

## KLÂSİK İSLAM HUKUKU TEORİSİ'NDE (FIKİH USULÜ'NDE) MASLAHAT MESELESİ\*

İhsan A. BAGBY

Çeviren: Şükrü Selim HAS\*\*

### Özet

Maslahat yarar, iyi ve faydalı olan, kamunun menfaatine olan şey anlamlarına gelen Arapça bir kelimedir. Hukuk terimi olarak ise hukukî hükümlerin amaçlarını vurgulamakta ve hukukun yararını amaç edinmeyi ifade etmektedir. Klâsik İslam Hukuku Teorisinde yani Fıkıh Usulünde, maslahat meselesi hukukun temel amaçları ve hukuk mantığı ile yakından ilgilidir. Bu, yeni düzenlemeler yapma ve eskileri izah etmede çok önemlidir.

Şâfiî'nin etkisiyle İslam Hukuku Teorisi, bir hukukî pozitivism şekli içerir.\*\*\* Bu teori, hukukun, kendisi vasıtasıyla tanındığı gerçek kaidelerin keşfedilmesi ile ilgilidir ve hukuk kelimesinin bilinen kaynaklar olan hadis, icma', kıyas ya da Kur'an'ın dışında herhangi bir şey için kullanılmasını yadsır. Her ne kadar *maslahat*, kullanımı itibarıyla daimî olarak pozitivist görüş ile aynı doğrultuda görünmese de genellikle adalet, yararlılık ve genel ahlâk ile ilgili meselelerin söz konusu olduğu yerlerde Kur'an ve hadis ile bir uyum, âhenk içindedir.

Üç mezhebe (Hanefî, Hanbelî ve Mâlikî) bağlı bir grup taraftar, bu muhtevaya dayanan hukukî bir teoriyi desteklemektedirler. Diğer bir ifadeyle bunlar, yeni

\* Bu yazı, International Journal of Islamic and Arabic Studies isimli derginin 1985 yılı 2 (2) sayısının 1-11 sayfaları arasında "The Issue of Maslahat in the Classical Islamic Legal Theory" başlığı altında yayınlanan makalenin tercümesidir. Yazar İhsan A. Bagby Indiana Plainfield'de bulunan Islamic Teaching Center isimli araştırma merkezindeki Terbiye (Pedagoji) Bölümü'nün müdürüdür.

\*\* Yrd. Doç. Dr., Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, selhas@erciyes.edu.tr

\*\*\* Şâfiî'nin geliştirdiği hukuk teorisinin, hukukî pozitivism ile ilgisinin net olarak ortaya konabilmesi için öncelikle hukukî pozitivismin ne olduğunun ve diğer hukuk teorilerinden ayrıldığı noktaların ortaya konması gerekir. Hukukî pozitivism düşüncesi, tabii hukuk düşüncesine karşı bir tepki olarak doğmuştur. Tabii hukuk düşüncesi, hukukun temelinde adalet, özgürlük ve insana saygı gibi ilkelerin bulunduğu ve mevcut hukukun da bu ilkeler doğrultusunda hareket etmesi gerektiğini savunmaktadır. Yürürlükteki hukukun meşrûyeti, tabii hukukun bu ilkelerini gerçekleştirmesiyle sağlanabilir. Hukukî pozitivism ise hareket noktası olarak normun somutluğunu ölçü olarak almaktadır. Buna göre hukukî meseleler, tabii hukukun hukuk için temel olarak aldığı adalatten, felsefî sorunlardan, politikadan, sosyolojiden bağımsız olarak ele alınmalıdır. Bağımsız bir hukuk biliminin kurulabilmesi için zorunlu olarak yürürlükteki hukukun doğal hukuktan, ahlâktan ayrılması gerekir. Çünkü bunlar zafî, değişken ve müphem şeylerdir. Etkinliği olmayan kural, hukuk değildir. Ahlâk ve doğal hukuk da etkinliği ve zorlayıcılığı olmadığı için hukuk olamaz. Hukukun normatif bir bilim olduğunu ileri süren hukukî pozitivism, hukuku normlardan müteşekkil sistematik bir yapı içerisinde ele almak çabasıdır. Norm olarak ifade edilmemiş ve bu sistem içinde yer almamış bir hüküm, hukuk kuralı olarak varlık kazanamaz. Diğer taraftan hukukî pozitivism, hukuku devlet ve devleti yönetenlerin iradesine bağlamaktadır. Son tahlilde hukuk, devletin iradesine dayanmaktadır. Hukukî pozitivism konusunda daha geniş bilgi için bk. Güriz, Adnan. *Hukuk Felsefesi*, Ankara, 1992, s. 299 vd.; Masud, Muhammad Khalid, *Islamic Legal Philosophy*, Islamabad, 1977, s. 24. (Çeviren).

hükümlerin gerekçelerini göstermek ve daha önce konulmuş hükümlerin yorumlarını izah etmek için maslahata müsaade etmişlerdir. Öte yandan Şâfiî, Zâhirî ve Mutezile ekolüne mensup âlimler, hukukî hükümlerin, kendi bütünlüğü içinde daha önce kabul edilmiş olan emsallerine uygun biçimde çözümlenmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir.<sup>\*\*\*</sup>

Buna bağlı olarak da bir dizi problem çıkmıştır. Hukuk nedir, ne değildir? Hukukun muhtevası nasıl bilinir? Akıl ve ahlâkî ilkelerin hukukta oynayacağı roller nelerdir? Hukuk zamanla nasıl değişir? Bu meseleler doğrudan doğruya İslam dünyası ile ilgili olduğu kadar Batı ile de ilgilidir ve bu meseleler üzerinde geçmişte olduğu gibi kesintisiz bir tartışma sürmektedir. Tüm bu tartışmaların odağı maslahatı içermek zorundadır. Herhangi bir hukuk teorisinin (usulcü) maslahata bakış tarzının, onun, hukukun ne olduğu ve nasıl değişeceği konusundaki görüşlerinde çok önemli bir rol oynayacağı gayet açıktır.

## MASLAHATIN ÖNEMİ:

1982 yılında Mısır'da, Kahire'de kaldığım sıralarda, gazetede 1979 yılında çıkartılmış olan 44 no'lu Ahvâl-i Şahsiyye Kanunu'na ilişkin ihtilafî hükümler hakkında şiddetli bir tartışma okumuştum. Hükümlerden bazıları, İslam hukuku'nun kanunlaştırılmış bir biçimi ile Mısır hukukunu değiştirmek isteyen bir komite tarafından teklif edilmekteydi. Tartışmanın temelinde yatan husus da *maslahat*'ti.

İslam hukukunda daha önce meydana gelmemiş meselelere ait yeni hükümleri savunanlar, yeni hükümlerin maslahat prensibine bağlı olarak çözümlenmesini savunurken, muhalifler, hukukî hükümlerin temellendirilmesinde maslahatın meşrûyetine karşı çıkmışlardır. Yeni Ahvâl-i Şahsiyye Kanunu'nun mimarlarından birisi şöyle yazmıştı:

"İmamların, hukukçuların/fakihlerin ve müftülerin takip ettikleri prensip şudur: Formel hukukî görüşler (fetvalar) ve bağımsız hukukî görüşler (içtihatlar), zamanın ve şartların değişmesine bağlı olarak değişir."<sup>1</sup>

"İkinci bir eşe ilişkin hüküm ve kuralların öne sürülmesi maslahat anlayışına dayanmaktadır."<sup>2</sup>

Yeni hükümlere karşı olan birisi de bunları şu şekilde cevaplamıştı: Bir hükmün meşrûyetini sağlayan yegâne kriter, muteber bir hukukî delildir. Ve şayet bir hüküm herhangi bir hukukî delil tarafından desteklenmiyorsa, bu hüküm sadece maslahat

<sup>\*\*\*</sup> Şâfiî tarafından ileri sürülen hukuk teorisi, hukukî pozitivizmle karşılaştırılacak olursa ona atfedilen pozitivistik eğilimin, hukukun netleştirilmesi ve müşahhas olarak ortaya konması için sınırları belli olan bir hukuk teorisi önermesi noktasında şekli bir benzerlikten öteye gitmediği görülür. Şâfiî'nin sistemleştirmeye çalıştığı hukuk teorisi (Şâfiî'nin bu konudaki görüşleri için bk. İtaş, Davut, *Sosyal Şartlar Bağlamında Kur'an-ı Kerim'deki Hukukî Hükümler*, E.Ü.S.B.E. yayınlanmamış yüksek lisans tezi. Kayseri, 1996, s. 70 vd.) dikkatlice incelenecek olursa özü mahiyetiyle hiç de pozitivistik olmadığı anlaşılır. İlkın, hukukî pozitivizmin adalet ve ahlâk gibi metafizik unsurları hukuktan tecrit etmeye çalışmasına karşılık Şâfiî, esas itibarıyla nasların bu unsurları içerdiğini kabul etmektedir. İkinci olarak, hukukî pozitivizmin hukuku, ilâhî iradeden kurtarıp devletin iradesine bağlamasına karşılık Şâfiî, "olmuş ve olacak her türlü meselenin hükmünün naslarda mevcut olduğunu" ileri sürerek hukuku bütünüyle ilâhî iradeye bağlamaktadır. Şâfiî'nin maslahata bakışındaki olumsuzluğun da esasen beşer katkısı dolayısıyla ilâhî iradeyi yansıtmadığı yetersizliğinden kaynaklanan endişeye bağlı olduğu söylenebilir. (Çeviren).

<sup>1</sup> Abdülmunim en-Nimr, "Li mâzâ i'teberrâ ez-zevce es-sâniye idrâran bi'l-ûlâ", *el-Livâu'l-İslâmî* (Kahire), 18 Mart, 1982, s. 15.

<sup>2</sup> Abdülmunim en-Nimr, "Vad' evabi li'z-zevâc mübah aslen", *el-Livâu'l-İslâmî* (Kahire), Nisan 1, 1982, s. 15.

prensibine dayalı olarak meşrûluk kazanamaz. Maslahat, sadece ve sadece hukukî bir delil tarafından desteklenirse kullanılabilir.

"Muteber olarak kabul edilen maslahat, hukukun kabul ettiği maslahattır ve sağlam hukukî delil ise bize maslahatın varlığını açıklayan delildir."<sup>3</sup>

Aynı yazar kendi kanıtını güçlendirmek için klâsik hukuk teorisini (usulcû) İbn Kayyim el-Cevziye'den şu iktibası yapmıştır:

"Mesele, çağa uygun olup olmamasından ziyade, hukukî delillerin sağlamlığını nazar-ı itibara almaktır... Şayet görüş, sağlam bir delil tarafından desteklenirse onu kabul ederiz, isterse insanlar onun çağa uygun olduğunu veya olmadığını düşünsünler fark etmez."<sup>4</sup>

Maslahat meselesi, bu soruların da işaret ettiği gibi İslam hukukundaki değişim ve esneklik probleminin ayrılmaz bir parçasıdır. Maslahat ile ilgili bu tartışma, yararlılık ve diğer genel prensiplere dayalı delillerin, hukukta mevcut olmayan yeni hükümler, hatta daha da önemlisi İslam hukukuna aykırı veya zıt gibi gözükken hükümler için muteber bir gerekçe olup olmadığı probleminde odaklanır. Diğer bir ifade ile İslam hukuku ne ölçüde değişebilir ve bu değişiklikler hangi prensip ve fikirlere dayalı olarak gerçekleşecektir? Ne zaman İslam hukuku, yeni hükümler ve modern terminolojide "müskil meseleler" (hard cases) denilen durumlarla karşı karşıya kalsa maslahat konusu, merkezî bir konum almaktadır.

Maslahat, bugün de merkezî konumdadır. Çünkü pek çok Müslüman ülke, İslam'ın yeniden canlanmasının tabii bir neticesi olarak (bazıları ciddi olarak, bazıları yarı gönüllü biçimde) hukukî sistemlerini İslam hukuku ile uyum içinde yeniden tesis etmeye girişmektedir. İslam hukukunun geleneksel hükümlerini modern bir kanunlar sistemi içinde düzenlemek suretiyle bu ülkeler, aynı zamanda modern bir toplum kurma zorunluluğu ile yüz yüze iken, bin yılı aşkın bir zaman öncesine uzanan bir hukukun içeriğine ve düşünce yapısına bağlı kalmayı istemektedirler.

Maslahat, bu dengenin nasıl sağlanacağı konusundaki münakaşada tartışılan bir kavram olmuştur. Maslahatın tanımı nedir? Hukukî gerekçelendirmede maslahatın rolü nedir? Maslahatın muteberliği ne demektir? Maslahatın net olarak anlaşılması, bu durumda oldukça büyük bir önem arz etmektedir.

### **KLÂSİK HUKUK TEORİSİNİN TEORİK ARKA PLANI:**

Hukuk teorisyenlerinin (usulcülerin) maslahat hakkındaki tartışmalarını iyice anlamak için klâsik hukuk teorisinin altında yatan teorik düşünceyi anlamak gerekir. Genel olarak klâsik hukuk teorisini, maslahat meselesine sıcak bakan entelektüel bir ortam sağlamamıştır. Bunun nedeni de klâsik hukuk teorisinin başından beri İslam hukukunu, İslam'ın vahyedilmiş ilâhî kaynakları olan Kur'an ve hadisten çıkarılan ezeli ve değişmez bir ilâhî hukuk olarak değerlendirmesidir. Bu anlayışın bir sonucu olarak da hukukî meşrûiyet, adalet, ahlâk ve maslahat gibi kavramlardan değil, sadece ve sadece ilâhî metinlerden yorumlanarak çıkarılıyor görünmektedir. O halde klâsik hukuk teorisini, kaynağa oldukça fazla dayanan ve temel problemi basitçe, hükümlerin mevcut ilâhî kaynaklardan nasıl çıkarılacağı olan bir hukuktur.

Şâfiî (150-204 / 767-820), sistematik hukuk teorisini ortaya koyan ilk kişi idi. Şâfiî'nin etkisi o kadar yaygın olmuştur ki, onun İslam Hukuk Teorisini (Usul-ü Fıkıh ) hak-

<sup>3</sup> Muhammed Osman, "La yüşteratu vuku' u't-talâk emâme'l-kâdî", el-Livâu'l-İslamî (Kahire), 8 Nisan, 1982, s. 15.

<sup>4</sup> Aynı yer.

kındaki düşüncelerinin izi silinmez olmuştur. Şâfiî'nin başlıca iddiası tüm hukukun İslam'ın vahyen gelmiş olan kaynaklarından çıkartılması gerektiği ve bu kaynakların menbanın da Kur'an ve Peygamber'e vahyedilen hadiste yer alan ilâhî teşri' olduğudur.

Şâfiî tarafından ihtiyatla kabul edilen üçüncü kaynak ise icma'dır. İcma', Şâfiî tarafından ilâhî iradeyi yansıttığı inancından dolayı Hukuk'un muteber bir kaynağı olarak kabul edilmiştir. Allah, kullarının hata üzere birleşmelerine müsaade etmez. Şâfiî, vahyin önceliğini vurgulayarak anlamını tüm Müslümanların konsensüsüne has kılmak suretiyle icma'ın kullanımına bir sınır getirmeye çalışmıştır.

Şâfiî şu şartı koşturmuştu: Şayet yeni durum aslî kaynaklarda -Kur'an, hadis ve icma'- açıkça zikredilmemişse bu durumda hüküm çıkarmak için tek meşrû yol kıyası kullanmaktır ki, kıyas da bir hükmün, daha önceki bir hükmeye (asl) kıyaslanabilir olduğunun gösterilmesidir. Kıyas, hukuku genişletmenin yegâne kabul edilebilir vasıtası olmaktadır. Çünkü Şâfiî, aslî kaynakların her türlü hukukî problem için bir çözüm ihtiva ettiğine inanmaktadır:

"Allah'ın dinine mensup insanların başına gelen hiçbir olay yoktur ki Allah'ın Kitabı'nda doğru yola ulaştırarak bir delili olmasın."<sup>5</sup>

O halde kıyas, tüm yeni hükümlerin aslî kaynaklara sıkı bir şekilde bağlı olduğunu garanti etmektedir. Bu esasa göre de kıyas, hukukun dördüncü kaynağı olmaktadır.

Her ne kadar Şâfiî, tüm fikirlerini diğer fakihlere kabul ettirmede ve tamamen yeknesak bir hukuk teorisi oluşturmada başarılı olamasa da onun ana önermesi ve sistemi, hukuk teorisinin (usul) tartışılmaz temeli olmuştur. Bu yüzden klâsik hukuk teorisine daimî olarak yerleştirilen fikir, hukukun, tüm içeriğini, nihâî otoritesini ve meşrûyetini vahye dayalı üç kaynaktan -Kur'an, hadis ve icma'- aramak zorunda olduğu ve tüm yeni durumların da kesinlikle kıyas esasına dayalı olarak çözümlenmesi gerektiği düşüncesidir. O halde bu dört kaynak, hukukî hükümlerin istinbat edileceği temel kaynaklardır (authoritative sources).

Elbette bu demek değildir ki, Şâfiî'den önceki ve onun zamanındaki hukukçular (fakihler), bu temel fikirlerde ihtilaf etmişlerdir. Onun çağındaki Mâlik, Ebu Hanîfe, Süfyan es-Sevrî ve Evzâî gibi büyük hukukçular, hiç şüphesiz Şâfiî'nin düşünce sistemini kabul ediyorlardı. Farklılık ise vurgu ve yorumdadır. Şâfiî, hukukun kaynaklarını bu dört kaynak ile sınırlamada kesin bir tavır almış ve bu kaynakların uygulanmasında da katı davranmıştır.

Şâfiî'nin fikirleri, bir ölçüde hâkimlerin (kadılarının) ve hukukçuların (fakihlerin) kendi şahsî görüşlerine dayanarak hüküm çıkardıkları istikrarsız ve organize edilmemiş bir hukukî sisteme reaksiyon olarak görülmelidir. Bu problemi dile getirmek üzere İbnü'l-Mukaffâ (ö. 140 / 757), Abbasi halifesi Mansur'a (136-158 / 754-775 yılları arasında hüküm sürmüştür.) yazdığı bir mektupta çeşitli bölgelerde ve zamanlarda ve hatta aynı şehirde ortaya konulan birbirinden farklı ve birbirine zıt hukukî hükümler yüzünden çıkan karışıklıktan şöyle şikayet etmektedir:

"Bu karışıklık Kur'an, Peygamber'in uygulaması (sünneti) ve ondan sonra da önder imamlara müracaat etmeksizin veya yanlış müracaat etmek suretiyle fikir beyanı (rey) nin serbestçe kullanımından kaynaklanmaktadır."<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Şâfiî, *er-Risâle*, thk. Ahmed Şakir, Kahire, Daru't-Türâsî'l-Arabî, 1979, s. 20.

Şâfiî tarafından ortaya konulan hukukî teori, bir anlamda hukukî görüşlerin çatışmasından doğan karışıklıkla problemlile hale gelmiş olduğunu düşündüğü hukuk sistemine bir düzen ve önceden kestirilebilirlik getirmek için bir atılımdı. Şâfiî'nin çözümü, tam olarak hukukun kaynaklarını belirlemek ve hukukî hükümleri çıkarmanın ve kaynakları yorumlamanın uygun yöntemlerini kaydetmek olmuştur. Kur'an ve hadisin vahyedilmiş ilâhî metinlerini hukukun aslî kaynağı olarak belirlemek suretiyle Şâfiî, sadece hukukun kaynaklarının sayısını sınırlamakla kalmayıp aynı zamanda hukukun otoriter gücünü bir dizi nassa tahsis ederek bu kaynakları daha da belirgin bir hale getirmiştir. Şâfiî, hukukun özenli bir şekilde ve sistemli bir biçimde bu nassî kaynaklardan çıkartılması gerektiğini şiddetli bir biçimde münakaşa etmiştir. Nassî kâle almayan ya da yanlış yorumlayan hiçbir hukukî hüküm, meşrûiyet hakkına sahip olamaz.

O halde İslam hukuku, ilâhî bir hukuk, vahyedilmiş bir hukuktur. Bu hukuku belirtmek için kullanılan Arapça *şer'* veya *şeriat* kelimesi vahyedilmiş hukuk anlamına gelmekte ve diğer herhangi bir hukuk ya da hüküm için kullanılamamaktadır. Bu hukukun emir ve yasakları Allah'ın emir ve yasaklarıdır. Allah, yegâne hâkim ve kanun koyucudur. Bunun sonucu olarak beşer tarafından yapılan teşri', ilâhî teşri'e karşıttır. Hukuk koymaya kalkışan kişi, bizzat Allah'a ait olan hakkı gasp ediyor demektir.

Şâfiî'nin tartışmalarındaki başlıca hedefi, rey (kişisel görüş) ve istihsandır (fikhî tercih). Şâfiî'nin görüşüne göre, rey ve istihsan beşer düşüncesinin ve sezgisinin bir ürünüdür ve hukukla hiçbir ilişkisi yoktur. Sonuç olarak rey ve istihsan, beşer tarafından yapılan bir teşri' olması hasebiyle kınanabilmektedir. Hukukî teori, Şâfiî tarafından beşer teşri'inin hukukun limanlarına sızmasını emin kılacak bir gözetleme kulesi olarak kurulmuştur. Hukukî teoride bir fikri aşığılamanın en etkili yolu, onu beşer teşri'i olarak adlandırmaktır.

Başından beri Şâfiî'nin eserlerinde İslam Hukuk Teorisi, bazı bakımlardan modern hukuk teorisini H. L. A. Hart<sup>7</sup> ve diğerlerinin hukukî pozitivizmine benzer bir hukukî pozitivism şekline doğru yöneltmiştir. Şurası da açıklığa kavuşturulmalıdır ki, hukukî pozitivism bazen ilâhî veya tabiî hukukun karşıtı olan beşer tarafından yapılan hukuka (pozitif hukuk) atfen de kullanılır. Bu temel anlamda İslam hukuku, hukukî pozitivism felsefesine taraftar olarak tanımlanamaz. Ancak hukukî pozitivism şu hususları da içine alan daha geniş bir yelpazeye sahiptir.

1. Hukukî pozitivism, hukuku, "hükümdarın buyrukları" veya "hâkim tarafından yapılan hukuk" ya da "örf-âdet hukuku" gibi müşahhas kavramlarla sınırlamaya çalışan bir hukuk tanımı anlamında kullanılır.
2. Kendisi vasıtasıyla hukukun tanındığı kuralları belirleme arzusu anlamında.
3. Hukuk ve hukukun dışındaki (yani ahlâk) şeyler arasında bir ayırım teorisi anlamında. İslam hukukunun, hukukî pozitivism ile mukayese edildiği hususlar bu üç noktadır.

Hukukî teori, Şâfiî tarafından tasarlandığı biçimiyle şu anlamda pozitivistiktir: Bu teorinin ilgisi, hukukun kendisi vasıtasıyla tanındığı kuralları keşfetmeye ve hukuk isminin, hukukun tespit edilmiş kaynakları dışında herhangi bir şey için kullanılmasını reddetmeye çekilmiştir. Gerçekte Şâfiî, kabul için -yani hukuk dışı şeylerin karşıtı ola-

→

<sup>6</sup> İbnü'l-Mukaffa', "er-Risâle", Resâilü'l-Büleğâ'nın içinde, thk. Muhammed Kürd Alî, Kahire, Dâru'l-Kütübi'l-Arabiyyeti'l-Kübrâ, 1913, s. 125-126.

<sup>7</sup> Bkz. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford Üniversitesi Yayınları, 1961.

rak neyin hukuk olduğunun kabulü; muteber olmayan hukukî bir hükümün karşıtı olarak da neyin muteber bir hukukî hüküm olduğunun kabulü için- bir dizi kurallar koymuştu. Şâfiî'nin sistemine göre şayet hukukî bir hüküm, otoriter (nassî) bir kaynaktan çıkarılmış ise o, hukuktur ve bu tür bir kaynaktan çıkarılmamış ise o hüküm, hukukun bir parçası olarak kabul edilmez. Şuna da işaret etmek gerekir ki, İslam hukuku, bu kabul (yani hukukî oluşu ve meşrû oluşu kabul) için bir takım net kurallar ihtiva etmemektedir ve bu yüzden Şâfiî, kabul için uygun kurallar olduğunu düşündüğü şeyleri çıkarabilmek için nassî kaynakları tahlil etmek zorunda kalmıştır.

O halde İslam hukukunda hukukî bir hüküm vermek için kriter kaynaktır, içerik değildir. Şâfiî'nin dediği gibi adalet, basit olarak Allah'ın emrettiği şeydir.<sup>8</sup> Şâfiî'nin bu hukukî pozitivizmini, onun ifadesini, hukukî pozitivizmin kurucularından biri olan ve "Hukukî normlar, herhangi bir çeşit muhtevaya sahip olabilir."<sup>9</sup> diyen Kelsen'in ve "Hukuk adaletsiz olamaz."<sup>10</sup> diyen Hobbes'un ifadeleri ile karşılaştırdığımızda görürüz. Şayet bir hükümün kaynağı kesintisiz bir silsile ile nassî kaynaklara ulaşıyorsa bu hüküm, hukukun bir parçası olarak kabul edilir. Buna göre hukukun otoritesi, kaynağa dayalı oluştur, içeriğe dayalı oluş değildir. Bu durum, Şâfiî'nin görüşüne göre gerekli idi; çünkü hukukî sisteme bir düzen ve birlik getirmek için formel, ilâhî yaptırımlı ve otoriter bir hukuk anlayışı gerekli idi ki, bu hukuk anlayışında hukukun fûrûatı kişisel görüş, değer, menfaat ve insanların örf-âdetleri gibi değerlendirme ölçülerinden bağımsızdır.

Hukukî pozitivizm teorisinin bir diğer yönü de bu teorisinin tabii hukuk ve doğal haklar kavramlarına karşı olan mantıkî antipatisinde yatmaktadır. Klâsik İslam Hukuku Teorisi'nde yükümlülükler ve haklar, eşyanın ya da insanın tabiatında içkin olan şeyler değildir. Tüm yükümlülükler ve haklar, hukuk tarafından belirlenmiş ve tespit edilmiş olup vahyedilmiş metinler ve icma' içinde saklıdır. Çağırıldığı zaman hukukî süreçte etki edecek nihaî bir hâkim olarak hukukun üzerinde şekillenmemiş hiçbir yükümlülük ya da hak bulunamaz. Şâfiî için hukuk, vahyedilmiş metinlerde tespit edilen şeydir, ne daha fazlası ve ne de daha azı. O halde mükellefiyet ve hak telâkkileri, müphem ahlâk ve tabiat fikri ile ilgili felsefî bir mesele olmaktan ziyade müşahhas hukukî metinlerin yorumu ile ilgili bir meseledir.

Pozitivistik eğilim, maslahatın aleyhine olarak klâsik hukuk teorisine hakim olmuştur. Yarar, ahlâk, adalet ve hukukun evrensel prensipleri ile ilgili olmasına rağmen maslahatı tam olarak tanımlamak oldukça güçtür ve kişisel görüşün keyfiliği ile oldukça kolay ilişkilendirilir. Sonuç olarak maslahat, müşahhas olandan hoşlanan ve sadece vahyedilmiş hukukî metinlerin meşrû kabul ettiğini meşrû kabul eden bir hukukî teoriye kolayca uymaz. Hukuk teorisinin pozitivistik kriteri ışığında maslahat, şüpheli, kuşku bir fikir olarak gözükmemektedir.

Ancak hukuk teorisini, bazı nedenlerden dolayı istese de maslahatı dikkate almamazlık edemez. En tartışılmaz neden, maslahat hakkındaki genel ifadelerin nassî kaynaklarda oldukça fazla oluşudur. Kur'an ve hadis metinleri, spesifik hukukî hüküm koymaktan ziyade ahlâk, adalet ve iyiliğin tesisine teşvikte yoğunlaşır. Diğer bir neden

<sup>8</sup> Şâfiî, *er-Risâle*, sf. 25.

<sup>9</sup> *The Encyclopedia of Philosophy*'den alınmıştır, 1967 baskısı. Daha geniş bilgi için bakınız H. L. A. Hart, "Legal Positivism".

<sup>10</sup> *The Encyclopedia of Philosophy*'den alınmıştır, 1967 baskısı. Daha geniş bilgi için bakınız Richard Wollheim, "Natural Law".

de Peygamber'in ashâbının ve Mâlik gibi pek çok ilk dönem fakihlerinin görünüşe bakılırsa hukukî hüküm koymada maslahat prensibini kullanmış olmalarıdır. Hukukî teori (usul), vahyedilmiş metinlerde bulunan maslahatla ilgili ifadeleri nasıl ele almaktadır ve hukukî teori, ashâbın ve ilk dönem fakihlerinin hukukî görüşlerini nasıl yorumlamaktadır? İşte bunlar, hukukî teorisinin kapısını, maslahat meselesine açan âmillerdir.

Göz önünde bulundurulması gereken önemli bir nokta da şudur: Hukukî teori-deki pozitivistik vurgular, teşriî karar vermede değil, kazâî karar vermeye ilişkin mahdud sınırlar içinde yer alması konusunda maslahat tartışmasını zorlamaktadır. Çünkü beşer kaynaklı teşri' reddedildiği için bağımsız olarak teşride bulunan bir kurum veya hüküm koyan yönetici telâkkisi, klâsik dönemde ortaya çıkmamıştır. Bu yüzden beşer çabası, hukukun belli durumlar hakkında ne söylediğini belirlemek suretiyle hukukun uygulanması ve yorumlanmasına hasredilmiştir. Hatta bu süreç, bir teşri olarak düşünülmemiş, daha ziyade hukukun amacını keşfetmek olarak kabul edilmiştir. Ancak hukukun nasıl uygulanacağını belirleme işi mahkemelere düşmemiş, hukukun fûrûu konularındaki beyanları (fetva ve içtihatları), icma' süreci vasıtasıyla otoriter hale gelen hukukçulara (müfti veya fakihlere) düşmüştür.

Teşriî alanda maslahat, daha serbest ve daha büyük bir kabule mazhar olabilir. Bununla birlikte kazâî hüküm vermede bu saha çok daha dardır; çünkü burada mesele, hukukun belli hükümlerinin belli durumlara uygulanması ile ilgilidir. Hukukçu bilinçli olarak bir kanun yazarken değil, bir davayı karara bağlarken maslahatı düşünür.

Hukukçu, hukukun nasıl uygulanacağına dair bir teamül koyduğunda gerçekte kanun yapmış olmaktadır. O halde teşriî bir kurumun olmadığına hukukçunun beyanları oldukça önemli olmaktadır. Çünkü o, hukukî değişim ve gelişimin yegâne mümes-silidir. Bu yüzden kazâî kararların verilmesi sürecinde maslahat, hukuktaki değişim ve gelişim için katkıda bulunmak zorundadır.

## ÖZET GÖRÜŞLER:

Hemen hemen tüm hukuk teorisyenleri (usulcüler), "Hukuk, maslahat için teşri' kılınmıştır" önermesini kabul etmiştir. Onların kastettikleri şudur: Hukuk, belli evrensel prensiplere uygun olarak ve belli yararlı gayeleri (maslahat) gerçekleştirmek için konur. Bununla birlikte maslahat hakkındaki tartışma, bu önermenin sonuçları üzerinde merkezleşmektedir.

Asıl olarak maslahat meselesi, Kur'an ve hadislerdeki ahlâk, adalet ve faydaya ilişkin genel normlar koyan ya da bunlara işaret eden çok sayıdaki ifadelerden ortaya çıkmaktadır. Maslahat olarak sınıflandırılabilen olan bu ifadeler, hukukun altında yatan ilkeyi oluşturmaktadır. Temel soru, bu ifadelerin ve imalarının hukuk ya da hukuk dışı olarak kabul edilip edilmediği sorusudur. Şayet bunlar, hukukun bir bölümü ise potansiyel olarak hukuku şekillendirme ve hukukî hükümleri gerekçelendirme gücüne sahiptir. Ve eğer maslahat ve maslahatın ahlâkî ve faydacı prensiplerinin, hukukun kendi alanına girmesi kabul edilirse, bu durumda hukuk, bütünüyle kaynağa dayalı olmaktan çıkar ve hukukun içeriği maslahat prensiplerinin değerlendirmesine tâbi olmak zorunda olur. Sonuç olarak, hükmün içeriği, maslahatın ışığı altında değerlendirilmek zorunda olacağından hukukî bir hükmün aslî şekli, geçerlilik ölçüsü olarak yetersiz kalacaktır.

Bu nedenle, klâsik hukuk teorisinin (usul-i fıkıh) temel konumu, maslahat meselesinde risk altındadır. Hukukî gerekçelendirmede maslahatın rolünün reddedilmesi,

pozitivistik vurguların sürdürülmesi anlamına gelirken, maslahatın desteklenmesi, hukuk teorisindeki pozitivistik tutumun gevşetilmesi anlamına gelmektedir.

Maslahat meselesinde hukuk teorisyenlerini ikiye ayırdım: Maslahatı sınırlayanlar ve maslahatı destekleyenler. Çok az sayıdaki hukuk teorisyeninin, maslahatı tamamen reddettiği söylenebilir, ancak tanınmış hiçbir teorisyen böyle bir görüşü benimsememiştir. Daha önce de zikrettiğim gibi hukuk teorisyenleri, hukukun ahlâki temel ve faydacı gayelerini onaylamaktadırlar.

Başta Şâfiîler, Zâhirîler ve Mutezile olmak üzere maslahatı sınırlayanlar, maslahatın evrensel prensip ve gayelerine sarîh hukukî mülâhazalar verilmediğini ve dolayısıyla da mantiken bunların hukukun bir parçası olmadığını ileri sürerler. Onlara göre, hukuk, kaynağa dayalı olandır ve bir hükmün geçerliliği sadece ve sadece otoriter kaynaklarda (naslar) bulunan emsal ve hukukî kaidelerden çıkarılmış olmasına bağlıdır.

Maslahatı destekleyenler ise Hanefî, Hanbelî ve Mâlikî teorisyenleri içine alan oldukça geniş bir yelpazeyi oluşturan gruptur. Bunların dile getirdikleri ve pek çoklarına göre de dile getirmedikleri düşünceleri şudur: Maslahat, hukukun bir parçasıdır ve bundan dolayı da yeni hükümleri gerekçelendirme ve mevcut hükümleri yorumlayabilme hakkına ve özelliğine sahiptir. Hukuku, maslahatın olası kötüyü kullanımından korumak ve maslahatı, hukuk teorisi ile daha uyumlu bir hale getirmek için bu hukukçular, maslahatın kabulü için çeşitli şartlar koymuşlardır. Tûfî hariç hepsi tarafından kabul edilen temel şart, maslahatın otoriter kaynaklarda açıkça ya da zımnen ifade edilmiş olması gerektiğidir. Bu şart, teorik olarak klâsik hukuk teorisinin, tüm hükümler otoriter kaynaklara dayalı olmalıdır talebini gerçekleştirmektedir.

Şâfiî ve maslahatı sınırlayanların geliştiren destekledikleri hukuk teorisi, İslam hukuku için büyük ve övgüye değer bir katkıdır. Şâfiî'nin dehâsı, yeni gelişmekte olan İslam hukuku için sağlam ve istikrarlı bir temel sağlayan bütüncül ve tutarlı bir hukuk sistemini kavramsal olarak ortaya koymasındaydı. Dahası Şâfiî, adaletin, rasyonelleştirmelerin oldukça sübjektif ve keyfî olduğu muvakkat bir temele dayanılarak temin edilmesine karşılık, kendisi vasıtasıyla adaletin, açıkça belirlenmiş olan hukuka göre sağlanacağı bir hukuk teorisi ortaya koyabilmişti. Bu anlamda Şâfiî, benzer durumları aynı şekilde, farklı durumları da farklı biçimde çözümleyen şeklî adaletin zorunlu ihtiyaçlarını karşılayan bir sistem formüle etmeye muvaffak oldu. Özellikle de kıyasın katı kullanımını, mevcut hükümlerin titizlikle ve aynı şekilde tatbik edilmesi anlamına geliyordu.

Kazâî sürecin sınırları içinde Şâfiî'nin pozitivistik sistemi iyi çalışır, fakat müşkil meseleler (hard cases) ve yeni durumlar ortaya çıktığında ve yeni bir teşri' için baskı arttığında Şâfiî'nin sistemi, bu meydan okuma karşısında başarısız kalır. Çünkü Şâfiî'nin sistemi oldukça mekaniktir. Bundan dolayı Şâfiî'nin hukuk teorisi, "hukuk nasıl değişir ve gelişir" sorusu hariç bir hukuk sisteminin tüm sorularına cevap verir. Bu soruyu cevaplamak için "hukuk nasıl belirlenir ve hukuku tanımanın kuralları nelerdir?" gibi temel meselelere geri dönmek gerekir. İşte maslahatı savunanların yaptığı da tam bu idi.

Maslahatı destekleyenler, temellerini değiştirmeksizin hukuka ihtiyaç duyulan esnekliği kazandırdılar. Onlar, klâsik hukuk teorisine, hukukun, kendisi vasıtasıyla müşkil meselelere ve yeni şartlara ilişkin problemleri çözmeye teşebbüs edeceği bir kriter ve çerçeve getirdiler.



Mesela, maslahatı destekleyenler, hukukun beşer aklının müdahalelerine kapalı ve açık olduğu alanları belirlemişlerdir. Kat'î ve açık olan metinler ya da hükümler değişmeye kapalı olan alandır. Bu metinlerin değiştirilmesi, hukukun aksini iddia etmek ve hukuku iptal etmek anlamına gelir. Hukukun, açık olduğu alanlar üçtür:

1. Hukukun sukût ettiği alanlar,
2. Yeni bir meselenin, mevcut bir hükmün altına girip girmediği hakkında belirsizlik bulunan durumlar,
3. Yeni meselelerin, mevcut hükümlerin alışlagelmiş uygulamalarını gündeme getirdiği durumlar.

Bu durumlarda maslahatın uygulanıp uygulanamayacağı konusu ortaya çıkar. Maslahatı savunanların temel olarak dile getirdikleri şey, hukukun açık olduğu alanlardaki hukukî hükümlerin, iki türlü gerekçelendirmeye tâbi tutulabileceğidir: Birinci derecedeki gerekçelendirme, ikinci derecedeki gerekçelendirme.

Birinci derecedeki gerekçelendirmeler, bir meselenin hükmünün, mevcut bir hükümden direkt istinbat edilmesi temeline dayalı olarak yapılan gerekçelendirme. Bu, hukukî bir hüküm için en kuvvetli delildir ve şayet delil, açık ve kesin ise artık daha fazla gerekçelendirmeye ihtiyaç yoktur. Maslahatı sınırlayanlar, birinci derecedeki gerekçelendirmeyi, bir hükmü meşrû kılmanın yegâne metodu olarak kabul ederler.

İkinci derecedeki gerekçelendirmeler ise maslahat fikrini içerir. Özellikle de bir hükmün, şu iki temele dayalı olarak gerekçelendirilmesine yöneliktir:

1. Hukukun özel ve genel amaçları ile tutarlılık temeli,
2. Hukuk tarafından amaçlanan faydayı gerçekleştirme temeli.

İkinci derecedeki gerekçelendirmelerin hukukî akıl yürütme sahasına girmesine müsaade edilmesi, hukukî delillerin kaynağa dayalı olmak zorunda olmayıp daha ziyade içeriğe dayalı olabileceği anlamına gelmektedir. Bunun da ötesinde ikinci derecedeki gerekçelendirmelere müsaade edilmesi, birinci derecedeki gerekçelendirmelerin de maslahat ölçüsüne dayanan bir tahlile tâbi tutulması gerektiği anlamını taşır. Diğer bir deyişle hukukî hükümlerin, hukukun amaçları ile uyum içinde olup olmadığını ve bu hükümlerin sonuçlarının da hukuk tarafından amaçlanan faydaya sahip olup olmadığını belirlemek için gözden geçirilmesi gerekir. Böylece de gerekçelendirmenin ölçütü, hükmün aslî kaynağının inhisarına bırakılmamış olmaktadır.

Maslahatı destekleyenler, maslahatın, hukukî hükümler için meşrû bir temel olmasına müsaade etmekle mevcut hükümlere ve emsallere karşılık, prensiplere dayanan bir hukukî akıl yürütme metodu ortaya koymuşlardır. Bu yolla maslahatı destekleyenler, kıyasın hukukî akıl yürütme üzerindeki kısıcını gevşetmişlerdir. Kıyasın, hukukî akıl yürütme üzerindeki hâkimiyeti azaltılmıyordu, çünkü, kıyasın mantığı, somut mevcut hükümlere münhasır kılınmış ve bunun bir neticesi olarak da maslahatın genel prensipleri, bu sistemde yer almamıştır. İkinci dereceden gerekçelendirmeler, prensiplere dayalı karar vermenin, hukukî süreçte meşrû bir role sahip olduğu anlamına gelir.

Sonuç olarak, ikinci dereceden gerekçelendirmelere müsaade etmekle maslahatı destekleyenler, hukukun nasıl tanınacağına ilişkin kurallarda bir değişikliğe gitmişlerdir. Şâfiî'de hukuku tanımaya ilişkin kurallar, kaynağa dayalı bir dizi derli toplu kurallar iken, maslahatı destekleyenler, hukuk kavramını maslahatın pek çok prensibini içine alacak biçimde genişletmişlerdir. Her ne kadar maslahatın meşrûluğu, otoriter kaynaklardan çıkarılmış olsa da buna rağmen otoriter kaynaklardaki maslahatla ilgili ifadeler, çoğu kez izafî ve müphemdir, dolayısıyla da sübjektif yorumlara açıktır. Netice itibarıyla hukukun derli toplu kavramları biraz düzensiz bir hale getirilmiş ve tanıma

kuralları, daha az tahmin edilebilir bir şekle dönüştürülmüştür. Kısmen bu nedenlerden dolayı Şâfiî ve maslahatı sınırlayanlar, hukukî akıl yürütmede maslahata önemli bir rol vermeyi reddetmişlerdir. Hukuk teorisini daha esnek bir hale getirmenin bedeli, onu nispeten düzensiz ve intizamsız bırakmak olmuştur.

Bundan dolayı Klâsik İslam Hukuk Teorisi, hukuku katı bir şekilde otoriter kaynaklara hasreden oldukça baskın pozitivistik görüş ile maslahata dayalı daha dinamik bir hukuk görüşü arasında bir gerilim sergiler. Her ne kadar maslahat üzerindeki tartışmada, hukuk teorisinin temel önermeleri değişmemişse de maslahatı savunanlar, hukukî akıl yürütmede maslahata daha büyük bir rol vermişlerdir. Böylece maslahatın kullanımının meşrûlaştırılması, klâsik hukuk teorisinin pozitivistik ruhunu bir dereceye kadar azaltmış ve onu daha fazla içeriğin bilincinde olan ve daha az kaynağa dayalı bir hale getirmiştir. Modern çağda da hukukî pozitivism ile maslahatın kullanımı arasındaki gerilim hâlâ devam etmekte, ancak maslahatı savunanlar, sayıca daha fazla ve daha baskın bir durumda bulunmaktadır. ♦