

FĪKHĪ MİRASIMIZI YENİDEN NASIL GÖZDEN GEÇİRMELİ VE ELE ALMALIYIZ*

Yûsuf el-Kardâvî'den

Dr. Yusuf İŞCIK

Hukûkî mîrasımızı yeniden gözden geçirmek, fikhî mezhepler ve görüşler arasında *yasama ve yargı*'ya elverişli olanlarını tercih etmek ve çağımızda bunlara göre fetvalar vermek sözüyle, rastgele ve körükörüne bir seçimi kasetmiyorum. Yine, *delil ve rivayetler*'in desteklediği, akıl ve kıyasın te'yid ettiği sağlam görüşleri bir tarafa bırakıp, mezheplerin ruhsatları ve âlimlerin zellelerini araştırarak, umûmun keyfine en uygun olanlarını almayı kasetmiyorum. Birçoğu, İslâmın kontrolü dışında ortaya çıkmış bulunan halihazırki vâkiaları, her türlü çözü - çöpüyle meşrû gösterecek tarzda bir tercihi de kasetmiyorum.

Şunda şüphe yoktur ki, fikhî mîrâsımızın ihtivâ ettiği hükümlerin hepsi aynı derecede değildir. Çünkü, bu hükümlerden bazılarının kaynağı doğrudan doğruya naslardır. Bazılarının kaynağı icmâ'dır. Bazılarının ki ise, kıyas yahut istihsan yahut maslahat yahut örf yahutta hakkında nas bulunmayan konularda geçerli olan diğer ictehad kaynaklarıdır. Fukahâ'nın birbirlerinden farklı olarak alıp kabûl ettikleri fikhî prensiplerden kimisi bir hükme müsbet deyip kabûl ederken, kimisi aynı hükmü olumlu görmez ve kabûl etmez. Kimisi bir meselenin hudutlarını oldukça geniş tutarken, kimisi aynı meseleyi oldukça dar bir çerçeve içerisinde ele alır. Kaynağını nasların teşkil ettiği hükümlere gelince, bunların dayandığı nasların hepsi aynı derecede değildir. Şöyle ki, bu nasların bazıları sahih olduğu halde sarîh (hangi anlama geldiği açık) değildir. Bazıları ise, sarîh olmakla birlikte sahih değildir. İcmâ ile sâbit olan meselelere gelince, bu meselelerin temel kaynağını teşkil eden icmâların, kimisi sahâbe icmâi, kimisi de onlardan sonra gelenlerin icmâidir. Bu icmâların kimisi kavli (sözlü) icmâ, kimisi de sükûti icmâ'dır. Yahut icmâ olduğu iddia edilen bir hususta bazan gerçekte icmâ bulunmadığı görülür. Diğer taraftan, bazı hükümler, oğünün şartlarına ve örfüne göre verilmiştir; fakat bugün o şartlar ve örfler değişmiştir.

(*) Şeriatu'l-İslâm Hulûduhâ ve Salâhuhâ li't-Tatbik fi Kullî Zemanin ve Mekân, Beyrût 1397, s. 110-135.

Bunun içindir ki, bütün bu görüşleri ve bunların kaynaklarını, Allah Teâlâ'nın, insanlar adâleti ayakta tutsunlar diye indirdiği Kitap ve *mî-zân*'ın rehberliğinde bağımsız olarak ele alıp tasfiye etmek ve arıtmak, kaçınılmaz bir zarûrettir.

«el-İhkâm» adlı kitabında (1) *İmam Karâfi* der ki:

«İctihâdî olan hükümlerin hepsiyle amel etmek ve müctehitlerden sâdir olan her fetvaya uymak caiz değildir. Her mezhebin birtakım meseleleri vardır ki, bunlar iyice bir gözden geçirildiğinde bu konularda o mezhep imamının taklit edilmesinin mümkün ve caiz olmadığı görülür.»

Yine *Karâfi*, «el-Furûk» isimli kitabında şöyle der :

«Bir müctehidin icmâya veya umûmî kaidelere veya nassa veya çürütülmekten sâlim kuvvetli celi (açık) kıyasa aykırı olarak verdiği fatvasının, o müctehidin müntesipleri tarafından insanlara nakledilmesi ve Allâhın dininde ona göre fetvâ verilmesi câiz değildir. Eğer bir hâkim böyle bir görüşle hükmetse, biz onu bozar ve nakzederiz. Biz, hakimin tasvip ve onayından geçen böyle bir kararı şer'an kabûl etmeyince, hakim tarafından karar altına alınmamış ve te'kid edilmemiş olan bir hüküm, haydi haydi kabûl ve tasvip etmeyiz. Her nekad bu isâbetsiz görüşün sâhibi olan müctehid imam, Rasûlüllah (s.)in, «mectehid, ictihadında hata ederse bir sevap, isâbet ederse iki sevap alır.» (2) meâlindeki hadisinden de anlaşılacağı üzere vazifesini yerine getirmek için elinden gelen çabayı sarfettiğinden dolayı bu görüşü sebebiyle âsî olmuş olmayıp bilâkis sevap kazanmış olsa da, İslâma aykırı bir şeyle yâni şer'a muhâlif olan böyle bir ictihatla fetva vermek haramdır. Bu nedenle, zamanın bilginlerinin, kendi mezheplerini dikkatle incelemeleri gerekir. Çünkü, ellerine geçen bu nevî bir ictihatla fetvâ vermeleri haramdır. Her mezhepte, az ya da çok böylesi ictihad ve görüşler vardır. Fakat, umûmî kaideleri, kıyâs-ı celi'yi, sarîh nass'ı ve bu sarîh nassın aksine bir delil bulunmadığını bilenlerden başkası, mezheplerindeki bu tür isâbetsiz ictihadları bilemez. Bu ise, *fıkıh usûlü*'nü iyi bilmeğe ve ayrıca *fıkıh*'ta derinleşmeğe bağlıdır. Çünkü, kaidelerin tümü, *fıkıh usûlü* kitaplarında mevcut değildir. Fakîh imamlar ve fetvâ ehli ulemâ indinde, İslâm Hukûku'nun nice kaideleri vardır ki, bunlar hiçbir zaman *fıkıh usûlü* kitaplarında bulunmaz. İşte bütün bu sebepler, beni bu kitabı yazmağa ve gücüm nisbetinde, söz konusu kaideleri tesbit etmeğe sevketmiştir.» (3)

1) Abdulfettâh Ebû Ğudde'nin tahkikli olarak neşrettiği Halep baskısı, s. 129.

2) Buhârî ve Müslim.

3) el-Furûk, c.II, s. 109-110.

Müctehid imamların görüş ve fetvâları konusunda durum bu olunca, artık mukallid fakihlerin ve sonraki (müteahhirin) fetvâcılarının görüşleri hakkındaki durumu varın siz hesabedin!

İmâm Karâfi, ondan önce *İbnü'l-Kayim* ve daha sonra *İbnü Âbidîn*, yukarılarda anlattığımız şer'î değer ölçülerine binâen, şu gerçeği, üzerine basa basa ifâde etmişlerdir ki, örfün, zamanın, durum ve şartların değişmesi, fetva ve hükümlerin değişmesinde ve muhtelif şekiller almasında etkili olmuştur.

İşte bütün bunlar, karşılaştırma ve tercihe, derin bir araştırmağa dayalı müâsir (çağdaş) yeni bir fikhin teşekkülü için, özellikle ibâdet konuları dışında yâni sosyal ve medenî, ticârî ve idârî, cezâî ve devletler-arası alanlarda, mevcut fikhin bünyesindeki görüşlerin araştırılarak teşhis edilmesinin zarûrî olduğu hakkındaki görüşümüzü doğrulamakta ve te'yit etmektedir.

«İctihad kapısı, dördüncü ve üçüncü veya ikinci asırdan sonra kesin olarak kapanmıştır.» şeklindeki iddiâ ve itiraza gelince, bu tutarsız ve merdut bir itirazdır. Çünkü icthad kapısını ümmet için açan Allahın Rasûlü (s)dir. Binâenaleyh, Allahın Peygamberinden sonra, kim olursa olsun hiç kimse bu kapıyı kapatma imkân ve salâhiyetine sahip değildir.

Âlimlerin sultanı İzzüddîn b. Abdisselâm der ki :

«İctihad kapısının ne zaman kapandığı konusunda ihtilâfa düşerek, hakkında Allah'ın herhangi bir delil indirmedığı birçok görüşler ileri sürdüler. Kimine göre hicrî ikinci asırdan sonra, kimine göre Şâfiî'den sonra, kimine göre Evzâî ve Süfyân-ı Sevrî'den sonra kapanmıştır. Bu düşüncede olanlara göre, yeryüzü, Allahın hüccetini ayakta tutan ve Kur'âna, Sünnet'e bakarak hüküm çıkarabilen kimselerden mahrumdur. Onlara göre, bir kimse *Kitab ve Sünnet*'e göre fetva vermeden önce, bu fetvâyı, taklid ettiği imamının görüşüne arz etmeli, şâyet ona uyuyorsa bu fetvayı vermeli, aksi takdirde bunu reddetmelidir. Bu ve benzeri görüşler, bozuk ve tutarsız fikirlerdir. Çünkü, hakkında kesin ve açık nas bulunmayan veya *selef*'çe ihtilâf edilen bir hâdise hakkında, Kitap ve Sünnet'e dayanarak icthad yapmak gerekir. Bunun dışında kim ne derse, o hezeyan savurmuştur.»

Muhakkık ulemâdan *Şevkânî*, *İmam Zerkeşî*'nin şu sözünü nakledder (4) :

«Böylelerinin, bu zamanda müctehid yoktur şeklindeki sözlerine insan şaşar. Çünkü eğer onlar Allahın akıl ve idrak yüksekliği gibi önceki-

4) Bakınız, *İrşâdu'l-Fuhûl*, s. 236.

lere lütfettiği üstünlükleri artık insanlardan kaldırıp esirgediğini düşünerek bunu söylüyorlarsa, bu, Allah'a bâtil bir şeyi isnat etmektir. Yok eğer onlar, eskilerin ilim öğrenme ve ictihad etme imkânlarının sonrakilerde bulunmadığını düşünerek bunu söylüyorlarsa, bu da gerçeklere aykırı bir iddiadır. Çünkü, ilim öğrenmek, ictihad imkânı, Kur'ân, Sünnet ve müctehid imamların görüşlerini araştırmak, sonrakiler (müteahhirîn) için daha kolaydır. (4)

a — *Hükümlerin kaynaklarını teşkil eden nasların sâbit olup olmadıklarının araştırılması :*

Bütün eşsizliğine, incelik ve göz kamaştırıcılığına rağmen bize miras kalan fıkıh külliyyatında öyle ictihâdî hükümler bulunmaktadır ki, bunlardan vazgeçmemiz gerekir. Çünkü, *Karâfi*'nin de beyan ettiği gibi, iyice bir incelendikleri ve karşılaştırmağa tâbi tutuldukları zaman, bunların kaynaklarının ve mesnedlerinin zayıf olduğu görülür.

Bazı fikhî hükümler vardır ki, bunların kaynakları, sahih veya hasen olduğu sâbit olmayan hadiselerdir. İcmâ ile sâbittir ki, ahkâm konusunda zayıf hadisle amel edilmez. Bundan dolayıdır ki, yapmamız gereken ilk iş, hükmün dayandığı nassın sâbit ve kesin olup olmadığını ortaya koymaktır. Tabii ki bu, sadece Sünnet için söz konusudur; çünkü, Kur'ânı Kerim'in tamamı, tevâtür yoluyla sâbit olup bunda hiçbir şüpheye mahal yoktur.

Herhangi fikhî bir hükmün dayandığı hadisin sened bakımından sâbit olmadığı ortaya çıktığında, bu hükme bağlı kalmamakta serbestiz ve böyle bir durumda meseleyi umûmî kaide ve usûllerin veya ilgili diğer nasların ışığında ele almamız lâzımdır. Bununla ilgili bazı misâller vereceğim :

1 — Şâfiîler ve diğerleri tarafından delil olarak kullanılan, «Kocası kaybolan kadın, kocasının kesin ölüm haberi veya onu boşadığına dâir açıklaması kendisine ulaşınca kadar bekler (sabreder).» hadisi, birinci örneğimizdir. Hafız İbnü Hacer der ki: «Bu hadisi Dârakutnî Muğîre b. Şûbe'den «haber kendisine ulaşınca kadar bekler.» şeklinde, Beyhakî ise, «açıklama ona ulaşınca kadar bekler.» şeklinde rivâyet etmişlerdir. Hadisin isnâdı zayıftır. Ebû Hâtim, Beyhakî, Abdülhak, İbnükkattan ve daha başkaları bu hadise «zayıf» demişlerdir.» (5) Kocası kaybolan kadını ömür boyu veya kocasının yaşlıları ölünceye kadar veya yetmiş yahut doksan yaşına girinceye kadar beklemek ve onu, hakkını zâyi edici ve ömrünü boşa götürücü, zararına ve aleyhine olan benzeri durumla-

4) Bakınız, *İrşâdu'l-Fuhûl*, s. 236.

5) Bakınız, *Hâfiz İ. Hacer, Telhisu'l-Habir*, c. III, s. 232.

ra mahkûm etmek üzere bu hadise dayanmak, delil ve burhana dayanmak değildir. Binâenaleyh, bu konuda başka bir hadis yoksa, meseleye umûmî kaideler ve İslâmın genel maksatları ışığında bakmak gerekir. Allah kendisinden râzî olsun Ömer b. Hattâb böyle yapardı.

2 — İmam Mâlik Muvatta'ında, Ebû Dâvûd ve İ. Mâce de *Sünen*'lerinde, Peygamber (s)in, *Urbân*'ı yasak ettiğini rivayet ederler. Urbân, müşterinin, alışverişin başında, aralarındaki irtibatı pekiştirmek için satıcıya bir veya birkaç dirhem vererek, «Eğer alışveriş gerçekleşecek olursa bunlar fiattandır; yok alışveriş olmayacak olursa bu paralar senindir.» demesidir. Buna *urbûn* da denir. İmam Nevevî'nin *el-Mecmû*'da ifade ettiği gibi, bu hadis bütün tarikleriyle zayıftır. Mezheplerin, bu alışveriş hakkındaki görüşleri muhtelifdir. Kimisi câiz görüyor, kimisi görmüyor. Ebû Hanîfe, Mâlik ve Şâfiî buna cevaz vermiyorlar. İbnü'l-Münzir, İbnü Abbas ile Hasan el-Basrî'den aynı görüşü rivayet etmiştir. İmam Ahmed'e göre ise bu câizdir. İbnü'l-Münzir'in de rivayet ettiği gibi, İbnü Ömer ve İbnü Sîrîn de bu görüştedir. Ayrıca, Nâfi' b. Haris'ten rivayet edildiği üzere O, Hz. Ömer döneminin Mekke vâlisi iken, orada Safvân b. Ümeyye'den dörtbin dirheme bir hapisane binası satın almış ve demiştir ki, «Eğer Ömer râzî olursa bey' O'nun adınadır; yok râzî olmazsa, bu paranın dört yüz dirhemi Safyân'ındır.»

Bunu câiz görmeyenlerin delillerine baktığımızda, onların bir bu hadise dayandıklarını, bir de «bey'in fâsid bir şartı ihtiva ettiğini, çünkü burada karşılıksız olarak bir mal almanın sözkonusu olduğunu»(6) ileri sürdüklerini görüyoruz. Sözkonusu hadis, kendisinde za'f bulunduğu için sahih değildir. Ayrıca, bu hadise karşılık başka bir hadisi Abdürrezzak *Musannef*'inde rivayet eder. Buna göre, «Peygamber (s)den, alışverişte *urbân* sorulduğunda, bunun helâl olduğunu beyan buyurdu.» Bu hadis de mürseldir ve aynı zamanda senedinde zayıf bir râvî vardır. (7) Bu durum karşısında meselede iş aklı bir dayanak aramağa kalıyor. Alışverişte *urbân*'ı câiz gören İmam Ahmed, Hz. Ömer'den gelen habere dayanıyor ve alışverişin gerçekleşmemesi durumunda *urbân* almanın, batıl yolla mal yemeğe girmediğini söylüyor. O'nun bu görüşü, çağımıza daha uygun, kolaylaştırma ve insanlardan güçlükleri kaldırma esasları üzerine dayanan İslâm Hukûkunun ruhuna daha muvafık olsa gerektir .

Büyük Üstad Mustafa ez-Zerka'nın da dediği gibi, alışverişte *urbân* (kaparo) alma usûlü, modern çağın ticari muamelelerinde, alıcı ile satıcı arasında umûmî bir irtibat vesikası olup, ticârî teâmül ve kanunlarca geçerli olan bir usûldür. *Urbûn* (kaparo), malını muattal bir vaziyette bek-

6) Bakınız, *el-Mecmû*, c. 9, s. 334-335.

7) Bakınız, *Neylül-Evtâr*, Mustafa Bâbî el-Halebi baskısı, c. V, s. 162-163.

letmek sûretiyle karşı tarafa verilen zararı, belli bir bedelle teahhüt etme esasına dayanan bir usuldür. Muattal bir vaziyette beklediği bu süre içerisinde satıcının, malını uygun fiatlarla satabileceği bir, hattâ birkaç fir-satı kaçırmış olma ihtimali dikkate alınır.

İbnü Kayyim(r) bunu, «alışverişte koşulması caiz olan şartlar: mâ yecûzü mine'l-iştirât» bâbında Buhârî'nin İbnü Sîrîn'den yaptığı şu rivâ-yetle te'yid etmektedir. İbnü Sîrîn diyor ki: «Bir adam, hayvanını kirala-mak istediği kimseye: Deveni hazırla; eğer falanca gün seninle beraber gelemeyecek olursam, sana yüz dirhem var» dese ve sefere çıkmasa, bu durumda Şüreyh'e göre, adamın, kendi rızasıyla ve zorlanmaksızın kendi aleyhine koştuğu bu şarta uyması gerekir.» (8)

«Kadı Şureyh'ten rivayet edilen, karşı tarafı muattal bir durumda beklemekten doğan zararı tazmini öngören bu nevi bir şarta, günümüz modern hukuklarında, *cezâî şart* adı verilir.» (9)

Ancak, bu nevi şartların, ma'rûf ve adâlet ölçüleriyle sınırlandırılma-sı da gerekir. Çünkü, bazılarınca bu şartta, sağduyuların açıkça haksızlık olduğunu gördükleri aşırı gitmeler oluyor. Meselâ, apartmanını belli bir günde teslim etmesi ve hangi sebepten olursa olsun tek bir gün dahi teslimde gecikmesi durumunda hiçbir ücret ve masraf hakedemeyeceği şartıyla müteahhitle sözleşme yapan kimsenin, koştuğu bu şarttaki hak-sızlık gibi.

3 — «Peygamber (s), şartlı alışverişi yasak etti.» hadisini delil ola-rak alan kimselerce, günümüz ticarî hayatını sıkıntıya sokan bir hüküm ortaya konmuştur. Günümüzde, ilgili müessese tarafından, bir ya da bir-kaç sene müddetle, bozulduğunda yapılması, bir tarafı kırıldığında deği-ştirilmesi şartıyla, birçok âlet ve cihazlar satın almaktayız. Bu şartlar bu-lunmadan, insan, ticarî münâsebetlerde güven duyamamaktadır. Önceki asırlarda müslümanlar, yaptıkları alışverişlerde, birçok örf ve âdetlere gö-re aralarında bazı şartlar koşmuşlardır. Âlimler, bu şartları geçersiz sa-yamamışlardır. Çünkü aksi halde insanlar sıkıntı ve zorluklara düşecek-lerdi. Nitekim, Hanefî mezhebine mensup sonraki âlimler (müteahhirîn), bu hadisi, örf ile tahsis etme zorunluluğunu duymuşlardır.

Halbuki, herşeyden önce bu hadisin senedine bakmak ve sahih olup olmadığını araştırmak, daha yerinde bir iştir. Bu sebepten, biz söz konu-su hadisi araştırdık. Bu hadise, ne Kütüb-i Sitte'de ve ne de o seviyede-ki hadis mecmuaları olan *Mâlik'in Muvatta'* ile İmam Ahmed ve Dârimî'

8) Bakınız, İ'lâmu'l-Muvakkîn, el-Muniriyye baskısı, c. III, s. 339.

9) Bakınız, Mustafa ez-Zerka, el-Medhalu'l-Fıkhiyyu'l-Âmm, c. I, s. 234.

nin *Müsned*'lerinde bulamadık. Hadisi ancak, *Taberânî* el-Evsat'ında, İbnü Hazm «el-Muhallâ'sında, *Hattâbî* «Meâlimu'ssunen»inde ve *Hâkim* de «Ulûmu'l-Hadîs»inde rivayet etmiştir. Hadis imamlarından hiçbirinin bu hadise *sahih* veya *hasen* dediklerini görmedik. Bilakis *İmam Nevevî* ve *İbnü Hacer* (10) gibi âlimler, sözkonusu hadisi *ğarîb* (zayıf) bulmuşlardır.

Bunun içindir ki, Allâme İbnü'l-Kayyim, *Sahih* bir senedinin olduğu bilinmeyen, üstelik *sahih* sünnete ve kıyasa muhalif olan ve icmâya ters düşen bu hadisle amel edilmesini haklı olarak reddetmekte ve şöyle demektedir :

«Bu rivayet, *sahih* hadislere aykırıdır; şöyle ki:

— Câbir(r), devesini, Medîne'ye kadar binmek şartıyla satmıştı.

— Peygamber (s) buyurmuşlardır ki: «Malı olan bir köle satıldığında, mal satıcıya âittir. Alıcı, bu malın kendisinin olmasını şart koşarsa o başka.» Görüldüğü üzere, bu hadiste Rasûlüllah, alışveriş (bey') akdine fazladan koşulan bir şartla malı alıcıya âit kılmıştır.

— Peygamber (s) buyurmuşlardır ki: «Kim, meyve tutmuş bir hurma bahçesini satacak olursa, ağaçlardaki meyveler kendisinin (satıcının)dır. Müşteri (akit esnasında) meyvelerin kendisinin olmasını şart koşarsa o başka.»

Bütün bunlar, şartlı alışveriştir; *sahih* ve *sarih* sünnetle *sâbittir*. Sözkonusu rivayetin icmâya aykırı olduğuna gelince, alışverişte *rehin*, *kefil*, *zamin*, *te'cil*, *üçgün muhayyerlik* ve o beldeden başka bir yerin parası gibi şeylerin şart koşulmasının *câiz* olduğunda ümmetin icmâi vardır. Bütün bunlar, üzerlerinde ittifak hasıl olmuş bulunan *şartlı alışverişler*'dir.» (11)

«Malda zekâtın dışında bir hak yoktur.» (12)

«Öşür ve haraç birleşemez»

10) İbnü Hacer, *Telhisu'l-Habîr*, c. III, s. 12 (hadis nr. 1150).

11) İbnü'l-Kayyim, *İ'lâmu'l-Muvakkîn*, M. M. Abdülhamid'in tahkikli neşri, Mısır, c. II, s. 327-328.

12) Bu hadis hakkında *Nevevî* el-Mecmu'da şöyle der: «Çok zayıftır, ma'lûm değildir.» *Beyhâkî* ise es-Sunenu'l-Kubrâ'sında der ki: «Âlimlerimiz bunu ta'likatlarında rivayet ediyorlar; fakat senedini bilmiyorum.» Allâme Ahmed Muhammed Şâkir bu rivayetin, «Fî'l-mâli hakkun sive'z-zekâti: Malda zekât dışında hak vardır.» hadisinin tahrif edilmiş şekli olduğunu ve başına tâ eskiden yanlışlıkla bir «leyse : yoktur» konularak bu hatanın yapılmış olduğunu beyan etmektedir. Bakınız, *Fıkhu'z-Zekât*, c. II, s. 966-970 (dipnot).

«Peygamber (s) *kafizu't-tahhân*'ı yasaklamıştır» (13) gibi hadisler ve daha bunlara benzer diğer rivayetler de böyledir.

Bütün bunlardan kesin olarak anlaşılıyor ki, fikhî hükümlerin dayanıklıkları hadislerin sıhhat derecelerini araştırıp ortaya çıkarmak, fıkıhla meşgul olan herkes için bir vecîbedir.

Fıkıhla hadis arasında uzun zamandır mevcut olan uçurumun da kapatılması gerekir. Fıkıhçıların hadis ilimleriyle, hadisçilerin de fıkıhla ilgilenmemeleri sanki bir örf ve âdet halini almıştır. Bunun, İslâmı doğru olarak anlamağa zararı olmuştur. Çünkü, hadisçinin mukayeseli olarak fıkıh ve fıkıh usûlü okuması, fikhî hükümlerin illet ve sebeplerini, şer-i şerîfin amaçlarını bilmesi gerekir. Üzerine eğilmeden ve hakkında derinleşmeden, nasları hakkıyla anlaması mümkün olmayan bu ilimle yeteri kadar meşgul olması zarûridir. Fıkıhçının da, hadislerin sahih olanlarını zayıf olanlarından, makbûl olanlarını olmayanlarından ayırdedebilmesi, mutlakını mukayyedini, âmını hâssını bilebilmesi için temel hadis kaynaklarına ve bunların şerhlerine, bu sahadaki geniş ilimlere eğilmesi, hadis râvilerini tanıması ve bir derya mesabesindeki bu ilme dalması gerekir; çünkü bu ilimlere dalmadan, sıhhatli bir içtihad yapabilmenin imkânı yoktur. (14)

b — *Nasların delâletlerini anlamada düşülen hatalar :*

Fikhî hükümlerden bazıları vardır ki, bunların dayandırıldıkları kaynaklar sahih olmakla birlikte, bu hükümlerin bu naslardan çıkarılmaları doğru değildir. Zoraki te'viller, yanlış anlamalar ve daha başka sebeplerle bu hatalara düşülmüştür. Burada hata, nassın sübûtu yani delilin sıhhati cihetinden değil, aksine bu sahih nassın delâlet ettiği manânın yanlış anlaşılmasından doğmaktadır. Bütün fıkıh mezheplerinde, böylesi istinbat hatalarına düşülmüştür. Esasen bundan kaçınmak mümkün değildir; çünkü insanoğlu ilim ve anlayışta ne kadar yükselirse yükselsin, ma'sûm (hatadan uzak) değildir. Ancak Allah'ın kendilerine vahyettiği kimseler (peygamberler) ma'sûmdur.

Biz burada, naslardan çıkartılan bu garip hükümlerle alâkalı iki miseden bahsedeceğiz :

-
- 13) *Kafizu't-tahhân*, değirmencinin hakkını, öğüteceği undan vermektir. Yani işçinin ücretini, kendi çalışması neticesinde hasıl olacak bir üründen vermek üzere yapılan bir icâre akdidir. -Çeviren -
- 14) Bu konuda hiç olmazsa ahkâm hadislerine, onların şerhlerine ve Zeylaî'nin *Nasbu'r-Râye*'siyle Hâfız İ. Hacer'in *Telhis'i* gibi ahkâm hadislerinin tahrirlerini (kaynak ve ihhat derecelerini) bildiren kitaplara müracaat edilmelidir. Bu kaynaklar, -tam olmasa da - meseleyi büyük ölçüde halleden kitaplardır.

1 — Bazı fukahaya göre, cizye alınırken zimmî'nin küçük düşürülmesi ve ona hakaret edilmesi gerekir. Bunlar delil olarak, «Zelil ve hakir bir halde kendi elleriyle cizye verecekleri zamana kadar (onlarla) savaşın.» (15) âyetini ileri sürerler. Halbuki böyle bir anlayış, «Sizinle din hususunda muharebe etmemiş ve sizleri yurtlarınızdan çıkarmamış olanlara iyilik ve onlara adâletle muamele etmenizden Allah sizi menetmez.» (16) âyetine aykırıdır. Aslında âyette kastedilen, cizye adındaki vergiyi her bir zimmînin ayrı ayrı teslim etmesi değil, gayr-i müslimlerin savaşa son vermeyi, cizye ödemeyi ve İslâm'ın bu konudaki hükmüne boyun eğmeyi kabûl etmeleridir.

Bu hüküm, savaşın gagesidir; nitekim bu açıktır. Bundan dolayıdır ki, müfessirlerden birçokları, buradaki, «zelil ve hakir bir vaziyette» anlamına gelen «*sığâr*» kelimesini, «onların, haklarında İslâmî hükmün cereyan etmesini kabul etmeleri» şeklinde tefsir etmişlerdir.

2 — İkinci misâle gelince : Hanefiler derler ki: «Kendisiyle zifafa girilirse, hattâ normal şartlar içerisinde zifafa girme imkânı bulunmasa dahi, kadınla yapılan mücerret nikâh akdiyle neseb sâbit olur. Şöyle ki, bir kimse bir kadınla nikâh akdi yapsa, akdi yaptıktan hemen sonra, aynı mecliste kadını boşasa ve bu erkekle bu kadından biri mağrippte diğeri meşriktâ olsa, aralarında altı aydan fazla bir mesafe bulunsa, dolayısıyla birbirlerini hiç görmemiş olsalar ve kadın akitten altı ay sonra bir çocuk getirirse, bu çocuğun nesebi bu kocadan sâbit olur.» Hanefiler bu görüşlerinde, «el-veledu li'l-firâşi: çocuk, doğduğu yatağın sahibine âittir.» (17) hadisine dayanırlar. İkisinin, âdeten (normal şartlarda) birbirleriyle birleşmelerinin mümkün görülmediği durumlar da böyledir. Ancak onlar demektedirler ki :

«Evet ama, bunların bir araya gelmeleri âdeten mümkün olmasa da aklen mümkündür. Çünkü, bunun kerâmet ve hârikulâde bir hal neticesinde meydana gelmesi mümkündür.»

Hanefilerin delil olarak ileri sürdükleri bu hadis sahih, hattâ müttefekun aleyh'tir. Sıhhat yönünden herhangi bir kusuru yoktur. Ancak bu hadis, bu konuda herhangi bir şekilde delil getirilmeğe ve hüccet olarak gösterilmeğe müsâit değildir. Çünkü, yalnızca nikâh akdiyle kadına *firâş* denmez. *Firâş* denilebilmesi için, bilfiil zifaf (dühûl) gerekir. Bundan dolayıdır ki, İmam İbnü Teymiyye, zevciyet firâşının (evlilik yatağının) zifafa girilmiş olduğunun kesin olarak bilinmesiyle ancak sâbit olacağı görüşü-

15) Tevbe, 29.

16) Mumtehne, 8.

17) Bakınız, Fethul-Kadîr, c. 3, s. 301-302.

ne varmıştır. O bu görüşünde, örfe ve ancak zifafa giren kadına *fırâş* diyen dilcilere dayanmıştır. (18)

Bazı Hanefilerin, sözünü ettikleri bu kerâmet ve hârikulâdelik meselesine gelince, - şâyet böyle bir şeyin böyle bir durumda vukû bulduğu doğru ise - umûmî ve şümûllü bir hukuk olan İslâm hukûku, böyle istisnâî şeylere dayanmaz. Zira, *nâdir*'in herhangi bir hükmü ve geçerliliği yokken, nasıl olur da *şâzz*'in bir hükmü ve kıymeti olabilir? İslâm hukûku istisnâlara istinâd ettirilemez. Burada sözü edilen veli, nasıl bir velidir ki, iffetli bir kadını şüphe ve töhmet altında bulundurucu bir hârikulâde hal gösteriyor ve tayy-ı mekân yapıyor!?

Bunun içindir ki, 1929 senesinde kabûl edilen 25 sayılı kanundan, Hanefî mezhebinin bu görüşü çıkarılmış ve bu kanunun 15. maddesinde şöyle denmiştir :

«Nikâh akdinden sonra kocasıyla beraber bulunmadığı sâbit olan bir kadının, çocuğu hakkındaki nesep iddiası, koca tarafından inkâr edilmesi hâlinde nazar-ı itibâra alınmaz.»

c — İcmâ İddiası :

İslâm hukûkunda, birtakım icthâdî hükümler icmâya dayandırılmaktadır. Ancak biz, hadis kitaplarına, bunların şerhlerine, *selef*'ten gelen haberlerin bulunduğu kitaplara ve mukayeseli İslâm hukûkuyla ilgili eserlere, *selef*'in görüşleri için başvurduğumuzda, sözkonusu edilen bir meselede icmâ edildiğine dâir bir kesinlik göremiyor, aksine, birçok ihtilâfların bulunduğu şâhit oluyoruz. Bu sebeptendir ki, İmam Şâfiî ve İmam Ahmed, icmâ konusunu oldukça dar bir çerçevede tutmuşlardır. İmam Şâfiî, meselâ öğle namazının farzının dört rekât olması gibi dinden olduğu kesin olarak bilinen meselelerde ancak icmâ olduğunu kabul etmiş, İmam Ahmed ise, fıkıh âliminin, böylesi durumlarda, «bu meselede âlimlerin ihtilâf ettiklerini bilmiyorum.» demesini tavsiye etmiştir.

İcmâ iddialarının en tuhafı ise, Kur'an ve sahih hadislerle karşı ileri sürülenleridir. Meselâ diyorlar ki: «Müellefe-i kulûb meselesi Hz. Ömer zamanında sözkonusu edildiğinde O, müellefe-i kulûb'tan olan kimselelere 'Artık Allah İslâm'ı yüceltti ve size ihtiyaç kalmadı' demişti. Böylece de, müellefe-i kulûb'un zekâtındaki hisseleri -ki Tevbe sûresindeki âyetle sâbittir - sahâbenin icmâıyla sâkit veya mensuh olmuştur.»

Gerçekten, bugün bazı kimseler, bu görüşü çirkin bir şekilde istismar ederek, Hz. Ömer'in, gördüğü lüzûm ve maslahata binâen Kur'an'ın bir nassını muattal ettiğini ve sahâbe'nin de bunu onayladığını ileri sür-

mektedirler. Onlar bu meseleyi, maslahat adına nasları iptal etmek için bir vesile yapmışlardır.

Halbuki, gerçekte böyle bir icmâ vukû bulmamış ve maazallah Ömer herhangi bir nassı muattal kılmamıştır. O kendi zamanında müellefe-i kulûb'tan sayılabilecek bir kimse görmemiştir. O'nun bütün yaptığı şey budur. Esasen, Peygamber (s) zamanında müellefe-i kulûb'tan sayılan kimselerin ilelebet böyle kalmaları ve aynı statüyü muhafaza etmeleri gerekmezdi.

Hanbelîler ve Mâlikîlerden bir cemaat, müellefe-i kulûb'a âit bu hissenin devam ettiğini kabul etmişlerdir. Onların bu görüşü; «Fıhhu'z-Zekât» adlı kitabımızda da açıkladığımız gibi (19), delillerin te'yid ettiği sahih bir görüştür. Zekât konusundaki incelemem esnasında, hakkında icmâ olduğu iddiâ edilen veya en azından herhangi bir ihtilâfın bulunduğu bilinmeyen birtakım meselelerde, birçok ihtilâfların olduğu ortaya çıkmıştır. Meselâ, sığırın zekât nisabının 30 olarak tesbit edildiği, Hâşim Oğullarına ve zimmîlere zekât verilmesinin câiz olmadığı hakkında ve daha buna benzer birtakım meselelerde icmâ bulunduğu iddiaları bunlara birer örnektir .

Halifenin Kureyş'ten olması gerektiğine dâir icmâ bulunduğu iddiası da böyledir. Halbuki, sahih rivayetlerden öğrendiğimize göre Hz. Ömer şöyle demiştir: «Eğer Ebû Huzeyfe'nin âzatlısı Sâlim sağ olsaydı, yerime halîfe bırakırdım.» Yine O'nun, Muaz b. Cebel'in halîfeliğini söz konusu etmesi de böyledir, ki Muaz Ensâr'dandı.

Hâricîler ve Mûtezile'den bir tâifeye göre İmam (halîfe)nin, Kureyş'ten başka bir kabileden olması câizdir. İmam demek, acemden de olsa Kitap ve Sünnet'i ikame eden kimsedir.» Hattâ Dırrar b. Ömer daha da ileri giderek şöyle demiştir: «Halifenin Kureyş'in dışından olması daha iyidir; çünkü böyle olursa aşireti daha az olur ve âsi olduğunda vazifeden alınması kolay olur.» İbnu't-Tayyib der ki: «İmamlar Kureyş'ten olur» hadisi sâbit olduktan ve bunun müteber olduğu hakkında bir ihtilâf çıkmayıp icmâ vukû bulduktan sonra, Dırrâr'ın bu görüşünün bir kıymeti yoktur.»

Hâfiz İbnü Hacer demiştir ki: «Hâricîlerden Kutrî gibi, Emevîlere karşı hilâfet iddiâsına kalkışanların ortaya çıkmasından önce Dırrâr'ın bu görüşüyle amel olunmuştur. Bunların fitneleri 20 yıldan fazla devam etmiş ve nihayet kökleri kurutulmuştur. Yine, İbnu'l-Eş'as gibi, Hâricîlerden olmayıp da kendisine *emîru'l-mü'minin* denilenler vardır. Sonra, bazı

19) Bakınız, Fıku'z-Zekât, c. II, s. 598-608.

bölgelerde ve bazı dönemlerde hüküm süren hânedanlar olmuştur ki, bunlar Kureyş'ten olmadıkları halde bunların idârelerine *hilâfet* denmiştir. Meselâ Endülü's'te hüküm süren *Benî Abbâd* ve diğerleriyle, bütün *Mağrib* ülkelerinde hüküm sürmüş olan *Abdülmün'im* zürriyeti böyledir. Bunlar, *Hâricî* mezhep ve görüşünde olmadıkları, hattâ Ehl-i Sünnet davetçileri oldukları halde, bu husustaki uygulamaları Hâricîler gibi olmuştur.»

İyâz demiştir ki: «İmamın Kureyş'ten olması şartı, bütün ulemânın mezhebidir. Bunu, üzerinde icmâ edilmiş meselelerden saymışlardır. Hâricîlerin ve Mu'tezile'den bazılarının bu konudaki görüşlerine itibar edilmez.» İbnü Hacer şöyle demiştir: «İmamın Kureyş'ten olması gerektiğine dâir icmâ bulunduğunu nakledenler, Hz. Ömer'den gelen rivâyeti te'vil etmek mecbûriyetindedirler. İmam Ahmed, sahih bir senedle Hz. Ömer'den şunu rivâyet etmiştir: «Eğer Ebû Ubeyde hayatta iken ölecek olursam, yerime O'nu bırakacağım. Eğer Ebû Ubeyde öldükten sonra ölecek olursam, yerime Muâz b. Cebel'i bırakacağım.» Halbuki Muâz Kureyş'ten değil Ensar'dandı. Binâenaleyh, bu sözün şuna ihtimali olabilir: Herhalde icmâ Hz. Ömer'den sonra meydana geldi; yahut Ömer bu görüşünden vazgeçti.» (20)

Şâyet böyle bir icmân vukû bulmuş olduğu sahih ise, o takdirde bunun oğünkü şartlarda halifenin Kureyş'ten olması zarûretiyle bir bağlantısı vardır. Çünkü, Kureyş'in, diğer Araplara karşı bilinen bir yeri ve üstünlüğü vardı. Araplar oğün birbirlerine çok bağlı, asâbiyet ehli bir millet idiler. Nitekim bu hususu İbnü Haldun *Mukaddime*'sinde açıklamıştır. İcmâ'nın mesnedi, günün şartlarıyla ilgili bir maslahat olduğu zaman, sürekli olarak bağlayıcı bir delil olamaz. Çünkü herhangi bir zamanda maslahat olan bir şeyin, sonradan maslahat olma vechesi değişince, önceki icmâ'dan ayrı başka bir icmâ'nın meydana gelmesi câizdir. Bu sebeptendir ki, İmam *Pezdevî*, herhangi bir ihtilâftan söz etmeksizin «ictihada dayanan bir icmâ'nın başka bir icmâ ile neshedilmesinin câiz» olduğunu zikretmiş ve demiştir ki: «İcmân neshedilmesinin câiz olmadığını söyleyen *cumhûr*, bununla, ancak naklî icmâ kasetmiştir.» (21)

Kadî İyâz'ın şu nakli de böyledir: «İçki içene, vâcip bir haddin uygulanacağında icmâ vardır. Ancak bunun miktarında ihtilâf edilmiştir. *Cumhûr*, bu haddin 80 deynek olduğu görüşündedir. Şâfiî'nin en meşhur kavline, İmam Ahmed'den gelen bir rivâyete, Ebû Sevr ve Dâvûd'a göre ise 40 deynektir.» İbnü Dakîk'ül-îd ve Nevevî ile, bunlara tâbî olan ulemâ da,

20) Münâvî, Feyzu'l-Kadir, c. 3, s. 189-190.

21) Pezdevî, Keşfu'l-Esrâr, c. 3, s. 261-262 (Devâlibî'nin, el-Medhal ilâ ilmi Usûli'l-Fıkh, 5. baskı, s. 343-344 adlı eserinden naklen).

bu konuda, Kadî İyâz gibi, icmâ bulunduğunu nakletmişlerdir. Fakat, Hâfız İbnü Hacer, Fethu'l-Bârî'de, mesele üzerinde ciddî bir şekilde durarak, Taberî, İbnü'l-Munzir ve daha başka âlimlerden, içkide *had* değil *ta'zir* bulunduğunu nakletmiştir. Bu âlimler, içki içene vurulacak sopanın adedi konusunda bir açıklamada bulunmayan ve Buhârî gibi âlimlerce sahih olan hadisleri delil göstermişlerdir (22). Yine onlar, İbnü Abbas ve İbnü Şihabtan gelen, Peygamber (s)in, içki konusunda muayyen bir had belirlemediği, ancak, içki içene durumuna uygun bir şekilde sopa cezası uygulattığı hususundaki rivayetleri de delil göstermişlerdir (23). Bu görüş, Hâfız İbnü Hacer'in zikrettiği 6 görüşten bir tanesidir. O, İbnü'l-Munzir'in şöyle dediğini de nakletmektedir :

«İlim ehlinde birisi dedi ki: Peygamber (s)e bir sarhoş getirmişlerdi. O)s) Ashabına, bu adamın dövülmesini ve azarlanmasını emretti.» (24)

Bu, içkide *had*'in değil, caydırıcı bir cezalandırma ve azarlanmanın olduğunu gösterir. Eğer bu ceza had olsaydı, durum vazih bir şekilde açıklanırdı. el-Câmiu's-Sahîh'indeki tutumundan, İmam Buhârî'nin de bu görüşte olduğu anlaşılıyor.

Netekim İbnü Hacer de böyle demektedir. Çünkü Buhârî, kesinlikle herhangi bir sopa adedinden bahsetmemiş ve kitabında adet konusunda *merfû* (Rasûlüllah'a dayanan) bir açıklama rivayet etmemiştir. (25) Muayyen bir haddin vücûbunda ihtilâf olunca, 80 daynek üzerinde ittifak edilmiş olduğunu nakletmek, sahih bir icmân olmadığından evlâdır.

İçki içenin kırbaça dövülmesi gerektiği ve haddi uygulamada kırbaçın şart olduğu hususunda Sahâbe'nin icmâ bulunduğunu ileri sürenlerin iddiaları da böyledir. Halbuki Nevevî Müslim Şerhinde demektedir ki: «Sahâbe, hurma dalı, ayakkabı ve elbise kenarının kâfi geldiğinde icmâ etmişlerdir. Sahih olan, bunun kamçı ile de olabileceğidir. Kırbaç şarttır

22) Buhârî, Kitâbu'l-Hudûd, Bâbu'd-darb bi'l-cerid ven'niâl; Abdurrezzak, el-Musannef, Hâbiburrahman el-A'zâminin tahkikli neşri, c. 7, s. 377 vd.

23) İbnü Hacer, Fethu'l-Bârî, tab'ul-Halebî, c. XV, s. 77.

24) Hadis, Ebû Dâvud'tadır. Orada, Sahâbe'nin o adamı dövdükten sonra azarladıkları anlatılmıştır. Azarlama (tebkî), içki içenin yüzüne, onun bu yaptığı kötü fiilin söylenmesi şeklinde olur ki, Sahâbe o adama dönerek, «Allahtan korkmadın mı? Ondan hayâ etmedin mi? Rasûlüllah (s)den utanmadın mı!?» diye çıkmışlardır. Bu, azarlanmanın nasıl olacağını açıklayıcı mâhiyettir. Nitekim, bakınız, Fethu'l-Bârî, c. XV, s. 71.

25) Aynı eser, c. XV, s. 79-80.

diyenler, *usûl'e* ve cemâate muhâlefet etmişlerdir. Sözkonusu iddia, sahih hadislere ters düşen bir muğâlatadır. (26)

Kaldı ki, şayet böyle bir icmâ sahih olmuş olsa, bu, dayanağı maslahat olan ictihâdî bir icmâ olur ki, sonraki bir asırda, bu maslahat eğer değişecek ve ictihad ehli, Asr-ı Saâdette olduğu gibi herhangi bir tay'ın sözkonusu olmaksızın kaza ve hüküm mercilerince duruma uygun bir şekilde cezanın uygulanmasını öngörecektir olsalar, bunda herhangi bir sakınca sözkonusu olmaz.

d — *Yanlış olduğu sonradan ortaya çıkan beşerî bilgilere dayalı ictihadlar :*

İctihâdî olan fikhî hükümler içerisinde, kaynağını, belli bir zamana münhasır beşerî bilgilerin oluşturduğu hususlar vardır ki, bilâhare, insan bilgisinin ve tabii ilimlerin gelişmesiyle bunların yanlış oldukları ortaya çıkar. Çünkü bunlar, eksik bir araştırmaya veya işin ehli olmayan bazı kimselerin söylediklerine veya asrımızdaki kadar gelişmiş olmayan ilmi ve tecrübî birtakım noksan bilgilere dayanmaktadır.

Konuyla ilgili tek bir misâl vermekle yetineceğim: Fuqahâ, hâmileliğin en uzun müddetinin ne olduğunda ihtilâf etmişlerdir. Meselâ *Ebû Hanîfe'*ye göre iki sene, İmam Şâfiî ve Ahmed'e göre dört, *Leys* ve kendisinden gelen meşhur rivâyette Mâlik'e göre beş, hatta Zührî ve el-Muhalâ'da geçtiği üzere bir rivâyette İmam Mâlik'e göre 7 senedir (27).

Nanefiler bu konuda Hz. Âişe'den gelen şu habere dayanırlar: «Kadının hamileliği, iki seneyi bir saat bile geçmez.» Onlar derler ki: Böyle bir şeyi Hz. Âişe kendi re'yiyle söylemez; binaenaleyh, bu merfû hadis hükmündedir.»

İmam Mâlik ise, Beyhakî'nin «es-Sunenu'l-Kübrâ»sında zikredildiği üzere, Hz. Âişe'nin bu sözü kendisine nakledildiğinde: «Fesübbânallâh! Kim diyor bunu? İşte komşumuz Muhammed b. Aclân ve karısı; ikisi de doğru sözlü kimseler!... Karısı 12 yılda 3 çocuğa hâmile kalmış ve her defasında hamileliği 4 yıl devam etmiştir.» (28)

Bu demektir ki, Mâlikîler bu meselede Âişe (r)in sözünü *merfû* hadis değerinde görmemişler, bunu, olaylara ve bu konudaki duyduklarına isti-

26) Aynı eser, s. 69-70. Orada şu izah da vardır: «Bazıları kamçı olmasını şart koşmuşlardır. Bazıları, inatçı ve azgınlarınkı kamçı, zayıflarınkı ayakkabı ve elbise kenarı, diğerlerinininki ise, durumlarına uygun bir şey ile olmalıdır. Hafız dedi ki: Bu uygun bir görüştür.

27) el-Muhalâ, c. X, mesele, 2011.

28) Beyhakî, Sünen, c. VII, s. 443.

nâden ileri sürdüğü bir re'y olduğunu kabûl etmişlerdir. Bundan dolayı imamların cumhûru, bizzat kendi duydukları değişik vâkıalara dayanarak O'na (r) geniş ölçüde muhâlefet etmişlerdir.

Biz öyle inanıyoruz ki, imamlarımızın (Allah onlara rahmet eylesin) kendi zamanlarındaki bazı hâtunlardan duyduklarına güvenmiş olmaları ve bu güvenlerine dayanarak hükme varmaları, bizim bu hükümleri kıyamete kadar şeriat gibi kabûl etmemizi gerektirmez! Belki o hanımlar vehme kapılmış veya hilâf-ı hakikat söylemiş olabilirler. Böylesi bir konuda vehim ve hayâle kapılmış olmaları daha muhtemeldir; hele o çağların kadınları nazar-ı itibâra alınırsa...

Kaldı ki, böyle bir şey istisnâî bir şekilde vukû bulmuş olsa bile, bunu, sırf belki bir daha tekerrür eder düşüncesiyle, değişmez bir kaide olarak birçok hükümlere mesnet yapmamız doğru olmaz. Haberleşme vâsıtalarının garip ve enteresan olaylara önem verdikleri ve bunların haber ajanslarıyla dünyanın dört bir bucağına yayılıp duyurulduğu asrımızda biz, dünyada bu tür bir hâdisenin vukû bulunduğunu ne okuduk, ne de işittik! Aksine, *tıp* ve ilgili diğer bilimlerde mütehasıs olanlar, ceninin ana karnında bu kadar uzun süre kalabileceğini kabul etmiyorlar. Bunların içinde, gayr-i müslim olanlar, böyle bir ichtihadı, bizzat İslâm Hukûku'na bir saldırı vesilesi yapıyorlar.

Halbuki İslâmî naslar, ne doğrudan, ne de dolaylı olarak (mantûk ve mefhûm itibâriyle) böyle bir görüşe delâlet etmemektedir. Aksine, Ahkaf sûresinde şu âyeti görmekteyiz: «Biz insana, anne - babasına iyilik etmesini emrettik. Annesi onu zahmetle (karnında) taşıdı ve güçlkle onu dünyaya getirdi. Onun bu taşınması ile sütten kesilmesi (müddeti) otuz aydır.» (29) Hâmilelik ve sütten kesme müddeti, Kur'ânın nassı ile toplam 30 ay, yâni ikibuçuk sene olunca, nasıl olur da sadece hâmilelik müddetini 2 veya 4 veya 5 hattâ 7 sene olarak kabûl edebiliriz ve buna da İslâm Hukûku'nun hükmüdür diyebiliriz?!

Muhakkak ki imamlarımız (Allah onlara rahmet eylesin!), bu ve benzeri meselelerde vardıkları ichtihadlarında ma'zurduurlar. Çünkü onlar, kendi çağlarını geçmek ve çalışmalarının ulaşamadığı şeylere göre hüküm vermekle mükellef değillerdi!

Tıp alanında kendi çağının ve kendinden sonraki yüzyılların ünlü adamı olan İbnü Sînâ'nın, eş-Şifâ adlı kitabında şöyle dediği nakledilir: «Kendisine son derece güvendiğim birisi bana, bir kadının, 4 senelik bir gebelikten sonra, ağzında dişleri olan bir çocuk dünyaya getirdiğini söyledi.»

Fakihler bu içtihadlarında ma'zûr hatta me'cûrdurlar; fakat biz, kaynağı îtibariyle zayıf olduğu ortaya çıkan bu görüşte ille de ısrâr edersek, ma'zûr da olmayız me'cûr da!

«Eğer biz, hâmilelikle ilgili ahkâmı, fukahânın, kadınların sözlerine bakarak verdikleri fetvalarına dayandırırsak, Kur'ânın *mutlak*'ına muhalefet etmiş ve O'nu, şu asırda hiçbir münevverin kabûl etmediği bir kayıtla takyid etmiş (sınırlamış) oluruz. Yine hâmilelik süresinin, bırakınız birkaç sene sürmesini, bir seneye bile varmadığını gösteren sâbit hakikate muhalefet etmiş oluruz. Bu kadınların, imamlara verdikleri bu haberlerin doğruluğunu farzettığımızda, - bunlar nâdir vâkıalar olduğu için - fıkhıdaki *kıyas* prensibine muhalefet etmiş oluruz; ya bir de bu kadınların söylediklerinin doğruluğunu kabul etmezsek durum ne olur! Yine biz şâyet böyle yapacak olursak, asrımızda her türlü modern tabâbet araçlarıyla müşterek bir çalışma içerisinde bulunan, her çeşit dinleme, kontrol ve röntgen âletlerine, her türlü haberleşme vasıtalarına, geniş ve zengin bir tıp bilgisine, herşeyi çekinmeden söyleyebilen girgiç bayanların ifadelerine dayanan ve sahip olan her dinden ve düşünceden tıp uzmanlarına da muhalefet etmiş oluruz.» (30)

Söz konusu kadınların dediklerini kabûl etmiş olmanın doğuracağı daha birçok sakıncaları varın siz ilâve edin!...

Ama biz, İmam Mâlik, Şâfîî ve Ahmed'in bu husustaki görüşlerini terkedecek olursak, aslında bu, Muhammed b. Aclân'ın karısının ve müctehid imamların kendilerine itimâd ettikleri diğer kadınların sözlerini terketmemiz demektir. Bunun, bizim açımızdan doğuracağı hiçbir sakıncası yoktur. Çünkü biz, o imamların yaşayışlarından ve hayat hikâyelerinden şunu anlıyoruz ki, şâyet onlar, bizim, içinde yaşadığımız çağda yaşasalar ve bizim gördüklerimizi görseferdi, önceki içtihadlarından vazgeçerlerdi. Zira, Allah kendilerinden râzî olsun Onlar, her zaman delille hareket ederler, ve birgün önceki içtihadlarından birgün sonra vazgeçmekten çekinmezlerdi. Çünkü *hak* uyulmağa en lâyıktır.

Bunun içindir ki, Merhûm Üstâdımız Prof. Dr. Muhammed Yûsuf Mûsâ'nın da dediği gibi, Mısır Adâlet Bakanlığının, konunun mütehassısı sayılan müslüman hekimlere mürâcaat ederek onların araştırmalarına istinâden hâmileliğin en uzun müddetini 365 gün olarak kararlaştırması, hayırlı bir iş olmuştur. Bundan dolayı, 1929 yılında çıkartılan 5 numaralı kanunun 15. maddesinde şu hükme yer verilmiştir :

«Kocasından bir yıl ayrı kaldıktan veya boşandıktan yahutta kocası

öldükten, bir sene sonra doğurduğu çocuğun, kocasına âit olduğunu söyleyen kadının nesep iddiası geçersizdir.»

Mısır Şer'î Mahkemeleri, bu kanununu çıktığı günden bugüne kadar, sözkonusu bu hükmü uygulayagelmiştir. Sûdan'daki uygulama da aynıdır (31).

Fakat yine de, İbnü Hazm gibi, hâmilelik müddetiyle alâkalı aşırı görüşlerin tümünü reddeden bir ilim adamının bulunuşu, bizim için iyi bir tâlih eseri olmuştur. O diyor ki :

«(Annenin) çocuğa hâmile kalmasıyla onu sütten kesmesi(nin müddeti) otuz aydır.» (32) ve «Anneler, - tam emzirmeyi isteme hâlinde - çocuklarını tam iki yıl emzirirler.» (33) âyet-i kerîmeleri muvâcehesinde, hamileliğin, 9 aydan fazla ve 6 aydan daha az devam etmesi mümkün değildir. Hâmilelik ve sütten kesme süresinin, 30 aydan daha fazla devam edeceğini söyleyen kimse, batıl ve muhal bir söz söylemiş, Allah'ın kelâmını açıkça reddetmiş olur.» Daha sonra İ. Hazm, hem Hz. Âişe'den, hem de İbnü Aclân'ın karısıyla diğer kadınlardan rivayet edilen şüpheli sözleri sağlam bulmayarak der ki: «Bütün bu sözler, tasdik edilmeleri mümkün olmayan ve kim oldukları bilinmeyen kimselerin yalanları olup, bunlara dayanarak Allah'ın dininde hüküm vermek câiz değildir.» İ. Hazm, Hz. Ömer'den, bu görüşünü te'yît eden bir rivâyet naklettikten sonra şöyle der: «Muhammed b. Abdillâh b. Abdülhakîm'in, Dâvûd-ı Zâhir'nin ve mezhep âlimlerimizin (yânî Zâhiriyye mezhebi âlimlerinin) görüşleri de böyledir.» (34)

Ne var ki, hâmilelik süresinin 9 aydan fazla olamayacağı konusunda İbnü Hazm, katı ve aşırı davranmıştır; herhangi bir delile sahip değildir. Evlâ olan, yukarıda sözü geçen kanunun hükmüdür.

e — *Zamanla değişebilen Maslahatlara bağlı Hükümler :*

İctihâdî hükümler içerisinde, zamana ve şartlara bağlı olarak değişebilen maslahatlara dayalı olanlar vardır. Buna, Hz. Ömer ve Ömer b. Abdülazîz'in tatbikatlarına uyularak zimmîlerin müslümanlarınkinden farklı kıyafetlerle dolaşmaları gerektiğine dâir fıkîh kitaplarında yer alan hükmü örnek olarak verebiliriz. Bu hükme mesned olmak üzere demektedir ki :

«Müslümanlarla beraber ve karışık yaşadıklarından dolayı, kendile-

31) Bakınız, Prof. Dr. M. Yûsûf Mûsâ, en-Nesebu ve Âsârühû, s. 8-10.

32) Ahkaf, 15.

33) Bakara, 233.

34) el-Muhallâ, c. X, s. 384-385, mesele, 2011.

rine, müslümanlara uygulanacak hükümler uygulanmaması için, ayrı bir kıyafet giymeleri gerekir. Olabilir ki, onlardan biri yolda âniden ölebilir ve kim olduğu bilinmez; müslüman zannedilerek cenâze namazı kılınır ve yanlışlıkla müslüman mezarlığına gömülür. Buna, ne o ölenin, ne de müslümanların rızaları olmaz.» (35)

Bu gibi karışıklıkları önlemek maksadıyla, İslâm fütûhatının ilk dönemlerinde kıyafette böyle bir ayrılığa gitmek, istenen bir şeydi ve maslahat bunu gerektiriyordu. Günümüzde ise, yâni, aynı devletin sınırları içerisinde yaşayan muhtelif dinlere mensup kimselerin, birbirlerinden farklı kisve giymeleri gibi bir maslahata hiçbir gerek kalmadığını görüyoruz. Çünkü, kimin hangi dine mensup olduğunun bilinmesi, artık bugün kıyafetten daha kolay ve daha iyi usullerle mümkün olmaktadır. Çünkü, herkesin, yanında, adını - soyadını, memleketini, hangi dine mensup olduğunu ve daha buna benzer ma'lûmatı bildirir hüviyet cüzdanı bulunmaktadır. Bütün bunlar, gayr-i müslimlere bir zorluk çıkarmadan ve onların duygularını rencide etmeden maksadı tahakkuk ettirmektedir.

f — *Ortadan kalkmış bazı örf ve âdetlere bağlı olarak verilmiş bulunan fikhî hükümler :*

Fıkıhta, müctehid imamlar devrinde veya onların taklid edildikleri sonraki dönemlerde mevcut olup da sonradan değişikliğe uğramış olan örf ve âdetlere bağlı olarak verilmiş fikhî hükümler vardır. Meselâ, sakalsız olan veya caddede başaçık dolaşan veya sokakta yemek yiyen veya şarkı - türkü dinleyen kimselerin şahitliklerinin kabul edilmeyeceği gibi... Bugün ise, bu husustaki örf ve telâkkiler değişmiş, bu gibi şeyler umûmî belva haline gelmiştir. Şimdi, önceki ulemânın verdikleri bu hükümlere sınırsız bağlı kalarak, bütün bu kimselerin şahitliklerini kabul etmeyip milletin maslahatını âtil mi bırakacağız; yoksa bu gibi hükümleri, ilgili buldukları dönem ve toplumlara mı has kılacağız? Şüphesiz, sahih olan bu ikincisidir.

Bu hususta İbnü'l-Kayyim, İlmü'l-Muvakkîn'de, yer ve zamanın, durum ve şartların, çevre ve âdetlerin değişmesiyle fetvâların da değişeceğine dâir çok faydalı bir bölüm ayırmıştır. Bu bölümün baş tarafında şunları söylemektedir :

«Bu, çok faydalı ve önemli bir konudur. Bu bilinmediği için, İslâm Hukûku adına büyük hatalar işlenmiş ve birtakım meşakkat, sıkıntı ve üstesinden gelinemeyen zorluklar ortaya çıkarılmıştır. Halbuki, maslahat prensibine riâyette zirvede bulunan bu üstün huhukun, böylesi şeylerden

uzak olduğu, bilinen bir gerçektir. Çünkü, İslâm Hukûku hikmetler üzerine kurulmuş, kulların dünya ve âhiret maslahatlarına istinâd etmiştir. Ö bütününüyle adâlettir, rahmettir, maslahat ve hikmettir. Adâletten zulme, rahmetten zahmete, maslahattan mefsedete ve hikmetten abese çıkmış hangi mesele varsa, o, İslâm Hukûkundan değildir; her ne kadar çeşitli te'villerle O'na sokulmuş ve maledilmiş olsa da!... Zira İslâm, Allah'ın, kulları arasındaki adâleti, yaratıkları arasındaki rahmeti, yeryüzündeki gölgesi, kendisine ve Peygamberinin sadakatine en büyük ve en doğru delâletidir.» (36)

Mâlikî mezhebinden *İmam Karâfi*'nin «el-İhkâm» adlı kitabında, 39. sülâhdedinde şunları söylediğini görüyoruz :

«Şâfiî, Mâlikî ve diğer mezhep âlimlerinin, kendi zamanlarında mevcut örf ve âdetlere bağlı olarak verdikleri birtakım kesin hükümler vardır ki, bunlar hakkında isâbetli olan görüş nedir? Yani, sözkonusu örf ve âdetler değişmiş, o zamanki delâletlerinin aksine bir şekil almışlarsa, o takdirde, fukahânın kitaplarındaki o fetvalar hükmünü yitirecek ve yeni ortaya çıkan âdetlerin muktezasınca yeniden fetvalar mı verilecektir? Yoksa, «bizler mukallidiz; ictihada ehil olmadığımız için, yeni hükümler koymağa hakkımız yoktur. Binâenaleyh, müctehidlerden nakledilmiş olan kitaplardaki hükümlere göre fetva vermeğe devam etmeliyiz.» mi diyeceğiz? Kaynağını örf ve âdetlerin teşkil ettiği ahkâm üzerinde - bu örf ve âdetler değiştiği halde - ısrar etmek ve bu ahkâmı amel etmeğe devam etmek, *icmâ*'ya aykırı bir tutumdur ve dini bilmemektir! İslâm Hukûkunda örfe bağlı olarak verilmiş olan her hüküm, örf değiştiğinde yeni örfün gerektirdiği şekilde değişir. Bu iş, mukallidlerce yeni bir ictihad yapmak değildir ki bunda ictihad ehliyeti aransın! Aksine bu, ulemânın ictihad ettikleri ve üzerinde icmâya vardıkları bir kaidedir. Binâenaleyh biz, yeni bir ictihad sözkonusu olmaksızın bu hususta onlara itaat etmiş oluruz.» (37)

Burada dikkatimizi çeken şudur ki, *Karâfi*'nin sözünü ettiği husus, kaynağı ve mesnedi örf ve âdetler olan hükümlerdir; yoksa muhkem naslara dayanan hükümler değildir. *Karâfi*, aynı konuya, kitabının 28. farkında (bölümünde) bir defa daha dönerek, örf ve âdetlerin, zaman ve memleketlere göre değişebileceği husûsunun, fakih ve müftilerce her zaman için gözönünde bulundurulması gereken bir kural olduğunu şöyle te'kid eder:

«Her nezaman yeni bir örf ortaya çıkarsa onu nazar-ı itibara al ve yürürlükten kalkan örflere itibar etme! Ömrün boyunca kitaplar üzerinde

36) İ'lâmul-Muvakkîn, c. III, s. 14-15.

37) el-İhkâm fi Temyî'il-Fetâvâ an'il-Ahkâm, Ebû Ğudde tab'ı, s. 231.

donup kalma! Kendi bölgen dışından biri sana fetva sormak üzere geldiği zaman, onu kendi beldenin örfüyle mükellef tutma! Kendi beldesinin örfünü sorarak onu kendi örfüyle değerlendir ve öyle fetva ver. Yoksa, kitaplarınızda yazılı olanlara ve kendi örfünüze göre değil!» (38)

Hanefî mezhebine gelince, önceki fukahâ tarafından verilmiş birçok ictihâdî hükmün, - zamanın bozulması ve daha başka sebeplerden dolayı örf değiştiği için - sonraki fukahâ tarafından bırakılarak, bunların dışında yeni fetvaların verildiğini görüyoruz. Bunda yadırganacak herhangi bir husus yoktur. Çünkü, mezhep imamlarının bizzat kendileri - Ebû Hanîfe ve arkadaşları - bunu yapmışlardır. *Serahsî*, İmamı Ebû Hanîfe'nin, ilk Müslüman oldukları sıralarda İran milletinin Arapçayı çok güç telâffuz etmeleri sebebiyle, içlerinden bid'atçı olmayanlarına, namazda, Kur'ânın te'vil kabûl etmeyen kısımlarını *farsça* olarak okumalarına ruhsat verdiğini, sonradan dilleri Arapçaya alışınca ve diğer taraftan bid'at ve sapıklıklar yayılınca bu görüşünden vazgeçtiğini zikreder. Yine *Serahsî*'nin kaydettiğine göre Ebû Hanîfe, kendi döneminde yani tebe-i tâbiîn devrinde, dış görünüşlerindeki adâletleriyle yetinilerek iç durumları bilinmeyen kimselerin şâhitliklerine dayanılarak hüküm verilmesini câiz görmüş, İmam Ebû Yûsuf ve Muhammed ise, İnsanlar arasında yalancılığın yayılması yüzünden iç durumları araştırılarak âdil oldukları iyice bilinmeyen kimselerin şâhitliklerini mu'teber saymamışlardır.» (39)

Hanefîler, İmam Ebû Hanîfe ile *İmâmeyn* (Ebû Yûsuf ve Muhammed) arasındaki bu nevi ihtilâflar hakkında şöyle derler: «Bunlar, devir ve zaman ihtilâfları olup, hüccet ve burhan ihtilâfları değildir.»

Hanefî mezhebinde, «Âdet hakemdir.» prensibi, temel bir fıkıh kaidesi haline gelmiştir. Onlar bu kaideye, İbnü Mes'ûd'un, şu sözünü delil gösterirler: «Müslümanların güzel gördükleri şeyler, Allah indinde de güzeldir.» Yine bu konuda, son dönemin büyük Hanefî bilgini *İbnü Âbidîn*, «Neşru'l-Arf fimâ buniye mine'l-ahkâmi ale'l-örf» adını verdiği değerli bir risâle kaleme almıştır. O bu risâlesinde, müctehidin, ictihâdî birçok fıkıh meselesini kendi zamanının örfü üzerine binâ ettiğini, şâyet müctehid, sonradan ortaya çıkan örfü görse ve o zamanda yaşasaydı, önceki fetvasından değişik fetva verebileceğini ifade etmiştir.

Bundan dolayıdır ki onlar, müctehidin şartları içerisinde, «müctehidin, insanların örf ve âdetlerini bilmesinin de gerekli olduğunu» söylemişlerdir. İbnü Âbidîn der ki :

38) el-Furûk, c. I, s. 176-177.

39) Ali Hasbullah, *Usûlü't-Teşri'il-İslâmî*, s. 84-85.

«Halkın örfünün değişmesi, zarûretlerin ortaya çıkması ve devrin insanların bozulması gibi sebeplerden dolayı, zamanın değişmesiyle birçok hüküm değişir. Zira,, eğer hüküm olduğu şekliyle kalacak olursa, bundan meşakkat doğar, insanlar zarara uğrar ve dünya nizamını en güzel bir şekilde sağlamak üzere kolaylık, ve zarar ve fesadı defetme esasları üzerinde yükselen İslâm Hukûkunun prensiplerine ters düşer.»

Bundan dolayıdır ki, mezhep âlimlerinin, müctehidin kendi dönemine göre yaptığı icthadlardan birçoğuna muhalefet ettiklerini görüyoruz. Çünkü âlimler biliyorlardı ki, şayet müctehid, onların zamanında yaşamış olsaydı, kendi mezhebinin kaidelerinden hareketle, aynen onlar gibi fetva verecekti.

Mezhep bilginlerinin, müctehide muhalefet ederek verdikleri fetvalarla ilgili bazı misâller :

1 — Ücretle Kur'ân-ı Kerîm öğretmenin caiz olması. Önceki dönemlerde Kur'ân öğreticilerine yapılan bağışlar artık kesildiği için bu hükme varılmıştır. Şâyet Kur'an öğreticileri, ücret almadan Kur'ân-ı Kerîm öğretecek olsalar, kendileri ve âileleri perişan olacak, eğer mâişetlerini temin etmek için ticaret ve san'atla uğraşacak olsalar, bu defa da Kur'ân öğretimi ihmal edilecektir. Bundan dolayı mezhep âlimleri, Kur'ân öğretme, imamlık ve müezzinlik yapma karşılığında ücret almanın câiz olduğuna fetva vermişlerdir. Halbuki bu fetva, diğer ibadet ve tâatlarda olduğu gibi bu amellerin karşılığında da ücret almanın câiz olmadığını söyleyen Ebû Hanîfe ve İmâmeyn'in görüşlerine muhâlifdir.

2 — Zamanımızda, yetimin malında vasînin mudârabe (kâr ortaklığı) yapabileceğinin açıkça söylenmesinin şart olmadığı,

3 — Yetim ve vakıf mallarının gelirini gasbeden kimseye, bunların tazmîn ettirilmesi,

4 — Vakıf binâlarının, bir seneden, vakıf arâzîlerinin de üç seneden fazla kiraya verilmemesi,

5 — (Fitneden korkulduğu için) kadınların câmilere gitmelerinin doğru görülmemesi. Halbuki kadınlar, Peygamber (s) zamanında mescidlere giderlerdi.

6 — Kadının, ödenmesi şart koşulmuş bulunan muaccel mehrini almadığına dâir ileri sürdüğü iddiâsının zifaktan sonra artık kabûl edilmesmesi,

7 — Bey'ulvefâ ve istisnâ' akidlerine cevaz verilmesi. (40)

Bu gibi konular hakkında İbnü Âbidîn şu değerlendirme ve tenkîdi yapıyor :

«Bilesin ki, Hanefî mezhebinin fıkıh kitaplarında yazılı bulunan önceki müctehidlere âit birtakım meselelere, sonrakilerin muhalefet etmelerinin sebebi, zaman ve örfün değişmesidir. Sonraki fukahâ biliyordu ki, mezheb sâhibi müctehid şâyet kendi zamanlarında yaşasaydı, aynen onlar gibi fetva verecekti. Ancak (şurası unutulmamalıdır ki), müftü ve hâkimlerin sağlam bir görüş sahibi olmaları, çok çaba sarfetmeleri, şer'î hükümleri iyi bilmeleri ve bu konuda, riâyet edilmesi gereken şartları gözden irak tutmamaları kaçınılmazdır!» (41)

Bu sebeptendir ki, Hanefî Mezhebi göz önünde bulundurularak hazırlanmış olan, Osmanlı Devletinin son dönemdeki *medenî kanûnunu* ihtiva eden *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*'de - ki hâlâ Kuveyt ve Ürdün'de tâtîk edilmektedir - şu maddeye yer verilmiştir :

«Zamanın değişmesiyle hükümlerin de değişeceği inkâr edilemez.»

Bu maddedeki ifade şekli üzerinde şahsen benim bazı mülâhazalarım olacaktır :

1 — Bu maddeye, yer durum ve âdetlerin değişmesi de ilâve edilmelidir. İmam İbnü'l-Kayyim bunu sözkonusu etmiş ve Üstâd Dr. Suphî Mehmesânî «Felsefetü't-Teşri'î-l-İslâmî» isimli eserinde bu hususa dikkat çekmiştir.

2 — Maddedeki «hükümler» sözü, «ba'zı hükümler» şeklinde değiştirilmelidir. Niçekim, risâlesine, «Neşru'l-arf fi erne ba'zı'l-ahkâmi mebnâhâ ale'l-örf» adını vermek sûretiyle İbnü Âbidîn bunu yapmıştır.

3 — Maddedeki «Hükümler» kelimesi, eğer «ictihâdî hükümler» diye değiştirilirse, bunların hiçbirinin ilâve edilmesine lûzum kalmayacaktır. Gerçi bu maddeden bu ma'nâ anlaşılmaktadır ama, yine de böyle bir ifâde kullanılsa, daha ihtiyatlı ve dakik davranılmış olur. Kanun maddelerinin ifade şekillerinde oldukça ihtiyatlı davranmak gerek; çünkü bazı

40) Bey'ulvefâ, bir kimsenin bir malı başkasına, parasını geri verdiğinde geri vermek üzere belli bir fiata satmasıdır. Bu akid, alıcının bu maldan faydalanması açısından câiz bey' hükmünde, iki tarafın bunu feshedebilmeleri açısından fâsid bey' hükmünde ve alıcının malı başkasına satamaması açısından da rehin hükmündedir. (Bakınız Mecelle, 118 ve 396 - 403. maddeler).

İstisnâ' ise, birşey yaptırmak üzere sanatkâr, usta, müteahhit vb. ile sözleşme yapmaktır. (Bakınız, Mecelle, 124 ve 388-392. maddeler), - Çeviren -
41) İbnü Âbidîn, Risâletü Neşri'l-Arf (Mecmûatu'r-Rasâil içerisinde).

kimselerin, İslâmî her hükmün zamanla değişebileceğini zannetmesinden korkulur. Nitekim, İslâm Hukûkundan hiçbir haberi ve nasibi olmayan bazı kimseler bunu iddia etmektedirler. İbnü'l-Kayyim, «Hükümlerin değişmesi» ta'birini yerine, «fetvanın değişmesi» ifadesini kullanmakla, gerçekten böyle bir mahzuru bertaraf etmek istemiştir. Bu ifade, maksadı daha iyi ve daha dakik bir şekilde ifade etmektedir. Çünkü, önceki hüküm, evvelki duruma benzer durumlar mevcut olduğu sürece bâkidir. Fetvâ ise, hükmün illetinin değişmesiyle değişir.

Büyük Üstâd *Ali el-Hafif*, son devir Hanefî fukahasının cevaz verdiği bazı hususlar ve örflerin ve zamanların değişmesiyle değişen hükümlere verilen örnekler üzerinde şu tenkidi yapar :

«Gerçek şu ki, her hadisenin kendi durum ve şartları iyice göz önünde bulundurulduğu ve bunların, kendilerine bağlı olarak verilen hükümlerle ilgili tedkik edildiği zaman, böylesi şeylerin bir değişiklik ve tebedülât olmadığı anlaşılır. Çünkü vâkıa şudur: Fakih veya müctehid, kendisine bir mesele sorulduğu zaman, bu meselenin zuhur ettiği ortam ve şartları göz önünde bulundurur; sonra mesele için, bütün bu durumlara uygun düşen bir hüküm istinbat eder. Hâdisenin çıktığı ortam ve örf değiştiğinde, mesele ve meselenin vechesi de değişir. Artık mesele başka bir mesele olmuş ve başka bir hükmü iktizâ etmiştir. Bu durum, önceki meselenin, kendi ortam ve şartları içerisinde kendi hükmü üzere kalmasını ve ortam ve şartları değişse de hükmünün değişmeyeceğini nefyetmez (ortadan kaldırmaz). Meselâ, insanların Kur'ân-ı Kerim öğretimini Allah rızası ve ibadet için yaptıkları bir ortamda, Kur'an öğretme karşılığında ücret almak, her zaman ve her yerde câiz değildir. Kur'an ve din öğretiminin ücretsiz yapılmadığı durumlarda ise, ücret almak, her zaman ve her yerde câizdir.» (42)

Bu İbnü'l-Kayyim'in, değişen'in şer'î hüküm değil fetvâ olduğu şeklindeki görüşünü te'yid etmektedir. Binâenaleyh, üstâdimız *Ali el-Hafif*'in de dediği gibi - Allah O'nu korusun -, eski ortam veya ona benzer ortam ve şartlar avdet ettiği zaman, önceki hükmün avdet etmesi caizdir.

Erkeğin bir başka memlekete gitmesi halinde, karısının ona tâbî olması mecbûriyeti meselesi, bu konuda bir örnektir. Önceki fukaha, o devirde insanlar arasındaki güven ve âsâyişin yerleşmiş olması dolayısıyla bu hükmü vermişlerdi. Nezamanki insanların ahlâk ve durumları değişmiş ve bazı erkekler, diyâr-ı gurbette kendisini ve haklarını koruyacak kimsesi olmayan zavallı kadınlara eziyet etmeğe ve kötü muâmelelerde bulunmağa başlamış, işte o zaman sonraki fukahâ fetvalarını değiştirdi-

mişler ve kadından zararı defetmek maksadıyla, kocasının başka bir memlekete gitmesi durumunda ona tâbî olma mecbûriyetini kaldırmışlardır. Çünkü, «İslâm'da ne zarar vermek, ne de zarara karşı zararla mukabele etmek yoktur.»

Günümüz şartlarına ise bir göz attığımızda, iş icabı sık sık bir yerden başka bir yere, bir ülkeden başka bir ülkeye gitmek gerektiğini görüyoruz. Bu durumda şâyet kadın kocasıyla birlikte gitmeyecek olursa, bu defa kadın kocasını sıkıntı ve zarara sokmuş olacaktır. Diğer taraftan bugün kadının dün olduğu gibi, gurbet dolayısıyla akraba ve teallukatından tamamen kopması korkusu da mevzû bahis değildir. Çünkü posta, telefon, ve telgraf gibi haberleşme vasıtalarıyla, görüşme ve haberleşme, oldukça kolaylaşmıştır. Bundan ötürü, işbu fetvanın bir kez daha değişmesi ve ilk hükme yeniden dönülmesi gerekli olmuştur.

İşte, devraldığımız fikhî mîrasımız karşısında tutumumuz budur. *Tercih ve seçme, ayıklama ve tashih...* İşbu tutumumuz, bazı hallerde, dört mezhebin ve cumhûrun görüşünün dışına çıkarak, tanınmamış ve terkedilmiş bir görüşü almamızı gerektirecektir. Gerçek şu ki, çoğunluğun re'yi ve tanınmış olan görüş her zaman doğru, azınlığınkı de her zaman yanlış demek değildir; bazan bir imam, ictihadında yalnız kalabilir de, günler onun görüşünün doğruluğunu isbat eder. Meselâ, Ebû Bekir'in (r) zekât vermeyenlere karşı savaş açma fikri ve Ömer'in (r), *Sevâd* topraklarını gâzîlere taksim etmemesi böyledir.

Diğer taraftan, bazı görüşler, kendi zamanlarını aştığı için şâz ve aşırı bulunur da, bir zaman gelir, fıkıh ictihadlarının şâheser örneklerinden olur. Günümüzde, İbnü Hazm'ın sosyal adâlet ve benzeri konularla ilgili bazı görüşleri gibi...

Bugün müslümanların tâbî oldukları imamlardan herbirinin, diğer mezheplerden ayrı, kendilerine has münferit görüşlerinin olduğunu ve hiçkimşenin bundan ötürü onları kınayıp ayıplamadığını biliyoruz. Meselâ, İmam Ahmed'in münferid görüşlerini toplayan bir kitap tedvin edilmiştir.

Bundan dolayı biz, seleften birinin, uzun asırlar kitapların sînesinde durmuş, nihayet Allah'ın mukadder kıldığı ve fırsat verdiği bir beşerin eliyle günyüzüne çıkmış bulunan bir görüşünü, karşılaştırma ve tercihler sonunda almakta hiçbir sakınca görmüyoruz. Nitekim bunu, Mısır'da ve diğer yerlerde hazırlanan âile hukûku kanunlarında görmekteyiz. Ki o kanunlarda, seleften bazılarının, bir defada verilen üç talâkın bir sayılacağı, kişinin bir kimseyi herhangi bir şeye teşvik ya da herhangi bir şeyden alıkoymak maksadıyla sarfettiği *talâk* sözünün boşanmayı meydana ge-

tirmeyeceği görüşleriyle, vacip olan vasiyyet konusu ve daha başka hususlar yer almıştır.

Hakikat şu ki, *sahâbe* ve *tâbiîn* fikhına bakıldığında, kabûle şâ-yan (43) ve sırf dört mezhepten biri benimsemedi diye atılmaması gereken nice görüşlerin olduğu görülecektir.

Ma'lûmdur ki, fikhî sıralamada sahâbenin yeri en önde gelir; onları tâbiiler ta'kip eder; onları da tebe-i tâbiîn izler. Ashâbın ve selefin görüşlerini ihtiva eden yazma eserlerin birçoğunun yayınlanması, araştırmacılara bu konuda yardımcı olacaktır. Yazmalar dünyasında bekleyen bu kitaplardan, son olarak iki büyük eserin birkaç cildi yayın dünyasına çıktı. Bunlar, Abdürrezzak ile İbnü Ebî Şeybe'nin *Musannef*'leridir. Bu iki eser, müctehid imamların fıkıhları yanısıra, Sahâbe ve Tâbiîn fikhının muazzam birer kütüğü ve arşividir.

43) İbnü Mes'ûd, İbnü Abbas, Muâviye, tâbiîn ve tebe-i tâbiinde nakledilen, «Kazanılan mal (ve paranın), üzerinden bir yıl geçmesi şartı aranmaksızın, ele geçirilir geçirilmez zekâtının verilmesi gerektiği» şeklindeki görüş bu kabildendir. Dört mezhepçe alınmayan bu görüşü ben, *Fikhu'z-Zekât* isimli kitabımda tercih ettim ve bunu, maaş ve benzeri şeylerin (işçi ücretleri ve serbest meslek erbabının kazançları...) zekâtının alınmasında esas aldım. Yâni bu paralar nisaba ulaşmışlarsa, kabzedilir edilmez (alınır alınmaz) zekâtları verilir yahutta iktisatçıların dedikleri gibi daha kaynağındayken kesilir.

كيف نختار من تراثنا الفقهي ؟

من المعلوم ان ما احتواه الفقه الاسلامي من احكام ليس في مرتبة واحدة . فمنها ما مأخذه النص ومنها ما مأخذه الاجماع وبعض هذه الاحكام ايضا مأخذه القياس والاستحسان او المصلحة او العرف او غير ذلك من مصادر الاجتهاد فيما لا نص فيه .

ولقد اشار كثير من العلماء على ان لتغير العرف والزمن والحال أثر هام في تغيير الفقه وتكيف الاحكام . فلا بد من تمييز الأقوال المروية خصوصا فيما عدا العبادات لانشاء فقه معاصر مبنى على دراسة عميقة تؤيدها الأدلة والآثار ويسنده النظر والاعتبار . ليس هناك عرقلة الا التقليد العشوائي والتعصب المذهبي ، فالعلماء المحققون لم يقبلوا انسداد باب الاجتهاد ولم يجوزوا العمل بكل ما في المذاهب من الاحكام الاجتهادية كما اكد القراني انه اذا حقق النظر في بعض ما صدر عن المجتهدين امتنع تقليد هم ، وساهم في هذا الهيئان عز الدين بن عبد السلام وغيره من الأئمة .

لانشاء هذا الفقه المنشود المعاصر يجب ملاحظة بعض النقاط الرئيسية وتحقیقها ،

وهي :

اولا : التأكد من ثبوت النص الذي بنى عليه الاحكام : ان في الفقه - على ما به دقة وابداع - احكاما اجتهادية مأخذها ضعيفة . فمن الاحكام الفقهية ما صدره حديث لم تثبت صحته وحسنه ، فاذا تثبت عندنا ان الحديث غير ثابت من جهة الاسناد فقد اصبحنا في حل من التزام هذا الحكم وكان علينا حينئذ ان ننظر في المسألة في ضوء النصوص الثابتة الأخرى او القواعد العامة . وفي هذا الباب عدة أمثلة ، منها ما استدلت الشافعية وغيرهم حديث : " امرأة المقفود تصبر حتى يأتيتها بيمين موته او طلاقه " قال الحافظ : " هذا الحديث ضعيف وضعفه أبو حاتم والبيهقي وابن القطان . " ان ابقاء امرأة المقفود علس نتمه مدى العمر اهدار حقها واضاعة عمرها سدى بدون استناد الى برهان . والمثال الثاني في هذا الصدد حديث : " ان النبي ص . نهى عن بيع وشروط . " اذا نظرنا في ذلك فلم نجد هذا الحديث في كتاب من الكتب الستة ولا في مستواها كوطأ مالك او سند أحمد او سند الدارس ، ولم يخرجها الا الطبراني وابن حزم والخطابي والحاكم ، ولم نر أحدا من أئمة الحديث صححه او حسنه بل استغربه النووي وغيره . فعدم تجويز البيع بالشروط حينئذ ليس له مستند صحيح وبرهان عقلي .

ثانيا : الانتباه الى بعض الاحكام المستنبطة خطأ في فهم دلالة النص : ان فقه تراثنا الفقهي احكام مأخذها نص صحيح ولكن استنباط هذه الاحكام منه خطأ وغير صحيح . فالخطأ هنا لم ينشأ من جهة النص بل من دلالة النص على الحكم . وهذا امر واقع في كل المذاهب الفقهية . وفي هذا الباب أمثلة ايضا منها ما قالت الأحناف : " ان النسب يثبت بمجرد العقد على السرأة ولو لم يدخل بها ولا كان الدخول بها سكنا فس

- ۲ -

المادة . " مستندین الى حدیث : " الولد للفراش " والحدیث هذا صحیح لا شك فیسه
الا ان هذا الاستنباط من الحدیث لیس بسدید ، لأن المرأة لا تنسئ فراشا بمجرد العقد
بل بالدخول بها بالفعل ، لان معنی الفراش فی العرف واللغة یراس الا ذاك .

ثالثا : التثبت من دعوى الاجماع : ومن الاحكام الاجتهادية ما يستند فيه الى الاجماع
ولیس فیها اجماع . وأغریب ادعائات الاجماع فی هذا الباب ما يدعی من ان سهم المؤلفسة
قلوبهم الثابت بنصر القرآن قد سقط او نسخ باجماع الصحابة . والحق ان مثل هذا لاجماع لیس
یقع وان كل ما فعله عمررضی الله عنه انه لم یجد فی عصره من یؤلف قلبیه .

رابعا : عدم اعتباو ما مأخذه مصلحة زمنية تغيرت بعد كترشیر مستمر : ومن
الاحكام الاجتهادية ما مستنده مصلحة زمنية تغيرت بتغير العصر وتبدل الاحوال . من ذلك
ما قیل فی بعض كتب الفقه فی وجوب تمييز أهل الذمة فی النی عن السلیمین اتباطا لقول عمر
ابن الخطاب .

خامسا : عدم اعتبار ما مستنده عرف او وضع لم یقم الآن : ومن الاحكام الفقهيية
ما يستند الى عرف او وضع كان قائما فی زمن الأئمة المجتهدين ثم تغير هذا العرف او
الوضع فی زمننا ، كاسقاط شهادة من یشی فی الطریق مكشوف الرأس او يأكل فی الشارع
ونحو ذلك ما تغيره العرف وعتبه البلوی فی عصرنا . فهل نجسد علی ما نص
عليه الاولون ونسقط شهادة هؤلاء ؟ جیما ونعطل مصالح الخلق ؟ أم نعتبر هذه
الاحكام خاصة بزمنها وبيئتها ؟ لا شك ان الثاني هو الصحیح .

وفي هذا الباب الذي زلت به الأقدام وانحرفت فيه الأنفهام ادلى العلماء المهتمون
بالسألة بنیانات سديدة وقیمة جدا . ومنهم القرافي قال فی كتابه " الاحكام " :
ان استمرار الاحكام التي بذركها العوائد مع تغير تلك العوائد خلاف الاجماع وجهالسة
فی الدين .