

YASAMA KAVRAMI VE YETKİSİ AÇISINDAN POZİTİF HUKUK İLE İSLÂM HUKUKU ARASINDA BİR MUKAYESE(*)

Muammer VURAL(**)

ÖZ

Devlet, hâkimiyetini, yasama, yürütme ve yargı fonksiyonları ile kullanır. Ancak, yasama gücü hâkimiyetin en açık olarak ortaya çıktığı fonksiyondur. Bu çalışmada, en çok tartışılan konulardan biri olan yasama fonksiyonu mukayeseli bir şekilde incelenmiştir.

Bu çalışma, yasama kavramı ve yasama yetkisi isminde iki ana başlıktan oluşmaktadır: Yasama kavramı başlığında; yasa ve yasama kavramları, her iki hukuka göre incelendikten sonra bu kavramların ifade ettiği anlamlar mukayese edildi. Yasama yetkisi başlığında ise; konu, pozitif hukukta yasama yetkisi ve İslam hukukuna göre, yasanın hüküm kaynağı ve yasanın organik kaynağı şeklinde iki ayrı başlıkta incelendi. Yasanın hüküm kaynağı incelenirken, önce hüküm-hukuk-kanun terimleri arasındaki farka dikkat çekilerek bunların kaynaklarının da farklı olacağına temas edildi. Daha sonra iki hukuktaki yasama yetkileri arasında bazı açılardan kısaca mukayese yapıldı.

Anahtar Kelimeler: Yasal kanun, hukuk, hüküm, kaynak, yasama, yetki.

ABSTRACT

A Comparison between Islamic Law and Positive Law in Terms of Legislation Concept and its Function

The state uses its sovereignty by means of legislation, enforcement and judiciary. But, the power of legislation is the most apparent function of sovereignty. In this study, the function of legislation, one of the most disputed issues, is examined comparatively.

This study consists of two main sections named legislation concept and legislation authority. In the section of legislation concept, the meaning of law

* Bu makale, "İslâm Hukuk Düşüncesinde Yasama Yetkisi (Hz. Ömer Dönemi)" (Erzurum, 2005) adlı doktora tezimizden istifade edilerek hazırlanmıştır. Ancak tekrar gözden geçirilerek, bazı ilaveler ve değişiklikler yapılmıştır.

** Okt. Dr. Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi.

and legislation are examined. And in the section of legislation authority; legislation authority of the positive law and its accordance with the Islamic law are examined in terms of the source of judgment law, and the source of organic law. While analyzing the source of judgment law, paying attention to judgment-law-canon, it is pointed out that the sources of these concepts can differ in terms of functioning.

Keywords: Legislation/canon, law, judgment, source, legislation, authority.

Giriş

İnsanlar toplum halinde yaşarken birbirleriyle değişik ilişkiler kurmak zorundadır. İnsanda bulunan sosyallik bilinci, toplum hayatının devam etmesi için insanlar arası dayanışmanın bir zorunluluk olduğunu göstermektedir.

Evrende bir düzen ve bir uyum olduğu gibi, bu evrenin en önemli parçası olan toplumda da bir düzen ve uyum olması gerekir. Toplumsal bir varlık olan insanın barış ve huzur içinde yaşayabilmesi ve toplum düzeninin sağlanabilmesi için birtakım düzenlemelerin yapılmasına ve bazı kanunların çıkarılmasına ihtiyaç vardır.

Biraz geniş manada düşünüldüğünde, kanunsuz-hukuksuz, değil bir millet, iki üç kişiden meydana gelen bir ailenin bile yaşayamayacağı görülür. Sosyal hayatın zorunlu düzeni demek olan hukuk, hem sosyal dayanışmayı güçlendirme, hem de toplum içindeki çekişmeleri bertaraf etme ve uzlaştırma fonksiyonunu yerine getirmektedir.

Devletin, sosyolojik bakımdan varlık gerekçesini oluşturan en önemli görevi, toplum halinde yaşayan insanlar arasında düzen ve emniyeti sağlamaktır. Bu düzen ve emniyeti sağlamak için ihtiyaç duyulan kuralları elde etmenin en kestirme yolu ise, gerekli kanunları ya bizzat koyma (yasama) veya daha önceden mevcut olan hukuk normlarını kanun formuna sokarak kanunlaştırma yapmaktır. Öyleyse devletin aslı görevi, insanlar arasındaki çeşitli sosyal ilişkileri ve toplumsal kurumları düzenleyen genel nitelikli kurallar koyup bunları uygulayarak toplumsal düzeni sağlamaktır.

Anayasal sınırlar içinde hukukî hayatı düzenlemek için bilinen özel kuvvet vasıtasıyla genel hüküm normları ve bağlayıcı kuralları koyma işlevi olan yasama faaliyeti,¹ hâkimiyetin en önemli özelliklerinden biridir.² Devletin

1 Çağıl, Orhan Münir, "Felsefenin Işığında Hürriyet, Adalet, Hukuk Devleti ve Hukuk Kültürü", *İÜHFİM*, c: XXVI, s: 1-4, İstanbul, 1961, s. 290.

2 Bkz. 'Âliye, Semir, *Nazariyyetü'd-Devle ve Âdabuhâ fi'l-İslâm*, Beyrut, 1408/1997, s. 42; Fethî Abdülkerîm, *ed-Devletü ve's-Siyâsetü fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, Kahire, 1404/1984, s. 366.

ve milletin tabi olacağı kanunları çıkarma hakkına sahip olan yasama gücü, devleti ayakta tutan en önemli kuvvettir. Devamlı değişen sosyal ve siyasi şartlar her zaman kendi dönemlerine uygun kanunlar koymayı gerektirdiği için devlet, daha önce konulmuş yasalarla değil; her döneme uygun yasalar koyabilecek yasama gücü ve bu gücün koyacağı yasalarla yaşamını sürdürür.³

İslâm, cüz'î meselelerin hükmünü açıklayan nassları, her zaman vazetmeyerek çoğunlukla küllî hükümler koymakla yetinmiştir.⁴ Şâri'in nassa bağladığı küllî hükümler ise, İslam hukukuna hâkim olan genel kurallar olarak kabul edilebilir. İslâm, ihtiyaç duyulduğunda, yasama faaliyetinde bulunma yetkisini ulû'l-emre bırakmıştır. Onların bu yasama faaliyetini, İslâm'ın getirmiş olduğu ilke ve kurallara bağlı kalarak (temel prensiplere uygun olarak) gerçekleştirmeleri gerekir.⁵

1. Hukukta Yasa ve Yasama Kavramları

1.1. Yasa/Kanun Kavramı ve Tarihi Seyri

Yasa kelimesi kanunla eş anlamlı olarak kullanılmaktadır. Kanun ise, bir devlette yetkili kamu organı tarafından çıkarılan uyulması zorunlu, genel, sürekli ve soyut hukuk kuralları anlamında bir hukuk terimidir. Kanun kelimesinin aslının Grekçede, en dar anlamıyla, vergilemeye yönelik arazi tahririnde kullanılan bir uzunluk ölçüsü birimini belirten "canon" kelimesi olduğu tahmin edilmektedir. Zamanla anlamı genişleyen kelime kamu alanındaki çeşitli esas, kural, ilke ve düzenlemeler manasında kullanılmaya başlanmıştır. Daha sonra Arapça'ya kânun şeklinde geçmiş olan bu kelimenin çoğulu kavanindir.⁶ Kelimenin anlamı zamanla ahlakî, dinî, içtimaî, siyasi, ilmî ve benzeri konularda söz konusu edilebilecek her türlü esas, usul ve kaideleri kapsayacak şekilde genişlemiştir.⁷

Kanun kelimesi, kazandığı "dünya ve ahiret işlerinde ölçüt alınması gereken dosdoğru kurallar (hayat düsturu)" anlamına uygun bir hukuk terimi olarak Hıristiyanlıkta kilise hukuku ve kilise konsüllerinin kararları (canon law) için kullanılmıştır.⁸ İslâm'da ise şer'î hukuku (el-kanunü's-şer'î) ifade için kullanılmakla birlikte daha önce Abbasiler döneminde de rastlandığı

3 Bkz. Esed, Muhammed, *Minhâcü'l-İslâm fi'l-Hükem*, 3. bs., Beyrut, 1967, s. 87.

4 Udeh, Abdülkadir, *İslâm ve Siyasî Durumumuz*, çev. Beşir Eryarsoy, 5. bs., İstanbul 1995, s. 223-224.

5 Udeh, *a.g.e.*, s. 224.

6 Komisyon, "Kanun", *DİA*, İstanbul, 2001, XXIV, 323-324.

7 Komisyon, "a.g.md", XXIV, 323-324.

8 Komisyon, "a.g.md.", XXIV, 324.

gibi,⁹ kanun teriminin, mali kurallar biçimindeki anlamı, gelişerek sultanın, ortaya koyduğu hukuki emirler manasını kazanmaya başlamıştır.¹⁰ Böylece İslâm hukuk terminolojisinde kanun kelimesiyle daha çok, devlet başkanının, belirli alanlardaki yasama yetkisine dayanarak, özellikle idare, ceza, anayasa ve maliye hukuku alanlarında yürürlüğe koyduğu kurallar ve yaptığı düzenlemeler kastedilmiştir. Nihayet Osmanlı Devleti'nin son dönemlerinde Batı hukukunun etkisiyle başlatılan kanunlaştırma hareketleriyle birlikte kelime Türkçede geniş anlamıyla mevzuat yani yetkili kamu organları tarafından çıkarılan yazılı hukuk kurallarını; dar ve teknik anlamıyla yasama organı tarafından bu adla çıkarılan genel, sürekli ve soyut hukuk kurallarını ifade etmek için kullanılır hale gelmiştir.¹¹ Şu anda kanun, Anayasada¹² öngörülen yetkili organ tarafından, belirtilen yöntem ve biçimde kabul edilip yürürlüğe konulan; genellik, soyutluk, ileriye yönelik olma gibi nitelikleri taşıyan yazılı hukuk kurallarına denilmektedir.¹³

1.2. Yasama Kavramı

1.2.1. Pozitif hukukta yasama ve kanunlaştırma kavramları:

Yasama kavramı: Yasama, devletin, toplum hayatını düzenlemek amacıyla hukuk kuralları koyması anlamına gelmektedir. Ancak her kural koyma ve düzenleme yapma bir yasama faaliyeti değildir. Öyleyse kural koyma ve düzenleme yapma işlevinin yasama niteliği taşıyabilmesi için, yasama faaliyeti neticesinde konulan hukuk kuralının genel, objektif ve soyut olmasının yanında devlet otoritesinin maddî yaptırımını yoluyla bağlayıcı olması da gerekmektedir.¹⁴

Kanunlaştırma kavramı: Kanunlaştırma, herhangi bir konu ile ilgili olarak uyulması gereken normları kanun formu haline koyma, kanun halinde kaideler vazetme demektir.¹⁵ Ancak kanunlaştırma deyimini maksat ve

9 Mâverdi, Ebü'l-Hasan Ali b. Muhammed, *el-Abkâmüs-Sultâniyye*, Mısır, 1386/1966, s. 32-33.

10 İnalçık, "Kanun", *DİA*, İstanbul, 2001, XXIV, 324.

11 Komisyon, "a.g.md.", XXIV, 324. Ayrıca bkz. İnalçık, "a.g.md.", XXIV, 324.

12 Anayasa, mad. 88-89.

13 Bkz. Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, 2. bs., İstanbul, 1991, s. 10; Gören, Zafer, *Anayasa Hukukuna Giriş*, 1.bs., İzmir, 1997, s. 158.

14 Sarıca, Ragıp, *Türkiye'de İcra Uzununun Tenzim Salâhiyeti*, İstanbul, 1943, s. 9-10; Zevkililer, Aydın, *Medeni Hukuk (Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku)*, Ankara, 1992, s. 10-11; Türcan, *Devletin Egemenlik Unsuru ve Egemenlikten Kaynaklanan Yetkileri*, Ankara, 2001, s. 167-168; bkz. Mütevelli, Abdülhamîd, *Mebâdiü Nizâmî'l-Hükem fi'l-İslâm ma'al-Mukârene bi'd-Düstüriyyeti'l-Hâdis*, İskenderiye, tsz., s. 198.

15 Velidedeoglu, Hıfzı Veldet, "Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat", *Tanzimat*, İstanbul, 1999, I, 141-142.

yöntem açısından iki anlamda kullanma imkânı vardır. İlk ve basit anlamı ile kanunlaştırma, hukuk kurallarının yazılı bir şekilde tespit olunmasıdır. Bu anlamda, her yazılı hukuk kuralının çıkarılması yani yetkili merci tarafından, uyulması zorunlu yazılı hukuk kurallarının hazırlanması birer kanunlaştırma sayılır. Yeni bir kanun yapma diyebileceğimiz bu yönteme Arapça’da “taknin”, Fransızca’da “législation” denilmektedir.¹⁶

Bu genel anlamın yanında kanunlaştırma sözcüğüne daha dar ve özel anlam da verilmektedir. İşte bu dar anlamıyla kanunlaştırma, dağınık bir halde bulunan 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 Arapça “tedvin” ve Fransızca “codification” terimleri kullanılır.¹⁷

Kanunlaştırma teriminin bu iki anlamın dışında taşıdığı bir üçüncü anlam ise başka ülke kanunlarının tercüme edilerek aynen aktarılmasıdır. Bunun Arapçadaki karşılığı “iktibas”, Fransızcası ise “réception”dur.

Yasama kanunlaştırma ilişkisi-farklılığı: Pozitif hukukta kanunlaştırma ile yasama arasındaki umum-husus ilişkisi, iki açıdan bir mukayeseye tabi tutulabilir: Bunlardan birincisi obje/nesne açısından yapılan bir mukayesedir. Şöyle ki, yasama organının ilkten/doğrudan kanun vazetmek suretiyle kanun koyması bir yasama olduğu gibi aynı zamanda bir kanunlaştırmadır. Ancak yasama organının mevcut hukuk normları içerisinde tercih yapmak veya doktrin, örf-âdet hukuku ve yargı icihadlarından da istifade ederek derlemeler yapmak suretiyle yaptığı düzenlemeler şeklindeki yasama faaliyeti ise, “tedvin/codification” anlamında bir kanunlaştırmadır.

İkinci mukayese süje/özne açısından yapılan mukayesedir. Aslında kanun yapma anlamına gelen yasama ile yalnızca belli bir organın kural koyma işlevi değil; genel olarak yasanın sözü edilen niteliklerini taşıyan bütün hukuk kurallarının konulması kastedilmektedir. Bu itibarla yasama işlevi, biçimsel bir ayırımı ifade eden “kanunlaştırma” teriminin gösterdiği anlamdan daha geniş kapsamlı bir kavramdır. Zira hukuk normları hiyerarşisinde belli bir kategoriye teşkil eden ve devletlerin siyasi örgütlenmelerinde genellikle bir organ vasıtasıyla, “kanun biçiminde hukuk kaidesi vazetmek” demek olan kanunlaştırma,¹⁸ aynı zamanda hukuk kuralı koyma yöntemlerinden özel bir yöntemi ifade etmektedir.¹⁹ Kısaca kanunlaştırma, özellikle belli bir

16 Bilge, Necip, *Hukuk Başlangıcı*, 13. bs., Ankara, 1999, s. 57.

17 Bilge, *a.g.e.*, s. 57-58; A. Şeref, Gözübüyük, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, 4. bs., Ankara, 1973, s. 46.

18 Bkz. Velidedeoğlu, *a.g.m.*, I, 142.

19 Özsunay, Ergun, *Medeni Hukuka Giriş*, İstanbul, 1981, s. 113.

organın, kanun biçiminde hukuk kuralı koyması şeklindeki faaliyetini ifade etmek için kullanılırken; yasama, devletin, ilgili kurumları eli ile tüzük ve yönetmelik gibi genel ve soyut nitelikli pozitif hukuk kuralları koyma işlemini de içerdiğinden, kanunlaştırmayı da kapsayan daha geniş bir anlamı ifade etmektedir.

Bunu şöyle özetleyebiliriz: Konuya *şekli kanun* açısından bakıldığında, pozitif hukukta kullanılan yasama terimi “teşri’/legislation, tedvin/codification ve iktibas/réception” anlamlarının tümünü kapsamaktadır. Zira yasama organının çıkarmış olduğu kuralların hepsi şekli anlamda kanun adını almaktadır. Yani yasama organının kanun vazetmesine yasama denildiği gibi, hukukun belli dalları veya belli konularla ilgili olarak daha önce mevcut olan çeşitli hukuk normlarını kanun formuna sokarak tedvin etmesine de yasama denilmektedir. Bunun yanında, yasama organınca kabul edilip onaylanmasından dolayı, yabancı kanunların aynen alınması demek olan iktibas da, yasama olarak kabul edilmektedir. Kısaca yasama üst bir kavram olarak kabul edilip bunun altına “teşri’/legislation” ile “tedvin/codification” ve “iktibas” gibi kavramların hepsi konulabilir.

1.2.2. İslâm hukukuna göre yasama kavramı

İslâm hukukunda hukuk kuralı koyma/yasama anlamında kullanılmakta olan *teşri’* terimi, iki anlamı ifade etmektedir. Bunlardan birincisi, bugünkü hukuk anlayışında hukuk yapmak diye isimlendirilen ilk defa/ibtidaen şariat/ahkâm koymak; ikincisi ise, mevcut ilkeler çerçevesinde, yeni karşılaşılan olayların hükmünün, belli ilkelerden hareketle ve belli metotların kullanılmasıyla, bulunması ve ortaya çıkarılmasıdır.²⁰ İkinci anlamı itibariyle bir içtihat faaliyeti olan teşri’ işlevini Hz. Peygamber’den sonra sahabe ve tabiun hukukçuları, daha sonra da müctehid imamlar yerine getirmişlerdir. Zira müctehidler ictehad etmek suretiyle hükmü ilk vazetmedikleri gibi yasama anlamında bir teşri’de de bulunmamaktadırlar. Şu halde İslâm hukukunda *yasama*, düzenlemeye konu olan olayla ilgili hükmün, İslâm’ın değer kaynaklarından istinbât edilerek normatif kural haline dönüştürülmesidir.

Bir kısım İslam hukukçuları, ictehadî görüşlerden birisinin devlet otoritesince benimsenip genel geçer uygulama imkânına kavuşturulmasının, genel anlamda bir kanunlaştırma sayıldığını ifade ettikten sonra, İslâm hukuku normlarının yeni bir şekil içinde uygulamaya sunulması tarzındaki kanunlaştırma faaliyetinin gerçek anlamda bir *yasama/legislation* değil sadece

20 Apaydın, “Siyasal Hayat”, *İlmihal*, II, 292; a.mlf., “Siyasi Prensipler Açısından Demokrasi (Müzakereler)”, *İslâm ve Demokrasi Kutlu Doğum Sempozyumu-1998*, Ankara, 1999, s. 424; Ayrıca bkz. Hallâf, Abdülvehhâb, *Hulâsatü Târihi’t-Teşri’i’l-İslâmî*, Mısır, 1376/1956, (*İlmü Usûli’l-Fıkh*, İstanbul 1984 ile birlikte), s. 281-282; ‘Âliye, a.g.e., s. 42.

bir *tedvin/codification* sayılabileceğini ileri sürmektedirler.²¹ Ancak, siyasal bir olgu olarak yasama, her toplum bakımından maddi bağlayıcılığı bulunan kuralların konulması demek olduğundan bu durum aynı zamanda bir yasama faaliyetidir. Pozitif hukukta yasama organının yapmış olduğu her türlü teşri' ve taknin faaliyeti bir yasama faaliyeti olarak kabul edilmektedir. Tıpkı bunu gibi, İslâm hukuku normlarının devlet otoritesince benimsenerek yeni bir şekil içinde uygulamaya konulması, yukarıda da değinildiği üzere, alt bir terim-kavram olan *tedvin/codification* anlamında bir kanunlaştırma olabileceği gibi, üst bir terim-kavram olan *yasama/legislation* da sayılabilir. Aynı şekilde, ihtiyaç duyulduğunda İslâm hukukunun temel ilkelerine ters düşmeyecek şekilde yeni yasalar vazetmek de bir yasamadır. Ayrıca yasama ile kanunlandırmadan daha kapsamlı olarak, devletin, kanunların yanı sıra tüzük, yönetmelik gibi genel ve soyut pozitif hukuk kuralları koyma işlevi de kastedildiğine göre, her kanunlaştırma bir yasamadır. Öyleyse İslâm hukuku normlarının kanun formuna sokulmasına kanunlaştırma denilebileceği gibi, buna yasama da denilebilir.

1.2.3. Yasama kavramı açısından iki hukuk arasında mukayese

Pozitif hukukta yasama faaliyeti, sırasıyla, yasama organının ilkten/ibtidaen kanun koymasını, mevcut hukuk normlarını kanun formuna sokarak kanunlaştırma yapmasını ve başka ülkelerin kanunlarını iktibas ederek almasını ifade etmektedir. Yani pozitif hukukta bu faaliyetlerin her üçü de yasama olarak kabul edilmektedir.

İslam hukukunda ise yasama, nasslarda açık hüküm bulunduğu hususlarda onların normatif kural haline dönüştürülerek (kanun formuna sokularak) aynen kanun olarak kabul edilmesi, nasslarda açık hüküm bulunmayan hususlarda ise doktrindeki görüşlerden tercihler yapmak suretiyle kanunlaştırmaya gidilmesidir. İhtiyaç duyulan hukuk normu doktrinde de bulunmazsa İslam hukukunun genel yapısına (temel ilkelerine) aykırı olmamak şartıyla ilk baştan kanun konulması da yasamadır. Kısaca bu faaliyetlerin her üçü de yasama olarak kabul edilebilir.

Başka bir ifade ile pozitif hukukta yasama organının yaptığı faaliyet hiçbir şeyle sınırlı kalmadan hüküm boyutu da dâhil ibtidaen yasa koymaktır. İslâm hukukunda ise, yasamanın organik kaynağını teşkil eden gücün yaptığı faaliyet, egemen irade adına, düzenlenecek olay ve onunla ilgili hükmü tespit ve tercih ederek maddî yaptırıma bağlamak suretiyle hukuk kuralı formunda ifade etmekten ibarettir.²²

21 Apaydın, "Siyasal Hayat", *İlmihal*, II, 292.

22 Bkz. Türcan, *a.g.e.*, s. 179.

İki hukuktaki yasama kavramı ya da faaliyeti arasındaki fark ise, pozitif hukukta yasama denince ilk önce, yetkili organın ilkten yasa koyması (yasa yapması) akla gelirken; İslam hukukunda ilk önce nassları kanun olarak kabul etmesi, son olarak ise ilkten yasa koyması (yasa yapması) akla gelmektedir. Yani pozitif hukukun ilk başvurduğuna İslam hukuku son çare olarak ve İslam hukukunun getirmiş olduğu ana ilkelere aykırı düşmeyecek şekilde başvurmaktadır.

2. Yasama Yetkisi

2.1. Pozitif Hukukta Yasama Yetkisi

Hukuki olaylarla ilgili, maddî yaptırıma bağlanmış kural koyma anlamına gelen yasama faaliyeti, bütün toplumlarda bir devlet fonksiyonudur ve bütün toplumlarda kural koyma/yasama yetkisi, aslı olarak, egemen iradeye aittir. Ancak toplumların yapısına göre egemen irade değiştiği için bu yetkiyi kullanan makamlar da değişmektedir.

Devlet, hâkimiyetini, yasama, yürütme ve yargı fonksiyonları vasıtası ile kullanmakta ise de hâkimiyetin en bariz olarak ortaya çıktığı yer yasama fonksiyonudur. Yasama gücü devletin ve milletin tabi olacağı kanunları çıkarma hakkına sahip olan ve devleti ayakta tutan en önemli kuvvettir. Zira yazılı hukukun hâkim bir yer işgal ettiği modern devlette iç hukuk sisteminin temellerini ve sınırlarını tayin eden yasama fonksiyonudur. Hâlbuki yargı fonksiyonu bir iddia veya ihtilaf halinde bir hukuki olayın mevcut hukuk kaidesine uygun olup olmadığını tespit eder. Yönetim fonksiyonu ise mevcut hukuk kaideleri ile fiili ve maddi hal ve vaziyetler arasındaki uyumu veya umumi ve objektif hukuk kaidelerinin gerçekleşmesini sağlar.²³

Bugün parlamenter sistemle yönetilen ülkelerde yasama organı meclis (millet meclisi, temsilciler meclisi vb.) olduğu için, kural olarak yasama yetkisi de ona aittir. Ancak bu yetki, bazen yürütme organına devredilmekte ve yürütme organı tarafından kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelikler çıkarılmaktadır. Dolayısıyla, yasama yetkisi, yasama organından daha genel bir mana ifade etmektedir. Zira kural olarak bu yetki, yasama organına ait olmakla birlikte, kanun hükmünde kararname örneğinde olduğu gibi, bazen yürütme organına devredilebilmektedir.

Her devletin anayasasının belirlediği kanun yapmakla yetkili kılınmış organa yasama organı adı verilir. Başka bir ifadeyle yasama organı (yasamanın organik kaynağı) hukuk kuralını yasa şekline koyarak devlet gücüyle yaptırı-

23 Kubalı, Hüseyin Nail, "Devlet Hukuk Nizamı ve Hükümet Edenlerle Hükümete Tabi Olanların Bu Nizam İçindeki Vaziyetleri", *Tabir Taner'e Armağan*, İstanbul 1956, s. 460. Bkz. Esed, *a.g.e.*, s. 87.

ma bağlayan organdır.²⁴ Yasamanın en önemli ayağını oluşturan yasama yetkisi devlet ve hükümet şekillerine göre değişmektedir. Sözgelimi, bir toplum mutlak monarşi ile yönetiliyorsa, o toplumda egemenlik ile siyasi iktidar tek kişide birleştiği için yasanın kaynağını monarkın iradesi oluşturmaktadır. Devlet erklerinin ayrılarak egemenliğin topluma ait olduğu devletlerde ise, yasanın kaynağını toplumun iradesi teşkil etmektedir. Ancak toplum, egemenliğine dayanan yetkilerini maddi imkânsızlıklar nedeniyle bizatihi değil ilgili organlar vasıtası ile kullanır. Mesela demokrasi ile yönetilen ülkelerde bu kaynak halkın seçtiği temsilcilerden oluşan parlamentodur.

Yasalaşacak asıl metnin ortaya çıkmasından önce yardımcı ve hazırlayıcı nitelikte bazı çalışmaların yapılması gerekmektedir. Her şeyden önce, kanunun çıkarılmasına neden ihtiyaç duyulduğunun bilinmesi gerekir. Bundan dolayı her kanun için kanunun amacını, işlevini ve kanun hükümleri arasındaki ilişkileri açıklayan bir gerekçe hazırlanır. Kanunun hazırlanması teknik beceri isteyen bir konu olduğundan dolayı ikna edici bir gerekçe ile iyi bir kanun hazırlayabilmek için teknik çalışma yapan uzmanların görüşlerinden faydalanmak gerekmektedir.²⁵

Kanun yapma ile *kanun koyma* arasında fark bulunmaktadır. Kanunun maddî yönü, onun gerekçesini, muhtevasını hazırlayan, o alanın uzmanlarından oluşan ihtisas komisyonlarının ürünü iken; biçimsel yönü (kanunun çıkarılması) parlamentoya aittir. Kanun yapma teknik çalışma yapan ihtisas komisyonlarının faaliyeti; kanun koyma ise parlamentonun faaliyetidir. Ancak parlamenter hükümet sistemlerinde kanun yapma genelde bakanlıklardan başladığı için parlamentonun yerine getirdiği işleve “kanun koyma” adı verilmektedir.²⁶

2.2. İslâm Hukukuna Göre Yasama Yetkisi/Yasanın Kaynağı

İslâm hukukunda yasanın kaynağı ifadesiyle bazen *hüküm kaynağı* kastedilmektedir ve buna *hâkim* denilmektedir. Bazen, Allah tarafından konulan hükümlerin içerisinde bulunduğu nasslar ile bu hükümlerin anlaşılmasını ve açığa çıkarılmasını sağlayan yol ve yöntemler kastedilmektedir. İslâm hukuk literatüründe bu kaynaklar *delil-edille*, *asl-usûl*, *masdar-masadır* diye isimlendirilmektedir. Bazen de hukuk kurallarını koyan veya mevcut

24 Yasama organının görevleri ve diğer organlarla ilişkisi, Anayasa hukukunun konusunu teşkil etmektedir. Türk Anayasasına göre yasama organı, Türkiye Büyük Millet Meclisi'dir. Buna göre yalnız Türkiye Büyük Millet Meclisi'nden çıkan hukuk kuralları kanun adını taşıyabilir. Bkz. Velidedeoğlu, a.g.m., I, 141-142; Bilge, a.g.e., s. 36; Güriz, Adnan, *Hukuk Başlangıcı*, 5. bs., Ankara 1996, s. 51; Gözübüyük, a.g.e., s. 33.

25 Güriz, a.g.e., s. 51.

26 Bkz. Gören, a.g.e., s. 157; Güriz, a.g.e., s. 51.

kuralları düzenleyerek yasalastıran irade kastedilmektedir. Bu tür normatif düzenlemelerde bulunma, siyasal açıdan egemen iradenin bir işlevi olduğundan bu faaliyet, bütün toplumlarda bir devlet fonksiyonudur.

Biz önce yasanın hüküm kaynağını, daha sora fiilen yasayı çıkaran/organik kaynağı inceleyeceğiz.

İlk defa/ibtidaen şeriat/ahkâm koyma anlamında kullanılan *teşri'* yetkisi ilahi iradeye aittir.²⁷ Mevcut ilkeler çerçevesinde, yeni karşılaşılan olayların hükmünün, ortaya çıkarılması anlamındaki teşri' ise hüküm koymaktan ziyade mevcut olduğu var sayılan hükmün ichtihad yoluyla ortaya çıkarılmasıdır.²⁸ Hakikî teşri' yetkisi ancak ilahi iradeye ait olup, teşri'in ikinci anlamda kullanılması mecaz kabilindedir.²⁹

Hakiki anlamıyla teşri', şeriat koymak, ibtidaen hüküm vazetmek olduğuna göre, konunun netlik kazanarak yasamanın kaynağı ve yasama yetkisinin daha iyi ortaya konulabilmesi için *hüküm-hukuk-kanun* terimlerinin aralarındaki ilişki ve farka dikkat etmek gerekmektedir. Aralarında umum-husus açısından bir ilişki olmakla birlikte bunlar farklı kavramlardır.

Hüküm, "bir durumun diğerine olumlu ya da olumsuz anlamda isnat edilmesi"³⁰ demektir. Şer'i hüküm ise, "Allah'ın iktizâ (talep), tahyir ve vad' bakımından mükelleflerin fiillerine ilişkin hitabı"³¹ veya "hitabın eseri"³² olarak tanımlanmaktadır.³³

Hukuk terimini hukukçular birçok anlamda kullanmaktadır. Bununla bazen kişinin hakları gibi kişiye tanınan yetkiler kastedilirken bazen de şahsın hukuku gibi kanun manası kastedilmektedir.³⁴

27 Apaydın, "Siyasal Hayat", *İlmihal*, II, 292. Ayrıca bkz. Hallâf, *Hulâsatü Târihi't-Teşri'i'l-İslâmî*, s. 281-282; Âliye, *a.g.e.*, s. 42.

28 Apaydın, "Siyasal Hayat", *İlmihal*, II, 292; Apaydın, "Siyasi Prensipler Açısından Demokrasi (Müzakereler)", *İslâm ve Demokrasi Kutlu Doğum Sempozyumu-1998*, Ankara, 1999, s. 424; Hallâf, *Hulâsatü Târihi't-Teşri'i'l-İslâmî*, s. 281-282; Âliye, *a.g.e.*, s. 42; Yûsuf Hamid el-Alim, *el-Makâsidi'l-Âmme li-Şer'i'ati'l-İslâmiyye*, Rabat, 1414/1993, s. 21.

29 Bkz. Yûsuf Hamid el-Alim, *a.g.e.*, s. 21.

30 Cürçânî, es-Seyyid eş-Şerif Ali b. Muhammed b. Ali es-Seyyid ez-Zeyn Ebi'l-Hasan el-Huseynî, *et-Ta'rîfât*, Mısır 1357/1938, s. 82; Bilmen, Ömer Nasuhi, "Ahkâm-ı Şer'iyye ve Ahkâm-ı Fıkhiyye", *Yüksek İslâm Enstitüsü Dergisi*, s. 2, İstanbul, 1964, s. 55. "Hüküm", "hâkim", "mahkûmün fih" ve "mahkûmün aleyh" terimleri hususunda bkz. Âmidî, Seyfüddin Ebû'l-Hasan Ali b. Ebî Ali, *el-İhkâm fi Usûli'l-Ahkâm*, Beyrut, 1985, I, 72; Molla Hüseyin, Mir'âti'l-Usûl fi Şerhi Mirkâti'l-Vusûl, İstanbul, 1966, s. 509 vd.

31 Ensârî, Muhammed b. Nizâmiddîn, *Fevâitihur-Rahamât Şerhu Müsellemi's-Sübût*, (el-Mustafâ ile birlikte), Beyrut, tsz., I, 54.

32 Büyük Haydar Efendi, *Usûl-i Fıkıh Dersleri*, İstanbul, 1326, s. 398.

33 Beyânünî, Muhammed Ebû'l-feth, "Hüküm", *DİA*, İstanbul, 1998, XVIII, 466.

34 Arsebük, *a.g.m.*, 293.

Hukukun menşesine ve oluşumuna bakış açıları farklı olan hukukçuların bu yaklaşımları hukuk tariflerine de yansımakta ve birbirinden farklı hukuk tarifleri ortaya çıkmaktadır. Yapılan tariflerden bazıları, pozitivist hukukçuların hukuka bakışları gibi, kanun tarifine çok yaklaşmakta iken, bazı tarifler ise, kanunu da içine alacak daha kapsamlı bir anlam içermektedir.

Hukuku devletin emir ve iradelerinden ibaret gören pozitivistlere göre, hukuk kaidelerini devlet yapar.³⁵ Bu pozitivist hukukçular, hukuku tıpkı kanun gibi yasama meclislerinin çıkardığı normatif kaidelerden ibaret sayarak onu kanunla eşdeğer kabul etmekte. Bu cümleden olarak hukukun sadece konusunu esas alan biçimsel bir tanıma göre hukuk, “toplum hayatında kişilerin birbirleriyle ve toplumla olan ilişkilerini düzenleyen ve uyulması kamu gücü ile desteklenmiş bulunan sosyal kurallar bütünüdür.”³⁶ Hukukun amacını ve kaynağını da içeren ve kanun tarifine de yaklaşan bir tarife göre ise hukuk, “toplumun genel yararını sağlamak amacıyla yetkili makam tarafından konulmuş ve devlet yaptırımlarıyla donatılmış sosyal kurallar bütünüdür.”³⁷ Birinci tanımdaki “kamu gücü ile desteklenme” vurgusu, hukuku kanuna yaklaştırırken; ikinci tarifte buna ilave olarak yer alan “yetkili makam tarafından konulmuş olma” vurgusu, açıkça pozitivist bir yaklaşımı yansıtmakta ve hukuku tamamen kanunla *aynileştirmektedir*.

Hukuku, devlet emirnamelerinin üstünde gören tabii hukukçular ise, hukukun, devlet adamlarının iradelerini aşan bir mevcudiyeti olduğunu ve onu devletin yapmadığını; devletin yasama meclisleri yoluyla kanun yaptığını savunmaktadırlar.³⁸ Hukukun “toplum halinde yaşayan insanların birbiri ile olan ilişkilerini düzenleyen normlar bütünü”³⁹ şeklinde yapılan tarifinde hukuk, kanunu da içine alacak bir şekilde daha kapsamlı bir muhteva içermekte ve tabii hukukçuların bakış açılarına yaklaşmaktadır.

Değişik hukuk tariflerinden sonra aralarındaki farka değinmek için kanun tarifine yer vermek istiyoruz. Kanun, “bir devlette yetkili makam tarafından bütün millet için geçerli olmak üzere konulan müeyyideli kaidelere” denir.⁴⁰

Tariflerde de görüldüğü üzere, hükümle hukuk arasında bir umum-husus ilişkisinden söz edileceği gibi iç içe oldukları da söylenebilir. Çünkü

35 Başgil, Ali Fuat, “Hakkı ve Hukuku Devlet mi Yaratır ve Yapar?”, *Tahir Taner’e Armağan*, İstanbul, 1956, s. 429.

36 Bilge, *a.g.e.*, s. 12; bkz. Gözler, Kemal, *Hukuka Giriş*, Bursa, 1998, s. 187.

37 Bilge, *a.g.e.*, s. 12.

38 Başgil, *a.g.e.*, s. 429; Ayiter: *a.g.m.*, s. 195.

39 Kunter, Nurullah, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, 1989, s. 543.

40 Velidedeoglu, *a.g.m.*, I, 141-142; Arsebük, Esat, “Kanun Karşısında Hukukun Rolü”, *AÜHFHD*, c. III, s: 2-3-4 İstanbul, 1946., s. 293.

hükümlerin toplamından hukuk kuralları meydana gelmekte bunun neticesinde de hukuk (hukuk sistemi) oluşmaktadır.

Biz de tabii hukukçuların bu yaklaşımına paralel olarak, hukukla kanun arasında fark bulunduğunun ve hukukla kanun arasında da bir umum husus ilişkisi olduğunun daha doğru bir yaklaşım olacağını düşünmekte ve hukukla kanun arasındaki fark hususunda temellendirmeyi bu yaklaşıma göre yapmaktayız. Buna göre, bir ülkede mevcut ve yürürlükte bulunan bir hukuk nizamına kanun; toplum menfaatlerini en iyi şekilde koruma kabiliyet ve kudretini haiz olmasından dolayı, gerekliliği hissedilen kanuna da hukuk denir.⁴¹ Kısaca kanun, hukukun bölümlerinden devlet gücüyle desteklenerek yürürlüğe konmuş kısımdır.⁴² Öyleyse devlet, hukuku değil kanunları vazedir; hukukçular da kanunları değil, değişik dallarıyla hukuku oluştururlar. Hukuk hukukçuların işi, kanun ise yasama yetkisini elinde bulunduranların işidir.

İslâm hukukunda hükmün kaynağına “hâkim” denilmekte olup şer’î hüküm koyma yetkisinin, başka bir ifadeyle şer’î hükümlerin kaynağının ilahi irade olduğunda görüş birliği bulunmaktadır.⁴³ Nitekim Kur’ân-ı Kerim’de mutlak olarak hüküm koyma yetkisinin Allah’tan başkasına tahsis edilemeyeceği açıkça bildirilmiştir.⁴⁴

İslâm hukukunun temel iki kaynağından birincisi Kur’an, diğeri de Sünnet’tir. İslâm hukukunun diğer bütün kaynakları meşruluklarını direkt veya dolaylı olarak bu iki kaynaktan alırlar.⁴⁵ Kitap, Sünnet ve icma’ın⁴⁶ bağlayıcılığını devlet en baştan tanımış olduğundan, Kitap ve Sünnet nassları hüküm vazetmiş oldukları konularda devletin tasdikine muhtaç olmaksızın *yasamanın hüküm kaynağını* oluştururlar. Kişisel olarak fertler bunlara uymak zorunda olduğu gibi, kamu hukuku ile ilgili konularda da devlet bunları gözetmek durumundadır. Ancak ictehad, bağlayıcılık açısından Kitap ve

41 Arsebük, a.g.m., s. 293.

42 Bkz. Ayiter, Ferit, *Yabancı Kanunlar ve Milli Hukuk, Medeni Kanununun XV. Yıldönümü İçin*, İstanbul, 1944, s. 195.

43 Ensârî, a.g.e., I, 25; Bilmen, a.g.m., s. 55, 56; Beyânûnî, a.g.m., *DİA*, XVIII, 466; Karaman, Hayreddin, “Fıkıh”, *DİA*, İstanbul, 1996, XIII, 3. Ayrıca bkz. Ebû Zehrâ, Muhammed, *Usûlü’l-Fıkıh*, İstanbul, tsz., s. 71.

44 İlgili ayetler için bkz. 5. Mâide, 47, 49, 50; 6. En’âm, 57, 62; 12. Yûsuf, 40; 42. Şurâ, 10; 53. Kasas, 70, 88. Benzer değerlendirmeler için bkz. Ebû Zehrâ, a.g.e., s. 283.

45 Gazzâlî, Huccetü’l-İslâm Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed, *el-Müstasfâ min ‘İlmi’l-Usûl*, Beyrut, tsz., I, 100; Şâtıbî, Ebû İshâk İbrâhîm b. Mûsâ, *el-Muvâfakât fi Usûli’ş-Şerî’a*, Beyrut, 1991, III, 29-30; Bardakoğlu, Ali, “Delil”, *DİA*, İstanbul, 1994, IX, 139; Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 3. bs., İstanbul, 1991, I, 145, 159 vd.

46 İcma’ın bağlayıcılığı hakkında geniş bilgi için bkz. Serahsî, Şemsüddîn Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl, *Usûlü’s-Serahsî*, İstanbul, 1984. I, 295 vd.

Sünnet'ten farklı bir durum arz etmektedir. Zira içtihadın herkesi bağlayıcı hale gelmesi, ancak ilgili devlette yasama yetkisini elinde bulunduranlar tarafından yapılması ya da tercih edilmesiyle mümkündür.⁴⁷

Bazı İslâm hukukçularının Hz. Peygamber'den sonra yasama yetkisini müslüman toplum içinde müçtehitlerin yerine getirdiğini ifade etmeleri,⁴⁸ yasama faaliyetinin bir devlet işlevi olmasından dolayı uygun değildir. Muhtemelen bu anlayış içtihadın bir yasama faaliyeti olarak kabul edilmesinden kaynaklanmaktadır. Kanaatimizce bu müellifler, hukuk ve kanun ayırımına çok önem vermedikleri veya çok dikkat etmedikleri için, hukukun oluşturulması-oluşması ile kanunun yapılması/konulması arasındaki farka da dikkat etmemektedirler. Dolayısıyla hukukla kanun arasında pek fark görülmeince bunların oluşumları arasında da fark görülmemektedir. İctihadın bir yasama faaliyeti olarak kabul edildiği bu anlayışa göre, ictehad eden müçtehitler de yasama faaliyetini gerçekleştirmiş olmaktadır. Hâlbuki müçtehitler tarafından gerçekleştirilen ictehadlar fikhî, hukuk doktrinini oluşturmaktadır. Doktrin/fıkıh ise, yasa vasfını ancak devlet tarafından yaptırıma bağlanarak yürürlüğe konulduktan sonra kazanır. Dolayısıyla fıkıh külliyyatının devlet katkısı olmaksızın oluşması bir yasama olmadığı gibi bu külliyyat da bir yasa değildir.

Pozitif hukukla mukayeseli bir şekilde ifade etmek gerekirse şunları söyleyebiliriz: Kanunun maddî yönü, onun gerekçesini, muhtevasını hazırlayan uzman kişilerin, biçimsel yönü (kanunun çıkarılması) siyasî bir kurum olan yasama organının faaliyetidir. Tıpkı bunun gibi, müçtehidlerin ictehadî faaliyetleri sonucu meydana getirmiş oldukları fıkıh, bir açıdan hukuk doktrinine başka bir açıdan ise, parlamenter sistemlerdeki ihtisas komisyonlarının yaptığı faaliyet sonucu oluşturdukları (kanunun maddî yönüne) kanunun muhtevasına benzetilebilir. Her halükarda hukukun oluşumuna doğrudan katkı sağlayan ictehad faaliyeti dolaylı olarak da yasamaya katkı sağlamaktadır. Müçtehidlerin hukuka katkıları ferdî ictehadları ile olabileceği gibi bu ictehadların sonucunda oluşacak icma' ile de olabilir.

Hukukçuların hukuka doğrudan, yasamaya dolaylı katkıda bulunma faaliyeti olarak ictehad: İslâm hukukunda Kitap ve Sünnet dinî hükümlerin aslı iki kaynağı olmakla birlikte bu hükümlerin kabul edilerek anlaşılması ve yorumlanması akılla mümkün olmaktadır. Bundan dolayı genel

47 Bkz. Ali Haydar, Hoca Emin Efendizade, *Düerü'l- Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, İstanbul 1330, I, 7.

48 Bkz. Hallâf, Abdülvehhâb, *es-Siyâsetü's-Şer'iyetü ev Nizâmü'd-Devleti'l-İslâmiyyeti fi Şüunî'd-Düstüriyyeti vel-Hâriciyyeti vel-Mâlîyyeti*, Beyrut, 1407/1987, s. 44; Nebhân, Muhammed Fârûk, *Nizâmü'l-Hüküm fi'l-İslâm*, Kuveyt, 1974, s. 415.

manası itibariyle akli kullanarak gayret etmek olan icthad, hem hukukun oluşumunda hem de yasama faaliyetlerinde çok önemli bir yere sahiptir. Zira akli kullanarak gayret etmeden yeni hükümler vermek ve yeni sonuçlara ulaşmak mümkün olmadığı gibi mevcut nasslardan hüküm çıkarmak da mümkün değildir. Ayrıca nass bulunmadığı konularda da iş tamamen akli kullanarak icthad etmeğe kalmaktadır.

Devamlı değişmekte olan hayatın akışı içerisinde, yeni problemler ortaya çıkmaktadır. Hukukun ve hukukçunun görevi, önüne çıkan bu yeni problemleri çözmek olduğundan, İslâm tarihi boyunca kanun yapma vasıtası olarak icthada müracaat edilmiştir.⁴⁹ Müftülerin bir icthad faaliyeti olarak gösterdikleri ilmi mesai olan ifta, doktriner alanda kalmakla birlikte, yasama derecesinde önemlidir ve İslâm hukukunun kaynaklarından birini teşkil edecek vasıfları taşımaktadır.⁵⁰ Şu kadar var ki, icthadlar tek tek bağlayıcı olmamakla birlikte müctehit olmayan kişiler açısından bu icthadlardan birinin alınması ve ona göre amel edilmesi pratik bir zorunluluktur. Yine bu icthadlardan biri kamu otoritesince kanunlaştırıldığında ise, bağlayıcılık vasfı kazanarak herkes tarafından uyulması zorunlu bir kanun haline gelmiş olur.⁵¹

Hukukçuların hukuka doğrudan, yasamaya dolaylı katkıda bulunma faaliyeti olarak icma': Hukukçuların yasamaya dolaylı katkıda bulunmaları ferdi icthadlarıyla olabileceği gibi, icthadların aynı noktada birleşmesi neticesinde meydana gelen icma suretiyle de olabilir.⁵² Ayrıca, halkın, bilimsel açıdan ileri gelen kişileri tarafından gerçekleştirilen icmaı bir çeşit millet iradesi sayılabilir. Ancak bu irade, uygulamada müctehidlerin icmaı ile belirlenmektedir.⁵³ Bilindiği gibi, klasik anlayışa göre, icmaın bağlayıcılığının temelinde, “ümmetin dalâlet üzerinde toplanmayacağını”⁵⁴ bildiren

49 Hallâf, *İslâm Hukuk Felsefesi*, s. 66-67; Mahmasânî, *Felsefetü'l-Teşri' fi'l-İslâm*, Beyrut, 1952, s. 140; Sava Paşa, *İslâm Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüd*, çev. Baha Arıkan, Ankara, 1955, II, 16; Şelebî, Muhammed Mustafâ, *Ta'lîlü'l-Ahkâm*, Beyrut, 1988, s. 35.

50 Bkz. Atar, Fahrettin, “Fevva”, *DİA*, İstanbul, 1995, XII, 487.

51 Bkz. Ali Haydar, *a.g.e.*, I, 7; Apaydın, “İctihad”, XXI, 435; Cin, Halil-Akgündüz, Ahmet, *Türk Hukuk Tarihi I (Kamu Hukuku)*, Konya, 1989, I, 159-160.

52 Bu husustaki Osmanlı uygulamalarına ışık tutması açısından bkz. Akgündüz, Ahmet, *Osmanlı Kanunnameleri*, I, İstanbul, 199, I, 70 vd.

53 Bkz. Rayyis, M. Ziyâuddin, *İslâm'da Siyasi Düşünce Tarihi*, çev. İbrahim Sarımsı, 2. bs., İstanbul, 1995, s. 480-481.

54 Tirmizî, Muhammed b. İsâ, *Sünen*, tahk. Ahmed Muhammed Şakir ve.dğr., Beyrut, tsz., Fiten, 7; Heysemî, Ali b. Ebî Bekr, *Mecma'üz-Zevâid*, Kahire, 1407, V, 218. Bu hadisın farklı lâfızlarla rivayeti için bkz. 'Aclûnî, İsmâ'il b. Muhammed, *Keşfü'l-hafâ ve Müzili'l-İlbâs*, Beyrut, 1351, II, 350-351.

hadise dayanan masumiyet anlayışı yatmaktadır.⁵⁵ Bu anlayışa göre, masumiyet ve millet iradesinin aynı anda tecelli etmiş olduğu icma' vasıtası ile *dalâlet üzerinde toplanmayacağı bildirilen ümmetin* iradesi, yasama faaliyetine yansımış olmaktadır.

Bu anlayışın bir yansıması olsa gerek ki, klasik anlayışa göre, Hz. Peygamber'in vefatından itibaren hiçbir âlimin farklı kanaat belirtmediği hususlar artık ictihadî faaliyete ihtiyaç hissettirmeyecek alanı oluşturmaktadır.⁵⁶

Bir başka açıdan bakıldığında, hukukçuların icma' yoluyla yasamaya katkısı doğrudan bir katkı olarak ta değerlendirilebilir. Zira müslüman yöneticiler, fukaha icma'ının bulunduğu bir konuda icma'a muhalif bir kanunlaştırma yapmazlar, yapamazlar. Özetlemek gerekirse, icma', bilimsel bir faaliyet, ictihadlar toplamı olması açısından yasamaya hukukî malzeme temin edebilir. Bu açıdan icma'ın yasamaya katkısı dolaylıdır.

Doktrinde, hakkında icma bulunduğu kabul edilen hususlarda ona aykırı yasa yapılamayacağından⁵⁷ icma' ile şekillenen meselenin doğrudan yasa niteliğini kazanmış olduğu, başka bir ifade ile icma' ile sabit olan hüküm, hukukî norm şekline sokularak yasa olarak kabul edileceği için onun yasamaya katkısı doğrudan bir katkı olarak kabul edilebilir.

2.2.2. Yasanın organik kaynağı

Yasamanın organik kaynağı hukuk kuralını yasa şekline koyarak devlet gücüyle yaptırıma bağlayan iradedir. Yasamanın organik kaynağının kamu otoritesi olduğu hususu devlet ve hükümet sistemlerine göre değişmemekte ve bütün sistemlerde yasama yetkisi kamu otoritesine ait olmaktadır

İşlâm hukukuna göre *yasama*, düzenlemeye konu olan olayla ilgili hükmün, İşlâm'ın değer kaynaklarından istinbât edilerek normatif kural haline dönüştürülmesi olduğuna göre, bu faaliyeti yapan irade de yasamanın organik kaynağı olmaktadır. Buna göre İşlâm hukukunda yasamanın kaynağını teşkil eden irade, egemen irade adına, düzenlenecek olay ve onunla ilgili hükmün tespit ve tercihi ile maddî yaptırıma bağlamak suretiyle hukuk kuralı formunda ifade edilmesi işlemini gerçekleştirmektedir.⁵⁸

55 M.Abduh da, "hall ve akd ehli müminlerin, hakkında nass bulunmayan ve kamu yararının gerektirdiği bir konu üzerinde, tam bir bağımsızlık ve serbestlik içinde, zorlanmadan icma ettüklerinde onlara itaat etmenin vacip olduğunu ve bu icmada onların masum olduğunu kabul etmek gerektiğini" söylemektedir. Bkz. Rayyis, *a.g.e.*, s. 481-482.

56 Dönmez, İbrahim Kâfi, "İcma" *DİA*, İstanbul, 2001, XXI, 428.

57 İcma'ın bağlayıcılığı ve ve sahabe icma'ı ile sabit olan hüküm Kitap ve Sünnet ile sabit olan hüküm gibi olduğu hakkında geniş bilgi için bkz. Serahsi, *Usûl*, I, 318.

58 Bkz. krş. Türcan, *a.g.e.*, s. 179.

Özetlemek gerekirse, İslâm hukuku açısından hüküm, hukuk, kanun arasında fark bulunduğu gibi, bunların kaynakları arasında da fark bulunmaktadır. Öyleyse hükmün kaynağı ile hukukun ve kanunun kaynağı ayırımına gidilebilir. Hükmü ibtidaen koyan (hükmün kaynağı) Allah, hukuku oluşturan müctehidler, kanunlaştıran ise kamu otoritesidir.

Yasanın organik kaynağı olarak devlet başkanı: Başta Raşit halifeler olmak üzere İslâm hukuk tarihinin her döneminde ilmî yeterliliğe sahip olan halifeler hem hukukçu hem de devlet başkanı konumlarıyla aktif bir şekilde hareket ederek yasama alanında büyük ölçüde yetkili olmuşlardır.⁵⁹

Devlet başkanının, hukuki hayata ilişkin konularda insanların maslahatına uygunluk, kolaylık uygulamada birliği sağlamak ve toplumda ayrılıkların oluşmasını önlemek gibi gerekçelerle mevcut icthadî görüşlerden birini tercih edip o doğrultuda hareket edilmesini istemesi⁶⁰ bir yasama faaliyeti olup,⁶¹ İslâm tarihinde yasama yetkisini kullanan halifelerin en çok başvurdukları yöntem de budur.⁶²

Ayrıca devlet başkanının, kamu yararı düşüncesiyle, tercih etmiş olduğu görüş, müftabih görüş olmasa bile, yasallaşmış sayılacağından insanlar için bağlayıcı hale gelir. Bu cümleden olarak, devlet başkanı büyük bir maslahat gereği, caiz olan bazı işlem ve akitleri kanunen yasaklayabilir. Yine bunun gibi, halkın zamanla ortaya çıkan ihtiyaçlarını karşılamak için kesin hükümler ifade eden genel ilkelere ters düşmeyen kanunlar da çıkarabilir.⁶³

Buna ek olarak, devlet başkanının, İslâm hukukunun düzenlememiş olduğu alanlarda bu hukukun genel yapısına ters düşmeyecek bir takım düzenlemeler yapması ve kendi yetkisine bırakılan ta'zir cezalarını belirlemesi de mümkündür.⁶⁴ Ancak bu tür faaliyetler sırasında devlet başkanı, sınırlı bir

59 Atar, Fahrettin, *İslâm Adliye Teşkilatı*, 3. bs., Ankara, 1991, s. 31; Karaman, Hayreddin, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, I, 145. Bkz. Apaydın, "Siyasal Hayat", *İlmihal*, II, 293; Mansurizade Said, "Cevazın Şeri Ahkâmdan Olmadığına Dair", sad. Ali Bardakoğlu, *Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, s: 1 (Kayseri 1987), s. 81-89; Âliye, *a.g.e.*, s. 43; Barkan, Ömer Lütfi, "Kanunname", *İA*, İstanbul, 1993, VI, 185 vd.; İnalçık, Halil, "Örf", *İA*, İstanbul, 1993, IX, 180.

60 Bkz. Ali Haydar, *a.g.e.*, I, 7. Ayrıca bkz. İnalçık, "Kanun", *DİA*, XXIV, 325; Mahmasâni, *a.g.e.*, s. 166-177; Karadâvi, Yûsuf, *İslâm Hukuku-Evrensellik-Süreklilik*, çev. Yusuf İşçık-Ahmet Yaman, İstanbul 1997, s. 62-64; Fâsî, 'Allâl, *Makâsıdü'ş-Şer'i'ati'l-İslâmiyye ve Mekârimuhâ*, byy., 1993, s. 58; Nebhân, *a.g.e.*, s. 148-149; Koşum, "İslam Hukukunda Siyaset-i Şer'iyye Kavramı", s. 353. Mecelle'nin 1802. maddesi de bu hedefe yönelik olarak vazedilmiştir.

61 Bkz. Mecelle, mad. 16; Ali Haydar, *a.g.e.*, I, 68-70.

62 Bkz. Mahmasâni, *a.g.e.*, s. 257; Cin-Akgündüz, *a.g.e.*, I, 159-160.

63 Bkz. Nebhân, *a.g.e.*, s. 148-149.

64 Bkz. Aydın, "Anayasa", *DİA*, III, 159; Bkz. İnalçık, "Kanun", XXIV, 325; Rayyis, *a.g.e.*, s. 485; Udeh, *a.g.e.*, s. 225.

yetkiyi yani İslâm hukukunun genel yapısına paralel bir düzenleme yetkisini kullanmaktadır. Şu halde devlet başkanlarının İslâm Hukukunun ictihadla sabit olmayan bir hükmünü yürürlükten kaldırma veya değiştirme şeklinde bir yasama faaliyetleri söz konusu değildir.⁶⁵

Hukukçuların yasamaya doğrudan katkıda bulunma faaliyeti olarak şûra: Hakkında Kur'an-ı Kerim'de iki ayet⁶⁶ ve aynı adla bir de sure bulunan şûra ile ilgili olarak Hz. Peygamber'den birçok hadis nakledildiği gibi, siyer ve tarih kitaplarında da şûra uygulamalarının çok sayıda örnekleri görülmektedir.⁶⁷ Hulefa-i Raşidî döneminde de yaygın bir şekilde kullanılan şûra uygulamasıyla birçok dinî, hukukî ve siyasî problem çözülmüştür.⁶⁸

Ancak şûra ehlinin faaliyet gösterebileceği yasama sahası nasslarla sınırlıdır. Dolayısıyla şûra heyetinin bir yasama faaliyetinde bulunması, Şâri'in hüküm vazetmediği yeni ortaya çıkan olaylar hakkında, İslâm hukukunun genel ilkeleri doğrultusunda hükümleri belirleme çabası ve faaliyeti neticesi ortaya çıkan bir uzlaşma ve ittifakı ifade eder. Yoksa Şâri'in iradesine aykırı olduğu açıkça anlaşılabilen bir hüküm koyma yetkisine fert olarak bir müctehid sahip olmadığı gibi bir heyet de sahip değildir.⁶⁹ Şûra vasıtasıyla ancak, hakkında nassın varid olmadığı konularda, mesalih-i mürsele çerçevesinde, günümüzdeki tabiriyle kanun vaz' edilebileceği gibi, önceki icthadlardan biri de tercih edilebilir.⁷⁰

Hukukun oluşumuna katkıda bulunan daha doğrusu hukuku oluşturan fukahanın, şûra vasıtasıyla yasamaya da doğrudan katkıda buldukları söylenebilir. Bu katkı, tarihi tecrübede görüldüğü üzere, fukahanın, şûra meclisi içinde yer alarak bizzat yasama faaliyetine katılmaları şeklinde olabileceği gibi, bugünkü yasama meclislerinde bulunan ihtisas komisyonlarına benzeyen kurullarda görev alarak kanunların hazırlanmasında aktif rol almaları şeklinde de olabilir.⁷¹

65 Bkz. Aydın, "Anayasa", *DİA*, III, 159; İnalçık, "Kanun", XXIV, 325; Udeh, *a.g.e.*, s. 224-225.

66 3.Al-i İmran, 159; 42.Şura, 38.

67 Senhurî, Abdürrezzâk, *Fıkhu'l-bilâfe ve Tetavvürühâ*, Kahire, 1989, s. 225; Aydın, "Anayasa", III, 161; Aydın, M. Akif Türk, , *Türk Hukuk Tarihi*, 3. bs., İstanbul, 1999, s. 125.

68 Senhurî, *a.g.e.*, s. 225; Aydın, "Anayasa", *DİA*, III, 161; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 125.

69 Gökmenoğlu, Hüseyin Tekin, *İslâm'da Siyasi Bir Katılım Vasıtası Olarak Şûrâ*, Konya, s. 185, 1 ve 2 nolu dipnot.

70 Gökmenoğlu, *a.g.e.*, s. 186.

71 Günümüzde de bazı İslâm ülkelerinde, bizdeki ihtisas komisyonlarına benzer bir şekilde, kanun tasarıları hazırlamakla veya bu kanunların İslâm hukukuna uygunluğunu kontrol etmekle görevli sadece hukukçulardan oluşan komisyonlar bulunmaktadır. Bunların bu faaliyeti yasamaya doğrudan katkı olarak değerlendirilebilir.

Mesela Osmanlı devletinde, Divan-ı Hümayun vezir, şeyhülislâm, reisülküttap, defterdar, nişancı, kazasker, kaptan-ı derya gibi kişilerden meydana gelmekteydi.⁷² Bu kişilerin bir kısmı yasama, bir kısmı yürütme, bir kısmı da yargı alanında kendilerine tevdi edilen vazifeleri padişaha vekâleten yerine getirmekteydi. İlmiye sınıfının başı olan ve Kanuni döneminde divan üyeliğine getirilerek protokolde sadrazama denk sayılan şeyhülislam, İslam hukukunun uygulanmasından sorumlu en yüksek din âlimi idi. Divanda oy hakkına sahip olmamasına rağmen, divanda alınan kararların dine uygun olup olmadığı hakkında fetva verirdi. Böylece ictihad vasıtasıyla hukukun oluşumuna katkıda bulunan fukaha, Osmanlı devletinde şeyhülislam örneğinde olduğu gibi, şura vasıtasıyla da yasamaya doğrudan katkıda bulunabilmektedir.

2.2.3. Yasama yetkisi açısından iki hukuk arasında mukayese

Hukuki olaylarla ilgili maddî yaptırıma bağlanmış kural koyma iktidarına sahip olma anlamındaki yasama yetkisi, bütün toplumlarda kamu otoritesine aittir. Yasama faaliyetinin en önemli ayağını oluşturmakta ve yasama organından daha genel mana ifade etmekte olan yasama yetkisi, devlet ve hükümet şekillerine göre değişmektedir. Bazı istisnaî durumlar olmakla birlikte,⁷³ bu yetkiyi genellikle yasama organı kullanmaktadır.

İslâm hukukunda ise, hüküm kaynağı itibari ile Allah ve Resulü'ne ait olan yasama fonksiyonu beşer eliyle gerçekleştirilmektedir.⁷⁴ Müctehid hukukçuların ictihad ederken önce Kitap ve Sünnet'e başvurmaları, bunlarda açık bir hüküm bulunduğu takdirde onu dikkate alma mecburiyetinde olmaları, hüküm kaynağı itibari ile hukuk yapmanın da yasama yetkisi gibi ilahi iradeye ait olması sebebiyledir.⁷⁵ Bağlayıcılıkları devlet tarafından tanımlanmış bulunan Kitap, Sünnet ve icma', hüküm vazetmiş oldukları konularda devletin onayına muhtaç olmaksızın yasamanın hüküm kaynağını oluşturdukları için, ibtidaen hüküm koyma anlamındaki *teşri'* yetkisi ilahî iradeye

72 Bu gibi yardımcı kişi ve kurumların Osmanlı Devletinde uygulanışı hakkında geniş bilgi için bkz. Okandan, Recai G., *Amme Hukukumuzun Ana Hatları*, 3. bs., İstanbul, 1977, s. 36; Uzunçarşılı, İsmail Hakkı, *Osmanlı Tarihi*, 2. bs., Ankara, 1961, I, 501; Aldıkaçtı, Orhan, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, 4. bs., İstanbul, 1982, s. 32-33; Gören, a.g.e., s. 10-11.

73 Mesela Kanun hükmünde kararname örneğinde olduğu gibi bazı özel/olağanüstü durumlarda bu yetki yürütme organı tarafından kullanılmaktadır. Bu hususta geniş bilgi için bkz. Karahanogulları, Onur, "Kanun Hükmünde Kararnamenin Niteliği (Bir Öneri: Birlikte Yasama)", *Amme İdaresi Dergisi*, c: XXXI, s: 2 (Haziran 1998), s. 43-45.

74 Bu hususta farklı bir değerlendirme için bkz. Aydın, "Anayasa", III, 159.

75 Bkz. krş. Rayyis, a.g.e., s. 485.

aittir.⁷⁶ Ancak, ilgili hükmün, bu kaynaklardan istinbât edilerek normatif kural haline dönüştürülmesi (kanun olarak kabul edilmesi) ise yasama yetkisini elinde bulunduran güç/organ tarafından yapılmaktadır.

Yasamanın organik kaynağının kamu otoritesinin olması, devlet ve hükümet sistemlerine göre değişmediği için İslâm hukukuna göre de yasama yetkisi kamu otoritesine aittir. Başka bir ifade ile hüküm kaynağı itibariyle nasslara ait olan bu yetkiyi kamu otoritesi kullanmaktadır. Ancak, hüküm kaynağı açısından ilahî iradeye ait olan yasama yetkisini, organik olarak kullanılanların, bu yetkiyi, ilahi sınırları gözeterek kullanması gerekmektedir.⁷⁷ Bu cümleden olarak, İslâm hukukunun düzenlememiş olduğu alanlarda, bir takım düzenlemeler yapma yetkisi bulunan devlet başkanının,⁷⁸ bu yetkisini, İslâm hukukunun genel yapısına paralel ve sınırlı bir şekilde kullanması gerekir. Öyleyse onların yaptıkları hukuki düzenleme, helal-haram kılma şeklinde olmayıp, sırf dünyevî açıdan bir izin verme ya da yasaklamadır. Zira yasama yetkisini elinde bulunduranların *helal-haram* kılma şeklinde *dinî hüküm* vazetme yetkisi bulunmayıp bu yetki sadece Allah ve Resulü'ne aittir.⁷⁹

İslâmî kaynaklarda, sıkça tekrar edilen “İslâm’da Şâri’-i hakikinin Allah olduğu veya Şâri’in Allah ve Resulü olduğu” sözü, yasama alanında beşerî iradenin ilahî irade üzerine çıkamayacağını ifade etmektedir.⁸⁰ Ayrıca şâri’in Allah olması gerçeğiyle, yasama faaliyetlerinde beşerî iradenin etkinliği ve sorumluluğu, birbiriyle çelişen değil, aksine birbirini tamamlayan iki ayrı husustur.⁸¹ Zira mutlak şâri’ olan Allah’ın inzal buyurduğu nasslara muhatap olarak onlardan dini hükümler çıkaran beşerdir. Ancak hükmün kaynağının Allah olmasının bir gereği olarak hakkında nass bulunan konularda Allah’ın iradesine muhalif bir irade beyan edilemez. Hakkında nass bulunmayan konularda ise, nassların lafzına/sözüne İslâm hukukunun ruhuna/özüne ters düşmeyecek şekilde, zamanın şartları da göz önüne alınarak kanunî düzenlemeye gidilebilir.

İslam hukukunda bazı *değişmez temel kuralların* varlığından hareketle kimi düşünürler; İslâm devletinin *teokratik* olduğunu iddia etmektedirler.

76 Apaydın, “Siyasal Hayat”, *İlmihal*, II, 292; Apaydın, “Siyasi Prensipler Açısından Demokrasi (Müzakereler)”, s. 424; Ayrıca bkz. Hallâf, *Hulâsatü Târihi’t-Teşri’i’l-İslâmî*, s. 281-282; ‘Âliye, *a.g.e.*, s. 42.

77 Bkz. Rayyis, *a.g.e.*, s. 485.

78 Aydın, “Anayasa”, III, 159. Ayrıca bkz. Rayyis, *a.g.e.*, s. 485; İnalçık, “Kanun”, XXIV, 325.

79 Dinî hüküm-hukukî hüküm ayrımı hakkında geniş bilgi için bkz. Gözübenli, Beşir, “Ebû Hanîfe’nin İçtihat Sistematiğinde Norm Grupları”, *İmâm-ı Âzam Ebû Hanîfe ve Düşünce Sistemi*, Bursa, 2003, s. 225-256, 260.

80 Aydın, “Anayasa”, III, 160.

81 Bardakoğlu, “Teorik Açıdan İslâm ve Demokrasi: Yasama”, s. 366.

Ancak *bu kurallar*, bütün insanlığın mutluluğunun sağlanması için konulmuşlardır ve mutluluğun devamı da bunlara uyulmasına bağlı olduğu için değişmezler.⁸² Öyleyse *İslâmî yasama*, hüküm kaynağı olan nassların ilahî olması; bunları algılama, yorumlama ve uygulamanın da beşeri bir faaliyet olması sebebiyle, belki kimi yazarlarca *yarı teokratik yasama* modeli olarak da nitelendirilen, *nev'-i şahsına münhasır* bir yasama modeli olarak kabul edilebilir.⁸³

İki hukuk arasında ichtihad açısından yapılan bir mukayesede şunlar söylenebilir: Her iki hukukun gelişmesinde ve yasama faaliyetlerinde ichtihad önemli bir yere sahiptir. Şu farkla ki, pozitif hukukun tamamı, İslâm hukukunun ise beşerî boyutu büyük ölçüde ichtihad ürünüdür. Çünkü pozitif hukukta yasama faaliyeti esnasında ilk başvurulanan ichtihaddır. İslâm hukukunda ise, ilgili konuda nassın bulunmadığı zaman ictihada başvurulmaktadır kanun vazedilir.

Pozitif hukuk sistemlerinin uygulandığı çağdaş demokrasilerde temsilcileri vasıtasıyla halk, yasaları koyup kaldırırken kendilerini bağlayan bir yasa ile sınırlı olmayıp tam aksine yasama hususunda sınırsız yetkiye sahiptirler.⁸⁴ Kanaatimizce bu iki hukukun yasama yetkileri arasındaki en bariz fark, pozitif hukuktaki yetki sınırsızlığına karşılık İslâm hukukuna göre yasama yetkisinin, nasslarla ve İslâm hukukunun genel ilkeleri ile sınırlı olmasıdır.

Sonuç

Yasa/kanun bir devlette yetkili makam tarafından çıkarılarak yürürlüğe konulan; uyulması zorunlu, genel, sürekli ve soyut yazılı hukuk kurallarına denir.

Yasama, devletin, toplum hayatını düzenlemek maksadıyla hukuk kuralları koyması anlamına gelmektedir. Kanunlaştırma ise, herhangi bir konu ile ilgili olarak uyulması gereken normları kanun formuna koyma, kanun halinde kaideler vazedme demektir. Yasama, ilkten kanun vazedme için kullanıldığı gibi; mevcut hukuk normlarının kanun formuna sokularak derlenmesi için de kullanıldığından kanunlandırmadan daha kapsamlıdır. İslâm hukukunda ise yasama, düzenlemeye konu olan olayla ilgili hükmün, İslâm'ın değer kaynaklarından istinbât edilerek veya fıkhıdaki icthadlardan tercihler yapılarak normatif kural haline dönüştürülmesi ya da ilkten normatif kural vazedilmesidir.

82 Bkz. Hatemi, Hüseyin, *İslâm Hukukunda Devlet Yapısı*, İstanbul, 1970, s. 119, 1. dipnot.

83 Krş. Apaydın, "Siyasal Hayat", *İlmihal*, II, 291-292; Bardakoğlu, Ali, "Teorik Açından İslâm ve Demokrasi: Yasama", *İslâm ve Demokrasi Kutlu Doğum Sempozyumu-1988*, 2. bs., Ankara, 1999, s. 365-366.

84 Bkz. Rayyis, *a.g.e.*, s. 484.

Pozitif hukukta hukuk ile kanun arasında fark bulunduğu gibi, İslam hukukunda da hüküm-hukuk-kanun terimleri arasında fark bulunmaktadır. Pozitif hukukta, nasıl ki, resmi otoritenin tercih ve onayı olmaksızın hukuk (hukuk doktrini) yasa vasfını kazanmıyorsa, İslam hukukunda da resmi otoritenin tercih ve onayı olmadan fıkıh kuralları yasa olarak kabul edilemez. Pozitif hukukta hukukçular hukuk doktrinini oluşturduğu gibi, İslam hukukunda da müctehidler icthadlarıyla fikhî oluştururlar. Ancak oluşan ya da oluşturulan hukukun yasallaşması için kanun olarak kabul edilip yürürlüğe konulması gerekmektedir.

İslam hukukunda aralarında fark bulunan hüküm, hukuk, kanun terimlerinin kaynakları arasında da fark vardır. Buna göre, hükmü ibtidaen koyan (hükümün kaynağı) Allah; belli yöntemler yardımıyla nasslardan istinbat ettikleri hükümlerle hukuku oluşturan müctehidler; hakkında fıkıhta/hukukta hüküm bulunan konularda mevcut görüşler içerisinden tercihler yaparak hukuku kanunlaştıran, hakkında doğrudan hüküm olmayan konularda ise sahip olduğu yasama yetkisini kullanarak yasa koyan ise kamu otoritesidir.

Kamu otoritesinin yaptığı yasama faaliyeti bazen müctehidler tarafından oluşturulan icthadların kanunlaştırılmasıyla olabileceği gibi, onun doğrudan kanun vazetmesi şeklinde de olabilir. Birinci şekildeki yasama, kanunlaştırma anlamında bir yasamadır ki, İslam hukuk tarihinde ilk müracaat edilen ve en çok kullanılan yöntem budur. İkinci şekildeki yasama ise, doğrudan yasa koyma faaliyetidir ve aranılan hüküm mevcut icthadlar içerisinde bulunmadığı zaman son çare olarak başvuru olan yöntemdir.

Pozitif hukukta yasama yetkisi ve bu yetkinin kullanılması olan yasama faaliyeti ve bu faaliyet neticesinde vazedilen hukuk kuralı, içerdiği hüküm unsuru da dâhil, tüm unsurları itibari ile beşere aittir. Dolayısıyla pozitif hukuk, tamamen beşeri nitelikli bir hukuktur ve bundan dolayı ona *beşerî hukuk* da denilmektedir.

İslâm hukukunda hüküm kaynağının vahye dayalı olmasından ötürü, hukuk kuralının yargı/hüküm içeren yönü ilahî iradeye çeşitli kaynaklar/edille vasıtası ile bağlanmaktadır ve bu yönü ilahîdir. Ancak İslâm hukukunun iki ana kaynağı olan Kur'ân ve Sünnet/nasslar geliş yerleri itibarıyla ilahî olmakla birlikte, bu nassların, insan aklı yoluyla anlaşılıp yorumlanması beşerî bir faaliyettir. Öyleyse İslâm hukuku, hüküm kaynağı itibari ile ilahî iradeye ait olmakla birlikte, yasama faaliyeti beşer eliyle gerçekleştirilmektedir. Kısaca yasamanın hüküm boyutu ilahî, yasa boyutu ise beşerîdir.

Sonuç olarak, devletin, emretme yetkisine dayanarak kural koyma ve düzenleme yapma iktidarına yasama yetkisi; bu yetkisini kullanarak, hukukî hayatı düzenlemek için bağlayıcı kurallar koyma işlevine yasama faaliyeti ve bu faaliyet neticesinde, vazettiği kurallara da kanun denir.

Toplumların yapısına göre yasama yetkisini elinde bulunduran ve yasama faaliyetini gerçekleştiren makamlar değişse de bu yetki ve bu faaliyetin aslı olarak, egemen iradeye ait olduğu gerçeği değişmemektedir.

Aralarında kapsam ve yöntem açısından bazı farklar bulunmakla beraber, yasama, pozitif hukukta olduğu gibi, İslam hukukuna göre de bir devlet faaliyetidir. Hakkında hüküm bulunan konularda, İslam hukukuna göre yasanın (İslamî yasamanın) hüküm boyutu ilahî olmakla birlikte, yasama yetkisi, her iki hukukta da kamu otoritesine aittir. Ancak pozitif hukukta sınırsız bir yasama alanı, mutlak ve sınırsız bir yasama yetkisi bulunmasına karşılık; İslam hukukunda sınırlı bir yasama alanı ve sınırlı bir yasama yetkisi söz konusudur.

KAYNAKÇA

- ‘Aclûnî, İsmâ‘îl b. Muhammed, *Keşfü'l-hafâ ve Müzîlül-ilbâs*, Beyrut, 1351.
- ‘Âliye, Semîr, *Nazariyyetü'd-Devle ve Âdabuhâ fi'l-İslâm*, Beyrut, 1408/1997.
- Akgündüz, Ahmet, *Osmanlı Kanunnameleri*, I, İstanbul, 1990.
- Aldıkaçtı, Orhan, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, İstanbul, 1982.
- Ali Haydar, Hoca Emin Efendizade, *Dürrerü'l- Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Abkâm*, İstanbul, 1330.
- Âmidî, Seyfüddîn Ebül-Hasan Ali b. Ebî Ali, *el-İbkâm fi Usûli'l-Abkâm*, Beyrut, 1985.
- Anayasa, mad. 88-89.
- Apaydın, H. Yunus, “İctihad”, *DİA*, İstanbul, 2000, XXI, 435.
- _____, “Siyasal Hayat”, *İlmihal*, II, İstanbul, 1999.
- _____, “Siyasi Prensipler Açısından Demokrasi (Müzakereler)”, *İslâm ve Demokrasi Kutlu Doğum Sempozyumu*-1998, Ankara, 1999.
- Arsebük, Esat, “Kanun Karşısında Hukukun Rolü”, *AÜHFD*, c: III, s: 2-3-4, İstanbul, 1946.
- Atar, Fahrettin, “Fetva”, *DİA*, İstanbul, 1995, XII, 487.
- _____, *İslâm Adliye Teşkilatı*, 3. bs., Ankara, 1991.
- Aydın, M. Akif, “Anayasa”, *DİA*, İstanbul, 1991, III, 159.
- _____, *Türk Hukuk Tarihi*, 3. bs., İstanbul, 1999.
- Ayiter, Ferit, “Yabancı Kanunlar ve Milli Hukuk”, *Medeni Kanununun XV. Yıldönümü İçin*, İstanbul, 1944.
- Bardakoğlu, Ali, “Delil” *DİA*, İstanbul, 1994, IX, 139.
- _____, “Teorik Açından İslâm ve Demokrasi: Yasama”, *İslâm ve Demokrasi Kutlu Doğum Sempozyumu*-1988, 2. bs., Ankara, 1999.
- Barkan, Ömer Lütfi, “Kanunname”, *İA*, İstanbul, 1993, VI.
- Beyânünî, Muhammed Ebül-feth, “Hüküm”, *DİA*, İstanbul, 1998, XVIII, 466.
- Bilge, Necip, *Hukuk Başlangıcı*, 13. bs., Ankara, 1999

- Bilmen, Ömer Nasuhi, "Ahkâm-ı Şer'iyye ve Ahkâm-ı Fıkhiyye", *Yüksek İslâm Enstitüsü Dergisi*, sa. 2, İstanbul, 1964.
- Büyük Haydar Efendi, *Usûl-i Fıkıh Dersleri*, İstanbul, 1326.
- Cin, Halil-Akgündüz, *Ahmet, Türk Hukuk Tarihi I* (Kamu Hukuku), Konya, 1989.
- Cürcânî, es-Seyyid eş-Şerîf Ali b. Muhammed b. Ali es-Seyyid ez-Zeyn Ebi'l-Hasan el-Huseynî, *et-Ta'rifât*, Mısır, 1357/1938.
- Çağıl, Orhan Münir, "Felsefenin İşığında Hürriyet, Adalet, Hukuk Devleti ve Hukuk Kültürü", *İÜHF*, c: XXVI, s: 1-4 (İstanbul, 1961).
- Komisyon, "Kanun", *DİA*, İstanbul 2001, XXIV, 323-324
- Dönmez, İbrahim Kâfi, "İcmâ", *DİA*, İstanbul, 2000, XXI.
- Ebû Zehrâ, Muhammed, *Usûlü'l-Fıkh*, İstanbul, ts.
- Ensârî, Muhammed b. Nizâmiddîn, *Fevâtihur-Rahamût Şerbu Müsellemi's-Sübût* (el-Mustasfâ ile birlikte), Beyrut, ts.
- Fâsî, 'Allâl, *Makâsîdüş-Şer'ati'l-İslâmiyye ve Mekârimuhâ*, yy., 1993.
- Fethî Abdülkerim, *ed-Devletü ve's-Siyâsetü fi'l-Fıkhi'l-İslâmî*, Kahire, 1404/1984.
- Gazzâlî, Hucetü'l-İslâm Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed, *el-Müstasfâ min 'İlmi'l-Usûl*, Beyrut, ts.
- Gökmenoğlu, Hüseyin Tekin, *İslâm'da Siyasi Bir Katılım Vasıtası Olarak Şûrâ*, Konya, 1997.
- Gören, Zafer, *Anayasa Hukukuna Giriş*, 1. bs., İzmir, 1997.
- Gözler, Kemal, *Hukuka Giriş*, Bursa, 1998.
- Gözübenli, Beşir, "Ebû Hanîfe'nin İçtihat Sistematiğinde Norm Grupları", *İmâm-ı Âzam Ebû Hanîfe ve Düşünce Sistemi*, Bursa, 2003.
- Gözübüyük, A. Şeref, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, 4. bs., Ankara, 1973.
- Güriz, Adnan, *Hukuk Başlangıcı*, 5. bs., Ankara, 1996.
- Hallâf, Abdülvehhâb, *es-Siyâsetüş-Şer'iyyetü ev Nizâmü'd-Devleti'l-İslâmiyyeti fi's-Şüûni'd-Düstüriyyeti ve'l-Hâriciyyeti ve'l-Mâliyyeti*, Beyrut, 1407/1987.
- _____, *Hulâsatü Târihi't-Teşri'i'l-İslâmî*, Mısır, 1376/1956, ('İlmü Usûli'l-Fıkh, İstanbul, 1984 ile birlikte).
- _____, *İslâm Hukuk Felsefesi* (İlmü Usuli'l-Fıkh), çev. Hüseyin Atay, 2. bs., Ankara, 1985.
- Hatemi, Hüseyin, *İslam Hukukunda Devlet Yapısı*, İstanbul, 1970.
- Heysemî, Ali b. Ebî Bekr, *Mecmâ'uz-Zevâid*, Kahire, 1407,
- İnalcık, "Kanun", *DİA*, İstanbul, 2001, XXIV, 324.
- _____, "Örf", *İA*, İstanbul, 1993, IX, 180.
- Karadâvî, Yûsuf, *İslâm Hukuku-Evrensellik-Süreklilik*, çev. Yusuf Işıcık-Ahmet Yaman, İstanbul, 1997.
- Karahançoğulları, Onur, "Kanun Hükmünde Kararnamenin Niteliği (Bir Öneri: Birlikte Yasama)", *Amme İdaresi Dergisi*, c: XXXI, s: 2, Haziran, 1998.
- Karaman, Hayreddin, "Fıkıh", *DİA*, İstanbul, 1996, XIII,3.
- _____, *Mukayeseli İslâm Hukuku*, 3. bs., İstanbul, 1991.

- Koşum, Adnan, “İslam Hukukunda Siyaset-i Şerî’ye Kavramı”, *İslami Araştırmalar Dergisi*, c: XVI, s: 3, 2003.
- Kubalı, Hüseyin Nail, “Devlet Hukuk Nizamı ve Hükümet Edenlerle Hükümete Tabi Olanların Bu Nizam İçindeki Vaziyetleri”, *Tabir Taner’e Armağan*, İstanbul, 1956.
- Kunter, Nurullah, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, 1989.
- Mahmasânî, Subhi, *Felsefetü’l-Teşri’ fi’l-İslâm*, 2. bs., Beyrut, 1952.
- Mansurizade Said, “Cevazın Şeri Ahkâmdan Olmadığına Dair”, sad. Ali Bardakoğlu, *Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, s: 1, Kayseri, 1987.
- Mâverdî, Ebül-Hasan Ali b. Muhammed, *el-Abkâmü’s-Sultâniyye*, Mısır, 1386/1966.
- Molla Hüsrev, *Mir’atü’l-Usûl fi Şerhi Mirkâti’l-Vusûl*, İstanbul, 1966.
- Muhammed Esed, *Minhâcü’l-İslâm fi’l-Hüküm*, 3. bs., Beyrut, 1967.
- Mütevellî, Abdülhamîd, *Mebâdîü Nizâmî’l-Hüküm fi’l-İslâm ma’a’l-Mukârene bi’d-Düstûriyyeti’l-Hâdise*, İskenderiye, tsz.
- Nebhân, Muhammed Fârûk, *Nizâmü’l-Hüküm fi’l-İslâm* (İslâm Anayasa ve İdare Hukukunun Genel Esasları) (çev. Servet Armağan), İstanbul, 1980.
- Okandan, Recai G., *Amme Hukukumuzun Ana Hatları*, 3. bs., İstanbul, 1977.
- Özsunay, Ergun, *Medeni Hukuka Giriş*, İstanbul, 1981.
- Rayyis, M. Ziyâuddîn, *İslâm’da Siyasi Düşünce Tarihi*, çev. İbrahim Sarmış, 2. bs., İstanbul, 1995.
- Sarıca, Ragıp, *Türkiye’de İcra Uzununun Tanzim Salâhiyeti*, İstanbul, 1943.
- Sava Paşa, *İslâm Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüd*, çev. Baha Arıkan, Ankara, 1955.
- Senhurî, Abdürrezzâk, *Fıkhu’l-hilâfe ve Tetavvürühâ*, Kahire, 1989.
- Serahsî, Şemsüddîn Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed b. Ebi Sehl, *Usûlü’s-Serahsî*, İstanbul, 1984.
- Şâtîbî, Ebû İshâk İbrâhîm b. Mûsâ, *el-Muvâfakât fi Usûli’l-Şerî’a*, Beyrut, 1991.
- Şelebî, Muhammed Mustafâ, *Ta’lîlül-Abkâm*, Beyrut, 1988.
- Teziç, Erdoğan, *Anayasa Hukuku*, 2. bs., İstanbul, 1991.
- Tirmizî, Muhammed b. İsâ, *Sünen*, tahk. Ahmed Muhammed Şakir ve.dğr., Beyrut, tsz.
- Türcan, Talip, *Devletin Egemenlik Unsuru ve Egemenlikten Kaynaklanan Yetkileri*, Ankara, 2001.
- Udeh, Abdülkadir, *İslâm ve Siyasî Durumumuz*, çev. Beşir Eryarsoy, 5. bs., İstanbul, 1995.
- Uzunçarşılı, İsmail Hakkı, *Osmanlı Tarihi*, 2. bs., Ankara, 1961.
- Velidedeoğlu, “Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat”, *Tanzimat*, İstanbul, 1991.
- Vural, Muammer, *İslâm Hukuk Düşüncesinde Yasama Yetkisi*, (Hz. Ömer Dönemi), (Basılmamış Doktora Tezi), Erzurum, 2005.
- Yûsuf Hamid el-Alim, *el-Makâsîdül-Âmme li’l-Şerî’ati’l-İslâmiyye*, Rabat, 1414/1993.
- Zevkliler, Aydın, *Medeni Hukuk* (Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku), Ankara, 1992.