

İSLÂM HUKUKUNUN KAZUİSTİK YAPISI ÜZERİNE

Yrd. Doç. Dr. Yakup MAHMUTOĞLU♦

ÖZET

Geçmişte uzun süre kazuistik yöntemi (meseleci) kullanan İslâm Hukuku, bu yönteme bakılarak, aynı esneklik ve kabiliyetle modern hayatın ihtiyaçlarını karşılamaya çok da elverişli olmadığı gerekçesiyle, bazı oryantalistler tarafından eleştirilmiştir.

Esasında 19. asra kadar kazuistik yöntem, sadece İslâm Hukukunun değil, aynı zamanda diğer hukuk sistemlerinin de kanunlaştırma yöntemi olmuştur. Dahası bu yöntem, hâlen Anglo-Sakson hukuk sistemi tarafından da kullanılmaktadır. Dolayısıyla kazuistik yöntemi İslâm Hukukuna özgü bir kanun yapma metodu/anlayışı olarak görmek isabetli bir yaklaşım değildir.

Âyet ve hadislerin (nass) taşıdığı nitelik, kendilerinden elde edilen fikhî hükümlerin kazuistik bir temayül göstermesine etki etmiş olmakla beraber, İslâm Hukuku, gerek kaynakları itibarıyla ve gerekse sistem olarak soyut prensipler oluşturma özelliğine de sahiptir. Nitekim klasik İslâm doktrinde benzer tekil/tikel olayların hükümlerinden hareket ederek genel bir hükme (külli kaideye) varıldığı da bir gerçektir.

Hukuk tarihinde kanunlaştırma; hukukçuların ve hukuk biliminin, hukuk oluşturma mantığı ve kanun yapma tekniği bakımından geldiği seviyeye bağlı olarak önce kazuistik daha sonra kazuistik-soyut ve son olarak da soyut yöntem ile devam eden bir süreci ifade etmektedir. Fakat başvurulan bu yöntemler, birbirini tamamlayan ve hukukun daha iyi uygulanması amacı taşıyan bir nitelik arz etmektedir.

İslâm hukuku açısından maksat, her devirde şeriatın hükümlerinin uygulanmasını ve çağın ihtiyaçlarına cevap verebilmesini sağlayan hukuk yöntemini temin etmek olduğundan, kanun yapma mantığı olarak kazuistik veya soyut yöntemin kullanılması bir sorun teşkil etmeyecektir.

Anahtar Kelimeler: *İslâm Hukuku, kanunlaştırma yöntemleri, kazuistik yöntem, kanunlaştırma.*

♦ Bayburt Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İDKAB Eğitimi Bölümü Öğretim Üyesi; e-mail: ymahmutoglu@hotmail.com

ON THE STRUCTURE OF CASUISTRY OF ISLAMIC LAW

ABSTRACT

In the past, a long time using casuistry method (meseleci) the Islamic Law, by looking at this method, on the grounds is not very suitable to meet the needs of modern life with the same flexibility and ability has been criticized by some Orientalists.

In fact, casuistry method had been not only Islamic law, but also in other law systems had been the codification method until the 19. century. Moreover, this method currently has been used by the Anglo-Saxon law system too. Therefore, it is not an appropriate approach to consider the casuistry method as a law-making method/approach specific to Islamic Law.

Although a quality that, verses and hadiths (nass) have, impacts on juridical provisions obtained from them to show a casuistry tendency, Islamic Law also has a property to create abstract principles whether its sources or as a system. Thus, it is a fact that in the classical Islamic doctrine, by acting from similar singular/particular provisions of events reached a general verdict (holistic base) too.

Codification in the history of law; has explained an ongoing process with firstly casuistry later casuistry-abstract, and finally abstract method by depending on the level of in terms of creating a logic of law and law-making technique of jurists and jurisprudence have reached. However, these applied methods present a property that compleates each other and has a purpose of making law applied better.

Since purpose in terms of Islamic law is to supply the implementation of the provisions of the Sharia in all ages and law method that allows to meet the needs of the age, using casuistry or abstract method as a logic of law-making will not be a problem.

Key Words: *Islamic Law, codification methods, casuistry method, codification.*

GİRİŞ

İslâm Hukukunda, hukuk/kanun oluşturma tekniği olarak “kazuistik/meseleci yöntem”in kullanılması, oryantalistlerin İslâm Hukuku üzerinde olumsuz yorumlarda bulunmasına sebep olmuştur. Bu zihniyet sahipleri, tarihin belli dönemlerinde uygulanan İslam hukukunun, artık o esneklik ve kabiliyetini yitirdiği için modern hayatın ihtiyaç duyduğu kanunları yapma tekniğine sahip olmadığından ve dolayısıyla bir hukuk sistemi olarak da insanların ihtiyaçlarına cevap veremeyeceğinden bahisle çok işlevsel olmadığını ima etmektedir. Aslında daha önce bu yöntem, bilinenin aksine, sadece İslâm Hukukunun değil, son 2-3 asra kadar tüm hukuk sistemlerinin kanun yapma mantığı(:yaklaşımı)nın adı olmasının yanında, günümüzde Anglo-Sakson gibi bazı hukuk sistemleri tarafından bir şekilde kullanılan bir yöntem olarak da göze çarpmaktadır.

Bir kanun yapma tekniği üzerinden İslâm Hukukunun yapısının incelendiği bu çalışmada öncelikle kanunlaştırma kavramı ele alınacaktır. Ardından kanunlaştırmanın gereğine değinilerek hukuk tarihinde kullanılan kanun yapma tekniklerinden söz edilecektir. Dolayısıyla nass-olgu ilişkisi bağlamında hükümlerin tespiti anlamında ilk örneklerine Kur’ân ve Sünnet’te rastlanılan *kazuistik*in, belli bir hukuk sistemine mi yoksa tüm hukuk sistemlerine mi özgü kullanıldığı, karşılaştırmalı olarak tespit edilmeye çalışılacaktır. Ayrıca bu metodun kullanılmasını netice veren saikler üzerinde durmak suretiyle bir kanaate varılacaktır.

Araştırma, kanunlaştırma yöntemleri üzerine bir çalışma olduğu için kullanacağımız malzeme de, özellikle karşılaştırmalı hukuk, hukuk tarihi, hukuk başlangıcı ve hukukun temel kavramları alanlarına dair eserler olacaktır.

1. KANUNLAŞTIRMA

1.1. Tanımlama

Kanunlaştırma, herhangi bir hususa müteallik hareket tarzını kanun haline koyma, kanun halinde kaideler vazetme demektir.¹ Yeknesak olarak geçerli olması istenen kurallar koyarak hukukun birleştirilmesi için her zaman kanunlaştırma (legislative) yoluna gidilmiştir. Kanunlaştırma, ülkelerin iç

¹ Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, "**Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat**", *Tanzimat I*, Komisyon, MEB Yayınları, İstanbul 1999, 142.

hukukları için söz konusu olduğu gibi, mesela ortak bir Avrupa hukuku oluşturmak için Avrupa Birliği için de söz konusu olabilmektedir.²

Kanunlaştırma deyimini iki anlamda kullanma imkânı vardır: İlk etapta ve basit anlamıyla kanunlaştırma, hukuk kurallarının yazılı bir şekilde tespit olunmasıdır. Bu anlamda, her yazılı hukuk kuralının çıkarılması, diğer bir deyişle, yetkili merci tarafından uyulması zorunlu yazılı hukuk kurallarının hazırlanması birer kanunlaştırma sayılır. Yeni bir kanun yapma denilebilen bu yöntem *taknîn* de denmektedir.³ Bu genel anlamın yanında kanunlaştırma sözcüğüne daha dar ve özel bir anlam da verilmektedir. Bu dar anlamıyla kanunlaştırma; dağınık bir halde mevcut olan yazılı veya yazısız bütün hukuk kurallarını sistemli olarak birleştirmeyi, yani sosyal hayatın birçok alanlarını içine alacak şekilde büyük kanun mecelleleri yapmayı ifade eder. Bu kavramı karşılamak üzere Fransızca "*Codification*", Arapça "*Tedvîn*" kelimeleri kullanılmaktadır.⁴

Kanunlaştırma kavramının birçok batı dillerindeki karşılığı "codification" olup bu kelime Latince "codex" kavramından gelmektedir. Codex ise "büyük kanun", "kanunlar mecmuası", "mecelle" manasına gelir. Dolayısıyla yukarıda da değinildiği üzere, kanunlaştırma kavramından, medenî kanun, ceza kanunu, ticaret ve usul kanunları gibi genel mahiyeti haiz büyük kanunlar yapma hareketi kastedildiği gibi çağdaş manada sistematik kanunlar yapma hareketi de anlaşılabilir.⁵

Yazılı hukuk kuralı koyma anlamındaki kanunlaştırma faaliyeti çok eskiye, milattan önceye dayanmaktadır. Bâbil Hâmurâbi Kanunu, Hz. Musa'nın On Emri, Roma On İki Levha Kanunu eski yazılı hukuk kurallarına en güzel örneklerdendir. Ancak özel ve dar anlamıyla ilk tedvin Doğu Roma İmparatoru Justinianus (MS.527-562) tarafından yapılmıştır. Roma Hukuku kuralları Corpus Juris Civilis adı altında derlenmiştir. Bu ilk tedvin bir yana bırakılırsa,

² Bkz. Oğuz, Arzu, "Hukuk Eğitimiindeki Son Gelişmeler ve Karşılaştırmalı Hukukun Hukuk Eğitimiindeki Rolü", *AÜHFD*, Cilt: 52, Sayı: 4, Yıl: 2003, 28.

³ Dönmez, İbrahim Kâfi, "İslâm Hukukunda Müctehidin Nasslar Karşısındaki Durumu ile Modern Hukuklarda Hâkimin Kanun Karşısındaki Durumu Arasında Bir Mukayese", *MÜİFD*, Sayı: 4, İstanbul 1986, 23.

1839 tarihli Tanzimat Fermanı ile Osmanlı Devleti'nde başlayan ve günümüze kadar birçok İslâm ülkeleri tarafından gerçekleştirilen taknîn çalışmaları, hukuk kurallarının yazılı olarak tespit edilmesi anlamındaki kanunlaştırma faaliyetlerine örnek olarak gösterilebilir. Bu tür çalışmalar için mesela bkz. İkinci, Ekrem Buğra, *Hukukun Serüveni*, Arı Sanat Yayınları, İstanbul 2011, 312-315.

⁴ Dönmez, 23; Bilge, Necip, *Hukuk Başlangıcı - Hukukun Temel Kavram ve Kurumları*-, Gözden geçirilmiş 10. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 1995, 82; Gözler, Kemal, *Hukuka Giriş*, 3. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2006, 175.

⁵ Velidedeoğlu, 143.

modern anlamda ilk tedvin/kanunlaştırma hareketleri 19. yüzyılın başlarında kendini göstermiş ve 20. yüzyılda en yüksek aşamasına ulaşmıştır.⁶

1.2. Kanunlaştırma Faaliyetlerinin Sebepleri⁷

a) Ülkede dağınık halde bulunan, bölge bölge değişebilen hukuk kurallarını tüm ülke genelinde uygulanabilecek hale getirmek ve geçerli olacak tek düzen (yeknesak) hukuk kuralları oluşturmak ve böylece uygulamadaki dağınıklığı ve keyfiliği ortadan kaldırmak.

b) Milli hukuku yabancı kökenli hukuk kurallarından arındırmak amacıyla tamamen yerli toplumun sosyal, kültürel, dinî ve ahlâkî değerlerini esas alan bir hukukî yapı oluşturmak için kanunlaştırma yoluna gitmek.

c) Bazen de uygulanmakta olan hukuk kuralları bireylerin ve toplumun ihtiyaçlarını karşılayamaz hale gelir ki bu durumda hukukun tekrar gözden geçirilmesi; toplumda meydana gelen gelişmelerin göz önünde bulundurulması, fertlerin ihtiyaçları ve sorunlarının dikkate alınması gerekir. Dolayısıyla yeni, çağdaş hukuk kuralları oluşturmak için kanunlaştırma yoluna gidilir. Osmanlıda, Tanzimat döneminde, ceza hukuku ve ticaret hukuku alanında yapılan kanunlaştırmalar bu türden bir faaliyetin ürünleridir.⁸

2. KANUNLAŞTIRMA YÖNTEMLERİ

Gerek hukuk kurallarını münferit şekilde yazılı olarak tespit etme ve gerek dağınık kuralları birleştirerek büyük kanunlarda toplama işi, kanun koyucuyu bir temel problem olan kanun yapma tekniği ile karşı karşıya bırakır. Şimdiye kadarki kanunlaştırma yöntemleri sürecine baktığımızda, önceleri kullanılan kazuistik (somut olay, hâdiseci) yöntemi ilk olarak, soyut-kazuistik yöntemin ve daha sonra soyut nitelikli yöntemin izlediğini görmekteyiz.

2.1. Kazuistik (Meseleci) Yöntem

Kanunlaştırma yöntemlerinden biri olan ve somut olay yöntemi diye de ifade edilen kazuistik (meseleci) yöntem; olaylara ve meselelere göre ayrıntılı hüküm verme, kanun koyma metodudur.⁹ Bu metodu ileride daha detaylı olarak inceleyeceğimiz için burada sadece başlığı zikretmekle yetiniyoruz.

⁶ Bilge, 81-82.

⁷ Gözler, 176.

⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Aydın, M. Âkif, *Türk Hukuk Tarihi*, 8. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2010, 428-434.

⁹ Önen, Mesut, *Hukukun Temel Kavramları*, Der Yayınları, İstanbul 1991, 135, 136.

2.2. Soyut-Kazuistik Yöntem

Kazuistik yöntemden soyut yönetime geçiş sürecinde, iki yöntem arasında ve her iki kanun yapma tekniğinin özelliklerini taşıyan bir metot vardır ki bu da Soyut-Kazuistik Yöntem¹⁰ diye nitelendirilmektedir. Bu metotla çok sayıda somut sorunların soyut çözümlerine yer verilmiştir.¹¹ Böylelikle, kazuistik yöntemde olduğu gibi, tamamen ayrıntılara girilmemiş; bazı genellemeler yapmaya imkân sağlayan ifadeler de kullanılmıştır. Bazı hukukçulara göre, Ahmet Cevdet Paşa önderliğinde hazırlanan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye bu tür kanun yapma yöntemine örnek gösterilebilir.¹²

2.3. Soyut Kural Yöntemi

Kanunların soyut ve genel nitelikte olması durumudur. Bu durumda aynı/tek kanun hükmü, birden fazla olaya uygulanabilecek genellikte tanım ve kapsayıcılık özelliği taşımaktadır.

Bu yöntem ile kanunlaştırma, soyut kurallara dayanarak, ayrıntılara inmeden yapılmaktadır. Bu tür kanunlaştırma, toplumdaki gelişmelere imkân vermekte, hâkime belli ölçüler içinde takdir ve kural koyma yetkisi tanınmaktadır. 19. Asrın başından bu yana görülen modern kanunlaştırmalarda bu yönetime başvurulmuştur. Örneğin, Alman, Fransız, İsviçre ve Türk Medenî Kanunu soyut kural yöntemine göre hazırlanmıştır.¹³

Soyut metotla hazırlanan kanunlarda, olayların ince teferruatı üzerinde durulmayarak genel nitelik taşıyan soyut hükümler konulmakla yetinilir ve ana hatları itibarıyla birbirine benzeyen olaylar hakkında aynı -genel- hükümler uygulanır.¹⁴ Kanun koyucu, genel ve soyut kuralları vazetmekle hâkimin kanunu yorumlamasını ister.¹⁵

¹⁰ Soyut-Kazuistik tabiri, ilk olarak Otto Von Gierke tarafından kullanılan bir tabirdir. Bu kanunlaştırma yönteminin tipik örneği olarak Alman Medeni Kanunu'nu gösterebiliriz. Bkz. Özsunay, Ergun, *Medenî Hukuka Giriş*, Gözden geçirilmiş 3. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1978, 109-110.

Bir başka hukukçu, Mesut Önen'in, 17 bin maddeden oluşan 1794 tarihli Prusya Kanunu'nu, "kısmen kazuistik yöntemle hazırlanmış" bir kanun olarak nitelendirmekle onu, soyut-kazuistik yönetime dâhil ettiğini söyleyebiliriz. Bkz. Önen, 136.

¹¹ Özsunay, 110.

¹² Cin, Halil/Akgündüz, Ahmed, *Türk Hukuk Tarihi*, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul 1996, II, 185.

¹³ Gözübüyük, Şeref, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, 15. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2001, 59; Anayurt, Ömer, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, 10. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010, 60.

¹⁴ Schwarz, Andreas B., *Medenî Hukuka Giriş*, Çev. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, İstanbul 1946, 38; Özsunay, Ergun, *Medenî Hukuka Giriş*, Fakülteler Matbaası (3. Bası), İstanbul 1978, 108-110; Ataay, Aytakin, *Medenî Hukukun Genel Teorisi*, 3. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980, 61.

¹⁵ Güriz, Adnan, *Hukuk Başlangıcı*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1986, 52.

O halde diyebiliriz ki, kanunlaştırma yöntem ve dönemlerine baktığımızda, ilk yöntem olarak, kazuistik/meseleci yöntem kullanılmıştır. Soyut yöneme doğrudan geçilmemiş, her iki yöntemin izlerini taşıyan, soyut-kazuistik denilen ara bir kanunlaştırma yöntemi kullanılmış ve ardından şu an dünyada genelde tercih edilen soyut yöneme geçilmiştir.

Yukarıda¹⁶ kanunlaştırma yöntemlerinden biri olarak değinilen Kazuistik Yöntem, araştırmanın konusunu teşkil ettiği için burada detaylı olarak ele alınacaktır.

3. KAZUİSTİK (MESELECI) YÖNTEM

3.1. Kavramsal Çerçeve

Sosyal bilimler sahasında *kazuistik* kavramının kullanımı, hukuktan ziyade ahlak alanıyla ilgilidir. Ancak kavramın zamanla bir kanunlaştırma tekniği olarak hukuk sahasında da kullanıldığını görmekteyiz. Dolayısıyla, kazuistik terimi, mücerret/soyut kanunlaştırma tekniğinin karşıtı olan somut/meseleci metot teriminin kavramsal içeriğini ve mana kapsamını belirtmek üzere kullanılır olmuştur.

3.1.1. Lügat Manası

İngilizce; "*Casuistry*" olan kazuistik, müzekker isim olarak Fransızca'da "*Casuiste*": "Bir şeyin ne zaman helâl ve ne zaman haram olduğunu açıklayan mezhebî ilimlerin alemi (remzi, özel adı), mezhebî meselelerin helâl (hükümler) kısmı" demek olup, müennes isim olarak; "*Casuistique*": yani "hukuk/fıkıh ilminin helâl ve haramdan bahseden kısmı, diğer bir deyişle muharremât kısmı" demektir.¹⁷

3.1.2. İstilah Manası

Kazuistik (İng. *Casuistry*); "Ahlak felsefesinde, genel ahlak kurallarının özel durumlara ve davranışlara uygulanıp uygulanmayacağını sistemli bir şekilde araştıran, sosyal düzene nüfuz eden ve onu temelden sarsabilecek yeni fikirlerle sosyal düzeni uzlaştırmaya çalışan bir alan" olarak tanımlanmıştır.¹⁸ Bir başka yerde kazuistik; "genel ilkelerin varlığını yadsıyarak her durumun kendi içinde değerlendirilmesi gerektiğini savunan durum ahlâkından farklı olarak, ahlâkî ilkelerin özel durumlara uygulanmasından oluşan ahlâk türü" diye

¹⁶ Bkz. Makale metni ["2.1. Kazuistik (Meseleci) Yöntem" adlı başlık], 4.

¹⁷ Sâmî, Şemseddin, *Kamûs-i Fransî, Fransızcadan Türkçeye Luğât (Dictionnaire Français-Turc/Fransızca-Osmanlıca)*, Mihran Matbaası, İstanbul 1882/1299, 296.

¹⁸ Flew, Antony, *Felsefe Sözlüğü*, Çev. Nurşen Özsoy, Yeryüzü Yayınevi, Ankara 2005, 298.

ifade edilmiştir.¹⁹ Yani aynı tür davranışlara uygulanan ahlak ilkesini savunan ahlak anlayışından farklı olarak, ahlâkî ilkelerin, özel/tikel olaylara ya da tek tek fertlerin özel durumlarına uygulanırken kendi şartlarında ele alınması gerektiğini savunmaktadır.

Öncelikle ahlak alanında kullanılan bu yöntem, daha sonra hukuk-ahlak arasındaki yakın ilişkiden dolayı, hukuk (kanunlaştırma, yargılama) açısından da düşünülmüş ve hukuk sahasında da kullanılır olmuştur.

"Doğru ya da yanlış davranışla ilgili problemleri konu alan sanat ya da öğreti olarak tanımlanan kazuistik, belli bir davranış tarzı içinde çeşitli ahlâk kurallarının çatışması durumunda, nasıl davranılması gerektiğini belirleme ihtiyacı ve zorunluluğundan doğmuş olup, genel ahlâkî ilkeleri özel durumlara uygulamak suretiyle geliştirmeye çalışan bir araştırma olarak ortaya çıkar. Başka bir deyişle amacı, tartışmalı, sorgulanabilir faaliyetleri haklı kılmak olan kazuistik, genel davranış kurallarına gerçek ve sağlam istisnalar bularak gelişen ahlak anlayışı"²⁰ ilmi olarak da tanımlanmaktadır.

3.2. Kazuistik Yöntemin Mahiyeti

Hukukun, her türlü olayı/sorunu çözüme kavuşturmasını hedefleyen bir kanun yapma yöntemidir.²¹ Kanunlaştırmaya giderken, her türlü olasılıklar düşünülerek hâkimlerin keyfilikliğini önleme, boşluk bırakmama, her türlü olaya bir çözüm yolu bulma ile ayrıntılı düzenlemelere gidilmekte, genel kurallarla yetinilmemektedir. Burada kanun koyucu, imkânlar elverdiği ölçüde çok hüküm koyar ve günlük yaşamın tüm sorunları için düzenleme getirmeye çalışır.²² Kanun uygulayıcısı olan hâkime mümkün oldukça takdir ve hukuk kuralı koyma yetkisi verilmez.²³

Şu halde kazuistik metotla yapılan kanunlarda keyfilikliğini önlemek, istisnaları ve suiistimalleri ortadan kaldırmak en önemli kanun yapma saiki olarak göze çarpmaktadır. Bu yönüyle toplum menfaatine yönelik olarak kanunlardan beklenen *toplumsal düzeni* tesis etme özelliği/gayesi de muhafaza edilmiş olmaktadır.

Fakat zamanla şartların zorlamasıyla değişmek durumunda kalan aşırı detaycı düzenlemeler, genel ilkelerin de uygulanamaz hale gelmesine sebep olabilmektedir. Böylesi düzenlemeler aşırıya varıldığında hukuk sistemini de kısa zamanda işlemez hale getirebilmektedir. Dolayısıyla, kanunla tanınan

¹⁹ Cevizci, Ahmet, *Felsefe Sözlüğü (Paradigma)*, İstanbul 1999, 503.

²⁰ Cevizci, 503.

²¹ Bkz. Önen, 136; Anayurt, 59.

²² Özsunay, 108-109.

²³ Bkz. Önen, 136; Anayurt, 60.

yetkiyi kötüye kullanma (suiistimal) olmasın diye en ince ayrıntısına kadar düşünülerek yapılan düzenlemelerin çabucak eskiyip işlemez hale gelmesiyle, hukukî boşluğun doğması gibi baştan istenmeyen bir durum, bir başka şekilde ortaya çıkmış olmaktadır.

Bu tür düzenlemeler, bazen çabuk eskiyen, toplumun gereksinimlerine cevap veremeyen, boşluk yaratan düzenlemeler olmaktan kurtulamazlar. 17 bin'den fazla maddeyi kapsayan 1794 tarihli Prusya Devletleri Genel Kanunu, 1804 Fransız Medeni Kanunu, Çarlık Rusya'da 1832'de çıkarılan 60 bin maddelik Kanun ve çoğunluğu teşkil eden hukukçulara göre Osmanlı'da yapılan 1876 tarihli ve 1851 maddeden oluşan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye²⁴ de bu yöntemle hazırlanmış kanunlardandır.²⁵

Bu metotla hazırlanan kanunlarda, olaylar, özelliklerinin en ince teferruatı göz önünde bulundurulmak suretiyle ayrı ayrı hükümlere bağlanır.²⁶ Kanunlar ayrıntılı olarak hazırlandığı için, bunlarda yer alan hükümlerin uygulanmasında hâkim, kanunun metnine sıkı sıkıya bağlı bulunduğu gibi, kanun koyucunun hüküm/yasa koymadığı olaylar hususunda da mevcut boşluğu doldurma yetkisine sahip değildir.²⁷

Kazuistik yöntemde, kanun koyucu, bir bakıma kanunların/hükümlerin ruhuna (mana ve maksadına) değil de lâfzen yorumuna aşırı vurgu yaptığı için lâfzî/literal olarak tüm olaylara, sorunlara değinmek zorunda kalmıştır.²⁸

Bu metot bir yönüyle, kanun koyucunun, kanunu uygulayıcıya olan güvensizliğinin ve dolayısıyla erkler ayrılığının sıkı ve tavizsiz uygulandığının bir göstergesidir.²⁹ Kanun koyucu, kanunun uygulanması bakımından ortaya çıkabilecek bütün durumları göz önünde bulundurarak her muhtemel olay için bir çözüm getirmeye çalışır. Bu yöntemle hazırlanan kanunlar çok sayıda maddeyi içerir. Böylesi kanunlar her somut olay için çözüm getirmeyi amaçladığından maddeler de teferruata incek biçimde kaleme alınmıştır. Bu tür kanunlaştırma yöntemine günümüzde bazen (örneğin, Vergi Kanunları'nda)

²⁴ Kimi hukukçular, Mecelle'nin yöntemi hususunda çoğunluğun aksine, farklı bir yaklaşım sergilemektedir. Onlar, Mecelle'de çeşitli cüzî meselelerden hareketle külli kaidelere varıldığını iddia etmektedirler. Ayrıca Mecelle'nin sisteminin, fıkıh kitapları sistemi olduğunu ve kazuistik/meseleci olmadığını, belki o devrin tedvin geleneğine uyarak, bazı konularda ayrıntılara gidildiğinden soyut-kazuistik denilebilecek karma bir metoda sahip olduğunu söylemektedirler. Bkz. Cın/Akgündüz, II, 185.

²⁵ Özsunay, 108-109; Önen, 135, 136; Anayurt, 60.

²⁶ Schwarz, 39.

²⁷ Ataay, 60; Gözler, 177.

²⁸ Güriz, 51.

²⁹ Bkz. Otacı, Cengiz, "Hermeneutik (Yorum Bilim) ve Ceza Kanunlarının Yorumu", *TBB Dergisi*, Sayı: 89, Yıl: 23, Ankara 2010, 448 (Özbilgen, Tarık, *Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri*, İÜHF Yayınları, İstanbul 1976, 415'ten).

başvurulsa bile genel anlamda bu yöntemin önceki konumunu yitirmiş olduğu söylenmektedir.³⁰ Diğer taraftan kazuistik yöntemle hazırlanmış kanunlarda, kanun koyucunun hükmü koymadığı durumlarda hâkimin kanun boşluğunu doldurma yetkisinin olmaması ile hukukta keyfiliği önlemek ve doğacak sakıncaları gidermek gibi gayeler hedeflenmiştir.³¹ Fakat toplumsal hayatın doğuracağı tüm ihtimalleri, meydana gelecek sorunları önceden tespit edip bunlara ilişkin kurallar koymak imkânsız denecek seviyededir. Kaldı ki kişiye göre “hüküm perspektifi” farklı/görece olduğundan uygulamada bir ortalama tutturmak da oldukça zordur.³²

Meseleleri tek tek ele alıp daha hassas ve âdil çözümlere varılma isteği bakımından faydalı olmakla beraber bu yöntemle kaleme alınan eserlere tümel (kuşatıcı bir bakışla) bakmak ve ortaya çıkan binlerce meseleden genel hükümler çıkarmak oldukça güçleştiği için, kazuistik yöntem işlevselliğini kaybetmiştir. Zamanla hukukçular, soyut-kazuistik dediğimiz karma yöntemle veya soyut yönetime yönelmişlerdir.³³

3.3. İslâm Hukukunun Yapısı Ve Özelliği

3.3.1. İslâm Hukukunun Yapısı

İslâm Hukuku kendine mahsus metotları bulunan "*sui generis*" bir hukuktur.³⁴ Onu anlayabilmek, Arap diline vakıf olmanın yanında, birçok İslâmî ilmin de iyi bir şekilde bilinmesini gerektirir ki böylelikle İslâm Hukuku daha doğru anlaşılabilir olur.³⁵ Tefsir, Hadis, Akâid gibi İslâmî ilimlerden biri olan İslâm Hukuku/Fıkıh diğer İslâmî ilimlere nispetle daha çok sosyal bünyeye dönük, daha çok ferdî ve toplumsal ilişkilerle/sorunlarla iç içe girmiş ve daha

³⁰ Güriz, 51.

³¹ Özsunay, 109-110.

³² Anayurt, 60.

³³ Bkz. Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 63, 64; Demir, Abdullah, "Külli Kaideler Ekolü", *EÜHFD*, Cilt: 11, Sayı: 1-2, Erzincan 2007, 145, 148. <<http://hukuk.erzincan.edu.tr/dergi/makale/2007-1-7.pdf>>. (20.12.2012).

³⁴ Nitekim bu hukuk sisteminin, İslâm dininin en önemli (aslı) iki kaynağı olan Kur'an (vahy-i metlûv) ve Sünnet (vahy-i gayr-ı metlûv)'e, yani vahye dayanması, onu ilâhî menşeli kılmakta ve diğer hukuk sistemlerinden ayırmaktadır. Bkz. Karaman, Hayrettin, "Fıkıh", *D.İ.A.*, İstanbul 1996, XIII, 2, 3; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 61-62; Zeydân, Abdülkerim, *İslâm Hukukuna Giriş*, Çev. Ali Şafak, Genişletilmiş 4. Baskı, Kayıhan Yayınları, İstanbul 2008, 70, 93, 102-103; Koç, Yunus, "Erken Dönem Osmanlı Hukuku: Yaklaşımlar, Temel Sorunlar", *Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi (Osmanlı Devletinin Kuruluşunun 700. Yılı Özel Sayısı)*, Ankara (Ekim) 1999, 118; İkinci, 264.

İslâm Hukukunun vahye dayalı hukuk olmasından kastedilen; onun kutsal ve değişmez olduğu değil, dini renk ve havayı her zaman taşıdığıdır. Bkz. Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 62; Zeydân, 103; İkinci, 264.

³⁵ Akdemir, Salih, "Üdeh'in 'et-Teşri'il-Cinâi el-İslâmî' Adlı Eserinin Tercümesi Üzerine", *AÜİFD*, Ankara 1986, XXVIII, 38.

müşekkel bir hüviyete sahip ilim dalıdır. Ferdî ve toplumsal olaylara/sorunlara bir çözüm, bir çıkış yolu ya da bir kural/norm getirmekle karşı karşıya olan bu ilim dalı, kendi içerisinde bir hukuk mantığına ve tekniğine sahip olmak zorundadır.

Hız. Peygamber'den sonra oldukça uzun bir dönem, İslam hukukçuları ilmî gayretlerini, karşılaştıkları veya önlerine gelen hukukî sorunların çözümüne adanmışlardır. Nitekim her geçen gün İslam coğrafyasına katılan yeni insanlar ve bölgeler ile bu hukukun kapsamına yeni [özel/tekil ve değişik] sorunlar da dâhil olmuş oldu.³⁶ Bu maksatla, İslam hukukçuları fıkıhın aslı kaynak ve delillerinden, fıkıh usulü (hukuk metodolojisi) ilmi yardımıyla çıkardıkları - tekil- hükümleri mesele mesele kayıt altına aldıkları ve kitaplara geçirdikleri için İslâm Hukuku "meseleci" anlamında "kazuistik" olarak nitelendirilmiştir.³⁷

İslâm Hukukunun sahip olduğu kazuistik (meseleci) kanunlaştırma tekniği, yani fıkıhın biçimsel olmayan (belli bir kalıba dökülmemiş) bir karakter göstermesi,³⁸ bu hukukun oluşmasında, gelişmesinde ve olgunlaşmasında kuşkusuz büyük kolaylık sağlamıştır. Çünkü bu dönemde hukukun normal gelişimi, her işlem ve olayın ayrı ayrı ele alınarak tâbi' olduğu hükümlerin belirlenmesini gerektirmekteydi.³⁹ Şu halde İslâm Hukukunun meseleci oluşu, o dönemdeki ortalama hukuk aklı, hukuk mantığı ve seviyesiyle ilgili olduğu kadar, geleneksel İslâm Hukukunun göze çarpan (ona özgü) özelliklerinden biri olmasıyla da ilgilidir.

İslâm Hukuku, meseleci bir hukuk tekniğine sahiptir; çünkü İslâm hukukçuları, hukukî meseleleri incelerken genellikle küllî kaideler koymayıp meseleler üzerinde tek tek durmuşlar ve çözüm üretmişlerdir. Ancak buradan İslâm Hukukunun küllî kaidelere sahip olmadığı kanaatine varmak da doğru değildir.⁴⁰ Zira her ne kadar küllî kaideler mevcut/vazedilmiş olmasalar bile, zihinlerde mevcut buldukları muhakkaktır. Eğer aksi olsaydı İslâm hukukçularının çeşitli meselelerle ilgili verdikleri hükümler arasındaki ahengi ve tutarlılığı açıklamak imkânsız olurdu. Fakat bununla beraber soyut ve kazuistik yöntemler, genel olay (olgu) ve özel olay metotları diye nitelendirildiklerinde, her iki yöntemin gerek İslam hukuk sistemi içerisinde gerekse beşerî hukuk

³⁶ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 63.

³⁷ Bkz. Ekinci, 267; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 63.

³⁸ Schacht, Joseph, "Islamic Law", *Encyclopaedia of the Social Sciences*, (Editor-in-Chief: Edwin R. A. Seligman), I-XVII, The Mac Millan Company, New York 1951 (MCML), VII, 345.

³⁹ Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, 63.

⁴⁰ Goldziher, I., "Fıkıh", *İslam Ansiklopedisi*, Milli Eğitim Basımevi, İstanbul 1977, IX, 602; Akdemir, XXVIII, 38; Karaman, "Fıkıh", *D.İ.A.*, XIII, 3.

sistemleri içerisinde çeşitli şekillerde/oranlarda kullanıldığını söylemek mümkündür.⁴¹

İslam hukuk sisteminin kazuistik yöntem ağırlıklı olması, içinde soyut (genel ilke) yöntemin kullanılmadığı anlamına gelmemelidir. Başka bir deyişle, 18. yüzyıla kadar belki de tüm kazuistik yöntem ağırlıklı hukuk sistemlerinde çok sınırlı seviyelerde de olsa soyut/mücerret yöntem kullanılmaktaydı. 18. yüzyıldan itibaren ise, bu sefer, genel hukuk anlayışı ve kanunlaştırma itibarıyla soyut metot anlayışına geçilmesine rağmen, bu metot içinde günümüze kadar, kısmen de olsa kazuistik metodun kullanıldığını görmek mümkündür. Yani günümüz beşerî hukuk sistemlerinin tümü, söylenenin aksine, sadece soyut/mücerred metotla kanun hazırlamamaktadır. Bu noktada Anglo-Sakson hukuk sistemine mensup devletlere bakmak yeterli olacaktır.

Beşerî hukuk sistemlerinin pratik hukuk tatbikatında, soyut ve somut metot birlikteliğine bakıldığında: *'Başkasının malına zarar veren kimse, tazminle yükümlüdür'* kuralı soyut metoda göre düzenlenmiş olduğu görülür. Öte yandan *'Bir kimsenin bir uzvunu iş göremez duruma getiren kimse şu kadar tazminatla yükümlüdür'* kuralı ise, her uzuv için ayrı ayrı tazminat miktarları belirlediği için, kazuistik yöntemin izlerini taşımaktadır.⁴²

Ayrıca hüküm bildiren Kur'ân ve Sünnet metinlerinde her iki metodun kullanılmasının yanında, küllî kaideler açısından bakıldığında İslam hukukunda soyut metodun kullanıldığını söylemek de mümkündür.

Esasen İslâm Hukuku, insanların ihtiyaçlarını ve makul menfaatlerini karşılıyor olması itibarıyla "devamlılık" ve "esneklik" arz eden bir kabiliyete sahiptir. Nitekim bu nitelikler, İslam hukukunun bir bakıma "genellik" ve "süreklilik" özelliklerinin de delilidir. Öyleyse İslâm Hukuku zaman, mekân ve beşerin menfaatlerine göre dinî nass ve hükümlerin tefsir ve beyanı suretiyle genel kaidelerin cüzî hadiselerle tatbikinden başka bir şey değildir.⁴³

Olaylara/sorunlara kazuistik yaklaşımla çözüm bulan İslâm hukukçuları, kazuistik metodun dağınıklığını aşmak ve somut hukuk kurallarının İslâmî köklerini tespit etmek için pozitif hukuk ile ilgili tikel olayların, küllî kaideler ve usul-i fıkıh (İslam hukuk biliminin esasları) ile olan irtibatını ortaya koymaya çalışmışlardır.

⁴¹ Ceza Hukuku alanında İslâm Hukukunun hem kazuistik hem soyut kurallar düzenlediğine dair geniş bilgi için bkz. Songur, Haluk, *Mukayeseli Hukukta Ceza ve Teorik Temelleri İslam Ceza Hukukunda Ceza ve Amaçları*, Söğüt Yayınları, İstanbul 2008, 82-83.

⁴² Döndüren, Hamdi, "Sosyal Değişme Karşısında İslam Hukuku ve Yeni Yaklaşımlar", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Sayı: 1, Konya 2003, 30.

⁴³ Zeydân, 104.

İslâm hukukçularının çeşitli -cüzi- meseleler hakkındaki görüşlerinden hareket ederek küllî kaidelere ulaşmanın mümkün olması da bunu göstermektedir. Nitekim 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren İslam âleminde bu yolda çalışmaların yapıldığını görüyoruz. *Mecelle* ve Muhammed Kadri Paşa'nın (ö.1888), "*Mürşidü'l-Hayrân*"⁴⁴ adlı eseri bu duruma en güzel örneği teşkil etmektedirler.⁴⁵

Şu halde, İslam hukukunun ve hukukçularının temelde gözettiği şey, dinî nass ve hükümlerin, genel kaidelerin uygulanmasını sağlayacak hukuk mantığını yakalamak olmalıdır. Önemli olan, Müslümanların tatbik etmek durumunda oldukları şeriati (İslam hukukunu), en kolay ve en pratik şekilde nasıl kendilerine hayat nizamı yapabilecekleridir. Yani kullanılan (kanun yapma) yönteminden ziyade, beşerî ihtiyaçları karşılayan, insanların problemlerine çözüm arayan, hep taze kalan ve hayatla paralel giden bir hukukun ve hukuk anlayışının var olmasıdır.

3.3.2. İslâm Hukukunun Özelliği

İslâm Hukuku; doğuşu, gelişmesi, kendine özgü sistemi ve özellikleri olan bir hukuk sistemidir. Diyebiliriz ki, gelişmesini en erken tamamlayan hukuk sistemidir. Böylesi niteliğe sahip olmasında, ilahî kaynaklı olmanın yanında İslam âlimlerinin (fukahâ) şahsî gayretlerinin de çok önemli katkısı olmuştur. Çünkü İslâm Hukuku, birçok batılı hukukçunun da ifade ettiği gibi, yaklaşık iki asır gibi son derece kısa bir zaman zarfında akıllara durgunluk veren olağanüstü bir gelişme göstermiştir.⁴⁶ İslâm Hukukunun oluşum safhası, (Joseph) Schacht'a (ö.1969) göre hicri 3. asrın, Wael b. Hallaq'a göre ise hicri 4. asrın ortalarında tamamlanmıştır.⁴⁷

19. yüzyıldan sonra İslâm ülkelerinde meydana gelen siyasi ve sosyal değişim, beraberinde hukuksal değişim ve dönüşümü de getirmiş oldu. Özellikle Roma hukuku merkezli Kıta Avrupa'sı ülkelerinin hukuk sistemleri İslam ülkelerinin hukuk sistemlerini de etkilemiş oldu. Bu etkileşimle beraber bir takım kanunlaştırma çalışmaları ve fıkıh/İslâm Hukuku geleneğinde kırılma ve yansımalar (yeni açılımlar) yaşanmış oldu.

⁴⁴ Medeni kanun ihtiyacını karşılamak amacıyla, hükümetin talimatı üzerine hazırlanmaya başlanmış ve kanun şeklinde düzenlenmiş olan bu kod, resmen bir kanun metni olarak kabul edilmemiştir. İslam hukukunun Hanefî ekolüne dayalı olarak kaleme alınan ve eşya ve borçlar hukukunu ihtiva eden eser, müellifin ölümünden sonra, medreselerde okutulmak amacıyla Mısır Maarif Vekâleti tarafından bastırılmıştır. Bkz. Aydın, "**Muhammed Kadri Paşa**", *D.İ.A.*, İstanbul 2005, XXX, 546; Şentop, Mustafa, "**Mürşidü'l-Hayrân**", *D.İ.A.*, İstanbul 2006, XXXII, 59.

⁴⁵ Akdemir, 38.

⁴⁶ Akdemir, 37.

⁴⁷ Bkz. Songur, "**İslâm Hukuk Tarihi ve Gelişimi Üzerine Bir Kitap**", *SDÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Sayı: 19, Isparta 2007/2, 193. <<http://ilahiyat.sdu.edu.tr/assets/uploads/sites/72/files/sdu-ilahiyat-fakultesi-dergisi-sayi-19-2007-21032012.pdf>>. (17.01.2013).

Ancak şer'î hukukun oluşumuna baktığımızda diyebiliriz ki, İslam hukukçularının (fukahâ) herhangi bir siyasal güce ve kamusal kudrete bağlı kalmadan, ihtiyaç hissetmeden, tamamen kendi ferdî gayretleri doğrultusunda verdikleri ilmî ve kazâî içtihatlarla oluşturdukları -kanunlaştırılmamış- hukuktur. Diğer bir deyişle, asırlar boyunca devam eden bir süre içerisinde, yürürlük kazanması için hükümetlerin yasama tedbirlerine/faaliyetlerine müracaat edilmeden (ihtiyaç duyulmadan) tatbik edile gelmiştir.⁴⁸ Bu özelliği itibariyle İslam Hukuku her ne kadar *hukukçular hukuku*⁴⁹ diye nitelendirilmiş olsa bile, pekâlâ aynı şekilde kanunlaştırılmış bir hukuka dönüşebilme istidadına da sahip olmuştur. Çünkü İslâm Hukuku, hukukçuların, nasslar karşısında çeşitli/değişik tavır alışlar ile ortaya koydukları tercihli hükümleri içine aldığı için kanunlaştırma çalışmalarında da değişik seçenekler sunabilmektedir.⁵⁰

Kanunlaştırma geleneği bakımından eski dünyanın bir parçası olarak, Ortadoğu ilk örneklerle sahip olduğu gibi, İslâm Hukuku da bu kanunlaştırma geleneği içerisinde iyi bir örnek ortaya koyabilecek bir özelliğe hep sahip olmuştur. Nitekim 8. yüzyılda bir iki kere gösterilen kanunlaştırma teşebbüsü bunun teknik olarak her zaman mümkün olduğunu göstermiştir.⁵¹

Öyleyse şunu diyebiliriz ki; İslâm hukukçuları tarafından oluşturulan fıkıh müdevvenatı, yine onlar tarafından uygun görülseydi bazı idareciler (Halife Mansur ve Hârûn Reşîd) tarafından kanun manzumesi haline getirilebilirdi. Yani şer'î hukukun kanunlaştırılmış bir formunun yürürlüğe konması da mümkün olabilirdi.

Nitekim Halife Ebû Ca'fer el-Mansûr (ö.158/775) zamanında devlet adamı (saray nâzırı) olan İbn Mukaffâ'nın (ö.139/756) önerisiyle halife, İmâm Mâlik'in (ö.179/795) Muvatta'nı kanunlaştırmak istemiş⁵² fakat İmâm Mâlik

⁴⁸ Türcan, Talip, *İslâm Hukuk Biliminde Hukuk Normu -Kavramsal Analiz ve Geçerlilik Sorunu*, Ankara Okulu Yayınları, Ankara 2003, 82.

⁴⁹ Schacht, VII, 345; Ann Elizabeth Mayer, *Şer'î Hukuk: Bir Metodoloji Mi, Bir Somut Kurallar Bütünü Mü?*, Çev. Sami Erdem, *MÜİFD*, Sayı: 18 (2000), İstanbul 2002, 208; Türcan, 82.

İslâm Hukukunun kaynakları olan Kur'an ve Sünnet'ten hüküm çıkarmakla öncelikle sorumlu olanlar, bu sahada yeterli donanıma sahip olan İslâm hukukçuları olduğu için İslâm Hukuku da bir "hukukçular hukuku" olarak nitelendirilmiştir. Bkz. Ekinci, 266.

⁵⁰ Bkz. Ekinci, 267.

⁵¹ Mayer, 204.

⁵² Böyle bir teşebbüs talebini/teklifini ihtiva eden ifade () için bkz. Mâlik b. Enes, *el-Muvatta'*, I-VIII (I-III: Mukaddime ve Fihrist), Tahkik: Muhammed Mustafâ el-A'zâmî, 1. Baskı, Nâşir: Muessesetu Zâyed b. Sultân Âl-i Nihyân li'l-A'mâli'l-Hayriyye ve'l-İnsâniyye, Abu Dabi (el-İmârât: Birleşik Arap Emirlikleri) 2004/1425, I (Mukaddime), .

Ebû Ca'fer el-Mansûr'un, Muvatta'nın çoğaltılıp bütün İslam beldelerine gönderilmesi ve hukukta esas alınacak tek hüküm sahibi kitap olarak kullanılması talebine yer veren başka bir ifade

() için bkz. İbn Abdilberr, Ebu 'Umer Yusuf b. Abdillâh b.

bunu kabul etmemiştir. Yine Hârûn Reşîd (ö.193/809) de İmâm Mâlik'ten Muvatta'nı kanunlaştırmak için izin istemiş fakat İmâm Malik böyle bir girişimin ilmî hürriyete ve hukukî gelişmeye engel olacağı düşüncesiyle, bu teklifi de hoş karşılamamıştır.⁵³

Eğer İbn Mukaffa'nın bu önerisi tatbik edilmiş olsaydı:

1. Şu anda Müslümanlar (veya İslam toplumu) kanunlaştırılmış; kökleri itibariyle dayanağı ilahî mesaj/vahiy olan ancak kendi millî kültür ve sosyolojik ihtiyaçlarının saikiyle, kendilerine özgü pozitif/modern -millî- hukuk sistemine sahip olacaklardı.

2. Hangi kuralların hukuk mecmualarında yer alacağına ve hukukun ne olacağına devlet karar verecekti.

3. Birleştirilmiş tek bir hukukî standart, bir devletin sınırları dâhilinde hâkim olacaktı.⁵⁴

19. yüzyıla kadar İslâm dünyasında/toplumlarında şer'î hukukun kanunlaştırılması yönünde kayda değer herhangi bir girişime rastlanmamaktadır. Osmanlı Kanunnameleri gibi bir örnek mevcut ise de bunlar İbn Mukaffa'nın kanunlaştırma düşüncesinin bir sonucu sayılmazlar. Sonuçta bunlar çok sınırlı konuları kapsamakta olup, daha ziyade şer'î hukukun nispeten zayıf kaldığı veya açık bıraktığı, belirtmeden geçtiği alanlarda şer'î hukukun üstünlüğünü tanımak kaydıyla onu tamamlayıcı unsurlar olmuştur.⁵⁵ 19. yüzyıldaki bazı istisnalara

Muhammed, *Câmi'u'l-Beyânî'l-İlm ve Fadlihî*, I-II, Thk. Ubey el-Eşbâl ez-Zehîrî, 1. Baskı, Dâru İbni'l-Cevzî, Suûdi Arabistan 1994/1414, I, 532. Krş. Hasan, Ahmet, *İlk Dönem İslâm Hukuk Biliminin Gelişimi*, Çev. Haluk Songur, 1. Baskı, Rağbet Yayınları, İstanbul 1999, 51.

⁵³ Mâlik b. Enes, *el-Muvatta'*, I (Mukaddime), 77; İbn Sa'd, Ebû Abdillâh Muhammed, *et-Tabakâtu'l-Kubrâ*, I-VIII, Thk. Muhammed 'Abdulkâdir 'Atâ, 1. Baskı, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1990/1410, V, 468; İbn Abdilberr, I, 532; İbn 'Asâkir, Sikatuddîn Ebu'l-Kâsım 'Alî b. el-Hasen b. Hibetullâh, *Kesfu'l-Muğatta' fi Fadli'l-Muvatta'*, Tahkîk: Muhîbuddîn Ebî Sa'îd 'Umer el-'Umerî, Dâru'l-Fikr, Beyrut ty, 26; Dönmez, İbrahim Kâfi (İlmî Müşavir ve Redaktör) ve diğerleri, "**Mezhep (Fıkıh)**" *İslâm'da İnanç İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, I-IV, Marmara Üniversitesi İlahiyât Vakfı Yayınları (no:136), İstanbul 1997, III, 233; Erdoğan, Mehmet, *İslâm Hukukunda Ahkâmın Değişmesi*, 2. Baskı, Marmara Üniversitesi İlahiyât Vakfı Yayınları (no: 40), İstanbul 1994, 203-204; Ekinci, 285, 293, 298.

el-Elbânî'nin (ö.1420/1999), *ez-Zerkâ'nın "el-medhalu'l-fikhî('l-âmm)"* adlı eserinden aktardığına göre; Ebû Ca'fer el-Mansûr ile Hârûn Reşîd'in, Mâlik'in mezhebini, (kendilerine) mezhep, Muvatta'nı da, Abbasî devletin yargı hukuku (*kânûnen kadâiyyen*) olarak kabul edeceklerini (kanunlaştıracaklarını) söylediklerinde İmâm Mâlik her ikisine: "Muhakkak ki Hz. Peygamber'in ashâbı uygulamada (*fi'l-furû'*) ihtilaf etmiş ve (bu görüş ayrılıklarıyla) çeşitli İslâm beldelerine dağılmışlardır. Hepsi (de görüşlerinde) isabet etmiştir" diyerek bu teklifi reddetmiştir. el-Elbânî, bu kıssanın İmâm Mâlik'ten aktarılan malum ve meşhur kıssa olduğunu, fakat "hepsi isabet etmiştir (

)" ifadesi/kısmı hakkında rivayetlerde ve kaynaklarda geçen bir şey bilmediğini de ekler. Bkz. el-Elbânî, Muhammed Nâsiruddîn, *Aslu Sıfatı Salâti'n-Nebiyy (s.a.v)*, I-III, 1. Baskı, Mektebetu'l-Ma'ârif li'n-Neşr ve't-Tevzi', Riyâd 2006/1427, I, 43. Krş. Hasan, 51 (ve 58 nolu dipnot).

⁵⁴ Mayer, 205.

⁵⁵ Mayer, 205.

rağmen Ortadoğu'da, İslâm toplumlarında hukukun kanunlaştırılması, çoğunlukla sekülerleşme (dünyevileşme) ile bir tutulmuştur. Buna karşılık İslâm Hukuku, geleneksel, kanunlaştırılmamış bir hukukçular hukuku⁵⁶ olarak anlaşılmalı ve kalmaya devam etmiştir.⁵⁷

4. SONUÇ

Klasik fıkıh eserlerinden başlayarak günümüze kadar kaleme alınmış tüm fıkıh kitaplarında takip edilen metot, bir mevzu (kitâb, bâb, fâsıl) içine giren meseleleri bir araya getirmek; Kitap ve Sünnetten delillerini zikretmek, muhalif görüşlere temas ederek bunları çürütmek şeklinde bir anlayışla kazuistik metot takip edilmiştir. Bir konu ile ilgili teorik ve genel kuralları tespit etmek, bunları yazdıktan sonra kapsamına giren ve belirtilmesi gereken meseleleri sıralamak şeklinde bir yöntem takip edilmemiştir. Sonraki dönemlerde "kavâid (küllî kaideler/genel kurallar)" ismiyle, İslâm Hukukunun soyut yönteme yakın tarafını temsil eden⁵⁸ çalışmalar yapılmış, kitaplar yazılmış fakat bunlar hukuka ve hukuk müesseselerine sirayet etmemiştir. Bunlar üzerinden yürünmemiş aksine klasik fıkıh kitaplarının takip ettiği yöntem geçerli olmaya devam etmiştir.⁵⁹ Bu durum, hiç şüphesiz İslam toplumunun ilişkilerini yönlendiren ve düzenleyen hukukçulara ve hukuk mantığına da etki etmiştir.

Evet, umumî lafızlarla sevk edilen hükümler istisna edilirse, fıkıh kurallarının kazuistik nitelikte oldukları görülür. Fıkıhı oluşturan âmillerin, gelişim sürecinin yasal otoriteye veya devlete değil de, fakihlerin nassları anlama/yorumlama, içtihadî melekelerini ortaya koyma ve fikhî meseleleri hükme bağlama (fetva verme) amacıyla gösterdikleri ferdi gayretlere dayanıyor olması, fıkıhın, fakihler/hukukçular hukuku diye nitelendirilmesinde etkili olmuştur.⁶⁰ Aslında bu niteleme, kanunlaştırma faaliyetinin tarihi süreci içerisinde ve tabii seyrinde olduğu için yadsınmamalıdır.

⁵⁶ Nitekim Joseph Schacht da, İslâm Hukukunun geleneksel, kanunlaştırılmamış bir hukukçular hukuku oluşunu: "İslâm Hukuku (Shari'a), kutsal kitaba dayalı bir din içerisinde ortaya çıkan dini/kutsal hukukun (sacred law) tipik bir örneğidir. Bundan dolayı, o, belirgin olarak, kazuistik anlayışın/yaklaşımın baskın olduğu bir hukukçular hukuku (jurists' law)dur" şeklinde ifade etmiştir. Bkz. Schacht, VII, 345. Ayrıca bkz. Peters, Rudolph, "Hukukçuların Hukukundan Yazılı Hukuka", Çev. Haluk Songur, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Sayı: 11, Konya 2008, 219.

⁵⁷ Mayer, 206.

⁵⁸ Demir, 145, 147.

Küllî kaideler/genel kurallar vasıtasıyla önce kural ortaya konulur, daha sonra bu kural ilgili meselelere tatbik edilir. Yani kavâid kitaplarında genel kurallar, fevâid kitaplarında ise bu kuralların uygulandığı hukukî meseleler bulunur. Bkz. Demir, 144.

⁵⁹ Karaman, *İslâm Hukuk Tarihi*, Nesil Yayınları, Kadıköy 1989, 332.

⁶⁰ Türcan, 82.

Fıkıh kuralları, münferit somut olay ya da ilişkileri düzenlemeleri yönüyle, soyut düzeyli,⁶¹ genel ve objektif hukuk kurallarının aksine, münferit çözüme kavuşturan yargı kararlarına benzerler.⁶²

Ayrıca, çoğunlukla somut ve cüz'î meseleleri konu edinmeleri itibariyle nassların taşıdığı nitelik de kendilerinden istihrâc/istinbât edilen fikhî hükümlerin kazuistik bir temayül göstermesine etki edebilir. Fakat bu durum İslâm Hukukunda, gerek kaynakları itibariyle ve gerekse sistem olarak soyut prensipler oluşturmanın mümkün olmadığı anlamına gelmemektedir. Çünkü klasik İslâm doktrininde benzer tekil /tikel olayların hükümlerinden hareket ederek genel bir hükme (küllî kaideye) varıldığı da bir gerçektir.⁶³

Aslında hukuka bu metodun hâkim olması salt İslâm Hukukunun yapısı ile alakalı bir durum da değildir. Ayrıca böyle olması İslam hukukunun yapısına, anlayışına bir eksiklik getirmediği gibi dönemine göre işleyişine hâlel getirdiği, onu işlevsiz kıldığı da söylenemez. Kaldı ki 19. yüzyıla kadar diğer hukuk ailelerinde ve hukuk çevrelerinde de bu metodun dışında bir metotla kanunlaştırma yapıldığına rastlanmamaktadır. Nitekim küllî hukukî kaidelerin kanunlaştırılması (taknîn) bütün dünya hukukunda son asırlarda (19. ve 20. yüzyılda) gerçekleşmiştir. Bir bakıma bu durumun, kaçınılmaz olarak ilmi, toplumsal ve kültürel seviye ile alakalı olduğu da dikkatlerden kaçırılmamalıdır. Ayrıca buna ek olarak son iki buçuk asırda Avrupa'da ciddi bir ilerleme gösteren Sosyal Bilimler ve özellikle Sosyal Bilimler Metodolojisi'nin payını da unutmamak gerekir.

Geçen yüzyılın başına kadar hazırlanan kanunlarda kazuistik (meselecî) yöntem kullanılmıştır. Ancak olayları en ince teferruatları ile önceden görebek bunlar hakkında hüküm koymanın zorluğu ve hatta imkânsızlığı karşısında meselecî yöntem kullanım alanını ve değerini kaybederek yerini soyut yonteme bırakmıştır.

Günümüzde kanunlaştırmada, genel yaklaşım olarak soyut kural yöntemi kullanılmaktadır. Bu, toplumsal bir zorunluluk veya günümüz insanının yaşam koşullarının vazgeçilmez sonucu olmuş bir durumdur. Bu metotla hazırlanan kanunlarda hâkime tanınan yetkiler (kanun koyma ve takdir yetkisi) sayesinde hukuk, canlılığını muhafaza edebilmekte, değişen ihtiyaçlara uydurulabilmekte ve pek çeşitli olaylar bir çözüme bağlanabilmektedir.⁶⁴

⁶¹ Benzer olaylara veya işlemlere benzer hükümler getiren ve hepsini kuşatacak genel hükümler koyan hukuk mantığını ifade eder. Yani aynı tür işlemleri tanımlamak için tekrar tekrar hükümler/kanunlar vaz' etmez.

⁶² Türçan, 83.

⁶³ Türçan, 83 (122 nolu dipnot).

⁶⁴ Ataay, 61; Güriz, 52.

Böylelikle birçok meseleyi ve hukukî ilişkileri kapsayan hukuk kural ve esaslarını daha kolay düzenleyebilme yoluna gidilmiştir.⁶⁵

Netice olarak; önemli olan Şârî'in koyduğu ve gözettiği şekilde dinî nass ve hükümlerin uygulanmasını sağlayacak hukuk mantığını, yöntemini temin etmektir. Bu esasa İslam hukukçuları ister geçmişte olduğu gibi günün şart ve icaplarına ve hukuk telakkisine uygun olarak kazuistik yöntemi, ister günümüzde kullanılan soyut yöntemi isterse de her iki yöntemin işe yarar özelliklerini bir araya getirip birleştirerek (mezcederek) kullansın, maksada yönelik şeyler değişmeyeceğinden ve İslam Hukuku her iki kanunlaştırma yönteminin kullanılmasına müsait olduğundan, bir sorun teşkil etmeyecektir. Fakat burada asıl vurgulanması gereken husus, kazuistik yöntemin sırf İslam Hukukuna özgüymüş gibi dillendirilip buradan hareketle İslam Hukukunda bir eksiklik ve zafiyet aranmasının, mantıklı/tutarlı bir yaklaşım tarzı olmadığıdır. Çünkü kazuistik yöntemin belli bir döneme kadar yaygın bir şekilde kullanılması, hukukçuların içinde bulunduğu genel hukuk mantığı ve ortalama hukuk aklı ile ilgili bir durumdur.

Dönemine göre belli bir düzeyde/oranda hükmünü icra eden bu yaklaşımın sadece İslâm Hukukuna yakıştırılması kadar, hukuk mantığının/anlayışının değişmesine ve hukuk biliminin geldiği seviyeye bağlı olarak tercih edilen soyut yöntemle mukayese edilmesi de yanlış bir algılamının ürünüdür. Zira bu iki kanun tekniği ya birbirini tamamlayan ve belli bir sürecin devamı niteliğinde olan ya da kendilerine özgü özelliklere sahip olan ve her birisi hukukun/kanunların daha mükemmel bir şekilde oluşturulması kaygısıyla takip edilen yöntemler olarak görülmelidir. İle de bu yöntemlerle bir şeyler arasında bir irtibat kurulacaksa o da; belli hukuk sistemlerinden ziyade hukuk oluşturma mantığı, kanun yapma tekniği bakımından hukukçuların geldiği seviyeyle ilişkilendirilmeleri olmalıdır.

KAYNAKÇA

AKDEMİR, Salih, "**Üdeh'in 'et-Teşri'il-Cinâi el-İslâmî' Adlı Eserinin Tercümesi Üzerine**", *AÜİFD*, Ankara 1986, XXVIII, 37-51.

ANAYURT, Ömer, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, Güncellenmiş 10. Basım, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2010.

ATAAY, Aytekin, *Medenî Hukukun Genel Teorisi*, 3. Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980.

⁶⁵ Karaman, 332.

- AYDIN, M. Âkif, *Türk Hukuk Tarihi*, 8. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım, İstanbul 2010.
- _____, "**Muhammed Kadri Paşa**", *D.İ.A.*, İstanbul 2005, XXX, 546.
- BİLGE, Necip, *Hukuk Başlangıcı-Hukukun Temel Kavram ve Kurumları-*, Gözden geçirilmiş 10. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 1995.
- CEVİZCİ, Ahmet, *Felsefe Sözlüğü (Paradigma)*, İstanbul 1999.
- CİN, Halil / AKGÜNDÜZ, Ahmed, *Türk Hukuk Tarihi*, I-II, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul 1996.
- DEMİR, Abdullah, "**Külli Kaideler Ekolü**", *EÜHFD*, Cilt: 11, Sayı: 1-2, Erzincan 2007, 129-148. <<http://hukuk.erkincan.edu.tr/dergi/makale/2007-1-7.pdf>>. (20.12.2012).
- DÖNDÜREN, Hamdi, "**Sosyal Değişme Karşısında İslam Hukuku ve Yeni Yaklaşımlar**", İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, Sayı: 1, Konya 2003.
- DÖNMEZ, İbrahim Kâfi, "**İslâm Hukukunda Müctehidin Nasslar Karşısındaki Durumu ile Modern Hukuklarda Hâkimin Kanun Karşısındaki Durumu Arasında Bir Mukayese**", *MÜİFD*, Sayı: 4, İstanbul 1986, 23-51.
- DÖNMEZ, İbrahim Kâfi (İlmî Müşavir ve Redaktör) ve diğerleri, "**Mezhep (Fıkıh)**", *İslâm'da İnanç İbadet ve Günlük Yaşayış Ansiklopedisi*, I-IV, Marmara Üniversitesi İlahiyat Vakfı Yayınları (no:136), İstanbul 1997, 232-238.
- EKİNCİ, Ekrem Buğra, *Hukukun Serüveni*, Arı Sanat Yayınları, İstanbul 2011.
- el-ELBÂNÎ, Muhammed Nâsiruddîn (ö.1420/1999), *Aslu Sıfatı Salâti'n-Nebiyî (s.a.v)*, I-III, 1. Baskı, Mektebetü'l-Ma'ârif li'n-Neşr ve't-Tevzi', Riyâd 2006/1427.
- ERDOĞAN, Mehmet, *İslâm Hukukunda Ahkâmın Değişmesi*, 2. Baskı, Marmara Üniversitesi İlahiyat Vakfı Yayınları, (no:40), İstanbul 1994.
- FLEW, Antony, *Felsefe Sözlüğü*, Çev. Nurşen Özsoy, Yeryüzü Yayınevi, Ankara 2005.
- GOLDZİHER, I. (ö.1921), "**Fıkıh**", *İslam Ansiklopedisi*, Milli Eğitim Basımevi, İstanbul 1977, IX, 601-608.
- GÖZLER, Kemal, *Hukuka Giriş*, 3. Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2006.

- GÖZÜBÜYÜK, Şeref, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, 15. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2001.
- GÜRİZ, Adnan, *Hukuk Başlangıcı*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1986.
- HASAN, Ahmet (ö.1996), *İlk Dönem İslâm Hukuk Biliminin Gelişimi*, Çev. Haluk Songur, 1. Baskı, Rağbet Yayınları, İstanbul 1999.
- İBN ABDİLBERR, Ebu ‘Umer Yusuf b. Abdillâh b. Muhammed (ö.463/1071), *Câmi’u’l-Beyâni’l-İlm ve Fadlihî*, I-II, Thk. Ubey el-Eşbâl ez-Zehîrî, 1. Baskı, Dâru İbni’l-Cevzî, Suûdi Arabistan 1994/1414.
- İBN ‘ASÂKİR, Sikatuddîn Ebu’l-Kâsım ‘Alî b. el-Hasen b. Hibetullâh (ö.571/1175), *Keşfu’l-Muğatta’ fî Fadli’l-Muvatta’*, Tahkîk: Muhîbuddîn Ebî Sa’îd ‘Umer el-‘Umerî, Dâru’l-Fikr, Beyrut ty.
- İBN SA’D, Ebû Abdillâh Muhammed (ö.230/844), *et-Tabakâtu’l-Kubrâ*, I-VIII, Thk. Muhammed ‘Abdulkâdir ‘Atâ, 1. Baskı, Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, Beyrut 1990/1410.
- KARAMAN, Hayreddin, *İslâm Hukuk Tarihi*, Nesil Yayınları, Kadıköy t.y.
- _____, “**Fıkıh**”, *D.İ.A.*, İstanbul 1996, XIII, 1-14.
- KOÇ, Yunus, "Erken Dönem Osmanlı Hukuku: Yaklaşımlar, Temel Sorunlar", *Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi (Osmanlı Devletinin Kuruluşunun 700. Yılı Özel Sayısı)*, Ankara (Ekim) 1999, 115-126.
- MÂLİK b. Enes (ö.179/795), *el-Muvatta’*, I-VIII (I-III: Mukaddime ve Fihrist), Tahkîk: Muhammed Mustafâ el-A’zâmî, 1. Baskı, Nâşir: Muessesetu Zâyed b. Sultân Âl-i Nihyân li’l-A’mâli’l-Hayriyye ve’l-İnsâniyye, Abu Dabi (el-İmârât: Birleşik Arap Emirlikleri) 2004/1425.
- MAYER, Ann Elizabeth, *Şer’î Hukuk: Bir Metodoloji Mi, Bir Somut Kurallar Bütünü Mü?*, Çev. Sami Erdem, *MÜİFD*, Sayı: 18, Yıl: 2000, İstanbul 2002, 203-222.
- OĞUZ, Arzu, “**Hukuk Eğitimiindeki Son Gelişmeler ve Karşılaştırmalı Hukukun Hukuk Eğitimiindeki Rolü**”, *AÜHFD*, Cilt: 52, Sayı: 4, Yıl: 2003.
- OTACI, Cengiz, “**Hermeneutik (Yorum Bilim) ve Ceza Kanunlarının Yorumu**”, *TBB Dergisi*, Sayı: 89, Yıl: 23, Ankara 2010, 439-491.
- ÖNEN, Mesut, *Hukukun Temel Kavramları*, Der Yayınları, İstanbul 1991, 135.

- ÖZBİLGİN, Tarkan, **Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri**, İÜHF Yayınları, İstanbul 1976.
- ÖZSUNAY, Ergun, **Medeni Hukuka Giriş**, Gözden geçirilmiş 3. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1978.
- PETERS, Rudolph, **“Hukukçuların Hukukundan Yazılı Hukuka”**, Çev. Haluk Songur, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Sayı: 11, Konya 2008, 217-230.
- SÂMÎ, Şemseddin, **Kamûs-i Fransî, Fransızcadan Türkçeye Luğât (Dictionnaire Français-Turc/Fransızca-Osmanlıca)**, Mihran Matbaası, İstanbul 1882m./1299h.
- SCHACHT, Joseph (ö.1969), **“Islamic Law”**, *Encyclopaedia of the Social Sciences*, (Editor-in-Chief: Edwin R. A. Seligman), I-XVII, The Mac Millan Company, New York 1951 (MCMLI), VII, 344-349.
- SCHWARZ, Andreas B., **Medenî Hukuka Giriş**, Çev. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Üniversite Kitabevi, İstanbul 1946.
- SONGUR, Haluk, **“İslâm Hukuk Tarihi ve Gelişimi Üzerine Bir Kitap”**, *SDÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Sayı: 19, Isparta 2007/2, 191-198.
<<http://ilahiyat.sdu.edu.tr/assets/uploads/sites/72/files/sdu-ilahiyat-fakultesi-dergisi-sayi-19-20072-21032012.pdf>>. (17.01.2013).
- _____, **Mukayeseli Hukukta Ceza ve Teorik Temelleri İslam Ceza Hukukunda Ceza ve Amaçları**, Söğüt Yayınları, İstanbul 2008.
- ŞENTOP, Mustafa, **“Mürşidü'l-Hayrân”**, *D.İ.A.*, İstanbul 2006, XXXII, 59-60.
- TÜRCAN, Talip, **İslâm Hukuk Biliminde Hukuk Normu-Kavramsal Analiz ve Geçerlilik Sorunu-**, Ankara Okulu Yayınları, Ankara 2003.
- VELİDEDEOĞLU, Veldet Hıfzı, **“Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat”**, *Tanzimat I*, Komisyon, I-II, M.E. B. Yayınları (M.E. B Basımevi), İstanbul 1999.
- ZEYDÂN, Abdülkerîm, **İslâm Hukukuna Giriş**, Çev. Ali Şafak, Genişletilmiş 4. Baskı, Kayıhan Yayınları, İstanbul 2008.