



Modern Türk Hukukçularının İslâm Hukukunun Dinamik mi Statik mi Olduğu Üzerine Düşünceleri¹

Thoughts of Modern Turkish Lawyers on Whether Islamic Law is Dynamic or Static

Kenan YILDIZ² 

Geliş Tarihi (Received): 04.12.2024

Kabul Tarihi (Accepted): 30.01.2025

Yayın Tarihi (Published): 31.05.2025

Öz: Diğer Türk-İslam devletlerinde olduğu gibi Osmanlı İmparatorluğu da devleti İslâm hukuku kuralları ile yönetmiştir. Tanzimat Fermanı'nın (1839) ilanından sonra Batı'dan kanunlar iktibas edilmeye başlamıştır. Çeşitli iç ve dış nedenlerle kanun iktibasları devam etmiş ve Cumhuriyet'in ilanından (1923) sonra kanunlarımızın tamamen Batı'dan iktibas edilmesine karar verilmiştir. 1926 yılında kabul edilen Medeni Kanun'un gerekçesinde dine dayalı olan eski hukukumuzun değişmez kurallar üzerine bina edildiğinden zamanımızın hukuk ihtiyacını karşılayamadığı, bu nedenle kanunun İsviçre'den iktibasına karar verildiği belirtilmiştir. Biz de araştırmamızda modern hukukçuların bu konudaki yani İslam hukukunun dinamik mi statik mi olduğu konusundaki düşüncelerini inceledik. Amacımız bütün modern hukukçuların Medeni Kanun'un gerekçesine taraftar olup olmadıklarını tespit etmektir. Konu ile alakalı modern hukukçuların İslam hukuku hakkındaki çalışmalarına müracaat edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: İslam Hukuku, Modern Hukuk, Kanun, İctihat, Dinamizm.

&

Abstract: As with other Turkish-Islamic states, the Ottoman Empire governed the state according to the rules of Islamic law. After the declaration of the Tanzimât Edict (1839), laws began to be adopted from the West. Due to various internal and external reasons, the adoption of laws continued, and after the proclamation of the Republic (1923), it was decided that our laws would be completely adopted from the West. In the justification of the Civil Code adopted in 1926, it was stated that our old law, based on immutable religious principles, could not meet the needs of modern law, and for this reason, it was decided to adopt the law from Switzerland. In our study, we examined the thoughts of modern jurists on this issue, namely whether Islamic law is dynamic or static. Our aim was to determine whether all modern jurists support the justification of the Civil Code. Works of modern jurists on Islamic law were consulted in relation to the topic.

Keywords: Islamic Law, Modern Law, Legislation, İctihād, Dynamism.

Atıf/Cite as: Yıldız, Kenan. "Modern Türk Hukukçularının İslâm Hukukunun Dinamik mi Statik mi Olduğu Üzerine Düşünceleri". *Dergiabant* 13/1 (Mayıs 2025), 160-175. doi: 10.33931/dergiabant.1596453

İntihal-Plagiarism/Etik-Ethic: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelenmiş ve intihal içermediği, araştırma ve yayın etiğine uyulduğu teyit edilmiştir. / This article has been reviewed by at least two referees and it has been confirmed that it is plagiarism-free and complies with research and publication ethics. <https://dergipark.org.tr/tr/pub/dergiabant/policy>

Copyright © Published by Bolu Abant İzzet Baysal University Faculty of Theology, Since 2013 – Bolu

¹ Bu çalışma Prof. Dr. Ali İhsan Pala danışmanlığında Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Temel İslam Bilimleri Ana Bilim Dalı'nda 2024 yılında tamamlanan "Cumhuriyet Dönemi Türk Hukukçularının İslâm Hukuku Hakkındaki Yaklaşımları" başlıklı doktora tezi esas alınarak hazırlanmıştır.

² Dr., Kenan Yıldız, Milli Eğitim Bakanlığı, ky457384@gmail.com.

1. Giriş

İşlevi hak ve adâlet prensibine uygun olarak toplumsal düzeni sağlamak olan³ hukukun bu işlevini yerine getirebilmesi toplumda sosyal, kültürel, ekonomik vb. her alanda meydana gelen değişime paralel olarak koyduğu kuralları geliştirebilecek veya yeniden düzenleyebilecek yahut yeni kurallar koyabilecek dinamik yapıya sahip olmasıyla mümkündür. Canlı bir organizmanın hayatta kalması ve canlılığını devam ettirebilmesi için değişen çevre koşullarına uyum sağlaması gibi hukuk da hakkın yerini bulması ve adâletin tecelli etmesi görevini ancak değişen koşul ve şartları dikkate almasıyla sağlayabilir. Bu uyumu sağlayamayan hukuk, adâleti temin etmekten ve hakları korumaktan aciz kalacağı için kendi sonunu hazırlamış olur.

İslâm hukuk sistemini benimseyen⁴ Osmanlı İmparatorluğu şer'î hukuk tabir edilen fıkıh ile şer'î hukuka aykırı olmamak kaydı ile padişah tarafından çıkarılan ve örfî hukuk tabir edilen kanunnâmelerle yönetilmekteydi.⁵ Sanayi devrimi ile Batı'da sosyal, kültürel ve ekonomik alanda yaşanan ilerleme ve gelişmeyi takip edemeyen Osmanlı, Tanzimat (1839) sonrası askerî, içtimâî, iktisadî ve hukukî alanlarda Batı tarzı reformlar yapmaya başladı. Tanzimat'la başlayan bu hukukî reform birtakım iç ve dış amillerle⁶ Cumhuriyet Dönemi'nde tamamen Batı kanunlarının resepsiyonuyla neticelendi.

1926 yılında İsviçre'den alınan Medeni Kanunumuzun Esbâb-ı Mûcibe Lâyihası'nda İslâm hukukunun terk edilerek Medeni Kanun'un alınması, dine dayalı olan eski hukukumuzun değiş/tirile/mez hükümler ihtiva ettiğinden statik bir yapıya sahip olduğu ve değişen hayat şartlarına uygun hükümler üretmediği iddiası ile gerekçelendirilmiştir. Gerekçede Türkiye'nin hâlihazırda "müdevven" bir medeni kanununun olmadığı, yalnız akitlere yer veren Mecelle'nin bulunduğu, Mecelle'nin ise 1851 maddesinden sadece 300 maddesinin bugünün ihtiyaçlarını karşılayabildiği ifade edilir. Yine gerekçede, insan hayatının her zaman değişim ve dönüşüme maruz kaldığı, Mecelle'nin ise dine istinat ettiği, "lâyetegayyer [değişmez] hükümler" ifade eden din kurallarının ise "şekilden ve ölü kelimelerden" ibaret olduğu, bundan dolayı da sürekli ilerleyen hayatın ihtiyaçlarına cevap veremeyeceği ifadeleri yer alır.⁷

Çalışmamızda İslâm hukukunun dinamik bir yapıya mı yoksa statik bir yapıya mı sahip olduğu meselesi hakkında Cumhuriyet Dönemi modern hukukçularının düşüncelerini tespit etmeye çalışacağız. Konuyla alakalı Saffet Köse'nin "İslâm Hukukunun Statik Olduğu İddiasının Tahlili"⁸ adlı bir makalesi mevcuttur. Bu makalede modern hukukçulardan bir kısmının İslâm hukukunun statik olduğu iddialarına yer verilerek bu iddiaların yanlış olduğu İslâm hukuku kaynakları referans gösterilerek ispat edilmeye çalışılmıştır. Biz ise bu çalışmamızda önce İslâm hukukunun statik bir yapıya sahip olduğunu söyleyen modern hukukçuların görüşlerini, sonra dinamik olduğunu söyleyen modern hukukçuların görüşlerini ortaya koyup ardından bu görüşlere dair değerlendirmemizi sunarak araştırmamızı sonlandıracağız.

³ Tevhit Ayengin, "Hukûkî Dinamizm ve İçtihat İsalet Tartışmaları", *Marife Dini Araştırmalar Dergisi* 12/3 (Aralık 2012), 140.

⁴ Tanzimat Fermanı'nın mukaddimesinde geçen şu ifadeler, Osmanlıların İslâm hukukunu benimsediğinin bir göstergesidir: "Cümleye malum olduğu üzere Devlet-i Aliyyemizin bidayet-i huzurundan beri ahkâm-ı celile-i Kur'aniyye ve kavanîn-i şer'îyyeye kemâliyle riayet olunduğundan..." Reşat Kaynar, *Mustafa Reşid Paşa ve Tanzimat* (Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, 2010), 176.

⁵ Ali Fuat Başgil, *Din ve Laiklik* (İstanbul: Yağmur Yayınevi, 2012), 180; Halil İnalcık, "Osmanlı Hukukuna Giriş, Örfî- Sultanî Hukuk ve Fatih'in Kanunları", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 13/02 (Şubat 1958), 126; M. Akif Aydın, "Osmanlı Hukuku'nun Genel Yapısı ve İşleyişi", *Türkler* (Ankara: Yeni Türkiye Yayınları, 2002), X/24; Ahmet Akgündüz, "Osmanlı Hukuk Sisteminin Şer'îliği Meselesi ve Kanunnâmelerin Şer'î Tahlili", *XV. ve XVI. Asrı Türk Asrı Yapan Değerler* (İstanbul: Ensar Neşriyat, 1999), 153-175.

⁶ Bkz. M. Akif Aydın, *Türk Hukuk Tarihi* (İstanbul: Beta Basım Yayın ve Dağıtım A.Ş., 2019), 416-420; Mehmet Gayretli, *Tanzimat Sonrasında Cumhuriyet'e Kadar Olan Dönemde Kanunlaştırma Çalışmaları* (İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2008), 90-95; Kenan Yıldız, *Cumhuriyet Dönemi Türk Hukukçularının İslâm Hukuku Hakkındaki Yaklaşımları* (İstanbul: Kitap Dünyası Yayınları, 2024), 137-167.

⁷ T.B.M.M. Zabıt Ceridesi, Devre II, Cilt 22, İçtima Senesi III, Elli Yedinci İçtima, 17.2.1926, 1.

⁸ Saffet Köse, "İslâm Hukukunun Statik Olduğu İddiasının Tahlili", *Necmettin Erbakan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 6/6 (Temmuz 1996), 255-295.

2. İslâm Hukukunun Statik Olduğunu İddia Eden Hukukçular

İslâm hukukunun statik olduğunu iddia eden modern hukukçulardan birisi Mehmed Fuad Köprülü'dür (1890-1966). Millî Eğitim Bakanlığı tarafından neşredilen *İslâm Ansiklopedisi*'nin fıkıh maddesine zeyil yazan Fuad Köprülü, İslâm hukukunda re'y, kıyas ve istihsan gibi hukukta dinamizmi sağlayacak, zaman ve mekânın şartlarına uygun hüküm çıkarma yöntemlerinin var olduğunu kabul etmekle birlikte kaynağının ilâhî oluşu ve dine istinat etmesi nedeniyle "*nass'a bağlı kalmak zorunda*" olan bir hukuk sisteminin, hukukun bütün alanlarını düzenleyemeyeceğini söylemektedir.⁹

Esasen Köprülü'nün fıkha bakışı çok kötümserdir. Müellif yazılarında yer yer fukahâyı "*tenkitçi ve objektif bir zihniyete tesadüf*"¹⁰ edememekle itham eder, fıkıhı da "*orta zaman Müslüman hukukçularının dar ve şematik nazariyeleri*"¹¹ ve "*hayali sistemleri*"¹² diyerek acımasızca eleştirir. Yine İslâm hukuku hakkında "*devlet otoritesine serbest bir faaliyet tanımayan dar ve geri nazariyeler*"¹³ ifadesini kullanır. Son ifadesi, İslâm hukukunun özellikle kamu hukuku alanında statik bir yapıya sahip olduğu vurgusu taşımaktadır. Zaten sıklıkla kamu hukuku alanında Kitap ve Sünnet'in yok denecek kadar az bir katkısının olduğunu ve bu alanın Türklerin öteden beri sahip oldukları devletçilik zihniyetinin bir ürünü olarak ortaya çıktığını dile getirir.¹⁴

İlk Türk hukuk tarihi eseri sahibi olan¹⁵ Sadri Maksudi Arsal (1880-1957), İslam hukukunun statik olduğunu iddia eden bir diğer hukukçumuzdur. Arsal "*Türk Tarihi ve Hukuk*" adlı kitabında her ne kadar İslâm hukukunun Türkler tarafından tamamen benimsenerek Türklerin hukuku hâline geldiğini ve Türklerin hayatında çok önemli bir rol oynadığını söylese de¹⁶ kitabını tamamen İslâm öncesi hukuk tarihine hasretmiştir. Arsal, Avrupa hukukunun Rönesans öncesi skolastik döneminde sanki Avrupa'daki bütün insanların düşünme kabiliyetlerinin tek bir kalıp hâline sokulduğunu veya zincirle bağlanmış olduğunu söylediği paragrafın dipnotunda Türk hukuk tarihi içerisinde İslâm hukukunun hâkim olduğu dönemi bu döneme benzetir. Din ve ahlakın kaynağının "*Kur'an, Hadis ve büyük din otoritelerinin reyleri, felsefe sahasında ise Aristo'nun ve İslâm filozoflarının İslâm dini esaslarına uygun olan fikirleri*" olduğunu ifade eden Arsal, İslam aleminde de Roma hukukunda olduğu gibi din ile hukukun birleştiğini ve hukukun tamamen dine tabi olduğunu söyler.¹⁷ Bu ifadeleriyle İslâm hukukunun da Orta Çağ Avrupa hukuku gibi sadece belli kalıplarda kaldığını ve yeni bir şeyler üretmediğini ima etmektedir.

Bir makalesinde ise Arsal fıkıh eğitiminde dogmatik bir metodun takip edildiğini, bu eğitimde tarihî, içtimaî ve felsefî izahların olmadığını, bu alanda eğitim alan kişinin vazifesinin Kur'an, Sünnet ve mezhep imamları tarafından emredilmiş veya düşünülmüş hükümleri kuru kuruya ezberlemek olduğunu, serbest eleştiri ve yorum imkânının olmadığını, bu nedenle de hukukun İslâm dünyasında ilim derecesine yükselemediğini iddia eder.¹⁸

Modern hukukçulardan Vasfi Raşid Seviğ'in (1887-1971) konumuz hakkındaki düşüncelerini "*Fıkıh ve Medeni Kanun*" adlı makalesinden takip edebiliriz. Müellif bu makalesinde çok keskin ve iddialı ifadeler kullanır. Makalenin daha başında fıkıhın doğuşunun ve gelişmesinin hukuk tarihinde çok ender yaşanan önemli bir olay olduğunu söyledikten sonra "*İslâm Hukuku büyük ve parlak bir hukuk kültürüne malik olduktan sonra kısırlaştı ve altı asır boyunca ne yeni bir fikir ne yeni bir eser yarattı. XIV üncü asırda yazılmış eserlerden*

⁹ M. Fuad Köprülü, "Fıkıh", *İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: Milli Eğitim Basımevi, 1978), 4/614.

¹⁰ M. Fuad Köprülü, *İslâm ve Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları ve Vakıf Müessesesi* (İstanbul: Ötüken Neşriyat, 1983), 353.

¹¹ Köprülü, *İslâm ve Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, 3. Başka bir sayfada da "*İslâm hukukunun devlet otoritesine serbest bir faaliyet tanımayan dar ve geri nazariyeleri*" şeklinde ifadesi mevcuttur. Köprülü, *İslâm ve Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, 35. (Kitapta 35. sayfa sehven 36 diye basılmıştır.)

¹² Köprülü, *İslâm ve Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, 35.

¹³ Köprülü, *İslâm ve Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, 18.

¹⁴ Köprülü, *İslâm ve Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, 3-35.

¹⁵ Ali Birinci, "Türk Hukuk Tarihçisi Sadri Maksudi'nin Hayat Hikâyesi ve Eserleri", *İstanbul Hukuk Mecmuası* 75 (Aralık 2017), 93.

¹⁶ Sadri Maksudi Arsal, *Türk Tarihi ve Hukuk* (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1947), 17.

¹⁷ Arsal, *Türk Tarihi ve Hukuk*, 9.

¹⁸ Sadri Maksudi Arsal, "Hukuk İlmi ve Sosyolojisi I Hukuk Kavâidi ve Hukuk İlmi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1/1 (Mart 1943), 21.

okutulan bir hukukta hayattan eser bulunduğuna ise asla iddia edilemez.”¹⁹ diyerek İslâm hukukunun belli bir noktada kalarak artık zamana intibak sağlayamadığını ifade eder.

Seviğ İslâm âlimlerini mana ve maksadı bırakıp rivayetlerin zahirine yapıştıkları, bu nedenle de değişen şartlara uygun hükümler ortaya koyamadıkları için eleştirmekte fakat ulemânın bu yanlış tutumunun altında yatan asıl nedenin hukukun dine dayanması olduğunu ve dinin ulemânın hayatın akışına paralel fikirler üretmesini engellediğini söyler.²⁰

Tanzimat’la birlikte Batı kanunlarının hayatımıza girmeye başladığını, aynı yıllarda Fransa Medeni Kanunu’nun iktibas tartışmalarının yaşandığını hatırlatan müellif “irtica” olarak isimlendirdiği ulemânın buna karşı çıktığını söyleyerek fıkıh hakkında şu ifadeleri kullanır: “Fıkıh ise donmuş ve bir mutlak sükûn haline gelmiş bir hukuktur. Her varlık ve her müessesese gibi zamanın mahlûku olan İslâm hukuk sisteminin de zamanla bozulacağı tabîî idi...” İslam fıkıhının bozulduğunu iddia eden Seviğ, fıkıhın eski şevketini de artık kazanamayacağını, bu yeteneğini de kaybettiğini iddialarına ekler.²¹

İslâm hukukunun statik olduğunu iddia eden diğer bir modern hukukçu Hıfzı Veldet Velidedeoğlu’dur (1904-1992). Mukaddes kitaplarda hem uluhiyeti hem ahlakı hem de hukuku ilgilendiren kaidelerin olduğunu ve dinlerin bütün beşerî ilişkileri düzenlemek gibi bir iddialarının bulunduğunu belirten Hıfzı Veldet dinlerin böyle bir şeyi gerçekleştiremediklerini söyler. Veldet, dinin beşeri nizamlamak için koyduğu kuralların kaynağının ilâhî olduğunu, beşerin bunda bir müdahalesinin bulunmadığını ve insanların Allah tarafından konulan kuralları değiştirmek gibi bir yetkiye de sahip olmadıklarını, bundan dolayı her geçen gün değişen ve başkalaşan hayatın gidişatına ve ihtiyaçlarına cevap vermekte aciz kaldıklarını ifade eder. Veldet, dünyevî ilişkileri tanzim eden hukukun, uhrevî ilişkileri tanzim eden dinden ayrılmasının nedeninin de dinin değişime izin vermemesi olduğunu kaydeder.²² Müellif bu sözleri ile ilâhî iradenin beşerin amelî davranışları üzerinde herhangi bir yetkisinin olmayacağını, dinin sadece vicdanlara hapsedilmesi gerektiğini savunur.

Velidedeoğlu, dinî kaide ve kuralların eski dönemlerde toplumları idare ettiğini fakat sosyal, kültürel ve ekonomik ilerlemeyle birlikte artık yeni toplumların ihtiyaçlarına cevap veremediklerini, medenî toplumların hukukî ihtiyaçlarını karşılamak için din adamlarının çeşitli subjektif ve keyfi yorumlarıyla çözüm bulmaya çalıştıklarını ve bunun da adâletten ziyade adâletsizliğe yol açtığını söyler. Müellif ayrıca bu keyfiliğin fertler arası ilişkilerde güvensizliğe, devletle fert arasındaki ilişkilerde ise tahakküme ve zulme neden olduğunu ifade eder.²³

Sulhi Dönmezer (1918-2004) de Velidedeoğlu gibi benzer ifadeler kullanır. Ona göre din kurallarının en büyük kusuru hayatın akışıyla ortaya çıkan gereksinimleri takip edemeyişidir. Dönmezer, ilahî emirlerden oluştuğunu söylediği dinî hukukun esaslarının değişmez olduğunu, bu özelliğiyle değişim karşısında direndiğini ve terakkiye engel olmaya başladığını ifade eder.²⁴

Ömer Lütfi Barkan (1902-1979) da İslâm hukukunun, ilâhî menşeli olması, kutsal ve noksansız kabul edilmesi nedeniyle koyduğu hükümlerin bütün İslâm âlemini idare edecek kapasitede ve değiştirilmelerine ihtiyaç duyulmayacak kadar mükemmel olduğu iddiasında bulunduğunu, bundan dolayı değiştirilmeden hep aynı kalacağını söylemiş, Osmanlı’daki örfî hukukun İslâm hukukunun bu değişmez yapısı ve yetersizliği nedeniyle ortaya çıktığını iddia etmiştir.²⁵

Barkan, Kur’ân-ı Kerîm’in bir hukuk kitabı olmadığını, ruhanî kanunları ihtiva eden bir inanç kitabı olduğunu, Kur’an’da yer almayan İslâm hukuk kurallarının ilk üç asırda oluştuğunu ve bu kurallar kutsal

¹⁹ Vasfi Raşit Seviğ, “Fıkıh ve Medenî Kanun”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8/3 (1951), 210.

²⁰ Seviğ, “Fıkıh ve Medenî Kanun”, 213.

²¹ Seviğ, 229.

²² Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Medeni Hukuk 1 Şahsın Hukuku* (İstanbul: Ahmet Sait Matbaası, 1945), 24-25.

²³ Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, “Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat”, *Tanzimat-1* (İstanbul: MEB Yayınları, 1999), 139-140.

²⁴ Sulhi Dönmezer, “Hukuk ve Hayat”, *Journal of Istanbul University Law Faculty* 21/1-4 (Temmuz 2011), 427.

²⁵ Ömer Lütfi Barkan, *XV. ve XVI. Asırlarda Osmanlı İmparatorluğunda Ziraî Ekonominin Hukukî ve Malî Esasları. I. Cild: Kanunlar* (İstanbul: İÜEF Türkiyat Enstitüsü Neşriyatı, 1943), 10/XII-XIII.

kabul edilerek bunlara değişmez dinî esaslar olarak bakıldığını²⁶ söylemektedir. Bununla birlikte hem kamu hukuku hem de özel hukuk alanında idarecilere geniş yetki tanındığından dolayı şer'î hukukun yanında örfî hukukun da tatbikat sahası bulduğunu²⁷ belirterek kamu hukuku alanında İslâm coğrafyasında çok farklı idarî usul ve esasların uygulandığını hatta Kur'an'ın sarih emirlerine aykırı usul ve sistemlerin geliştirildiğini²⁸ iddia etmiştir.

Zahit İmre (1918-1989) de dine istinat eden bütün hukuk sistemlerinin statik olduğunu söyleyen modern hukukçulardandır. İmre mukaddes kitapların ve din adamlarının belli kurallar koyduğunu ve insanları bu kurallara uymaya zorladığını, insan vicdanının serbest olduğunu fakat dinde böyle bir serbestliğin olmadığını söyleyerek hukukun dinden ayrılması gerektiğini, dinin hukuktaki değişimi takip edemeyeceğini söyler. Ona göre hayatın nizamı olan ve hayatla beraber değişmesi icap eden hukuk dine istinat etmemelidir. Din sadece vicdan işi olarak kalmalıdır.²⁹

İslâm hukukunun statik olduğunu iddia eden diğer bir hukukçu ise Esat Arsebük'tür (1885-1954). Arsebük, günden güne gelişim gösteren bir toplumun fertleri arasındaki ilişkilerin sadece nakle dayandığını söylediği bir hukuk sistemiyle idare edilemeyeceğini, toplumun ihtiyaçlarına cevap verebilecek her yeni şeyi dinin değişmeyen kurallarına ircaa çalışmanın ancak hukuktan veyahut halkın ihtiyaçlarından taviz vermekle gerçekleştirilebileceğini söyler. İslam hukukçularının koydukları her bir kaide ve kuralı dört kaynaktan (Kitap, Sünnet, İcma, Kıyas) birine dayandırmak yahut hiç olmazsa bu asıllara yaklaştırmak zorunda olduklarını, bunun da “mazinin icaplarıyla halin ihtiyaçlarını karşılamak” demek olduğunu söyleyen Arsebük sözlerine şöyle devam eder: “Muntazam ve tabii seyrini takibedemiyen hukuk hayatın mütemadiyen karşısına çıkardığı zaruretler neticesinde gayri tabii yollara döküldü. Fıkıhta “Kitabül-hiyel” namı altında açılan fasıl, ihtiyaçları gayri tabii yollarla temine uğraşan bir mesai mahsulüdür.”³⁰

Anayasa hukukçusu Yusuf Ziya Özer (1870-1947) hukuk inkılabından bahsettiği makalesinde İslâm hukukunun 1300 sene önceki bedevi Arapların örflerine dayandığını, sonra müçtehitler tarafından zamanın şartlarına göre bir değişim ve dönüşüm geçirerek hukuk ihtiyacını karşılayabildiğini fakat daha sonra içtihat kapısının kapatıldığını, bu nedenle ilerlemenin durduğunu, ilerleyen hayatın akışına İslâm hukukunun bin yıl önceki hükümleriyle cevap vermeye çalıştığını, bunun ise mümkün olmadığını söyler.³¹

“Hukuka Giriş” adlı eserinde din kurallarının uzun yıllar boyunca toplum hayatını düzenlediğini, bu kuralların ilâhî irade tarafından konulduğunu ve değiştirilmesinin mümkün olmadığını söyleyen hukukçu Şeref Gözübüyük (1924-2006) değiştirilemez yapısından dolayı din kurallarının donmuş olduğunu, bundan dolayı bu kuralların toplumun, zamanın geçmesiyle ortaya çıkan gereksinimlerini takip edemediğini kaydeder. O, din kurallarının ilâhî iradeyle konulan değişmez kurallar, hukuk kurallarının ise toplumu nizamlamak için konulan değişebilir kurallar olarak ayırdıktan sonra içtihat kapısının kapatılmasıyla birlikte fıkıhın gelişiminin durduğunu ve bunun neticesinde cemiyetin ihtiyaçlarını karşılayamadığını belirtir.³²

Gözübüyük'le aşağı yukarı aynı şeyleri ifade eden Necip Bilge (1912-2001) de din kurallarının “genellikle sonsuz (ebedi) ve değişmez sayıldıkları”nı, hukuk kurallarının ise zamanın şartlarına göre değişme özelliğine sahip olduğunu, hatta din kurallarında da belli oranda bir evrimin olduğunu fakat bunun çok yavaş ilerlediğini dolayısıyla hukuksal değişimi takip edemediğini söylemektedir. Bilge aslında İslâm dininin, hükümlerin zamanın icaplarına göre değişebileceği hakikatini kabul ettiğini fakat din adamlarının bu prensibe uygun hareket edemediklerini, birbirinden ayrılması gereken din kuralları ile hukuk kurallarını ayırmadıklarını, dinî liderler tarafından belirlenmiş kuralların hepsinin ilâhî kurallar gibi kabul edildiğini,

²⁶ Ömer Lütfi Barkan, *Türk Hukuk Tarihi (Teksir)* (İstanbul: 1951), 86; Ömer Lütfi Barkan, “Osmanlı İmparatorluğu Teşkilat ve Müesseselerinin Şer'iliği Meselesi”, *Journal of Istanbul University Law Faculty* 11/3-4 (Eylül 2011), 204.

²⁷ Barkan, *Türk Hukuk Tarihi*, 58; Barkan, “Osmanlı İmparatorluğu Teşkilat ve Müesseselerinin Şer'iliği Meselesi”, 206.

²⁸ Barkan, “Osmanlı İmparatorluğu Teşkilat ve Müesseselerinin Şer'iliği Meselesi”, 205.

²⁹ Zahit İmre, *Medeni Hukuka Giriş* (İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1971), 24-25.

³⁰ Esat Arsebük, “Türkiyede Medeni Hukukun İnkişaf Safhaları”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1/1 (Mart 1943), 12.

³¹ Yusuf Ziya Özer, “Cumhuriyette Hukuk İnkılabı”, *Belleten* 2/7-8 (Temmuz 1938), 389-390.

³² Şeref Gözübüyük, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları* (Ankara: Sevin Matbaası, 1986), 12-14.

bu nedenle toplumsal değişime ayak uydurulamadığını ve bunun neticesinde şer'î hilelere başvurulduğunu iddia etmiştir.³³

3. İslâm Hukukunun Dinamik Olduğunu Savunan Hukukçular

İslâm hukukunun değiş/tirile/mez hükümlere sahip olduğu için statik olduğunu ve zamanın ihtiyaçlarına cevap veremediğini iddia eden modern hukukçulara karşı yaptığı mukayeseli çalışmalarıyla cevap vererek Kur'an-ı Kerim'in insan fıtratına ve cemiyet yararına koyduğu hükümlerin ayn-ı adâlet olduğunu ortaya koyan Şakir Berki (1915-1988) aslında Kur'an hükümlerinin modern hukukla bir çok noktada örtüştüğünü, Kur'an'la modern hukuk arasında var olan çatışmanın ise Kur'an hükümlerinin eskiyerek ihtiyaca cevap verememesinden değil beşerî hukukun isabetsiz hükümler koymasından kaynaklandığını söyler ve evlat edinme ile faiz konusunu örnek verir: "Kur'an-ı Kerim'de evlat edinme memnudur. Bu memnuiyeti bir takım hukuk sistemleri dahi kabul etmiştir. Kur'an'da faiz memnudur. Modern hukuk sistemlerinde faiz memnu değil ise de çok nazik bir mesele telâkki edilerek amme ve hususî kanunlarla çok ehemmiyetli şekilde nizama bağlanmıştır."³⁴

Berki'nin İslâm miras sistemiyle medeni hukuk miras sistemi mukayesesini anlamak için bir misal verelim. İslâm hukuk sisteminde esas olan "kanuni mirasçılık" iken medeni hukukta esas olan "ölüme bağlı tasarruftur". Medeni Kanun'da miras bırakan şahıs isterse malının tamamını mirasçı olmayanlara devredebilirken, İslâm hukuk sisteminde hâkim, miras bırakan şahsın "üçte birini aşan vasiyetleri ancak bu tasarruf nisabı nispetinde infaz edip kanunî mirasçılarını paylarını muhafaza eylemeye" yetkilidir. Medeni Kanun'da ise hâkimin böyle bir yetkisi yoktur. Yalnız mirasçılar isterlerse kanuni paylarını korumak için "tenkis davası" açabilirler. Berki bu farkı ortaya koyduktan sonra hangi hukuk sisteminin daha isabetli olduğunu izah eder. Osmanlı miras hukukunun bu konuda daha isabetli olduğunu söyleyen Berki, Medeni Kanun'un hem bir kısım kimseleri kanunen mahfuz hisseli mirasçı kılıp sonra da miras bırakan şahsın insafına terk etmesinin mahfuz hisseli kanuni mirasçılık ile bağdaşmadığını, İslâm hukukunda ise miras bırakan şahsın ancak malının üçte birini vasiyet edebileceği ve üçte ikilik kısımla mirasçılarının hakkının muhafaza edildiğini belirtir. Berki ayrıca modern hukukta mirasçılarının tenkis davası açma haklarının olduğunu fakat daha pratik bir yol varken kişilerin hak arama imkânlarını güçleştirmenin manası olmadığını, ayrıca zaman aşımına uğradığı zaman mirasçılarının bu haktan da mahrum olacaklarını sözlerine ekler.³⁵

Berki'nin modern hükümleri yüceltmek adına İslâm hukukunun koyduğu hükümleri hiçbir ilmî gerekçe sunmadan çağ dışılıkla suçlayanlara da bir sözü vardır:

"Bu kıymet hükümleri, ancak dayandırıldıkları gerekçelerin yürütülebilmesiyle tenkid edilebilir; yoksa "çağ dışı fikirler", "gerici hükümler" ilh gibi ilim dışı tepkilerle tenkid edilmiş olamazlar. Zira İslâm hukuku, ekser esasları çağ içi (çağdaş) hukuk sistemlerinin hemen hepsinde benimsenmiş olan, cüz'î ayrılık bertaraf, hukuk devleti zihniyetine cevap veren hukuk müesseseleri ve esaslarıyla süslü bir hukuktan ibarettir. Çağ içi sistemlere de ışıktutucu mahiyettedir."³⁶

Şakir Berki'nin babası Ali Himmet Berki'nin (1882-1976) 1948 tarihinde kaleme aldığı "Hukuk Mantığı ve Tefsiri" adlı eseri de İslâm hukukunun, hukukun mantığını kavrama ve hukuk metinlerini tefsir etme açısından modern hukuk sistemlerinden ne derece ileri bir hukuk sistemi olduğunu göstermesi yönüyle konumuz için önem arz etmektedir. Berki, kanun metinlerinde açık ifadelerle birlikte kapalı ifadelerin de yer aldığını, hukukçunun kanun metninde kapalı olan kısımları tefsir ederek karşılaştığı hadiselerle tatbik edebileceğini, yapılacak bu tefsir ameliyesinin ise keyfî olarak değil belli kaide ve kurallar çerçevesinde yapılması gerektiğini, aksi hâlde hukukçunun kanun metnini kendi menfaati noktasında yorumlayacağını söyler. Müellif bu ihtiyaç sebebiyle, İslâm hukukçularının daha İslâm hukukunun teşekkül ettiği ilk zamanlarda "Usûlî fıkıh" veya "Hikmeti teşri" adıyla bir ilim meydana getirdiklerini ve bu ilim sayesinde

³³ Necip Bilge, *Hukuk Başlangıcı* (Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2015), 7-8.

³⁴ Şakir Berki-Hayrullah Hâmidî, *İslâm Hususi Hukukunun Ana Prensipleri: "Kur'anda Hukuk"* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1956), 6.

³⁵ Şakir Berki, "Eski ve Yeni Medeni Hukukumuzda Miras Sistemleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 37/1 (1980), 224-225.

³⁶ Berki, "Eski ve Yeni Medeni Hukukumuzda Miras Sistemleri", 236.

İslâm hukukunun “feyyaz bir cereyan” olarak gelişim gösterdiğini ifade eder³⁷ Zaten eseri de fıkıh usulü dersinin hukuk fakültelerinden kaldırılması nedeniyle oluşan boşluğu doldurmak amacıyla yazdığını belirtir.³⁸

Berki'nin dikkat çeken özelliği, kadîm hukukumuzun çağının kapanmadığını ve temel kaidelerinin yeni hukukumuzda hâlen yaşadığını göstererek süreklilik vurgusu yapmasıdır. Necip Fazıl Kısakürek (1905-1983) Berki'nin bu özelliğini şu cümlelerle ifade etmiştir: “... bütün medeni kanun maddelerini İslâm fıkıhında muhakeme ederek, medeni kanun maddelerinde, bu hükme uygun madde bularak, hüküm verilmesi gerektiği yolunda düşünen bir hâkim, adâlet de budur.”³⁹

Berki'nin İslâm hukuku ile medeni hukuku telif ederek modern hukuk içerisinde fıkıhın varlığını devam ettirebileceği yaklaşımını somutlaştırmak için mehir konusunu örnek verebiliriz. Müellif “*nikâhta koca tarafından peşin veya müeccel olarak karıya verilmesi sarahaten veya zımnen taahhüt olunan mal*” olarak tanımladığı mehrin medeni hukuk içerisinde yer alabileceğini ve medeni hukuk hükümlerine aykırı olmadığını söyler. Ona göre Medeni Kanun madde 110'da yer alan “*evlenme kâğıdı ibraz edilmeden, evlenmenin dini merasimi yapılamaz*” hükmü dolaylı olarak dinî nikâha izin vermiştir. Dinî nikâhta ise mehir mevcuttur ve nikâh esnasında belirlenmişse belirlenen miktar, belirlenmemişse mehr-i misil tahakkuk eder. Bununla birlikte iki noktadan mehir Medeni Kanun tarafından da kabul görür. Birincisi, kocanın boşanma vukuunda karısına vermeyi taahhüt ettiği mal (mehir) bir borçtur ve Borçlar Kanunu'na göre bu mukavele geçerlidir. (Borçlar Kanunu madde 19 ve 20.) Diğeri ise medeni hukukta birçok meselede örf ve âdetlerin esas kabul edildiğidir. Bu nedenle mehrin Medeni Kanun içerisinde yer almasında herhangi bir engel yoktur.⁴⁰

Berki çalışmalarında Osmanlı hukuk mevzuatının birçok yönden modern devlet inşası için hukuk kaynağı olabileceğini gösterir ve Cumhuriyet hukukunun bu tecrübeden dersler çıkarması gerektiğini ifade eder. Sadece kanun üretmenin tek başına kamu vicdanını tatmin edecek bir adâleti sağlamakta yetersiz kalacağını belirterek adâletin ancak “*dini akide ve manevi müeyyide ile tenmiye ve takviye*” ile temin edileceğini vurgular.⁴¹

İslâm hukukunun dinamik yapısına vurgu yapan modern hukukçulardan birisi de Sıddık Sami Onar'dır (1897-1972). Onar, “*hak ve adâletin en büyük ve feyizli kaynaklarından*” diye taktim ettiği İslâm hukukunun asırlarca en mütemeddim milletlerin ihtiyaçlarına kâfi geldiğini, fakat böyle muazzam bir hukuk sisteminin mukayeseli hukuk içerisinde hak ettiği mevkiyi alamadığını ve Roma hukuku kadar değer görmediğini üzüntüyle dile getirir:

“Roma hukuku kaidelerinin zaman ve devlet şekilleri içinde geçirdiği istihale ve hayatın zaruretlerine intibak bakımından, ilim âleminde büyük bir kıymet arz ettiği halde İslâm hukukunun; aynı istihaleleri geçirmiş, hayat şartları birbirinden farklı ve ayrı ayrı medeniyetlere sahip olan Türk, Arap, İran, Hint gibi müteaddit İslâm milletlerinin içtimai bünyelerine uymuş ve ihtiyaçlarına cevap vermiş olmasına ve bugün de içinde adâlet ve faziletin en esaslı hükümleri saklı bulunmasına rağmen mukayeseli hukuk sahasında ve hukukun tekâmülünde bugün bir rolü bulunmaması hukuk ilmi namına esefle karşılanmak icabeder.”⁴²

Onar, “*asırlar ve kıtalar içinde, milletler ve medeniyetler arasında yayılmış muazzam bir hukuk manzumesi*” olarak tavsif ettiği İslâm hukuku hakkında mukayeseli hukukun yöntem ve metotlarıyla yapılacak olan incelemelerin hem İslâm hukukunun önemini ortaya koyacağını hem de “*birçok meselelerde cemiyetin en âdil hareket kaidelerini bulmağa yardım*” edeceğinin altını çizer. Yazar, Türklerin geçmişte fıkıhın inkişafı noktasında büyük hizmetler ifa ettiklerini, bugün de “*bahri-bi-pâyan*” olan İslâm hukukunun tüm

³⁷ Ali Himmet Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir Kanun ve Mukavelelerin Tanzim ve Tefsirine Ait Kaide ve Asıllar* (Ankara: Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T.A.O., 1948), 3.

³⁸ Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, 4.

³⁹ Fethullah Soyubelli, “Büyük Hukukçu Ali Himmet Berki”, *Akademi Kürsü* 5 (2019), 49.

⁴⁰ Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir*, 205-207.

⁴¹ Ali Himmet Berki, “Adâlet Fikri Beşerî Kanunlar ve Hakkaniyet”, *Türk Yurdu* 275 (1959), 25-26.

⁴² Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukûk-ı İslâmiyye ve Istılâhât-ı Fıkhiyye Kâmûsu* (İstanbul: Bilmen Yayınevi, t.y.), 8/289.

incelikleriyle ortaya konularak “bu hukukun zaman kıymet hükümleri dahilinde tetkik ve izahı vazifesi”nin yine Türk hukukçularının omuzlarına yüklendiğini belirtir.⁴³

Modern hukukçulardan Hüseyin Nail Kubalı (1903-1981) ise İslâm hukukunun (yukarıda bahsi geçtiği üzere) statik olduğunu söyleyen Arsal’ın İslâm âleminde hukukun bir ilim derecesine yükselemediği⁴⁴ iddiasının aksine “İslâm hukuku esaslarının meydana konması, bunların ehemmiyet ve kıymetlerinin dünya hukuk âlemi ve ilmi içinde belirtilmesi bu ilmin inkişafı bakımından büyük bir hizmet” olacağını vurgulamıştır.⁴⁵

İslâm hukuku ile yakından ilgilenen Mustafa Reşit Belgesay (1887-1969) da konumuz açısından önemli modern hukukçulardan biridir. O, Mecelle’nin “Ezmânın tagayyürüyle ahkâmın tagayyürü inkâr olunamaz.” (md. 39)⁴⁶ kaidesini açıklarken kanunların insanların ahlak, alışkanlık ve ihtiyaçlarının dikkate alınarak konulduğunu, hiçbir kanunun sonsuza kadar hareket noktası oluşturamayacağını, insanların ahlak ve alışkanlıklarında meydana gelecek değişimlerin nazarıtibara alınarak kanunların güncellenmesinin gerekli olduğunu ifade eder. Hatta bir kanunun yürürlükten kaldırılmasa bile şayet ihtiyaca cevap verme kabiliyetini kaybetmişse tatbik kabiliyetini de yitireceğini belirtir. Müellif sözlerine şunları da ilave eder: “İslâm doktorları ilâhî hükümlerin de zamanla değişebileceği fikrindedirler. Şu var ki, insanların tabii haklarını koruyan nadir kanunlar ve kaideler, ilâhî emirler zamanla değişmez.”⁴⁷

Belgesay, hükümlerin ihtiyaca göre değişebileceği hakikatini nazara vermekle birlikte hukuk üretmede vahyin olmazsa olmaz bir kaynak olduğunu özellikle ifade eder. Müellif “Kur’an Hükümleri ve Modern Hukuk” isimli eserinde bu hakikati anlatmaya çalışır. Eserde Kur’an ayetleriyle medeni hukukun birçok açıdan mutabık düştüğünü örneklerle açıklar. Bir nevi hukuk felsefesi özelliği taşıyan eserde “Hukuk ve Ahlakta Esas” başlığı altında hukuk ve ahlakın kaynağı üzerinde tartışılır. Önce filozofların hukuk ve ahlakın kaynağı konusunda farklı yaklaşımlar sergilediği ifade edilir. Kimisi hukuk ve ahlakın kaynağını tabii hukuka bağlarken, kimisi menfaate, kimileri hislere, Kant ise akla bağlamıştır. Bütün bu sayılan prensiplerin hukuk ve ahlakın kaynağı olmada yetersiz kalacağını söyleyen Belgesay, hukuk ve ahlakın hakiki kaynağının vahiy olduğunu ifade eder. Kur’an’da hem akılla hem de hislerle belirlenmiş ideal prensiplerin toplamını ifade eden adâletin emredildiğini vurgulayan müellif, Kur’an’ın “ahlâk ve hukuk için menfaat, his, akıl esaslarını kombine” ettiğini söyler. Belgesay, ancak bu üç esasın dikkate alınarak konulduğu hükümlerin insanları memnun edebileceğinin altını çizerek, His ve menfaatleri esas almadan sırf akıl ile konulan hükümler hukuk ve ahlaktan beklenen neticeyi ortaya çıkaramayacağı gibi, aklın devre dışı bırakılıp sadece his veya menfaat esas alınarak konulan hükümler de netice vermez. Hisler insanı aldatılabildiği gibi akıl da insanı aldatılabilir. Doğru olan şey akıl ile bulunan prensiplerin his ve menfaat bileşenleriyle kontrol edilmesidir. Ancak bu şekilde ortaya konulan prensip tarafları memnun eder ve genelin kabulüne mazhar olur. Müellif bu neticeye Kur’an ayetlerinden vardığını ifade eder. Kur’an’da birçok ayette ahlaki görevleri ancak kalbin kavrayabileceği, katı kalplilerin ise bu görevi anlayamayacakları ve aklın kontrolünde olmayan hislerin insanları hataya sürükleyebileceği beyan edilmiştir. Kalplerin de hislerin de insanı hataya düşürebileceğini söyleyen müellife göre, yapılan hataların nedeni ya insanların hislerine kapılmaları yahut aşırı derecede akılla karar vermeleridir.⁴⁸

Belgesay eski hukukumuzun zamanımızda hukuk ihtiyacını karşılayamadığı iddiasının aksine eski hukukumuzun birçok noktada yeni hukukumuzla uyum içerisinde olduğunu ve yeni hukukumuzla kaynaklık yapabileceğini savunur. Bu amaçla kaleme aldığı eserlerinden biri “Mecellenin Küllî Kaideleri ve Yeni Hukukun Ana Prensipleri” eseridir. Eserde Mecelle’de yer alan küllî kaidelerin “tabii hukuka ve modern hukukun hayli münakaşalardan ve tekâmülden sonra ulaştığı prensiplere”⁴⁹ uygun olduğunu vurgulayan Belgesay, bu kaideleri ele alma amacını şu şekilde belirtir: “Bugünkü hukukun da önemli bir kısmı Mecellenin

⁴³ Bilmen, *Hukûk-ı İslâmiyye ve Istılâhât-ı Fıkhiyye Kâmûsu*, 8/289.

⁴⁴ Arsal, *Hukuk İlmi ve Sosyolojisi I*, 21.

⁴⁵ Bilmen, *Hukûk-ı İslâmiyye ve Istılâhât-ı Fıkhiyye Kâmûsu*, 8/289.

⁴⁶ bk. Cemalettin Şen, *Sistematik Mecelle: Kategorik Giriş ve Tam Metin* (Bursa: Emin Yayınları, 2022), 196.

⁴⁷ Mustafa Reşit Belgesay, *Mecellenin Küllî Kaideleri ve Yeni Hukukun Ana Prensipleri* (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1947), 28.

⁴⁸ Belgesay, *Kur’an Hükümleri ve Modern Hukuk*, 31-34.

⁴⁹ Belgesay, *Mecellenin Küllî Kaideleri*, 8.

müsellemattan⁵⁰ addettiği kaidelere dayanır. Binaenaleyh, Mecellenin doksan dokuz maddesini yeni hukuk prensiplerinin ve felsefi mülahazaların ışığı altında tetkik ve izah bu hukukun da çabuk kavranması ve öğrenilmesi bakımından büyük faydalar sağlayacaktır.”⁵¹ Şu iki örnek, müellifin amacını anlamamızı sağlayacaktır. Müellif Mecelle’de yer alan “İctihâd ile ictihâd nakzolunmaz.” (md. 16)⁵² kaidesinin modern hukukta da cari olduğunu, yargıcın kesinleşen kararının gerçek sayılacağını ve ancak süresi içinde üst mahkemeye bu karar için müracaat edilebileceğini, süresi dolmuş kararın artık değiştirilemeyeceğini söyler. Yine Medeni Kanun’da “yargıca ancak kanunda sarahat olmayan hallerde kanun koyan gibi hüküm tayin etmek yetkisi” verildiğini ve bu kanun maddesinin Mecelle’nin “Mevrid-i nasta ictihâda mesâğ yoktur.” (md. 14)⁵³ kaidesiyle aynı şeyi ifade ettiğini izah eder.⁵⁴

Ali Fuat Başgil (1893-1967) de yaptığı açıklamalarla İslâm’ın dinamik yapısına dikkat çekmiştir. Dinin sadece vicdan ve gönül işi olmadığını, onun aynı zamanda nas ve nakillerle bireysel ve toplumsal hayatı düzenleyen bir nizam olduğunu, vahye istinat eden naslarla, bu nasları açıklayan nakillerin esas olduğunu ve bu esasları dinden ayırdığımız zaman ortada din değil şüphe ile karışık yalın bir duygunun kalacağını söyleyen Başgil, Kur’ân-ı Kerîm’in “ferdi ve içtimaî hayatımıza dair hukukîyatı, ahlâk ve adabı, siyasîyatı ile dört başı mamur bir nizam” kurduğunu ve bu nizamın yüzlerce yıl milyonlarca insanın yaşamı üzerinde etkili olduğunu ifade eder.⁵⁵ Başgil dinin nas ve nakillerden ayrılamayacağını, fakat nas ve nakille ortaya konulan hüküm ve esaslardan bazılarının bugün uygulamanın mümkün olmadığını, dinin vazettiği ilmî ve felsefî prensiplerin bazılarının günümüz ilim ve fen hükümleriyle uyuşmadığını, bu nedenle dinin selametinin günümüz ilim ve ihtiyaçlarıyla çatışmamasında olduğunu⁵⁶ söyledikten sonra din ile ilmi bağdaştırmak için nasları dinden saymamanın hata olduğunu, doğrusunun -“akıl ile nas tearuz ettikte, akıl tercih ve nakil te’vil olunur”⁵⁷ kaidesi mucibince- “bu nevi nass’ları yeni vaziyet ve hâdiselerle karşılaştırarak bunları yeni bir ruh ile yeniden anlamak” olduğunu ve bu çabaya içtihat dendiğini izah eder.⁵⁸

Başgil, içtihat kapısının kapatıldığı fikrine de katılmaz. Ona göre kimse içtihat kapısını kapatmamış, içtihadı ehil kimseler kalmadığı için bu kapı kendiliğinden kapanmıştır. Yoksa geçmişte olduğu gibi şimdi de ehli için içtihat kapısı sonuna kadar açıktır.⁵⁹

Başgil, akılla nakil tearuz ettiği zaman akıl esas alınıp naklin te’vil edileceğini söylemekle birlikte bunu her önüne gelenin yapamayacağını ve bu konuda “resmî te’vil ve içtihat yolu” tutularak “içtihat encümeni” adını verdiği Müslüman âlimlerden oluşan bir kurulun oluşturularak bu kurulun yaptığı içtihatlarla oluşan kararların tüm İslâm âlemi için bağlayıcı olması ve icmâ olarak kabul edilmesi tavsiyesinde bulunur.⁶⁰

İslâm hukukunu müdafaa eden modern hukukçulardan Refik Gür (1907-1986) ise İslâm’ın Osmanlı’nın ruhunu temsil ettiğini, İslâm hukukunun inanç ve muâmelât şeklinde taksim olunduğunu, muâmelât kısmının nassa istinat ettiğini söyleyerek İslâm hukukunun dinamizmini şöyle dile getirir:

“Fillhakika, “itikadât” ve “muamelât” kısımlarına ayrılarak dini, dünyevi iki fârika taşıyan ve ikincisi dahi esasında nassa müstenit olmakla beraber içtihat kapısı’ndan geniş muamelât sahasına girerek, “nas” (dogma) ile olan münasebetlerini, hayatın akış ve ahengine göre mâkuliyet ve tesâmüh [hoş görürlük] prensipleri dahilinde ayarlayıp tanzim eden, gayri mektup bir hukuk meydana gelmiş ve Türk kadısının bu sahadaki rolü, Roma pretörünün başarısından üstün bir muvaffakiyet sağlamıştı.”⁶¹

⁵⁰ Müsellemât, ispatlanması zor yahut imkânsız olan, akli yanlış inanışlarla bulanmamış, sağlıklı düşünceye sahip olan herkesin kolayca kabul edebileceği gerçeklerdir. Belgesay, *Mecellenin Küllî Kaideleri*, 8.

⁵¹ Belgesay, *Mecellenin Küllî Kaideleri*, 8.

⁵² Şen, *Sistematik Mecelle*, 195.

⁵³ Şen, *Sistematik Mecelle*, 195.

⁵⁴ Belgesay, *Mecellenin Küllî Kaideleri*, 20-21.

⁵⁵ Başgil, *Din ve Laiklik*, 223-224.

⁵⁶ Başgil, *Din ve Laiklik*, 224-225.

⁵⁷ Başgil, *Din ve Laiklik*, 245.

⁵⁸ Başgil, *Din ve Laiklik*, 235.

⁵⁹ Başgil, *Din ve Laiklik*, 246.

⁶⁰ Başgil, *Din ve Laiklik*, 246.

⁶¹ Refik Gür, *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle* (İstanbul: Çeltut Matbaası, t.y.), 16.

Gür, içtihat kapısının dört mezhebin usul ve esaslarının dışına çıkarak yeni bir mezhep ihdas etmek isteyenler için kapandığını, yoksa dört mezhebin usul kaidelerini kullanarak meselelere çözüm bulma konusunda içtihat kapısının her zaman açık olduğunu Sava Paşa'ya (1932-1904) atıfta bulunarak söyler.⁶² Gür, hukuk üretme noktasında İslâm hukukunun nasıl işletilmesi gerektiğini de bir örnekle açıklar. Örnekten önce bir ön bilgi verir. Müçtehit olan zat delillere dayanarak, İslâm hukuk metodolojisindeki yöntemleri kullanarak istediği kaideye ulaşabilir. Bu sayede İslâm'ın koymuş olduğu umumî kanunlar genişletilerek zamanın ortaya çıkardığı bilumum muameleler bu umumî kanunun şümulüne dâhil edilebilir. Fakat bu keyfî bir iş değildir. Böyle bir genişletmeyi yapabilmek için umumî kanunun buna müsait olması, sınırlarının iyi tayin edilmesi ve bu genişletmenin kaynaklara uygunluğu ortaya konularak meşruiyetinin kanıtlanması gerekmektedir. Gür, bu ön bilgiden sonra polîceyi örnek verir. Polîçe, İslâm hukukunda mevcut olmamasına rağmen İslâmî kurallara uygun hale getirilebilir. Burada sorulması gereken soru, polîcenin İslâmî açıdan uygun ve helal olup olmadığıdır. Polîçe mübahtır. Dolayısıyla meşru bir araçtır. Çünkü İslâmî kaynaklarda yasaklandığına dair herhangi bir kayıt mevcut değildir. Önemli olan kaynaklarda polîcenin açıkça yasaklanıp yasaklanmadığının araştırılmasıdır. Dinî ve hukukî bir kaide olan "İşleri kolaylaştırm, güçleştirmeyin"⁶³ prensibi de bunu gerektirir. Polîçede polîceyi veren şahıs kâr payı alsa da alınan bu kâr faiz olarak değerlendirilemez. Bu alınan kâr sağlanan hizmetin karşılığı olarak alınan bir ücrettir.⁶⁴

Gür ayrıca İslâm toplumunu sair memleketlerle aynı seviyeye getirmek için "zaman ilerlemelerinin mümkün kıldığı vasıtalar"dan⁶⁵ istifade edilmesinin İslâm prensiplerine aykırı olmadığını, bunun aksini düşünmenin dinin asıl maksadını değiştirmek sayılacağını, zamanın değişmesiyle hükümlerin de değişeceği hakikatinin de bunu icap ettiğini, fakat bu değişimin keyfî değil fıkıh usûlünün koymuş olduğu esaslara göre yapılması gerektiğini ifade eder. Gür, İslâm hukukunun hukuk üretme konusunda metodolojik açıdan diğer sistemlerden yüksek olduğunu vurgulayarak sözlerini şöyle noktalar: "İslâm hukukunun genişleme bakımından, bütün diğer hukukların fevkinde bir istidat ve mükemmeliyete sahip bulunduğu her türlü şüpheden âzâde bir şekilde anlaşılmaktadır."⁶⁵

Günümüz modern hukukçularından Ekrem Buğra Ekinci de İslâm hukukunun statik değil dinamik olduğunu, değişmez olan hükümlerin umumi prensipler olduğunu, cüz'î hükümlerin değişime açık olduğunu ve İslâm hukukundaki hüküm çıkarma yöntemlerinin İslâm hukukunda dinamizmi sağladığını ifade eder. İslâm hukukunun cüz'î hükümlerinin "beşer aklının faaliyeti neticesinde, içtihat yoluyla veya örf, maslahat, zaruret gibi prensipler nazara alınmak suretiyle tespit" edildiğini ve bunun fıkıhın esneklik özelliğine delil olduğunu ifade eden Ekinci, içtihat faaliyetinin "İslâm hukukunun zamanın ve insanların değişen şartlarına göre farklı bir şekilde tatbikine imkân" verdiğinin altını çizer.⁶⁶

Ekinci, Barkan'ın İslâm hukukunun değişmeyen hükümlere sahip olduğu için statik olduğu ve örfî hukukun İslâm hukukunun yetersizliği nedeniyle ortaya çıktığı iddiasına da cevap verir. O, Barkan'ın örfî hukuku bazen İslâm hukuku ile alakası olmayan, ondan tamamen bağımsız bir hukuk olarak, bazen de İslâm hukukunun ülü'l-emre tanıdığı sınırlı yetki ile oluşmuş bir alan olarak görmesinin bir tenâkuz olduğunu, Barkan'ın örfî hukukun meşruiyet temelini iyi bir şekilde anlatmasına rağmen örfî hukukun İslâm hukukunun kifayetsizliğinden zuhur ettiği iddiasının yanlış olduğunu ifade eder. İslâm hukukunun yürürlükten kaldırılarak yerine modern hukukun getirilmesinin nedeninin de İslâm hukukunun eksikliği değil, siyasî tercihler olduğunu söyleyen Ekinci, şayet İslâm hukukundan kaynaklı bir durum söz konusu

⁶² Gür, *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle*, 77.

⁶³ Ebü'l-Hüseyn Müslim b. el-Haccâc Müslim, *el-Câmiu's-sahîh*, nşr. Fuâd Abdülbâkî (Beyrut: Dâru İhyâ'it-Turâs, ts.), "Cihad ve siyer", 6.

⁶⁴ Gür, *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle*, 99-100. Gür'ün kaynağını göstermediği bu örneği Sava Paşa'dan aldığı anlaşılmaktadır. Sava Paşa ilgili yerde polîçe ile birlikte çekide örnek göstermektedir. Bkz. Sava Paşa, *İslâm Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüd*, çev. Baha Arıkan (Ankara: Yeni Matbaa, 1955), 2/358-362.

⁶⁵ Gür, *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle*, 100.

⁶⁶ Ekrem Buğra Ekinci, *İslâm Hukuku* (İstanbul: An Sanat Yayınları, 2006), 32, 37.

olsaydı bu hukukun eksiklikleri tamamlanarak zamanın şartlarına göre tadil edilmesi cihetine gidilirdi, hâlbuki siyâsî irade bunu yapmak yerine İslâm hukukunu tamamen kaldırmak yolunu tercih etmiştir, der.

Ekinci, kamu hukuku alanında İslâm hukukunun bilinçli bir şekilde sükût ederek bu alanın doldurulmasını ülü'l-emre (hükümdara) bıraktığını, ülü'l-emrin bu alanı toplumsal yaşamdaki değişiklikleri dikkate alarak düzenleyebileceğini ve gerektiğinde bu alanda değişiklikler yapabileceğini söyleyerek İslam hukukunun dinamik bir yapıya sahip olduğunun altını çizer. Fakat İslam hukukunun bütün alanlarında bunun böyle olmadığına da şu cümleleriyle dikkat çeker: “*Ancak İslâm hukuku her sahada böyle sükût etmiş değildir. Eğer hukukî hükümlerde mutlak değişikliğe elverişli olsaydı, hemen her sahada sükût eder, bu sahada hukukî hüküm koyma yetkisini münhasıran başka bir otoriteye verirdi.*”⁶⁷

4. Değerlendirme

Esasen modern hukukçuların İslâm hukukunun statik olduğu iddialarının temeli, oryantalistlere dayanmaktadır. Oryantalist zihniyet kendi değer yargılarıyla İslâm hukukunu tartmaya kalkmış ve laik bakış açısıyla ibadetten aile hayatına, ekonomiden devletler hukukuna kadar her alanın ilâhî nizama göre dizayn edilebileceği gerçeğini -Hristiyanlıkta din hayatın bir bölümünü içine aldığı için⁶⁸- havsalasına sığdıramamıştır. Din ve devlet işlerinin birbirinden ayrılması meselesi teokratik anlayışı benimseyen Kiliseye karşı devletin verdiği mücadele sonucu ortaya çıkmış bir mesele olup İslâmiyet’le ilgisi yoktur.⁶⁹ Onlar Kilisenin skolastik düşünce yapısıyla gelişim ve değişime olan karşıtlığını İslâmiyet’te de farz edip İslâm hukukunun statik olduğu sonucuna varmışlardır. Bizdeki bu zihniyetten beslenen modern hukukçular da derin bir analiz yapmak yerine⁷⁰ onların iddialarını aynen tekrarlamışlardır.⁷¹

Gür’ün İmparatorluk hukuku ile kilise hukukunu mukayese ederek iki hukuk arasındaki farkı ve İslâm hukukunun zamanın akışına mutabakatını anlatması konumuz bakımından önem arz etmektedir. Çok geniş sınırlara ulaşmış ve içerisinde çeşitli dinlerden farklı milletleri barındırmış olan Osmanlı’da “merkeziyet içerisinde adem-i merkeziyet idare usulü ile kollektif fonksiyonlarının âdeta akıl ve sır ermez bir mükemmeliyet içinde” düzenlendiğini ve bunda muvaffak olduğunu söyleyen Gür, bu muvaffakiyeti İmparatorluk hukuk sisteminin “*adl-ü ihsan prensiplerine dayatılmış dogmayı, muâmelât reflekslerine intibak ettirmenin muvaffakiyet yolunu*” bularak şer’î hukukla örfî hukuk arasında meydana getirdiği uyuma bağlar. Hukukun canlılığının “*nassın teşri hikmetine akıl erdirmesini ve hukuk zekâsının yapıcı bir şekilde kullanılmasını bilen mantık*” ile sağlanabileceğini belirten müellif, Osmanlı hukukunun, çoğu zaman birbiriyle taban tabana zıt olan nakil ile aklı uzlaştırıp dogmatizmle rasyonalizmi yan yana getirerek ortaya canlı hayat düsturlarının çıkacağını gösteren en güzel hukuk örneğini temsil ettiğini söyler. Batı’nın ise orta çağ dönemini insanlık hayat ve ülküsünden koparan skolastik düşünceyi Osmanlı’nın kullandığı formül ile yenme başarısı gösteremediğini ifade eder.⁷² Gür, bu bahsi şu çarpıcı ifadelerle kapatır:

“Ezmanın tebeddülü ile ahkâmın tebeddül edeceğini, yâni zamanların değişmesiyle hükümlerin değişebileceğini kararlaştıran bu hukuk nehci, garbın “*Droit canonique*” i kilise duvarlarının örttüğü kasveli ve loş muhitten dışarıya çıkarken gözleri ışıktan kamaşan yarasa gibi, muhitine körü körüne yapışır ve bir çağı vampir gibi sömürerek terakki ve tekâmülü önlerken, lügatte bile “gereği gibi anlayıp bilmek” manasına gelen, Şarkın fıkıhı, ahkâmı ameliyeyi bu genişlik ve tesâmüh şartları içerisinde serbestçe inkişaf ettirip, adl-ü-ihsan’dan mürekkep iki başlı bir nimet halinde seyyaliyetini ve hayat şartlarına uygunluğunu muhafaza ve temin ederek, Şarkı orta çağ iskolastisizminden korumuş, bu ruh ve kudret imkânlarıyla Türk İmparatorluğu’na en geniş hayatîyet ve inkişafı bu sâyede sağlamıştı.”⁷³

⁶⁷ Ekrem Buğra Ekinci, *İslâm Hukukunda Değişmenin Sınırı* (İstanbul: Arı Sanat Yayınları, 2005), 17.

⁶⁸ W. Montgomery Watt, *Modern Dünyada İslâm Vahyi*, çev. Mehmet S. Aydın (Ankara: İzmir İlahiyat Vakfı Yayınları, 1982), 21.

⁶⁹ Erol Güngör, *İslâmın Bugünkü Meseleleri* (İstanbul: Ötüken Neşriyat A.Ş., 1981), 52.

⁷⁰ Örneğin, Köprülü’nün “*Fıkıh dediğimiz nazârî hukuk sisteminin İslâm dünyasında nasıl doğup, inkişaf ettiği, S. Hurgronje ve I. Goldziher gibi, büyük âlimler ile onların mesâisini tâkip eden müsteşrikler ve hukuk tarihçileri tarafından yapılan tetkikler sayesinde, umumî hatları ile anlaşılmış...*” ifadeleri oryantalistlere olan güvenini göstermesi açısından dikkat çekicidir. Köprülü, “Fıkıh”, 4/608.

⁷¹ Saffet Köse, “İslâm Hukukunun Statik Olduğu İddiasının Tahlili”, *Necmettin Erbakan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 6/6 (Temmuz 1996), 262-263.

⁷² Gür, *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle*, 17-18.

⁷³ Gür, *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle*, 19-20.

Modern hukukçuları İslâm hukukunun statik olduğu görüşüne sevk eden diğer bir amil ise dönemin ideolojik anlayışıdır. Bu anlayışı dönemin adâlet bakanı Mahmut Esat Bozkurt (1892-1943), “...dinler lâyetegayyer hükümler ifade ederler. Hayat yürür, ihtiyacât sürekli değişir. Din kanunları mutlaka ilerleyen hayatın huzurunda şekilden ve ölü kelimelerden daha fazla bir kıymet, bir mânâ ifade edemezler”⁷⁴ sözleriyle ifade ederek yeni hukukun laik karakterde olacağını bildirmişti. Modern hukukçular bu anlayış çerçevesinde laik hukuku müdafaa için İslâm hukukunun statik yapıda olduğunu, zamanın ihtiyaçlarına cevap veremediğini bu nedenle yeni hukuk sistemine geçildiğini her fırsatta dile getirmişlerdir.

Modern hukukçular İslâm hukukunun statik olduğunu iddia ederken İslâm hukukunun hukuk üretme mekanizmasından (fıkıh usûlü) habersiz gibi davranmışlardır. Hâlbuki modern hukukçulardan bir kısmı fıkıh usûlüne olan hayranlıklarını gizleyememişlerdir. Örneğin Kemal Gözler, hukuk teorisi konusunda İslâm hukukunun Roma hukuku ve kaynağını bu hukuktan alan kara Avrupası hukuku ile İngiliz hukuku kadar gelişmiş olduğunu belirttikten sonra metodolojik bakımdan İslâm hukukunun daha da ileride olduğunu ifade etmiştir: “Hatta, yorum, akıl yürütme gibi bazı alanlarda İslâm hukuku onlardan daha da ileri ve sofistikedir. Fıkıh usûlü kitapları, Batıdaki hukuk metodolojisi kitaplarından teorik zenginlik bakımından asla geri değildir; tersine onlara göre fazlası vardır.”⁷⁵

Mehman A. Damirli de “Genel Hukuk Teorisi” kitabında İslâm hukukunun “usûl-ü fıkıh” ve “fırû-i fıkıh” olarak iki kısımdan oluştuğunu, birincisinin İslâm hukukunun teorik ve metodolojik kısmını, diğerinin ise bu metodoloji vasıtasıyla elde edilmiş pozitif İslâm hukukunu oluşturduğunu ifade ettikten sonra fıkıh usûlünün genel hukuk teorisi noktasından yeryüzünde ilk örnek ve dünya hukuk âlemine büyük bir hizmet olduğu tespitinde bulunur ve sözlerini şu şekilde sürdürür:

“Gerçekten, İslâm tarihinin klasik döneminde fıkıh usûlü sahasında Müslüman hukukçularının teorik-metodolojik ve tematik çalışmaları, genel hukuk teorisinin meydana gelmesinin tarihi hudutları hakkında bilgilerimizi genişletiyor. Bilindiği üzere, Batıda çağdaş genel hukuk teorisinin ortaya çıkışı XIX. yüzyıla aittir. Ama hukuk biliminin tarihinde bundan birkaç yüzyıl önce usûl-i fıkıh örneğinde, kendi konusu ve iyice hazırlanmış metodolojisi ile bağımsız teorik-metodolojik disiplin, İslâm hukuk bilimi tarafından sunulmuş durumdaydı.”⁷⁶

Böyle zengin bir hukuk üretme mekanizmasına sahip olan bir hukuk sisteminin statik olduğu sonucuna varmak ilmî bir bakış açısının değil, olsa olsa garazkâr yahut ideolojik bir bakış açısının göstergesidir. Zaten iddiaların sadece iddia olarak kalıp somut olarak içinin doldurulamaması da bunu göstermektedir. Biz burada İslâm hukukunun dinamik olduğunu ispata girişmeyeceğiz. Okuyucumuzu bu konu ile ilgili yetkin şahıslarca yapılan çalışmalara havale ediyoruz.⁷⁷ Fakat İslâm hukukunun zamanın şartlarına nasıl uyum sağladığını ve dinamik yapısını göstermesi açısından bir örnek vererek bahsimizi noktalayacağız. Kur’ân-ı Kerîm’de “müdâyene ayeti” olarak bilinen borç ilişkilerini düzenleyen uzun bir ayet yer almaktadır. Bu ayetin bir kısmı şöyledir:

“Ey iman edenler! Belirlenmiş bir zamana kadar bir borç ilişkisi kurduğunuzda bunu yazın. Aranızdan bir kâtip bunu adâletle yazsın. Kâtip Allah’ın kendisine öğrettiği gibi yazmaktan geri durmasın. Artık o yazsın, borçlu da yazdırsın; rabbi olan Allah’tan korksun ve borçtan hiçbir şeyi eksik bırakmasın. Eğer borçlu akılcı zayıf veya eksik yahut kendisi yazdıramaz durumda olursa velisi adâletle yazdırsın.”⁷⁸

Ayette verilen borcun yazılması emir kipiyle ifade edilmiştir. Fakat İslâm hukukçuları bu ayeti, doğrudan doğruya kipine bakarak her zaman ve şartta, büyüğüne küçüğüne bakılmaksızın her borç ilişkisinde

⁷⁴ T.B.M.M. Zabıt Ceridesi, Devre II, Cilt 22, İçtima Senesi III, Elli Yedinci İçtima, 17.2.1926, 1.

⁷⁵ Kemal Gözler, “İslâm Hukukunun Değeri: İslâm Hukuku, Batı Hukukuna Alternatif Olabilir mi?”, ANAYASA.GEN.TR (Erişim tarihi: 10.04.2024).

⁷⁶ Mehman A. Damirli, Genel Hukuk Teorisi Türkiye’de Tarihi Gelişimi ve Çağdaş Durumu (Ankara: Adâlet Yayınevi, 2024), 41-42.

⁷⁷ Bu çalışmalardan bazıları için bkz. Muhammed Mustafa Şelebî, el-Fıkh’ul-İslâmî beyne’l-misâliyye ve’l-vâk’iyye (Beyrut: ed-Dârü’l-Câmiyye, 1982); Saffet Köse, “İslâm Hukukunun Statik Olduğu İddiasının Tahlili”, 255-295; Nihat Dalgın, “Değişim Stratejisi Açısından Hukuk Ve İslâm Hukuku”, Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi 16/16 (Ağustos 2004), 111-128; Mehmet Erdoğan, “İslâm Hukukunun Dinamizmi, Esneklik ve İkame Kurumlar”, İslâm Fıkıhının Dinamizmi, ed. Yunus Vehbi Yavuz (Bursa: KURAV Yayınları, 2006), 17-32; Ferhat Koca, “İslâm Hukuk Düşüncesinde Değişimin Gerekliliği”, İslâm Fıkıhının Dinamizmi, ed. Yunus Vehbi Yavuz (Bursa: KURAV Yayınları, 2006), 33-50.

⁷⁸ Kur’ân Yolu (Erişim 10 Mayıs 2024), el-Bakara 2/282.

yazmak şarttır diye bir hüküm koymamışlardır. İslam hukukçuları dönemin şartlarına göre ayetin anlaşılmasının isabetli olacağını bildirmişlerdir. Ayette borçların yazılması emir kipiyle gelmiş ve mutlak talebi ifade etmektedir. Fakat bu talebin dereceleri dönemlere göre farklılık arz etmektedir. Bu talebin toplumsal ilişkilerin güven ilişkisine dayalı olarak ve son derece basit şekilde yürütüldüğü zamanlarda “*nedb*” veya “*irşad*” şeklinde anlaşılması hem Kur’an hükümlerinin evrenselliği hem de zamanın şartlarının hükme etkisi açısından da isabetlidir.⁷⁹ Görüldüğü gibi modern hukukçuların değişmez diye itiraz ettiği naslarda bile bir esneklik söz konusudur.

5. Sonuç

İslâm hukukunun statik olduğu görüşünü benimseyen modern hukukçular genel olarak İslâm hukukunun dine dayandığını, din kurallarını ise Allah’ın koyduğunu, bundan dolayı bu kuralların değişime kapalı olduğu için değişen hayat şartlarına uyum sağlayamadığını ve ihtiyaçlara cevap veremediğini, İslâm hukukunun ilim seviyesinde bir gelişme gösteremediğini iddia etmişlerdir. Bu hukukçular İslam hukukunun terk edilerek laik hukuk sisteminin alınmasının gerekçesi olarak da bu nedenleri göstermişlerdir. Bir kısım modern hukukçu ise İslam hukukunun metodolojik yeterliliğini kabul etmekle birlikte İslâm hukukçularının içtihat kapısını kapatarak hukuk üretimini durdurduklarını dile getirmişlerdir.

İlk gruptaki modern hukukçular daha çok ideolojik bakış açısıyla yeniyi ikame etmek için eskiyi yermek kabîlinden yeni hukuk sistemini yüceltmek adına eski hukuk sistemini yetersiz gösterme eğilimi sergilemişlerdir. O dönem için aydın sayılmanın göstergesi, geleneği reddederek Batı’dan gelen her şeyi doğru olarak kabullenmek şeklinde tezahür ettiği için modern hukukçularda bu yoldan yürümüşlerdir. Yazılarında özellikle oryantalist söylemlere fazlaca yer vermeleri de bunun kanıtıdır.

Diğer bir grup modern hukukçu ise tam bunların karşılarında yer alarak İslam hukukunun dinamik bir yapıya sahip olduğunu savunmuşlardır. Bu hukukçular İslam hukukunun başka hiçbir hukuk sisteminde olmayan zengin bir metodolojiye sahip olduğunu ve bu metodoloji sayesinde hukuk üretme noktasında herhangi bir acziyetinin bulunmadığının altını çizmişlerdir. Özellikle kıyas, istihsan, maslahat ve örf gibi istinbat metotları bu hukuk sisteminde dinamizmi sağlayan unsurlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu hukuk sistemin özellikle kamu hukuku alanında teferruatlı hükümler beyan etmeyerek çerçeve hükümlerle yetinerek kanun yapma konusunda ülü’l-emre genişçe bir alan bırakmış olması da statik olduğu iddiasını tekzip etmektedir. Ayrıca içtihat serbestliği prensibini esas alan bu hukuk sisteminde hâkime takdir yetkisi verilerek yargılamada meydana gelenek tikanıklığın önü kesilmiştir.

Bu ikinci grupta yer alan modern hukukçulara göre içtihat kapısının kapanması meselesi de dört mezhebin usul ve esaslarını değiştirmek şeklinde ortaya çıkacak olan bir içtihat anlayışının kabul edilemeyeceği, çünkü bu usul ve esasların ortaya çıkacak yeni problemleri çözme noktasında yeterli olduğu şeklinde anlaşılmış, hiçbir zaman yeni meselelere çözüm üretmemek şeklinde anlaşılmamıştır. Her dönemde içtihat ehliyetine sahip kimselerin bulunması ve bu müçtehitlerin yeni meselelere dair içtihatla bulunmaları bunun göstergesidir. Dolayısıyla İslam hukukunun hem teorik olarak dinamizmini sağlayan esasları hem de pratikteki uygulamaları bu hukuk sisteminin statik olmadığı neticesini ortaya çıkarmaktadır.

Bu modern hukukçuların vurguladıkları bir diğer husus ise İslam hukukunun ana kaynağı olan Kur’an’ın insan fıtratı ve toplum menfaati için en uygun hükümler koyduğudur. Bu nedenle şayet bu ilahî hükümlerle modern hukuk arasında bir çatışma ortaya çıkıyorsa, bu Kur’an hükümlerinin eskidiğinden değil modern hukukun hâlen Kur’an’ın yüksek düsturlarına yetiyecek seviyeye gelmediğinden dolayı isabetsiz hükümler koymasından kaynaklanmaktadır.

Finansman/ Grant Support

Yazar(lar) bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

The author(s) declared that this study has received no financial support.

Çıkar Çatışması/ Conflict of Interest

Yazar(lar) çıkar çatışması bildirmemiştir.

The authors have no conflict of interest to declare.

⁷⁹ Ali İhsan Pala, *İslâm Hukuk Metodolojisinde Emir ve Yasakların Yorumu* (Ankara: Fecr Yayınları, 2009), 351-352.

Kaynaklar

- Akgündüz, Ahmet. "Osmanlı Hukuk Sisteminin Şer'îliği Meselesi ve Kanunnâmelerin Şer'î Tahlili". XV. ve XVI. Asrı Türk Asrı Yapan Değerler. İstanbul: Ensar Neşriyat, 1999.
- Arsal, Sadri Maksudi. "Hukuk İlmi ve Sosyolojisi I Hukuk Kavâidi ve Hukuk İlmi". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1/1 (Mart 1943), 20-34. https://doi.org/10.1501/Hukfak_0000000003
- Arsal, Sadri Maksudi. *Türk Tarihi ve Hukuk*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1947.
- Arsebük, Esat. "Türkiyede Medeni Hukukun İnkişaf Safhaları". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 1/1 (Mart 1943), 7-19. https://doi.org/10.1501/Hukfak_0000000011
- Aydın, M. Akif. "Osmanlı Hukuku'nun Genel Yapısı ve İşleyişi". *Türkler*. Ankara: Yeni Türkiye Yayınları, 2002.
- Aydın, M. Akif. *Türk Hukuk Tarihi*. İstanbul: Beta Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş., 2019.
- Ayengin, Tevhit. "Hukûkî Dinamizm ve İçtihatla İsabet Tartışmaları". *Marife Dini Araştırmalar Dergisi* 12/3 (Aralık 2012), 139-158. <https://doi.org/10.5281/zenodo.3344364>
- Barkan, Ömer Lütfi. "Osmanlı İmparatorluğu Teşkilat ve Müesseselerinin Şer'îliği Meselesi". *Journal of Istanbul University Law Faculty* 11/3-4 (Eylül 2011), 203-224.
- Barkan, Ömer Lütfi. *Türk Hukuk Tarihi (Teksir)*. İstanbul: 1951.
- Barkan, Ömer Lütfi. XV. ve XVI. Asırlarda Osmanlı İmparatorluğunda Ziraî Ekonominin Hukukî ve Malî Esasları. I. Cild: Kanunlar. İstanbul: İÜEF Türkiyat Enstitüsü Neşriyatı, 1943.
- Başgil, Ali Fuat. *Din ve Laiklik*. İstanbul: Yağmur Yayınevi, 2012.
- Belgesay, Mustafa Reşit. *Kur'ân Hükümleri ve Modern Hukuk: Mevzuat İçtihatlar Tatbikat*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1963.
- Belgesay, Mustafa Reşit. *Mecellenin Küllî Kaideleri ve Yeni Hukukun Ana Prensipleri*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1947.
- Berki, Ali Himmet. "Adalet Fikri Beşerî Kanunlar ve Hakkaniyet". *Türk Yurdu* 275 (1959). 25-26.
- Berki, Ali Himmet. *Hukuk Mantığı ve Tefsir Kanun ve Mukavelelerin Tanzim ve Tefsirine Ait Kaide ve Asıllar*. Ankara: Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T.A.O., 1948.
- Berki, Şakir- Hâmidî, Hayrullah. *İslâm Hususi Hukukunun Ana Prensipleri: "Kur'anda Hukuk"*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1956.
- Berki, Şakir. "Eski ve Yeni Medeni Hukukumuzda Miras Sistemleri". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 37/1 (Mayıs1980). 223-237. https://doi.org/10.1501/Hukfak_00000000815
- Bilge, Necip. *Hukuk Başlangıcı*. Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2015.
- Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukûk-ı İslâmiyye ve Istılâhât-ı Fıkhiyye Kâmûsu*. İstanbul: Bilmen Yayınevi, t.y.
- Birinci, Ali. "Türk Hukuk Tarihçisi Sadri Maksudî'nin Hayat Hikâyesi ve Eserleri". *İstanbul Hukuk Mecmuası* 75 (Aralık 2017), 75-122.
- Dalgın, Nihat. "Değişim Stratejisi Açısından Hukuk ve İslâm Hukuku". *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 16/16 (Ağustos 2004). 111-128.
- Damirli, Mehman A. *Genel Hukuk Teorisi Türkiye'de Tarihi Gelişimi ve Çağdaş Durumu*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2024.
- Dönmezer, Sulhi. "Hukuk ve Hayat". *Journal of Istanbul University Law Faculty* 21/1-4 (Temmuz 2011), 424-433.

- Ekinci, Ekrem Buğra. *İslâm Hukuku*. İstanbul: Arı Sanat Yayınları, 2006.
- Ekinci, Ekrem Buğra. *İslâm Hukukunda Değişmenin Sınırı*. İstanbul: Arı Sanat Yayınları, 2005.
- Erdoğan, Mehmet. "İslâm Hukukunun Dinamizmi, Esneklik ve İkame Kurumlar". *İslâm Fıkının Dinamizmi*. ed. Yunus Vehbi Yavuz. 17-32. Bursa: KURAV Yayınları, 2006.
- Gayretli, Mehmet. *Tanzimat Sonrasında Cumhuriyet'e Kadar Olan Dönemde Kanunlaştırma Çalışmaları*. İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2008.
- Gözler, Kemal. "İslâm Hukukunun Değeri: İslâm Hukuku, Batı Hukukuna Alternatif Olabilir mi?". *ANAYASA.GEN.TR*. Erişim tarihi: 10.04.2024. <https://www.anayasa.gen.tr/islam-hukuku.htm>
- Gözübüyük, Şeref. *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*. Ankara: Sevin Matbaası, 1986.
- Güngör, Erol. *İslâmın Bugünkü Meseleleri*. İstanbul: Ötüken Neşriyat A.Ş., 1981.
- Gür, Refik. *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle*. İstanbul: Çeltut Matbaası, t.y.
- İnalçık, Halil. "Osmanlı Hukukuna Giriş, Örfî- Sultanî Hukuk ve Fatih'in Kanunları". *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 13/02 (Şubat 1958), 102-126. https://doi.org/10.1501/SBFder_0000000371
- İmre, Zahit. *Medeni Hukuka Giriş*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, 1971.
- Kaynar, Reşat. *Mustafa Reşid Paşa ve Tanzimat*. Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, 4. Baskı, 2010.
- Koca, Ferhat. "İslâm Hukuk Düşüncesinde Değişimin Gerekliliği". *İslâm Fıkının Dinamizmi*. ed. Yunus Vehbi Yavuz. 33-50. Bursa: KURAV Yayınları, 2006.
- Köprülü, M. Fuad. "Fıkıh". *İslâm Ansiklopedisi*. 4/608-622. İstanbul: Milli Eğitim Basımevi, 1978.
- Köprülü, M. Fuad. *İslâm ve Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları ve Vakıf Müessesesi*. İstanbul: Ötüken Neşriyat, 1983.
- Köse, Saffet. "İslâm Hukukunun Statik Olduğu İddiasının Tahlili". *Necmettin Erbakan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 6/6 (Temmuz 1996), 255-295.
- Kur'ân Yolu*. Erişim 10 Mayıs 2024. <https://kuran.diyanet.gov.tr>
- Müslim, Ebü'l-Hüseyn Müslim b. el-Haccâc. *el-Câmi 'u's-şâhih*. nşr. Fuâd Abdülbâkî. 5 Cilt. Beyrut: Dâru İhyâi't-Turâs, ts.
- Özer, Yusuf Ziya. "Cumhuriyette Hukuk İnkılabı". *BELLETEREN* 2/7-8 (Temmuz 1938), 379-396. <https://doi.org/10.37879/ttkbelleteren.1428488>
- Pala, Ali İhsan. *İslâm Hukuk Metodolojisinde Emir ve Yasakların Yorumu*. Ankara: Fecr Yayınları, 2009.
- Sava Paşa. *İslâm Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüd* çev. Baha Arıkan. Ankara: Yeni Matbaa, 1955.
- Seviğ, Vasfi Raşit. "Fıkıh ve Medenî Kanun". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8/3 (1951). 210-234. https://doi.org/10.1501/Hukfak_0000000879
- Soyubelli, Fethullah. "Büyük Hukukçu Ali Himmet Berki". *Akademi Kürsü* 5 (2019). 46-50.
- Şelebî, Muhammed Mustafa. *el-Fikhü'l-İslâmî beyne'l-misâliyye ve'l-vâkı'ıyye*. Beyrut: ed-Dârü'l Câmiiyye, 1982.
- Şen, Cemalettin. *Sistematik Mecelle: Kategorik Giriş ve Tam Metin*. Bursa: Emin Yayınları, 2022.
- T.B.M.M. Zabıt Ceridesi, Devre II, Cilt 22, İçtima Senesi III, Elli Yedinci İçtima, 17.2.1926.
- T.B.M.M. Zabıt Ceridesi, Devre II, Cilt 22, İçtima Senesi III, Elli Yedinci İçtima, 17.2.1926.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet. "Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat". *Tanzimat-1* (İstanbul: MEB Yayınları, 1999), 139-140.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet. *Medeni Hukuk 1 Şahsın Hukuku*. İstanbul: Ahmet Sait Matbaası, 1945.

Watt, W. Montgomery. *Modern Dünyada İslâm Vahyi*. çev. Mehmet S. Aydın. Ankara: İzmir İlahiyat Vakfı Yayınları, 1982.

Yıldız, Kenan. *Cumhuriyet Dönemi Türk Hukukçularının İslam Hukuku Hakkındaki Yaklaşımları*. İstanbul: Kitap Dünyası Yayınları, 2024.