

Ekrem Buğra Ekinci
İslam Hukukunda Değişmenin Sınırı
(Özet Raif Koçak)

Ezmanin tagayyuruyle, ahkamin tebeddulu inkar olunamaz.(Zamanın değişmesiyle, hükümlerin de değişmesi inkar olunamaz)

Mecelle 39. madde

Değişme nasıl anlaşılacak?

Mecelle’de ifade olunan bu prensipteki “değişme”nin nasıl anlaşılması gerektiği meselesi insanları hayli meşgul etmeye başladı. İleri fikirli bir zümre, İslâm hukukunun artık eskidiğini,gelişen ve değişen zamana uymadığını, binaenaleyh artık modern zamanın ihtiyaçlarınıkarşılamaya elverişli bir hukuk sistemi kabul edilmesi gerektiğini düşünmekte; Mecelle’deki bu hükmü de, kendi kanaatlerine bir delil olarak göstermekteydiler. Ulemâ ise, İslâm Hukuku'nun, umumî prensipleri sâbit kalmak üzere, değişen zamana ayak uydurabilme kâbiliyetinin bulundu ğunu ve bu meyanda cüz’î bir takım hükümlerin muayyen şartlar altında değişebileceğini beyan etmekteydi. Hemen bütün İslâm Hukukçuları bu görüşü benimsemiş; bu sefer de mezkûr prensibin tatbik sahasının tesbiti meselesi ortaya çıkmıştır. Kur’an-ı kerîmin hukuka dair müteaddit âyetlerinde zikredilen “**hudûdullah=Allah’ın koyduğu. sınırlar**” ifadesi (Nisâ: 4; Tevbe: 2), şüphesiz, İslâm hukukunda değişmenin sahasını tesbitte belirleyici olacaktır. (syf: 11)

İslâm hukukunun hükümleri Kur’an-ı kerîm ve sünnet-i nebevî tarafından vaz’ edilmiştir .Ancak bunlar tek başına hukukî hüküm olarak insanlara bir şey ifade etmezler; hukukçular taraf ından yapılan tefsirleri mühimdir. İslâm hukukunun hükümlerini ortaya koyan ve tedvin eden hukukçulardır. Bir mesele önüne geldiğinde hukukçunun yapacağı ilk iş Kur’an-ı kerîme bakmaktır. Burada mesele halledilmişse, hükmü bu yolda sevkeder. Böyle bir hal tarzı yoksa veya yeterince vâzih değilse, sünnete mürâcaat eder. Burada hüküm varsa ne âlâ; yoksa veya vâzih değilse, kendisinden önceki hukukçuların icma’larını, yani bir hüküm üzerindeki ittifakları araştırır. Burada da hal tarzı bulamazsa, meseleyi, daha evvel çözülmüş bulunan benzer bir meseleye kıyas ederek çözer. Bazen bu hal tarzı, hukukçuyu tatmin etmez ve meseleyi tam mânâsıyla çözmez. Bu takdirde üç şarttan birinin veya hepsinin varlığı durumunda, hukukçu *istihsan* denilen bir başka yola giderek, bu kıyastan uzaklaşıp başka bir kıyas yapar veya umumî hükmü bırakıp, hususî bir hüküm benimser. Bu üç şart: Örf, zaruret ve maslahattır. Bu husus, İslâm hukukunun değişen zamana intibakını temin eder. Çünkü zaman ın değişmesi ile bu üç durumdan birisi ortaya çıktığında, hukukî hükmün değişebilmesi söz konusu olur. (syf: 12)

Halbuki örfî hukuk, şer’î hukuktan ayrı ve ona aykırı müstakil bir hukuk sistemi olmayıp, İslâm hukukunun hükümdara tanıdığı sınırlı yasama yetkisinin tezâhüründen başka bir şey değildir. (syf:16)

Ekrem Buğra Ekinci

İslam Hukukunda Değişmenin Sınırı

(Özet Raif Koçak)

“Her gün inkişaf eden bir cemiyetin muamelatını sırf nakle dayanan bir hukukla idare etmek, cemiyetin ihtiyacını karşılayacak her yeni müesseseyi dinin **değişmez** kaidelerine irca çalışmak, ancak ya hukuk bünyesinden veya halkın ihtiyaçlarından yapılan fedâkârlıklarla temin edilebiliyordu. Mecelle'nin 'Âdet muhakkemdir' ve 'Ezmânın tagayyürüyle ahkâmın tagayyürü inkâr olunamaz' gibi kâideleri, İslâm hukukunda bir değişiklik yapılabileceği zannını tevliid ederse de, haklarında şeriatte sarahat (açıklık) bulunmayan hallerde tatbik olunabilir. Bu tarz mâzinin icaplarıyla, hâlin ihtiyaçlarını karşılamak demektir. Muntazam ve tabî seyrini takib edemeyen hukuk, hayatın mütemâdiyen karşısına çıkardığı zaruretler neticesinde gayritabiî yollara döküldü” demekte ve hile-i şer'iyeyi tenkid etmektedir (**Türkiyede Medeni Hukukun İnkişaf Safhaları**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ank. 1943, Y: 1, S: 1, s: 12.) Syf: 17

Tarihselciler, nasslar üzerinde gâî tefsir yaparak şâri'in maksadını tesbit edileceğine ve zamanın değişmesiyle bu maksadı gerçekleştirdiği nisbette nassların da tatbikinin değişeceğine kâildirler. Bu modernist fikrin ilk müdâfii olarak, asırlar önce yaşayan ve Hanbelî ekolünden yetişmiş Necmeddin et-Tûfî (716/1312) sayılır. Tûfî, maslahat prensibine aşırı derecede itibar ederek, ibâdetlerde değil, fakat mânâ ve gâyelerini aklın kavrayabileceğini iddia ettiği, muamelât ve dünyevî siyâsete dair ahkâmın, istinad eylediği delil ne olursa olsun, zamanın değişmesiyle maslahata muvâfık olarak değiştirilebileceğini söylemiştir. (*Tûfî'nin bu konudaki görüşlerinin yer aldığı eseri türkçeye tercüme edilerek yayınlanmıştır. Ali Pekcan: Necmeddin Tûfî'nin Maslahat Risâlesi*, Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi, III, (2003), Sayı 1, s.267-313.) Syf: 21

İmam Gazâlî: **el-Münkizü mine'd-Dalâl**, Kâhire 1303, 34-35. Vaktiyle, İmam-ı A'zam Ebû Hanîfe de, akli nakle tercih etmekle itham olunmuştu. Hatta Oniki imamdan büyük âlim Muhammed Bâkır ile ilk görüşmelerinde, İmam Bâkır “Sen akli nakle tercih ediyormuşsun?” diye sitemde bulunmuş; İmam-ı A'zam da, “Allah saklasın!” dedikten sonra “Kadın mı daha zayıftır, erkek mi? Namaz mı daha faziletlidir, oruç mu? ve “Bevl mi daha pistir, meni mi? şeklinde sorduğu üç suale aldığı cevaplar istikametinde: “Eğer ben nakli değil de akli esas alsaydım; kadına kendisinden daha güçlü olan erkeğin iki katı kadar miras hissesi verirdim; kadınlara hayız zamanlarında kazâya kalmış oruçlarını değil de, bundan daha faziletli bir ibâdet olan namazları kazâ etmelerini emrederdim; meniden daha pis olan bevilden sonra gusledilmesini, meniden sonra ise yalnızca abdest alınmasını ictihad ederdim” demiştir. Muhammed Ebû Zehra: **Ebû Hanîfe**, Trc. O.Keskioglu, İst. 1981, 88-89. Bir başka sefer de “Akıl nakilden üstün olsaydı, unutarak oruç yemeyi, hatâen yemeye kıyas eder ve orucun bozulacağını söyledim. Ne var ki hakkında hadîs sâdır olmuştur. Binâenaleyh nass, akla tercih edilir” demiştir. Ebû Zehra, **Ebû Hanîfe**, 270, 359. Namazda kahkahanın hem namazı ve hemde abdesti bozması meselesi de böyledir. Görülüyor ki, akıl, nassların anlaşılmasında ve tefsirinde çok önemli bir rol oynamakla beraber, bizâtihi hukuk kaynağı sayılmamaktadır.

Ekrem Buğra Ekinci

İslam Hukukunda Değişmenin Sınırı

(Özet Raif Koçak)

Gelenekçiler, İslâm miras hukukunda, erkeğe üstünlük tanındığı iddiasını kabul etmezler. Öyle ki mûrisin annesi, babanın yanında mirasçı olduğunda aynı hisseyi (altıda bir) almaktadır. Halbuki erkeğin üstün olduğu mantığına göre annenin de yarım (on ikide bir) hisse alması gerekirdi. Ana-bir kardeşler mirasçı olduklarında erkekli-kızlı müsâvi hisse almaktadır. Oğlun oğlu da halasıyla beraber bulunduğunda böyledir. Kadına yarım hisse verilmesinin pek çok sebeplerinden birisi âkile, mehr ve nafaka sistemi çerçevesinde erkek mirasçıların mükellefiyetlerinin ağırlığıdır.

İslâm miras hukukunda dede yetiminin durumu da modernistleri çok meşgul etmiştir. Yakın akraba, uzak akrabayı mirastan mahrum edeceği için, amcası veya ikiden fazla halası bulunan bir çocuk, dedesinden önce ölmüş babasının yerine geçerek dedesine vâris olamaz. Mısır ve Irak miras kanunları, İslâm hukukuna tamamen aykırı olarak, ama İslâm hukukuna uygunluk iddiasıyla dedeye, kendisinden evvel vefat etmiş oğlunun çocuklarına vasiyette bulunma mecburiyeti getirmişlerdir. Pakistan'da daha da ileri giderek, dede yetimine muayyen bir miras hissesi vermiştir. Halbuki dede, isterse böyle bir vasiyette bulunabilir; ama kendisini vasiyete mecbur tutmak, İslâm hukukuna aykırıdır. Çünkü böyle bir çocuk eğer muhtaç ise, zaten dede ve amcanın nafaka mükellefiyeti vardır; zengin ise, lehine vasiyette bulunulması mecburiyeti abestir (37 : *Fazlurrahman: "Eyüb Han Döneminde Bazı İslâmî Meseleler", Trc. M. Uyanık, Kur'an'ın Tarihsel ve Evrensel Okunuşu, Ank. 1997, 68-69.*)

Kadının şâhidliğine dair hükümler de böyledir. Kadınlar arasında işlenen cinâyetlerde; ebelik ve bekâretle ilgili sadece kadınların bilebileceği hususlarda; ayrıca şâhidlerin tezkiyesinde, suların temizliği, kıblenin istikameti, kesilmiş hayvanın leş olup olmadığı gibi (nassların çok daha önem atfettiği) dinî mevzularda tek kadının bile şâhidliği kabul edilmektedir. (Syf: 30)

Fâize gelince, öncelikle söylenebilir ki, İslâm hukukunu bir bütün içinde ele almalı ve kurmayı hedeflediği cemiyet nizamı ile bir arada değerlendirmelidir. Fâiz, İslâm hukukunun câri olduğu ticaret hayatıyla imtizac etmeyen bir müessesedir. Parayla para kazanmak yerine, bu paranın ekonomiye sokularak ticaret yoluyla para kazanılması istenmektedir. İslâm hukukuna göre para olarak altın ve gümüşe itibar edildiği için, insanların enflasyon sebebiyle bir zarara uğraması da bahis mevzuu değildir.(syf: 31)

Nitekim sözgeleş zînâ cezasının tatbiki son derece zordur. Hırsızlık suçunda cezanın tatbiki de, suçluya tanınan bazı haklardan ötürü oldukça sınırlıdır. Öte yandan hadler denilen ve cezası nasslarla tayin edilen suçlar,işlenmemesi için gereken ictimaî tedbirler alındığı ve bütün unsurlarıyla tahakkukunun da zor olması sebebiyle marjinal suç ve cezalar olarak kalmıştır. Nitekim evlilerin

Ekrem Buğra Ekinci

İslam Hukukunda Değişmenin Sınırı

(Özet Raif Koçak)

zinasında recm cezası, Osmanlı Devleti'nde bilindiği kadarıyla yalnızca bir defa XVII. asırda tatbik edilebilmiştir. (Bunun da unsurlarının tam mânâsıyla teşekkül edip etmediği, zamanın ulemâsı arasında ihtilaf mevzuu olmuştur.)(syf:32)

Hazret-i Peygamber, “**Her bid'at dalâlettir, sapıklıktır**”⁴¹ buyuruyor. Bid'at, ya bir sünneti ortadan kaldırmaktadır, buna *bid'at-i seyyie* denir ve yapılması yasaklanmıştır; yahud da bir sünnetin daha iyi yapılmasını temin eder veya hiçbir zaman sünnete aykırı olmaz, buna da *bid'at-i hasene* denilmiş ve yapılmasında mahzur görülmemiştir (syf: 36)

Eski şeriatlerle İslâm hukuku arasındaki bu benzerlik veya etkileşim; şeriatlerin arkasındaki müşterek şâri'i gösterir ki o da ilahî vahydir. Kur'an-ı kerîm tarihsel olsaydı, burada yer alan emirler, daha önceki ümmetlere de emredilmiş olmazdı. Aksi de vâridir, yani önceki ümmetlere emredilen hükümlerin, İslâm hukukunda yeri olmaması gerekirdi.(syf: 37)

Son zamanlarda, Arapça kaynakların türkçeye tercüme edildiği bir furya yaşanmaktadır. Arapça'ya ve

mevzuya hâkimiyetleri herkesçe müsellem olanlar bile, bu tercümelerinde nice esaslı hatalar yapmaktadırlar. Sözgeleşî meşhur bir fıkıh kitabının tercümesinde, “arakü'l hamr” ifadesi, “şarabın teri” olarak tercüme edilmiştir. Okuyan, şarap içen kimsenin terinden bahsedildiğini bile zannedebiliyor. Evet, arak ter demektir ama burada “arakü'l-hamr” sözüyle, şaraptan imbikleme yoluyla elde edilen mahsuller kastediliyor ki başta ispiroto gelir. Bu gibi misalleri çoğaltmak mümkündür. İşte İbn Âbidîn'in “Arapçadan başka dillerdeki fıkıh kitâbları delîl, sened olamaz. İçlerinde tercüme hatâsı bulunabilir” sözünün yeri burada geliyor. (el-Ukûdü'd-Dürriyye, Bulak 1300, II/333.)(syf: 49)

Muhaddisler, her zaman fakihleri hüküm çıkartma bakımından kendilerinden üstün bulmuşlardır. Hatta çoğu zaman bir meseleyle karşılaştıkları zaman, fakihlere gelip fetvâ sorarlar; onlar da muhaddislerden işittikleri malzemeyi değerlendirerek cevap verirlerdi. Nitekim hadîs âlimlerinden A'meş (148/765), İmam-ı A'zam Ebû Hanîfe'ye bir mesele arzetmiş; O da cevap vermiş; bu sefer A'meş “Bunu neye dayandırdın?” diye sorunca, “Sizden işittiğim felan hadîsi delil aldım” diye cevap vermişti. Bunun üzerine A'meş'in, “Biz hadîşçiler eczacı, siz fakihler ise doktor gibisiniz. İlaç, doktor tarafından verilmedikçe fayda temin etmez” dediği meşhurdur. Fakihlerin ve kelâmcıların, muhaddislerin bu hareketlerine karşı çıkması diye bir şey söz konusu olamaz. Hadîsler, fakihlerin en mühim kaynaklarıdır. Gerek muhaddis ve gerekse fakihler, çeşitli niyetlerle hadîs adıyla uydurulan sözlere karşı hassas davranarak hepsi işbirliği halinde çalışmış; onların mesâilerinden İslâm hukuku meydana gelmiştir. (syf: 54)

Ekrem Buğra Ekinci

İslam Hukukunda Değişmenin Sınırı

(Özet Raif Koçak)

Sünnetin, sadece Hazret-i Peygamber'e mahsus olduğu, müslümanların tatbik edemeyeceği ifade edilen bir kısmı vardır ki, buna hasâis-i nebî denir. Bunlar kendisi ve âilesinin zekât ve sadaka alamaması; muhâcir olmayan kadınlar ile, Ehl-i kitab kadınlar ile ve başkasının câriyesi ile nikâhlanamamak; dörtten ziyâde kadın ile aynı anda evli bulunmak; zevceleri ile kendisinden sonra başkaları evlenememek; harbde yağmaya katılmamak; miras bırakmamak; evine defnolunmak; kızının çocukları kendisine nisbet edilmek; henüz elinde olmayan arâzide tasarruf etmek; yalnızca ismiyle çağrılmamak; tek kişinin şâhidliğini kabul etmek gibi hususlardır. Bunları başkalarının 'sünnettir!' diyerek yapmaları meşru değildir. Ancak bu hususlar muayyen ve sayıca da mahduddur. Bunların Hazret-i Peygamber'e mahsus olduğu nasıl bildirilmişse, nasslar da zamanla mukayyed olsaydı, bunun da bildirilmesi icab ederdi. Nitekim Kur'an-ı kerîm âyetlerinde olduğu gibi, bazı sünnet-i nebevîde de nesh cereyan etmiştir. Nesh cereyan etmeyen hususlarda, sonra gelenlerin tarihsellik iddiaları, mesnedsiz kalmaktadır.(syf: 55)

Tarihselcilerin yegâne mesnedleri: Hazret-i Ömer'in tatbikatı

• Sevad arazisi taksimi

İslâm hukukunda, ganîmetlerin taksimi hükümdara bırakılmıştır (Enfal: 1). Bir başka âyette de, ganîmetlerin beşte birinin Allah, peygamber, peygamberin akrabası, yetimler, miskinler ve yolda kalmışlara ait olduğu bildirilmektedir (Haşr: 7). Arâzi de ganîmettir; beşte birinden geriye kalan kısım, ya bilfiil harbe iştirak eden gâzilere taksim edilir; veya eski sâhiplerinin elinde bırakılıp haraç alınır; ya da rakabesi (çıplak mülkiyeti) devlete ait olmak üzere müslümanlara kiralanır. İşte Hazret-i Ömer, fethedilen Irak'ın Sevad arâzisini taksim ettiği takdirde, büyük arâzi parçalarının ganîmet sahiplerinin elinde kalacağını; sonradan gelenlerin ise maîşetlerini teminde zorlanacağını söyleyerek, burayı mîrî arâzi statüsüne sokup eski sâhiplerinin kirâyla oturmasına hükmetti. Bunu yaparken de, "Ganîmetler Allah'a, Resûlüne, akrabalarına, yetimlere, fakirlere ve yolda kalmışlara aittir. Tâ ki o mal, içinizden yalnız zenginler arasında dolaşan bir devlet olmasın" meâlindeki âyete (Haşr: 7) dayandı. Mısır'da da böyle yapıldı. Sahâbiler de, bu hükmü tasvib ederek icma' hâsıl oldu (74.*Ebû Ubeyd:Kitabü'l-Emval, Trc. Cemal Saylık, İst. 1981, 77 vd.*) Vaktiyle Hazret-i Peygamber de Hayber'de bu şekilde tatbikatta bulunmuş; arâzinin bir kısmını ganîmet telâkki ederek gâziler arasında taksim etmiş; diğer bir kısmını da rakabesi devlete ait olmak üzere eski sahiplerinin elinde bırakmıştı (75.*İmam Ebû Yûsuf: Kitâbü'l-Harâc, Trc. Müderriszâde Muhammed Atâullah Efendi, Ank. 1982, 159-160.*)

• Müellefe-i Kuluba pay verilmesi

Ekrem Buğra Ekinci

İslam Hukukunda Değişmenin Sınırı

(Özet Raif Koçak)

Hazret-i Ömer'in, müellefe-i kulûba, yani kalbi İslâmiyete ısındırılacak olanlara zekât vermemesinin delillerinden en önemlisi, "Zekâtı müslümanların zenginlerinden alıp, müslümanların fakirlerine ver!" meâlindeki Muaz hadîsidir. Nitekim "Müellefe-i kulûb ismi verilen bu gibi kimselere zekât verilmesi, âyet-i kerîmede emredilmiş iken, neye vermedin?" diye sorulunca, Hazret-i Ömer "Gayrimüslimlerin kalblerini yumuşatmak emri, Allah'ın va'd ettiği zafer ve gâlibiyet başlamadan evvel, onların azgın olduğu zamanda idi. Şimdi ise, müslümanlar kuvvetlenmiş, kâfirler mağlup ve âciz olmuştur. Şimdi bunların kalblerini mal ile kazanmağa lüzûm kalmamıştır" dedi. Ardından da müellefe-i kulûbun gayrimüslimlerine zekât verilmesi emrini nesh eden, yani yürürlük zamanının bittiğini bildiren ve zekâtın ancak mü'minlerin hakkı olduğunu bildiren âyeti (Bakara: 273) ve Muaz hadîsini okudu. Bunun üzerine bu âyetin nesh edilmiş olduğu ve artık müellefe-i kulûba zekât verilmeyeceği hususunda icmâ' meydana geldi. Hazret-i Ömer'in hazîne emîni olduğu o zaman halîfe Hazret-i Ebû Bekr idi ve bu ictihadı kabul etti. (Müellefe-i kulûb üç kısım olup, Hazret-i Peygamber zamanında yeni müslüman olan ve henüz müslüman olmayıp da kalbi İslâmiyete ısındırılmak gereken, ayrıca şerhlerinden sakınılmak için kendilerine zekâttan pay verilen kimselerdi.) Halîfe Ömer bin Abdilaziz'in müellefe-i kulûba tekrar zekât vermeye başladığı iddiasına gelince: Ömer bin Abdilaziz böyle bir ödeme yapmıştır, ancak bunu beytül-mâlın zekât bölümünden değil, başka bölümünden ödemiştir. Nitekim ulemâdan, müellefe-i kulûbun gayrimüslim olan sınıfına, zekâttan değil, ganîmetlerin Hazret-i Peygamber'in hissesine düşen beşte birinden ödeme yapıldığını söyleyenler de vardır. Görülüyor ki, müellefe-i kulûb denilen kimselere ödeme yapılması değil, onlara zekât verilmesi yasak edilmiştir.

• **Ehl-i kitap kadınlarla evlenme yasağı**

İslâm hukukuna göre, müslüman bir erkek, kitâbiyye (Ehl-i kitap, yani Yahudî veya Hıristiyan) bir kadınla evlenebilir (Mâide: 5). Ancak Hazret-i Ömer, kitâbiyyelerle evlenenlerin çoğalmasının, müslüman kadınların evlenmesini zorlaştıracığı ve kitâbiyyelerde müslümanların hoş karşılamayacakları bazı ahlâk düşüklükleri olabileceği gibi mülâhazalarla bu tür evlilikleri yasaklamıştır (76.Ebû Bekr el-Cessâs:*Ahkâmü'l-Kur'an*, Thk: M. Sâdık Kamhâvî, *Dârülmushaf Kâhire*, III/321-322.) Hükümdarın, maslahatı gözeterek, mübahları emretme veya yasaklama salâhiyeti vardır. Halkın bu yasağa uyması vecîbedir. Aksi takdirde o işi işlemek, kanuna uyulmadığı için suç teşkil eder (77.Ulemâ buna delil olarak "Ey iman edenler! Allah'a, Resulüne ve sizden olan emir sahiplerine itaat edin" meâlindeki âyeti (Nisâ: 59) esas almışlardır. Nitekim "Allah'ın, sultan vâsıtasıyla insanları kötü fiillerden alıkoyması, Kur'an-ı kerîm vâsıtasıyla alıkoymasından daha çoktur. (Yani sultanın yasakladıkları, Kur'an-ı kerîmin yasakladıklarından daha çoktur.)" hadîsi meşhurdur. Ebul Hasen el-Mâverdî: *Edebü'd Dünya ve'd-Din*, Trc. S. Kip/A. Sönmez, İst. 1978, 170;

Ekrem Buğra Ekinci
İslam Hukukunda Değişmenin Sınırı
(Özet Raif Koçak)

Hâdimî: Berîka-yı Ahmediyye, Haz: Said Kahraman, İst. 1988, II/428, III/43.) Burada da Hazret-i Ömer'in maslahat prensibini, yani amme menfeatini gözettiği anlaşılmaktadır. Kaldı ki bu yasad hükmün aslıyla alâkalı değildir; yani kitâbiyyelerle evlenmek mutlak olarak haram değildir. (Syf: 60-61)

• **Kıtlık zamanında had cezalarını kaldırması**

Hazret-i Ömer'in kıtlık senesinde hadd-i sirkati tatbik etmemesinin en mühim sebebi zaten hâdisenin isminden anlaşılmaktadır. Hadd cezaları, en ufak bir şüphe ile sâkit olur. Kıtlık senelerinde vâki bir hırsızlığın, kıtlığın tazyikiyle olduğu düşünülerek cezâdan vâreste tutulması İslâm hukukunun umumî prensiplerine aykırı olmadığı gibi; cezânın sonraki bir tarihe te'hir edilmiş olması da muhtemeldir. O halde bunun nassı iptal mânâsına gelmeyeceği âşikârdır. Kıtlık, cezanın infazı için gereken unsurların bulunmadığını gösterir. Kaldı ki, Hazret-i Muhammed'in, kıtlık zamanlarında hadleri tatbik etmediğine dair hadîsler de vardır. Bütün bu hâdiselerde Hazret-i Ömer'in ictihadları yanında, istinad ettiği sünnetten tatbikatlar da vardır. Hazret-i Ömer'in orijinal görüşü olarak lanse edilen ve tarihselciliğe delil gösterilen ümmü veledlerin (efendisinden çocuk doğuran câriyelerin) satılmasının men edilmesi ve bir defada verilen üç talâkın muteber sayılması gibi hâdiseler ise tamamen sünnet-i nebevînin tatbiki ve bu hususta Sahâbenin icma'ından ibârettir.

A'râf sûresinin "**Ey Resûlüm! Sen af yolunu tut, örfü emret ve câhillere aldırma**" meâlindeki 199. âyet için Hazret-i Peygamber, bu âyetin mânâsındaki hakikati Cebrâil'e sorduğu zaman, Rabbin sana gelmeye gitmeni, vermeyene vermeni ve zulmeden affetmeni istiyor, demişti" (*Şeyhzâde Muhammed: Hâşiye alâ Tefsîri'l-Kâdî Beydâvî, İstanbul 1306, II/392; Ayntâbî Mehmed Efendi: Tefsîr-i Tibyân, Derseadet 1317, II/102; İsmail Ferruh Efendi: Tefsîr-i Mevâkib, (Tibyân kenarında) II/112-113.*)

Hanefîler, yeminlere ait lafızların tefsirinde mutlaka örf ve âdete itibar etmektedirler. Şâfiîler lafzın lügat mânâsına; Mâlikîler ise Kur'an-ı kerîmde kullanılan mânâsına; Hanbelîler ise yemin edenin niyetine bakarlar.

Örfün muteber bir delil olması için bazı şartların gerçekleşmesi gerekir

1. Bu örf muttarid veya gâlib, yani kesintisiz uzun bir zamandır (bir teviye, bir düziye) veya yaygın şekilde yapılagelmekte olmalıdır. Mecelle'de bu husus "Âdet, ancak muttarid veyahud gâlib oldukda muteber olur" (m. 41) ve "İtibar, gâlib-i şâyi'a olub, nâdire değildir" (m. 42) şeklinde ifade edilmiştir.
2. Örfün o hüküm verilirken veya o iş yapılırken mevcut olması lâzımdır.

Ekrem Buğra Ekinci

İslam Hukukunda Değişmenin Sınırı

(Özet Raif Koçak)

3.Örfün tatbik edilmeyeceği kararlaştırılmış olmamalıdır.

4.Örfün hukuka uygun olması gerekir. (Syf:70)

Şâfiî'lerde de örf muteber bir delildir. Nitekim İmam Şâfi'î Mısır'a yerleştikten sonra buradaki örfleri de nazara alarak eski görüşlerini mühim bir nisbette değiştirmiş, hatta bu devirdeki görüşlerine mezheb-i cedîd (İmam Şâfi'î'nin yeni mezhebi), eski görüşlerine de mezheb-i kadîm (İmam Şâfi'î'nin eski mezhebi) denilmiştir (*106.Muhammed Ebû Zehra: İmam Şâfiî, Trc. Osman Keskiöğlü, Ank. 1969, 136. İmamın eski mezhebinden ancak belli bazı hükümler, sonra gelen Şâfi'î hukukçuları tarafından tercih edilmiştir.*) Ancak Şâfiî'ler amelî örf'e itibar etmezler(*107.İzmirli İsmail Hakkı, 116.*) (Syf: 71)

İslâmiyette para, altın ve gümüşdür. Ancak, bunların dışındaki (madenî ve kâğıt) paralar da, hilkat itibariyle değil de, insanlar arasında örf ve âdet olması sebebiyle İmam-ı A'zam Ebû Hanîfe ve İmam Ebû Yûsuf tarafından, para kabul edilmişlerdir. Bunlar altın ve gümüşün yerini tutarak alış-verişte semen olabilir. Bunun neticesi olarak, bir felsin iki felse peşin satılmasında, iki maden (veya kâğıt) birbiriyle satıldığı için birisi semen, diğeri mebi' olur ve fâiz cereyan etmez. Çünkü altın ve gümüş, ta'yin edilince teayyün etmez. Diğer paralar böyle değildir. Bunların para vasfı ârizî olup, akdi yapanların ıstılahına bağlı bir durumdur. Bir yumurtayı iki yumurtaya satmak gibidir. Bu sebeple meselâ bütün bir parayı, daha eksigine peşin bozdurmak câiz olmaktadır. İmam Muhammed'e göre, bu paralar revaçta buldukları sürece altın ve gümüşün yerini aldığı için, bir felsin iki felse değiştirilmesi câiz değildir (*117.İbn Âbidîn, IV/188.*) [Fels, madenî paralar için kullanılır. Çoğulu fülüsdür. Kâğıt paraya sûtûka denirdi. İkisinin dehükmü birdir.] (Syf: 74)

Benden Emevî Câmîinin sahnını döşemek için Dımişk'da harab olmuş bir mescidin taşlarının nakledilmesi hususunda fetvâ istediler. Ben de Şürnblâlî'ye tâbî' olarak, nakledilmesi câiz değildir diye fetvâ verdim. Sonra zorbarın o mescidin taşlarını kendi nefisleri için almış olduklarını duydum, verdiğim fetvâya pişman oldum" (*166.İbn Âbidîn, III/383.*)(Syf: 94)

İbni Âbidîn'de diyor ki: "İki kardeşten biri Çin'de, diğeri Endülüs'de, aynı gün, güneş doğarken ölseler, Endülüs'de ölen, diğesine vâris olur. Çünkü, arz küresi garbdan şarka doğru döndüğü için, güneş şarkta daha önce doğmaktadır" (*207.İbn Âbidîn, V/700.*) (Syf: 106)

Evlerin alt veya üst katlarının mescid olarak vakfı İmamı A'zam'a göre câiz değildir. Çünkü vakıf eserin arza kadar altı ve göğe kadar üstü de o gayrimenkule tâbî'dir. Ancak Bağdad ve Rey şehirlerindeki mesken sıkıntısını gören İmameyn buna cevaz vermiştir (*216.İbn Âbidîn, III/381; Erdoğan, 252.*) (Syf: 111)

Ekrem Buğra Ekinci

İslam Hukukunda Değişmenin Sınırı

(Özet Raif Koçak)

Mefkudluk, yani nerede ve hayatta olup olmadığı bilinmeyen kimsenin durumu, Hanefî mezhebinde nikâhın feshi için bir sebep teşkil etmez; ancak mefkudun memleketindeki emsallerinin hepsinin ölmesiyle ölümüne hükmedilebilirdi. Ancak uzun süren harblerin tesiriyle kocasız kadınların sıkıntıya düşmeleri üzerine, Osmanlı Devleti'nde 1916 senesinde Mâlikî mezhebi tercih edilerek, kadınlara kocasının mefkudluğu üzerinden dört sene geçince nikâhın feshi için mahkemeye mürâcaat edebilme imkânı getirilmiştir. Aslında müteahhir Hanefî hukukçularının, mefkudun yaşına bakılmayıp, vefatına bu hususta hâsıl olan zann-ı gâlib zamanından itibaren hükmolunacağı istikâmetinde görüşleri vardır. Bu görüş müftâbih bulunmuş olup son zamanlarda Şeyhülislâm Üryânîzâde Es'ad Efendi'nin (1918) bu meâlde fetvâsı vardır²²⁷. Ölüme hükmedilmesi ile eşlerin tefriki arasında hukukî neticeler itibariyle fark bulunduğu; bunlarla amel etmek yerine, Mâlikî mezhebinin kavli kanunlaştırılmıştır (*228.Ölümüne hükmedilen kimse, bilahare sağ olarak çıkıp gelse, başkasıyla evlenmiş olsa bile zevcesini alabilir, ikinci nikâh infisah eder. Çünkü ölümüne hükmeden mahkeme kararı bâtil olur. Ancak evliliğin feshi durumunda, mefkud bilahare sağ olarak çıkıp gelirse, zevcesini alamaz. Çünkü birinci nikâh mahkeme kararıyla bozulmuştur.*)

Gedik, bir mülk veya vakıf dükkânda, kirâlayan esnafın, mülk sahibi veya vakıf mütevellisinin izniyle yaptığı tezgah, vitrin, dolap gibi şeylere denir. Osmanlılarda, ticaret ve sanatla uğraşmak bazı prensiplere bağlanmıştı. Herkes istediği ticaret ve sanat mesleğine giremezdi. Bunun için her esnaf ve ticaret erbâbının kendi içinde teşkilatlandığı loncalara çırak olarak girip, yetiştikten sonra imtihanla kalfa ve usta olunur; böylece müstakil dükkân açma hakkı elde edilirdi. Ancak bunun için ayrıca, bir sanat veya ticaret sâhibinin ölmesi veya işini terk etmesi üzerine, bu mesleğe ait bir dükkânın boşalması lazımdı. Çünkü Osmanlı Devleti'nde büyük şehirlerde meslek erbâbının sayısı dondurulmuştu. Yani bir sanat ve ticaret ile kaç kişinin meşgul olduğu belli idi. Planlı ekonomiye tetâbuk eden bu usul, Osmanlılarda, esnaf ve tacirleri kontrol altında tutarak halkı pahalılık ve ihtikârdan korumak, ayrıca mallarda kalitenin muhafazası maksadına mâtuf idi. Bu sebeple bir meslek sâhibinin o işte çalışabilme salâhiyetinin yanında, bir de işyerine sâhip olması gerekirdi ki buna "gedik" adı verilirdi. Bir usta, bir dükkân sâhibi ile icâre akdi yaparak anlaşır; dükkâna mesleğiyle alâkalı olarak tezgâh, vitrin gibi ilâveler yapar, âletlerini koyar, böylece kirâcının o dükkân üzerinde hakk-ı kararı, yani gedik hakkı doğardı. Bu gayrimenkul üzerinde bir nevi irtifak hakkıdır. Mûcirin (kirâya verenin) veya vakıf mütevellisinin izninin şart olduğu bu gedik usulünde, kirâcı ecr-i misl ödemeye devam ederdi. Bu gedik hakkı sahibi usta veya tâcir, işini bıraktığında veya vefat ettiğinde, bu işi yapmaya salâhiyetli oğlu varsa, yerine geçip bu akdi devam ettirirdi. Yoksa kendisi veya vârisleri bu gedik hakkını salâhiyeti olup da işyeri boşalmasını bekleyen bir başkasına satabilirdi. Buna hava parası olarak ferağ denirdi. Böylece gedik, zamanla bir ticarî imtiyaz halini almıştır. Dükkân açmak isteyen esnaf, bu gediklerden bir tanesini elde

Ekrem Buğra Ekinci

İslam Hukukunda Değişmenin Sınırı

(Özet Raif Koçak)

etmek, dolayısıyla sâhibine hava parası vermek durumundaydı, buna “hulüvv” (boşaltma) deniyordu. Böylece hem o dükkândaki kirâ hakkı, hem de o işi icrâ edebilme hakkı intikal etmiş olmaktaydı. Hanefî mezhebi hükümleriyle pek imtizac etmeyen bu müesseseye, müteahhir Mâlikî hukukçularının cevaz verdiği dair rivâyet vardır. Girdâr ise, vakıf gayrimenkullerin üzerine kirâcı tarafından mütevellinin izniyle yapılan binâ veya dikilen ağaçtır. Bu kirâcının söz konusu gayrimenkulde bir hakkı teşekkül ederdi. Müteveli bunu çıkaramaz; kirâcı bu hakkını devredebilir; ölünce mirasçılara geçerdi. Buna girdâr denirdi. Her iki halde de, müteveli veya gayrimenkul sahibi, kirâcıyı çıkaramaz; ödediği meblağı (hava parasını) ödemedikçe başkasına kirâyaya veremezdi (231.İbn Âbidîn, IV/17.) (Syf: 118)

Cuma günleri zuhr-i âhir denilen namazın kılınması da zaruret sebebiyle kabul edilmişti. Çünkü Cuma namazının sahih olabilmesi için, namazın kılındığı yerin şehir olması, namazı sultanın veya nâibinin kıldırması gibi şartların yanında, bu namazın bir beldede tek bir câmide kılınması gerekir. Bunun için Anadolu’da Cuma namazları şehir ve kasabaların Câmi-i Kebîr (Ulu Câmi) adı verilen en merkezî büyük câmiinde kılınırdı. Rivâyete göre, İmam-ı A’zam Ebû Hanîfe, Cuma günleri Dicle üzerindeki köprüyü kaldırtır, böylece Bağdad iki şehir hâlini alarak her birinde Cuma namazı kılınırdı. Sonraları şehirlerin büyümesi ve müteaddid câmilerde Cuma namazı kılınmaya başlanması üzerine ulemâ Cuma namazının sahih olmaması tehlikesine binâen o günki öğlenin farzı yerine geçecek “zuhr-i âhir” adıyla dört rek’atlık namaz kılınmasını ictihad etmiştir (238.İbn Âbidîn, I/565-566.)(syf: 122)

Müslümanlar arasında sene tarihleri, Hazret-i Ömer’in emri ile başladı. Vâkıa Hazret-i Peygamber daha hayatta iken yılın aylarının on iki olduğunu beyan buyurmuştu. Hazret-i Ömer zamanında Basra âmili Ebû Mûsâ el-Eş’arî’den gelen Şaban ayı tarihli bir mektuptan şüphe edilmesi üzerine, amme maslahatı endişesiyle, bir tarih ittihaz edilmesi kararlaştırıldı. Tarih başlangıcının, Hazret-i Peygamber’in Mekke’den Medine’ye hicret ettiği ve Medine site devletinin kurulduğu milâdî 622 senesinin Muharrem ayının birinci günü olması, Sahâbe’nin söz birliği ile kabul edildi²³⁹. Kamerî esasa göre tesbit edilen bu takvime, hicrî kamerî takvim denir. Burada ay’ın dünya etrafındaki bir dönüşü ile bir ay sâbit olur ki bu da 29 veya 30 gündür. On iki ay bir hicrî seneyi teşkil eder. İslâm dininde oruç, namaz, zekât, hac gibi ibâdetler ve iddet gibi hukukî bütün muameleler, bu takvim esasına göre tesbit edilir. Tarih boyunca bütün İslâm devletleri bu takvimi kullanmışlardır. Hicrî sene 354 gündür. Bu da vâridâtı ve askerî düzeni toprak hâsılâtına sıkı sıkıya bağlı bulunan Osmanlı Devleti’nde bazı sıkıntılara sebebiyet veriyordu. Çünkü toprak mahsülleri şemsî takvim esasına göre elde ediliyor; kamerî takvim ile arada 11 günlük bir fark bulunduğu için beytülmâl-i müslimîn (devlet hazinesi) zarara uğruyordu. Bunun üzerine 1089/1678 senesinden itibaren sadece malî hususlarda malî sene adıyla rumî takvim (julien takvimi) kabul edilmiş; ancak yıllar yine

Ekrem Buğra Ekinci

İslam Hukukunda Değişmenin Sınırı

(Özet Raif Koçak)

hicret esasına göre hesap edilmiştir. 1205/1790 ve 1256/1840 tarihlerinden itibaren malî senenin kullanılma sahası genişletilerek bütün resmî evraklarda bu takvim kullanılmaya başlanılmış; hicrî takvim de bunun yanısıra kullanılmaya devam etmiştir. 33 senede bir yıl siviş yılı sayılarak atlanmış, böylece her iki takvimde de yıllar aynı olmuştur. 1287/1870 yılında bu yapılmamış, böylece iki takvim arasında yıl farkı doğmuş ve giderek artmıştır (**240.Pakalın, "Malî Sene", II/399-400.**)Syf: 122

Şah Veliyyullah Dehlevî diyor ki: Nitekim Hazret-i Peygamber'in üç türlü vazifesi vardı: Birincisi, Kur'an-ı kerîm ahkâmını bütün insanlara tebliğ etmek, bildirmek idi. İkincisi, Kur'an-ı kerîmin manevî ahkâmını, yani Allah'ın zâtına ve sıfatlarına ait marifetleri, yalnız ümmetinin yüksek olanlarının kalblerine yerleştirmektir. Buna ihsan (irşad, tasavvuf) denir. Üçüncüsü, Kur'an-ı kerîmin ahkâmını, vaaz ve nasihat ile yapmayan müslümanlara, kuvvet kullanarak, zor ile yaptırmaktır. Buna saltanat denir. Hazret-i Peygamber'den sonra gelen dört halîfeden her biri, bu üç vazifeyi tam olarak başardı. Hazret-i Hasan'ın halifeliği zamanında, fitneler çoğaldı. İslâmiyyet üç kıt'aya yayıldı. Resûlullah'ın nuru, yer yüzünden uzaklaştı. Sahâbe-i kirâmın sayısı azaldı. İnsanlar artık baştakilere gönülden itaat etmemeye başladı. Böylece bu üç vazifeyi, bir kişi yapamaz oldu. Bu üç vazîfe, başka başka üç sınıfa ayrıldı. Usul ve fûrû' ahkâmını tebliğ vazifesi, din imamlarına, yani müctehidlere verildi. Bu müctehidlerden iman bilgilerini bildirenlere mütekellimîn; fıkıh bilgilerini bildirenlere fukahâ denildi. İkinci vazife, Ehl-i beytin oniki imamına ve tasavvuf büyüklerine verildi. Üçüncü vazife, yani dinin ahkâmını kuvvet, satvet ve saltanat ile yaptırmak işi, meliklere ve sultanlara, yani hükûmetlere verildi. Böylelikle hilâfet saltanata dönüşmüş oldu. Bu halifelere melik-i adûd denildi. Bunlara mecâzen halîfe denilmişti (**247. İzâlet'ül-hafâ, Karaşi 1382/1962, II/342. Melik-i adûdun ne demek olduğu şu kitapta güzel izah edilmiştir.**)(syf:127)

Hilâfetin saltanata dönüşeceğine, çeşitli hadîslerde de işaret vardır. Nitekim bunlardan "Benden sonra hilâfet otuz senedir, sonra melikler gelir" hadîsi meşhurdur²⁴⁸. Bu söz, Hicret'in otuzuncu senesinden sonra fitnenin zuhur edeceğine, insanların adaletten ayrılacağına, onların zorla yola getirilebileceğine delâlet eder. Halîfeliğin saltanata dönüşmesi, sulh ve sükûnun sağlanmasından sonra yeni fetihler ve medeniyetin inkişafını temin ettiği için İslâm tarihinde çok müspet bir rol oynamıştır. Öyle ki, İslâm devleti, maddî bakımdan, Dört Halîfeler devrinden bile çok daha yüksek bir seviyeye gelmiştir. Bunun için hukukçular, zorla başa geçen kimse, halîfelik sıfatlarını taşıyorsa meşru halîfedir; taşıyamıyorsa da cemiyetin büyük zarara uğramaması için kendisine isyan edilmez, hükmünü vermişlerdir. Çünkü zulmünden dolayı sultana isyan, her iki taraftan da çok kan dökülmesine ve sultanın zulmünden daha çok zarara sebep olur (**249.Hâdimî, Berîka, IV/270.**) Kaldı ki zorla başa geçen kimse, halîfelik için lüzumlu olan ilk ve en önemli şart olan kudreti hâiz olduğundan, eğer halîfelik için

Ekrem Buğra Ekinci

İslam Hukukunda Değişmenin Sınırı

(Özet Raif Koçak)

gereken,

müslüman, erkek ve vücut tamamıyetini hâiz olmak gibi asgarî şartları da taşıyorsa ve bilahare ehl-i hal ve akd tarafından kendisine bi'at da edilmişse, artık ittifakla meşru halîfe hâline gelir (250.Kur'an-ı kerîmde Tâlût kıssası anlatılırken, hükümdar olmak için asgarî şartlar, "kudret ve siyaset ilmi" olarak derpiş edilmiştir (Bakara 247). Müfessir Cessâs: "Hükümdarlık, kumandanlık için esas olan şartlar bu ikisidir, yani bilgi ve güçtür; peygamberlik veya irsen intikal şart değildir" diyor. Cessâs, II/167.) Mecelle'deki şu maddeler bu prensibe delâlet eder: "Ehven-i şerreyn ihtiyar

olunur" (m. 29) [İki kötülükle karşı karşıya kalındığında ehven olanı tercih olunur]; "Def-i mefâsid, celb-i menâfiden evlâdır" (m. 30) [Kötülüklerin giderilmesi, menfaatlerin celbedilmesinden önce gelir]; "Zarar-ı âmmı def için, zarar-ı has ihtiyar olunur" (m. 26) [Umumî zararı gidermek için, hususî zarar tercih edilir]; "Zarar-ı eşed zarar-ı ehaf ile izâle olunur" (m. 27) [Şiddetli bir zarar, daha hafif bir zararla giderilir]; "İki fesad teâruz ettikde ehaffi irtikâb ile a'zamının çaresine bakılır" (m. 28) [İki kötülük karşı karşıya geldiğinde, hafif olanı işlenerek büyük olanının giderilmesine çalışılır]. (Syf: 128)

Osmanlı Devleti'nin son zamanlarında yüzde onbeşe kadar muameleye izin verilmekteydi. Nitekim 1280/1864 ve 1304/1887 tarihli Murâbaha Nizamnâmeleri de bu yüzdeyi esas almıştır. Osmanlıların son zamanlarındaki bankalar bu usule göre çalışırlardı. Meselâ, banka veznesindeki memur elindeki bir kalemi veya saati yada (çoğunlukla) bir kitabı (meselâ Kudûrî adlı fıkıh kitabını) yüz altın kredi isteyen kimseye on altına veresiye satar, sonra istenilen mikdarı borç olarak verir, böylece müşteri bankaya yüz on altın borçlanmış olurdu (259.Çavuşzâde Aziz: Dürrü's-Sükûk, İst. 1288, II/65. Fâiz, işte bu satışlardaki fazlalığa denir. Fâiz, fazlalık demektir. Günümüzde fâiz kelimesinin yanlış olarak ribâ karşılığı olarak kullanılması, bu zamanlardan kalma bir gelenek olsa gerek. Bu farkı bilmeyenler, Osmanlılar devrinde ribânın meşru kabul olduğu zannına kapılmışlardır.) Hatta ulemâ, düşman ve gâsıpların zulmünden korunmak üzere yapılan muvâzaalı satışları, muhayyerlik şartıyla satış addederek, gerektiğinde satıcının tekrar malını alabilmesine imkân tanımışlardır. Buna telcie yoluyla satış denir ki telcie sığınma demektir (260.İbn Âbidîn, IV/255. Burada tarafların muâmelenin hakikati hakkında ayrı ayrı yaptıkları ikrarlar tescil ediliyor; buna dair vesikalar güvenilen üçüncü bir şahsa emânet ediliyordu. İleride bir nizâ vuku'unda, bunlar meseleyi vüzuha kavuşturabilmekteydi. Schact, 83.) (Syf: 132)

İnsanın telâkki ve bilgi seviyesi zamanla elbette farklılık gösterebilir. Hele örf, zaruret ve maslahat varsa, ictihadın tağyîri haydi haydi câizdir. Ancak ne yazık ki, zamanın değişmesiyle hükümlerin de değişmesini takdir edip yeni ictihadlarda bulunabilecek ehliyet ve kâbiliyette iyiniyetli hukukçulara, bir zamandan beri rastlanamıyor. Halbuki İslâm hukuku, eskilerin tâbiriyle bir bahr-i ummân-ı bî-pâyândır, yani ucu bucağı olmayan bir denizdir. O halde yapılacak en uygun şey, zamanın



Ekrem Buğra Ekinci
İslam Hukukunda Değişmenin Sınırı
(Özet Raif Koçak)

değişmesiyle yeni meselelerle karşılaşıldığında, bunun çözümünü İslâm hukukunun geniş literatürü arasında arayıp, daha evvel çözölmüş benzer meselelere kıyas etmekten ibâret gibi görünüyor.(syf:140)