin, bir satım ve bir ikrazın(borç verme), bir satım ve şart koşmanın yapılmasını yasaklamıştır.*”¹⁸⁰

Hanefiler, akit esnasında öne sürülmesi örf haline gelmiş olan şartları bu genel kuraldan istisnâ etmişler ve istihsânen cevaz vermişlerdir. Örneğin, bir kimse, şehir içinde eve teslim şartı ile bir mal satın alırsa kıyasa göre bu akit geçersizdir. Çünkü kişi, satın aldığı mala satın aldığı yerde mâlik olmuştur. Malın başka bir yerde teslimini şart koşturmak, akdin muktezasına uymayan bir menfaât içerdiği için fazladan bir şarttır. Eğer karşılığında bir bedel var ise bu, bir akit(safka) ile iki akit yapmak olur ki biri satım diğeri icâre akdidir. Bir bedel yoksa o zaman da satım akdi içersinde bir tür emânet akdi olur.

179 Şâ'ban, a.g.e., s. 195; Zuhaylî, a.g.e., C.2, s.104 ; Diğer tarifler için bkz. Atar, a.g.e., s.127; Zeydan, a.g.e., s.201

180 Buhârî, “Büyû”, 73; Tirmizi, “Büyû”, 18

Ebû Hanîfe ve Ebu Yusuf, İmam Muhammed'in aksine mevcut örf ile istihsân yapmış ve akdin cevazına hükmetmişlerdir.¹⁸¹ Zira nassın olmadığı yerde örf ile hüküm vermek Şâri'in gayesine daha uygundur. Aksi takdirde insanlar alışkanlıklarından koparılması sonucu birçok zorluk ve sıkıntıya mâruz kalacaklar ki bu Şâri'in muradı değildir.

Bu tür istihsân örneklerine Hanefî furû kaynaklarının yemin bahsinde sıkça rastlanmaktadır. Zira başta Ebû Hanîfe olmak üzere Hanefilere göre yeminler örf üzerine cereyan eder.¹⁸² Bu istihsânlarda, mükellefi altından kalkmakta zorlanacağı yükten kurtarmak için genelde maslahat fikri ile daraltıcı yoruma gidilir ki bu Şâri'in gayelerine daha uygundur.

İstihsân metodunun ahkâmın teşrîinde Şâri'in gözettiği gayelerin tahakkukuna nasıl hizmet ettiğini anlayabilmemiz adına son olarak şu örneği verebiliriz: Bir kimse ödünç bir binek alsa sonra sahibinin ahırına teslim etse ve hayvan orada ölse, bunda tazmin gerekmez. Kıyasa göre sahibine teslim etmemiş ve zâyi etmiş olduğu için tazmin ile sorumludur. İstihsân delili, burada, âriyetlerin tesliminin, sahiplerinin evlerine bırakılma şeklinde âdet haline gelmesidir.¹⁸³ İstihsân ile varılan bu sonuç hakkâniyet ve adâlete daha uygundur.

(4) Zarûret sebebi ile istihsân

Zarûret, sözlükte, çok aşırı derecede zarar, darlık, sıkıntı, musîbet, ihtiyaç anlamlarına gelmekle¹⁸⁴ birlikte fukâhanın literatüründe genelde “kişiyi, yok olma, bedenine zarar gelme tehlikesi ile karşı karşıya bırakan durum” anlamında kullanılır.¹⁸⁵

Hanefî usûl ve furû fıkhında “zarûret ile istihsân” da “zarûret” kelimesinin mahiyeti hakkında bir beyan olmamakla birlikte verilen örnekler ve yapılan beyanlar incelendiğinde kelimenin yukarıda zikrettiğimiz terim anlamında değil; hacet, zorluk ve sıkıntının kaldırılması(rafu'l-harac), zararın giderilmesi, umûmi musîbet ve bela(umûmu'l-belva) gibi mânâları mecâzen ihâta eden şemsiye bir kavram olarak kullanıldığı gözlenmiştir.¹⁸⁶

181 Serahsi, *Mebcut*, a.g.e., C. 11, s.199

182 İbn Âbidîn, a.g.e., C. 3, s. 742

183 Serahsi, *Mebcut*, a.g.e., C.XI, s.144

184 İbn Manzûr, a.g.e., IV, 483-484

185 Kavramsal analiz için bkz. Mustafa Baktır, *İslâm Hukukunda Zarûret Hali*, Ankara, Akçağ Yayın, 1981, s.11-15

186 Önder, a.g.t., s. 229-230

Bu tür istihsâna şu örnekleri verebiliriz: Doğan, akbaba, karga ve atmaca gibi yırtıcı kuşların artığı kıyasa göre necis iken Ebû Hanîfe ve ashâbı istihsânen temiz kabul etmişlerdir.¹⁸⁷ Kıyas şöyledir: Bu kuşlar leş yedikleri için hem gagaları necis hem de su içerken salyaları suya akabilmektedir. Dolayısıyla artıkları da necistir. İstihsân delili ise kedinin artığının temiz olduğu hakkında vârid olan hadisteki *umûmu'l-belva* gerekçesi bu kuşlar için de söz konusudur. Zira bu kuşlar suya havadan indiklerinden dolayı özellikle çöllerde ve fazlaca meskun olmayan yerlerde yaşayanlar için bu, sakınılması zor bir durumdur. Bu sebeple istihsân hükmü kıyasa nazaran *makâsidü's-şerîa* açısından daha evladır. Zira Şâri kulları için zorluk dilemez.

Şâhitlikte genel kural şudur: “ Kişi ancak bizzat gördüğü şeye şâhitlik yapabilir”. Lâkin nesep, nikâh, zifaf ve hâkimin velâyeti konularında kişinin güvendiği birinden duyduklarına dayanarak şâhitlikte bulunmasına istihsânen cevaz verilmiştir. İstihsân gerekçesi(delili) ise zarûrettir. Şöyle ki, bu tür işler zamanla, herkesin haberdar olamadığı, sadece yakın kişilerin haberdar olabildiği durumlar haline gelmiştir. Kıyasa göre hüküm verilecek olursa, bu durum hem zorluğa sebep olacak hem de bu meselelere taâlluk eden birçok ahkâmın işlenmemesine ve bunun sonucunda hakların zâyî olmasına sebep olacaktır.¹⁸⁸ Bu sebeple burda kıyasın bırakılıp istihsân yönteminin uygulanması zorluğun kalkması ve zararın giderilmesi için zarûridir.

Zarûreti gidermek bir yönü ile maslahatı temin etmek demektir aynı zamanda. Ancak kıyasın sonucunda ortaya çıkacak olan zararın def edilmesi daha baskın bir yön olduğu için usûl eserlerinde maslahat ile değil, zarûret ile istihsân başlığı altında bu örnekler verilmiştir.

(5) Maslahat sebebi ile istihsân

Şâri nezdinde müteber olduğuna dair muayyen bir delil bulunan maslahat üzerine hüküm inşa edilebileceği konusunda fukâha arasında ittifak mevcuttur. Keza, mülğa olduğuna dair delil bulunan maslahatın hiçbir hukûki değeri olmadığı hususunda da hem fikirdirler. İtibar veya ilğa olduğuna dair hakkında şer'î bir delil olmayan *mürsel maslahatlar* diğer bir ifade ile Şâri'in sükût ettiği maslahatlar hakkında ise fukâha arasında ihtilaf vâkidir.

Hanefiler bu tür maslahatlar ile amel konusunda menfi düşüncelere sahip olmalarına rağmen kıyas bölümünde illet olacak vasıf için *münâsib* olmanın yanı sıra

187 Serahsi, *Mebcut*, a.g.e., C.1, s.2

188 Serahsi, *Mebcut*, s.g.e., C.16, s. 149-150

müessir olmasını da şart koşmuşlar ve bu tesiri, mürsel maslahatı da içine alacak şekilde tanımlayıp onu *mülâim mürsel* diye nitelendirmişlerdir. Şöyle ki, tesir, nas ve icmânın hem illet olacak vasfın aynının, hükmün aynında hem de vasfın cinsinin hükmün cinsinde etkili olduğuna delalet etmesidir.¹⁸⁹ Örneğin, vârid olan hadiste “tavaf(gezinme)”vasfı(aynı), kedilerin artığının temiz olduğu hükmünde(aynında) müessirdir. Ayrıca dolaşma ile temizlik arasında münâsebet olduğu için münâsipdir.

Yolculuk vasfı, namazların kısaltılmasında ve cem edilmesinde, Ramazan orucun tutulmamasında Şâri‘in itibar ettiği bir vasıftır. Keza, hastalık vasfı, namazda oturarak kılma, teyemmüm yapma ve yine Ramazan orucunun tutulmamasında muteber bir vasıftır. Şâri tarafından itibar edilen bu iki vasfın(illet) birleştiği cins, “meşakkât”tir. Hükümler her ne kadar farklı da olsa aynı cins hükmünde birleşiyorlar ki o da “zorluğun kaldırılması”dır. Bu, vasfın cinsinin hükmün cinsinde etkili olmasına bir örnektir.

Hulâsa, Hanefilerin mülâim mürsel için yaptıkları beyanlardan Şâri‘in bizzat kendisini olmasa da genel anlamda cinsini itibara aldığı bu tür maslahatları kabul ettikleri anlaşılıyor. Nitekim zarûret, örf ve maslahat ile istihsân örneklerinde bunu mülâhaza etmekteyiz.

Şimdi bu kısa izahlardan sonra Hanefi literatüründe geçen maslahat ile istihsân örneklerini verebiliriz:

Hâşimoğullarına zekât vermenin câiz olmaması yerleşik bir kuraldır. Mesnedi de şu hadistir: “*Zekât, Muhammed(sav)'e ve Muhammed(sav)'in ailesine helal değildir.*”¹⁹⁰ Lâkin, Ebû Hanîfe bu kurala aykırı olarak istihsânen kendi zamanındaki Hâşimoğullarına zekât verilebileceğine hükmetti. İstihsân delili ise, kendi zamanında ganimet malları taksiminde hak sahiplerinin hakkına riâyet edilmediği için Hâşimoğullarına hakları olan beşte bir ganimet ulaşmaz olmuştur. Ebû Hanîfe, onların haklarını korumak için maslahata binâen istihsân yapmıştır.

Hanefî mezhebinde yerleşik kurala göre ziraât ortaklığında(muzâraa) kira akdindeki gibi tarafların ya da taraflardan birinin ölümü ile akid sona erer. Ancak toprak sahibi öldüğünde mahsül henüz yetişmemiş ise, varisler arazinin boşaltılmasını istese bile, bu durumda emek sahibinin menfaâtini korumak, zarara uğramasını engellemek için kıyasa aykırı olarak istihsânen sözleşmenin devam ettiğine hükmedilir.¹⁹¹ Aynı

189 Hanefilerin maslahat anlayışı için bkz. Zuhaylî, a.g.e., C.2, s.54-58; Önder, a.g.t., s. 237-241

190 Müslim, “zekât”, 167

191 Bâbertî, a.g.e., C.6, s.51; Serahsi, Mebsut, a.g.e., C. 23, s. 54

hüküm musâkât akdi için de geçerlidir. Bu hüküm kıyasa nisbetle Şâri'in gayelerine daha uygundur. Zira Şâri', kullarının yok yere zarara uğramasını istemez.

5. Makâsîdü'ş-Şerîa İle Münâsebeti

İstihsân ve *makâsîdü'ş-şerîa* arasındaki ilişkiyi ortaya koymaya yönelik yapılan çalışmalarda¹⁹² genellikle istihsânın sonuçları üzerinden bağlantı kurulmaya çalışılmıştır. Ancak sonuçlarından daha öncelikli ve bir o kadar da önemli olan, istihsânın amacı ile *makâsîdü'ş-şerîa* arasındaki sıkı irtibattır. Şöyle ki, istihsânın asıl amacı insanların salt maslahatını temin etmek değil, bilakis *makâsîdü'ş-şerîay*ı muhafaza etmektir. Dolayısıyla, müctehidi kıyası terk etmeye sevk eden şey kıyas ile varılan sonucun Şâri'in muradına aykırı olduğu inancıdır. Aksi takdirde aynı müctehin her durumda kıyasa mukâbil istihsân delilini alması ve kıyası terk etmesi gerekirdi. Lâkin Hanefî furû fikhına baktığımızda durumun böyle olmadığını görüyoruz. Mesela, istihsânı çokça kullandığı için ağır eleştirilere mâruz kalan Ebû Hanîfe birçok meselede istihsân delilini bırakıp kıyas ile amel etmiştir.¹⁹³ Keza, diğer imâmların da böyle birçok icthatları mevcuttur. Aynı meselede kıyas ile amel eden de buna mukâbil olan istihsân delili ile amel eden de aynı amacı yani kendince *makâsîdü'ş-şerîaya* en uygun olanı almayı hedeflemektedir. Yoksa heva ve hevese uygun olanı almayı değildir. Diğer bir ifade ile istihsân, müctehidin mânâyı lafzın gerisinde bırakmama çabasıdır.

İstihsânın işlevi açısından baktığımızda, kıyasın katılığı karşısında insanların birçok menfaâtinin zâyî olmasına mâni olmakla birlikte Şâri'in gayelerine aykırı olarak ortaya çıkan sonuçları hak ve hakkâniyet zeminine oturarak insanların hukuka karşı olan güvenlerini muhafaza etmektedir. Zira hukukun en temel görevi toplumda adâleti tesis etmektir.

Meseleye istihsânın vazifesi açısından baktığımızda da görüyoruz ki İslâm hukukunun ya da *makâsîdü'ş-şerîanın* her asır ve coğrafyada yaşayabilmesi, evrenselliğini muhafaza edebilmesi noktasında istihsânın görevi gözarda edilemeyecek kadar büyük ve önemlidir. Çünkü istihsân ile insanların teâmülleri, örfleri ve maslahatları gözetilmektedir. Böylece her çağın doğurduğu ihtiyaçlara cevap verebilmekte, değişimleri yakalayabilmekte ve işlevselliğini koruyabilmektedir.

192 İlyas Durdur, *el-İstihsan Ve Siletühü bi'l-İctihâdi'l-Makâsîdi*, Beyrut , Daru İbn Hazm, , 2014, s.389-470; el-Yübî, a.g.e., s.534-543

193 Ebû Hanîfe'nin kıyas ile amel ettiği icthad örnekleri için bkz. Önder, a.g.t., s.265-279

İstihsânın tüm çeşitleri ile birlikte sonuçlarını düşündüğümüzde; zararın giderilmesi, zorluğun kaldırılması, kolaylığın sağlanması, ihtiyacın giderilmesi, hakların korunması, adâletin sağlanması, her biri nasların ruhunu ve mantığını yansıtmaktadır. Dolayısıyla istihsân ile varılan sonuçlar Şâri'in gayeleri ile uyum içersindedir.

G. ÖRF VE ÂDET

Ebû Hanîfe'nin kullandığı şer'î delillerin sonuncusu olarak örfü, istihsânın bir nevisi olarak ele alırken Makâsîdü'ş-şerîa ile münasebetini kurduğumuz için tekrardan izah etme gereği duymadık.

III. MÂLÎ MUÂMELELERDE FÂSİD-BÂTİL AYIRIMI VE MAKÂSİDÜ'Ş-ŞERÎA İLE MÜNÂSEBETİ

Çalışmanın konusunun satım akdi olması hasebiyle başta Ebû Hanîfe olmak üzere hanefî fukâhasının cumhurun aksine yapmış olduğu fâsid-bâtıl ayırımı ve bu ayırımın doğurduğu sonuçları makâsîdî perspektif ile analiz etmek, çalışmanın amacı olan *makâdî'ş-şerianın* fıkha nasıl yansıdığını anlama adına elzem olmuştur.

A. MÂLÎ MUÂMELELERDE FÂSİD-BÂTİL AYIRIMI

İslâm hukukçularının çoğu, akdi rükûn ve şartları ile birlikte bir bütün olarak değerlendirdikleri için bu şartların herhangi birinde eksiklik söz konusu olduğu zaman akdin kendisi ile ulaşılmak istenen sonuçları doğurmadığından dolayı tek dereceli hükümsüzlük müeyyidesi getirmişler ve butlân-fesâd kavramlarını eş anlamda kullanmışlardır.

Hanefî fukâhası ise, butlan-fesad kavramlarına farklı anlamlar yükleyip hüküm bakımından sahih, bâtıl ve fâsid şeklinde derecelendirmişlerdir. Rükûn ve in'ikat şartlarında bir eksiklik olduğu zaman bunu “bâtıl akit” ; eksiklik akdin unsurlarında değil de vasfında ise, “fâsid akit”; aslen ve vasfen tam olan akdi de “sahih akit” olarak isimlendirmişlerdir. Fesad sebebi olan bu vasıflar genellikle akdin konusu ve rıza ile ilgili olan; garar, fâsid şart, ribâ ve ikrah gibi vasıflardır. Hanefiler, söz konusu eksikliğin asılda ve vasıfta olmasının doğurduğu sonuçlar açısından aynı olmaması gerekçesi ile farklı hükümler getirmişlerdir.¹⁹⁴

B. AYIRIMIN FİKRİ TEMELLERİ

Hanefilerin fâsid-bâtıl şeklindeki ayırımın temelleri husun-kubuh meselesindeki

194 Bkz. H.Yunus Apaydın, “Fesad”, *DİA*, XII, s.417; Hayrettin Karaman, *Mukâyeseli İslâm Hukuku*, B.9, C.2, İstanbul, İz Yayıncılık, 2014, ss.248-249

ihtilafa dayanmaktadır.¹⁹⁵ Usulcüler, Şâri‘ tarafından yasaklanan fiilin kubahluğu konusunda hem fikir olmakla birlikte nehyin yasaklanan fiil üzerindeki etkisi konusunda ihtilaf etmişlerdir.

İnsan fiillerindeki iyilik ve kötülüğün şer’î olduğunu savunan Eş‘arilerin aksine Mûtezîle ve Mâturîdî/Hanefî âlimleri, kötülüğün din gelmeden önce de var olduğu ve bu sebeple yasağın o fiile yöneldiğini ileri sürerler. Bu kelâmi bakış açısının bir uzantısı olarak Hanefî usulcüler menhiyyun anhi(yasaklanan şeyi) kubahluk açısından **li aynihî kabîh** ve **li gayrihî kabîh** şeklinde ikiye taksim edip ayrı ayrı hükme bağlamışlardır¹⁹⁶:

1) Kabîh li aynihî: Vaz‘an/aklen ve şer‘an şeklinde ikiye ayrılır:

1.1) Vaz‘an kabîh li aynihî: Adam öldürmek, zinâ yapmak, hırsızlık yapmak gibi kötülüğü din gelmeden önce de akıl tarafından idrak edilebilen fiillerdir. Bu fiillerin hissi/maddi varlığı ile birlikte Şâri tarafından bir takım sebep ve şartlara bağlanarak hükümler konmuştur. Örneğin, kasden öldürmeyi kısas için sebep, zinâ haddi için dört şâhidi şart, hırsızlık için çalınan malın mahfuz olmasını şart koşturmuştur. Bu açıdan şer‘î varlıkları da söz konusudur.

1.2) Şer‘an kabîh li aynihî: Bu tür fiiller şer‘î tasarruflar ile ilgili olup ihtiva ettikleri kötülüğü aklen değil şer‘an idrak ederiz. Domuz satmanın ve abdestsiz namaz kılmanın bâtil olması gibi içerdikleri kubah Şâri‘ bildirmeseydi aklen bilinemezdi.

Kabîh li aynihînin hükmü, ister vaz‘î ister şer‘î olsun hiçbir şekilde meşrû olmamasıdır. Bu konuda ittifak vardır.

2) Kabîh li gayrihî: Mücâviran ve vasfen diye ikiye ayrılır:

2.1) Mücâviran kabîh li gayrihî: Asıldan ayrılması mümkün olan bir vasıf sebebi ile kabîh olan fiillerdir. Hayızlı kadınla cinsel temas, cuma vakti alış-veriş, gasb edilmiş yerde namaz kılmak gibi fiiller, kendilerine mücâvir olarak bitişen vasıftan dolayı kabîh kabul edilmiştir. Bu tür vasıflar, aslen meşrû olan fiillerden ayrılması mümkün olduğu için söz konusu asılları ifsad etmezler. Dolayısıyla bu tür kabîh fiiller içerdikleri kubahlukla birlikte câiz kabul edilmiştir. Mesela cuma vakti yapılan alış-veriş sahih olup gereği olan hukukî sonuçları doğurur. Şâfilere göre ise bu tür fiiller

195 H. Yunus Apaydın, “Nehiy”, *DİA*, XXXII, ss. 544-547

196Abdulaziz el- Buhârî, a.g.e. C.1, ss. 257-258; Serahsi, *Usul*, a.g.e., C.1, ss. 80-85; Nehyin delâleti hakkında daha detaylı bilgi için bkz. Hasan Ali Görgülü, “Nehyin Delâleti Konusunda Usulcülerin Görüşleri”, Süleyman Demirel Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S. 25, 2010; Abdülkâdir b. Hırzillah, *et-Ta‘lîl el-Makâsîd li Ahkâmî'l-Fesad ve'l-Butlan*, Riyad, Mektebetü'r-Rüşd, 2005,ss. 61-94

kerahetle câizdir.

2.2) Vâsfe kabîh li gayrihi: Kendisinden ayrılması mümkün olmayan bir vasıf sebebi ile kötü olan fiillerdir. Bayram günlerinde oruç tutmak buna bir örnektir. Zira oruç aslen meşrû bir ibadettir. Lâkin, Şâri'in yasakladığı bir vakte bitiştigi için vâsfindan dolayı kabihdir. Söz konusu vasıf ise, mücâvir vâsfa nisbetle asıl olan ibadetten ayrılmayan mülâzim bir vasıftır. Diğer bir örnek de, satım bedelinin şarap, domuz gibi mütekavvim olmayan türden olmasıdır. Bedelin, satım akdinden ayrılması düşünülemez. Kabihlik bedelin vâsfindan kaynaklanmaktadır. Kezâ, ribâlı satış da aslen meşrû olan akde ribâ vâsfi bitiştigi için kabihdir. Fukâha arasında bu tür fiillerdeki yasağın hükmü konusunda ihtilaf vardır.

Bu konudaki tartışma şu iki soru etrafında cereyân etmektedir:

1) Aslen meşrû olan fiile kabîh bir vasıf ayrılmaz bir şekilde bitiştiginde, vasıftaki bu kubuhluk bitiştikten sonra asla sirâyet eder mi yani aslın meşrûiyetini ortadan kaldırır mı?

2) Aslen meşrû vâsfe kabîh olan fiilde hem meşrûluk vâsfi hem de kubuh/hurmet vâsfinin bir araya gelmesi mümkün mü?

Hanefî usulcüler söz konusu kabîh vâsfin aslın meşrûiyetini ortadan kaldıramıyacağını; husun ve kubuh vâsfin aynı fiilde bir araya gelebileceğini örnekler vererek akli deliller ile savunmaya çalışmışlar ve bu tür fiillerin maddî/fiili varlıklarına îtibar edip bâtil ile sahih arasında fâsid şeklinde bir derecelendirme yaparak ona, hukûkî bir varlık kazandırmışlardır. Bu sebeple Hanefiler, zinâ ile sıhriyyet mahremiyetinin sâbit olacağını, gasbın tazmin ile birlikte mülkiyet doğuracağını, amacı ma'siyet olan yolculuğun ruhsat sebebi olacağını kabul etmişlerdir.¹⁹⁷ Cumhur ise, bu sorulara menfî cevap verdikleri için bu tür fiillere bâtil hükmünü vermişlerdir.

C. SONUÇLARININ MAKÂSİDÎ AÇIDAN ANALİZİ

Cumhur, mülâzim bir vâsfin bitiştigi kabîh li gayrihi türündeki fiilleri, kabîh li aynihî kategorisine ilhak etmelerini genel olarak nehy lafzının muktezâsı(gereği) ile gerekçelendirmekte ve hukukun gayelerini bu noktada ihmal etmektedirler. Hanefiler ise, söz konusu olan fiillerin asıllarındaki meşrûluk vâsfinin binâen bir takım hükümler binâ etmişler ya da mümkün merteye fesad sebepleri giderilerek tashih yoluna gitmişlerdir. Böylece Fâsid bir şekilde kurulan akitlerin fiilî varlıklarına rağmen ibtal

197 Serahsi, *Usul*, a.g.e., C.1, ss.85-93

edilmelerinden doğacak olan birçok mefsedet def edilmiştir.

Fâsid-bâtıl ayırımının sonuçlarını makâsîdî açıdan iki başlık altında değerlendirebiliriz:

1. Fâsid Akid İle Mülkiyetin İntikâli

Fâsid akit, sahih akit olmadığı için teslim ve tesellümden(kabz) önce hiçbir hukûkî netice doğurmadığı gibi icâzetle de geçerlilik kazanmaz. Her iki tarafın da fesih hakkı olması sebebi ile taraflar, malı ve bedeli teslime cebrolunamazlar. Şayet taraflar akdin feshine rıza göstermezlerse hâkim re'sen akdi fesh eder. Çünkü söz konusu akit Şâri'in rızasına aykırı olarak vücûda gelmiştir. Bâtıl akitten farklı olarak satıcının izni ile meydana gelen kabzdan sonra mülkiyet karşı tarafa intikâl eder. Lâkin, bu mülkiyet sahih akdin neticesindeki gibi tam bir mülkiyet değildir. Şöyle ki, Fâsid akit ile malı satın alan kimse bu malı başka birisine satabilir, kiraya verebilir veya hibe edebilir. Ancak kendisi bizzat ondan istifâde edemez. Ayrıca bu tasarruflardan birini yaptığında fesih hakkı da ortadan kalkar.¹⁹⁸

Fâsid akit ile sahih bir kabzdan sonra, alıcıya intifâ hakkı sağlamayan, fakat tasarruf imkânı veren bir mülkiyet hakkının geçmesi ile bu durumdan haberdar olmayan üçüncü kişilerin haklarının korunması amaçlanmıştır. Cumhura göre akit bâtıl kılınsaydı meşrû yolla kazanılan bu haklar zâyi olmuş ve insanlar mâdur olmuş olacaktı. Ayrıca bedellerin rucûsundan doğacak olan birçok zorluk ve prosedür ile karşı karşıya kalınacaktı. Halbuki, hukukun gayelerinden biri de hakların güvence altına alınması ve adâletin sağlanmasıdır. Bu açıdan bakıldığında diyebiliriz ki Hanefilerin fâsid-bâtıl ayırımını *makâdû's-şeriaya* daha uygundur.

2. Fâsid Akdin Sahih Akde Dönüşmesi

Fâsid akit, daha önce de ifade ettiğimiz gibi akdin unsurlarında değil, bilakis bazı vasıf ve şartlarında bozukluk ya da eksiklik meydana geldiğinde mevzû bahis olur. Şayet bu fesad sebeplerin izâlesi mümkün olursa akit sonradan sıhhat kazanır. Mesela, selem ve kira akdi gibi müddetli akitlerde müddet tayin edilmemişse akit meclisi bitmeden ya da sonrasında müddet belirtilerek fesad sebebi giderildiğinde; satım bedeli şarap veya domuz gibi mütekavvim olmayan akitlerde sonrasında fesad sebebi olan bu bedel değiştirildiğinde Fâsid akid sahih akde dönüşür. Kezâ, bir koyun sürüsünden herhangi iki koyunu tayin etmeden yapılan satışta fesad sebebi daha sonradan yapılacak olan tayin ile giderilerek; fâizli akitlerde fâiz şartı ortadan kaldırılarak; fâsid şart ileri

198 Karaman, a.g.e., C.2, s.259

sürülen akitlerde bu şartlardan vazgeçilerek; meçhul bedelde cehalet giderilerek akid yeniden sıhhat kazanma fırsatı bulur.

Fâsid akid de en nihayetinde ehliyet sahibi kişilerin icap-kabulü ile kurulmuştur. Zira, kabz olayının gerçekleşmesi de onların bu akde rıza gösterdiklerinin bir işaretidir. Akdin rüknü olan rıza hâlen daha mevcut olmakla birlikte akdin mevzûsu da mütekavvim bir maldır. Söz konusu bozukluklar giderilerek yasağın gerekçesi olan nizâ nedenleri de ortadan kalkmış olmaktadır. Hal böyle olunca, akdin icrâsı iptalinden daha evlâdır. Sonuçta tarafların ihtiyaçları hakkâniyet ölçülerine uygun olarak giderilmeye çalışılmıştır. Bu durumda telafisi mümkün olan sebeplerle akdi iptal etmek, Şâri'in satım akdini meşrû kılmasındaki amacına aykırı düşmektedir ki o da, insanların ihtiyaçlarının giderilmesi, zorluğun ve sıkıntının kaldırılmasıdır.

Hulâsâ, Ebû Hanîfe ve ashabının sahih ve bâtil arasında bir derecelendirmeye gitmeleri, genel itibâri ile akitlerin icraâsı yönünde bir tutum sergilediklerinin bir göstergesidir diyebiliriz. Meseleye ayırımın doğurduğu sonuçları açısından baktığımızda cumhura göre iptal edilen birçok akdin fîli varlığına itibâr edilip bazı hukûkî sonuçlar bağlanması butlan nazariyesi içinde bir esnekliktir. Bu esneklik, özünden kaynaklanmayan telafisi mümkün basit kusurlar içeren akitlerin butlan nazariyesi karşısında zâil olmasına mâni olmaktadır. Böylece hem akdin taraflarının ve üçüncü kişilerin hakları korunmuş hem de ticârî hayattaki trafik sekteye uğramamış olur. Zira akdin iptali, taraflara bedellerin rucûsu şeklinde bir borç yükler ki bu süreç beraberinde birçok prosedürü de getirdiği için ticârette vakit kaybına neden olur. Diğer taraftan satıcı mebî'yi elinden çıkaramadığı için, alıcı da ihtiyacını karşılayamadığı için zarara uğramış olur. Ayrıca hukukun mâli muâmelelerde gözettiği gayelerden biri olan "malın revacı" bir yönü ile sekteye uğrar. Bu da gelişmek isteyen ekonomi için menfî bir durumdur. Bütün bu durumlar göz önünde tutulduğunda Hanefilerin geliştirdikleri fesad nazariyesi *makâsîdü'ş-şerîaya* daha uygundur.¹⁹⁹ Nitekim Mâlikî hukukçularından Karâfi(ö. 684/1285)²⁰⁰ ve muâsır âlimlerden Zerkâ(ö. 1999)²⁰¹ bu ayırımı güzel bir fıkıh anlayışı olarak nitelendirilmişlerdir.

199 Meselenin farklı bakış açıları ile analizini incelemek için bkz. Abdülkâdir b. Hırzillah, a.g.e., s. 231-241

200 Ebu'l-Abbâs Şihâbüddîn Ahmed b. İdrîs b. Abdîrrahman el-Mısırî el-Kârafî, *el-Furûk*, Âlimü'l-Kütüb, C. 2, s. 82

201 Mustafa Ahmed ez-Zerkâ, *El-Medhalü'l-Fıkhıyyü'l-Âmm*, Şam, Dâru'l-Kalem, 2012, C.2, s.734

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KİTÂBU'L-BÜYÛDA CÛZ'Î-HUKÛKÎ GAYELERİN FÜRÛ-İ FIKHA YANSIMA BİÇİMLERİ

Bu bölümde makâsîdüş-şerîanın furû fıkha yansması adına İslâm hukukunun satım akdi çerçevesinde gözettiği cüz'î-hukûkî gayeleri ve bu gayelerin hükümlerin teşekkülünde nasıl yön verdiğini Ebû Hanîfe ve İmâmeynin konu ile ilgili icthât örnekleri üzerinden analiz etmeye çalışacağız. Bu esnada fukâhanın ihtilafındaki rolünü ayrıca mülâhaza edebilme adına yer yer diğér mezheplerin görüşlerini de zikredeceğiz.

I. HANEFÎ İMÂMLAR ARASINDA İTTİFÂKIN VUKÛ BULDUĞU ÖRNEKLER

Bu örneklerde Hanefiler ile diğér mezhep görüşleri ve gözettikleri cüz'î-hukûkî gayeler mukâyeseli bir şekilde ele alındı.

A. İCÂB-KABÛLÜN MÂZİ SIYGASINA BAĞLANMASI

Hanefilere göre İcab-kabul akdin ruknû diğér bir ifade ile varlık sebebidir. Taraflar(akdi yapanlar) ve bunların ehliyeti ile akdin üzerine cereyan ettiğî mevzû ise rukûn değıl inkad şartlarıdır. Rukûn ve inkad şartlarından birinin eksik olması akdi bâtil kılar. Bunların dışında akdin hukukî sonuçları doğurması için gerekli olan vasıf ve şartlar sıhhat şartlarıdır ki bu şartların eksikliği ile akit Fâsît olur.

İcab-kabul akdin ruknû olan karşılıklı rızanın formel halidir. Yani iç iradenin dışı vurumudur. Fukâha bu iç iradenin sözlü veya diğér şekiller ile dışı vurumu üzerinde uzun uzadıya tartışmış ve mümkün mertebe objektif kriterler geliştirmeye çalışmıştır.

Fukâha şu noktada ittifak etmiştir: İç iradenin dışı vurmanın en kuvvetli şekli sözlü beyandır. Bu sözlü beyan mâzi sıygası ile yapılır. Zira mâzi fîli her ne kadar geçmiş zaman ifade etse de ticaret örfünde istilahî mânâda şimdiki zamânâ hamledilir. Dolayısıyla bu sıyganın karşılıklı rızanın varlığına delâleti açıktır; hâricî karinelere başvurulmaz.²⁰²

202 Zuhaylî, *İslâm Fıkhu Ansiklopedisi*, İstanbul, Feza Yayıncılık, 1994, C. 5, s.78

Diğer sıygalar ile yapılan îcab-kabule gelince bu konuda ihtilaf vâkidir. İhtilafın temel sebebi ise bu sıygaların rızanın varlığına olan delâletleri konusundaki görüş ayrılıklarıdır. Hanefilerin bu konudaki görüşleri şöyledir: İcab-kabul muzari sıygası ile yapıldığında niyete bakılır. Çünkü sıyga hem hâle(şimdiki zamânâ) hem de geniş zamânâ delâleti muhtemeldir. Soru, emir ve gelecek zaman sıygaları ise yalnızca gelecek zamânâ delâlet ettiği için niyet edilmiş olsa bile sahih bir şekilde îcab-kabul gerçekleşmediği için akit mün'akit olmaz.²⁰³

Mâlikî ve Şâfi mezhebi emir sıygası dışında Hanefiler ile hemfikirdir. Emir sıygası ise onlara göre örfen şimdiki zamânâ delâlet etmektedir. Dolayısıyla akdin ruknû olan karşılıklı rıza emir sıygası ile de tamam olur.²⁰⁴

Kezâ, mektup, elçi²⁰⁵ ve teâtî(karşılıklı alıp verme)²⁰⁶ ile yapılan îcab-kabul geçerlidir; akit mün'akit olur. Zira asıl olan karşılıklı rızanın hâsıl olmasıdır. Şekiller her çağa göre değişebilir. Lâkin, sözle iradesini açıklamaya muktedir olan kişinin işaretle yaptığı îcab-kabul rızaya olan delâletinin kapalılığından dolayı geçerli değildir.²⁰⁷

Görüldüğü üzere bu konudaki tartışmaların arka planında fukâhanın akdin ruknû olan icap-kabulde karşılıklı rızanın varlığını gözetme gayesi yatmaktadır. İhtilaf noktası ise yapılan beyan ya da şeklin rızaya delâleti konusundaki farklı yaklaşımlarıdır. Fukâhanın akitlerde gözettiği bu gayenin şer'î dayanağını şu naslarda görmekteyiz:

Yüce Allah(cc): “ *Ey iman edenler! Birbirinizin mallarını haram sebeplerle yemeyin. Ancak karşılıklı rıza ile yaptığınız ticaret müstesna* ”²⁰⁸ buyurmuştur.

Resulullah(sav) “....*Satış ancak karşılıklı rıza ile dir.*”²⁰⁹ demiştir.

Karşılıklı rızaya dayanmadan yapılan her akit zulümdür; adâletsizliktir. Nitekim Yüce Allah(cc), Kitab'ında birçok ayette Peygamber'ine ve yöneticilere atfen insanlar arasında adâletle hüküm vermelerini emreder.²¹⁰ Bu sebeptir ki fukâha, bazı istisnâi

203 Abdullah b. Mahmut el-Mevsilî, *el- İhtiyar li Ta' lili'l-Muhtar*, ta'lik: Mahmut Ebu Dakika, Daru'l-Kütüb, Beyrut, 1937, C.2, s.4; Şeyh Ekmeleddin el-Bâbertî el-Hanefî, *el-Inâye Şerhu'l-Hidâye*, Beyrut, Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 2007, C.3, ss. 457-459; Kâsânî, a.g.e., C.5, ss.133-134

204 Zuhaylî, İslâm Fıkhı Ansiklopedisi, a.g.e., C.5, s.79

205 Mevsilî, a.g.e., C.2, s.5; Kâsânî, a.g.e., C.5, s.138; Bâbertî, a.g.e., C.3, ss.460-461; Abdulğani El-Guneymî El-Meydâni El-Hanefi, *el-Lübâb Fi Şerhi'l-Kitâb*, Thk. Muhammet El-Azâzi, Beyrut, Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 2017, s.214

206 Mevsilî, a.g.e., C.2, s.4; Kâsânî, a.g.e., C.5, s.134; Bâbertî, a.g.e., C.3, s.459; Meydâni, a.g.e., s. 241

207 Mevsilî, a.g.e., C.2, s.10; Kâsânî, a.g.e., C.5, s.135

208 Nisa, 4/29

209 İbn Mace, “Hıyar”, 2185; İbn Hibban, “Büyü”, 4967; Beyhâki, “Büyü”, 11075

210 Sad, 38/26; Mâide, 5/42; Nîsa, 4/58

durumların dışında²¹¹ akitlerde karşılıklı rızayı genel esas olarak kabul etmiş ve bunun neticesinde birçok meselenin tecvîz noktasında karşılıklı rıza hukûkî bir gerekçe/gaye olmuştur.

B. KABÛL VE RUCÛ MUHAYYERLİK HAKLARININ TANINMASI

Hanefilere göre taraflardan biri îcabda bulunduğu vakit diğeri muhayyerdir yani kabul de edebilir red de edebilir. Mâlikîlerin aksine tek taraflı îcab bağlayıcı değildir. Gerekçeleri ise şöyledir: Yapılan îcab ile karşı tarafın kabul edip etmemekte muhayyer olmadığını söylemek, onu kabûle mecbur kılmak demektir ki bu da akdin ruknû olan karşılıklı rızayı ortadan kaldırır.²¹²

İcabta bulunan kişi karşı tarafın kabûlünden önce bundan vazgeçebilir. Zira tek taraflı îcab mülkiyet ifade etmediği için başkasının hakkını iptal etme durumu sözkonusu değildir. Buna rucû muhayyerliği denmektedir.²¹³

Kabul ve rucû muhayyerliği tarafların etraflıca düşünüp taşınması ve karşılıklı rızanın kesinleşmesi için hukuk tarafından sunulan bir fırsattır diyebiliriz. Bu açıdan meseleye bakıldığında görüyoruz ki Hanefiler akit meclisinin başından sonuna kadar karşılıklı rızanın kesin bir şekilde hâsıl olmasını amaçlamışlardır. Lâkin, akit tam bir rıza üzerine kurulduktan sonra aynı amaca atfen meclis muhayyerliğine cevaz vermemişlerdir. Zira onlara göre bu noktadan sonra artık kurulan akit ile kazanılan hakların iptali sözkonusudur ki bu da câiz değildir.²¹⁴ Bu aşamada kazanılmış hakların muhâfazasının karşılıklı rıza esasına öncelendiğini görmekteyiz.

C. İVAZLARIN/BEDELLERİN TAYİNİ

Hanefilere göre işaret edilen ıvazların(semen ya da müsemmen) miktarlarının ve sıfatlarının belirtilmesine ihtiyaç yoktur; akit geçerli olur. Zira bizâtihi varlıklarına işaret edilerek yapılan belirleme, akdin gereği olan teslim ve tesellüme mâni olacak şekilde nizâyâ sebebiyet veren cehâleti ortadan kaldırmak için yeterlidir.²¹⁵

Bu bağlamda değerlendirilen bir başka örnek ise şudur: Her kim akitte semeni mutlak olarak zikrederse ödeme revaçta olana göre yapılır. Şayet revaçta mâli değeri

211 Hukuk bazı şartlarda daha üstün bir amacı gerçekleştirmek için akit hürriyetini sınırlandırabilir. Bu amaçlar şunlardır: Kamu yararı, kamu düzeni, milli güvenlik, genel sağlık ve genel ahlâk. Detaylar için bkz. Recep Özdirek, *İslâm Hukukunda Akdin Sınırları*, İstanbul, Yedirenk Yayın, 2010, ss.37-40

212 Mevsîlî, a.g.e., C.2, s.4; Bâbertî, a.g.e., C.3, s.460; Meydânî, a.g.e., s.214

213 Mevsîlî, a.g.e., C.2, s. 4; Bâbertî, a.g.e., C.3, s. 460; Meydânî, a.g.e., s.214

214 Mevsîlî, a.g.e., C.2, s.5; Bâbertî, a.g.e., C.3, ss.263-264; Meydânî, a.g.e., s.214

215 Bâbertî, a.g.e., C.3, s. 464; Meydânî, a.g.e., s. 214

birbirinden farklı iki türlü semen sözkonusu olursa akdin sahih olması için semenin cinsinin belirlenmesi şarttır. Zira burdaki cehâlet taraflar arasında ihtilafa sebep olacak türdendir. Şöyle ki, borçlu değeri az olan, alacaklı ise değeri yüksek olan ile ödeme yapmak isteyebilir. Bu durum akdin amacı ya da gereği olan teslim ve tesellümü imkânsız hale getirir.²¹⁶

Görüyoruz ki, Hanefî fukâhası bu örneklerde akdin ifâsını imkânsız kılacak türden nizâyaya sebebiyet veren belirsizliği ortadan kaldırmayı hedeflemiş ve bu hedef doğrultusunda iki farklı hüküm vermiştir.

D. MALIN SEMEN(NAKİT) İLE MÜBADELESİNDE SEMENİN TE'CİLİ

Hanefilere göre semen tâyin ile taayyün²¹⁷ etmez. Çünkü onun yeri zimmettir. Dolayısıyla malın semen ile mübadelesinde semen belli bir vakte kadar te'cil ettirilebilir. Nitekim Hz. Peygamber bir yahudiden bir yiyecek satın almış ve bedelini belli bir vakde kadar te'cil ettirmiş; zırhını da rehin olarak bırakmıştır.²¹⁸

Te'cil ettirilen bu vaktin Hz. Peygamber(sav)'in yaptığı gibi öncesinde tayin edilmiş olması şarttır. Çünkü satıcı bu bedeli daha erken, alıcı da daha geç ödemek isteyebilir. Nihayetinde bu cehâlet taraflar arasında akdin gereği olan teslim ve tesellümün ifâsına mâni olacak türden nizâyaya sebebiyet verebilir.²¹⁹ Bu şart ile Hanefilerin nizâyaya mâni olmayı hedeflediklerini görüyoruz.

E. MİKTARI BELİRLENEN YIĞIN SATIŞINDA ARTMA-EKSİLME HÂLİNDE MÜŞTERİNİN MUHAYYER OLMASI

Bir kimse mesela, yüz kafız olmak şartıyla yüz dirheme bir yığın buğday satın alsa daha sonra yığın konuşulan miktardan daha az çıkarsa o vakit müşteri muhayyerdir. Dilerse mevcut olanı semenden ona düşen pay karşılığında alabilir. Zira satılan şey mislî olması halinde onun cüzlerine semenin paylaşılması mümkündür. Dilerse fesh

216 Mevsilî, a.g.e., C.2, s.5; Bâbertî, a.g.e., C.3, s. 465; Meydânî, a.g.e., s.214

217 Tâyin ile taayyünden maksad şudur: Para borcu(deyn) misli mal nevinden olduğu için muayyen bir mala değil, bilakis borçlunun zimmetine taalluk eder. Mesela, A, B'den belli bir cinsten yüz ölçek buğdayı satın alsa borç, ta'yin ile belirlenen yüz ölçek buğdaya değil, borçlunun zimmetine bağlı olur; yani borçlu şahıs aynı cinsten herhangi bir yüz ölçek buğdayı ödemekle yükümlüdür. Kıyemî mallarda ise borç zimmete değil, bilakis ta'yin ile belirlenen ayn'a taalluk eder. Mesela, kıyemî mallardan sayılan bir koyunun satışında satıcı ta'yin edilen koyunun dışında başka bir koyun teslim etse bu câiz değildir. Meselenin detayları için bkz. Karaman, a.g.e., C.3, s.23-26

218 Buhârî,"Rehn", 2509

219 Bâbertî, a.g.e., C.3, s.465; Meydânî, a.g.e., s.215

edebilir. Çünkü akit(safka) bölünmüş; rıza bozulmuştur. Şayet müşteri yığının üzerinde ittifak edilen miktardan fazla olduğunu görürse fazlası satıcıya âittir.²²⁰ Cüzlere ayrılmasında zarar bulunmayan her türlü mekîl(ölçülen) yahut mevzûnun(tartılan) hükmü böyledir.

Aynı durum arâzi ya da kumaş gibi uzunluk cinsinden olduğu zaman önceden konuşulan uzunluktan daha az çıkarsa müşteri muhayyerdir; ya fesh eder ya da semenin tümü ile mevcut olanı alır. Fazla çıkması durumunda ise bu fazlalık müşteriye aittir.²²¹

Hanefiler cüzâf satışında tahmini olarak belirlenen yığının miktarında sonrasında ortaya çıkan eksilme ya da artmadan dolayı akdin ruknü olan karşılıklı rıza ortadan kalktığı için Mâlikî ve Şâfîlerin aksine akdi ibtal etmek yerine müşteri lehine akdin feshi ile icrâsı arasında muhayyerlik hakkı vermişlerdir. Fesh tercihi ile akitlerde karşılıklı rızanın varlığını gözettiklerini; icrâsı yönündeki tercih ile de akdin yeniden rızaya dayalı olarak vücut bulması için fırsat verdiklerini görüyoruz.

Şeklen benzeri olup farklı bir hükme bağlanan diğer bir örnek de şudur: Bir kimse on dirhem karşılığında on elbiseye tekâbül eden bir denk(çuval) satın alsa, ancak, dokuz ya da onbir elbise çıkarsa bu durumda semen ve mebî' belirsiz olduğu için akit Fâsid olur. Şöyle ki, onbir elbise çıktığında fazla olan bu bir elbise akde dâhil olmadığı için satıcıya iâdesi lazım gelir. Eksik geldiği zaman da bu eksik olan elbisenin değerinin semenden düşürülmesi gerekir. Lâkin elbiseler muhtelif yani aralarında farklılıklar olduğu için her iki durumda da eksik ya da fazla olan bu elbisenin belirlenmesi konusunda cehâlet vardır. Mebî'deki bu cehâlet semenin de belirsiz olmasına sebep vermiştir. Sonuç olarak hem semen hem mebî', nizâyâ sebebiyet verecek türden belirsiz hale gelmiştir. Şayet "herbir elbiseyi bir dirheme sattım" şeklinde bir beyanda bulunup

220 Bâbertî, a.g.e., C.3, ss. 473-474; Meydânî, a.g.e., ss. 216-217

221 Yiyecek yığınındaki durum ile kumaş ve arâzi arasındaki bu farkın sebebi şudur: Yiyecekte miktar satılan şeyin temel bir cüzüdü, bir niteliği değildir. Yiyecek miktarının her bir parçasına semenden bir cüz tekâbül eder. Kumaş ve arazide uzunluk ise, bir niteliktir ki semenden bir karşılığı yoktur; alınması maksat olarak gözetilmez. Diğer bir ifade ile, müşterinin maksadı esasen satılan şeyi bütünüyle, uzunluğunu ya da enini aslî bir hedef almaksızın satın almaktır. Bu durumda semenin tümü ayn'ın tümünün karşılığı olur. Uzunluk şayet maksat olarak gözetilirse ve "ben sana bu araziye mesela, yüz zirâ' olmak şartıyla yüz dirheme ve her bir zirâ'ı bir dirhem olmak üzere satıyorum" diyecek olsa, müşteri de bunun daha az olduğunu tesbit ederse müşteri muhayyerdir; ya fesh eder ya da o araziye semenden ona düşen pay karşılığında alır. Fazla olduğunu görürse, ziyadesi ile birlikte tümünü, her bir zirâ'ı bir dirhem karşılığında alır, çünkü arâzinin parçalara ayrılması satıcıyı zarara uğratar; dilerse fesh eder. Böylece fazlalığı almak zorunda olmanın doğurduğu zararı bertaraf eder. Bkz. Meydânî, a.g.e., ss. 216-217; Bâbertî, a.g.e., C.3, ss. 475-477; Zuhaylî, İslâm Fıkıh Ansiklopedisi, a.g.e., C.5, ss.482-483

herbir elbisenin fiyatını belirler ve az çıkarsa müşteri muhayyerdir; ister akdi fesh eder, zira safka dağılmış rızâ zedelenmiştir; isterse eksik olan o bir elbisenin fiyatını semenden düşer ve dokuz elbiseyi dokuz dirheme satın alır. Çünkü herbir elbise fiyatının belirlenmesi ile semendeki belirsizlik kalkmıştır. Ziyade durumunda ise, herbir elbisenin fiyatı belirlenmiş olsa da akdin konusu olan bu on elbisenin ve iâdesi lazım olan o bir elbisenin hangisi olacağı konusundaki belirsizlik hâlen daha devam etmektedir. Bu sebeple akit Fâsîttir.²²²

Bu örnekte Hanefiler bir önceki örneğin aksine akit esnasında tahminen belirlenen miktardan az veya çok çıkması durumunda müşteri lehine muhayyerlik hakkı verip akdin icrâsı için bir yol açmamışlar, bilâkis akdi Fâsid kılmışlardır. Zira bu örnekte nizâyâ sebebiyet verecek türden olan cehâletin varlığının giderilmesi mümkün değildir. Ancak herbir elbise fiyatı belirlendiğinde, sadece belirlenen miktardan az çıktığında bu mümkün olduğu için müşteri lehine muhayyerlik hakkı vermişlerdir; ziyâde çıkması durumunda ise nizâ sebebi olan cehâlet varlığını hâlen daha koruduğu için akdi yine Fâsid kılmışlardır. Görüldüğü gibi Hanefileri bu hükme sevk eden hukûkî gaye, akdin gereğini yani teslim ve tesellümü imkânsız kılabilecek türden nizâyâ sebebiyet veren her türlü belirsizliği ortadan kaldırmaktır.

F. MİKTARI BELLİ OLMAYAN BİR KAP VEYA TARTI İLE YAPILAN SATIŞIN CÂİZ OLMASI

Hanefilerin mücâzefe satış türü olarak cevaz verdikleri diğer bir satış türü de miktarı belli olmayan muayyen bir kap veya tartı ile satıştır. Onlara göre buradaki ölçme ve tartma şekli olup hakikî değildir. Ayrıca selem akdinin aksine mevzûnun(akdin konusunun) teslimi hemen olduğu için helak olma ihtimali zayıftır. Dolayısıyla sözkonusu belirsizliğin akdin gereği olan teslim ve tesellüme mâni olacak türden nizâyâ sebebiyet vermemektedir. Lâkin bu kabın ya da tartının ahşap yahut demir cinsinden olup artma veya eksilme ihtimali olmayan şeylerden olması şarttır. Yalnız Ebu Yusuf bu şarttan teâmül haline gelen su kırbalarını istisnâ etmiş; örf delili ile istihsânen cevaz vermiştir.²²³

Öne sürülen gerekçelerden anlıyoruz ki Hanefiler bu meselenin çözümünde de birçok meselede olduğu gibi nizâyâ sebebiyet veren belirsizliği ortadan kaldırmayı

222 Bâbertî, a.g.e., C.3, s.479

223 Bâbertî, a.g.e., C.3, s.469; Meydânî, a.g.e., s.216

hedeflemişlerdir. Su kırbalarına gelince onda da aynı amaç gözetilmiştir. Şöyle ki, bu kırbaların kullanımı insanlar arasında teâmül haline gelmesi sebebiyle nizâyâ mahal kalmadığı için yasak gerekçesi de ortadan kalkmıştır.

G. SEMENİN ÖNCE MEBÎ'NİN SONRA TESLİM EDİLMESİNİN ŞART KOŞULMASI

Satış akdi, satıcıya, mebî'i müşteriye teslim etme sorumluluğu yüklemektedir. Keza, müşteriye de semeni satıcıya teslim etme yükümlülüğü doğurur. Çünkü satış akdi ile her ikisinin de bedeller üzerinde mülkiyet hakkı doğmuştur.

Bu teslim sorumluluğunu ilk önce kimin yerine getireceği bedelin türüne göre değişmektedir. Şayet ayn(mal) karşılığında ayn satılmış ise, ıvazlı akitlerde gözetilen taraflar arasındaki eşitlik esasına göre akdin taraflarının her ikisinin birlikte aynı anda teslim etmeleri gerekir. Sarf akdinde olduğu gibi deyn(borç) karşılığında deyn satışı yapılırsa fâiz ihtimalinden dolayı durum yine aynıdır yani aynı anda karşılıklı teslim yapılır. Ayn, deyn karşılığı satılmış ise Hanefilere göre semen önce mebî' sonra teslim edilir. Ancak bu kural semen müeccel(vadeli) ve mebî' müslemün fiḥ²²⁴ olmadığı vakit geçerlidir.²²⁵

Ayn'ın deyn karşılığı satışında semenin önce teslim edilmesi hükmünde Hanefiler taraflar arasında akit ile kazanılan hakların taayyünü konusunda eşitliği sağlamayı hedeflemişlerdir. Zira müşterinin hakkı mebî'nin(ayn) tâyini ile taayyün ederken satıcının hakkı semen(deyn) ancak kabz ile taayyün eder. Çünkü deynin yeri zimmettir. Sonuç itibâri ile taraflar arasında gözetilen eşitlik gayesi hükmün teşekkülüne etkin bir şekilde yön vermiştir.

Ğ. GÖRME MUHAYYERLİĞİNİN HAK OLARAK TANINMASI

Görme muhayyerliği, müşterinin akit esnasında veya âdeten değişmesi muhtemel olmayacak kadar bir müddet evvel de olsa görmeden satın aldığı malı gördüğü zaman akdi feshetme veya imza etme hakkının olmasıdır.²²⁶

İmam Şâfi dışında fukâhanın çoğunluğu akit meclisinde hâzır olmayan aynî malların görülmeden satışına müşteri lehine görme muhayyerliğinin sabit olması ile

224 Müslemün fiḥ, selemde mebî' olan mal demektir. Bkz. Erdoğan, a.g.e., s.428

225 Mevsilî, a.g.e., C.2, s.8; Bâbertî, a.g.e., C.3, s.493; Meydânî, a.g.e., s.219; Kâsânî, a.g.e., C.5, s.237

226 Zuhaylî, İslâm Fıkıh Ansiklopedisi, a.g.e., C.5, s.201

birlikte cevaz vermişlerdir.²²⁷ Bu konuda ki ihtilafın temel sebebi gözetilen cüz'î-hukûkî gayelerin birbirinden farklı olmasıdır. Şöyle ki, cevaz verenler, satış konusu olan malın uzakta olması ya da başka sebeplerden ötürü akit meclisinde hâzır olamaması gibi durumlarda insanlar için kolaylık sağlamayı; ambalajlı bir yiyecek kutusu ya da ilaç şişesi gibi açılıp görülmesi sonucunda bozulma ve telef olma şeklinde ortaya çıkabilecek olan zararı def etmeyi; akitlerde esas olan karşılıklı rızanın tam olmasını amaçlamışlardır. Bu şer'î gayenin temelini de şu hadise dayandırmışlardır: “*Kim görmediği bir şeyi satın alırsa o bunu gördüğü zaman muhayyerdir*”.²²⁸ Sonrasında da bu hadisi teyid etmek için şu hâdiseyi zikretmişlerdir: “*Osman b. Affan, Talha b. Abdullah'a Basra'daki bir arsayı sattı. Araziyi her ikisi de görmemişlerdi. Hz. Osman'a 'aldandın' dediler. Dedi ki: 'Ben muhayyerim, çünkü görmeden sattım'. Talha'ya dediler ki: 'Sen aldandın'. Dedi ki: 'Ben muhayyerim, çünkü görmeden aldım'. İki bu hususda Cübeyr b. Mutim'i hakem yaptılar. O da hıyar hakkının Talha'nın olduğuna hükmetti.*”²²⁹

Kavlî cedfînde görülmeden yapılan satışa ve dolayısıyla görme muhayyerliğine cevaz vermeyen İmam Şâfi ise, bu tür satışın doğurduğu belirsizliği ortadan kaldırmayı hedeflemiş ve bu amacı Hz. Peygamber'in garar satışını yasaklayan hadisleri²³⁰ ile temellendirmiş; yukarıda zikri geçen hadisin ise zayıf ya da bâtıl olduğunu söylemiştir.²³¹ Cumhur ise bu tür satıştaki gararı ve nizâ ihtimalini müşteri lehine görme muhayyerliğini sâbit kılarak gidermeyi hedeflemiş ve böylece akdin icrâsı için bir yol açmıştır. Görülen o ki, aynı konudaki iki farklı hukûkî gerekçe/gâye, ilgili deliller ile amel noktasında fukâhanın tavrına yön vermiş ve bunun neticesinde iki farklı hükmün teşekkül etmesine sebep olmuştur.

Görme muhayyerliğine cevaz veren fukâha içerisinde yelpâzeyi en geniş tutanlar Hanefilerdir. Şöyle ki, Hanefiler bu tür muhayyerliğin tecvîzi için satış konusu olan malın kendisine ya da bulunduğu mekâna işaret edilmesini şart koşarken²³² Mâlikîler ve bazı basit farklılıklar ile birlikte Hanbelîlerin aksine tavsif edilmesini şart koşmamışlardır. Ayrıca malın tavsif edildiği gibi çıkması durumunda Hanbelî, Mâlikî ve

227 Bâbertî, a.g.e., C.3, s.520; Zuhaylî, İslâm Fıkıh Ansiklopedisi, a.g.e., C.5, s.202

228Dârekutnî, “Büyû”; Beyhâkî, “Büyû”, 10425,10426

229 Cemâluddin Ebu b. Yusuf el-Hanefî Muhammed b. Abdullah ez-Zeylaî, *Nasbu'r-râye Tahrîcû li Ehâdîsi'l-Hidâye*, Thk. Muhammed Avvâme, Dâru'l-Kible, Cidde, 1997, C.4, s.9

230 Müslim, “Büyû”, 1513; Beyhâkî, “Büyû”,10859, “Mükâteb”,21622

231 Bâbertî, a.g.e., C.3, s.520; Zuhaylî, İslâm Fıkıh Ansiklopedisi, a.g.e., C.5, ss.202-203

232 Bâbertî, a.g.e., C.3, s.520

Câferiler müşteri lehine muhayyerlik hakkının kalkacağına ve akdin bağlayıcı olacağına hükmederken Hanefiler bu durumda da muhayyerlik hakkının devam ettiği görüşündedirler.²³³ Hanefilerin bu esnek tutumları görme muhayyerliğinin tecvîzinde fukâha tarafından gözetilen bu gâyelerin tahakkuku açısından tercihe daha şâyandır diyebiliriz.

Genel itibâri ile görme muhayyerliği gibi diğer tüm muhayyerliklerin tecvîzinde ortak olarak gözetilen cüz'î-hukûkî gayeler, satışlarda aldatma ve aldanmaya mâni olma ve akitlerde matlub olan karşılıklı rızanın tam mânâsıyla tesîs edilmesidir.

H. GARAR SATIŞININ YASAKLANMASI

Hanefilere göre ana karnındaki ceninin, memedeki sütün, denizdeki balığın, gökteki kuşun satışı içerdikleri fâhiş garardan dolayı bâtıldır.²³⁴ Zira yavru ölü doğabilir; meme hastalıktan şişmiş olabilir; denizdeki ağdan balık çıkmayabilir ya da beklenilenden daha az veya daha çok çıkabilir; kuşa isabet ettirilebilir veya ettirilemeyebilir. Diğer bir ifade ile zikri geçen örneklerin herbirinde ileride hâsıl olmama ihtimalleri yüksek olduğu için Hz. Peygamber'in yasakladığı mâdumun satışı mesabesindedir; teslimi mümkün değildir. Kezâ, medâmin²³⁵, melâkîh²³⁶ satış türleri de içerdikleri garardan dolayı bu gruba girer.²³⁷ Bu grubtaki garar, satış akdinin konusu olan şeyin varlığına tealluk eden türdendir.

Bir kimse birbirinden farklı iki elbiseden birini ya da sürüden bir koyunu hangisi olduğunu tayin etmeksizin satsa mebî' belirsiz olduğu için bu akit Fâsîttir. Keza, koyunun sırtındaki yünün satışı da böyledir. Zira koyundan kırılacak olan yünün yeri belirsizdir. Muhayyerlik sözkonusu olursa istihsânen câizdir.²³⁸

Bir balıkçı satıcı olarak karşısındakine “bu ağımı bir defa suya bırakıpta çıkartacağım balıkları sana şu kadara satıyorum” demesi şeklinde bilinen “darbetü'l-kânis” satışı; dalgıcın karşısındakine “ bir defa dalacağım ve çıkartacağım inciler şu kadara senin olacaktır” demesi diye bilinen “darbetü'l-ğais” satışı akdin konusunun ya bizâtihi ya da miktarı belirsiz olduğu için bu akitler fâsîttir. Kezâ, câhiliye âdetlerinden

233 Karaman, a.g.e., C.2, ss.278-280

234 Mevsilî, a.g.e., C.2, s.23; Meydânî, a.g.e., s.230; Bâbertî, a.g.e., C. 3, ss.573-574

235 Medâmin, erkek damızlık hayvanların henüz sırtında olan, dişisi ile birleşmesi sonucu yavru haline gelecek olan döl anlamındadır. Bkz. Erdoğan, a.g.e., s. 351

236 Melâkîh, henüz ana rahminde olan yavrular demektir. Bkz. Erdoğan, a.g.e., s. 358

237 Mevsilî, a.g.e., C.2, s.23; Bâbertî, a.g.e., C.3, s.574; Meydânî, a.g.e.,s.230

238 Bâbertî, a.g.e., C.3, s.580; Meydânî, a.g.e., s. 231

olan mülâmesi²³⁹, münâbeze²⁴⁰, bey‘ul-hasat²⁴¹ satışları da aynı gerekçe ile fâsittir.²⁴²

Bir kimse şayet hacıların geleceği vakte, hasad ya da ekinlerin harman edilmesi vaktine gibi belirsiz bir vakte kadar satış yapsa bu akit içerdiği garar sebebi ile Fâsittir.²⁴³

Hanefiler, garar akdin konusu olan şeyin varlığında sözkonusu olduğu vakit sudaki balık, havadaki kuş gibi akdi bâtil kılmışlardır. Nitekim diğer mezhep imâmları da bu konuda onlarla hemfikirdirler. Ğârar vasıfta olduğu vakit akdi fâsid kılmışlar ve fesad sebebi olan cehâlet sonradan giderildiği vakit sahih kabul etmişlerdir. Gararın mebî‘ ya da semen de olması farketmez.

Garar yesir(az miktarda) olduğunda fukâha insanların buna olan ihtiyaçlarına binâen müsâmaha göstermiştir. Böyle bir durumda akit fâsid değildir. İleri sürülen gerekçelerden anlaşılan o ki akdi fâsid kılan garar miktarını belirlemede kıstas, sözkonusu gararın akdin gereğini yani teslim ve tesellümü imkânsız hale getirebilecek türden taraflar arasında nizâyâ sebebiyet verip vermemesidir. Zira garar satışının fâsid kılınmasında fukâha hem akitlerde belirsizliği ortadan kaldırmayı hem de taraflar arasında vukûsu muhtemel olan aldatma ve aldanmaya mâni olmayı hedeflemiştir. Şer‘î dayanakları ise Hz. Peygamber'(sav)'in garar satışını nehyeden hadisleridir.²⁴⁴

İ. AKDİN MUKTEZÂSINA AYKIRI OLAN ŞARTIN AKDİ FÂSİD KILMASI

Hanefilere göre, öğütmek şartı ile buğday satın almak; gömlek dikmek şartı ile kumaş satın almak; bir ay oturmak şartı ile bir ev satmak; bir sene ekmek şartı ile bir arazi satmak; bir ay süre binmek şartı ile bir binek satmak; müşterinin kendisine borç vermesi ya da bir hîbede bulunması şartı ile satış yapmak ve tüm bu örneklerdeki gibi akdin muktezasından olmayan²⁴⁵ya da muktezasına uygun(mülâim) olmayan²⁴⁶ya da örf

239 Mülâmesi, satıcının müşteriye “eğer mala dokunursan satış tamam olacak” diyerek satış yapmasıdır.

Bkz. Erdoğan, a.g.e., s. 55

240 Münâbeze, satıcının müşteriye “üzerine atacağım mal şu bedel karşılığında senin olacak” diyerek satış yapmasıdır. Bkz. Erdoğan, a.g.e., s.55

241 Bey‘ul-hasat, satılan malı çakıl taşı atarak belirleme suretiyle yapılan satış demektir. Mesela, arazi satımında “attığım taşın ulaştığı yere kadar” denmesi gibi. Bkz. Erdoğan, a.g.e., s. 54

242 Bâbertî, a.g.e., C.3, ss.579-580; Meydânî, a.g.e., s.230

243 Mevsilî, a.g.e., C.2, s.26; Meydânî, a.g.e., s.232

244 İlgili hadisler için 247 nolu dipnota bakınız.

245 Akdin muktezasından olan şart, örneğin, müşterinin satıcıya mebî‘yi teslim etmesini şart koşması; satıcının müşteriye semeni teslim etmesini şart koşması ya da satıcının semenin tümü ödeninceye kadar mebî‘yi yanında alıkoymayı şart koşması gibi ıvazlı akitlerin bir gereğidir. Bkz. Zuhaylî, İslâm Fıkıh Ansiklopedisi, a.g.e., C.5, s.333; Karaman, a.g.e.,C.2, ss.182-190

246 Akdin gereğine uygun olan mülâim şart, örneğin, müşterinin semen karşılığında muayyen bir kefil

ve teâmülde yeri olmayan şartlar²⁴⁷ ileri sürüldüğü vakit hem şart hem akit fâsid olur.²⁴⁸

Hanefiler, bu tür fâsid şartın akdi bozmasını şu gerekçelere dayandırmışlardır²⁴⁹:

1) Böyle bir şart taraflardan birine akitte karşılığı olmayan bir menfaat sunmaktadır ki bunda fâiz ya da fâiz şüphesi vardır. Nitekim Allah²⁵⁰ ve Rasulü²⁵¹ fâizi kesin bir dille yasaklamıştır.

2) İleri sürülen şart ile birlikte akit kira, âriyet, hibe gibi ikinci bir akdi de ihtiva etmiş olur ki Resulullah(sav) bir safka içinde iki safka yapılmasını yasaklamıştır.²⁵²

3) Diğer bir sebep ise lehine şart koşulan taraf bu akde ancak bu şartın getirdiği menfaat ile birlikte razı olmuştur. Şart fâsid olduğu vakit sözkonusu olan menfaat ortadan kalktığı için buna bağlı olarak akdin esası olan rıza da ortadan kalkar.

Hanefiler, akit ile birlikte şart olarak ileri sürülen, bir bedele tekâbül etmeyen ve tek bir tarafın lehine menfaat sağlayan bu fazlalık ribevî mallar arasında sözkonusu olduğu vakit şer'an yasaklanan fâiz gerçekleştiği için hem şartı hem de akdi fâsid kılmışlardır. Ribevî malların dışında meydana gelen fazlalığı da fâiz mânâsında telakki etmişler ve bu sebeple akdi yine fâsid kılmışlardır. Onları bu hükme sevk eden hukûkî gerekçe/gaye fâiz yasağının temelinde yatan hukûkî gerekçe/gaye ile aynıdır; o da haksız kazanca mâni olmaktır. Nitekim Hz. Peygamber(sav)'in bir safka içinde iki safkanın yapılmasını yasaklamasında da aynı hukûkî gaye gözetilmiştir. Dolayısıyla, Hanefilerin akde ilave edilen bütün şartlar ve bu şartların akdin sıhhatine tesiri konusunda meseleye haksız kazanç açısından bakmışlardır. Bunun içindir ki akit ile birlikte sürülen şart, taraflardan birine veya üçüncü bir şahsa menfaat sağlamıyorsa örneğin, satıcı bir malı, alıcının başkasına satmaması veya hibe etmemesi şartı ile satmış olsa, şart geçersiz olmakla birlikte akit sahihtir. Böyle bir şart akdin sıhhatine zarar vermez.²⁵³ Görüldüğü gibi akitlerde ileri sürülen şartın akdin sıhhatine zarar verip

veya bir rehini takdim etmesi şartı ile vâdeli satış yapması gibi akdin muktezasından olmamakla birlikte mânâ ve muhteva bakımından akde uygun olup istihsânen cevaz verilmiştir. Zuhaylî, İslâm Fıkıh Ansiklopedisi, a.g.e., C.5, s.334; Karaman, a.g.e., C.2, ss.182-190

247 Örf ve teâmüle uygun olan şartlara örnek olarak şunları verebiliriz: Kilidi satıcının kapağı takması şartıyla, ayakkabıyı satıcının dikmesi şartı ile, saati, çamaşır makinasını, buzdolabını veya radyoyu bozulması halinde bir sene süre ile satıcının tamir etmesi ile satın alması. Zuhaylî, İslâm Fıkıh Ansiklopedisi, a.g.e., C.5, s.336; Karaman, a.g.e., C.2, ss.182-190

248 Mevsilî, a.g.e., C.2, ss.24-25; Meydânî, a.g.e., ss.231-232; Bâbertî, a.g.e., C.3, s.605

249 Mevsilî, a.g.e., C.2, ss.24-25; Meydânî, a.g.e., ss.231-232; Bâbertî, a.g.e., C.3, s.605

250 Rum, 30/39; Âl-i İmran, 3/130; Nisâ, 4/161; Bakâra, 2/275-279

251 Buhârî, "Büyû", 2170, 2174, 2175, 2178; Müslim, "Musâkât", 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81; Tirmîzi, "Büyû", 1206, 1240, 1241, 1243

252 Tirmîzi, "Büyû", 1231

²⁵³ Kâsânî, a.g.e., C.5, s.170

vermemesi noktasında, hukûkî bir gaye olan haksız kazanca mâni olma etkin bir role sahip olmuştur.

J. FUZÛLÎNİN AKDİNİN MEVKÛF KILINMASI

Fıkhî bir terim olarak fuzûlî, “*yetkisi olmadan başkası adına hukûkî işlemde bulunan kimse*” anlamına gelmektedir.²⁵⁴ Yapılan tasarruf, Hanefi ve Mâlikîlere göre sahihtir lâkin hukûkî sonuçları doğurması açısından mevkûftur, yani nâfiz olması, adına hukûkî işlem yaptığı kimsenin iznine bağlıdır.²⁵⁵ Zira sonradan verilen icâzet önceden verilen vekâlet mesâbesindedir. Onlara göre akdin kuruluşu için akdi yapan kimsenin hukûkî yetkiye sahip olması şart değildir; akit yapma ehliyetinin tam olması yeterlidir. Şer’î dayanakları Kur’an’ın satışı helal kılan umûmi beyanları²⁵⁶ ile birlikte Hz. Peygamber(sav)’den gelen şu rivayettir: “*Resulullah(a.s) ahabından Urvetü’l-Bârîkî’ye kendilerine bir koyun satın alması için bir dinar verdi. O da bu dinarla iki koyun satın aldı; birini bir dinara sattı ve Peygamber’(sav)e bir dinar ile bir koyun getirdi. Peygamber(sav) de ona: ‘Allah senin pazarlığını mübarek kılsın’* buyurdular.²⁵⁷ İkinci koyunun alışı ve satışı Hz. Peygamber’(sav)in izni ile olmamıştır. Dolayısıyla sahâbînin yaptığı tasarruf fuzûlî hükmünde olmuştur. Ancak Hz. Peygamber’(sav)in buna hiç bir itirazı olmamıştır. Onun bu ikrarı fuzûlînin akdinin tecvîzi için bir huccet olmuştur. Buna mukâbil Şafîî, Hanbelî ve Zâhirilere göre fuzûlînin akdi batıldır. Gerekçeleri ise, bir tasarrufun şer’an ancak akdi yapanın tam ehliyet ve velâyet sahibi olması ile geçerlilik kazanabileceğidir. Buna ilave olarak Hz. Peygamber’(sav)in ma’dumun satışı konusundaki yasağı da diğer bir gerekçeleridir. Yukarıda zikri geçen hadise de sahâbînin Hz. Peygamber’(sav)den aldığı tam bir velayet ile tasarrufta bulunduğu şeklinde yorumlayarak itiraz etmişlerdir.²⁵⁸

Fuzûlînin akdi konusunda ileri sürülen gerekçeleri mülâhaza ettiğimizde gördük ki Hanefilerin bu konudaki görüşleri Şâri’in mâli muamelelerde gözettiği gayelerin tahakkukuna daha çok hizmet etmektedir. Şöyle ki, bu akit her iki taraf için de bir menfaat sağlayabilir. Fuzûlînin adına akit yaptığı kişi menfaatine aykırı bir durum olduğu vakit icâzet vermeyerek bunu bertaraf etmiş ve böylece akitlerde gözetilen rıza tam bir şekilde hâsıl olmuş olur. Diğer taraftan akdi mevkûf kılarak adına tasarruf

²⁵⁴ Bkz. Beşir Gözübenli, “Fuzûlî”, *DİA*, 1996, XIII, ss.239-240

²⁵⁵ Mevsilî, a.g.e., C.2, s.17; Bâbertî, a.g.e., C.3, ss. 696-699; Kâsânî, a.g.e., C.5, s.149

²⁵⁶ Bâkara, 2/275

²⁵⁷ Buhârî, “Menâkıb”,3642; Ebu Dâvud, “Büyû”, 3384

²⁵⁸ Bâbertî, a.g.e., C.3, ss. 696-699

yapılan kişi tercihini icâzet verme yönünde kullandığında akdin ibtal olmaktan kurtulup vücut bulması için bir yol açmış olurlar ki akitlerde matlub olan da budur. Böylece hem malın revacı sağlanmış hem de insanların ihtiyaçları giderilmiş olur. Meseleye toplumsal ahlâk açısından bakıldığında ise bu tür akitlerin insanlar arasında yardımlaşma duygularını geliştirdiğini de söyleyebiliriz.

II. HANEFÎ İMÂMLAR ARASINDA İHTİLAFIN VUKÛ BULDUĞU ÖRNEKLER

Aşağıda Ebû Hanîfe'nin İmâmeyn ile ihtilaf ettiği örnekler makâsîdî perspektif ile analiz edilmeye ve Ebû Hanîfe'de öne çıkan cüz'î-hukûkî gayeler tesbit edilmeye çalışılmıştır.

A. BİRİM FİYATI BELİRLENEN CÜZÂF SATIŞINDA AKDİN BİR KAFİZ İÇİN GEÇERLİ OLMASI

Cüzâf, bir şeyin ölçülmeden, tartılmadan ve sayılmadan fakat görüldükten sonra tahmin yolu ile satılması demektir. Dört mezhep imâmı, satıcı ve müşteri miktarını kesin olarak bilmedikleri takdirde cüzâf yoluyla yığın(subra)²⁵⁹ satışının câiz olduğu hususunda ittifak etmişler,²⁶⁰ konunun detaylarında ise ihtilafa düşmüşlerdir.

Bu ihtilaflardan birisi şudur: Bir kimse muayyen bir yığını belli bir bedel karşılığında satsa, örneğin satıcı “şu yığını yüz dirheme sattım” dese ve toplam kaç kafiz olduğunu bilmeseydi ya da kumaş dolu bir çuvalı muayyen bir bedel karşılığında satsa ve sayısını bilmeseydi bu câizdir. Zira buradaki cehâlet müşâhede(görme) ile giderildiği için nizâyâ sebebiyet verecek türden değildir. Ancak her kim toplam kafiz miktarı bilinmeyen bir yığın yiyeceği birim miktarını belirlemek suretiyle satsa mesela, satıcı “şu yığını herbir kafizini bir dirhem karşılığında sattım” dese, Ebû Hanîfe'ye göre bu satış sadece bir kafiz için geçerlidir. Çünkü yığının geri kalanı için semen ve mebî' nizâyâ sebep olacak türden belirsizlik içermektedir. Şöyle ki, satıcı öncelikle semenin teslimini talep edecektir; fakat semen belirsiz olduğu için teslim mümkün olmayacaktır. Şayet bu belirsizlik, sonrasında toplam kafiz miktarını tahmînî olarak belirlemek ya da ölçmek suretiyle giderilirse o vakit, müşteri lehine muhayyerlik hakkı sabit olmakla

259 Yığın(subra), bir araya toplanmış buğday gibi yiyecek şeyler demektir. Bu adın ona verilmesinin sebebi, bir kısmının ötekinin üstüne boşaltılması dolayısıyladır. Bkz. Zuhaylî, İslâm Fıkhı Ansiklopedisi, a.g.e., C.5, s. 479

260 Zuhaylî, İslâm Fıkhı Ansiklopedisi, a.g.e., C.5, s. 479

birlikte akit câiz olur. Çünkü artık satış(safka) dağılmıştır.

İmâmeyn ise bu satışı yığının tamamında geçerli saymıştır. Zira onlara göre sözkonusu cehâlet kısa bir zaman sonra akit meclisinin sonunda sayılarak veya ölçülerek giderilmektedir. İnsanlara kolaylık sağlamak amacı ile imâmeynin görüşü fetvaya esas alınmıştır.²⁶¹

Bu hüküm mislî şeylerin satışı için geçerlidir. Kıyemî şeylerin satışına gelince örneğin, bir kişi herbiri bir dirheme bir koyun sürüsü satacak olsa bu akit Ebû Hanîfe'ye göre fâsittir. Akit meclisinde sayıları bilinse dahi hüküm değişmez. Mislî malların cüzleri arasında farklılık sözkonusu olmadığı için bu satış bir kafiz için geçerli iken kıyemî mallarda aralarında ihtiva ettikleri farklılıklardan dolayı nizâyâ sebebiyet verecek türden cehâlet sözkonusu olduğu için sürünün tamamında geçersizdir. İmâmeyn ise mislî mallardaki gibi aynı gerekçe ile yani akit esnasında akdin sahih olmasına mâni olan cehâlet akdin sonunda ortadan kalktığı için bu satışı sürünün tamamında geçerli saymıştır.²⁶²

Ebû Hanîfe ve İmâmeynin bu konudaki görüş ayrılıklarının temelinde akdi fâsid kılmayı gerektirecek türden nizâyâ sebebiyet veren bir belirsizliğin var olup olmadığı konusundaki görüş ayrılıklarıdır. Ebû Hanîfe, nizâyâ sebebiyet verecek türden cehâletin varlığını kuvvetli gördüğü için mislî şeylerde miktarı bilinmeyen bir yığında bir kafizin satışına cevaz verirken kıyemî şeylerde hiç cevaz vermemiştir. İmâmeyn ise, nizâ ihtimalini zayıf gördüğü için mislî olsun kıyemî olsun her iki durumda cevaz vermiş; hukukun genel gayelerinden biri olan “kolaylaştırma” gayesini Ebû Hanîfe'nin aksine “belirsizliği ortadan kaldırma” gayesine öncelmiştir. Bu aşamada meselenin subjektivite yönünü öne çıkılmaktadır.

B. GAYR-I MENKULLER İÇİN YÜZ ZİRÂ'DAN ON ZİRÂ' SATIŞININ GEÇERSİZLİĞİ

Bir kimse yüz zirâ'lık bir bina için “bu binanın % 10'nunu sattım” dese, bu satış imâmlar arasında ittifakla câizdir. Şayet satıcı “bu binanın on zira'ını sattım” derse Ebû Hanîfe'ye göre bu akit fâsiddir. İmâmeyne göre ise câizdir.

İmâmeyn bu meselede zirâ' kelimesini mecâzen müşâ' (مشاع) yani müşterek hisse anlamında kullanmış ve bu durumu %10 ortak hisseye benzetmiştir. Ebû Hanîfe ise bu lafzın mecaz anlamda kullanılmasını bazı gerekçeler ile kabul etmemiştir. Şöyle ki,

261 Mevsilî, .a.g.e., C.2, s. 5; Bâbertî, a.g.e., C.3, ss. 470-472; Meydânî, .a.g.e., s. 216

262 Mevsilî, a.g.e., C.2, s. 6; Bâbertî, a.g.e., C.3, ss. 472-473; Meydânî, a.g.e., s. 216

zirâ'nın mukâbili olan şey hissî olup müşâhede(görme) ile tâyin edildiği için muayyendir. Muşâ' ise aklî olup malın her cüzüne sirâyet eden ve her tarafını kapsayan ğayr-ı muayyen paydır. Dolayısıyla bu on zirâ'nın mukâbili olan mahal belirsiz olmuş olur ki bu belirsizlik insanlar arasında nizâyâ sebebiyet verir. Bütün binanın kaç zirâ' olduğunu belirlemek bu sonucu değiştirmez. Bu hüküm bina gibi diğer gay-ı menkuller için de geçerlidir.

Buradan hareketle denilebilir ki, bu meselede Ebû Hanîfe'yi akdi fâsid kılmaya sevk eden hukukî gerekçe/gaye, akdin gereğini imkânsız kılacak türden nizâyâ sebebiyet veren belirsizliği ortadan kaldırmaktır.

C. OLGUNLAŞMADAN ÖNCE MEYVA VE SEBZE SATIŞININ CÂİZ OLMASI

Meyva ve sebzeyi, insan ya da hayvanın istifâde edebileceği hâle gelmeden önce satmak örfen değer taşıyan mütekavvim bir mal²⁶³ sayılmadığı için câiz değildir. Ancak kendisinden istifâde edilebilecek kıvama gelmiş, fakat bozulma, hastalanma gibi âfetlerden kurtulup tamamen olgunlaşmadan satmak hemen kesip toplamak şartı ile câizdir. Mutlak yani kayıtsız şartsız satış olursa yine câizdir. Çünkü mutlak akit mevzûun(ma'kudun aleyh) hemen teslimini gerektirir ki bu da meyve ve sebzenin derhal toplanması ile mümkündür. Bu görüş Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'a aittir.²⁶⁴

Bu meselede imâmların sözkonusu mevzûnun örfen mütekavvim kapsamında insanların bir şekilde istifâde edebileceği bir mal olmasını tecviz için şart olarak sunmasında bu tür faydasız şeylerin satışının teâmül haline gelmesine ve bunun neticesinde insanların zarâra uğramasına mâni olmayı amaçladıklarını söyleyebiliriz. Aynı amacı belli bir büyüklüğe ulaşmış; insanların veya hayvanların faydalanabileceği kıvama gelmiş ancak olgunlaşmamış; daha iyi ve kaliteli bir hale gelmemiş olan semerin satışının tecvizi için şart olarak öne sürdükleri, dalında bırakılmadan hemen

263 Hanefilere göre mütekavvim mal, hukûken kendisine kıymet ve değer verilen, kullanılmasında ve yararlanılmasında bir yasak bulunmayan mallar demektir. İki kısma ayrılır:

1- Örfen Mütekavvim: Örfen kendisine kıymet ve değer verilenler mütekavvimdir. Bir şeyin örfen mütekavvim sayılabilmesi için bunun bir kişinin mülkiyeti altında bulunması yani onun tarafından ihraz edilmesi gerekir. Aynı şekilde kendisine değer biçilmeyecek kadar az, küçük ve önemsiz şeyler de örfen mütekavvim değildir.

2- Hukûken Mütekavvim: Kendisinden istifâde edilmesi hukûken yasaklanmamış olan şeyler bu sınıfa dâhildir. Konu hakkında diğer mezheplerin görüşleri ve daha detaylı bilgi için bkz. Özdirek, a.g.e., ss.156-179

264 Mevsîlî, a.g.e., C.2, s.7; Bâbertî, a.g.e., C.3, ss. 484-487; Meydânî, a.g.e., s. 218; Kâsânî, a.g.e., C.5, s. 138-139

kesilip toplatılmasında da görmekteyiz. Zira olgunlaşma süresi içerisinde doğal âfet sebebi ile telef olma ve bunun neticesinde müşterinin zarâra uğrama ihtimali vardır. Bu hukûki gerekçenin dayanağı ise şu hadistir: Hz. Peygamber(sav) *“İyiliği ortaya çıkıncaya yahut renkleninceye yahut hastalıklardan kurtulma devresine girinceye kadar meyvaların satışını yasaklamıştır.”*²⁶⁵ Hanefi imâmlar bu hadisteki yasaklılığı hemen kesmeyip bekletmek şartı ile satışa yormuşlardır. Delil olarak da şu hadisi göstermişlerdir: *“Şâyet Allah (bir hastalık veya âfet ile) meyveyı alıp götürürse müslüman kardeşinizin parasını ne karşılığında almış olursunuz!?”* Onlara göre hadiste işaret edilen durum ancak meyveyı kesmeyip olgunlaşmaya bırakma halinde meydana gelir. Diğer taraftan semer ağacın dalında kalmaya ve beslenmeye devam ettiği müddetçe müşteri, satıcının mülkünü semenden bir karşılığın olmaksızın meşgul etmiş olur ki bu da haksız kazançtır. Bu da ileri sürülen diğer bir gerekçedir.

Özetle diyebiliriz ki, yukarıda zikrettiğimiz mânâda mütekavvim olma şartı ve akdin sonrasında semerin hemen kesilip toplatılma şartı ile imâmlar hem tarafların menfaâtini korumayı hem de haksız kazançta mâni olmayı hedeflemişlerdir.

İmam Muhammed ise olgunlaşmaya kadar dalında kalmasına teâmül(örf) delili ile istihsânen cevaz vermiştir. Ona göre olgunlaşmaya bırakma müddeti kısa olup bu zaman süreci içerisinde semer satıcının mülkünden bir şey almaz. Çünkü bu aşamadan sonra semerin olgunlaşması güneşe, aya ve yıldızlara kalmıştır. Ayrıca satış akdinde şart koşulmaksızın terke müsâmaha gösterilmesi teâmül haline gelmiş olan bu uygulamanın yasaklanması insanlar arasında zorluk ve sıkıntıya yol açmaktadır. Fetva da buna göre verilmiştir.²⁶⁶

İmamlar bu örnekte aynı hukûkî gerekçeye dayanarak farklı hükümler vermişlerdir. İhtilafın sebebi ise, İmam Muhammed'in bu meselede Ebû Hanîfe ve Ebu Yusuf'un aksine haksız kazanç, tarafların zarâra uğrama ve nizâ ihtimallerini zayıf görmesidir. Bu sebeple de ictihadında teâmüle uygun olanı esas alarak hukukun genel gayelerinden bir diğeri olan zorluk ve sıkıntıyı kaldırma/rafu'l-haracı öncelemiştir.

265 Buhârî, “Büyû”, 2198; Müslim, “Musâkât”,1555; Nesâi, “Büyû”, 4526

266 Mevsilî, a.g.e., C.2, s.7; Bâbertî, a.g.e., C.3, s.486

D. ŞART MUHAYYERLİĞİNİN HAKK OLARAK TANINMASI

Şart muhayyerliği, akdi yapan taraflardan birinin ya da her ikisinin veya ikisinin hâricinde üçüncü bir kişinin²⁶⁷ belli bir müddet zarfında akdi feshetme veya icâzet verme hakkına sahip olması demektir.²⁶⁸ Mesela, müşterinin satıcıya “bu şeyi senden bir veya üç gün muhayyer olmam şartıyla satın aldım” demesi gibi.

Cumhur, şart muhayyerliğine kıyasa aykırı olarak istihsânen cevaz vermiştir.²⁶⁹ Zira kıyasa göre akitlerde asıl olan bağlayıcı olmasıdır. Delilleri ise alış-verişte devamlı aldanan Habban b. Munkız'ın şu hadisidir: Habban'ın yakınları onu Resulullah(sav)'a şikâyet ettiler. Resulullah(sav) de ona: “*Alış-veriş yaptığın zaman: 'Aldatma yok, ben üç gün muhayyerim de' buyurdular*”²⁷⁰ Kezâ, İbn Ömer'den rivâyet edilen şu hadis diğer bir delildir: “*Alan ve satan, ayrılmadıkları müddetçe muhayyerdirler; ancak (daha uzun müddet)muhayyer olmak şartı ile satım müstesna*”²⁷¹. Bu nakli delillerin yanı sıra şu hukûkî gereçeyi ileri sürmüşlerdir: Akitte, taraflar akdi kesinleştirmeden önce etraflıca düşünüp bilir bir kişiye danışmaya ihtiyaç duyabilirler. Zira akdin mevzûusu hakkındaki bir bilgi eksikliği aldanmaya sebep olabilir.

Şart muhayyerliğine cevaz vermeyen Sevrî, İbn Şübrüme ve bazı Zâhiri âlimleri bu hadislerle şu şekilde itiraz etmişlerdir: “Bunda garar var; akdin âkıbeti meçhule bağlanıyor. Akitte esas olan bağlayıcı olmasıdır. Bu aslın dışına çıkmak için Kitab, Sünnet ve İcmâda bir delil olmalıdır ki bu da yoktur. Rivayet edilen hadisler ya sabit değildir ya da özel vâkıa ve şahıslar içindir; ayrıca başka mânâlara çekilmeleri de mümkündür.”²⁷²

Cumhur, şart muhayyerliğinin tecvîzinde, satışlarda aldatma ve aldanmaya mâni olmayı hedefler iken tecvîz etmeyenler, akitlerde belirsizliği ortadan kaldırmayı; akdi lâzım kılarak hukûkî muâmelelerde istikrar ve emniyeti korumayı amaçlamışlardır. Aynı

267 Muhayyerlik isteyen taraf, üçüncü bir kişiyi yaptığı akit konusunda uzman telakki edebilir ve akdin kesinleşmesi için onun da iradesini devreye sokabilir. Buna istihsânen cevaz verilmiştir. Bkz.

Karaman, a.g.e., C.2, s. 271

268 Şart muhayyerliği ve diğer muhayyerlikler satış, kira, muzâraa, musâkât gibi feshe kâbil lazımlı akitlerde geçerli olup nikâh, hul', talak gibi feshe kâbil olmayan lazımlı akitlerde ve vekâlet, iâre, idâ ve vasiyet gibi gayr-ı lazımlı akitlerde geçerli değildir. Kezâ, teslimi muâccel olan selem akdinde ve akit meclisinde her iki bedelin aynı anda kabz edilmesi şart olan sarf akdinde yapıları gereği şart muhayyerliği câiz değildir.

269 Mevsilî, .a.g.e., C.2, ss.12-13; Kâsânî, a.g.e., C.5, s.174; Meydânî, a.g.e., s.220; Bâbertî, a.g.e., C.3, ss.493-495

270 Buhârî, “Büyû”, 2117; Ebû Dâvud, “Büyû”, 3500; Müslim, “Büyû”, 1533; İbn Mâce, “Ahkâm”, 2355

271 Buhârî, “Büyû”, 2109; Ebû Dâvud, “Büyû”, 3456; Müslim, “Büyû”, 1531; Nesâî, “Büyû”, 4483

272 İbn Rüşd, a.g.e., C.2, s.225

amacı cumhur, muhayyerliği belli bir müddet ile sınırlayarak gerçekleştirmeye çalışmıştır.

Özetle, şart muhayyerliği meselesinde gözetilen hukûkî gerekçe/gayelerin birbirinden farklı olması ve bu farkın ilgili hadislere yaklaşımı etkilemesi tecvîz noktasında hükmün teşekkülüne etkin bir şekilde yön vermiştir.

Bu meseledeki diğer bir ihtilaf da muhayyerliğin müddeti hakkındadır. Mâlikîlerin dışında fukâhanın çoğunluğu şart muhayyerliğini belli bir müddet ile sınırlamışlardır. Amaç akitlerde istikrar ve emniyeti sağlamaktır. İmam Ebû Hanîfe, Züfer ve şâfi'ye göre bu müddet üç gündür.²⁷³ Delilleri ise konu ile ilgili Habban b. Munkız'ın hadisidir. İmam Muhammed ve Ebu Yusuf'a göre ise taraflar karşılıklı rıza ile istedikleri kadar müddet tâyin edebilirler. Hadisteki üç günlük sınırlama Habban için yeterli olabilir, ancak bir başkası için olmayabilir. İmam Mâlike göre ise müddet tâyin edilmeden mutlak söylenen hıyar-ı şart câiz olup müddetin tâyini örfün takdirine bırakılır. Müddet tâyin edilmez ise akdin âkıbeti meçhule bağlandığı ve bu sebeple garar içerdiği için Hanefilere göre akit fâsid, diğerlerine göre bâtil olur.²⁷⁴

Ebû Hanîfe'nin muhayyerlik müddetini üç gün ile sınırlandırması akdin konusuna göre bazen tecvîzinde gözetilen amacın gerçekleşmesi için yeterli olmayabilir. Mesela, meyvada bir gün, kumaş ve hayvanda üç gün yeterli olabilir iken uzak bir arazinin satışında bu müddet yetmeyebilir ve dolayısıyla taraflar aldanabilir. İmam Mâlik ise, sınırlandırma müddetini örfün takdirine bırakarak bu zorluğu bir bakıma aşmış gibi gözükmetedir, lâkin bazen örfün tâyin ettiği bu müddet uzun olduğu vakit akdi yapan diğer taraf bundan zarâr görebilir. Zira bu müddet zarfınca akit gayr-ı lazım olacaktır. Bu durumda bize göre İmâmeynin görüşü yani karşılıklı rıza ile belirlenmesi ihtiyaca cevap vermesi ve muhayyerlikte gözetilen amaç açaşından daha isabetlidir.

E. MUHAYYERLİK NETİCESİ MÜLKİYETİN KARŞI TARAF İNTİKÂL ETMESİ

Hanefilere göre akitte her iki tarafın da muhayyerlik hakkı olduğu zaman akdin neticeleri terettüp etmez.²⁷⁵ Diğer bir ifade ile satılan mal satıcının mülkiyetinden çıkıp

273 Mevsilî, .a.g.e., C.2, ss.12-13; Kâsânî, a.g.e., C.5, s.174; Meydânî, a.g.e., s.220; Bâbertî, a.g.e., C.3, ss.493-495

274 Zuhaylî, İslâm Fıkıh Ansiklopedisi, a.g.e., C.5, ss. 192-193

275 Mâlikîler de bu konuda Hanefiler ile hem fikirdirler. şâfi ve Hanbelîlerde iki görüşten azhar olana göre hıyar hakkı ister satıcı da ister müşteri de olsun akdin neticeleri terettüp eder; her iki bedelin de

müşterinin mülkiyetine girmez. Keza, bedel müşterinin mülkiyetinden çıkıp satıcının mülkiyetine girmez.

Muhayyerlik hakkı sadece müşterinin olursa bedel onun mülkiyetinden çıkmaz iken mebî' satıcının mülkiyetinden çıkar. Zira akit onun tarafından lazımdır. Ancak satıcının mülkiyetinden çıkan mal müşterinin mülkiyetine de girmez. Keza, hıyar hakkı sadece satıcının olduğunda da satılan mal onun mülkiyetinden çıkmaz; bedel müşterinin mülkiyetinden çıkar lâkin satıcının mülkiyetine de girmez. Bu Ebû Hanîfe'nin görüşüdür. İmâmeyne göre ise girer.²⁷⁶

Bu meselede ileri sürülen gerekçelerden anlıyoruz ki, imâmlar aynı meselede birbirinden farklı cüz'î-hukûkî gayeler gözetmişlerdir. Şöyle ki, Ebû Hanîfe bu durumda iki bedelin aynı tarafta toplanmasına mâni olup ıvazlı akitlerde taraflar arasında eşitliği sağlamayı hedefler iken İmâmeyn, malın sahihsiz olarak ortada kalmasına engel olup onu korumayı amaçlamıştır. Bu ihtilafın sonucu hıyar müddeti içerisinde akdin konusu olan mal üzerinde yapılan masrafların ve onda meydana gelen artışların kime ait olacağı meselesinde ortaya çıkmaktadır.

Bu örnekte, aynı meselede gözetilen cüz'î-hukûkî gayelerin birbirinden farklı olmasının fukâha arasında ihtilafa nasıl sebep verdiğini yeniden görmekteyiz.

F. KABZ/TESLİMDEN ÖNCE MEBÎ'DE TASARRUFUN CÂİZ OLMASI

Hanefiler, menkul(taşınabilir) olan mebî'nin kabz(teslim alma) edilmeden önce satışına cevaz vermemişlerdir.²⁷⁷ Bu konudaki şer'î dayanakları ise Hâkim b. Hizam'dan rivayet edilen Hz. Peygamber(sav)'in şu hadisidir: “ Ey Allah'ın Rasûlü, dedim, ben bu gibi şeyleri satın alıyor ve satıyorum. Bunlardan benim için helal olan nedir? Haram olan nedir? Hz. Peygamber(sav) şöyle buyurdu: '*Kabzetmedikçe hiç bir şeyi sakın satma!*'"²⁷⁸. Aklî gerekçeleri ise bu şekilde yapılan satışın garar içermesidir. Şöyle ki, âdeten kabz edilmesi kolay olan taşınabilir malın kabzından önce helak olma ihtimali vardır ki bu ihtimal mebî' üzerinde tasarruf hakkının sübûtu için şart olan tam mülkiyette garara sebep olur. Dolayısıyla bir helak sözkonusu olduğu vakit birinci akit bâtil; ikinci akit de münfesih olmuş olur.

mülkiyeti iki tarafa intikal eder. Bkz. Zuhaylî, İslâm Fıkıh Ansiklopedisi, a.g.e., C.5, ss.194-195

276 Meydânî, a.g.e., s.221; Bâbertî, a.g.e., C.3, s.498-500

277 Mevsilî, a.g.e., C.2, s.8; Bâbertî, a.g.e., C.3, s.651; Meydânî, a.g.e., s.238; Kâsânî, a.g.e., C.5, s.180

278 İmam Ahmed, 15316

Anlaşılan o ki Hanefiler, içerdiği garar sebebi ile menkul bir malın kabz edilmeden önce satışına cevaz vermeyerek öncelikle ikinci akdin feshi ile ortaya çıkabilecek olan hak kaybına mâni olmayı hedeflemişlerdir. İkincil derecede ise bu hak kaybı sebebi ile insanlar arasında husûmetin çıkmasına, güvenin zedelenmesine engel olmayı amaçlamışlar ve konu ile ilgili zikri geçen hadisteki yasağın illetini bu şekilde yorumlamışlardır.

Gayr-ı menkulün kabz edilmeden önce satışına gelince Ebû Hanîfe ve Ebu Yusuf yasak gerekçesi olmadığı için buna cevaz vermişlerdir. Şöyle ki, gayr-ı menkul mallarda helak olma ihtimali çok düşüktür. Dolayısıyla ikinci akdin feshine sebep olabilecek türden garar burda sözkonusu değildir. İmam Muhammed, Züfer ve Şâfi ise hadisi mutlak mânâda almış ve aynı garar ihtimalini gayr-ı menkul mallar için de gördüğü için cevaz vermemiştir.²⁷⁹

Kezâ, aynı hukûkî gerekçe/gaye semen üzerinde kabz edilmeden önce tasarrufta bulunmaya da cevaz vermektedir.²⁸⁰ Zira semenin her ne kadar âdeten kabzı kolay olsa da mebi'nin aksine tayin ile taayyün etmediği için helak olma ihtimali yoktur. Dolayısıyla yasak gerekçesi olan garar burda sözkonusu değildir.

Hulâsa, Ebû Hanîfe kabzdan önce semen ve mebi' üzerindeki tasarruf konusunda ilgili hadisteki Hz. Peygamber(sav)'in yasağını mutlak olarak almamış bilakis, yasağın temelinde yatan şerî gayeyi meşrû bir sebeple kazanılan hakların muhâfazası olarak yorumlamıştır. Hal böyle olunca, bu hukûkî gaye doğrultusunda helak olma ihtimalini gözönünde bulundurarak gayr-ı menkul mebi' ve semen üzerinde kabz öncesi tasarrufa cevaz verirken menkul mebi' üzerinde cevaz vermemiştir.

G. BAZI ŞARTLARLA BİRLİKTE SELEM AKDİNİN CÂİZ OLMASI

Fukâha, fikhî bir terim olarak “*nitelikleri belirlenen vâdeli malın peşin bedelle satımı*”²⁸¹ şeklinde ifade edilen selem akdine ihtiyaca binâen bir takım şartlarla birlikte cevaz vermektedir. Öne sürülen şartlarda gözetilen amaç, akdin yapısı gereği içermiş olduğu garar miktarını en asgari düzeye indirerek taraflar arasında çıkması muhtemel nizâ sebeplerini ortadan kaldırmaktır. Bu konuda fukâha hemfikirdir. Meşrû dayanakları

279 Mevsilî, a.g.e., C.2, s.8; Bâbertî, a.g.e., C.3, ss.652-653; Meydânî, a.g.e., s.238; Kâsânî, a.g.e., C.5, s.181

280 Mevsilî, a.g.e., C.2, s.8; Bâbertî, a.g.e., C.3, ss. 657-658; Meydânî, a.g.e., s.238

281 Bkz. Erdoğan, a.g.e., s. 56

ise bu konudaki Hz. Peygamber(sav)'in şu hadisidir: “ *Her kim her hangi bir şeyde selem yaparsa tartısı belli olsun; ölçüsü belli olsun; vâdesi belli olsun* ”²⁸² Diğer bir şer’î delil de “müdâyene” ayetini²⁸³ selem akdi şeklinde tefsir eden İbn Abbas'ın rivayetidir.²⁸⁴

Selem akdinin cevazı için öne sürülen şartların neler olacağı hususuna gelince bu konuda fukâha arasında ihtilaf vâkidir. Bu ihtilafın temel sebebi, garar sebeplerinden hangisinin taraflar arasında nizâyaya sebebiyet verecek türden olup olmadığı meselesidir. Şöyle ki, bir müctehid bir şartı nizâyaya mâni olmak için gerekli görürken diğer bir müctehid bunu gerekli görmemiştir. Her müctehid kendi düşünce penceresinden nasları yorumlayıp Şâri'in gayelerini gerçekleştirmeye çalışmıştır. Bu durum, Şâri'in gâyelerini tesbit etme ameliyesinin içerdiği subjektiviteden kaynaklanmaktadır.

Hanefilerin selem akdinin tecvîzi için öne sürdükleri şartları ve gözetilen gayeleri beş maddede özetleyebiliriz:

1) Müslemün fihin buğday, hurma gibi cinsini, ova mahsülü ya da kır mahsülü gibi nev'ini, eski, yeni, taze gibi vasfını belirtmek. Bu şartın temelinde genel olarak akittteki gararı giderme amacı yatmaktadır. Aynı amaca binâen Ebû Hanîfe ilaveten miktarının da belirtilmesini şart olarak ileri sürmüştür. Ona göre müslemün fih, her bir cüz'ünün semenden bir karşılığı olan²⁸⁵ mekîlât, mevzûnât ve ma'dudât gibi türden olduğu vakit bu belirsizlik akdin tarafları arasında nizâyaya sebebiyet verebilir. İmâmeyn ise bunu şart olarak görmemiş ve işaret edilmesini yeterli görmüştür.²⁸⁶ Kanaâtimizce bu ihtilafın sebebi, Ebû Hanîfe'nin miktarın belirtilmemesini bir nizâ sebebi olarak görürken İmâmeyn'in öyle görmemesidir.

2) Müslemün fihe²⁸⁷ konu olacak malın, nitelikleri belirlenip zimmetborcu olmaya elverişli türden olması.²⁸⁸ Burda gözetilen hukûkî gaye, akdin ifâsını imkânsız kılabilecek her türlü nizâyaya mâni olmaktır. Bu şarta binâen Ebû Hanîfe, İmâmeyn'in

282 Buhârî, “Büyû”, 2239, 2240, 2241; Müslim, “Musâkât”, 127,128

283 Bakara, 2/282

284 Zeylaî, a.g.e., C.4, s.44

285 Konu hakkında daha detaylı bilgi için 224. dipnota bakınız.

286 Mevsilî, a.g.e., C.2, s.34; Meydânî, a.g.e., s. 247; Bâbertî, a.g.e., C.4, s.10-12

287 Müslemün fih, selemde mebi' olan mal demektir. Bkz. Erdoğan, a.g.e., s.428

288 Fukâha arasında hâkim olan görüşe göre, bu şartı yerine getirmede misli mallar daha elverişli olmakla birlikte selemde asıl olan, ister misli ister kıyemî olsun malın zimmete taalluk edebilecek şekilde nitelikleri ile tanımlanabilmesidir. Bu sebeple Mâlikî, Şafii ve Hanbelîler misli olmadığı halde yaş, cinsiyet vb özelliklerinin belirtilmesi şartı ile hayvanlarda seleme cevaz vermektedirler. İbn Hazm ise hadisin lafzı ile hareket ederek selemi sadece kelyli ve vezni olanlarda câiz görmüştür. Bkz. Bilal Aybakan, “Selem”, *DİA*, 2009, XXVI, ss. 402-405

aksine hayvanlarda seleme cevaz vermemiştir. Zira hayvanların maliyetinin takdir edilmesinde oldukça belirgin farklılıklar söz konusu olup bu şartın yerine getirilmesi tam anlamıyla mümkün değildir. Kezâ, Hanefiler birimleri arasında fiyata yansıtacak düzeyde fark bulunan nar, ayva, karpuz gibi ürünlerde de seleme câiz görmezler ancak, birimleri arasında önemli farklılıklar bulunmayan yumurta, ceviz gibi mallarda seleme cevaz vermişlerdir.²⁸⁹

3) Müslemün fihe konu olan malın vâde süresince piyasada mevcut olması.²⁹⁰ Hanefiler bu şartla diğer mezhep imâmılarına nisbetle daha ihtiyatlı davranıp akdin ifâsı karşısındaki bütün engelleri kaldırmaya çalışmışlardır. Zira onlar, malın sadece vâde tarihinde normal şartlarda temin edilebilmesini şart koşmuşlardır. Bazı âlimler bu konuda Hanefilerin garar ihtimalini azaltmak düşüncesiyle hareket etseler de söz konusu şart ile Şâr'ın müsâade ettiği genişliği daraltıp gereksiz yere sıkıntıya yol açtığını ileri sürmektedir.²⁹¹

4) Müslemün fihin ifâ zamanı²⁹² ve İmâmeynin aksine Ebû Hanîfe'ye göre yerinin belirlenmesi. Ebû Hanîfe'ye göre akit yeri teslim için bir mekân olarak taayyün etmez. Zira akit, yer tayin etmeksizin mutlak olarak yapılmaktadır. Bu durumda teslim yerinin taayyününde bir belirsizlik ortaya çıkar ki böyle bir belirsizlik taşıma masrafları konusunda taraflar arasında nizâyaya sebebiyet verebilir. İmâmeyne göre ise akit yeri teslim için yer olarak taayyün eder.²⁹³ Her iki tarafın da amacı nizâyaya mâni olmak lâkin, gördüğümüz kadarı ile Ebû Hanîfe bu konuda daha fazla ihtiyatlı davranmıştır.

5) Re'sü'l-malın²⁹⁴ akit meclisinde kabz edilmesi.²⁹⁵ Bu şartın arkasında yatan hukûkî gaye, tabiatı gereği garar içeren selem akdindeki garar miktarının daha fazla artmasına mâni olmaktır. Diğer açıdan, bu akdin tecvîz amacı üretim konusunda üreticiye gereken desteği sağlamaktır. Semen peşin ödenmediği takdirde bu amaç ortadan kalkar.²⁹⁶

289 Mevsilî, a.g.e., C.2, s.34; Bâbertî, a.g.e., C.3, ss.711-712;

290 Mevsilî, a.g.e., C.2, s.37; Meydânî, a.g.e., s.247

291 İbn Kayyim, a.g.e., C.1, s.302

292 İmam Şâfi'ye göre vâdeli selem câiz oluşuna kıyasla vâdesiz selemde câizdir. Bkz. Zuhaylî, İslâm Fıkıh Ansiklopedisi, a.g.e., C.5, s.444

293 Mevsilî, a.g.e., C.2, s.35; Meydânî, a.g.e., s.247-248; Bâbertî, a.g.e., C.4, ss.13-14

294 Re'sü'l-mal, selem akdinde semen demektir.

295 Mevsilî, a.g.e., C.2, s.34; Meydânî, a.g.e., s.248; Bâbertî, a.g.e., C.4, s.16

296 Mâlikîlerin dışında çoğunluk re'sü'l-malın akit meclisinde kabzını selem sîhhat şartı olarak saymıştır. Mâlikîlere göre ise üç gün te'cil edilebilir. Bkz. Zuhaylî, İslâm Fıkıh Ansiklopedisi, a.g.e., C.5, s.441

Özetle diyebiliriz ki Ebû Hanîfe ve ashabının selem akdinin tecvîzi için ileri sürdükleri tüm şartlar özünde aynı hukûkî gayeyi barındırmaktadır ki o da taraflar arasında nizâyâ sebebiyet verecek türden her türlü gararı ortadan kaldırarak akdin îfâsını mümkün kılmaktır. Zira insanların bu akde ihtiyacı vardır.

Ğ. BAZI ŞARTLARLA BİRLİKTE İSTİSNA' AKDİNİN CÂİZ OLMASI

Klasik Hanefî kaynaklarında genel olarak “ *işlenmiş olması şartıyla bir aynın satışı*” ya da “ *bir ayn üzerinde sarfedilen emeğin satımı*” şeklinde tarif edilen²⁹⁷ ve Hz. Peygamber(sav)'den bu yana insanlar arasında teâmül haline gelen İstisna' akdi her ne kadar selem akdi ile benzerlik gösterse de Hanefî imâmları bu tür akdi selemden ayrı bir çeşit olarak mütâlaa etmişlerdir. Bu sebeple de akdin tecvîzi için semenin akit meclisinde kabzı, vâdenin belirlenmesi gibi selem akdine mahsus şartları ileri sürmemişlerdir. Diğer mezhepler ise istisna' akdini selem akdi içerisinde mütâlaa ettikleri için tecvîzi için aynı şartları koşmuşlardır.²⁹⁸ Dolayısıyla tavsif ile belirlenebilen her şey seleme konu olabilirken bu özelliğe sahip olamayan standart kapsamın dışındaki özel nitelikli malların bu usulle satışı mümkün değildir. Hâlbuki insanlar bu tür özel siparişlere her zaman ihtiyaç duymuşlardır. Meseleye bu açıdan bakıldığında Hanefîlerin istisna' akdini selem akdinden ayrı mütâlaa etmeleri insanların ihtiyaçlarının karşılanması, zorluğun def'i ve kolaylığın celbi bakımından Şâr'in gayelerine daha uygun olduğu görülmüştür.

İstisna' akdi selem akdinin aksine tavsif ile zimmete taalluku mümkün olan deyn türünden değil, bilakis ayn cinsinden olduğu için daha çok garar içermektedir. Bu sebeptendir ki Hanefîler istisna' akdinin tecvîzi için akdin konusu olan şey için cinsinin, türünün, miktarının ve niteliğinin belirlenmesini şart olarak sunmakla birlikte insanların teâmülü olduğu şeylerle sınırlı tutmuşlardır. Teâmülün olmadığı şeylerde ise istisna' akdine cevaz vermemişlerdir.²⁹⁹ Amaç, tıpkı selem akdinde olduğu gibi garar sebebi ile taraflar arasında akdin îfâsını imkânsız kılacak türden her türlü nizâyâ mâni olmaktır.

Ebû Hanîfe, istisna' akdinin tecvîzi için İmâmeynin aksine sipariş edilen şeyin teslimi için bir sürenin tayin edilmemesini yani vâde olmamasını ilâveten şart olarak

297 Hamza Aktan, “İstisna’”, *DİA*, XXIII, s.394

298 Zuhaylî, *İslâm Fıkhı Ansiklopedisi*, a.g.e., C.5, s.466

299 Bâbertî, a.g.e., C.4, ss.31-34; Kâsânî, a.g.e., C.5, s.209

ileri sürmüştür.³⁰⁰ Aksi takdirde akdin türü istisna'dan seleme dönüşür ki o vakit selem için öne sürülen diğer bütün şartların da aranması gerekir. Her ne kadar şeklen kullanılan lafız selem olmasa da önemli olan mânâdır. İmâmeyne göre ise vâde belirlensin ya da belirlenmesin her durumda yapılan akit İstisna' akdidir. Çünkü istisna' akdinde vâde konması âdet haline gelmiştir.³⁰¹ Görüldüğü gibi bu konuda Ebû Hanîfe'nin tutumu İmâmeyne nazaran daha kısıtlayıcıdır.

H. İSTİSNA' AKDİNDE MÜŞTERİYE MUHAYYERLİK VERİLMESİ

İstisna' akdi meselesinde imâmlar arasındaki diğer bir ihtilaf da akdin bağlayıcılığı konusundadır. Şöyle ki, fukâha nezdinde genel olarak kabul gören görüşe göre İstisna' akdi, iş tamamlanıp müşteri tarafından görülmesi ile birlikte hakkı taayyün edinceye kadar her iki taraf için de gayr-ı lazımdır. Bu sebeptendir ki zanaatkâr îmal ettiği şeyi bu süre içerisinde bir başkasına satabilir. Müşteri ısmarladığı şeyi gördüğü vakit Ebû Hanîfe ve İmam Muhammed'e göre görme muhayyerliği vardır yani ister alır ister akdi fesh eder. Ebu Yusuf'a göre ise şayet ısmarlanan şey müşterinin isteğine uygun olursa akit bağlayıcılık kazanır, muhayyerlik söz konusu olmaz. Ancak ayıp veya vasıf muhayyerliği sebebi ile red edebilir.³⁰² Ebû Hanîfe ve İmam Muhammed müşterinin menfaatini korumayı amaçlar iken Ebu Yusuf zanaatkârın zarara uğramasına mâni olmayı hedeflemiştir. Zira ısmarlanan malı bir başkasına satması pek fazla mümkün değildir. Ona göre zanaatkârın zararı müşterininkinden daha fazladır. Nitekim akdin konusu olan bu mal daha büyük hacimlerde olduğu vakit olası zarar miktarı da daha fazla olabilmektedir. Böyle bir durumda zanaatkârların menfaatleri korunmadığı için bu iş alanları kapanabilir, insanlar sıkıntıya düşebilirler. Diğer taraftan müşterinin menfaati, isteğine uygun olma şartı ile zanaatkârınki de müşteri lehine muhayyerlik hakkı verilmeyip akdin lazım kılınması ile korunmuş ve her iki taraf da zarara uğramamış oldu. Bu açılardan meseleye bakıldığında Ebu Yusuf'un görüşü Şâri'in gayelerine daha uygundur diyebiliriz.

Bu örnekte de görüldüğü gibi aynı meselede gözetilen cüz'î-hukûkî gayelerin birbirinden farklı olması hükümlerin de farklı yönde teşekkül etmesine sebebiyet

300 Burda üzerinde tartışılan vâde, müşterinin acele ettirmesi(istifical) şeklinde değil, bilakis zanâatkârın mühlet istemesi şeklinde olmalıdır. Bkz. Bâbertî, a.g.e., C.4, s.34

301 Teâmülün olmadığı şeylerde vâde konulursa bu akdin selem akdine dönüşeceği konusunda imâmlar arasında ittifak vardır. Bkz. Bâbertî, a.g.e., C.4, s.34

302 Mevsilî, a.g.e., C.2, s.38; Bâbertî, a.g.e., C.4, s.33; Kâsânî, a.g.e., C.5, ss.3-4

vermiştir.

Bu bölümde zikri geçen tüm örnekler benzeri özelliklere sahip aynı hukûî gayelerin gözetildiği birçok örnekle daha da genişletilebilir, lâkin biz tezin amacının tahakkuku açısından kâfi gördüğümüz miktarda örnek zikretmekle yetindik.



SONUÇ

Yüce Allah(cc)'in vaz' ettiği her bir hükümde ister muallel ister taabbudî olsun insanlar için ya bir maslahatın celbi ya da bir mefsedet'in def'i olduğu konusunda fukâha arasında ittifak vardır. Kimisine göre bu maslahat hükmün sâiki kimisine göre de semeresi yani sonucudur. Şâri' açısından şer'i hükümlerin vaz' edilmiş gayeleri olarak da isimlendirilen ve bir bakıma nasların ruhu addedilen *makâsîdü's-şerîaya* en derin bir şekilde vâkıf olan öncelikle Hz. Peygamberdir. O'nun öğretileri doğrultusunda yetişen ashâb, bu şer'i gayeleri ya da Cuveynî'nin tâbiri ile mânâları en güzel şekilde idrak etmiş ve bunu icthadlarına da yansıtılmışlardır. Bu sebeptendir ki müctehid imamların geneli bir meselenin hükmünü Kur'an ve Sünnet'te bulamadıklarında sahâbenin görüşlerine mürâcaat ederlerdi. Zira onların görüşlerini mûteber kılan şey Şâri'nin gayelerine vâkıf olmadaki öncelikleri ve yetkinlikleri idi.

Hz. Peygamber(sav)'in vefatından sonra müctehid imamlar, içinde yaşadıkları sırada meydana gelen sosyal değişim ve bu değişimin doğurduğu meselelerin çözümünde kendilerine has fikir pencerelerinden nasları yorumlayıp lafızdan kopmadan bu mânâları yakalamaya çalışmışlardır. Her ne kadar nasların genelinde dinin, canın, aklın, neslin ve malın korunması şeklinde formüle edilen hamse-i zarûriyye konusunda fukâha arasında ittifak sözkonusu ise de cüz-î gayelerin tesbiti zannîlik içerdiği için her müctehid kendi zannı ile tesbit ettiği şer'i gaye doğrultusunda takdir yetkisini kullanarak hüküm vermiştir. Dolayısıyla *makâsîdü's-şerîa* fukâhanın ihtilafında etkin bir role sahip olmuştur. Bu rolün bir örneğini de furû-i fıkhîta kitâbü'l-büyû'da incelediğimiz örneklerde görmekteyiz. Bu örneklerde bazen Ebû Hanîfe İmâmeyn ile bazen de Ebu Hanîfe ve ashâbı diğer mezhepler ile ihtilaf etmektedir.

Satım akdi çerçevesinde Ebû Hanîfe'nin icthadları genel olarak değerlendirildiğinde onun konu ile ilgili cüz'î delilleri yorumlamasında; illetleri tesbitinde; kıyasın katılığı karşısında istihsân yöntemine başvurmasında; mâlî muâmelerdeki fâsid-bâtıl ayırımında; akitlerin icrâsı yönündeki genel teâmülünde hep aynı ruh yani nasların ruhu olarak addedilen *makâsîdü's-şerîa* vardı, öyle ki bu ruh konu ile ilgili incelenen icthad örneklerinin genelinde yön verici özelliğe sahip olmuştur.

Kitâbü'l-büyû'da incelenen örneklerde Ebû Hanîfe, İmâmeyn ve diğer

mezhepler tarafından gözetilen şu cüz'î-hukûkî gayelerin öne çıktığı görülmektedir:

1) Akdin tam olarak karşılıklı rıza üzerine kurulması. Bu hukûkî gaye akdin vücut bulup bulmaması noktasında müessirdir. Bunun örneklerini îcab-kabul sıyga ve şekillerinde, bir yönü ile kabul-rucû ve diğer muhayyerlik çeşitlerinde, fuzûlînin akdinin mevkûf kılınmasında ve bu konudaki ihtilafların arka planında görmekteyiz. Aynı şekilde, akdin tarafları için öne sürülen tam ehliyet şartını ve bunun çevresinde dönen tartışmaları her ne kadar zikredilen örnekler arasında mevcut olmasa da bu bağlamda ayrıca zikredebiliriz.

2) Akdin gereğini imkânsız kılacak türden nizâyâ yol açan her türlü belirsizliği ortadan kaldırma. Bu hukûkî gayenin şer'î dayanağı ise Hz. Peygamber'in garâr satışı konusundaki yasaklarıdır. Bu hukûkî gaye ekseriyetle akdin bedelleri yani semen ve mebi' üzerinde cehâlet söz konusu olduğunda gündeme gelmektedir. Bilhassa Ebû Hanîfe'nin yukarıda zikri geçen bazı örneklerde örf ve teâmüle rağmen bu hukûkî gayeye sıkı sıkıya tutunduğunu görmekteyiz. Örneğin, kıyemî mallarda cüzleri arasındaki farklılıklardan dolayı ortaya çıkabilecek olan belirsizliğin nizâyâ yol açacağı gerekçesi ile birim fiyatı belirlenen cüzâf satışına cevaz vermemiştir. Yine aynı gerekçe ile hayvanlarda selem yapılmasına da cevaz vermemiştir. İmâmeyn ise bu konularda mevcut olan örfü esas alarak hukukun genel bir gayesi olan kolaylığı, nizâ sebebi olan belirsizliği ortadan kaldırmaya öncelemiştir. Ebû Hanîfe'nin nizâ sebebi olarak gördüğü belirsizliği onlar nizâ sebebi olarak görmemişlerdir. Burada tartışılan mevzu, akitlerde belirsizliği ortadan kaldırmanın gözetilmesi gereken bir hukûkî gaye olup olmadığı değil, bilakis nizâyâ yol açan türde belirsizliğin var olup olmadığı meselesidir.

Bu hukûkî gayenin Ebû Hanîfe'de baskın olduğu diğer bir örnek de selem akdinin tecvîz şartlarıdır. Şöyle ki, Ebû Hanîfe müslümün fihin vâde boyunca piyasada mevcut olmasını, teslim yerinin belirtilmesini yine aynı hukûkî gerekçeye dayanarak cumhurun aksine ilâve şart olarak ileri sürmüş ve bu durum zorluğa sebep olmuştur. Ebû Hanîfe'nin bu tutumu, icihadlarının genel karakteristik özelliklerinden biri olan kolaylık esasına aykırı olduğu için yadırganmıştır. Ancak biz bu yadırganmayı haklı bulmuyoruz. Çünkü, şer'î hükümlerin vaz'ında gözetilen asıl gaye, maslahatın celbi, mefsedetin def'idir. Bu maslahat, bazen kolaylıkla birlikte bazen de zorlukla birlikte. Ebû Hanîfe de bu maslahatı zorlukla birlikte görmüştür. Diğer taraftan söz konusu olan nizâ hem akdin îfâsını imkânsız kılar ki bu mâlî muâmelelerde talep edilmeyen bir

durumdur hem de bu sebeple insanlar arasında husûmet zuhur edebilir, insanların maslahatı için cevaz verilen satış akdi insanlar için mefsedete dönüşebilir. İşte bu açılardan meseleye bakabilirsek Ebû Hanîfe'nin bu tutumunu daha iyi anlayabiliriz. Zira bazen bir meselede iki hukûkî gaye çatışabilir. Müctehidde hangisi daha ağır basar ise meselenin tecvîzi noktasında takdir yetkisini o doğrultuda kullanır. Bu da meselenin subjektivite yönünden kaynaklanmaktadır.

3) Tarafların menfaatini korumak, zarara uğramasına mâni olmak. Bunun bir örneği meyve ve sebzenin olgunlaşmadan önce satışdır. Burada taraflardan birinin diğerine kasıtlı olarak zarar vermesi söz konusu değil, bilakis rizikonun yüksek olması ile alâkalı bir durumdur. Diğer bir örnek de istisna' akdinde müşterinin menfaatinin korunması için muhayyer kılınmasıdır.

4) Aldatma ve aldanmaya mâni olma. Bu hukûkî gayenin örneği muhayyerliklerdir. Esasen tarafların menfaatinin korunması söz konusu olsa da bu maddenin bir önceki madde ile farkı kasıt unsurunun olmasıdır.

5) İvazlı akitlerde taraflar arasında eşitliğin sağlanması. Örneğin, aynın deyn ile satışında semenin önce mebî'nin sonra teslim edilmesinde; müşteri lehine muhayyerlik sâbit olup akit onun için gayr-ı lazım olduğu için semenin mülkiyetinin ondan çıkmaması, satıcı için lazım olup mülkiyetin ondan çıkması fakat iki bedel tek tarafta toplandığı için müşterinin mülkiyetine de girememesi ve malın ortada kalmasında taraflar arasında eşitlik gözetilmiştir.

6) Haksız kazanca mâni olmak. İslâm hukukunda ribâ ya da ribâ ihtimalinin bulunduğu her türlü akdın fâsid kabul edilmesinde bu hukûkî gaye esas alınmıştır.

7) Akitlerde istikrâr ve emniyeti sağlamak. Bunun bir örneği şart muhayyerliğinin üç gün ile sınırlandırılmasıdır. Akitlerin icrâsı yönündeki genel teâmülün de temelinde aynı hukûkî gaye bulunmaktadır.

8) Meşrû yolla kazanılan hakların muhafaza edilmesi. Meclis muhayyerliğine cevaz verilmemesi buna örnektir. Aynı şekilde menkul mallarda kabzdan önce tasarrufta bulunmanın câiz olmayışı da diğer bir örnektir. Zira kabzdan önce mal helak olabilir ve bu sebeple ikinci akit münfesih olma tehlikesi ile karşı karşıya kalabilir ki bu durum akit ile birlikte kazanılan hakların zâyi olmasına sebep olur.

9) Kolaylığın esas alınması. Bu hukûkî gaye aynı zamanda şer'î hükümlerde gözetilen genel bir gayedir. Örf delili ile yapılan istihsân örnekleri bu gruba girer.

Şer'î bir hükmün vaz'ında birden çok hukûkî gaye gözetilmiş olabilir, ileri sürülen gerekçeler arttırılabilir. Fakat bunlardan sadece bir tanesi tecvîz noktasında asıl olup diğerleri tâbi derecesinde ikincil konumdadır. Yukarıda zikri geçen örneklerde daha çok asıl konumunda olan ve kapsamında benzeri birçok meselenin toplandığı hukûkî gayeler ele alınmıştır.

Sonuç olarak, kitâbu'l-büyû'da Ebû Hanîfe ve İmâmeynin genel olarak lafız ile mânâ arasını uzlaştırmaya çalışan mümkün mertebe lafızdan kopmayan bir tutum sergilediklerini görmekteyiz. Bu içindir ki onun icthadları, içinde yaşadığı toplumu tanıyan, ihtiyaçlarına cevap verebilen, değişimi gözlemleyen, canlı ve dinamik bir yapıya sahiptir. Kanaatimizce bugünün ihtiyacı olan şey de tam olarak budur. Zira Ebû Hanîfe'nin icthadları âdeta taabbûdîlik zırhı ile bugüne kadar korunmuş, ancak bu icthadları dinamik kılan temel sebep ihmal edilmiştir. Bu nedenle her müctehid Ebû Hanîfe gibi yaşadığı çağın dinamiklerini iyi okuyabildiği ve bunları *makâsîdû's-şerîa* ile uzlaştırabildiği takdirde İslâm hukuku kaybettiği dinamizmini bugün yeniden yakalayabilecektir.

BİBLİYOGRAFYA

ABDURRAHMAN, Zahrudin, *Makâsîdü'ş-Şerîa fi Ahkâmi'l-Büyük*, Beyrut, Daru'l-Kütüp el-İlmiyye, 2009.

AKGÜNDÜZ, Said Nûri, “Hanefî Furûunda İstihsân -El-Hidâye Örneği”, *M.Ü.İlahiyat Fakültesi Dergisi*, S. 23, C.II, 2002, ss. 29-57.

AKTAN, Hamza, “İstisna”, *DİA*, C. XXIII, 2001, ss. 393-396.

ÂMİDÎ, Ebu'l-Hasen Seyfuddîn Alî b. Muhammed b. Sâlim es-Sa'lebi, *el-İhkâm fi Usûli'l-Ahkâm*, C. IV, Beyrut, el-Mektebü'l-İslâmî, t.y.

APAYDIN, H. Yunus, “Nasları Anlamada Yetki Ve Yöntem Sorunu”, *Marife Dergisi*, S.1, 2002, ss. 7-24.

— “Nehiy”, *DİA*, C. XXXII, 2006, ss.544-547.

— “Ta'lîl”, *DİA*, C. XXXIX, 2010, ss. 511-514.

— “Fesad”, *DİA*, C. XII, 1995, ss. 417-421

— “Sahâbî Kavli”, *DİA*, C. XXXV,2008, ss. 500-504.

— “Kıyas”, *DİA*, C. XXV, 2002, ss. 529-539

ATAR, Fahrettin, *Fıkıh Usulü*, İstanbul, M. Ü. İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2014.

AYBAKAN, Bilal, “Selem”, *DİA*, C. XXVI, 2009, ss. 402-405.

BÂBERTÎ, Şeyh Ekmeleddin, *el-Inâye Şerhu'l-Hidâye*, Beyrut: Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 2007.

- BAĞDÂDÎ, Ebu Bekir Ahmet b. Ali Sabit b. Ahmet b. Mehdi el-Hatîb, *Tarih-i Bağdat ve Züyülühü*, C.XXIV, Beyrut, Daru'l-Kütüb el-İlmiyye, t. y.
- BAKTIR, Mustafa, *İslâm hukukunda Zarûret Hali*, Ankara, Akçağ Yayın, 1981.
- “Çağımızda Sosyal Değişme Ve İslâm”, *2002 Kutlu Doğum Sempozyumu Tebliğ Ve Müzâkereleri*, 2007, ss. 329-342.
- BARDAKOĞLU, Ali, İstihsân, *DİA*, C. XXIII, 2001, ss. 339-347.
- BİNGÖL, Abdülkuddüs, İstikrâ, *DİA*, C. XXIII, 2001, ss: 358-359.
- BUHÂRÎ, Alâuddin bin Ahmed Abdulaziz, *Keşfu'l-Esrâr 'an Usûli Fahri'l-İslâm el-Pezdevî*, C.IV, İslâmi Kitap Evi, t.y.
- BULUTLU, Yusuf, “Muhammet Tâhir Bin Âşur' un İslâm Hukuk Felsefesi İle İlgili Görüşler”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), 2016.
- CESSÂS, Ebû Bekr Ahmed b. Ali er-Râzî, *el-Fusûl fi'l-Usûl*, 2. B, C.IV, Vizâratü'l-Evkâf el-Kuveytiyye, 1994.
- CUĞAYM, Nu'man, *Turuku'l-Keşfi 'an Makâsîdü'ş-Şerîa*, y.y., Daru'n-Nefais, 2012.
- “Turuku Ma'rifeti Makâsîdü'ş-Şerîati Beyne'ş-Şâtîbî ve'l-Küttap el-Muasırın”, *Mecelletü'ş-Şeria ve'd-dirasati'l-İslâmiyye*, S. 104,2016.
- CÜNDİY, Semih Abdulvehhab, *Ehemmiyyetü'l-Makâsîd fi'ş-Şerîati'l-İslâmiyye ve Eseruhâ fi Fehmi'n-Nas*, Şam, Müessesetü'r-Risaleti Naşirun, 2013.
- ÇELEBÎ, İlyas, “Husün ve Kubûh” , *DİA*, C.XIX, 1999, ss: 59-63.
- DEBÛSÎ, Ebu Zeyd Abdullah bin Ömer bin İsa, *Takvîmu'l-Edille fi Usûli'l-Fıkh*, Beyrut, Mektebetü'l- Asriyye, 2006.

DERDUR, İlyas, *el-İstihsân Ve Siletühü bi'l-İctihâdi'l-Makâsîdî*, Beyrut, Daru İbn Hazm, 2014.

DÖNMEZ, İ. Kâfi, “İcmâ.”, *DİA*, C. XXI,2000, ss: 417-431.

— “Maslahat”, *DİA*, C. XXVIII, 2003, ss: 79-94.

EBÛ DÂVUD, Süleyman ibn el-Eş'âs, *Sünen*, Thk. Muhammed Muhyiddîn Abdulhamîd, C.4, Beyrut, el-Mektebetü'l-Asriyye, t.y.

EBU ZEHRRA, Muhammed, *Ebû Hanîfe*, Konya, Can Kitabevi, 1981.

EBÛ ZEYD, Vasfî Âşur, *el-Makâsîdü'l-Cüziyye*, Takdim: Yusuf Karadâvî, Ahmed Raysûnî ve Muhammed Kemaleddin İmam, Kâhire, Daru'l-Makâsîd, 2015.

ERDOĞAN, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, 4.b, İstanbul, Ensar Neşriyat, 2013.

GÖRGÜLÜ, Hasan Ali, “Nehyin Delâleti Konusunda Usulcülerin Görüşleri”, *Süleyman Demirel Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, S. 25, 2010.

GÖZÜBENLİ, Beşir, “Fuzûlî”, *DİA*, C.XIII,1996, ss: 239-240.

HAÇKALI, Abdurrahman, *Şâtîbî'de Makâsîd Ve Fıkıh Usûlü*, İstanbul, Rağbet Yayınları, 2010.

— “Hukuk Metodolojisinde Maslahat Tanımları ve Bunların Analizi”, *İslâmî Araştırmalar Dergisi*, S.13, C.I, 2000, s.49.

— “İzzuddin b. Abdisselam' da Maslahat Nazariyesi”, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Samsun, 1999.

- İBN ABDÜSSELAM, İzzeddin Abdülaziz b. Abdisselam b. Ebi'l Kasım es-Sülemî,
Kavâidü'l-Ahkâm fi Mesâlihi'l-En'am, Çev. Süleyman Kaya ve Soner Duman.
İstanbul, İz Yayıncılık, 2006.
- İBN HIRZILLA, Abdülkâdir, *et-Ta'lîl el-Makâsîd li Ahkâmi'l-Fesâd ve'l-Butlân*,
Riyad, Mektebetü'r-Rüşd, 2005.
- İBN HİBBÂN, Ebû Hâtim Muhammed, *Sahîh*, 2.b., C.18, Beyrut, Şuayb el-Arnaût,
Müessesetü'r-Risâle, 1993.
- İBN KAYYİM EL-CEVZİYYE, Muhammed b. Ebî Bekir, *İ'lâmu'l-Muvakki'in'an
Rabbi'l-Âlemîn*, C.VII, Dimaşk, Daru'l-İbni'l-Cevziy, 2002/1423.
- İBN MÂCE, Ebû Abdillâh Muhammed b. Yezid el-Kazvînî, *Sünen*, Thk. Muhammed
Fuâd Abdalbâkî, y.y., Dâru İhyâi'l-Kütübi'l-Arabiyy, t.y.
- KAHRAMAN, Abdullah, "İslâm Hukuk Düşüncesinde Taabbudi Hükümler ve
Taabbudiyâtın Sahası Üzerine", *İslâm hukuku Araştırmaları Dergisi*, S. 2 2003,
ss: 25-57.
- KARÂFÎ, Ebu'l-Abbâs Şihâbüddîn Ahmed b. İdrîs b. Abdirrahman el-Mısırî, *el-Furûk*,
C. IV, Âlimü'l-Kütüb, t.y.
- KARAMAN, Hayrettin, *Mukâyeseli İslâm hukuku*, 9.b. C. XXX, İstanbul, İz Yayıncılık,
2014.
- KÂSÂNÎ, Alâuddîn Ebû Bekr b. Mes'ûd b. Ahmed, *Bedâ'iu's-Sanâi' fi Tertibi's-Şerâi*,
2.b., C. VII, Daru'l-Kütüb el-İlmiyye, 1986.
- KUTLUER, İlhan, "Gâiyyet", *DİA*, C. XIII, 1996, ss: 292-295.
- MÂLİK b. ENES, Ebû Abdillâh el-Asbahî el-Hımyerî, *el-Muvatta'*, 2.b., Thk.
Abdulvehhâb Abdullatîf, y.y., el-Mektebetü'l-İlmiyye, t.y.

- MEKKÎ, el-Muvaffak b. Ahmed, *Menâkıbu'l-İmam Ebî Hanîfe*, Haydarabad, 1321.
- MEVSİLÎ, Abdullah b. Mahmut, *el- İhtiyar li Ta'lıli'l-Muhtar*, Beyrut, Daru'l-Kütüb, 1937.
- MEYDÂNÎ, Abdulğani El-Ğuneymî, *El-Lübâb Fî Şerhi'l-Kitâb*, Beyrut, Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, 2017.
- MÜSLİM, Ebu'l-Hüseyn b. El-Haccac el-Kuşeyrî, *el-Câmi'us-Sahîh*, Thk. Muhammed Fuâd Abdalbâkî, C.5, Beyrut, Dâru İhyâü't-Türâsî'l-Arabiyyi, t.y.
- NESÂÎ, Ebû Abdırrahman Ahmed b. Şuayb, *Sünen*, Thk. Abdülfettâh Ebû Ğudde, 2.b, C.9, Halep, Mektebetü'l-Matbûatü'l-İslâmiyye, 1986.
- OVACI, Vahap, “Usûl-i Pezdevî Sistematiğinde Husün-Kubah”, *Bozok Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergis*, S. 4,2013, ss: 57-67.
- ÖNDER, Muharrem, “Hanefî Mezhebinde İstihsân Anlayışı ve Uygulaması”, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü(Yayınlanmamış Doktora Tezi), Konya, 2000.
- ÖZDİREK, Recep, *İslâm hukukunda Akdin Sınırları*, İstanbul, Yedirenk Yayın, 2010.
- PEKCAN, Ali, *İslâm hukukunda Gâye Problem*, İstanbul, Ek Kitap, 2012.
- SEMERKÂNDÎ, Âlâuddin Ebu Bekir Muhammed b. Ahmed, *Mizânu'l-Usûl fi Netâici'l-Ukûl*, Katar, Devha Hadîsiyye, 1984.
- SERAHSÎ, Ebu Bekr Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed, *Usûlü's-Serahsî*, C. II, Beyrut, Daru'l-Marife, t.y.
- el-Mebsût*, C. XXX, Beyrut, Dâru'l-Mârife, 1993.

- SUBKÎ, Takiyyüddin Ebu'l-Hasen Ali b. Abdilkâfi b. Ali b. Temmam, *el-İbhâc fi Şerhi'l-Minhâc*, C. III, Beyrut, Daru'l-Kutubü'l-İlmiyye, 1995.
- ŞÂ'BAN, Zekiyyüddîn, *İslâm Hukuk İlminin Esasları*, Çev. İbrahim Kâfi Dönmez. 4. Ankara, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2000.
- ŞENER, Abdulkadir, *Kıyas, İstihsân, İstislah*, Ankara, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 1974.
- ŞEVKÂNÎ, Muhammed b. Ali b. Muhammed b. Abdillâh, *İrşadi'l-Fuhûl İlâ Tahkiki'l Hakkı Min İlmi'l- Usûl*, C. II, Dimaşk, Daru'l-Kitap el-Arabiyy, 1999.
- *Neylü'l-Evtâr*, C. 5, Mısır, Dâru'l-Hadis, 1993.
- TİRMİZİ, Ebu İsa Muhammed b. İsa, *Sünen*, Thk. Ahmed Muhammed Şâkir, Muhammed Fuâd Abdulbâkî, C.5, Mısır, Mektebetü'l-Halebî, 1975.
- TÛFÎ, Necmuddin Süleyman, *Şerhu Muhtasari'r-Ravza*, C. III, 1987.
- TÛRCAN, Talip, *İslâm Hukuk Biliminde Norm-Amaç İlişkisi*, Ankara, Ankara Okulu Yayınları, 2009.
- UZUNPOSTALCI, Mustafa, “Ebû Hanîfe”, *DİA*, C.X,1994, ss: 131-138.
- YAMAN, Ahmed, *Makâsıd Ve İctihad*, 2.b, İstanbul, Rağbey Yayınları, 2010.
- YAVUZ, Y. Vehbi, *Hanefî Mezhebinde İctihad Felsefesi*, İstanbul, İşaret Yayınları, 1993.
- YÛBÎ, Muhammed Sa'd b. Ahmed b. Mes'ud, *Makâsıdî's-Şeriatî'l-İslâmiyye ve Alâkatühâ bi'l-Edilleti's-Şeriyeye*, Demmam, Dar İbni'l-Cevz, 2013.
- ZENCÂNÎ, Ebu'l-Menâkıb Şihâbeddin, *Tahricü'l-Furû ale'l-Usul*, Çev. Davut İltaş. Ankara, Ankara Okulu Yayınlar, 2015.

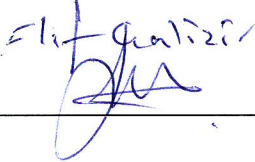
ZERKÂ, Mustafa Ahmed, *el-Medhalü'l-Fıkhıyyü'l-Âmm*, Şam, Dâru'l-Kalem, 2012.

ZEYDAN, Abdulkerim, *el-Vecîz fî Usûli'l-Fıkh*, Bağdat, Müessesetü'r-Risaleti Naşirun,
2009.

ZEYLÂÎ, Cemâluddîn Ebu b. Yusuf el-Hanefî Muhammed b. Abdullah, *Nasbu'r-râye
Tahrîcü li Ehâdîsi'l-Hidâye*, C. IV, Cidde, Dâru'l-Kıble, 1997.

ZUHAYLÎ, VEHBE, *İslâm Fıkhı Ansiklopedisi*, C. X, İstanbul, Feza Yayıncılık, 1994.



| ÖZGEÇMİŞ | | | |
|----------------------------------|---|--------------|-----------------------------------|
| Adı, Soyadı | ELİF | | ÇALIŞIR |
| Doğum Yeri ve Yılı | BURSA | | 08-04-1979 |
| Bildiği Yabancı Diller ve Düzeyi | ARAPÇA | | İLERİ |
| Eğitim Durumu | Başlama - Bitirme Yılı | | Kurum Adı |
| Lise | 1996 | | Nilüfer Ticaret Meslek Lisesi |
| Lisans | 2015 | | Uludag Üniversitesi-İlâhiyat Fak. |
| Çalıştığı Kurumlar | Başlama Yılı | Ayrılma Yılı | Çalışılan Kurumun Adı |
| 1. | 1995 | 1996 | Delphi Packart |
| 2. | 2018 | - | Diyanet İşleri |
| 3. | | | |
| Katıldığı Proje ve Toplantılar | | | |
| Yayımlar: | | | |
| Diğer: | | | |
| İletişim (e-posta): | halil.elifcalisir@gmail.com | | |
| Tarih İmza Adı Soyadı |  | | ELİF ÇALIŞIR |
| | | | |

ULUDAĞ ÜNİVERSİTESİ

TEZ ÇOĞALTMA VE ELEKTRONİK YAYIMLAMA İZİN FORMU

| | |
|--------------------------------|--|
| Yazar Adı Soyadı | Elif Çalışır |
| Tez Adı | Ebû Hanîfe'de Makâsîdü'ş-Şerîanın Fıkha Yansıması: Kitâbü'l-Büyû Örneği |
| Enstitü | Sosyal Bilimler |
| Anabilim Dalı | Temel İslam Bilimleri |
| Tez Türü | Yüksek Lisans |
| Tez Danışmanı | Prof. Dr. Recep CİCİ |
| Çoğaltma (Fotokopi Çekim) izni | <input checked="" type="checkbox"/> Tezimden fotokopi çekilmesine izin veriyorum <input type="checkbox"/> Tezimin sadece içindekiler, özet, kaynakça ve içeriğinin % 10 bölümünün fotokopi çekilmesine izin veriyorum <input type="checkbox"/> Tezimden fotokopi çekilmesine izin vermiyorum |
| Yayımlama izni | <input checked="" type="checkbox"/> Tezimin elektronik ortamda yayımlanmasına izin Veriyorum |

Hazırlamış olduğum tezimin belirttiğim hususlar dikkate alınarak, fikri mülkiyet haklarım saklı kalmak üzere Uludağ Üniversitesi Kütüphane ve Dokümantasyon Daire Başkanlığı tarafından hizmete sunulmasına izin verdiğimi beyan ederim.

Tarih : 11.06.2018

İmza :

