

Ebû Hanîfe'nin İctihat Sistematîğinde Norm Grupları

Beşir GÖZÜBENLİ
ATAÜ İlâhiyat Fakültesi

Sosyal değerler ve buna paralel olarak cemiyeti nizamlayan kaideler - sosyal normlar arasında görülen gruplanma (hiyerarşik kategoriler), sosyal bilimlerin birçok alanında olduğu gibi, İslâm hukuk bilimi alanında da, özel önem arz etmektedir. Bilindiği gibi, toplumun sahip olduğu müşterek değerler paralelinde, önem ve önceliklerine göre oluşan bu norm grupları arasında, kesin ve geçilmez sınırlar olduğu da söylenememektedir. Yani, yapılan bu gruplandırma genel hatlarıyla olup, norm gruplarını kesin ve değişmez bir şekilde birbirinden ayıran bir karakter arz etmemektedir. Zira, zaman içerisinde, gruplar arasındaki norm-kaide alış-verişlerinin devam etmesi bir tarafa, bazen aynı kaide, birden fazla gruba da girebilmektedir. Bir kaidenin, aynı zamanda hem ahlâk, hem din ve hem de hukuk kaidesi olması gibi.

Din kuralları ile ahlâk kuralları arasındaki ilişki ise, “hemen hemen her din kuralı, aynı zamanda bir ahlâk ve her ahlâk kuralı da, aynı zamanda bir din kuralı paralelinindedir.” denilebilecek ölçüde yakın ilişki içindedir. Zaman zaman bunlara, iktisat, nezaket ve âdâb-ı muaşeret ile, gelenek - görenek gibi sosyal normlar da eklenebilmektedir.

Esasen, hukuk normlarının, doğrudan veya dolaylı olarak, diğer norm gruplarıyla olan yakınlığının boyutları, temel hukuk kurallarının menşesine dair nazariyeler dikkate alındığında, daha açık bir şekilde farkedilmektedir.

Bilindiği gibi, İslâm'ın kişi ve toplum bazında yerleşip, hayat bulmasını hedeflediği değerlerin bildirildiği nasslar (âyet ve hadisler), böyle şekli bir gruplandırmaya tâbi tutulmamıştır. Hatta, İslâm'ın değerler sistemindeki konumuna (hiyerarşik yapıda öncelik ve önem durumuna) göre, çoğu kere birbirini destekler mahiyette ve iç içe (tedahül) sayılabilecek bir karakter arz etmektedir. Toplumda, ahlâkî değerlerden bazılarının yerleşebilmesi için, bu değerlerin hukukî müeyyidelerle; hukukî esaslardan bazılarının yerleşebilmesi için de, dinî-ahlâkî müeyyidelerle desteklenmesinde olduğu gibi.

Bu çerçevede, Kur'ân ve sünnette bildirilen değerler paralelinde belirlenen normlardan oluşan İslâm fıkıh külliyyatının da, ibadetten, ahlâk ve âdâb-ı muaşeret konularına, hukukun her dalından, siyaset konularına kadar pek çok alanda, cemiyeti nizamlayan kaideleri hâvî olduğu görülmektedir. Bunların, hangi kaide grup ve gruplarıyla ilgili olduğunun tespiti ise, tam anlamıyla yapılmış değildir.¹

¹ Her ne kadar, İslâm hukuk tarihinde Gazzâlî ve Şâtıbî başta olmak üzere, bazı fakihlerin, sosyal değerler ve bu paralelde norm grupları konusunda yaptıkları, son derece sistematik mahiyetteki, klâsikleşmiş hiyerarşik tasnif, çağdaşları olan batılı sosyal bilimcilerin birikimlerine nazaran, asırlarca önde sayılabilecek ölçüde,

Fıkıh külliyyatının hâvî olduğu normlar arasında, böyle bir ayırımın yapılıp yapılmaması, hüküm istinbâtında, özellikle nassların yorumu açısından, büyük önem arz etmektedir. Hatta kanaatimizce, hüküm istinbâtı faaliyetlerinde, nasslarda bildirilen sosyal değerler ve bu paralelde belirlenecek olan sosyal normların (ve müeyyidelerinin) tespitinde, normun yer aldığı grubun etkili olup olmayacağı hususu, bu bilim dalının, günümüzdeki başlıca önemli metodoloji problemlerinin kaynağını teşkil etmektedir.

Başka bir ifade ile belirtmek gerekirse, âyet ve hadislerde yer alan ibadet konusundaki bir emir veya nehiy ile, hukukî/ahlâkî/iktisadî bir konudaki emir ve nehyin ifade ettiği hüküm ve müeyyide aynı seviyede midir? İslâm hukukunu ilgilendirdiği ölçüde, tefsir ve hadis başta olmak üzere, İslâmî ilimlerin çeşitli alanlarını da doğrudan ilgilendiren bu sorunun cevabı, konunun odak noktasını teşkil etmektedir.

Esasen, İslâm fıkıh külliyyatının hâvî olduğu normların, hangi norm (din, ahlâk, hukuk, iktisat, örf, âdâb-ı muaşeret gibi) gruplarına ait olduğunun, nihaî ve kesin çizgilerle ayrılacak şekilde tespit edilmesi işlemi bir yana, normlar arasında büyük ölçüde bir iç içelik (tedahül) söz konusu olduğundan, bu grupları anahatlarıyla netleştirmek bile, uzun ve kapsamlı çalışmaları gerektirmektedir.

Bilindiği gibi, toplumun inanç ve ideolojileri, örf, gelenek ve ahlâk anlayışlarıyla sıkı ilişki içinde olan, bu özelliğinden dolayı da hukuk sistemleri arasında bariz farklılıklar bulunan, ceza hukuku ve aile hukuku alanlarında, dinî-ahlâkî-hukukî hüküm ayırımını, tüm hükümleri kapsayacak şekilde ve kesin çizgilerle yapmak, hukukun bu alanlarının tabiatı gereği, âdetâ mümkün değildir.

Kurallarının büyük çoğunluğu kültürler üstü olma özelliği taşıyan, bundan dolayı da, hukuk sistemleri arasında önemli sayılabilecek farklar bulunmayan borçlar hukuku alanında ise, bu ayırmı hiç değilse ana hatlarıyla yapmak mümkündür.

Hukuk dallarının bu özellikleri gereği, Kur'ân-ı Kerîm'de ceza ve aile hukuku alanlarında, ayrıntı sayılabilecek konularda bile özgün esaslar getirilmişken,² borç münasebetleri konusunda, hemen hemen tüm kültürlerde ve de hukuk sistemlerinde mevcut olan temel ilkelerden bazılarına vurgu yapılmakla yetinilmiştir.

büyük bir kültürel zenginlik olsa da, bu alanda sonraki zamanlarda yapılan çalışmaların, genellikle öncekilerin tekrarıdan ibaret kaldığı görülmektedir. Dolayısıyla da, bu alanda sonraki dönemlerde yapılan çalışmalar, öncekiler ölçüsünde orijinal fikirler üretmeye yetmemiştir.

Bu konuda fıkıh usûlü eserlerinin hüsün - kubuh bölümlerinde de, farklı açılardan olmakla birlikte, zengin bakış açıları üretmeye yarayacak, orijinal sistematik oluşturulmuştur. Ancak, bu konuda da, sonraki dönemlerde yapılan çalışmalar, büyük ölçüde öncekilerin tekrarıdan ibaret kalmıştır. Dolayısıyla, özellikle hızlı sosyal değişimlere sahne olan son üç asırda, yeni çıkan hukukî problemlere alternatif çözümler üretme konusunda, potansiyel olarak son derece verimli olan bu kaynaklar, yeterince zenginleştirilememiş ve de hakkıyla değerlendirilememiştir.

² Kur'ân-ı Kerîm'de hukukun bu alanlarıyla ilgili âyetlerde, ayrıntı sayılabilecek esaslar getirilmesi yanında, özellikle aile hukuku alanında, bazı hukukî esaslar bildirilirken, haram kökünden türetilmiş ifadelerin seçilmiş olması, bu alandaki hukuk normlarının büyük bir kısmının, aynı zamanda birer din ve ahlâk normu olduğunu göstermesi açısından önemlidir.

İnanç, ideoloji ve de değer yargıları yönüyle farklı kültürlerle sahip toplumlarda bile, borç münasebetlerinin büyük ölçüde benzerlik arz etmesi, dolayısıyla da borçlar hukukuyla ilgili temel esasların kültürler üstü denilebilecek özellik taşıması, büyük ölçüde, bu münasebetlerin iktisadî yönünden kaynaklanmaktadır. Bilindiği gibi, iktisadî faaliyetler iktisat kurallarınca yön bulur. İktisat mantığına uymayacak şekilde belirlenen hukuk ve siyaset kurallarıyla, iktisadî faaliyetleri yönlendirmenin, uzun vadede yararlı sonuçlar vermeyeceği de, tartışılmayacak kadar açıktır.

İşte, Peygamberimizin (s.a.v.) narh konusundaki tavrı, iktisadî problemlere, iktisadî açıdan çözüm aranması gerektiğini göstermesi bakımından son derece önemlidir. Zira bu örnekte, Peygamberimiz (s.a.v.), bir iktisadî problem olan fiyatlardaki fahiş artışın, iktisadî yönünün dikkate alınmadan, problemi hukukî müeyyidelerle kapatmaya çalışmanın, hukukun haksızlığa alet edilmesi olacağını, farklı bir üslûpla vurgulamıştır.

Alış-veriş konuları başta olmak üzere, borç münasebetleriyle ilgili ayrıntı sayılabilecek hükümler ihtiva eden pek çok hadis ise, tarih boyunca, farklı kültürlerde test edilerek, iktisadî faaliyetlerin mantığına uygun şekilde belirlenmiş, borçlar hukuku alanındaki temel hukuk kurallarına aykırı değildir. Bu hadisler, toplumun evrensel insanî değerlerle bezenmesinin sağlanması sürecinde, önemli mesajlar ihtiva etmekle birlikte, yepyeni hukuk kuralları belirlemekten ziyade, insanları borç münasebetleri konusunda, beynelmilel özelliklerdeki mevcut temel hukuk kuralları, ticaret ahlâkı ve finansman tekniklerine uygun davranmaya yönlendirmektedir.

Konuyla ilgili hadislerin bu özelliği, Mekke valisi Attâb b. Esîd'in, borç münasebetlerine dair konularda şer'i hükümlere vukûfiyeti bulunmamasından dolayı telaşa kapılması karşısında, Peygamberimizin (s.a.v.), dört satım şeklinin yasak olduğunu belirttiği bir cümlelik açıklaması üzerine, kendisine güvenerek gitmesinden de anlaşılmaktadır.

Ebû Hanîfe'nin İctihât Sistematiğinde Norm Gruplarının Etkisi

Ebû Hanîfe'nin görüşleri sistematize edildiğinde, bu İslâm bilgininin, norm grupları arasında, günümüz sosyal bilimcilerinin yaptıklarına benzer bir ayırımı dikkate aldığını görüyoruz. Tespit edebildiğimiz kadarıyla, Ebû Hanîfe'ye göre, norm grupları arasındaki bu ayırım, nasslardan hüküm çıkarma konusunda doğrudan etkilidir. Bu anlayış, Ebû Hanîfe'nin içtihat sistematiğinde, özellikle borç münasebetlerinin tanzimiyle ilgili âyet ve hadislerdeki yasakların, yasaklanan şey hakkındaki etkisi (nehyin mucebi) konusunda, daha bariz şekilde ortaya çıkmaktadır.

İlk dönemlerden beri Hanefî usûlcüler, Ebû Hanîfe'den nakledilen içtihatları sistematize etme çalışmaları kapsamında, bu konuda önemli ipuçlarını hâvî, bazı tespitlerde bulunmuşlardır. Âyet ve hadislerde yer alan yasaklamaların, yasaklanan işlemin hükmüne etkisi (nehyin mucebi) hususunda, Hanefî ekolünün klâsik fıkıh usûlü

kitaplarında yer alan tasnif (“ef’al-i hissiye”-”tasarrufat-ı şer’iyye”), özellikle konumuz açısından, son derece önemlidir.

Bu tasnif, günümüzdeki anlamıyla, norm grupları dikkate alınarak yapılmış olmasa bile, nehyin mucebini, yasaklanan fiil ve işlemlerin kategorilerine göre değişmesi gerektiğinin kabul edilmesi ve de nassların yorumunda, bu ayrımın dikkate alınması gerektiğinin tespiti açısından, özel önem arz etmektedir.

Hanefîleri böyle bir sınıflandırma yapmaya iten sebepler arasında, diğer mezhep mensuplarının, Ebû Hanîfe’nin hüküm çıkarırken bazı âyet ve hadisleri dikkate almadığı, ya da bazı ahkâm hadislerini bilmediği şeklinde, acımasızca yaptıkları tenkitlerin payı büyüktür. Ancak, Hanefî âlimlerden bazılarının da, zaman zaman mezhep imamlarının doktrindeki içtihatlarını sistematize etmekte zorlandıkları için, mezhep içi tercihleri ön plâna çıkarmaya çalıştıkları ve bu faaliyetlerin gerekçesini izah etmekte de, oldukça zorlandıkları görülmektedir. Hatta, bazen bu gerekçeleri kapsamında, konuyla ilgili meşhur bir ahkâm hadisinin, Ebû Hanîfe’ye ulaşmamış olabileceğini bile söylemek zorunda kaldıklarını görüyoruz.³

Esasen, Hanefî usûlcülerin bu tasnifinde, tasarrufat-ı şer’iyye kapsamındaki şeylere dair nehiylerin yorumu kapsamında verilen örnekler, mezhepte (ağırlıklı olarak borç münasebetleri hususunda) sistematik bir bütünlük bulunduğunu göstermesi açısından, iyi seçilmiş örneklerdir. Ancak, borç münasebetleriyle ilgili örneklerin yanında, ibadet ve aile hukukuna dair örneklerin de yer alması, bu konudaki sistematğin net bir şekilde kavranıp kavranmadığını, bir daha gözden geçirme zarureti gösteriyor. *Yani, bu sistematize faaliyetlerinde temel bir hareket noktası (asıl) sayılan, “Meşrûattaki nehiy, nehyedilen şeyin meşrûiyetinin bekasını iktiza eder” şeklindeki içtihat ilkesinin, ibadet, ceza ve aile hukuku alanlarını (bu alanların tabiatı gereği) kapsayıp kapsamadığı, yeniden değerlendirilmelidir.*

Zira, Ebû Hanîfe’nin aile hukukuyla ilgili içtihatlarında, Hanefî usûlcülerin geliştirdikleri (mezkûr) sistematğe uyan bazı örnekler bulunmakla birlikte, bu konuda bir genelleme yapmak doğru olmaz. Bilindiği gibi, aile hukukuyla ilgili âyetlerdeki nehiyler, Ebû Hanîfe’nin içtihatlarında da, yasaklanan işlemin hukuken (çoğu kere “keenlem yekun” seviyesinde olmak üzere) bâtil olmasını gerektirirken, dinen de haram hükmünü gerektirmektedir.

Esasen, toplumdaki borç münasebetlerini tanzim eden hukuk kurallarının, kültürler üstü olma özelliğinin, ince bir şekilde fark edilmesinin ürünü olan Hanefîlerin bu içtihat ilkesi, özellikle borçlar hukuku başta olmak üzere, günümüzde borç münasebetlerini tanzim eden diğer hukuk branşlarında da, İslâm hukukunun dinamizmi açısından büyük önem taşımaktadır. Zira bu ilkeye göre, borç münasebetleriyle ilgili olarak nasslarda yer alan yasaklar, Ebû Hanîfe’nin içtihat sistematğinde, hiçbir şekilde, işlemle ilgili en üst düzeydeki bir hükümsüzlüğü gerektirmiyor. Yani, yasağın yer aldığı nassın sübut ve

³ Vakfın bağlayıcılığı konusunda olduğu gibi.

delâleti yönüyle derecesine göre, yasaklanan işlem en alt seviyede de olsa, hukukî netice doğurabilecek ölçüde meşrûiyeti haiz kabul ediliyor.

Bilindiği gibi, borç münasebetleri konusunda özel hüküm bildiren nassların, sübut ve delâlet yönüyle en üst düzeyde (sübûtu kat'î, delâleti kat'î) olanı, riba ile ilgili nasslardır. Ebû Hanîfe'ye göre, ribanın, bu özellikteki nasslarla sabit olan hükmü - müeyyidesi ise, dinen haram; hukuken fâsiddir.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla, borçlar hukuku alanında Ebû Hanîfe'den nakledilen içtihatlarda, (sübût ve delâlet yönüyle) ribayı yasaklayan nasslar seviyesinde olmayan nasslarla sabit olduğu halde, *yine fâsid ve hatta bâtil seviyesindeki hükümsüzlükler ise, nasslardaki yasak sonucu değil, ilgili akdin tabiatı gereği olarak sabit görülmüştür*. Bu durum, özellikle en üst seviyedeki hükümsüzlük olan butlan konusunda, İmam Muhammed eş-Şeybânî'nin eserlerinde yer alan ifadelerden, net bir şekilde anlaşılabilir. Akdin gereği veya ilgili hukuk dalının karakteristik özelliklerinin gereği denilirken, insanî duygular ve dolayısıyla ticaret ahlâkî boyutu da, bu kapsama dâhil edilmektedir.

Ebû Hanîfe'den nakledilen içtihatların orijinal ifadeleri incelendiğinde, borç münasebetleriyle ilgili işlemlerin hükümleri konusunda, yalın haliyle “bâtil” ve “fâsid” terimleri yanında, “bâtılun la yecuzu”, “fâsidun la yecuzu”, “fâsidun merdudun”, “merdudun la yecuzu”, “la hayra fih...”, “la hayra fihî ve”l-bey'u fasidun ve merdu-dun”, “fela yecuzu ve la hayra”, “la yecuzu”, “câizun ve mekruhun (yukrehu)”, “la be'se bi...”, “la yehillu”, “fehüve helâlun” gibi ifadelerin de kullanıldığı görülmektedir. Konuyla ilgili orijinal metinler dikkatlice incelendiğinde, bu ifadelerin her birinin, farklı durumları ifade etmek üzere ve de bilinçli olarak seçildiği kanaati hasıl oluyor. Ayrıca, bu ifade zenginliğinde, işlemlerin farklı gruplardaki (din-hukuk-ahlâk-âdâb vs.) normları ilgilendirmesinin ve bunların ağırlığının etkili olduğu kanaati hasıl oluyor.

Ancak konuyla ilgili olarak, sonraki dönemlerde, tam anlamıyla bir sistematik sağlamadığından, bu anlayışa uygun bir terimleşme de gerçekleşmemiştir. Nitekim Hanefîlerin sonraki dönem fikhî metinlerinde, bu konulardaki ifade zenginliği büyük ölçüde kayboluyor. Bu durum, Ebû Hanîfe'den nakledilen orijinal ifadelerdeki, anlam zenginliğinin yakalanamamasından kaynaklanıyor. Meselâ, “la hayra” ile ifade edilen işlemler, yalın haliyle “la yasihhu” ya da “la yecuzu” şeklinde ifade ediliyor.

İşte, Ebû Hanîfe'den nakledilen içtihatlardaki bu özellikler, bir meselenin, din yönünün ayrı, hukuk/ahlâk/adâb/iktisat/görenek vs. yönünün ayrı değerlendirilmesi anlayışının eseridir.

Ebû Hanîfe'nin bu anlayışını, hukukî dinamizm açısından son derece önemli görüyoruz. Zira, borç münasebetlerini tanzim eden hukuk kurallarının, fonksiyoner kalabilmesi için, sosyal değişimleri yakından takip edip, ihtiyaca göre yenilenmesi zorunludur. Sosyal değişimlerin gereği olarak, iktisadî ve ticarî hayatta yeni çıkan hukukî ihtiyaçların karşılanması, bazen tümüyle yeni akit tiplerinin geliştirilmesi; bazen, birden fazla akdin unsurlarını ihtiva eden karma ve bileşik akitler oluşturulması; *bazen de, mevcut*

akitlerde önceden akdin gereği olarak sabit görülen bazı unsurların, günün şartlarına göre yeniden yapılandırılmasını gerektirmektedir. İşte, Ebû Hanîfe'nin bu anlayışının önemi, özellikle toplumdaki borç münasebetlerini tanzim eden hukuk kurallarının güncelleştirilmesine imkân sağlaması ve bu alanda yeniliklere açık olması yönüyledir.

Esasen, Ebû Hanîfe'nin bu anlayışı, onun düşünce sisteminin gereğidir. Konumuzla ilgili olarak, farklı bir boyutuyla da fikir vermesi açısından, bu İslâm bilgininin, iman–amel ilişkisine dair meşhur görüşünün hatırlatılmasında fayda mülahaza ediyoruz. Yani, Ebû Hanîfe'nin bu anlayışı, iman–amel ilişkisine dair görüşlerinin (bir nevi) uzantısı şeklindedir.

Ebû Hanîfe'nin İctihat Sistematiğinde Din-Hukuk-Ahlâk Ayırımına Dair Örnekler:

Toplumda borç münasebetlerini düzenleyen hukuk kurallarının kültürler üstü olma özelliği, Peygamberimizden (s.a.v.) nakledilen hadislerde olduğu gibi, Ebû Hanîfe'nin içtihatlarında da, sistematik bir şekilde hayat bulmuştur. Konuya açıklık getirmesi açısından, Ebû Hanîfe'nin borçlar hukuku alanındaki içtihatlarının karakteristik özelliklerini yansıtan bir kaç örnek vermek yeterli olacaktır.

Riba: Yukarıda da ifade edildiği gibi, Ebû Hanîfe'ye göre, sübût ve delâlet açısından kesin olan nasslarla yasaklanan “riba”nın, dinî müeyyidesi haram, ribalı işlemlerin hukukî müeyyidesi (hükümsüzlük) ise, fâsiddir.⁴ Ebû Hanîfe'nin, dâr-ı harpte yapılan faizli işlemler konusundaki içtihadı da, aynı sistematiğin gereğidir.

Mevcut Olmayan Malın Satımı (Bey'u'l-Ma'dûm): Mevcut olmadığından dolayı, akdin gereğine göre ifa edilmesi mümkün olmayan malın satımı bâtıldır. Bu hüküm, klâsik fıkıh kitaplarında, konuyla ilgili rivayet edilen bazı hadislerle dayandırılmaktadır. Konuyla ilgili hadisler ise, sübût ve delâlet açısından, Hanefî ekolünün dinî bir konuda, haram hükmünün sabit olabilmesi için öngördüğü derecede değildir. Bundan dolayı, böyle bir satış yapılmış olsa, hukukî müeyyidesi butlan olduğu halde, her halükârda (bu ayırım dikkate alınmasa bile), dinî müeyyidesinin haram olduğu söylenemez.

Dolayısıyla, objektif olarak ifası mümkün olmayan malın satımının bâtil olması hükmü, konuyla ilgili hadislerden değil, tamamen satım akdinin tabiatı gereğidir. Nitekim bu özelliğinden dolayı, aynı esas, başka hukuk sistemlerinde de mevcuttur.

Ebû Hanîfe'ye göre, mütekavvim olmayan malların satılması halinde akdin butlanı ise, bu malların Müslümanlar açısından şer'an mal sayılmaması, dolayısıyla da, mebiin bulunmadığı (hükmen yok sayıldığı) bir satım olarak değerlendirilmesinden kaynaklanmaktadır. Nitekim, satım akdinde semenin nefyedilmesi halinde de işlem, satım özelliğini kaybettiğinden bâtil olmaktadır. Zira, satım akdinin karakteristik özellikleri gereği (sinallagmatik bir akit), bulunması gereken iki bedelden birisinin bulunmaması

⁴ Ebû Hanîfe'nin bu içtihadının dayandığı temel ilkeler iyi kavranamamasından kaynaklandığını sandığımız bir anlayışın eseri olarak, sonraki dönem bazı Hanefî fıkıh kitaplarında, tüm fâsid alış-verişlerin riba hükmünde (kapsamında) olduğu yönünde değerlendirmelere bile rastlanmaktadır. Ancak, bu ifadenin, istinsah hatası olma ihtimali de yüksektir.

halinde, akdin satım akdi olma özelliği ortadan kalkmakta ve bunun sonucu olarak da işlem bâtil sayılmaktadır. Oysaki mütekavvim olmayan malların, satım akdinde mebî' değil de, semen olması halinde, Ebû Hanîfe'ye göre, işlem bâtil değil, fâsid görülmektedir. Bu durum da aynı sistematiğin gereğidir.

Esasen, yukarıda da ifade edildiği gibi, Ebû Hanîfe'den nakledilen ifadelerde, akitlerle ilgili olarak butlan ifadesi, ancak o aktin temel karakteristik özelliklerinin ihlâl edilmesi halinde kullanılmaktadır. Nitekim, İmam Muhammed eş-Şeybânî'nin eserlerinde, bu durumları ifade etmek için, “batale fi hissetihi”, “batale küllühu” veya “fekad intekada ve batale” ibareleri nakledilmektedir.

Aynı ibarelerden, özellikle dikkat çeken bir husus da, Ebû Hanîfe tarafından, akitlerin karakteristik özelliklerinin belirlenmesinde, en temel (esas belirleyici) kriter olarak, akitlerin yapılış gayelerinin esas alınmasıdır. Buna göre, Ebû Hanîfe'nin içtihatlarında herhangi bir akitle ilgili olarak bâtil ifadesi yer alıyorsa, akdin aslı unsurlarından bazılarının bulunmaması (haleldar olması) veya ilâve edilen çeşitli şartlardan dolayı, yapılış gayesinin dışında bir işleme dönüşmesi durumları söz konusudur.

Bu hükme (mevcut olmayan malın satımının bâtil olması) delil olarak gösterilen, farklı olaylarla ilgili çok sayıdaki hadislerle gelince, konuyla ilgili rivayetler bir bütün olarak değerlendirildiğinde, bunların mutlak olarak madumun satışıyla ilgili olmayıp, bir kısmının ticaret ahlâkıyla ilgili olduğu,⁵ bir kısmının da finansman yöntemleriyle ilgili hukuk kurallarının gereği olan esaslar ihtiva ettiği görülmektedir.⁶ Ancak, buna rağmen, mevcut olmayan malın satımının bâtil olması hükmü, İslâm hukuk doktrininde, değişmez temel esas gibi kabul edilmiştir. Özellikle de Hanefiler, bunun kapsamını olmaması gereken ölçüde (Kitap ve Sünnetle sabit birçok müstakil aktin meşrûiyetini izah etmekte zorlanabilecekleri seviyede) genişleterek, kendilerini de sıkıntıya sokmuşlardır. Nitekim, selem, istisnâ' ve icâre gibi müstakil akitler başta olmak üzere, birçok satım şekli, önce bu esasın kapsamına sokularak bâtil görülmüş, daha sonra da, bu sıkıntıdan kurtulmak (mezkûr işlemleri meşrû saymak) için istihsan çeşitleri geliştirilmiştir.

Meselâ, klâsik fıkıh kitaplarında, müeccelin muaaccel mukabili satımı diye tarif edilip, bey' akdinin bir türü olarak tanıtılan selem işlemi, esasında, normal bir satış olmaktan ziyade, müstakil bir akit olarak, faizli borçlanmaya alternatif bir finansman yöntemidir. Selem akdiyle ilgili olarak öngörülen şartlar (özellikle malın vadeli, paranın peşin olması, ayrıca bu işleme konu olan malın mislî mal olması, teslim zamanı, miktarı, vasıflarının belirlenmesi vb.) ise, bu finansman yönteminin⁷ tabiatı gereği olması gereken şartlardır.⁸

⁵ Hakîm b. Hizâm hadisi.

⁶ Mevcut olmayan canlı hayvanların peşin para mukabili satımını yasaklayan hadisler.

⁷ Hanefî fakihlerin selem işlemi için, “bey'u'l-mefâlis” demeleri, bu yönüyle orijinal bir tespittir.

⁸ Selem işlemine konu olan mallar için öngörülen şartlar değerlendirildiğinde, “genius non perit -nevi borcu telef olmaz” esasıyla birebir uygunluk arz ettiği görülmektedir. Hatta, Peygamberimiz (s), bu işlemle ilgili olarak, kredi vermek anlamına gelen “eslefe” ifadesini kullandığı halde, bu işlemin, selem olarak adlandırılmasının da, peşin para karşılığı borçlanılan malın, mislî mal olmasından dolayı, bu kelimenin

Nitekim, konuyla ilgili hadislerde de selem işlemi hakkında satım ifadesi yer almamakta ve bu işlemi ifade için selem (esleme) kelimesi yerine de, genellikle kredi nlamına gelen “selef” (ve kredi vermek anlamında “eslefe”) kullanılmaktadır. Zaten, selem akdi ile satım akdinin yapılış gayeleri tamamen farklı olduğu gibi, temel hükümleri de farklıdır. Satım akdinde, akdin asıl yapılış gayesi, mebiî elde etmek olduğu halde, selemde ise, mebiî elde etmek değil, sıcak para temin etmektir. Nitekim, bundan dolayı, satım akdinde, mebiînin peşin olması akdin tabiatı gereği zorunluluk iken, selemde, malın vadeli paranın peşin olması zorunluluktur. Dolayısıyla bu işlem, akdin genel karakterini belirten (yukarıda zikredilen) kriter dikkate alındığında da, normal bir satım akdi değil, müstakil bir akitir.

Buna göre, Hanefî ekolü fakîhlerinin, selemde istihsanen meşrû olduğuna dair izahları, kanaatimizce, Ebû Hanîfe’nin sistematığının doğru kavranamamasından kaynaklanıyor.

Aynı durum, istisnâ’ ve icâre akitlerinin meşrûiyeti konusunda⁹ yapılan izahlarda da görülmektedir. Hâlbuki, hem icâre akdi, hem de istisnâ’ akdi, birer satım akdi değil, başlı başına müstakil akitlerdir. Nitekim, bu akitlerin yapılış gayeleri ve temel hükümleri de, satım akdinden farklıdır ve bu doğal bir durumdur.

Mevcut olmayan canlı hayvan satımını yasaklayan hadisler de, yine aynı şekilde, işleme konu olan malın özelliğinden (canlı hayvanların kıymetli mal olmasından) kaynaklanan hukuk kuralları paralelindedir. Zira, konuyla ilgili hukuk kuralları gereği, mevcut olmayan canlı hayvanların satımı veya canlı hayvan karşılık gösterilerek finansman sağlama yöntemi, hukuken pek önerilen bir durum değildir.

Bundan dolayı Hanefî doktrininde, bu konudaki hadislerle uyulmayarak yapılan işlemin dinî hükmü değil de, hukukî müeyyidesi öne çıkarılıyor. Hatta, Ebû Hanîfe’den nakledilen ifadelerde, bu konuyla ilgili esaslara uyulmadan yapılan işlemleri değerlendirirken, “la hayra fih ...” ifadesinin tercih edilmesi, oldukça manidardır. Ancak, sonraki dönem Hanefî fakîhler, bu işlemler için, “la hayra fih...” ifadesi yerine, “la yasihhu” ifadesini kullanmışlardır.

Mekruh olmakla birlikte câiz olan bazı satım işlemleri: Pazar fiyatını bilmeyen üreticileri yolda karşılayıp mallarını ucuza satınalmak; küçük yerleşim birimlerinde simsarlık vb. işlemler; pazar yerlerinde, alıcı olmadığı halde fiyat yükseltmek için alıcı gibi davranmak; bitmemiş pazarlık üzerine pazarlık teklifi yapmak gibi bazı işlemlerin, Peygamberimiz (s.a.v.) tarafından yasaklanmış olduğu halde, Hanefî doktrininde sahih (câiz) - mekruh görülmesi, bu konularda da yasakların, insanî değerler ve bu kapsamda, ahlâk, âdâb-ı muaşeret ve nezaket kurallarıyla ilgili görülmesi sebebiyledir. Bu konulardaki ihlâller, akdin asli unsurlarıyla ilgili olmadıkça, hukukî netice doğurmasına

kökündeki salim ve selamette olmak anlamıyla, (ifa zamanında bulunmama gibi durumlarla, objektif imkânsızlığının söz konusu olmaması sebebiyle) doğrudan ilgisi olsa gerektir.

⁹ İcâre akdini bu şekilde izaha çalışan Hanefî fakîhlerin tenkidi sadedinde, meşhur Hanefî fakîhi Şemsü’l-Eimme es-Serahsî’nin ifadeleri oldukça manidardır.

mani görülmemiştir. Bundan dolayı, yasaklandığı halde yapılan bu işlemler, hukuken sahih (câiz); ancak, ahlâken (ve de bazıları iktisaden) terkedilmesi gereken bir durum olduğundan dolayı da, mekruhtur.

Hibeden rucû': Hibe akdinden dönmeyi aşağılayıcı bir davranış olarak niteleyen bir hadis bulunduğu halde, bazı durumlar hariç, Ebû Hanîfe'ye göre hibeden rucû' câizdir. Bu anlayış, Ebû Hanîfe'nin, hibe akdini tamamen hukukî boyutuyla değerlendirmesinin sonucudur. Esasen, hibe akdinin kuruluş esaslarına dair bir nass mevcut olmadığından, konuyla ilgili fikhî hükümler, bu akdin tabiatı gereği sabit görülmektedir. Ancak, bu konudaki fikhî hükümler belirlenirken, İslâm kültüründeki teberru anlayışının da etkisi olduğu muhakkaktır.

Bundan dolayı, hadiste hibeden dönen kimseler için çok ağır bir ifade yer alsa da, Ebû Hanîfe, bunu hukuken akdin sıhhatine mâni görmemiş ve hibeden dönmeyi câiz görmüştür. Ancak, hibeden dönme işini, bu hadiste ifade edilen değerler [Peygamberimizin (s.a.v.) bu işlemi insani duygular, âdâb-ı muaşeret, nezaket, yerleşik örf ve göreneklere aykırı görmesi] paralelinde, mekruh saymıştır.

İhyâu'l-mevât (ölü araziye ihya): Bilindiği gibi, ölü araziye ihya eden kimsenin, oraya malik olacağını (mutlak olarak) ifade eden sahih hadis bulunduğu hâlde, Ebû Hanîfe'ye göre bu durum, kamu otoritesinin iznine bağlıdır. Ebû Hanîfe'nin bu görüşü, arazi ihyası işlemini, yalın haliyle bir özel hukuk ilişkisi olarak değil, kamu hukuku boyutunu öne çıkararak değerlendirmesinden kaynaklanıyor. Dolayısıyla da, bu anlayışının gereği olarak, hadiste belirtilen hakkı, yürütmenin iznine bağlıyor ki, Ebû Hanîfe'nin bu görüşü, Peygamberimiz (s.a.v.) ve Râşid halifeler dönemi iktâ uygulamalarıyla da, birebir uygunluk arz etmektedir. Yani bu kayıt hadis metninde yer almasa da, zaten işlemin tabiatı, bu hakkın yürütmenin iznine bağlanmasını zorunlu kılmaktadır.

Vakfın bağlayıcılığı (lüzûmu): Ebû Hanîfe'nin sahih hadisleri bilmediği veya muhalefet ettiği iddia edilen konulardan birisi de, hukukî boyutu olduğu gibi dinî boyutu da öne çıkan vakfın bağlayıcılığı konusudur. Hatta, vakfın bağlayıcılığı konusundaki icthadı, Ebû Hanîfe'nin yanlış anlaşıldığı, ve asırlardır ağır şekilde tenkit edildiği başlıca konulardan birisidir.

Ebû Hanîfe, vakıf işleminin hukuken bağlayıcı (lâzım) olabilmesi konusunda, hadiste net olarak belirtilmeyen, ancak kurulan bir vakfın hadislerde belirtilen esaslar doğrultusunda hayatiyetini devam ettirebilmesi için, hukuken gerekli görülen bazı ek şartlar ileri sürüyor ki, bugün de hukukun geldiği nokta aynıdır. Bu konuda kaynaklarda yer alan bazı ifadeler doğru ise, konuyla ilgili olarak, Ebû Hanîfe'nin engin ufkunu yakın talebelerinin bile anlamadığı söylenebilir.

Ebû Hanîfe, dinî-hukukî boyutu yanında, İslâm'ın değerler sisteminde farklı boyutlarıyla da özel bir yere sahip olan vakıf müessesesinin, dinî boyutunu hiçbir zaman ihmal etmemiştir. Ancak, yukarıda da belirtildiği gibi, vakıf müessesesinin hadislerde belirtilen esaslar paralelinde hayatiyetini devam ettirebilmesi için, vakıf işlemini yalın bir

özel hukuk işlemi olarak görmeyip, kamu hukuku boyutunun öne çıkartılması gerektiğini farketmiştir. Zaten, kurulan bir vakfın hadislerde belirtildiği gibi, hayatiyetini daimî olarak sürdürebilmesi de, bu kabil şartlarla mümkün olabilirdi. Yani Ebû Hanîfe'nin içtihadındaki şartların, işlemin tabiatı gereği bulunması zorunlu idi.

Nitekim, meşhur vakıf hadisiyle¹⁰ ilgili çeşitli rivayetler bir araya getirilerek, bir bütün halinde [Hz. Ömer'in, bu vakıf hakkında, yürütmenin başı (o günkü şartlarda aynı zamanda yasamanın da başı) sıfatıyla, vakfın mütevellisinin kimlerden teşekkül edeceğini, bunların hak ve yetkilerini şahitler huzurunda yazdırıp karara bağlaması] değerlendirildiğinde, Ebû Hanîfe'nin bu içtihadının, hadis ve hulefâ-i râşidîn dönemi uygulamalarıyla da uygunluk arzettiği görülmektedir.

Seçilmiş Bibliyografya: Aktan, Hamza, *İslâm Borçlar Hukukunda Selem ve İstisnâ' Akitleri*, Erzurum 1976, (Yayınlanmamış Doktora Tezi); Apaydın, H. Yunus, *İslâm Hukukunda Hukukî İşlemlerin Hükümsüzlüğü*, Ankara 1989, (Yayınlanmamış Doktora Tezi); Bardakoğlu, Ali, *Kur'an ve Hukuk*; Bardakoğlu, Ali, "Câiz", *DİA*, cilt: VII, İstanbul-1993; Bardakoğlu, Ali, "İslâm Hukukunda Akit Hürriyeti ve Akdî Şartlar Açısından Bu Hürriyetin Sınırı", *Erciyes Üni. İlahiyat Fak. Der.*, sayı: 1, Kayseri 1983; Başgil, Ali Fuat, *Esas Teşkilat Hukuku*, İstanbul 1957; Cessas, Ebû Bekir Ahmed b. Ali, *Ahkâmu'l-Kur'an*, Beyrut 1985; Çalışkan, İbrahim, "İslâm Hukukunda İstisnâ' Akdinin Mahiyeti ve Unsurları", *Ankara Üni. İlahiyat Fak. Der.*, cilt: 31, Ankara 1989; Dönmezer, Sulhi, *Sosyoloji*, İstanbul 1990; Duverger, M., *Metodoloji Açısından Sosyal Bilimlere Giriş*, Ankara 1971; Feyzioğlu, N., *Borçlar Hukuku Akdın Muhtelif Nevileri*, İstanbul 1978; Güneş, Ahmet, *İslâm Kamu Hukukunda Fikir ve İnanç Hürriyeti*, Erzurum 2003, (Yayınlanmamış Doktora Tezi); Hamidullah, Muhammed, *Mecmu'âtü'l-vesâiki's-siyasiyye li'l-'Ahdî'n-Nebeviyyi ve'l-Hilâfeti'r-Râşideti*, Beyrut 1987; İbn Âbidîn, *Haşiyetu Reddî'l-muhtâr*, İstanbul 1984; İbn Arabî, Ebû Bekr Muhammed b. Abdillâh, *Ahkâmu'l-Kur'an*, Beyrut -1987; İbn Manzûr, Ebû'l-Fadl, *Lisânü'l-'Arab*, Beyrut 1988; Kâsânî, Alauddin Ebû Bekr b. Mes'ûd, *Bedâ'i'u's-sanâi fi tertîbi's-Şerâ'i'*, Beyrut 1986; Kevserî, Zâhid, *en-Nuketü't-tarife*, Kahire 1365; Mavsilî, Abdullah b. Muhammed, *el-İhtiyâr li ta'lili'l-muhtâr*, İstanbul ts.; Mecelle-i Ahkâmı Adliyye; Mergînânî, Burhanuddin, *el-Hidâye Şerhu Bidâyeti'l-mübtedi*, İstanbul 1986; Pala, Ali İhsan, *İslâm Hukuk Metodolojisinde Emir ve Nehyin Yorumu*, Erzurum 2003, (Yayınlanmamış Doktora Tezi); Pezdevî, Usûl, (Abdulaziz el-Buhârî Şerhiyle birlikte), İstanbul 1307; Rado, Türkan, *Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku*, İstanbul 1997; Serahsî, Muhammed b. Ahmed, *el-Mebsût*, Beyrut 1986; Serahsî, Muhammed b. Ahmed, *Usûlü's-Serahsî*, İstanbul 1990; Şâfiî, Muhammed b. İdris, *el-Ümm*, Beyrut, ts.; Şâtîbî, Ebû İshak, *el-Muvafakât fi usûli's-şer'i'a*, Mekke, ts.; Şeybânî, Muhammed b. el-Hasen, *el-Câmi'u'l-kebîr*, Beyrut 1399; Şeybânî, Muhammed b. el-Hasen, *el-Câmi'u's-sağîr*, Beyrut 1986; Şeybânî, Muhammed b. el-Hasen, *Kitabü'l-Asl*, Beyrut 1990; Şeybânî, Muhammed b. el-Hasen, *Kitabü'l-Hucce*, Beyrut 1983; Tandoğan, Haluk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, I-II, İstanbul 1992; Zerka, Mustafa Ahmed, *el-Fıkhu'l-İslâmî fi sevbihî'l-cedîd*, Dimaşk 1963.



¹⁰ Hz. Ömer'in "semğ" diye meşhur değerli bahçesinin vakfı.

Süleyman ULUDAĞ
UÜ İlähiyat Fakültesi

Sağolun. Teşekkür ederiz. Bu kelâm konusunda bizim söyleyeceklerimiz de var ama bundan sarf-ı nazar ederek sadece kelâm-ı lafzî, kelâm-ı nefsî diye kelâm da ikiye ayrılıyor. Başta böyle bir muhalefet var ama lafzî manada Kur'ân'ın mahlûk olduğu zaten Ehl-i Sünnet tarafından da, kelâmcılar tarafından da, hadisçiler tarafından da kabul edilmiştir. Kadîm olan kelâm-ı lafzî değil, mana dediğimiz Allah'ın zatı ile kâim olan kelâm sıfatı. Evet Ali Bey, buyurun...

Müzakere

Ali KAYA

U  il hiyat Fakültesi

Öncelikle belirtmem gerekir ki tebliğ, oldukça kapsamlı ve üzerinde uzun süre d   n lm   ve derin bir birikimin izlerini ta ıtmaktadır. Ayrıca, İslâm hukukçuları arasında gündeme alınmamış veya en azından d   n lm   olsa bile dile getirilmemiş bir konuyu içermektedir. Bu nedenle tebliğ konusu olarak seçilip böylece gündeme ta ınmı  olmasını takdirle karşılamak gerekmektedir.

Bilinmektedir ki, insanlar toplum halinde yaşamak ve birbirleriyle çeşitli i şkiler kurmak zorundadır. Toplumsal yaşamın sürdürülebilmesi bu i şkilerin bir düzen içinde yürütülmesine bağlıdır. Bunun için de bir takım kurallara ihtiyaç vardır. Bireylerin kendi arasında veya toplumla i şkilerini düzenleyen bu kurallara “sosyal düzen kuralları” veya tebli cinin seçtiği gibi “cemiyeti nizamlayan kaideler- sosyal normlar” denmektedir.

Sosyal düzen kuralları, din, ahlâk, görgü ve hukuk şeklinde gruplandırılmaktadır. Hatta bunlara iktisat, siyaset, nezaket,  d b-ı mua eret gibi kurallar da eklenmektedir. Her kural bir değer yargısına dayanır. Dolayısıyla her biri, kendisini diğerlerinden ayıran özelliklere sahiptir. Ancak bunlar, toplumun düzenini sağlamak gibi ortak bir paydada birleşirler.

Tebliğde de belirtildiği üzere norm grupları arasında bir i  içelik söz konusudur. Dolayısıyla sosyal düzen kurallarını kesin hatlar çizerek birbirinden ayırmak suretiyle hiyerarşik bir gruplandırma yapmak çoğu zaman mümkün olamamaktadır. Buna göre bir kural hem din, hem ahlâk ve hem de hukuk kuralı olabilmektedir.

Bununla birlikte özellikle XVIII. yüzyıldan itibaren sosyal düzen kurallarının bir-birinden ayrılmasının teorik temelleri atılmıştır. Temel amaç hukuku, özellikle din kurallarından arındırmaktır. Çünkü din kuralları statik bir yapıda ve de i tirilemez olarak görülmektedir. Oysa toplumun ihtiyaçları de i kendir. Statik yapıdaki kurallar ile dinamik özellik taşıyan toplumsal ihtiyaçları karşılamak mümkün değildir. Bunun için de dini, hukukun referansı olmaktan çıkarmak gerekir. Yine her biri dinî bir temele dayanan ahlâk kuralları için de aynı şey söz konusudur. Burada hemen belirtmeliyiz ki, fıkhta, “zamanın değişmesi ile hükümlerin değişmesi ink r olunmaz” kaidesinin, sosyal düzen kurallarının din-ahlâk-hukuk vb. adlar altında birbirinden ayrılarak hukuku din kurallarından arındırmanın gerekçesine ihtiyaç bırakıp bırakmayaca ı göz önünde bulundurulmalıdır.

Bununla birlikte “evlilikte dinî tören yapmaya imkân tanıyan” TMK 110. maddesi gibi yürürlükteki pozitif hukuk içinde birkaç din kuralına yer verilmiş olabilir. Ancak bu hukukun dinî kuralları içerdiği anlamına gelmez. Zira bu ve benzeri hükümler yalnız inanç  zg rl  n  sağlamaya yönelik olup buyurucu bir nitelik taşımaz.

Diğer sosyal bilimler gibi hukuk bilimi ile uğraşanlar da sosyal düzen kurallarından hukukî olanlarını seçip ayırmak çabası içinde olmuşlardır. Bunun seküler hukuk sistemlerinin bir gereği olduğu da söylenebilir ve bu hukuk anlayışı için de böyle bir ayırma gitmek kolayca yapılabilir. Ancak, dinî kaynaklı hukuk sistemleri için aynı şey söz konusu olmayabilir.

İslâm hukuku için de aynı durum söz konusudur. Kaynakları, düzenleme alanları gibi hususlar dikkate alındığında güçlük daha bir açıklık kazanmaktadır. Nitekim tebliğ sahibinin de belirttiği gibi özellikle ceza ve aile hukuku gibi alanlarda bunların tabiatı gereği, böyle bir gruplandırma mümkün görülmemektedir. Hatta yine tebliğde de yer aldığı üzere, *“İslâmî değerler sistemi hakkında bilgi edinirken, bu değerlerin ve normların, tümüyle birbirinden ayrılıp, tecrit edilerek müstakillen (sırf hukuk, sırf ahlâk gibi) ele alınması, sistemin geneli hakkında doğru bilgi edinme açısından da çok faydalı bir yöntem değildir.”*

Buradaki güçlük İslâm hukukunun dinî kaynaklı olmasının yanı sıra sosyal norm gruplarının neler olduğunun ve bunları birbirinden ayıran kesin ve değişmez nitelikli karakterlerinin tespit edilememiş olmasından da ileri gelmektedir. Çünkü tebliğde de belirtildiği gibi, norm grupları iç içe bir yapıdadır ve aralarında sık sık geçişler olmaktadır. Diğer yandan norm gruplarına ait kuralların toplum içinde yerleşip toplumu düzenleyebilmesi için birbirlerinin desteklerine ihtiyaç duymaktadırlar.

Bu nedenle *İslâm hukukuna dinamizim kazandırma ve fonksiyoner kalabilmesini sağlama* gibi pratik sonuçlar ile nassların yorumu açısından getireceği açılım gibi metodolojik katkının önemli olduğu görüşüne katılmakla birlikte, norm grupları arasında din-ahlâk-hukuk kuralları şeklinde yapılan bir ayırmanın, hedeflenen amaç ve İslâm hukukunun bütünlüğü açısından sorgulanmasının gerekli olduğunu düşünmekteyiz. Ayrıca İslâm hukukunun laik bir hukuk sistemi olarak algılanmasına yol açabilir endişemizi dile getirmek istiyoruz.

Diğer yandan, tebliğde de belirtildiği gibi Ebû Hanîfe'nin içtihat sistematğinde böyle bir gruplandırmanın yapılmış olduğuna dair bu görüşün, yine Ebû Hanîfe'ye izafe edilen ve din-ahlâk-hukuk gibi bir ayırım gözetmeyen “fıkıh kişinin leh ve aleyhindekileri bilmesidir” şeklindeki fıkıh tanımı ile telifi güç görünmektedir. Ayrıca bu tanıma daha sonra “amelen” kelimesinin ilâve edilmiş olması Ebû Hanîfe'nin içtihat sisteminde din-hukuk ayrımı tezi için aleyhte bir delil görüntüsü vermektedir.

Diğer yandan günümüz sosyal bilimcileri sosyal düzen kurallarını din, ahlâk, hukuk ve görgü kuralları gibi ayırma tâbi tutuyorlar ve bunu yaparken de her birinin ayrı bir düzenleme alanı olduğunu ileri sürüyor ve yine her birini diğerinden ayıran niteliklerini belirtmeye çalışıyorlar. Meselâ “Din kuralları, inançlarla ilgilidir, Tanrı buyruklarıdır ve değişmezler.” Buna göre ibadetler dahi bu kapsamın dışında kalmaktadır. Bu bakımdan vahiy kaynaklı olan İslâm fıkıhında böyle bir ayırım oldukça zor gözükmemektedir. Tebliğ sahibinin de belirttiği gibi, İslâm'ın değerler sistemindeki konumuna göre cemiyeti nizamlayan kaide grupları çoğu kere birbirini destekler mahiyette ve iç içe bir karakter

arz etmektedir. Bu nedenle dinî olanla ahlâkî olanı veya her ikisi ile hukukî olanı birbirinden ayırmak bir başka zorluk nedenidir. Yine tebliğde de ifade edildiği üzere “nassların böyle şeklî bir gruptandırmaya tâbi tutulmamış olması bundan ileri gelmektedir.

Esasen âyetler ile hadislerin bu şekilde sınıflandırılmaması böyle bir çabanın mahiyetindeki zorluktan da ileri gelmektedir. Çünkü nasslarda bir alanla ilgili düzenleme bir başka grubun sahasına da girebilmektedir. Bir başka deyişle din, ahlâk veya iktisatla ilgili olan bir hüküm hukuku da ilgilendirebilmektedir. Hz. Peygamber’in “aşırı fiyat artışları karşısında narh” uygulamaması örneği gibi. Fiyatların yükselmesi arz-talep dengesinin bozulması gibi bir iktisat kuralının sonucu olabilir. Ancak, bireylerin zarar görmesine yol açtığına hukukî boyut kazanacağı da açıktır. Bu bakımdan narh uygulaması iktisadî hayatı hukukla yönlendirmek olarak görülmeyebilir. Hz. Peygamber’in kar marjına bir sınır çizmemiş olması, karşılaşılan olayın o günkü boyutu ile hukukî bir düzenlemeyi gerektirmemiş olmasından kaynaklanmıştır. Nitekim daha sonraki dönemlerde narh uygulamasına gidilmesi bunu göstermektedir.

Diğer yandan konunun odak noktasını fıkıh külliyatı içinde yer alan normların böyle bir ayırımın yapılıp yapılamaması, nasslarda bildirilen sosyal değerler ve bu paralelde belirlenecek olan sosyal normların fikhî hükmünün derecesine/bağlayıcılığına etki edip edemeyeceği oluşturmaktadır. Kanaatimizce âyet ve hadislerde geçen hükümlerin hukukî bağlayıcılığını belirleme çalışmalarında, yalnız hükmün yer aldığı norm grubunun özelliklerini dikkate almak yeterli olmayabilir.

Diğer yandan buna paralel olarak âyet ve hadislerde yer alan ibadet konusundaki bir emir veya nehiy ile, hukukî, ahlâkî, iktisadî veya diğer bir konudaki emir ve nehyin ifade ettiği hüküm ve müeyyidenin aynı seviyede olup olmaması konusu için de aynı husus geçerlidir.

Sonuç olarak, Ebû Hanîfe’nin içtihat sistematüğinde din-ahlâk-hukuk ayırımının yapıldığını göstermek üzere böyle bir çalışmanın yapılıp tebliğ olarak sunulmasının taktirle karşılanması gerekir. Bu vesile ile değerli hocama teşekkürlerimi sunmak istiyorum.

CEVAP

Beşir GÖZÜBENLİ
ATAÜ İlähiyat Fakültesi

Müzakereci arkadaşımız sayın Ali Kaya Beye katkılarından dolayı teşekkür ediyorum. Dikkatlice okumuş. Özellikle ben bir hususu vurgulamak istiyorum. Gazzâlî ve Şâtîbî gibi usûlcülerin yaptığı tasnif değerler sistemimizin bir yönüyle yaptığı tasniftir. Doğrudan doğruya din-hukuk ayrımı vesaire değil ama hiç değilse fıkıh külliyyatının hâvî olduğu esasları bir açıdan kategorilere ayırmış. Bu, son derece önemli bir basamak, tebliğ metninde dipnotta yer almadı, önemli bir şey. Onu daha sonra yayınlarken inşallah yazacağız. Meselâ Hanefîlerin hüsun-kubuh konusundaki ayırımları da işin bir boyutuyla meseleleri ayrı ayrı kategorize etme ihtiyacının varlığını gösteriyor. Kategorilere ayırıyor. Ama kategorilere ayırırken ile deyip veyahut demiyor. Fakat çok önemli bir şey söylüyor. Biliyorsunuz hüsun-kubuh konusu, iyilik-güzellik konusu daha ziyade ahlâkî ilgilendiriyor, fıkıhî ilgilendirdiği gibi. Bir de ırkî bir yaklaşım var. Bakınız meselâ Pezdevî ve Serahsî'nin hüsun-kubuh konusundaki seviyesi daha sonra devam ettirilememiş. O gün bu açıklamalar çağın ilerisinde denilebilecek kadar kapsamlı ama sonrakiler bunun tekrarından fazla bir şey söyleyememiştir. Aynı şeyi söylüyorum, meselâ Şâtîbî'nin özellikle Gazzâlî'nin *makâsîdü's-şerîa* konusundaki o açıklamalarında dinî esasların yahut da fıkıhî külliyyatının hâvî oduğu normların kategorilere ayrıldığı o sistematigi ben çağın ilerisinde görüyorum. Ama asırlarca bu tekrar edilmiş, daha sonra bir adım ileri gidememiş. O hareket başlasaydı, aynı mantıkla devam etmiş olsaydı veya bir taraftan da Hanefîlerin, Pezdevî ve Serahsî seviyesindeki usûlcülerin o zamana göre yakaladığı seviye devam etmiş olsaydı aynı şekilde İslâm hukuk felsefesinde epeyce bir ilerleme olurdu diyorum. Benim anlattığım din-hukuk ayrımı bu işi tümüyle çözüyor vesaire demiyorum. Ama bu konuda sistematize faaliyetlerle katkı sağlar diye düşünüyorum. Diğerlerinin katkısı olduğu gibi. Zaten bu tümüyle benim çıkardığım bir olay değil, yani biliyorsunuz atıftarda bulunduk. Özellikle Hacı Yunus Apaydın Bey kardeşimizin, arkadaşımızın, hocamızın yapmış olduğu doktora tezinde bunlar tesbit olarak var. Farklı bir boyutuyla var. Ona da bakılabilir. Başka usûl kitaplarında da var aynı şekilde. Meselâ normalde bir fıkıh kitabına bakıyoruz. Yasaklanan herhangi bir satımdan bahsediyoruz. Onunla ilgili sarıh bir yasak var. Yasak var ama Ebû Hanîfe diyor ki: “ve'l-akdü yecûzü” veyahutta “ve'l-akdü câizun sahihun” “ve'l-akdü yükrâhü.” Ne demek bu? Hukuken hükmü budur. Ahlâken budur veya dinen budur. Yani çok sarıh bir nassa yasaklanan sübûtu ve delâleti kat'î ribaya bakıyorsunuz. Riba, hukuken fâsîd, dinen haram. Bu anlamda ribaya cevaz verilmesi anlamları da çıkarılmasın. Ayrı ayrı açılardan bakılıyor. Bu, “Laik hukuka gidış değil mi?” şeklinde soru, hocam da bunu ifade etti. Bir şeyin mahiyetini objektif olarak ortaya koyalım. Tebliğ metninde var. Esasen borç münasebetleri ile ilgili konularda bu kültürler üstü olma özelliğini Peygamberimizin hadislerinde bariz bir şekilde görüyoruz. Bir vesile anlatmıştım. Meselâ buna örnek: “Ya Resûlullah fiyatlar yükseldi, olaya müdahale et.” Fiyatların yükselmesi olayı iktisadî bir olaydır. Peygamberimiz buna müdahale etmiyor. Niye? Çünkü iktisadî olaylar, iktisadın mantığına uygun bir şekilde

halledilir, çözülür. Eğer onu hukukla vafsetmeye kalkışmış olsaydı, hukuk zaten haksızlığa alet edilmiş olurdu ki Peygamberimiz bunu haklı ve manidar bir üslûpla ifade ediyor. Demek ki kuralına göre hareket etmek gerekiyor. Borç münasebetleri konusunda bu konuda bir rahatlık var. Ancak din-hukuk-ahlâkın iç içe olduğu aile hukukunda, ceza hukukunda bunu söyleyemiyoruz. Kısmen aile hukukunda bazı yönleriyle söylenebiliyor. Yani herhangi bir şekilde nikâhın hükmünden bahsedilirken belli şartlarda dinen böyle, hukuken böyledir deniyor. Orada bir de aile hukuku ile ilgili bir hususta yasaklama dikkati çekiyor. Bakıyorsunuz bir hadis bir şeyi yasaklıyor, bakıyorsunuz hem haramlık hükmü bazen “keenlemyekün” seviyesinde olabilecek ölçüde butlan hükmü sabit oluyor. Yani teyze ile yeğen veyahut hala ile yeğenin birlikte nikâhı ile alâkalı onun gibi bir hadis var, bu tür nikâhı yasaklıyor. Şimdi böyle bir yasak meselâ bu seviyede bir nassla borçlar hukukunda olsaydı belki o seviyede hüküm ifade etmeyecekti. Zaten de etmemiştir. Aile hukukunun özel bir konumu var. Ceza hukukunun özel bir konumu var. Bu konu, yani ahlâkî-dinî olmayla hukukî olma durumu veyahut bir arada ise bir hukukî olay ahlâk ve din ile de iç içeyse bu durumda bu ayrımı yapamıyoruz zaten. Bu durumdaki yasakların hükmü salt bir hukuk kuralı ile ilgili veyahut hukukî bir işlemle ilgili yasaktan farklıdır. Benim kanaatim bu yönde efendim. Teşekkür ediyorum.



Süleyman ULUDAĞ
UÜ İlähiyat Fakültesi

Beşir Beye teşekkür ediyorum. Çok ilginç bir konu bu. Hukuk-din ayrışması aslında ayrışır mı ayrışmaz mı? Ayrı birşey ama İmâm-ı A'zam Ebû Hanîfe'de bunlar ne kadar birbirinden ayrı tutulmuş, mezhebinde ne kadar ayrı tutulmuş, âyetle nasıl bir seyir takip etmiş. Bu, insanlık tarihinde de önemli bir şeydir. Buradan başlıyor, laik hukuka kadar geliyor. Bu enteresan konunun geniş bir zaman alacağı muhakkak, bu tebliğde de güzel şeyler olduğu da muhakkak ama zamanımız buna imkân vermiyor. Binaenaleyh, sıra Ali Beyde. Zaman bakımından bizi sıkıştırmazsa iyi olacak diye kendisinden rica ediyorum.