

Osmanlı Devleti'nde Resmi-Gayrı Resmi Fıkhi Mezhepler ve Telfik

İsmail KÖKSAL*

GİRİŞ:

Müslüman bir Türk devleti olan Osmanlı Devleti'nin hukukundaki mevzuat hükümleri iki kısımdır. Birincisi, doğrudan doğruya Kuran-ı Kerim ve sünnete dayanan ve fıkıh kitaplarında tedvin edilmiş bulunan hükümlerdir ki, şer'i hükümler, şer'i hukuk veya şer'i şerif denmektedir. Osmanlı Hukuku'nun % 85'ini bu hükümler teşkil eder. Bu sebeptendir ki Molla Hüsrev'in (885/1480) Dürer ve Gurer'i ile İbrahim Halebi'nin (1549) Mülteka'sı Osmanlı Devleti'nin Medeni Kanunu olarak görülmüştür.¹ İkincisi, şer'i hükümlerin tanıdığı sınırlı yasama yetkisine veya içtihad esasına dayanılarak, özellikle mali hukuk, toprak hukuku, tazir cezaları, askeri hukuk ve idare hukukuna ait hukuki düzenlemeler ve temelini örf-adet ve amme maslahatı gibi tali kaynaklar teşkil eden içtihadî hükümlerdir ki, bunlara da örfi hukuk, siyaset-i şer'iyye, kanun, kanunname ve benzeri hükümler verilir. Bunlar da şer'i esasların dışına çıkmayacağı için, İslam Hukuku'nun dışında bir hukuk nizamı olarak kabul edilemez. Demek ki şer'i hükümlerin kaynağını Kuran-ı Kerim, sünnet, icma ve kıyas teşkil ederken, örfi hukuk ve içtihadî hükümlerin kaynağını ise İslam Hukuku'nun tali kaynakları; yani amme maslahatı, istihsan, şer'u men kablena (eski şeriatler), örf-adet kaideleri vb. teşkil etmektedir.²

Kuran-ı Kerim'in ve genelde İslam'ın hükümleri izah tarzı iki çeşittir. Birisi genel hukuk prensipleri ve çerçeve hüküm tarzındadır. Bu taraf Osmanlı Devleti'nde daha

ziyade örfi hukuk alanına, yani kanunnamelere tesir etmiştir. Diğer miras hukuku, aile hukuku ve caza hukuku gibi bazı hukuk dallarına ait ayrıntılı hükümler vazetme tarzıdır. Bu şekildeki teferruatlı hükümleri Osmanlı Devleti'nde 1926 yılına kadar değişmeden düsturul-amel yapılmıştır.³

OSMANLI'DA RESMİ MEZHEP VE DİĞERLERİ:

İslam Hukukçuları, ulül-emr'in mevcut mezheplerden birini resmi mezhep olarak ilan edebileceğini, kabul ettiği resmi mezhebin içerisinde herhangi bir görüşü diğerine tercih edebileceğini, hatta Tanzimat'tan önce çok az örnekleri bulunsa da, diğer mezheplerdeki bir görüşün zamanın şartlarına ve amme maslahatına daha uygun olduğu düşüncesiyle mahkemelerde tatbik edilmesini emretme selahiyeti bulunduğunu kabul etmişlerdir. Mecelle'de bu esas: "Kaza, zaman ve mekan ile ve bazı hususatın istisnasıyla takayyüd ve tahassus eder."⁴ dedikten sonra şöyle açıklamıştır: "Ve kezalik bir müçtehidin bir hususda reyi (yani içtihadı), nasa erfak ve maslahat-ı asra evfak olduğuna binaen onun reyi ile amel olunmak üzere emr-i Sultani sadır olsa, ol hususda hakim ol müçtehidin reyine münafi diğer bir müçtehidin reyi ile amel edemez, eder ise hümmü nafiz olmaz." Mecelle mazbatasında da, içtihadî olan meselelerde "İmamü'l-müslimin Hazretleri herhangi kavil ile amel olunmak üzere emreder ise, mucibince amel edilmek vacib olacağı" belirtilmiştir.⁵

Bilindiği gibi Hanefi, Maliki, Şafii ve Maliki olmak üzere dört meşhur mezhep vardır. Osmanlı Devleti'nin ekser ahali Hanefi'dir ve kadılar da Hanefi mezhebi ile

* Dr. Tunus Zeytuniye Üniv. Usuliddin Fak. İslam Hukuku Bölümü.

1. Osmanlı Devleti'nde resmen ilk defa böyle bir fıkıh kitabının resmi hukuk kodu olarak kabulü 1648 ve 1687 yıllarında vaki olmuştur. Sultan IV. Mehmet'in emriyle Mülteka, Mevkufat isiminde Türkçe'ye tercüme edilmiştir. Akaid, hukuk, ceza, aile, hacr, hacz ve devletler arası münasebetlere ait olan hükümleri şamilir. Bu sebeple Osmanlı Devleti'nin asıl kanunlar mecmuasıdır. Mülteka'nın resmen kabulünden sonra telif ve tedvin olunan fıkıh kitapları, tamamen mezkur eserin şerh ve izahı ile mahkemelerde esas alınan fetvalardan ibarettir. (Akgündüz, Ahmet, Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri, Fey Vakfı Y., İstanbul-1990, s.1/48.)

2. Akgündüz, Osmanlı Kanunnameleri, 1/45-46.

3. Akgündüz, Osmanlı Kanunnameleri, 1/49-50.

4. Mecelle, md. 1801.

5. Mecelle, md. 1801; Ali Haydar, Dürerü'l-Hukkam Fi Şerhi Mecelleti'l-Ahkam, İstanbul-1330, s. 4/994; Berki, Ali Himmet, Açıklamalı Mecelle, Hikmet Y., 1979, 2. Baskı, s.409-410; Akgündüz, Osmanlı Kanunnameleri, 1/69; Zühayli, ed-Davabitü's-Şer'iyye Li'l-ahzi Bi-Eyseri'l-Mezahib, Daru'l-Hicra, Dimeşq-1409h./1989m., 2. Baskı, s.4-6, 48-52.

hükmetmek üzere memurdular.⁶ Bununla beraber Irak, Mısır, Hicaz ve Yemen gibi bölgelerde başka mezheplere mensup müslüman ahali de vardır. Başka mezheplere mensup müslümanlar arasında meydana gelen ve kendi mezhepleri çerçevesinde fasledilmesi uygun görülen dava ve meselelerde, eğer o mahalde kendi mezhebinden bir kadı yoksa, bunlar mensup buldukları mezhep alimlerinden birisini hakem tayin ederler. Bu alim mensup bulunduğu imamın mezhebine göre karar verir. Sonra Hanefi kadı onu tasdik ve tenfiz eder.⁷ Eğer kendi mezhebinden kadı varsa, ona müracat eder. Ayrıca ulu-emr (sultan) bazı meselelerde başka mezheplerin görüşüne göre karar verilmesini istediği takdirde, bu emrine itaat etmek de vaciptir. Nitekim Osmanlı padişahlarının da Hanefi mezhebi dışındaki mezheplerin bazı görüşleriyle amel etmeleri için hakimleri memur kıldıkları görülmektedir.⁸

Osmanlı Devleti'nde yukarıdaki cevaz görüşünden hareketle, hem hukuki birlik ve istikrarı bozmamak ve hem de hukuki hayatta ihtiyaç duyulan yenilikleri yapabilmek için, kadılar istedikleri hukukçunun görüşüne göre hükmetmekten men edilmiş ve Hanefi mezhebinin en sahih görüşüne göre hükümle mükellef tutulmuştur.⁹ Nitekim bütün Kanunu-u Cedid nüshalarında yer alan kadı beratlarıyla alakalı örneklerde şu esas tekrarlan-

6. Bir hakimin Hanefi mezhebi fakihleri içerisinde görüşlerine uyma konusundaki sıralama şöyledir:

1-Farklı görüşlerden birisine uyma konusunda Sultan'ın (Halife) bir iradeyi seniyyesi (ferman) varsa öncelikle ona uyulur.

2-İhtilafî konularda İmam-ı Azam Ebu Hanife'nin görüşü tercih edilir. Yalnız kaza (yargı) konusundaki bir meselede Ebu Yusuf'un görüşü tercih olur. Çünkü o kadı idi. İmameyn (İmam Ebu Yusuf ve Muhammed) eğer farklı zamanlarda yaşamaları sebebiyle İmam-ı Azam'a muhalefet etmişlerse, onların görüşleri tercih olunur. Çünkü ahkam zamana göre değişebilir. Yine İmameyn'den birisinin veya ikisinin görüşü üzere sonradan ittifak olmuşsa, İmam-ı Azam'ın görüşüne tercih olunur. Bunun dışında İmam-ı Azam'ın görüşü önceliklidir.

3-Eğer ilgili meselede İmam-ı Azam'dan nakil yoksa büyük talebesi Ebu Yusuf'un görüşüne uyulur.

4-Eğer İmam-ı Azam'ın yanında Ebu Yusuf'tan da nakil yoksa, mezhep içerisinde üçüncü büyük kabul edilen İmam Muhammed'in görüşüne uyulur.

5-İmam Muhammed'den de nakil yoksa, İmam-ı Azam'ın diğer talebelerinden Züfer ve Hasan b. Ziyad'ın görüşüne uyulur.

6-Fıkıh kitaplarında kime ait olduğu belli olmayan konularda ise şöyle bir tercih tertibi söz konusudur:

a-Metin kitaplarında yazılanlar şerhlere tercih olunur. Çünkü metin asıldır ve güvenilirlik konusunda bir derece mütevatir olmuş sayılır. Şerhlerde yazılı olan hükümlerin daha sahih olduğu yazılı olanlar bunun istisnasıdır. Bu takdirde ona uyulur. Yine şerhlerdeki hükümler de fetva kitaplarına tercih edilir.

b-Hakkında tecih bulunmadan zikredilen iki görüşten birisi deliliyle ispat edilmişse ona uyulur.

c-Nakledilen her iki görüşün delilleri de zikrediliyorsa ve birisi kıyasla diğeri istihsana dayandırlıyorsa, istihsana dayanan tercih edilir.

d-Rivayetlerde ihtilaf çıkarsa, zahirürrivaye olan diğerlerine tercih edilir. Meğer ki aksi ispat edile. (Ali Haydar, Dürerül-Hukkam fi Şerhi Mecelletil-Ahkam, Hukuk Matbası, İstanbul-1330, s.4/696-701.)

7-Kadılar (hakimler) kıyas yaparak hükmedemez. İlgili meseleyi kitaplarda bulamazsa sorması gerekir. (Bayındır, Abdülaziz, İslam Muhakeme Hukuku – Osmanlı Örneği, İslami İlimler Araştırma Vakfı Y., İstanbul-1986, s.34-37.)

8. Ali Haydar, Dürerü'l-Hukkam, 4/694-695; Akgündüz, Osmanlı Kanunnameleri, 1/69; Zühayli, ed-Davabbittu's-Şer'iyye, 48-52.

9. Bayındır, İslam Muhakeme Hukuku, 34-37.

muştır: "Kadı hakim olup icray-ı ahkamı şer'-i nebevide evamir ve nevahi-i ilahiye mütemessik olup istima-ı deavi ve fasl hususunda şer'-i kavimden inhiraf göstermeye ve derahim ve denanir evkafı tescilinden gayrı Eimme-i Hanefiye'den muhtelefün fiha olan mesaili kema yenbağî tettebbu edip esahh-ı akvalı bulup onunla amel eyleye..."¹⁰

XVI. asırdan itibaren ise konunun daha da ciddiye alındığını, Kanuni'y'e ait şu ferman göstermektedir: "İstanbul ve Bursa ve Edirne ve Üsküp ve Siroz ve Selanik kadılanna, Anadolu ve Rumeli ve Karaman Beylerbeyi'ne birer hüküm yazıla ki; haliya memalik-i mahrusemde sipahi taifesinden ve sair reayadan bazı kimesneler, anun gibi gaib olup henüz hakikat-ı ahvalleri malum olmadan Şafii kadıları onların zevcatı için nafakaya muhtaçtır deyu hile ve teblis edüp bu bahane ile menkualarını tefrik edüp ahre nikah ettikleri pay-i serir-i alem-masirime arz olunmağın memalik-i mahrusemde min ba'd Şafii kadı olmasın, ref edüp buyurdum ki, hüküm-i şerif-i vacibül-ittibaum varıcak tehir ve terahi etmeyüp taht-ı hükümetinizde olan mevazı'da bu emr-i cihan muta'ımı umumen halka her zamanda bu emr-i celil-i kadrım muktezasıca amel eylesesin. Ve eğer bilfiil nasbolunmuş Şafii kadıları var ise ve her ne mahalde ise giderdüb emr-i şerifime iş olunmaktan ziyade ihtiyat ve ihtiraz eylesesiz. (27 Recep 943)"¹¹

Bu arada ahalsinin çoğu Hanefi olmayan beldelerde, bir Hanefi başkadı ve diğer mezheplerden de yardımcı kadılar tayin edildiği, bazı araştırmalarda belirtilmektedir. Zaten yukarıda yaptığımız izah ve bir kısım belgeler de bu manayı destekler mahiyettedir. Mesela Mekke ve Medine'de Hanefi, Maliki, Şafii ve Hanbeli kadılar olmak üzere dört ayrı kadı vazife ifa ederken, Hasnkeyf'de sadece Şafii kadı vazife yapmaktadır.¹²

Tanzimat öncesi ve sonrası meydana gelen sosyal, hukuki ve iktisadi değişiklikler bir Medeni Kanun hazırlanmasını zorunlu hale getirmişti. Mecelle yeni ortaya çıkan bazı ihtiyaçlara İslam Hukuku çerçevesinde cevap vermeye çalışmış ve bunun için bazı istisnai meselelerde de olsa Hanefi mezhebi içindeki hakim görüşü terk ederek diğer mezheplerin görüşlerinden birini kanunlaştırmıştır. Yine Mecelle tadillerinde diğer mezheplerin görüşlerine de müracat edilmiştir.¹³

Mecelle'yi 1876'da tamamlayan Mecelle Cemiyeti,¹⁴

10. Akgündüz, Osmanlı Kanunnameleri, 1/70.

11. Akgündüz, Osmanlı Kanunnameleri, 1/70.

12. Akgündüz, Osmanlı Kanunnameleri, 1/70.

13. Cin, Halil-Akgündüz, Ahmet, Türk Hukuk Tarihi (Özel Hukuk), Selçuk Üniversitesi Basımevi, Konya-1989, s. 2/158.

14. 1868-1889 yılları arasında faaliyet gösteren Mecelle Cemiyeti Ahmet Cevdet Paşa başkanlığında şu üyelerden oluşmaktaydı: Ahmet Hilmi Efendi, Seyfettin İsmail Efendi, Filibeli Halil Efendi, Şirvanizade Ahmet Hulusi Efendi, Kara Halil Efendi, İbn Abidinze Alauddin Efendi, Ömer Hilmi Efendi, Ömer Hulusi Efendi, Yunus Vehbi Efendi, Abdullatif Şükrü Efendi, İsa Ruhi Efendi.

kanun eksikliklerini giderici bazı çalışmalar daha yapmışsa da kendisinden bekleneni ifa edemediği için 1889'da Sultan II. Abdülhamit tarafından lağvedilmiştir.

Daha sonra Mecelle'yi sadece Hanefi mezhebi değil bütün İslam Hukuku'nu yansıtan ve bu konuda Avrupa kanunlarından da istifade eden bir kanun haline getirmek üzere 1919'da Mecelle Tadil Komisyonu kurulmuş ve bu komisyon yeri geldikçe bazı değişiklikleri yapmıştır. Bu komisyonun çalışmaları esnasında bağlı kalacağı prensipler şu şekilde tespit edilmişti:

1-Kuran-ı Kerim ve hadis-i şeriflerde mevcut olan hükümlere aykırı şey kabul edilmeyecek.

2-İslam Hukukçuları arasındaki ihtilaflı meselelerde, asrın ihtiyacına hangisi uygunsa o görüş tercih edilecek.

3-Yeni zuhur eden ihtiyaçlar için yeni hükümler icabediyorsa, genel şer'i hükümlere uygun olmak şartıyla mevcut başka hukuki sistemlerden de istifade edilecek.

4-Daha önce olduğu gibi hakimlere fazla takdir selahiyeti verilmeyecek.¹⁵

Bu komisyonun Hanefi mezhebi dışında aldığı kararlara bir örnek küçük çocukları velilerinin evlendiremeyeceğine dair aldıkları yaş tahdididir. Bu uygulamaya göre, oniki yaşını bitirmemiş olan erkek çocuğu ile dokuz yaşını bitirmemiş kız çocuğu hiçbir kimse tarafından evlendirilemez. Bu hüküm Tabiîn fukahasından Abdullah b. Şübrüme (144/176) ve daha sonraki müctehitlerden Ebu Bekr el-Esamm'ın görüşüne uyularak karara bağlanmıştır.¹⁶

Kanunlaştırma hareketinde mezheplerin görüşlerinden seçim yapmaya diğer bir örnek de Osmanlı Devleti'nin bu asrın başında, sınai ve ticari teamüldeki ihtiyaç artışı, iç ve dış ticaret usullerinin gelişmesi, telif ve icat hakkı gibi yeni hakların ortaya çıkması, ithal mallara sigorta gerekliliği ve büyük fabrikaların tesisleriyle istisna' akdinin alanının genişlemesi gibi sebepler dolayısıyla sözleşme, akit şartları ve akit mahalli konusunda genişlemeler getirmesidir. Bu sebepten Osmanlı Hükümeti Usul-ü Muhakemat Kanunun'daki 64. maddeyi 1332h./1914m. yılında değiştirerek, Hanefi mezhebi dışından Hanbeli mezhebi ve İbn Şübrüme gibi akit şartlarındaki hürriyeti genişleten ve "Akit sözleşen tarafların şartlarına bağlıdır." ilkesine yakınlık gösteren şu üç maddeyi kabul etti:

1-Sözleşme mahallini, örfte kendisine itlak edilen veya daha sonra ortaya çıkacak alan kadar genişletmek.

2-Genel nizam, adap, özel kanunlar, gayr-ı menkul (akarat)-ahval-i şahsiyye ve vakıflar yasalarına ters düşmeyen her anlaşma ve şartın kabulü.

3-Sözleşmeyi, bazı tali şartlar yerine gelmese bile, eğer ana konularda ittifak olmuşsa, tam kabul etmek. Böylece bilgisizlik aktin oluşmasına zarar vermez hale geldi. Çünkü akit pazar fiyatına veya her hangi bir zamanda geçerli olacak bir fiyatla mümkün hale geldi.

Bunun yanında 1336 hicri senesinde, Hanefi mezhebi dışındaki üç mezhebin görüşlerini de alan, hatta Hanefi mezhebindeki zayıf görüşlere de yer veren Aile Hukuku Kararnamesi de enteresan bir örnektir.¹⁷

25 Ekim 1917'de muvakkat kanun olarak kabul edilen Aile Hukuku Kararnamesi'nin en önemli özelliği, asırlardır Türk devletlerinde istisnasız kabul edilen Hanefi mezhebinin sınırları aşılarak, bütün İslam Hukuk mezhep ve müctehidlerinin görüşlerine daha geniş itibar etmesidir. Mülteka'da ifadesini bulan Hanefi mezhebinin esas almakla beraber, ihtiyaç duyulan konularda diğer mezheplerden ve içtihadlarından da istifade yoluna gidilmiştir. Bu meselelerin sayısı yirmi küstürdür ve genellikle Maliki mezhebinin görüşleri tedvin edilmiş ve tercih sebepleri de esbab-ı mucibe layihasında teker teker belirtilmiştir. Mesela kadına kocasının gaipliği ve hastalığı gibi bir kısım sebeplerle, mahkemeye başvurarak ayrılma hakkı tanınmıştır.¹⁸

Kararname, diğer mezheplerin görüşlerinden istifade edilmesini tenkid eden bazı müfrit müslümanların ve de yargı yetkisi ellerinden alınan başta Rum-Ortodoks kilisesi olmak üzere gayr-i müslimlerin şiddetli tenkitleri ve siyasi baskıları üzerine kısa ömürlü olmuş ve 20 Ramazan 1337/1919 tarihi yine muvakkat bir kanunla yürürlükten kaldırılmıştır.¹⁹

Son devirde, hukuk alanında ihtiyaç duyulan en uygun görüşü bulmak için, Hanefi mezhebi dışındaki sünni diğer üç mezhepten de istifadenin tam olabilmesi düşüncesiyle Fetvahane-i Ali'de (Şeyhülislamlık) Fetva Odası'na bağlı olarak Telif-i Mesail şubesi kurulmuştur. Bu şube diğer üç mezhebe ait bir görüşü uygun görüp tercih ederse, bu konuda dayandığı delilleri de içeren bir mazbata düzenler ve fetva eminine tevdi ederdi. Mazbatanın ihtiva ettiği görüş, fetva makamınca uygun bulunarak arz ve padişah tarafından da tasdik edilirse artık yürürlüğe konmuş olurdu.²⁰

Mesela; gasbedilmiş bulunan hak ve menfaatler Hanefi mezhebinde hiçbir zaman tazmin edilemezken Mecelle Tadil Komisyonu, çocuklara ve vakıflara ait malların tazmini için Şafii mezhebinin görüşünü benimsemiş, "Hak ve menfaatler diğer kanuni mallar gibidir." hükmü getirilmiştir.²¹

Cumhuriyet'in Adalet Bakanı Mahmut Esat'ın

(Mardin, Ebul-Ula, Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa, Cumhuriyet Matbası, İstanbul-1946, s.66 vd.; Karaman, Hayrettin, İslam Hukuk Tarihi, Nesil Y., İstanbul-1983, 2. Baskı, s.330.)

15. Bayındır, İslam Muhakeme Usulü, 41.

16. Bayındır, İslam Muhakeme Usulü, 41.

17. Zühayli, ed-Davabitu's-Şer'iyye, 48-52.

18. Zühayli, ed-Davabitu's-Şer'iyye, 48-52.

19. Cin-Akgündüz, Türk Hukuk Tarihi, 2/55,58-59.

20. Bayındır, İslam Muhakeme Hukuku, 39.

21. Bayındır, İslam Muhakeme Hukuku, 40.

emriyle Mecelle Tadil Komisyonu ilga edilince, Hükümet İsviçre Medeni Kanunu'nun iktibasına karar vermiştir. Nihayet Mecelle 57 yıllık uygulamasından sonra 22 Nisan 1926 yılında tamamen ortadan kaldırılmıştır.²²

TELFİK VE OSMANLI'DAKİ DURUMU:

Telfik lügatte bir parçayı diğerine eklemektir. Istulahta ise, hiç bir müçtehidin kabul etmediği fiili yapmaktır.²³ Kişi, farklı zamanlarda farklı mezheplerin veya fukahanın görüşünü tatbik edebilir. Çünkü bu ayrı ayrı durumdur. Fakat farklı görüşleri hiçbir fakihin kabul etmeyeceği ve icmaya ters düşecek bir durumda, aynı zamanda tek vecibe içinde toplarsa bu telfik olur ve farklı bir amel olur.²⁴ Esas ihtilafı konu budur.

Yukarıdaki tariftten de anlaşılacağı üzere telfik, taklidin konusudur. Mukallitlerin böyle bir durumla karşılaşması düşünülebilir. Müçtehid durumunda olanlar ise, delili inceleyerek kendileri makul bir sonuca ulaşabilirler.²⁵

İslam Hukuku'nda zahir ve kuvvetli görüşe göre; mukayyet bir müçtehid her hangi bir konuda usulüne uyduğu imamın görüşünü terk edip bir başkasına uyabilir. Çünkü bunu men eden bir delil yoktur. Bu sebepten Ebu Yusuf, abdest aldığı hamamın su kazanından fare çıkması ve onunla Cuma namazı kılmasından sonra kendine durum arz edilince, "Ben Medineli kardeşimin görüşünü benimsiyorum." diyerek başka bir müçtehidin görüşünü kabul ve taklit etti.²⁶

Avam için uyduğu mezhebi taklit söz konusudur. Bir tek meselede iki veya daha fazla mezhebin görüşlerinin kolay tarafını seçerek amel caiz olmaz. Çünkü bilmediği bir konuda, icmaya ters bir uygulama içine girebilir. Fakat zaruret üzere bulunan birisi, mezkur şekilde caiz olmayan bir telfik yapacağı yerde, bir başka mezhebin veya fakihin görüşünü bütünüyle alıp uygulayabilir.²⁷ Yine Hz. Peygamber (sav)'in bir hususu kat'i emir veya yasak ettiğini ve bu durumun nesh de edilmediğini bilen birisi, uyduğu imamı delilsiz tatbik yerine, o noktada kendi bilgisiyle amel edebilir.²⁸

Konunun iyi anlaşılması için burada caiz olmayan telfike bir örnek verelim: Besmele çekmeden, niyet getirilmeden, tertibe riayet etmeden, azalarını ovmadan, muvalata uymadan (azaları peşpeşe yıkamak) veya kulleteyn miktarı suya necaset karıştığı halde tadını, rengini ve kokusunu bozmamış sudan abdest alan kimse, bu

abdestin sıhhati konusunda bir müftüden sorsa "Caiz değildir." cevabı alır. Çünkü su Hanefi mezhebine göre necasetin girmesiyle kulleteyn miktarı olsa da necis olur. Malikilere göre de caiz değildir. Çünkü azalar ovalanmamıştır ve muvalata riayet edilmemiştir. Yine mezkur abdest Şafiilere göre de caiz olmaz. Çünkü niyet ve tertibe riayet edilmemiştir. Hanbelilere göre de caiz değildir. Çünkü besmelesiz başlanmıştır.²⁹

Telfik konusunu ilk devirlerden itibaren araştıran çağdaş İslam Hukukçusu rahmetli Senhuri, batıl olduğuna dair bir icman olmadığını söylüyor.³⁰ Dolayısıyla şartları bulunan bir amel caizdir. Bütün şartlarda muayyen bir müçtehide tabi olmanın gerekliliğini ifade eden; ne bir nas, ne bir icma ve ne de bir kuvvetli kıyas vardır! Ayrıca reyleri muteber olan ve kendilerini taklit sahih olan hiçbir fakihden bunun memnu olduğu rivayet edilmemiştir.³¹

Hiçbir zaruret ve mazeret olmadan, sırf nefsi arzular için telfik yapmak yanlıştır. İmam Gazali bunu yasaklıyor ve avama bu seçim hakkını vermiyor. Çünkü din hevaya uymak için gönderilmemiştir. Yine bu sebepten, sırf nefsi arzular için aynı mezhep içindeki zayıf görüşlere uymayı da yanlış buluyor.³² Kevseri de böyle düşünüyor.³³

Şafiilerin çoğu, Hanefi İbn Hümmam (861/1457) ve Maliki Karafi'ye (684/1285) göre Allah'ın vacip kıldığı dışında vacip yoktur. Caiz olduğu sürece mezheplerin kolay taraflarından istifade edilebilir.³⁴ Çünkü bunu yasaklayıcı bir hüküm yoktur. Şeriatın kolayca tatbiki ise mergubtur. Çünkü Hz. Peygamber (sav) iki tercih arasından -haram olmadığı müddetçe- kolay olanı seçerdi.³⁵ Yine buyurmuştur ki; "Din kolaylıktır. Kim bu dini zorlaştırırsa ona galip gelir."³⁶ Öyleyse hevaya uymadan en kolay olanı tercih gerekir.³⁷

Öyleyse kişi taklit konumunda bir başka mezhep veya fakihin görüşünden alarak ruhsat³⁸ konumunda telfik yapacaksa; icmaya ters düşmemeli³⁹ ve hiçbir fakihin

29. Çağlayan, Telfik-i Mezahip, 31-35.

30. Senhuri, Ahmed Ferec, Mezheplerin Hükümleri Arasında Telfik, Hazırlayan: Hayrettin Karaman (Dört Risale), Dergah Y., İstanbul-1982, 2. Baskı, s. 277. Üzerinde ihtilaf edilmiş meseleler, içtihad meseleleridir. İctihad ise her iki tarafın kullandığı zanni delile dayanır. Bu hususta iki taraf arasında fark yoktur. Bu sebepten fukahâ. "İctihad başka bir içtihad ile bozulmaz." demişlerdir. (Reşid Rıza, İslam'da Birlik ve Fikhi Mezhepler, Mütcerim: Ahmet Hamdi Akseki, Hazırlayan: Hayrettin Karaman, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara-1974, s.144.)

31. Senhuri, Mezheplerin Hükümleri Arasında Telfik, 268.

32. Ebu Hamid Muhammed b. Muhammed, el-Müstasfa Min İlimi'l-Usul, Daru Sadır, Beyrut-1324, s. 2/125,391.

33. El-Makalat, s.134.

34. Zühayli, el-Fikhü'l-İslami ve Edilletühü, 9/40-42; Usulü'l Fikh, 2/1154-1155.

35. Buhari, Kitabu'l-Menakib, Babü Sifati'n-Nebi 23, 4/166.

36. Buhari, Kitabu'l-İman, Babu'd-Dini Yüsrün 29, 1/15.

37. Şatibi, Muvafakat, 4/43, 132,155; Medkur, Sellam, Menahicü'l-İctihad Fi'l-İslam, Matbuatü Camiati'l-Kuveyt, 1974, s.347-348.

38. Ruhsat; bir mezhepte caiz kabul edilmeyen bir hükmün, onu caiz kabul eden diğer bir mezhepten alınıp uygulanmasıdır. (Zühayli, ed-Davabitü's-Şer'iyye, 20-21)

39. Atar, Fahrettin, Fikhü Usulü, İFAV Y., İstanbul, s.327-328.

26. Çağlayan, Mehmet, Telfik-i Mezahib, Furkan Yayın Dağıtım, İstanbul, s.31.
27. Burada şunu söylemek yerinde olur: Tek mezhebe bağlılık fertler için bile gerekmezken, devlet için hiç gerekmez. (Karaman, Hayrettin, İctihad, Taklit ve Telfik Hakkında Dört Risale, Dergah Y., İstanbul-1982, 2. Baskı, s.28.)
Fakat devlette hukuk ve kanun bütünlüğü ve teklifi olması ayrı bir meseledir. Daha çok nizam açısından önemlidir. Bu açıdan Osmanlı Devleti'nin Hanefi mezhebinin asıl olması ilk dönemler için yerinde ve ileri bir harekettir. Ama daha sonraları müdevven bir kanun şekline geçilebilir ve bu noktada diğer mezheplerden de istifade edilebilirdi. Bu noktada biraz geç kalmış olabilir.
28. Şah Veliyullah Dehlevi, İkdü'l-Cid, Hazırlayan: Hayrettin Karaman (Dört Risale), Dergah Y., İstanbul-1982, 2. Baskı, s.175.

kabul etmediği bir fiili yapmamalıdır. Zaten bu iki şartı da ancak içtihad seviyesine gelen bir şahıs bilebilir. Ayrıca fikhîen caiz olsa bile, genel kanunları delegecek şekilde hareket etmemelidir. Çünkü bu kargaşa oluşturur,⁴⁰ ve yine bazılarının hukukunun çiğnenmesine sebep olabilir.

SONUÇ:

Gelişmeleri göz önünde bulundurarak ve insanların ihtiyaçlarını düşünerek İslam Hukuku'nu ayağa kaldırmak isteyen fakihlere, mezheplerden tercihlerde bulunmak kolaylaştırıcı temel bir görevdir. Daha doğru ve uygunu bulmak için bu işe girişenler şu temel noktaları göz önünde bulundurmaları gerekmektedir:

1-Hak birdir, değişmez;⁴¹ ve Allah'ın dini de Kur'an-ı Kerim, sünnet ve selef-i salihinin uygulamasından öğrenilecektir.

2-Samimiyet.

3-Kolaylaştırma ve rahmet prensiplerini öne çıkarıp, zorlaştırmaktan uzak olmak.

4-İnsanların fayda ve ihtiyaçlarını gözetmek.

5-Cenab-ı Allah ve Hz. Peygamber (sav)'in koydukları hariç her hangi dini bir mükellefiyet düşünülemez. Bu sebepten delili bilinmeden bir tatbik söz konusu olamaz.

6-Asıl olarak bir mezhebe bağlanmak değil, dini yaşama önemlidir.

Bütün bunları göz önüne alarak, mezhep ve imamların görüşlerini taklit veya "Allah sizin için zorluk değil, kolaylık ister."⁴² ayeti gereği onlar arasında tercih ve şartlarına uygun telifke de gitmek mümkündür. Zaten avamın mezhebinin olmayacağı bir gerçektir. Onlar kendilerine yol gösterenlere tabidir. Bu açıdan onlar için önemli olan, yaptıklarının caiz (İslam Hukuku sınırları içinde) olmasıdır.⁴³

Böyle bir fikri benimseyince, tabi olarak bunun şartlarını da bilmek gerekir. Çünkü karışıklığa meydan vermemek kadar, tamamen şehvet ve heva neticesi ruhsatlar peşinde solmak da ihlaslı bir müslümana yakışmaz. O zaman kolay olanı tercihin de bir içtihad sonucu ortaya çıktığı gerçeğiyle karşılaşırsınız.⁴⁴

Öyleyse "Dinde bir zorluk koymayan Allah"⁴⁵ bu noktada bizden bekledikleri nelerdir? Kanaatımızca:

1-Dost ve yakın-uzak çevreleri memnun etmek için kasıtlı ve şehvetlere uygun fetva verilmemelidir.

2-Konunun ihtilafı olduğu iddiasıyla, her şeye veya

istenilene caiz nazarıyla bakan ibahi bir karakter sergilememek.

3-Görüşler arasındaki tercihlerde; Usul-ü Fıkıh kaidelerine uygun olarak kuvvetli görüşe uymak yerine, bazı şer'ân caiz olmayan arzulara kapılmak. Bu konuda Maliki fakih Karafi şu güzel tesbitini yapar: "Karar verme konumundaki şahıs eğer müçtehid ve vereceği hüküm kendine göre en doğru tercih değilse, -kendi mezhebince muteber bile olsa- onunla hükmetmesi caiz olmaz. Çünkü daha doğrusu varken, ikinci seviyedeki bir görüşe karar vermek icmaya aykırıdır."⁴⁶

4-İlahi mükellefiyetlerden kurtulma veya tatbik etmek istememe niyetiyle, sürekli kolay olanı tercih yoluna gitmek.⁴⁷ Zinayı mübah kılacak, içkiyi helal saydıracak ve yasak hiley-i şer'iyye yollarına tevessül bu haram guruba girer.⁴⁸

Bu sebeplerden telifik ancak fer'i, zanni ve icthadi konularda olabilir. Yine Kitap, sünnet ve icma gibi temel ve genel İslam Hukuku kaynak ve kaidelerine ters düşmemek gerekir. Ayrıca; zaruret ve özre mebni olmadan gereksiz (abes) yere ve kasıtlı olarak kolaylığa kaçma, meşru nizama aykırı hareket, genel veya özel bazı eşhasa zarar verme gibi gayr-ı meşru bir telifke gidilmemelidir.⁴⁹

Tabi unutmamak gerekir ki fikhî servetimiz sadece Hanefî, Maliki, Şafii ve Hanbeli mezheplerinden ibaret değildir. Meşhur olan veya olmayan, yine bugün bilinen veya bilinmeyen Leys b. Sa'd (175/791), Süfyan-ı Sevri (161/778), İmam Evzai (157/774), Sahabe, Tabiin ve Tebe-i Tabiin gibi geniş bir alana yayılmaktadır.⁵⁰ İstedğimiz dirilişi sağlayacak bir müstakbel için bu, Şer'i olmayan herhangi bir Doğu veya Batı kaynağından daha iyidir. Çünkü ammenin maslahatını temin ve ihtiyaçlarını tedarik ilahi bir mükellefiyettir. Bu sebepten kanun koyucu, bu seçenekleri göz önünde bulundurmak zorundadır. Zaten içtihat sonucu varılan bir sonuçtan kişi mesul değildir.⁵¹

Bu meseleyi iyi kavrayan Darul-Fünunu Osmani Hukuk Fakültesi Usul-ü Fıkıh ilk müderrislerinden Seeyid Bey buna dikkat çekmiş ve ideal ve çabuk bir kanunlaştırma yapabilmek için sahih bütün mezhep görüşlerden istifade için acele edilmesini söylemiş, fakat muvaffak olamamıştır. Korkarak belirttiği aksi hal olan

46. El-İhkam Fi-Temyizi'l-Feteva Ani'l-Ahkam, s.79-80.

47. Zühayli, ed-Davabitu's-Şer'iyye, 22 vd.

48. İbn Kayyumi'l-Cevziyye, Ebu Abdillâh Muhammed b. Mu'tasım Billah el-Bağdadi, İlamü'l-Muvakkîin An-Rabbi'l-Alemin, Daru'l-Kitabi'l-Arabi, Beyrut-1416/1996, s.3/255.

49. Karaman, Hayrettin, İslam Hukuku'nda İctihad, DİB Y., Ankara-1985,3. Baskı, s.229; Zühayli, ed-Davabitu's-Şer'iyye, 9-11.

50. Cenab-ı Allah bize Sahabe ve Tabiin'e uymayı emretti ve şöyle buyurdu: "Allah İslam'a ilkönce girerek omuz veren Muhâcîr, Ensar ve onları takip edenlerden razı olmuştur." (Tevbe 100) Bu sebepten İmam Şafii Sahabe hakkında "Onların görüşleri bizim için kendi görüşlerimizden daha iyi ve daha hayırlıdır." (İbnü'l-Kayyum, İlamü'l-Muvakkî'in An-Rabbi'l-Alemin, s.2/186-211.)

51. Zühayli, ed-Davabitu's-Şer'iyye, 8-9.

40. Zühayli, Usulü'l-Fikh, 2/11521153; el-Fikhü'l-İslami, 9/50-51.

41. "Hak birdir değişmez. Nasıl dört veya daha fazla mezhebin görüşü hak olabilir?" sorusunun cevabı için Bediüzzaman Said Nursi'nin İctihat Risalesi'ne bakılabilir. (27. Söz, Sözlük Y., İstanbul-1993, s.470-479.)

42. Bakara 185.

43. Reşid Rıza, İslam'da Birlik ve Fikh Mezhepleri, 139-140,142.

44. Zühayli, ed-Davabitu's-Şer'iyye, 4-6.

45. Kur'an-ı Kerim'de buyuruyor ki; "Allah sizin üzerinize dinde bir zorluk koymamıştır." (Hac 78)

Batı kanunlarının tercümesiyle⁵² Türkiye karşı karşıya kalmıştır.

Telfik konusunda çıkan sert durumlar ve ciddi tartışmalar, Hicri 7. asırda çıkan içtihad kapısının kapanması fikri⁵³ ve neticesi olarak zuhur eden müeffak (telfik edilmiş) hükmün geçersiz olduğuna dair olduğu söylenen icmadır. Mezhepleri muhalefeti mümkün olmayan kurallar haline getirmek, dayanağı olmayan bir görüştür. Çünkü Cenab-ı Allah herhangi bir imamın mezhebinden değil, kendi ahkâmının yapılp yapılamadığından sorguya çekecek. Ayrıca böyle bir icma da söz konusu değildir.⁵⁴

Yeri geldiğinde fihri ruhsatları da kullanmak lazımdır. Çünkü Hz. Peygamber (sav) bu konuda: "Allah Teala kendisine isyan edilmesini kerih gördüğü gibi, ruhsatlarının yapılmasını da sever."⁵⁵ buyurmuştur. Zaten imamlar da mezheplerini Sahabe ve Tabiin'in görüşlerinden seçerek almıştır. Belli bir şahıs veya görüşe bağlanıp kalmamıştır.⁵⁶

Bu konudaki fazlaca münakaşalar Hicri 10. asırdan sonra başlamıştır. Hicri 7. asırdan önce işe hiç konuşan olmamıştır.⁵⁷ Osmanlı fukahası da bu tartışmalarda kendi yerini almıştır.

52.Karaman, Hayrettin, İctihat – Taklit ve Telfik Hakkında Dört Risale, Dergah Y., İstanbul,1982, 2.baskı, s. 28-29. s.

53.Yine farklı bir görüş olarak bu konuda Bediüzzaman Said Nursi'nin; içtihadın kapanmadığına, fakat bu devirde içtihat yapmanın altı noktadan mahzurlu olduğuna dair açıklamalarına bakılabilir. (İctihat Risalesi, 466-470.)

54.Reşid Rıza, İslam'da Birlik ve Fihri Mezhepler, 132-134.

55.İbn Hanbel, Ahmed, Müsned, (Müsned-i Abdullah b. Ömer) Çağrı Y., İstanbul, s. 2/108.

56.Medkur, Menahicü'l-İctihad, 450-452.

57.Zühayli, ed-Davabitü's-Şer'iyye, 34,47.