

İslam Hukuk Felsefesinde İşlevselliği Bakımından Örf ve İstihsan

HASAN OCAK^a

Geliş Tarihi: 12.09.2018 | Kabul Tarihi: 27.10.2018

Öz: Ağırlıklı olarak hicri ikinci ve üçüncü yüzyıllarda ortaya konulan İslam hukuk doktrini, büyük ölçüde nassları (ayet/hadis) merkeze alan bir görünüm arz ediyordu. Bunun böyle olmasının en önemli sebeplerinden biri şüphesiz Kur'an'ın nazil olduğu ve Hz. Peygamber'in yaşadığı dönemin sosyal özelliklerinin çok fazla değişime uğramamış olmasıdır. O dönemde çok fazla sorun teşkil etmeyen bu zahiri/literal okuma biçimi hem nassların anlaşılmasında hem de lafız ve mana yönüyle korunmasında çok önemli bir işlevi yerine getirmiştir. Ancak daha sonraki dönemlerde ortaya çıkan sosyal değişim, söz konusu literal okumanın bazı noktalarda yetersiz kalmasıyla sonuçlanmış ve usulcülerini yeni arayışlara yöneltmiştir. Önceki Kitap, Sünnet, İcma ve Kıyas olarak tespit edilen asıl kaynaklar usulcüler tarafından yeterli görülürken, fer'i/ikincil deliller olarak kabul edilen Mesalih-i Mürsele, İstihsan, Örf-Âdet, Sedd-i Zerâi, Şer-ü Men Kablena, Sahabe Kavli ve Istishab gibi kaynaklar da daha sık kullanılmaya başlanmıştır. Bu makalede söz konusu tali kaynaklardan örf ve istihsan özellikle günümüzdeki işlevselliği açısından ele alınmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Hukuk, felsefe, örf, istihsan, fıkıh usulü.

^a İKÇÜ İslami İlimler Fakültesi Felsefe ve Din Bilimleri Bölümü
hasanocak35@yahoo.com

The Functionality of 'Urf' and 'Istihsan' in Islamic Philosophy of Law

Abstract: Legalistic doctrines in Islam which emerged in the second and third century of the Hijrah, predominantly seem to be centered upon the nass (Quranic verses/hadith). Indubitably, the main reason for this is the fact that the social conditions of the period in which Qoran was revealed and in which the Prophet (PBUH) lived stayed unchanged for the most part. This literal/zahiri reading of the nass, which was deemed sufficient throughout the said period, proved to be essential both for the correct understanding of the nass and for preserving its word and meaning. However, later changes in the social environment resulted in a failure of the literal reading in question to satisfy the contemporary legal requirements and in forcing the law methodologists to pursue new answers. While the primary sources, identified as Kitab, Sunnah, Ijma' and Qiyas, were considered sufficient by the early methodologists, the secondary sources such as Maslahah Mursalah, Istihsan, Urf (Custom), Sadd al-Dhara'i, Sharh man Qablana, Qawl as-Sahaba or Istishab gradually became used more broadly. In this study, two of these later sources, namely urf and istihsan, will be examined concerning their functionality in our day.

Keywords: Law, philosophy, urf, istihsan, the methodology of al-fiqh.

© Ocak, Hasan. "İslam Hukuk Felsefesinde İşlevselliği Bakımından Örf ve İstihsan." *İğdır Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 16 (2018), 15-45.

Giriş

İslam'ın ilk yıllarında (asr-ı saadet) sahabe, ortaya çıkan problemleri Hz. Peygamber (sav) hayattayken ona götürüyor ve meselenin çözümünü vahiy devam ettiği için ya vahyi metlûvv ile ya da vahiy gayri metlûvv ile bizzat Hz. Peygamberin kendisinden alıyorlardı. Hz. Peygamber ahirete irtihal edip vahyin nüzûlü sona erince, raşit halifeler döneminde, ortaya çıkan meselelerin çözümü için önce Kur'an'a eğer burada bir çözüm bulamazlarsa Hz. Peygamberin sünnetine başvuruyorlardı. Kur'an ve sünnette mesele ile ilgili bir şey bulamazlarsa sahabenin dini bilme hususunda önde gelenlerinden bir grupla istişare edilerek bir sonuca varılıyor ve böylece sahabe arasında icma' meydana geliyordu. Yine hakkında Kur'an ve Sünnette herhangi bir hükmün bulunmadığı ve sahabe arasında icma'ın teşekkül etmediği meselelerde, bir çözüme ulaşmak için illet benzerliğinden dolayı hakkında daha önce bir hükme varılan asıllara kıyas edilerek bir sonuca varılmaya çalışılıyordu.

Hicri II. asrın sonlarına doğru ekollerin giderek belirginleşmeye başlamasıyla birlikte disiplinler birbirinden ayrılmaya, daha önce var olan ve şifahi olarak bulunan yaklaşık iki asırlık fikhî miras tedvin edilerek mezheplerin fûru ve usûle dair ilk müdevvenatı ortaya konulmaya başlanmıştır. Müdevvenatın ortaya konmasıyla birlikte mezheplerin kaynaklar hiyerarşisi de ortaya konmuş ve böylece hem küllî delillerin hem de mesâlihî mürsele, örf-âdet, istihsan gibi tâli/tafsîli delillerin, oluşan hukuk ekollerinin kendi sistematiikleri içerisinde iç tutarlılıklarına zarar vermeyecek şekilde, tarifleri yapılmış ve sınırları/çerçevesi net bir şekilde çizilmeye çalışılmıştır.¹

Hicri II. asrın sonlarına doğru kendi sistematiıklarını ortaya koymaya başlayan bu ekoller Kur'an, sünnet, icma' ve kıyas gibi küllî delillerin yanı sıra; istihsan, örf, mesâlih-i mürsele, sedd-i zerâi gibi tâli delillere de büyük önem vermişlerdir.

¹ Muhammed Hudari Bek, Tarihu't-Teşri'i'l-İslami, Daru'l-Kalem, Beyrut 1983, s.140 vd.

İslam Hukukunda gerek dünya ile ilgili gerekse ahiretle ilgili hükümlerin istinbat edildiği/çıkarıldığı ve aslı kaynaklar olarak isimlendirilen Kuran, Sünnet ve bu iki kaynağı temel olarak rey'le ortaya konmuş diğer iki delil de İcma' ve Kıyastır. İslam Hukukunda bu dört kaynağa Edille-i Erbaa denir.

Bu aslı/temel kaynakların yanında bunlarla çözüme kavuşturulamamış olan meselelerin çözümünde yine bu dört temel kaynağa dayanan tâli ya da fer'î kaynak olarak isimlendirilen ikinci derecede kaynaklar vardır ki, bunlar Mesalih-i Mürsele, İstihsan, Örf-Âdet, Sedd-i Zerâi, Şer-ü Men Kablena, Sahabe Kavli ve Istishab'dan oluşur. Mezheplerin deliller hiyerarşisinde tâli kaynaklar edile-i erbaadan sonra mezhebin iç sistematığı göz önüne alınarak farklı sıralamaya/değerlendirmeye tabi tutulmuştur. Bütün mezhepler sahih örfü muteber saymışlar, ona değer vermişler ve çeşitli hükümleri bu esas üzerine bina etmişlerdir. Müslüman toplumda yaşayan örf ve âdetin şer'î bir delile dayandığı, en azından bağlayıcı bir delile aykırı bulunması ihtimalinin zayıf olduğu kabul edilmiş ve bu sebeple de güçlü bir hukuk kaynağı teşkil ettiğine hükmedilmiş hatta haber-i vahidle çeliştiği takdirde hangisinin tercih edileceği konusu ilk müçtehit imamlar devrinden beri tartışıla gelmiştir. İmam Malik ve Maliki fukahası Medine ehlinin adet ve uygulamalarını güçlü bir delil olarak kabul ederek bu âdet ve uygulamaların haber-i vahide tercih edilebileceğini savunmuşlardır. Medine ehlinin amelinin haber-i vahide tercih edilmesi gerektiği görüşü imam Ebu Yusuf tarafından da benimsenmiştir.²

İmam Âzam Ebû Hanife örfü delil olarak kullanırken sırayla kitap, sünnet ve icma'ya bakmış, şayet bunlarda herhangi bir çözüm yok, kıyas ve istihsân yoluyla naslara hamletmek de mümkün değilse, o zaman örfü delil olarak kullanmıştır. O İstihsan'ın bütün nev'ileri, gerek kıyas istihsânı, gerek eser, icma' ve zaruret istihsânları olsun hepsinden sonra örfü delil olarak almıştır.³

² İbn Teymiye, Sıhhatu Usûli Mezhebi Ehli'l-Medine, Kahire. ts., s. 16-17.

³ Ebû Zehra, Ebu Hanife, Çev: Osman Keskioglu, TDV Yay., Ankara, 2002, s.

Yine Hanefiler ve Mâlikiler İstihsana kendi mezhep sistemikleri içersinde çok büyük değer vermelerine rağmen İmam Şafii “Her kim istihsan yaparak bir hüküm koyarsa, din ortaya koymuş gibidir”⁴ diyerek istihsan hakkındaki olumsuz görüşünü net bir şekilde ortaya konmuştur. Yukarıda da belirtildiği gibi İmam Azam Ebû Hanife’nin kıyastan sonra İstihsânı hüküm vermede diğer tafsilî delillere öncelemesi ve yine İmam Mâlik’ten İbnü’l Kâsım vasıtasıyla Asbâğ’ın rivayet etmiş olduğu “İlmin onda dokuzu istihsandır”⁵ sözü istihsanın hem Hanefiler hem de Mâlikiler nezdinde hüküm vermede ne kadar önemli bir yere sahip olduğuna işaret etmektedir.

1. Tanım, Kapsam ve İşlevsellik Yönüyle Örf/Adet

1.1. Tanım

Örf kavramı, “a-r-f” kökünden gelmekte olup lügatte “iyilik (maruf), cömertlik, hediye (atıyye) olarak verilen şey, deniz dalgası, at yelesi, yüksek kumluk, bir şeyin arka arkaya devam etmesi, güzel alışkanlık, en yüce şey, sabır, ikrar/kabullenmek, nefislerin hayır olarak bildiği ve kendisiyle mutmain olduğu her şey”⁶ gibi anlamlara gelmektedir.

Fıkhi bir kavram olarak örf; “Akl-ı selim sahiplerince yapılagelmekte olan adetlerin gereği doğrultusunda câri olan, üstün ahlak ilkelerinin gerekli kıldığı şeylerdir”⁷ diye tarif edilir.

Örf, hem İslam hukuku hem de pozitif/mer’î hukuk naza-

367-368.

⁴ İmam Şafii’nin ağzından lafzen böyle biz sözün çıktığı konusunda sabit bir delil bulunmamaktadır, ancak eserleri incelendiğinde bu şekilde formüle edilebilecek ifadeler vardır. Kanaatimizce bu söz de tıpkı “Denizden babam çıkarsa yerim” ifadesiyle aynı kaderi paylaşmaktadır. Bkz. Muhammed b. İdris eş-Şafii, el-Ümm, Beyrut, 1993, VII, 93-94; Risale, Çev. A. Şener- İ. Çalışkan, Ankara, 1996, s.13-14, 272 vd.; İstihsânın İptali, Çev: Osman Şahin, Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 2003, sayı: 16, s. 389-414;

⁵ Ebu İshak İbrahim b. Musa eş-Şâtibi, el-Muvâfakât Fi Usûli’l-Ahkâm, thk: Abdullah Dıraz, Kahire, trs., C: IV, s. 209; el-Muvâfakât Fi Usûli’l-Ahkâm, Çev: Mehmed Erdoğan, İstanbul, 1999, C: IV, S. 210; el İ’tisâm, çev: Ahmet İyibildiren, Mustafa Özcan, Kitap Dünyası yay., İstanbul, 2003, c: II, s. 164

⁶ Cassas, Ebu Bekir Ahmet, er-Razi, Ahkamu’l-Kur’ an, thk. Sıdkı M. Cemil, Beyrut, 1993, C: III, s. 59; Ragıb el-İsfehani, el-Müfredat fi Garibi’l-Kur’an, Beyrut, ts. s. 331-332.

⁷ Şâtibi, el-Muvâfakât, IV/233; trc. IV/234 .

rında kendisine büyük önem atfedilen ve her zaman önemi hâiz delillerden birisi olmuştur. İslam hukukunda bazı ekoller tarafından edile-i erbaa'dan sonra deliller hiyerarşisinde ilk sırada yer verilmiş ve naslarda hakkında herhangi bir hükmün mevcut olmadığı konularda kendisine müracat edilmiş ve birçok hükme dayanaklık teşkil etmiştir. Örf, hemen her devletin yürürlükte olan pozitif/mer'î hukukunda, o milletin sözlü kültürünü yani gelenek göreneklerini ve örf-âdetlerini yansıtmaları bakımından yazılı hukuktan sonra ikinci sırada gelmiştir. Bazı hukuk sistemlerinde örf, kanunun boş bıraktığı yerlerde hâkimin bu boşlukları doldurmada ilk başvuracağı kaynak olmuş; hatta örf, toplumda geçerli olan örf ve âdet kurallarına ters düşen ve toplum tarafından benimsenmeyen yazılı hukuku, örf ve âdet kurallarınca etkisiz hale getirme hakkı tanınmıştır.⁸

İslam hukukunda ise örf, mecellede de "Ezmanın teğayyürü ile ahkâmın teğayyürü inkâr olunamaz"⁹ şeklinde formüle edilerek, İslam hukukunun esneklik/ değişime açık olan yönünü temsil etmesi açısından bir kat daha önem arz etmektedir. Zamana bağlı olarak hükümlerinde değişebilirliğinden maksada gelince; burada ki 'ahkâmın teğayyürü' külli delillere istinaden ortaya konmuş olan hükümler değil, ancak örf ve âdete dayanılarak verilmiş olan hükümlerdir. Zamanın değişmesi ile değişen ahkâm, örf ve âdet üzerine kurulu olan hükümlerdir. Yani tafsili delillerde meydana gelen değişiklik sebebiyle ortaya çıkan bir değişimdir. Çünkü nass ile sabit olan hüküm değişmez. Zira nass örften daha kuvvetlidir. Çünkü nassın batıl üzerine olması asla muhtemel değilken, örf batıl üzerine olabilir."¹⁰

İslam hukukunun bu yönü yani İslam'ın genel prensipleriyle çelişmeyen sahih örf ve âdete istinaden verilen hükümlerin, bu örf ve âdetin değişmesiyle birlikte örfî hükümlerinde değişebilmesi, onun statik, durağan bir hukuk sistemi olduğu,

⁸ Adnan Güriz, Hukuk Başlangıcı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1999, s. 10.

⁹ Mecelle, md.39.

¹⁰ Ali Haydar Efendi, Dürerü'l-Hükkam Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, İstanbul, 1330, C: II, s. 102.

gelişime ve değişime açık olmadığını iddia edenlerin bu iddialarının ne kadar delilsiz, dayanaktan yoksun olduğunu; bunun aksine İslam hukukunun esnek ve yeni gelişmelere uyum sağlama hususunda son derece mükemmel bir hukuk sistemi olduğunu göstermektedir. Şunu da belirtelim ki 'Esneklik' değişmez özün farklı ortamlara göre farklı şekiller almasını temin eden bir özelliğidir.¹¹ İslam hukukunun esnekliği, hiçbir zaman onun laçkalığı, aslını/özünü yitirtecek her türlü oynamalara müsait olması demek değildir. Aksine esneklikten maksat İslam hukukunun yeni olayları karşılamada, onları hukuki yerlerine oturtmada olağanüstü bir kabiliyete sahip olması, dinin ideal uygulamasının tek bir yaşam biçimine indirgenmemesi, sürekli gelişme göstermeye, açılım kabiliyetine sahip bulunmasıdır.

Bu itibarla, zamanın değişmesine paralel olarak bir toplumda ya da bir bölgede var olan örf ve âdetlerin de değişmesi durumunda, insanların hayatlarında sıkıntıya yol açabilecek olan mevcut örfe binaen verilen hükümler de, İslam'ın kolaylaştırıcılık prensibi de göz önünde bulundurularak, ortaya çıkan yeni ve İslam'ın temel prensipleriyle çelişki arz etmeyecek örf ve âdetlere göre yeniden düzenlenir.

1.2. Örf (Âdet) Çeşitleri

Hicri ikinci asrın ikinci yarısından sonra fıkıh ekollerinin ortaya çıkmasını takip eden süreçte hukuk ekolleri, sistemlerinde bir delil olarak örf/âdete ayrı bir önem atfetmişlerdir. Ekoller örfü çeşitli yönlerden ele alıp incelemişler ve örfü geçerlilik, mahiyet ve şümûl bakımından farklı ayrımlara tabi tutmuşlardır. İslam hukuk ekollerinin yapmış oldukları bu detaylı tasnifin iki temel başlık altında (şer'i/hukuki/sosyal/beşeri) ele alınması ve örneklerle alt başlıklar halinde incelenmesi yaygınlık kazanmıştır.

2.1. Şer'i/Hukuki Âdetler

Bunlar şer'î delillerin ortaya koymuş olduğu ya da yasak-

¹¹ Erdoğan, İslam Hukukunda Ahkâmın Değişmesi, MÜİFV yay., İstanbul,1994, s. 37.

lamış bulunduğu şeylerdir. Bunlar şeriat tarafından vacip ya da mendub düzeyinde yapılması istenilen veya haram ya da mekruh seviyesinde yapılması yasaklanan ve yahut ta yapılıp yapılmaması tercihe bırakılan şeylerdir. Bu tür âdetler küllî esaslarda olduğu gibi ebedi olarak sabit olup hiçbir zaman ve durumda değişiklik göstermezler.

İslam öncesi döneminde gelenek haline getirilmiş olan çıplak olarak Kâbe'nin tavaf edilmesine dair düzenleme buna en güzel örneklerden biridir. İnsanlar arasında devam edegelen bu ve buna benzer âdetler, Şâri' tarafından güzel ya da çirkin bulunarak emredilmiş ya da yasaklanmıştır. Bunlar artık şer'i hükümler altına giren durumlar cümlesinden olmuştur. Bu gibi konularda mükelleflerin düşüncelerinde değişme olsa bile asla bir değişiklik söz konusu olamaz ve güzelin çirkine, çirkinin de güzele dönüşmesi sahih olmaz. Zira eğer bu yaklaşım doğru olursa, bu sürekli hükümlerin neshedilmesi anlamına gelir ki, Hz. Peygamber'in (sav) vefatından sonra nesih imkânı ortadan kalkmıştır. Netice itibariyle Şâri' tarafından konulmuş olan bu tür şer'i âdetlerin kaldırılması batıldır.¹²

2.2. Hakkında Bir Hüküm Bulunmayan Âdetler

İslam hukukçuları bu tür âdetleri iki kısma ayırarak, sabit veya değişken olup olmamaları yönünden ele alarak inceler.

a-Sabit olan âdetler

Bunlar insanda mevcut bulunan yeme, içme, cinsi arzu, bakma, konuşma, tutma, yürüme vb. şeylerin bulunmasıdır. Bu âdetlerin bizzat kendileriyle ilgili direk emir veya yasak anlamında bir hüküm yoktur. Ancak insan eylemlerinin temelini, itici gücünü oluşturan bu tür âdetlerin nasıl yönlendirileceği ile ilgili hükümler vardır. İnsanlar doğal olarak yiyip içmektedirler ancak Şari, söz konusu yeme içme eyleminin nasıllığı ile ilgili (helal-haram) hükümler koymaktadır. Bunlar belli sonuçlar için sebep olduklarına göre, Şâri'nin onlarla ilgili hükümler koyma-

¹² Bkz. İbn Teymiye, Fetava, Mekke, 1399, C. 19, s. 235; Maverdi, Edebu'l-Kadi, Matba'atu'l-İrşad, Bağdad, 1391/1971, C. 1, ss. 135-6

sı kaçınılmazdır ve bu durumda devamlı olarak onların dikkate alınması, onlara dayanılarak uygun hükümler konulması hususunda herhangi bir problem bulunmayacaktır.

b-Değişebilen âdetler

Şâri'in hakkında müspet ya da menfi bir hüküm bina etmediği zamana, mekâna ve durumlara göre değişebilen âdetler olup; insanın giyinme ve kuşanma şekli, barınma tarzı, şiddet halinde yumuşaklık, yumuşaklık halinde şiddet gösterme, davranışlarda yavaş ya da süratli hareket etme; teennili ya da aceleci davranması gibi zamana, mekâna ve duruma göre değişebilecek örnekler bu kısımda değerlendirilebilir.¹³

1.3. Örfün Kaynak Değeri ve Kaynaklar Hiyerarşisindeki Yeri

İslam'ın nazil olmaya başlamasıyla birlikte Mekke döneminde ortaya konan hükümler genellikle mutlak olup, herhangi bir kayıt taşımamaktaydılar. Bunlar akl-ı selim sahiplerince yapıla gelmekte olan âdetlerin gereği doğrultusunda câri olan, üstün ahlak ilkelerinin gerekli kıldığı türden şeyler olmaktadır. Dolayısıyla bunlar, câri bulunan âdetlerin iyilerine yapışmak, kötü ve çirkin olanlarından uzak durmak gibi şeylerdi. Bunların büyük çoğunluğu, o âdetlerle ilgili olmak üzere mükelleflerin kendi değerlendirmelerine ve şahsi içtihatlarına havale edilmişti. Bu da gösteriyor ki, âdetler bahsinde dinin getirmiş olduğu hususlar, insanlar arasında bilinen şekliyle cereyan etmekte olan maruf ve makul esasların detaylarını tamamlamak amacıyla yöneliktir. Bu noktadan hareketle ki, İslam cahiliye döneminde mevcut bulunan birçok hükmü benimsemiştir. Diyet, Kasâme,¹⁴ Arûbe,¹⁵ Cuma günü vaaz ve irşad için top-

¹³ Şâtîbî, el-Muvâfakât, II/297 (trc. II/298).

¹⁴ Fâili meçhul cinayetlerde cezaî ve malî sorumluluğu tespit amacıyla cinayetin işlendiği bölge insanların veya maktulün yakınlarının yemin etmesi usulünü ifade eden fıkıh terimi. Sözlükte "yemin etmek, yemin eden topluluk; barış ve yüz güzelliği" gibi anlamlara gelen kasâme İslâm hukukunda, fâilin kesin delille belirlenemediği bir cinayet işlendiğinde suç mahallinden sınırlı sayıda bir topluluğun haklarındaki suç isnadını defetmek veya maktulün yakınlarının suç isnadında bulunmak amacıyla mahkeme huzurunda yaptığı özel yeminlerin adıdır. Bkz. İsmail Erdoğan, "Kasame" md., DİA,

lanma, Kırâz (mudârabe),¹⁶ Kâbe'nin örtü ile örtülmesi vb. gibi cahiliye devrinde övgü ile karşılanan, güzel ahlak ve iyi âdetlerden olup akl-ı selimin kabul edeceği ve İslam tarafından da benimsenen hükümler bunlardandır.¹⁷

Hz. Peygamber'in vefatından sonra fetihlerin artmasına paralel olarak Müslümanların çeşitli milletlerle ve farklı kültürlerle temasa geçmeleriyle birlikte ortaya çıkan yeni yeni ihtiyaçlara çözüm bulma gereksinimleri ve çoğunluğu İslam'ı benimseyen bu milletlerin örf ve âdetlerinin Müslümanların ortak kültürü haline gelmesi neticesinde fıkıh ekolleri, hüküm istinbat ederken başvurdukları istidlâl kaynaklarında biri olan örf ve âdeti inceleyip kitap ve sünnetten dayanaklar aramışlardır.

cilt: 24; sayfa: 528

- ¹⁵ Araçlar İslâmiyet'ten önce haftanın yedi gününü "evvel, ehven, cubâr, dubâr, mu'nis, arûbe, şiyâr" diye adlandırıyorlardı. İbrânice'de "gurup" mânasına gelen ereb kelimesi, yahudiler tarafından ereb şabat (cumartesi akşamı) şeklinde cuma günü hakkında kullanılmıştır. Ârâmice olan ve Sür-yânice'de "rahmet" mânasına gelen bu kelime Arapça'ya arûbe şeklinde geçmiştir. Kelimenin harf-i ta'rifsiz kullanılması daha fasih kabul edilmiştir. Arûbe yerine cum'a isminin Araçlar arasında ne zaman kullanılmaya başlandığı hakkında iki rivayet vardır. Bunlardan birincisine göre, Kureyşliler arûbe günü Hz. Peygamber'in sekizinci deddi Kâ'b b. Lüeyy'in etrafında toplanarak onun sohbetini dinlerlerdi. Bu sebeple Kâ'b arûbe gününe, "toplanma günü" mânasına gelmek üzere cum'a adını vermiştir. İkinci rivayete göre ise hicretten önce bir araya gelen Medinelî Müslümanlar, Yahudilerin haftada bir toplandıkları özel bir günleri (cumartesi) bulunduğunu, Hristiyanların da böyle bir günleri (pazar) olduğunu söyleyerek arûbe günü toplanıp ibadet etmeyi kararlaştırdılar ve arûbeyeye de bu günde bir araya geldikleri için cum'a adını verdiler. Aynı rivayete göre İslâm'da ilk cuma bu şekilde ortaya çıkmış, Cum'a süresi bu olaydan daha sonra nâzil olmuştur. Arûbe adı ise bundan sonra hiç kullanılmamıştır. Bkz. Mustafa Fayda, "Arube" md. DİA, cilt: 03; sayfa: 422
- ¹⁶ Kırâz (mudarebe), bir yanda tasarruflarını bizzat işletme imkan, kabiliyet ve tecrübesinden mahrum, diğer yanda gerekli bilgi, deneyim ve donanımına sahip, fakat sermayeden yoksun kesimleri buluşturup atıl birikimleri harekete geçirecek ve işsizlere istihdam sağlayacak yol ve yöntemlerin bulunması esasına dayalı emek-sermaye ortaklığı. Bkz. Cengiz Kallek, "Mudarebe" md. DİA, cilt: 30; sayfa: 360
- ¹⁷ Fıkıh literatüründe, âdetlerin kanunlara kaynaklık ettiğini gösteren birçok örnek vardır. Geleneklerin belirleyici rolü özellikle satış, velayet ve temsil, evlenme, boşanma, yemin etme ve tarım anlaşmaları ile ilgili konularda açıkça görülmektedir. Bkz. Serahsi, Mebsut, Beyrut: Darul-Ma'rife, trs., c. 8, s. 135-6; c. 12, s. 142-3; c. 17, s. 90 vd.; c. 18, s. 190 vd.; c. 19, s. 39, 77, 93, 100, 117, 118; c. 22, s. 62-3; c. 23, s. 18-36; c. 24, s. 30; c. 30, s. 199.

Bu anlamda “Af yolunu tut, örfü emret, cahillere kulak asma”¹⁸ mealindeki ayeti buna örnek olarak vermişler ve ayette geçen örf kelimesine terim manasına en yakın olan “ maruf ve bütün dinlerin üzerinde birleştiği, insanların yadırgamadığı iyi ve güzel şeyler” anlamlarını vermişlerdir.¹⁹ Kuran-ı Kerim’de örf kavramının çeşitli manalara gelecek şekilde birçok defa kullanıldığı görülmektedir.²⁰

Örf ve âdeti desteklemek üzere Sünnetten ise “Mü’minlerin güzel gördüğü şey Allah nezdinde de güzeldir; çirkin gördükleri şey Allah nezdinde de çirkindir”²¹ rivayetini delil olarak getirirler, fakat İbn Âbidin bu rivayeti İbn Mes’ud’un mevkuf olarak rivayet ettiğini belirtmektedir.²²

Başka bir hadisi şerifte de Ebu Süfyan’ın karısı Hind, Ebu Süfyan’ın çocuklarının nafakasıyla yeterince ilgilenmediğini Hz. Peygamber’e şikâyet ederek “Ya Rasulallah! Kocam Ebû Süfyan çok cimri biridir. Acaba malından kendime ve çocuklarıma yetecek kadar onun haberi olmadan, alsam bunun bir günahı var mı? diye sorunca Efendimiz cevaben hayır (yok) örfе göre sana ve çocuklarına yetecek kadar alabilirsen al” başka bir rivayette de “örfün uygun gördüğü miktarı onlara yedirmen sana bir günah yüklemez”²³ buyurmuştur. Farklı mezheplere mensup olsalar da fakihler, sahih örfü muteber saymışlar, onu fetva ve hüküm verirken kendisine dayanılan kaynaklardan biri olarak kabul etmişlerdir.

İslam hukukuna göre hükümler konurken şer’î delillere ve uygulamalara ters düşmeyen örfi uygulamalar da göz önünde bulundurulur; çünkü İslam hukukunda hüküm verilirken in-

¹⁸ Araf, 7/199.

¹⁹ İbnü'l-Ârabî, Ebû Bekir, Ahkâmu'l-Kur'an, thk: Ali Muhammed el-Becâvî, Dar-u İhyâi'l-Kütübî'l-Arab, Beyrut, 1957, C: II, s. 812.

²⁰ Bkz. Nisa,4/26; Zuhruf,43/22; Bakara, 2/70.

²¹ Ahmed b. Hanbel, el- Müsned, Beyrut,1389, C: I, s. 379.

²² İbn Âbidin Muhammed Emin b.Ömer, “Neşru'l-Urf fi Binâ-i Ba'dil-Ahkâm Ale'l-Urf” (Mecmûâtî'r-Resâil içinde), İstanbul, 1325, C: II, s. 115.

²³ Buhari, “Büyü” 95; “Mezâlim” 18; Nafaka 9,14; Müslim, “Akdiyye” 7; Ebu Dâvud, “Büyü” 79; Nesâi, “Kudat” 31; İbn Mâce, “Ticârat” 65; Müsned, VI/39,50.

sanların âdetleri ve akl-ı selim sahiplerinin tasvip ettiği şeyleri dikkate almamak, insanları sıkıntıya sokar ki bu da İslam hukununun bina edildiği temel espriye/gayeye ters düşer. Şayet örf ve âdet şer'î delille teâruz arz ederse o örf ve âdetin terk edilmesi gerekir. Mesela zina, kumar, fâiz gibi ayet ve hadislerle kesin olarak yasaklanmış olan uygulamaları mubah sayan örf ve âdete itibar edilmez.²⁴ İmam Mâlik ise Medine ehlinin uygulamasına/örfüne ayrı bir önem vermiş ve Medine ehlinin uygulamasını haberi vahide tercih etmiştir. Ayrıca Mâliki mezhebinde örf için delil (bazen) terk edilir. İmam Mâlik yeminler ile ilgili meseleleri örfe bırakmıştır. Hâlbuki yeminlerde kullanılan kelimelerin sözlük anlamı, örfün gerektirdiğinden başka anlamlara gelmektedir. Mesela “vallahî filan eve girmeyeceğim” diye yemin eden kimse, sözlük anlamı olarak ‘ev’ adı verilen her yere girmekle yemini bozulmuş olur. Camiye de sözlükte ev denildiği için, camiye girerse yemini bozulur. Ancak insanların örfü, camiye ev adını vermediğinden, örfe göre bu kimse camiye girerse yeminini bozmuş olmaz.²⁵

Geçerli olan âdetler yani naslarla ve İslam'ın genel prensipleriyle teâruz arz etmeyecek şekilde meydana gelmiş ve insanlar arasında yaygınlık kazanmış olan âdetlerin şer'an dikkate alınması zarûridir. Bunların aslında şer'î zarûretler olup olmaları fark etmez. Yani ister şer'î delillerle emredilmek veya yasaklanmak ya da tercihe bırakılmak suretiyle ortaya konulmuş olsunlar, ister olmasınlar durum değişmez. Delil ile konulmamış olanlara gelince, onları dikkate almaksızın yükümlülüğün ikâmesi mümkün değildir. Mesela öteden beri âdet olduğu üzere zecri tedbirler suç işlemekten el çektirmenin sebebidir.²⁶ Kısacası, Şârî teşrîde maslahatları dikkate almaktadır. Bu, mutlak surette âdetlerin dikkate alınmış olmasını gerektirecektir. Mademki şer'iat herkes için hep aynı ölçüde gelmiştir; bu maslahatların bu ölçü üzerinde gerçekleşeceğini gösterir. Ka-

²⁴ İbn Âbidin, “Neşrul-urf fî binâi ba'dil-ahkâm ale'l-urf”, C: II, s. 116.

²⁵ Şâtîbî, el-İ'tisâm, II/166.

²⁶ Şâtîbî, el-Muvâfakât, II/286 (trc. II/287).

nunlaştırma (taknin/teşri)sürecinin esasını maslahatlar oluşturur. Eğer maslahatlar ağır basıyorsa, o örfî anlamda maslahat olmakta; yok diğer taraf ağır basıyorsa; o da aynı şekilde mefsedet olmaktadır. Bu yüzden fiil iki yönlü olmakta ve ağır gelen tarafa nispet edilmektedir; eğer maslahat tarafı ağır basarsa o makbul olmakta ve onun maslahat olduğu ifade edilmektedir. Eğer diğer taraf öne çıkarsa, bu kez de ondan uzaklaşmakta ve benzeri şeylerde cârî olan âdetler (örfler) doğrultusunda onun bir mefsedet olduğu söylenmektedir.

Teşride gözetilen genel prensiplerden biri de, hükümlerin âdetler doğrultusunda konulmuş olmasıdır. Şayet âdetler şer'an dikkate alınmayacak olsaydı bu durumda takat üstü yükümlülüğe sebebiyet verirdi. Âdetler şer'an dikkate alındığına göre onların bazen olağanlığını yitirerek olağanüstü bir durum ortaya koyması, genelde olağanlıklarını sürdürdükleri sürece onların dikkate alınması esasını zedelemeyiz. Çünkü onların olağanlıklarını yitirip fevkaladelik arz etmeleri onların özel bir duruma (cüz'îye) nispetle ortadan kalkmaları demektir. Bu durumda insanlar arasında mutata olan özür hallerinden biri, ya da daha başka bir hal alır. Eğer olağanlığın ortadan kalkması bir özür sebebiyle ise, konu ruhsat konusudur. Eğer başka bir hal almışsa bu da; olağan şey (âdet) ya devamlı olan başka bir âdete bırakacaktır; artık devamlı olarak idrarını vücudunda açılan bir delikten dışarı atan kimsenin durumunda olduğu gibi. Bu durum da ilk âdetin hükmüne dönülecek ve o delikten idrarın atılması normal organdan atılma hükmünü alacaktır, ruhsat hükmüne gidilmeyecektir. Ya da geçiş, âdet olmayan başka bir hal olacaktır. Veyahut da ilk âdeti tamamen ortadan kaldırmayan yeni bir âdete geçilecektir.²⁷

1.4. Örf'e Bağlı Hükümlerin Değişkenliği

Hukukta değişiklik, gerek aklen gerekse dinen zaruri gözükmektedir. Çünkü zaman ve çevre faktörlerinin değişmesi hukuki dinamizmi aklen gerekli kılmaktadır. Zorunlu olan bu

²⁷ Şâtîbî, el-Muvâfakât, II/288 (trc. II/289 -290).

değişikliği, genel hukuki çerçeveyi bozmadan kabullenmemek, karşı durmak tıkanmalara ve neticede hukukun tümünden yaşanan hayattan uzaklaştırılmasına neden olacaktır. Oysaki İslam hukukunun amacı donmak/statikleşmek ya da hayatı donuklaştırmak değil; hem hayata ayak uydurmak hem de yön vermektir. Bu ise İslam hukukunun yeni yeni ortaya çıkan ihtiyaçlara cevap verebilmesi, böylece yaşanan hayatla paralel yürümesi ile mümkündür. Hiçbir zaman özden, genel çerçeveden uzaklaşmamak kaydıyla İslam hukukunun canlılığını sürdüreceği değişikliğe Kitap da Sünnet de onay vermektedir.

İslam dini, gerek Kur'an gerek hadislerle küllî kâideler koymasına rağmen; sosyal, kültürel, ekonomik gibi şartlara bağlı olarak zamanla Ku'ran ve hadislerde hükmü açık olarak bulunmayan birçok yeni durum ortaya çıkmıştır. Bu yeni meselelere Ku'ran ve hadisler ekseninde icma', kıyas ve fer'i/ tâli deliller yardımıyla çözümler bulunmaya çalışılmıştır. Bu arada değişen zaman ve mekâna bağlı olarak toplumların örf ve âdetleri değişmiş ve daha önce var olan örf ve âdetlere bağlı olarak verilmiş hükümler ihtiyaçları karşılamaz olmuş ve İslam'ın kolaylık prensibiyle uygunluk arz etmeyecek hüküm örnekleri ortaya çıkmış; zamana ve mekâna bağlı olarak örf ve âdetlere bina edilen hükümlerin, zamanla örf ve âdetlerin değişmesiyle bu hükümlerin değişmesi zarureti de ortaya çıkmıştır.

İslam hukuku teşri ve tedvin dönemlerindeki ihtiyaçları düzenlemek için konulmuştur. Zamanla hukukun tedvinini gerektiren altyapının değişmesiyle, ilgili hükümlerinde değişmesi zarureti ortaya çıkmıştır. İslam hukuku da bu değişim zarureti dikkate alarak, değişime ihtiyaç olan konularda, değişimin gerçekleşmesini doğal kabul etmiş, buna imkân sağlayabilmek amacıyla, bazı tedbirler almıştır. Bunlar; değişime ihtiyaç duyacak konulara ait hukuki naslarda detay hükümler vermekten kaçınılması; ahkâma dair naslarda yapılması gerekenlerden çok, yasaklananlara yer verilmesi; yasama yaparken nasların yanında, istihsân, maslahat-ı mürsele ve örf gibi kaynakların hüküm koyarken kullanılmış olması şeklinde görül-

mektedir. İslam hukukunu ebedilik ve evrensellik şeklindeki gayesi de, bu hukuk sisteminin olumlu değişime açık olmasına imkân sağlamıştır.²⁸ Örf ve âdetlerde değişiklik söz konusu olmazsa hep aynı giysiyi giymek, aynı durum içinde olmak ve tek âdet içinde kalmak zor ve sıkıntılıdır. Çünkü zamanlar, durumlar, yöreler ve huylar değişiktir. İslam dini kendisi ile çelişmeyen ve câiz olduğunu bildirdiği sınırlar içinde olan şeylerde sıkıntıya düşürmeyi ve zorluk çıkarmayı reddetmiştir.²⁹

İslam hukukunda ahkâmın değişim alanı; gelişme kapsamında değerlendirilebilecek her tür hükümler, ibâdetlerin ifâ ve uygulamasıyla ilgili bazı düzenlemeler, birtakım hukuki kavramların içeriklerinin daraltılması ya da genişletilmesi, serbest/mubah alanlarda yapılabilecek çeşitli sınırlamalar, bazı hükümlerin uygulanmasının geçici olarak askıya alınması ve tekrar asli hallerine döndürülmesi, uygulama alanı kalmayan bir takım hükümler ile nesih, tedric ve geçiş dönemi anlayışına uygun olarak konulan hükümler ve yabancı kültür ve medeniyetlerden iktibas edilen çeşitli hükümler gibi konuları kapsar.³⁰

Ahkâmın değişmesinden maksad İslam'ın koymuş olduğu küllî kâidelerin değişmesi değil; bizzat zaman ve zemine bağlı olarak örf ve âdetlere binaen verilmiş hükümlerin değişmesidir. Çünkü yükümlü kimselere nispetle getirilmiş bulunan küllî yükümlülükler hep aynı biçimde aynı miktarda ve aynı tertipte konmuştur. Bunlar, önce gelenlere ya da daha sonra gelenlere yani zamana göre değişecek şeyler değildir. Teklifi konuların böyle olduğu konusunda bu açıktır. Mükelleflerin fiilleri, varlık âlemi normal düzeni üzerinde durdukça olduğu hal üzere devam edecektir. Eğer varlık âleminde bulunan âdetler farklılık gösterecek olsa, bu şeriatların, onların getirdiği düzenin ve ilgili hitabın da değişmesini gerektirecektir. Bu durumda ise, şeriat olduğu hal üzere kalmış olmayacaktır ki böyle bir netice batıl-

²⁸ Muhammed Hamidullah, "İslam Hukukunda Örf-Adet", Konferanslar, çev. Zahit Aksu, Erzurum 1975, s. 5.

²⁹ Şâtîbî, el-İ'tisâm, II/104.

³⁰ Erdoğan, Mehmet, İslam Hukukunda Ahkâmın Değişmesi, İstanbul 1990, s. 18

dır.³¹ Örfün/âdetin farklılık göstermesiyle hükümlerin de değişmesinden maksat şudur: Her örf/âdet farklılık arz ettiği zaman yeni şer'î bir asla döner ve bu kez onun hükmünü alır. Mesela ergenlik konusunda olduğu gibi: Kişi ergenlik çağına ulaştığı zaman üzerine sorumluluk biner. Ergenlik çağından önce yükümlülüğün olmaması, ergenlik sonrasında ise yükümlülüğün doğması asli hitapta meydana gelen bir değişme değildir, değişiklik sadece âdetlerde ve şahitlerde meydana gelmektedir. Çünkü hükümler her zaman için sabittir ve onlar mutlak surette sebeplerine tâbidirler; sebepler bulununca hükümlerde bulunur, sebepler değişince hükümlerde değişir.

Bu gerçeği İbn Abidin'in cümleleriyle ifade ederek örf bahsini sonlandırırım: "Fıkhi meseleler ya açık bir nassa (ayet-hadis) dayanır, ya da akıl (re'y) ve ictihad ile sabit olurlar. Fıkhi meselelerin çoğunu müçtehit, kendi çağının örfüne dayandırmıştır. Eğer önceki müçtehitler, bugünkü örfün hakim olduğu devirde bulunsaydı, kendi zamanlarına uymayan başka bir görüşe sahip olurdu. Bu yüzden fakihler, insanların adetlerini bilmeyi içtihadın şartları arasında saymışlardır. Zamanın değişmesiyle hükümler de değişmektedir. Eğer bu hükümler, ilk şekilleri gibi kalacak olurlarsa, hem halka güçlük ve zarar verirler; hem de kolaylık sağlama ve dünya nizamının en güzel şekilde devam etmesi için zarar ve kötülüğü önleme esasına dayanan din kurallarına aykırı düşerler. Bu yüzden mezhep bilginleri, müçtehidin kendi devrine göre açıkladığı bir takım hükümlere muhalefet etmişlerdir. Çünkü onlar biliyorlardı ki, müçtehit bunların çağında olsaydı, mezhebinin kurallarına uyararak, kendileri gibi düşünürdü."³²

2. Tanım, Kapsam ve İşlevsellik Yönüyle İstihsân

2.1. Tanım

Sözlükte "güzellik, rağbet edilen ve sevilen şey, tercih edilen şey" anlamlarına gelen "h-s-n" kökünden türetilen istihsan

³¹ Şâtîbî, el-Muvâfakât, II/279-280 (trc. II/280-281).

³² İbn Abidin, Risaletül-Urf, II, 126

kelimesinin islam hukuk literatüründe çeşitli tarifleri yapılmıştır.³³ Örneğin Malikiler, “istihsân küllî delile mukabil cüzî maslahatın alınmasıdır”³⁴ derlerken, Hanefilerde, “iki delilden en kuvvetlisi ile amel etmektir”³⁵ şeklinde bir istihsan tanımı karşımıza çıkmaktadır. Yine Hanefilere göre bir başka tanımla istihsan, “bir meselenin hükmünden, o meselenin benzerlerindeki hükme, daha güçlü bir gerekçeden dolayı dönmek demektir”.³⁶ Mâlikî fakihlerinden İbn Rüşd ise istihsânı şöyle tarif etmiştir: “İstihsân hükümde aşırılık ve abartmaya yol açan kıyası, hükümdeki etkili bir manadan dolayı bazı yerlerde o yere mahsus olmak üzere atmaktır.”³⁷

İlk vahyin inmesiyle beraber sosyal gündelik hayatın ihtiyaçlarını da göz önüne alarak yeniden insanların eğitimi, var olan kötü alışkanlıkların değiştirilmesi, insanların kültürel birikimlerinin artırılması ve İslam medeniyetinin inşa edilmesi için Hz. Peygamber (sav)’in öğretmenliğinde/önderliğinde vahiy mahsulü bir toplum meydana getirme çabalarını görmekteyiz. Bu eğitime sürecinde insanların edinmiş oldukları cahili uygulamalar bizzat Hz. Peygamber (sav) tarafından kaldırılmıştır. Bu uygulama ve alışkanlıkların bazıları ya tümden ortadan

³³ İbn Manzur, Lisânü'l- Arab, c.XIII. s. 117; Fîrüzâbâdî, el-Kâmûsü'l-Muhîr, IV/215,216; Luis Ma'lûf, el-Müncid, Beyrut, 1956 , s.134; es-Serahsî, Ahmed b. Ebu Sehl, el-Usûl, c.II, s.200; Abdülazîz Buhârî, (v.730), Keşfü'l-Esrâr, (neşr.M.M.el-Bağdâdî), Beyrut, 1994, c.III, s.2; İstihsân'ı değişik ve geniş bir biçimde ele alan klasik Usûl kitaplarının yanı sıra günümüzde ya bu konuda yapılan çalışmalardan bazıları şunlardır. Abdulkâdir Şener, İslâm Hukukunun Kaynaklarından Kıyas, İstihsân, Istislah, Ank. 1974; Ali Bardakoğlu, Tabii Hukuk Düşüncesi Açısından İslâm Hukukçularının İstihsân ve Istislah Görüşü, Kayseri, 1986; Muharrem Önder, Hanefi Mezhebinde İstihsân Anlayışı ve Uygulaması, Konya, 2000, (Basılmamış Doktora tezi); Üsâme el-Hamevî, Nazariyyetü'l-İstihsân, Beyrut, 1992; M. el-Perfür, Nazariyyetü'l-İstihsân fi't-Teşri'il-İslâmî, Dimeşk, 1987; İ.Kafi Dönmez, İslam Hukukunda Kaynak Kavramı, (Basılmamış Doktora Tezi), İst. 1981; Seyyid Sâlih İvad, el-İstihsân Inde Ulemâ'l-Usûl, Kahire, 1981

³⁴ Şâtibi, el-Muvâfakât, IV/206 (Trc. IV/206).

³⁵ Eş-Şirâzi, Ebü İshâk İbrahim Ali b Yûsuf (ö. 476/1083), et-Tebşira fi Usûli'l-Fıkh, thk: Muhammed Hasen, I. Baskı, Dâru'l-Fikr, Dimeşk trs., C: I, s. 493; el-Lum'a fi Usûli'l-Fıkh, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, II. Baskı, 2003/1424, 103, 121.

³⁶ Ahmed b. Ebu Sehl es-Serahsî, el-Mebşûr, Mısır, 1324, c. X, s.145

³⁷ İbn Rüşd, el-Hafîd, Ebû'l-Velîd Muhammed, Bidâyetü'l-müctehid, Beyrut 1424/2004, C: II, s. 154

kaldırılmış ya da daha önceki dinlerden kalmış olup da aslından uzaklaştırılmış olan bir kısım uygulamalar düzeltilmiş, Allah'ın emrine aykırı olan yerler kesilip atılarak tekrardan saf ve vahye uygun şekilde yeniden uygulamaya konmuştur.

Örneğin, Hz. Peygamber (sav) insanların aldatılması, mağdur edilmesi ya da fiyatların sünü olarak artması endişesiyle "ma'dumun satışını" yani henüz elde mevcut olarak bulunmayan malın satışını yasaklamıştır.³⁸ Ancak Hz. Peygamber (s.a.v.) Mekke'den Medine'ye hicret ettiği zaman Medinelilerin gelecek yıllara ait bahçe ürünlerini selem (selef) akdi yoluyla peşin para karşılığı iki yıllık bir teslim vadesiyle sattıklarını görünce bu satış türünü tamamen yasaklamak yerine, "Selem yoluyla satış yapan bunu belirli ölçüye, belirli tartıya göre ve belirli bir süre tayin ederek yapsın"³⁹ diyerek ortaya çıkacak olan muhtemel olumsuzlukların ve tatsızlıkların önüne geçme ya da en aza indirme yoluna gitmiştir. Sahabe ve tâbiîn müçtehitleri ise, daha sonra ortaya çıkan "rey", "kıyas" ve "istihsan" gibi kavramlara pek önem vermezlerdi; fakat görüş, fetva hükümlerinde Hz. Peygamber (sav)'in verdiği müsaadeye dayanarak içtihadı başvuruyorlar ve yine onlar İslam'ın genel prensiplerinden ilham alarak hareket ediyorlardı.⁴⁰ Ekollerin ortaya çıkmasıyla beraber bu tür kavramlar kullanılmaya başlanmış ve mezheplerin sistemlerinin, usullerinin ortaya konması ve bu tür kavramların kullanımının artmasıyla birlikte tarifler net olarak yapılmaya başlanmıştır. Bu tür ikincil/tâli deliller, mezhepler tarafından Kur'an ve sünnette hükmünü bulamadıkları konularda sıkça başvurdukları çıkış noktaları olmuşlardır.

2.2. İstihsan Çeşitleri

Müçtehidin bir meselede benzeri meselelerdeki hükümden vazgeçip başka bir hüküm vermesi, ya bu konuda mevcut özel bir nassa binaen ya da bir icma', bir zaruret, bir kapalı kıyas, bir örf veya bir maslahat sebebiyle olmaktadır. İşte bu gerekçeyle

³⁸ Buhârî, "Büyü" 55; Ebû Dâvud, "Büyü" 70.

³⁹ Ebû Dâvud, "Büyü" 57; Nesâî, "Büyü" 63.

⁴⁰ Abdulkadir Şener, Kıyas İstihsan İstislah, s. 115.

“istihsânın me’hazı” yani dayandığı kaynak anlamına gelmek üzere “vechü’l-istihsan” adı verilmektedir.⁴¹ İstihsanı en çok kullanan Hanefiler ve Mâlikiler’in istihsan taksimlerini incelediğimizde şunları görürüz: Hanefiler’in zaruret, örf (veya icma’) sebebiyle istihsanı kullanmalarıyla Mâlikiler’in icma’, maslahat, örf, kolaylık sağlama ve güçlüğü kaldırma esasına dayanan istihsan anlayışları aşağı yukarı aynıdır; çünkü Hanefi literatürdeki “zaruret” kavramı; Malikilerin “maslahat”, “kolaylık sağlama ve güçlüğü kaldırma” kavramlarıyla örtüşmektedir. Ancak Malikiler, Hanefiler’in kıyas ve nass sebebiyle istihsan tabirlerine katılmazlar.⁴² Genel olarak istihsanı “delili terketmek” olarak ele aldığımızda, karşımıza nass ve icmaya ilaveten “örf sebebiyle”, “maslahat sebebiyle”, “kolaylık için”, “güçlüğü kaldırıp genişliği tercihten dolayı” olmak üzere dört farklı istihsan sekli çıkar ve işlevsellik açısından ele alınır.

2.2.1. Delili, Nass Sebebiyle Terk Etmek

Delili, nass sebebiyle terk etmek; bir mesele hakkında belirli bir nass bulunuyorsa ve bu nass, genel nass yahut yerleşik genel kural gereği o meselenin benzerleri hakkında uygulanan genel hükmün aksine bir hüküm ihtiva ediyorsa, o zaman bu çeşit istihsandan söz edilir. Bu özel nass hükmü, Şâri’in benzerlerine ait hükümden istisna ettiği bütün durumlarda geçerlidir.

Kur’an’dan bir delile dayanarak benzerlerindeki hükümden dönüş yapılmaktadır. Tevbe suresi 103. ayetinde: **“Onların mallarından sadaka al; bununla onları temizlersin, onları arıtp yüceltirsin”**⁴³ ayetindeki ifadenin zahiri, mal denilebilen bütün varlıkları içine almaktadır. Fakat sadaka ifadesi dînî bir terim olarak, özellikle zekat mallarına mahsustur. Bir kimse ‘benim sadakam yok’ deyince, bu sözün zahiri hiçbir malının olmadığını ifade eder. Fakat biz bu sözü zekât verecek malının

⁴¹ es-Seyyid, Cemaleddin Mustafa, el-İstihsân: Buhûsun Fikhiy ve Usûliyy ve Nahviyy ve Felsefî, Daru’l-Hâdi, Beyrut 2007/1428, 25; Kerim, Fâruk Abdullâh, el-İstihsân ve Nemêzicu min Tatbikâtihi fı’l-Fıkh’l-İslâmî, Dâru’l-Kütübî’l-İlmiyye, Lübnan 2012, s. 13.

⁴² Abdulkadir Şener, Kıyas İstihsan İstislah, s. 125.

⁴³ Tevbe, 9/103.

olmadığı şeklinde anlarız. Çünkü Kur'an da böyle manalandırılmıştır. Dolayısıyla burada ayetin zahirinden anlaşılan genel bir ifade, yine Kur'an'dan anlaşılan mana ile istihsanen tahsis edilmektedir.⁴⁴

2.2.2. *Delili, İcma' Sebebiyle Terk Etmek*

Delili, icma' sebebiyle terk etmek; müctehidlerin bir olayda, o olayın benzerlerine uygulanan genel kuralın aksine hüküm vermeleri veya insanların genel kurala aykırı davranmalarını karşısında sükût etmeleri ve buna karşı çıkmamaları halinde, "İcma' sebebiyle istihsan"dan söz edilir.⁴⁵ Sözelimi bir kişi bir insanın evini taşlasa ve pencerelerine zarar verse, hukuken bu adama verilecek ceza kısasen tazmin yoluna gidilmesidir. Yine aynı şekilde bir kişi başka bir kişiye bıçakla saldırıp onu yaralasa veya el-ayak gibi bir uzvunun kopmasına sebep olsa kısasen verilecek karşılık misliyle olacaktır. Ancak söz konusu evin devlet dairesi ve bıçaklanan kişinin de bir devlet ricali olması durumunda hüküm çok daha farklı olacaktır. Fıkıh literatürümüzde buna benzer örnekler verilerek icma ile de istihsan yapılabileceği ortaya konmuştur.⁴⁶

2.2.3. *Delili, Örf Sebebiyle Terk Etmek*

Kıyasla belirlenen bir hükme veya yerleşik bir kurala aykırı düşen bir uygulamanın insanlar arasında genel kabul görüp örf haline gelmesi, örf sebebiyle doktrinde mevcut bir genel kuralın dışına çıkılması anlamına geldiğinden buna örf sebebiyle istihsân denir.⁴⁷

İmam Mâlik'in mezhebinde örf için (bazen) delil terk edilir. İmam Mâlik yeminler ile ilgili meseleleri örfe bırakmıştır. Hâlbuki yeminlerde kullanılan kelimelerin sözlük anlamı, örfün gerektirdiğinden başka anlamalara gelmektedir. Mesela "valla-hi filan (kimse) ile eve girmem" diye yemin eden kimse, sözlük

⁴⁴ Şâtîbî, el-İ'tisâm, II/165.

⁴⁵ Zekiyyüddin Şa'ban, İslam Hukuk İlminin Esasları Çev: İ. Kâfi Dönmez, TDV Yay., Ankara, 2000, s. 185.

⁴⁶ Şâtîbî, el-İ'tisâm, II/166.

⁴⁷ Ali Bardakoğlu, "İstihsân", DİA. C: XXIII, s. 343.

anlamı” olarak ‘ev’ adı verilen her yere girmekle yeminini bozuş olur. Camiye de sözlükte ev denildiğinden camiye girerse yemini bozulur. Ancak insanların örfü, camiye ev adını vermediğinden, örfü göre bu kimse camiye girerse yemini bozulmaz.⁴⁸

2.2.5. *Delili, Maslahat Sebebiyle Terk Etmek*

Bir meselede genel nass ve kuralın hükmünden ayrı tutmayı gerektirdiği için, insanların maslahatına (yararına) binaen yapılan istihsân çeşididir.⁴⁹ İmam Mâlik maslahattan dolayı delili terk etmiştir. Her ne kadar sanatkâr gibi değilse de birden çok kimseye iş yapan, onların namına çalışan kimsenin çalışırken verdiği zararı ödemesi gibi. Çünkü İmam Mâlik’in mezhebinde bu meseleye ait iki görüş vardır. Bu iki kavilden birine göre hamam sahibinin elbiseyi, gemi sahibinin taşıdığı eşyayı ödemesi gerekir. Yiyecek taşıyan hamal da İmam Mâlik’e göre taşıdığı mala zarar verirse öder. İmam Mâlik’e göre bunlar zararı ödemede sanatkâr gibidirler. Bunların ödemesindeki sebep, sanatkârın verdiği zararı ödemesindeki sebepten sonra gelir.⁵⁰

Hz. Peygamber (s.a.v.)’in “Zekât Muhammed’e ve ailesine helal değildir.”⁵¹ Hadisinden çıkan genel hüküm Haşimoğullarına zekât verilemeyeceği yönündedir; Hanefiler ve Malikî mezheplerinde benimsenen budur. Fakat gerek İmam Ebû Hanife gerek İmam Mâlik bu konudaki genel hükmü/kıyası terk edip, istihsânen kendi zamanlarındaki Haşimilere zekât verilebileceğine hükmetmişlerdir.

2.2.5. *Delili, Zarurettten Dolayı Kolaylık İçin Terk Etmek*

Buna örnek olarak fiyatı sabit açık büfe kahvaltı salonları, ücretli plajlar, hamam/sauna gibi hizmet alanları verilebilir. Sözelimi fukaha ücreti, içerde durma süresi ve kullanılacak su belirlenmediği halde hamama girmeyi istihsân yoluyla câiz görmüşlerdir. Hâlbuki bu meselede asıl olan câiz olmamasıdır.

Hamama girme meselesinde ücretin belirlenmesi, içerde

⁴⁸ Şâtibi, el-İ’tisâm, II/166.

⁴⁹ Ali Bardakoğlu, “İstihsân”, DİA. C: XXIII, s. 344.

⁵⁰ Şâtibi, el-İ’tisâm, II/166-167.

⁵¹ Müslim, “Zekât” 51.

kalma miktarı, kullanılacak suyun miktarı da örfte bırakılmıştır. Ayrıca bir ücret takdirine de ihtiyaç yoktur. İçeride durma süresi, kullanılacak suyun miktarı ise örf ile belirlenmemiş ise zaruretten dolayı düşer. Bu meselenin caiz olması fıkhıdaki şu kaideye bina edilmiştir. Akitlerde tüm bilinmezlikleri ortadan kaldırmak bazen mümkün değildir. Çünkü böyle bir şeye kalkışmak insanlar arası alım satım ve diğer işlemlerin kapısını daraltır ve anlaşma imkânını ortadan kaldırır. Akitlerde zarar verici olmamak, ileride çıkacak anlaşmazlıklar olmasın diye tamamlayıcı mahiyette bir uygulamadır. Demek oluyor ki bu, mükemmeli elde etmeye ulaştıran bir keyfiyettir. Mükemmeli elde etmeye yol açan şeyleri dikkate almak, bir başka mükemmeli iptal ediyorsa ikisi de muteber olmaz, dikkate alınmaz. Zaruri olanı elde etmek için, mükemmel bırakılabilir. Netice itibarıyla akitlerden ayrı düşünülmeyen bazı bilinmezlere göz yumulması gerekli olur. Çünkü bu durumdaki bilinmezlerin ayrılması güçlüğüne yol açar. Az bir zarara yol açması ve kaçınmanın sıkıntıya yol açması durumunda mükellefe basit belirsizliklerde tolerans gösterilir. Fakat belirsizlik çok ise tolerans gösterilmez. Çünkü zaruret yeri olmadığı gibi tehlikesi de büyük olabilir. Fakat bu hususta az ile çok arasındaki farkı tüm işlerde belirleyen bir nass yoktur. Ancak aldanmaya yol açan belirsizliklerden bazı türden olanlar yasaklanmıştır. Böylece bir takım esaslar konulmuş ve az olmayan belirsizlikler câiz olmakta veya dikkate alınmamakta bu esasa göre kıyas edilmektedir. Böylece çok olan belirsizlik ve aldanma yasak hükmünde olmuştur. Az ve çok olan, birtakım esas meselelere ait teferruatta âlimlerin dikkatini çeken hususlar vardır. Aldanma az, mesele basit, çekişme çok değil ve hoşgörüyü de ihtiyaç varsa, müsamaha olduğu söylenir. İşte hamam da kullanılacak su miktarı ve orada kalma süresinin belirlenmesi bu kabilden şeylerdir.⁵²

İmam Mâlik belirsizliğin ve aldanmanın az olup vakitle il-

⁵² Ali Bardakoğlu, "Garar", İslam'da İnanç İbadet ve Günlük Yaşam Ansiklopedisi, İFAV Yayınları, İstanbul, 1997, C: II, s. 70; Orhan Çeker, İslam Hukukunda Akitler, İstanbul, 2006, s. 69; Hayreddin Karaman, Mukayeseli İslam Hukuku, İz Yayıncılık, İstanbul, 2014, C:2, s. 165

gili olan ile fiyatla ilgili olan arasında fark gözetmiş; vakitle ilgili olanı câiz görmüş fiyatla ilgili olanı ise câiz görmemiştir. İmam Mâlik şöyle der: bir insanın bir malı hasat zamanında veya (bazı mahsullerin) kesim zamanında bedelini ödemek üzere satın alması câizdir. İsterse günü tam olarak belirlenmiş olmasın. Fakat bir malı “yaklaşık yüz liraya” satsa bu câiz olmaz. Fiyatı belirlemek veya takdir etmek sıkıntılı bir iştir ve örfte böyle bir şey yoktur. Zamanı belirleme de bir sıkıntı yoktur. Çünkü bazen satıcı, alacağını alma zamanında günlerce hoşgörülü davranabilir. Fakat satıcı, alacağı para hususunda toleranslı davranmaz. Amr b. Âs'ın Hz. Peygamber (sav)'den “Rasulullah'ın zekât memurunun zekât toplamaya çıkacağı zamana kadar parası ödenmek üzere deve satın alınmasını emrettiğini” rivayet etmesi, İmam Mâlik'in görüşünü desteklemektedir. Bu tür zamanlara yapılan ertelemelerin, günü ve saati tam olarak belirlenemez. Fakat bu bir tür kolaylıktır ve yaklaşık olarak tayin edilebilir.⁵³

Hanefi mezhebinde yırtıcı kuşların artığı, yırtıcı hayvanlara kıyasla necis/pistir. Bu açık bir şeydir. Fakat yırtıcı kuşun artığı, istihsan sebebiyle câiz görülmüştür. Çünkü yırtıcı hayvanın kendisi necisü'l ayn değildir. Fakat etinin zorunlu olarak haram oluşu sebebiyle, salyasının yakınlığından dolayı artığının da necis olduğu sabit olmuştur. Buna göre yırtıcı kuşlarda durum farklıdır. Çünkü kuşlar gagası ile içerler. Aslında gaga temizdir. Bu için artığının da temiz olması gerekir. Bu gerekçe gizli ise de güçlü bir izdir. Neticede her ne kadar bu durum gizli ise de, önceki hükme (necislik hükmüne) ağır basmaktadır. İki kıyasın en kuvvetlisini almakta da ittifak vardır.⁵⁴

2.2.6. *Delili, Güçlüğü Kaldırıp Genişliği Tercihlen Dolayı Terk Etmek*

Alışverişlerde basit ve değersiz şeylerde güçlüğü kaldır-

⁵³ Şâtibi, el-İ'tisâm, II/170.

⁵⁴ Es-Serahsi, el-Mebcut, C: 9, s. 220; Sahnun, el-Müdevvenetü'l-Kübra, Beyrut, C: I, s. 541; Vehbe Zuhayli, el-Fıkhu'l-İslami ve Edilletuhu, Darul Fikr, Beyrut, 1984, C: IV, s. 146

mak ve halkı sıkıntıya düşürmemek için delilin gereği terk edilir. Çok sayıda ölçekle alınan bir malda pek az bir fazlalık câiz görülmüştür. İkisinden biri diğerine tâbi olduğu takdirde sarf yoluyla satış câiz görülmüştür. Keza tam dirhemle eksik dirhem aralarındaki çok basit farklılıktan dolayı takas edilmesi câiz görülmüştür. Aslında bunların hepsi nass ile yasaklanmıştır. Çünkü hadis-i şerifte şöyle buyrulmuştur: “Gümüşle gümüş, altınla altın, birbirinin aynısı ve eşit olmak üzere takas edilir. Her kim artırır, birinin fazla olmasını dilerse, mutlaka aldığı fazlalık fâizdir.”⁵⁵ Câiz olmasının gerekçesi basit ve değersiz bir şeyin yok hükmünde olmasıdır. Bunun içindir ki çoğunlukla değersiz şeylere yönelmek bir amaç olamaz. Basit bir şeyin üzerinde ısrarla durmak sıkıntı ve güçlüğü yol açar. Bunlar ise yükümlüden kaldırılmıştır.

2.3. İstihsân'ın Kaynak Değeri ve Kaynaklar Hiyerarşisindeki Yeri

Zahiriler dışındaki bütün müctehitler istihsâna göre hüküm verdikleri halde, âlimler istihsanı kabul noktasında ihtilafa düşmüşler, hatta istihsanı kabul etmeyenler istihsanı benimseyenler hakkında çok ağır ithamlarda bulunmuşlardır. Özellikle Hanefiler ve Mâlikiler istihsâna çok büyük önem vermişlerdir. İstihsânı en çok savunan ve onu kullananlar Hanefiler olmuştur. Öyle ki Hanefi fakihler istihsân kelimesini birçok fıkhi meselede çözümlenmesinde şer'î hüküm verirken başvurulacak müstakil şer'î bir delil izlenimi verecek şekilde ve çoğu zaman da kıyas kelimesinin yanı sıra kullanmışlardır. Mesela, “Bu meselede kıyasa göre şöyle, İstihsâna göre böyle hükmetmek gerekir” veya “Kıyas şöyle hükmetmeyi gerektirirdi, fakat biz istihsân yaparak böyle hükmediyoruz” gibi ifadeler Hanefi fıkıh literatüründe çokça rastlanan ifadelerdir. Hanefi fakihlerinin istihsân kelimesini çok kullanmalarına rağmen “istihsân” kelimesiyle ne kasdettiklerini ortaya koyacak her hangi bir tarif

⁵⁵ Bkz. Buhari, “Büyü” 95; “Mezâlim” 18; “Nafaka” 9,14; Müslim, “Akdiyye” 7; Ebû Dâvud, “Büyü” 79; Nesâî, “Kudat” 31; İbn Mâce, “Ticârat” 65; Müsned, VI/39,50.

yapmamış olmaları; aynı şekilde istihsânın karşıtı olarak zikrettikleri “kıyas”la da ne kastedtiklerini açıklamamalarından kaynaklanan belirsizlik sebebiyle bazı âlimlerce tarafından ağır ithamlara maruz bırakılmışlardır. Çünkü onlar Hanefilerin kabul ettikleri istihsânın, bilinen şer’î delillerden birine dayanmaksızın şahsi görüş ve hevese göre hüküm koyma olduğu inancına kapılmışlardır.⁵⁶

İstihsân taraftarlarına ağır eleştiriler yöneltenlerden birisi de İmam Şâfiidir. O istihsâna ciddi bir şekilde karşı çıkmakla kalmamış istihsânı bir meselede hüküm vermede kullananları yeni bir din ihdas etmekle itham etmiş olduğunu yukarıda söylemiştik. İmam Mâlik ve Mâlikî mezhebi âlimleri de istihsâna büyük değer vermişler birçok meselenin çözümünde istihsânı şer’î bir delil olarak kullanmışlardır. Öyle ki, İmam Mâlik’in “İstihsân ilmin onda dokuzudur.”⁵⁷ dediği rivayet edilir. İmam Mâlik ve İmam Ebû Hanife’nin mezhebi incelendiğinde “istihsan iki delilden en kuvvetlisi ile amel etmek” olduğunu görülecektir. İmam Mâlik maslahat ile tahsisi istihsânen kabul etmektedir. Ebû Hanife ise umumun, kıyasa muhalif olarak gelen tek bir sahabe görüşü ile tahsise gidilmesini istihsân yoluyla câiz görmektedir. Her ikisi de kıyasın tahsisi ve illetin iptali görüşünü paylaşmaktadırlar. İmam Şâfiî ise, şer’î bir illetin sabit olmasından sonra tahsis edilemeyeceği görüşündedir. Bu, sadece genel delilin ve genel kıyasın gereği ile yetinilmeyip hükümlerin sonuçlarının de dikkate alınması demektir.⁵⁸

İstihsana delil olarak geçmişte ve günümüzde kullanılan ve kullanılmaya devam edilen birçok örnek vardır. Mesela karz (ödünç para verme) gibi. Karz aslında ribadır. Çünkü o paranın para karşılığında vade ile mübadele edilmesidir. Ancak genel kuralın gereğinden çıkılarak bu muamele mübah kılınmıştır; zira bunda ihtiyacı olanlara karşı bir maslahat bulunmaktadır.

⁵⁶ M. Yûsuf Mûsâ, Târihu'l-Fikhi'l-İslâmî, Kahire,1958, s. 266

⁵⁷ Şâtîbî, el-İ'tisâm, C: II, s. 164.

⁵⁸ Şâtîbî, el-Muvâfakât, C: IV,s. 208-209; (trc. IV/208-209); el-İ'tisâm, C: II, s. 164.

Eğer karz, genel kural gereği yasaklık üzere kalsaydı, o zaman insanlar sıkıntı içerisinde sokulmuş olurdu. Aynı durum ariyye, yani ağaç üzerindeki yaş meyvenin, tahmini olarak kuru meyve ile değiştirilmesi hakkında da geçerlidir. Bu da riba kapsamına girer, çünkü durum tam olarak yaş meyvenin kuru meyve karşılığında (tahmini olarak) satılmasıdır. Ancak bu muameleye ihtiyaç duyan her iki tarafın da ihtiyaçları dikkate alınarak caiz kılınmıştır. Eğer mutlak surette yasaklama cihetine gidilseydi, o zaman bu ariyyede bulunmanın önüne set çekilmiş olacaktı. Aynı şekilde ribe'n-nesîe, eğer karz akdinde de tahakkuk etmiş olsaydı, o zaman bu yönden kolaylık gösterilme yolu kapatılmış olurdu. Yine yağmur yüzünden akşam ve yatsı namazlarının cem edilmesi, yolcunun namazlarını cemederek kılması, namazını kısaltması ve isterse ramazanda oruç tutmaması, korku ve bu türden olan diğer ruhsat hükümlerinde de durum aynıdır. Çünkü bunlar aslında, hususiyle maslahatın celbi mefseletin def'i konusunda amellerin sonuçlarının dikkate alınması esasına dayanmaktadır. Bu gibi yerlerde aslında genel delil, bunların caiz olmamasını gerektirmektedir. Eğer biz genel delilin gereği üzere kalacak olursak o zaman bu, maslahatın ortadan kaldırılması sonucunu gerektirecektir. Dolayısıyla gerekli olan, fiillerin sonuçlarının mümkün merteye dikkate alınması ve ona göre bir hükme varılmasıdır. Aynı şekilde tedavi için avret yerlerine bakma, kıraz, müsâkât gibi tasarruflarda da durum aynıdır. Her ne kadar genel delil bu gibi tasarrufları aslında yasaklanmış olmasını gerektiriyorsa da, cevazı yönüne gidilmiştir.⁵⁹ İstihsânın genellikle Hanefî ve Mâlikî mezheplerine özgü bir delil olduğu fikri yaygın olmakla birlikte, furû fıkıh eserleri incelendiğinde, birçok yönüyle bu metodun diğer mezheplerde de kullanıldığı görülmektedir. Birçok âlimin ve özellikle de İmam Şafiî'nin istihsân deliline şiddetle karşı çıkmış olması ise, kanaatimizce o dönemde henüz bu delilin mahiyetini belirleyen bir teorinin tam olarak ortaya konmamış olmasından kaynaklanmaktadır.

⁵⁹ Şâtîbî, el-Muvâfakât, C: IV, s. 207 (trc. IV/207).

İslam hukuk felsefesi ve de özellikle maslahat teorisi sahasındaki çalışmalarıyla tanıdığımız İmam Şâtıbî'nin aşağıdaki değerlendirmeleri bizim bu görüşümüzü destekler mahiyettedir. Şâtibi, istihsana delil olma yönünden itibar edilip edilmeyeceği hususunda önceleri biraz tereddütlü yaklaştığını fakat bu konuda hocalarına yazmış olduğu mektuplara verilen cevapları incelediğinde Hulefâ-i Râşidin ve sahabenin ileri gelenlerinden oluşan bir topluluğun fetvalarında istihsanı takviye edip güçlendirici pek çok hüküme rasladığını; ayrıca aynı şekilde istihsanı inkâr mahiyetinde bir şeyle de karşılaşmadığını belirtir. Böylece istihsan fikri kendisinde son derece güçlendiğini ve gönlünün bu işe yattığını ve neticede kalbinin de bu iş için genişleyip güven duyduğunu ifade ile, Hulefâ-i Raşidin ve Sahabenin ileri gelenlerinden oluşan bir topluluğun vermiş oldukları hükümlerin bazılarını bizlere nakletmektedir.⁶⁰

Kısacası, fıkıh önemli ölçüde yorumdur ve zamandan ve mekandan bağımsız değildir/olmamalıdır. "İnsanlara örf, adet, zaman ve hal karinelerinin farklılıklarına rağmen kitaplarda mevcut nakillerle fetva veren bir kimse, hem sapar hem de başkalarını saptırır. Böyle birisinin dine karşı işlediği cinayet, tıp kitaplarında mevcut bilgilerle yola çıkıp da bütün insanlığı tedaviye kalkışan kimsenin cinayetinden daha büyüktür."⁶¹

Sonuç

Çalışmamızda ele almış olduğumuz bu iki mesele İslam hukukunda var olan esnekliği ortaya koymakla beraber, bir hukuk sistemi olarak İslam hukukunun da sınırlı naslar karşısında değişen ve gelişen dünyada ortaya çıkan yeni yeni olayları karşılama ve onlara çözümler üreterek evrensel hukuk normları ortaya koyma kabiliyetine sahip olduğunu göstermektedir.

Burada gözden kaçırılmaması gereken temel nokta, İslam'ın indiği dönemde mevcut toplumsal yapıyı göz önüne alması ve sebep-i nüzul denilen bir gerekçe ile peyderpey geli-

⁶⁰ Şâtibi, el-İ'tisâm, II/172.

⁶¹ İbn Kayyim el-Cevziyye, 'Îlâmü'l-Muvakkı'ın 'an Rabbi'l-'Âlemîn, Çev: Pehlül Düzenli, Pınar Yayınları, İstanbul, 2013, C: III, s. 78.

şimini tamamlamasıdır. Bu durum, İslam'ın bir din olarak hayattan kopuk, tamamen ütöpik bir yapıya bürünmesinin önüne geçmiş, Hz. Peygamber de bizzat yine hayatın içinden biri olarak anlama ve uygulama noktasındaki muhtemel problemleri daha ortaya çıkmadan çözmüştür. İlk dönem İslam alimleri de, özellikle fakihler, İslam'ın bu hayat dolu yönünü göz ardı etmeksizin yeni karşılaşılan durumlara yine hayatın içinden fakat asıldan kopmadan çözümler getirmeye, İslam'ı yaşamdan koparmamaya gayret etmişlerdir. Fakat ne yazık ki, zaman ilerledikçe İslam'ın bu işlevsel yönü ihmal edilmiş, pratikten/yaşamdan ziyade teorik kısım ön plana çıkmış ve dini bilgi, hayatın hızlı gelişimine de paralel olarak, bırakalım yaşamda kendisine yer bulmasını anlaşılması dahi zorlaşan bir mahiyete bürünmüştür. Klasik dönemde hayatın içinden uygulamalar olarak ortaya konan hükümler ve üretilen İslami bilgi, zamanla yorum olmaktan çıkmış ve metnin kendisiymiş gibi algılanmaya başlanmış ve sonraki nesiller de yaşadıkları hayatı metinden yola çıkarak düzenlemek yerine zamanında ortaya konan yorumlara aynıyla uymayı İslam zanneder hale gelmişlerdir.

Gelinen şu noktada, İslam düşünürlerinin elindeki en büyük ödev, kanaatimizce metin-hayat birlikteliğinden yola çıkarak yeni bir yorum ortaya koymaları ve bu yorumun hayatımıza dokunması için içinde yaşadığımız dünyaya ait/güncel olması noktasında azami gayreti göstermeleridir. Bunun için de örf ve istihsan gibi iki önemli usul kaidemizin işletilmesi özellikle günümüzde işlevsellik noktasında çok fazla işe yarar gibi durmaktadır. Zaman değiştikçe ahkam da değişecek ise, bu değişimin temel çıkış noktasının içinde bulunduğumuz zaman dilimi yani yaşamın bizzat kendisi olması kaçınılmazdır.

Ahkâmın değişmesi kavramını kullanırken; örf ve âdetlerin farklılık arz etmesi sonucunda ahkâmın değişmesinden maksadın, İslam'ın koymuş olduğu küllî kâidelerin/metnin değişmesi değil; bizzat zaman ve zemine bağlı olarak örf ve âdetlere binaen verilmiş hükümlerin/yorumların değişmesini kastettiğimizi söylememize gerek yoktur.

Kaynaklar

- Abdulkâdir Şener, *İslâm Hukukunun Kaynaklarından Kıyas, İstihsân, Istıslâh*, Ank. 1974.
- Abdülazîz Buhârî, *Keşfü'l-Esrâr*, (neşr. M.M.el-Bağdâdî), Beyrut, 1994
- Adnan Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1999.
- Ahmed b. Ebu Sehl es-Serahsî, *el-Mebsût*, Mısır, 1324.
- Ali Bardakoğlu, "İstihsân", *DİA*.
- Ali Bardakoğlu, *Tabîî Hukuk Düşüncesi Açısından İslâm Hukukçularının İstihsân ve Istıslâh Görüşü*, Kayseri, 1986.
- Ali Bardakoğlu, "Garar", *İslam'da İnanç İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, İFAV Yayınları, İstanbul, 1997.
- Buhari Ebu Abdullah b.İsmail (v. 256/869), *el- Ali Haydar Efendi, Dürerü'l-Hükkam Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, İstanbul, 1330. Muhammed
- Câmiu's-Sahîh*, Matbâ-i Âmire, Asitâne, 1315.
- Cassas, Ebu Bekir Ahmet, er-Razi, *Ahkamu'l-Kur'an*, thk. Sıdkı M. Cemil, Beyrut, 1993.
- Cengiz Kallek, "Mudarebe" md. *DİA*.
- Ebû Dâvud Süleyman b.el-Eş'as es-Sicistânî (v. 275/888), *es-Sünen*, Suriye, 1388.
- Ebu İshak İbrahim b. Musa eş-Şâtîbî, *el İ'tisâm*, çev: Ahmet İyibildiren, Mustafa Özcan, Kitap Dünyası yay., İstanbul, 2003.
- Ebu İshak İbrahim b. Musa eş-Şâtîbî, *el-Muvâfakât fî Usûli'l-Ahkâm*, thk: Abdullah Dıraz, Kahire, trs.
- Ebu İshak İbrahim b. Musa eş-Şâtîbî, *el-Muvâfakât fî Usûli'l-Ahkâm*, Çev: Mehmed Erdoğan, İstanbul, 1999.
- Ebû Zehra, Ebu *Hanife*, Çev: Osman Keskiöğlü, TDV Yay., Ankara, 2002.
- es-Seyyid, Cemaeddin Mustafa, *el-İstihsân: Buhûsun Fıkhiy ve Usûliyy ve Nahviyy ve Felsefi*, Daru'l-Hâdi, Beyrut 2007/1428.
- Eş-Şirâzî, Ebû İshâk İbrahim Ali b Yûsuf, *el-Lum'a fî Usûli'l-Fıkh*, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, II. Baskı, 2003/1424.

- Eş-Şirâzî, Ebû İshâk İbrahim Ali b Yûsuf, *et-Tebşira fî Usûli'l-Fıkh*, thk: Muhammed Hasen, I. Baskı, Dâru'l-Fıkr, Dımeşk, trs.
- Hayreddin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, İz Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- İ.Kafi Dönmez, *İslam Hukukunda Kaynak Kavramı*,(Basılmamış Doktora Tezi),İst.1981.
- İbn Âbidin Muhammed Emin b.Ömer, *Neşru'l-Urf fî Binâ-i Ba'dil-Ahkâm Ale'l-Urf* (Mecmûâti'r-Resâil içinde), İstanbul, 1325.
- İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lâmü'l-Muvakkı'în 'an Rabbi'l-Âlemîn*, Çev: Pehlül Düzenli, Pınar Yayınları, İstanbul, 2013.
- İbn Mâce Ebû Abdullah Muhammed b. Yezid el-Kazvîni, *es-Sünen*, Mısır, 1952.
- İbn Rüşd, el-Hafid, Ebû'l-Velîd Muhammed, *Bidâyetü'l-Müctehid*, Beyrut 1424/2004.
- İbn Teymiye, *Fetava*, Mekke, 1399.
- İbn Teymiye, *Sıhhatu Usûli Mezhebi Ehli'l-Medine*, Kahire, trs.
- İbnü'l-Ârabî, Ebû Bekir, *Ahkâmu'l-Kur'an*, thk: Ali el-Becâvî, Dar-u İhyâi'l-Kütübi'l-Arap, Beyrut, 1957.
- İsmail Erdoğan, "Kasame" md., *DİA*.
- Kerim, Fâruk Abdullah, *el-İstihsân ve Nemêzicu min Tatbikâtilihî fî'l-Fıkhü'l-İslâmî*, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Lübnan 2012.
- Luis Ma'lûf, *el-Müncid*, Beyrut, 1956.
- M. el-Ferfûr, *Nazariyyetü'l-İstihsân fi't-Teşri'il-İslâmî*, Dımeşk,1987.
- M. Yûsuf Mûsâ, *Târîhu'l-Fıkhî'l-İslâmî*, Kahire,1958.
- Maverdi, *Edebu'l-Kadi*, Matba'atu'I-İrşad, Bağdad, 1391/1971.
- Mehmet Erdoğan, *İslam Hukukunda Ahkâmın Değişmesi*, MÜİFV yay., İstanbul,1994.
- Muhammed b. İdris eş-Şâfii, *el-Ümm*, Beyrut, 1993.
- Muhammed b. İdris eş-Şâfii, *İstihsânın İptali*, Çev: Osman Şahin, *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2003.
- Muhammed b. İdris eş-Şâfii, *Risale*, Çev. A. Şener- İ. Çalışkan, Ankara, 1996.

- Muhammed Hamidullah, "İslam Hukukunda Örf-Adet", *Konferanslar*, çev. Zahit Aksu, Erzurum 1975.
- Muhammed Hudari Bek, *Tarihu't-Teşri'i'l-İslami*, Daru'l-Kalem, Beyrut 1983.
- Muharrem Önder, *Hanefî Mezhebinde İstihsân Anlayışı ve Uygulaması*, Konya,2000, (Basılmamış Doktora tezi); Üsâme el-Hamevî, *Nazarriyyetu'l-İstihsân*, Beyrut,1992.
- Mustafa Fayda, "Arube" md. DİA.
- Müslim Ebu'l_Huseyn b. Haccâc en-Nisâbüri, *el-Câmiu's-Sahîh*, İstanbul,1981.
- Nesâî Ebu Abdurrahman Ahmed b. Şuayb, *es-Sünen*, İstanbul, 1981.
- Orhan Çeker, *İslam Hukukunda Akitler*, İstanbul, 2006.
- Ragıb el-İsfehâni, *el-Müfredat fi Garibi'l-Kur'an*, Beyrut, trs.
- Sahnun, *el-Müdevenetü'l-Kübra*, Beyrut.
- Serahsi, *Mebcut*, Beyrut: Daru'l-Ma'rife, trs.
- Seyyid Sâlih İvad, *el-İstihsân İnde Ulemâ'i'l-Usûl*, Kahire,1981.
- Tirmizî Muhammed b. İsa b. Sevr b. Musa, *es-Sünen*, İstanbul,1981.
- Vehbe Zuhayli, *el-Fıkhü'l-İslami ve Edilletuhu*, Darul Fikr, Beyrut, 1984.
- Zekiyyüddin Şa'ban, *İslam Hukuk İlminin Esasları* Çev: İ. Kâfi Dönmez, TDV Yay., Ankara, 2000.