

fikhın mahiyeti, özellikleri ve toplumsal yürürlüğüne etki eden bazı yöntemleri

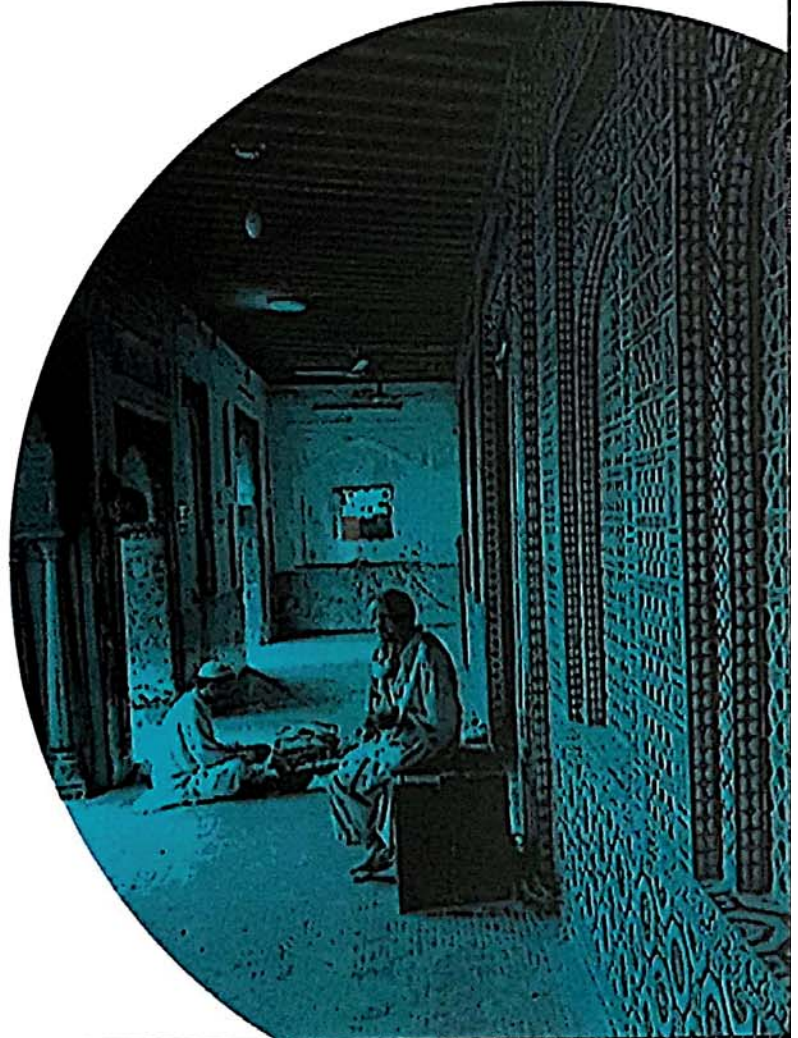
Ahmet YAMAN

Prof.Dr., Akdeniz Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dekanı

Giriş

Hayati belli bir düzen içinde sürdürebilmek için kendi cinsiyle bir arada yaşamak durumunda hatta zorunluluğunda olan insan, bu zorunluluğun gereği olarak oluşan toplumsal hayatı düzenleyen kurallara ihtiyaç duyar. Aynı ihtiyaç toplumlar ve devletlerarası ilişkilerde de söz konusudur. Beraber yaşamayı düzenleyen ve bunun için *toplumsal düzen kuralları* olarak adlandırılan bu kurallar genellikle din, ahlâk, hukuk, örf-âdet ve görgü kuralları biçiminde sıralanırlar. Ahlâk, örf-âdet ve görgü kuralları bu düzeni sağlamaya yardımcı olsa da hem insan ve toplum hayatının bütününe kuşatıcı olmamaları hem de maddî yaptırım gücünden yoksun bulunmaları nedeniyle bunu tam olarak gerçekleştiremezler.

İşte kişi-kişi, kişi-eşya, kişi-toplum ve toplum-toplum ilişkilerinin gereği olarak ortaya çıkan hakların ve sorumlulukların belli bir yaptırıma bağlı sosyal düzen kuralları hâline getirilmesi ihtiyacı, hukukun (geniş anlamda fikhın) kurumsal bir yapı olarak doğmasını sağlamıştır.



Genellikle benimsenen ayırma göre İslâmî hükümler itikâdî, amelî ve ahlâkî olmak üzere üçe ayrılmaktadır. İnanç esaslarıyla ilgili hükümler *itikât*, bireysel, toplumsal ve toplumlararası ilişkileri düzenleyen hükümler *amel*, tutum ve davranışların ideal şekillerde oluşması için öngörülen hükümler ise *ahlâk* çerçevesine dâhil edilmiştir. Kâmil bir müslümanın bu çerçeveleri bir bütün hâlinde benimseyip uygulaması esastır. Bununla birlikte hem mahiyet farklılığı, hem sistematize etme isteği hem de buna bağlı olarak öğrenme ve öğretme kolaylığı sağlaması sebebiyle bu üç çerçevenin içerikleri zamanla bağımsız bilim dalları altında incelenmiş, amelî olanları fıkıh ilminin konusunu oluşturmuştur.

Fıkıh, bireysel, toplumsal ve toplumlararası hayata ilişkin amelî yani eyleme bağlı İslâmî hükümleri tesbit eden ve yorumlayan ilim dalının genel adıdır.

Şu hâlde fıkıh, bireysel, toplumsal ve toplumlararası hayata ilişkin amelî yani eyleme bağlı İslâmî hükümleri tesbit eden ve yorumlayan ilim dalının genel adıdır. Müslüman birey ile Allah arasındaki kul-Rab ilişkileri/iletişimi anlamına gelen ibadetler ile bireyin ve toplumun siyasî, iktisadî ve hukukî eylemlerini düzenleyen kurallar (muâmelât) ve bunların özel kaynaklardan çıkarılma yöntemlerini ifade eden *fıkah usûlü* bir bütün hâlinde bu ilmin çerçevesini çizmektedir.

Fıkıh, günümüzde daha çok *İslâm hukuku* olarak adlandırılır olmuştur. Batı dillerinden iktibasla yerleşen bu kullanım, aşağıda açıklanacağı üzere her ne kadar ibadet konularını dışarıda tutması ve icihadlar sonucu oluşan hukuk birikiminin bütünüyle kutsallaştırılması gibi yanlış algılamalara sebep olması yönüyle eleştirilse de, İslâm'ın bir hukuk boyutu olduğunu göstermesi açısından dikkati çekmektedir.

I. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

Bu başlık altında İslâm hukukunu ifade eden fıkıh teriminin tanımı yapılacak, ilişkili olduğu diğer terimler tanıtılacak ve İslâm hukuku tamlamasının kavramsal çerçevesi çizilecektir.

A. Fıkıh Terimi

Sözlükte bir şeyi iyice anlamak, derinlemesine kavramak ve ayrıntısıyla bilmek anlamına gelen fıkıh ke-

limesi *fekâhe-yefkâhü* fiilinin masdarıdır. Böyle ince-likli ve nitelikli bir anlama-kavrama becerisine sahip olan kimseye de *fakîh* (çoğulu: fukahâ) denmektedir. Kelime bu sözlük anlamıyla gerek Kur'an'da (en-Nisâ 4/78; Hûd 11/91; el-İsrâ 17/44; el-Kehf 18/93; Tâhâ 20/28) gerek hadislerde (Buhârî, İlim, 10; Vudû, 10; Tirmizî, İlim, 19) pek çok defa geçmiştir. Fıkıh kelimesi daha sonraları bu sözlük anlamıyla bağlantılı olarak İslâm'ın birey ve toplum hayatına ilişkin dinî-hukukî hükümlerini bilmek anlamında özelleşecek ve bu alanla ilgilenen ilim dalının da özel adı olacaktır.

Fıkıh kökünden türeyen kimi fiillerin bazı ayet ve hadislerdeki kullanımları, kelimenin ileride kazanacağı terim anlamına zemin teşkil edecektir. “*İnananların hepsinin topluca sefere çıkmaları uygun değildir. Öyleyse her topluluktan bir kısmı savaşa çıkarken, bir takım da din hususunda köklü ve derin bilgi sahibi olmak için (li yetefakkahû fi'd-dîn) çalışmalı ve savaşa gidenler geri döndüklerinde kötülüklerden sakınmaları ümidiyle onları uyarmalıdır*” (et-Tevbe 9/122) ayeti, özel olarak dinde derinlikli bilgi sahibi olmaya vurgu yapmaktadır. Aynı şekilde Hz. Peygamber (s.a.)'in “*Allah bir kimsenin iyiliğini dilerse onu dinde ince anlayış sahibi kılar (yüfakkahû fi'd-dîn)*” (Buhârî, İlim, 10; Müslim, İmâra 175) sözüyle, bazı sahabîlere yaptığı “*Allahım, ona dinî konularda derin kavrayış yeteneği bahşet (fakkahû fi'd-dîn)*” (Buhârî, İlim, 17; Vudû, 10) duasında, fıkıh kelimesinin bu görece özel anlamı açıkça görülmektedir.

Fıkıh kelimesi İslâm ilim geleneğinde bu sözlük anlamıyla bağlantılı olarak farklı içerikleri tanımlamak için kullanılagelmiştir. Fıkıh başlangıçta yukarıda geçen ayet ve hadislerdeki kapsamlı anlamına paralel olarak bütün dinî hükümlere ilişkin nitelikli bilgiyi ifade etmek üzere kullanılmıştır. Ebû Hanîfe'ye (ö.150/767) nisbet edilen “Fıkıh kişinin haklarını ve yükümlülüklerini bilmesidir” (*el-fikhü ma'rifetü'n-nefsi mâ lehâ ve mâ aleyhâ*) şeklindeki tanım bu geniş kapsamı göstermektedir.

Nitekim o, bu geniş açılımlı fıkıh ilmini kendi içinde derecelendirmiş; her şeyin temeli olan inanç esaslarını ilgilendiren kısmına “el-fikhü'l-ekber” adını vermiştir. İç arınmayı, manevî gelişmeyi ve güzel ahlâkı yerleştirmeyi amaçlayan hükümlere ilişkin bilgi de bazıları tarafından “el-fikhü'l-bâtin” diye anılmıştır.

Dinî bilgilerin konularına ve içeriklerine göre ayrıştırılmaya başlandığı II/VIII. yüzyılın ortalarından iti-

baren fıkıh terimi, özellikle şer'î-amelî alanı ilgilendiren, bir başka deyişle ibadete ve geniş anlamıyla hukuk kurallarına ait bilgiyi ve müctehitlerin zihni çabalarıyla üretilen bu bilginin incelendiği ilim dalını ifade etmek üzere kullanılır olmuştur. Bugün bizim de kullandığımız biçimdeki terim anlamını o tarihlerde kazanan fıkıh kelimesi, bağımsız bir ilim dalını ifade etmek üzere şöyle tanımlanmıştır: "Tafsîlî delillerden istinbât edilen şer'î amelî hükümlere ilişkin bilgiler bütünüdür."

Tarifte geçen "tafsîlî delil" her bir konuyla ya da olayla doğrudan ilgili somut ve ayrıntılı delil, "istinbât" ise bu delillerden icthad yoluyla hüküm çıkarmak anlamına gelmektedir. Tarifte belirtilen "şer'î-amelî" kaydıyla akıl ve duyu organları ile elde edilen bilgiler ile akâid ve ahlâk alanını ilgilendiren bilgiler dışarıda bırakılmıştır. Yine tarifte belirtilen "istinbât edilen" kaydıyla, Kur'ân ve Sünnet'in yorum kabul etmeyecek açıklıktaki beyanlarına dayanan ve dolayısıyla dinden olduğu zorunlu olarak bilinen şer'î-amelî hükümler kapsamı dışında tutulmuştur.

Şu hâlde fıkıh, ibadetlere ve toplum hayatının gerektirdiği bütün hukukî, idarî, siyasî ve ekonomik konulara ilişkin olarak müctehidlerin ana kaynaklardan zihni çabalarıyla çıkarttıkları somut kurallar bütünüdür. Terim düzeyindeki bu berraklaşmadan dolayıdır ki, Ebû Hanîfe'ye atfedilen yukarıdaki kapsamlı fıkıh tarifine daha sonraları "amelen" kaydı eklenmiştir. İşte bugün fıkıh dendiği zaman, bu kullanıma paralel olarak, kaynaklardan hüküm çıkarabilme gücüne ve yetkisine sahip uzman fakihler (müctehitler) tarafından dinin ana kaynaklarına ve yardımcı yöntemlere bağlı kalarak çıkarılmış olan ve ibadetlerle birlikte gerek bireysel gerek toplumsal hayatı düzenlemeyi amaçlayan sistematik hukuk kuralları kastedilmektedir.

Fıkıh ilmi ilk planda fûrû-ı fıkıh (fûrû'l-fikh) ve usûl-i fıkıh (usûlü'l-fikh) olmak üzere ikiye ayrılır. Fıkıhın dalları ve bölümleri anlamına gelen fûrû-i fıkıh, şer'î delillerden elde edilen fikhî hükümleri sistematik bir tarzda ele alan kısmını ifade eder. Mükellefin hem Allah, hem eşya hem de birey ve toplum ile olan çok boyutlu ilişkiler ağını kapsayan bu geniş fûrû-ı fıkıh çerçevesi zamanla kendi içinde bölümlere ayrılmıştır. Allah'a yönelik kulluk görevleri ile haram ve helaller *ibâdât* genel başlığı; hukuk, siyaset ve ekonomi ile ilgili olanlar da *muâmelât* genel başlığı altında incelen-

miştir. Daha sonraları bu genel başlıklar da ayrıca bölünmüş ve özgün bir kavramsallaştırma ve sistemleştirilmeye gidilmiştir.

Fıkıhın kaynakları ve temelleri anlamına gelen usûl-i fıkıh ise bu hükümlerin kaynaklarını yani delillerini ve bu delillerden hüküm elde etme yollarını inceleyen kısımdır.

B. Fıkıh Teriminin Şeriat ve İslâm Hukuku Kavramlarıyla İlişkisi

Kavramsal çerçeveyi bitirmeden önce fıkıh-şeriat ilişkisi ile fıkıh-İslâm hukuku farkı bağlamında iki noktaya işaret edilmesi yerinde olacaktır.

Sözlükte geniş cadde, doğru yol, su yolu, apaçık ve görünür olma gibi karşılıkları bulunan şer' kökünden gelen şeriat (eş-şerî'a) kelimesi, dinî literatürde birisi dar diğeri geniş olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır. Geniş anlamdaki şeriat kelimesi, din ve millet kelimeleriyle de eş anlamlı olarak, Kur'ân ve Sünnet'in açık buyruklarına dayanan ve Allah'ın bu iki kaynak aracılığıyla bildirip de dinden olduğu zorunlu olarak bilinen itikadî, ahlâkî ve amelî hükümlerin tamamı anlamına gelmektedir. Bu bakımdan şu ayet-i kerîmede görüleceği üzere dinî hükümler bütünü şeriatı oluşturur: "*Sonra seni de dinde ayrı bir şeriat sahibi yaptık. Artık sen ona uy; bilmeyenlerin isteklerine uyma*" (el-Câsiye 45/18).

Fıkıh, günümüzde daha çok İslâm hukuku olarak adlandırılır olmuştur. Batı dillerinden iktibasla yerleşen bu kullanım, aşağıda açıklanacağı üzere her ne kadar ibadet konularını dışarıda tutması ve icthadlar sonucu oluşan hukuk birikiminin bütünüyle kutsallaştırılması gibi yanlış algılamalara sebep olması yönüyle eleştirilse de, İslâm'ın bir hukuk boyutu olduğunu göstermesi açısından dikkati çekmektedir.

Dar anlamdaki şeriat kelimesi ise sadece bir peygamberin öğretisinde yer alan amelî-hukukî hükümleri ifade eder. Hz. Musa Şeriatı, Hz. Muhammed Şeriatı, önceki şeriatlar gibi kullanımlarda bu anlam kastedilir. Dinin inanç ve ahlâk esasları aynı kalıp, amelî-hukukî hükümler peygamberden peygambere değişiklik gösterebileceğinden ve Allah tarafından neshedilip

değiştirilebileceğinden “dinin tek, şeriatların çeşitli olduğu” söylenmiştir. Görüleceği üzere bu dar şekliyle şeriat kelimesi sadece amelî hükümler anlamına gelmektedir ve bu yönüyle fıkıh kelimesiyle müteradif olmaktadır. Bu anlam birliği sebebiyledir ki, fikhî hükümlere aynı zamanda şer’î-amelî hüküm de denir. Buradaki şer’îlikten maksat, söz konusu hükmün ya dinin ana kaynakları olan naslarda yer aldığını belirtmek ya da icthad ederek o amelî hükmü elde eden fakihin bunu dinin ana kaynaklarına müracaatla gerçekleştirdiğini vurgulamaktır. Her ikisi de sonuç itibariyle şeriatı oluşturan bu hükümlerden bizzat naslarda somut olarak açıklananına *şer’i münezzel* (indirilen şeriat), müctehitler tarafından tesbit edilene ise *şer’i müevvel* (yorumlanan şeriat) denmiştir.

Bugün fıkıh dendiği zaman, bu kullanıma paralel olarak, kaynaklardan hüküm çıkarabilme gücüne ve yetkisine sahip uzman fakihler (müctehitler) tarafından dinin ana kaynaklarına ve yardımcı yöntemlere bağlı kalarak çıkarılmış olan ve ibadetlerle birlikte gerek bireysel gerek toplumsal hayatı düzenlemeyi amaçlayan sistematik hukuk kuralları kastedilmektedir.

Günümüzde daha çok Batı dillerinden iktibasla kullanılan “İslâm hukuku” tamlamasına gelince bununla fıkıh arasında da tam bir uyum yoktur. İslâm hukuku tabiri fikhin en önemli konusu olan ibadetleri içermediği gibi, günümüz hukuk literatüründe *sübjektif ahlâk kuralları* olarak isimlendirilen kişinin kendisine dönük ödevleriyle de çok ilgilenmez. Söz gelimi intihar, ölüm orucu, tedaviyi reddetme gibi başkasını ilgilendirmeyen kişisel tercihler fikhin kapsamına girdiği ve bunlara haram hükmü verildiği hâlde hukuk ilmince gündeme alınmaz. Diğer taraftan İslâm hukuku tamlamasındaki “İslâm” kaydı, bu hukukun/fikhin oluşumundaki insan-müctehid faktörünü de gizlemektedir. Oysa fıkıh, Müslüman hukukçuların, önlerindeki ana kaynakları yani Kur’ân ve Sünnet’i, fıkıh usûlü ilkeleriyle yorumlayarak ulaştıkları zihni sonuçlardır. Bu sonuçlar birer icthattır ve icthad da gelenekteki genel kabulüyle ilahî iradeyi tesbit yönündeki zandır. Böyle olduğu içindir ki fıkıh mirası kutsal, tartışılmaz ve değiştirilemez değildir. Aslında müslüman toplumların hukuku demek olan bu sonuç-

lara “İslâm” kaydının konulması, her ne kadar kaynağının ilahî oluşu ve müctehitlerin yorumlama çabalarının imânî bir temele oturması dolayısıyla kabul edilebilir gibi görünse de sonuçta, geneli itibariyle beşerî olan fıkıh birikiminin bütünüyle kutsallaştırılması gibi yanlış algılamalara sebep olabilmektedir.

İslâm hukuku kavramının fıkıhtan daha dar kapsamlı oluşunun bir başka göstergesi de onun sadece emredici (mesela yap, yapma, sahihtir, bâtıldır, vâciptir, haramdır gibi) ve cevaz verici (mesela geçerlidir, helaldir, mubahtır gibi) kuralları içeriyor oluşudur. Oysa fıkıh bunların yanında bir de tavsiye edici ve en yaraşır olana irşad edici (mesela menduptur, müstehabtır, mekruhtur, yakışmaz gibi) kurallara da sahiptir.

Şu hâlde fıkıh ile İslâm hukuku hem içerik, hem kaynak hem de kural türleri açısından farklılık arz etmektedir. “İslâm hukuku” nitelemesinin büyük fıkıh dairesi içindeki küçük hukuk dairesini temsil ettiği söylenebilir. Bununla birlikte günümüzde bu incelikler çok düşünülmezsizin fıkıh ile İslâm hukuku kavramları birbirlerinin yerine kullanılabilir. İşte bu yaygınlığı dolayısıyla bu yazıda da zaman zaman böyle davranılmıştır.

II. FIKHİN ÖZELLİKLERİ

Bir sosyal düzen kuralı olması yönüyle İslâm hukuku, daha doğru söylemiyle fıkıh, diğer düzen kurallarıyla bazı ortak özelliklere sahiptir. Bunun yanında kaynak, yöntem, içerik, yaptırım, amaç vb. açılardan kendine özgü niteliklere sahiptir. Bunların belli başlılarını burada ele alacağız:

A. Dine Dayalı Olması

Fikhin en önemli özelliği onun ilahî iradeye dayanması yani dinin temel kaynaklarından elde edilmiş olmasıdır. Dinden maksat doğal olarak İslâm, temel kaynakları ise kısaca vahiy olarak isimlendirdiğimiz Kitap (Kur’ân-ı Kerîm) ve Hz. Muhammed (s.a.)’in sahih sünnetidir.

Fakihler hukuku ilgilendiren olay, işlem ya da sorunların hükümlerini öncelikle bu iki kaynaktaki belirlemelerde ararlar. Konuyla doğrudan ilgili bir dinî metin (nas) bulurlarsa -ki biz buna yukarıda *tafsilî delil* adını vermiştik- bunu uygularlar. Eğer böyle doğrudan bir düzenleme bulamazlarsa konunun Kitap ve Sünnet’teki benzer hükümlerine kıyaslamalar yaparak, bu da mümkün olmazsa yine bu iki kaynağın genel hükümlerini ve nihaî amaçlarını (makâsîdü’ş-

şerî'a) çerçeve kabul edip bunun dışına taşmayacak bir yorumlama faaliyeti yani icthad ile sonuca ulaşırlar.

Fıkhın hem kaynak hem de bakış açısı ve hedef yönüyle taşıdığı bu ilâhîlik niteliği birçok ayet ve hadis tarafından da vurgulanmıştır:

“Allah ve Elçisi bir konuda hüküm verdikten sonra artık inanmış bir erkek ve kadının kendileriyle ilgili konularda tercih serbestisi yoktur; Allah'a ve Elçisi'ne isyan eden kimse, apaçık bir sapkınlığa düşmüş olur” (el-Ahzâb 33/36).

“Biz sana hakikati ortaya koyan bu Kitab'ı indirdik ki, insanlar arasında Allah'ın sana öğrettikleri ile hüküm veresin. Sakın hainlerin savunucusu olma” (en-Nisâ 4/105).

“Sana da o Kitab'ı (Kur'an'ı) hak, önündeki kitapları doğrulayıcı, onları gözetici olarak indirdik. Artık, Allah'ın indirdiği ile aralarında hükmet ve sana gelmiş olan hakikati terk ederek onların arzularına uyma. Sizden her biriniz için bir şeriat ve bir yol belirledik... Aralarında Allah'ın indirdiği ile hüküm ver ve onların arzularına uyma! Allah'ın sana indirdiği hükümlerin bir kısmından seni saptırmamalarına dikkat et” (el-Mâide 5/48-49. Ayrıca bkz. en-Nisâ 4/65; el-Mâide 5/44-47; en-Nûr 24/51).

Hız. Peygamber (s.a.) ile Muâz b. Cebel (r.a.) arasında geçen şu konuşma, fıkhın ilahî kaynaklı oluşuna işaret etmektedir. Hız. Peygamber onu Yemen'e vali ve yargıç olarak atadığında şunu sordu:

- Orada neye göre hüküm vereceksin?
- Allah'ın Kitabı'na göre.
- Allah'ın Kitabı'nda bulamazsan ne yapacaksın?
- Elçisinin Sünneti'ne göre çözümlerim.
- Onda da bulamazsan?
- Kendi görüşümle icthad ederek meseleyi çözerim.

Aldığı cevaplar karşısında Resul-i Ekrem *“Peygamberinin elçisini, Peygamberinin beğendiği bu cevabı vermeye muvaffak kılan Allah'a hamdolsun”* cümlesiyle memnuniyetini dile getirmiştir (Ebû Dâvûd, Akdiye, 11).

Fıkhın bu özelliği onun bütünüyle ilahî ve dolayısıyla kutsal bir hukuk düzeni olduğu izlenimini uyandırmamalıdır. Fıkıh, hemen aşağıda ayrı bir özellik ola-

rak öne çıkarılacağı üzere büyük ölçüde müctehid fakihlerin yorumlama faaliyetinin bir ürünüdür ve bu yönüyle beşeridir. Burada söylenmek istenen şey, işte bu beşerî yorum faaliyetinin bağımsız olmadığı, aksine Kur'an ve Sünnet'in gerek somut-tikel kuralları ve gerek soyut-tümel maksat ve ilkeleri ile kayıtlı oluşudur.

Kısaca ifade etmek gerekirse Kanun Koyucu (Şâri') Allah'tır ve onun izin verdiği ölçüde Peygamberidir. Fakihlerin görevi bu iki kaynağa dayalı olarak hukukî boşlukları doldurup ihtiyaç duyulan hükümleri tespit etmektir.

B. Fakihlerin İctihadlarıyla Gelişmiş Olması

Hukuk, siyaset ve ekonomi alanını ilgilendiren vahiy çözümlerinin sınırlı sayıda olduğu bilinmektedir. Hayat gelişerek devam ettikçe özel ya da kamusal ihtiyaçların artıp çeşitleneceği, çıkar çatışmalarının yeni boyutlar kazanacağı ve daha önce hiç bilinmeyen yeni sorunların ortaya çıkabileceği gerçeği bu sınırlılığı izah etmektedir. Zira her bir olay ya da işlemle ilgili bir hüküm konacak olsaydı buna ne son peygamberin ne de sonrakilere hayatı yeterdi.

Geniş anlamdaki şeriat kelimesi, din ve millet kelimeleriyle de eş anlamlı olarak, Kur'an ve Sünnet'in açık buyruklarına dayanan ve Allah'ın bu iki kaynak aracılığıyla bildirip de dinden olduğu zorunlu olarak bilinen itikadî, ahlâkî ve amelî hükümlerin tamamı anlamına gelmektedir.

Hâl böyle olunca Kanun Koyucu, az sayıdaki bazı alanları ayrıntılarıyla açıklarken birçok alanı genel hükümlerle belli bir çerçeveye alarak düzenlemiş, ihtiyaçlar doğrultusunda içinin doldurulmasını yetkili kimselere yani müctehidlere bırakmıştır. Nitekim 6236 ayet içinde yaklaşık beş yüz kadar; binlerce hadisten yine yaklaşık iki bin kadarı doğrudan amelî alanla ilgilidir. Bunların da bir kısmı yoruma kapalı (delâleti kat'i) iken büyük kısmı yoruma açık (delâleti zannî) bulunmaktadır. Hadisler için bir de sıhhat meselesi (sübûta zannîlik) söz konusudur.

İşte hem nasların sınırlı oluşuna karşılık olayların sınırsızlığı, hem de kaynakların yoruma açıklığı İslâm hukukunun, hüküm çıkarma konusunda yetkin hu-

kukçuların elinde gelişmesi sonucunu doğurmuştur. Fıkıhın onda dokuzunun beşer sözü olduğu yönündeki nitelermeler bu gerçeği dile getirmektedir. Bazı Batılı yazarlar da bu özelliği “Fıkıh, hukukçuların hukukudur” cümlesiyle anlatmaya çalışmışlardır.

Müctehidler önlerindeki sınırlı malzemeyi kullanarak şu yollardan birisiyle hukukî sorunları çözümlenmeye bir başka ifadeyle şer’î-hukukî hükme ulaşmaya çalışmışlardır:

Dar anlamdaki şeriat kelimesi ise sadece bir peygamberin öğretisinde yer alan amelî-hukukî hükümleri ifade eder. Hz. Musa Şeriatı, Hz. Muhammed Şeriatı, önceki şeriatlar gibi kullanımlarda bu anlam kastedilir.

1. Beyan İctihadı: Dinî metinlerin yani nasların ne demek istediğini, hangi hükmü koyduğunu bizzat nassın kendisini dil ve yöntem bilim (usûl) kuralları doğrultusunda inceleyerek tesbit etmek. Mesela “Başınızı meshedin!” ayetinden (el-Mâide 5/6) başın ne kadarının ve ne şekilde meshedileceğinin çıkarılması gibi.

2. Kıyas İctihadı: Naslarda açıkça belirlenen bir hükmün (asıl) somut gerekçesini (illet, menât) bulup, sonradan gündeme gelen ve aynı gerekçeye sahip olduğu anlaşılan şeye ya da olaya (fer’) aynı hükmü uygulamak. Mesela Kur’ân’da yasaklanan hamrın hükmünü, sarhoş edicilik ortak gerekçesine dayanarak rakıya vermek gibi.

3. Maslahat İctihadı: Doğrudan çözümlü veya benzerinin hükmü naslarda bulunmayan yeni hukuk problemlerini dinin genel hedefleri (makâsîdü’-şerî’a) ve insanların ya da toplumun yararı (maslahat) düşüncesi ekseninde çözümlenmek. Mesela toplu hâlde işlenen bir kasıtlı cinayette, eylemleri farklı düzeylerde olsa da cinayete karışanların tamamını kısas ile cezalandırmak gibi.

Siyasî otoritenin zaman zaman kimi yönlendirmeleri ve beklentileri olsa da fıkıh, esasen uzman fakihlerin bireysel veya toplu icthadlarıyla geliştiği için devlet güdümlü bir fıkıhtan söz edilemez. Dolayısıyla Emevî, Abbasî, Osmanlı veya Cumhuriyet fıkıhı gibi nitelermeler bilimsel ve tarihsel gerçeklikle bağdaş-

maz. Bu isimlendirmeler fıkıhın mahiyeti için değil, olsa olsa fıkıh tarihinin evrelerini takip için anlamlı olabilir.

C. Meseleci Yönteme Sahip Olması

Bilindiği üzere naslardaki amelî hükümler, başlangıçtan itibaren tek tek meseleleri hedef alarak konulmuştur. İlk dönemlerden itibaren fakihler de karşılaştıkları hukukî sorunları ya da muhatap oldukları soruları tek tek çözüp cevaplamak tarzında bir mesai ile aynı meseleci yöntemi takip etmişlerdir. Benzer nitelikteki hukukî olay ya da işlemleri genel bir kural hâlinde kuşatacak, teorisini belirleyecek bir yöntem (soyut/mücerred yöntem) yerine her bir tikel meselenin ayrı ayrı ele alınıp çözümlenmesi yöntemi demek olan kazuistik yöntem, aslında diğer birçok hukuk sisteminde de benimsenmiştir. Hukukun ve hukuk düşüncesinin pratik düzeyde gelişmesi, kuralcılığın ve dogmatizmin bu gelişmeyi engellememesi, tek tek olaylar üzerinden hukukî akışkanlığın sağlanıp farklı şartlara göre en uygun çözümlerin bulunmasını temin etmek bakımından meseleci yöntemin faydalı olduğu söylenebilir.

Hicrî II-IV. (milâdî VIII-X.) yüzyıllar arasında fıkıh mezheplerinin belirginleşmesini takip eden süreçte kazuistik hukuk üretimi yanında, benzer meselelerin ortak yönlerini, ana esaslarını, amaç ve gerekçelerini gözetip bunlardan literatürde *küllî kâide* diye isimlendirilen genel ilkelere ve teorilere ulaşma çabaları da sergilenmeye başlamıştır. Bununla birlikte XX. yüzyıla gelinceye kadar kazuistik yöntem hâkimiyetini sürdürmüştür. Bu yüzyılda hak, ceza, akit, haksız fiil, mülkiyet, ehliyet, şahsiyet vb. ana konulara ilişkin genel teoriler geliştirilmeye çalışılmıştır.

D. Çift Yönlü Bir Yaptırım Gücüne Sahip Olması

Kişilerin hukuk düzeninin kendileri için öngördüğü yükümlülükleri yerine getirmemesi durumunda kamu otoritesi harekete geçer ve o kişiyi ödevini yapmaya yani hukukun gereğini yerine getirmeye zorlar. İşte bu zorlama araçlarına yaptırım/müeyyide denmektedir.

Beşerî hukuk sistemleri kaynak anlayışları ve sahip oldukları dünya görüşü sebebiyle tek yönlü bir yaptırım gücüne sahiptirler: Devlet otoritesine bağlı maddî-dünyevî yaptırım.

Maddî yaptırım araçları genellikle ceza, zorla icra (aynen teslim veya kıymetinin ödenmesi), tazminat

(zararın karşılanması), hükümsüzlük (yapılan işlemin geçerli olmaması) ve iptal (yapılan işlemin yok sayılması) olarak tasnif edilir.

İslâm hukuku da dünyevî bir sosyal düzen kuralı olması yönüyle böyle maddî yaptırımlara sahiptir. Fakat o, âhîret inancını da içeren dinî bir temele dayanması yönüyle ayrıca manevî-uhrevî bir yaptırım gücünden destek alır. Dolayısıyla o sadece akla değil, vicdana ve gönle de hitap eder. İhmal edilen ödevlerin, yapılan haksızlıkların, çiğnenen kuralların sadece bu dünyada değil, öteki dünyada da sorulacağı inancı, hukuka olan saygıyı artırır. Diğer taraftan iyi niyetin ve buna bağlı iyi davranışın âhîrette ayrıca ödüllendirileceği bilgisi kişiyi, hukukun gereğini gönüllü olarak yerine getirme yönünde güdüler.

Hem temelde dinî karakterli oluşu hem de maddî ve manevî olarak çift yönlü bir yaptırıma sahip bulunması fikhî hükümlerin nihai meşruiyet açısından *diyânî* ve *kazâî* şeklinde ikili bir ayırımı tâbi tutulmasını sağlamıştır. İç irade, esas niyet ve amaç ne olursa olsun bir işlemin hukukun aradığı şekil şartlarına uygun olması ve somut delillerle isbat edilebilmesi hâlinde o işlemin hukukî ve dünyevî açıdan geçerli olduğu söylenir ki, buna *kazâî hüküm* denir. Fakat bu işlem ya da hüküm, iç iradeyi ve asıl niyeti bilen Allah katında geçerli sayılmayabilir. İşte somut olarak takip edilemeyen bu ikinci boyut “*diyânî*” diye isimlendirilir ve buna bağlı hüküm de “*diyâneten*” kaydını alır. Bir başka ifadeyle iç irade dışı yansıyandan farklı olup esas niyet de başka olduğunda böyle bir işlem zâhire göre kazâen geçerli sayılsa da *diyâneten* aynı sonucu doğurmaz.

Söz gelimi bir kişi kısa bir süre beraber yaşamak sonra ayrılmak amacıyla normal bir evlilik yapsa ve bu niyetini gizleyip hiç açıklamasa yaptığı evlilik kazâen geçerli olur ve nikaha bağlı hükümler uygulanır. Fakat bu kişinin niyeti bozuk ve dinî değerlere ters olduğu için aynı akit, *diyâneten* geçerli değildir ve uhrevî sorumluluğu doğurur. Hz. Peygamber (s.a.)’in “*Sizler davalarınızı bana getiriyorsunuz. Belki biriniz (haksızken) delilini ötekinden daha düzgün ifade eder ve ben de duyduklarıma göre (doğru zannederek) onun lehine hüküm verebilirim. Kardeşinin hakkından kimin lehine bir şey kesip vermişsem sakın onu almasın. Zira ben (zâhire göre verdiğim) bu hükümle ona ancak ateşten bir parça kesmiş olurum.*” (Buhârî, “Ahkâm”, 20; Müslim, “Akdiye”, 3) buyruğunda

yansıması görülen bu ayırım, dinî-hukukî kuralların gücü üzerinde, vicdanların eğitilmesinde, hukuka saygının aynı zamanda bir kulluk görevi olarak algılanmasında da etkili olmaktadır.

E. Ahlâkla Bütünleşmiş Olması

Beşerî hukuk teorisyenleri genellikle ahlâk ile hukukun birbirinden ayrı alanlar olduğunu söylerler. Onlara göre hukuk dışı, ahlâk ise iç eylemlerle ilgilidir; hukuka uygunluk (legalite) ile ahlâka uygunluk (moralite) birbirinden ayrıdır; hukukun yürürlük kaynağı dışta, ahlâkın ise içtedir; keza hukukta sorumlu olunan makam dışta, ahlâkta ise içtedir.

İslâm hukukçularına göre ise kesin hatlarıyla ahlâk-hukuk ayırımından bahsetmemiz mümkün değildir. Aksine fıkıh ile ahlâk bütünleşik bir yapı arz ederler. Nitekim menfaatler çatışmasını devlet yaptırımıyla cebren çözen hukukun, asgarî ahlâk olduğu, ahlâka dayandığı bilinen bir gerçektir. Hz. Ali (r.a.)’nin “*İyi ahlâk üç özellikte somutlaşır: Haramlardan kaçınmak, helali aramak ve aileye cömert olmak*” sözüyle, Abdullah b. Zübeyr (r.a.)’in “*Allah, ancak insanların ahlâkı hakkında vahiy indirmiştir*” tespitinde (Buhârî, “*Tefsîru Sûrati'l-A'râf*”, 5) bu gerçeğin ipuçlarını bulmak mümkündür.

Günümüzde daha çok Batı dillerinden iktibasla kullanılan “İslâm hukuku” tamlamasına gelince bununla fıkıh arasında da tam bir uyum yoktur. İslâm hukuku tabiri fıkıhın en önemli konusu olan ibadetleri içermediği gibi, günümüz hukuk literatüründe sübjektif ahlâk kuralları olarak isimlendirilen kişinin kendisine dönük ödevleriyle de çok ilgilenmez.

İslâm hukukunun ahlâktan bağımsız olmadığını onun idelerinin yani temel fikirleri ve hedef gayeleri olan adalet, hakkaniyet, hakikat ve hürriyetin aynı zamanda birer ahlâk kavramı olmalarıyla da temellendirebiliriz. Daha açık bir söylemle, fıkıhın temin etmeye çalıştığı adalet, hakkaniyet, özgürlük, düzen, emniyet, vicdan bütünlüğü, iyiliği gerçekleştirme, kötülüğü giderme, erdem, mutluluk, insan haysiyeti, eşyayı ve mülkiyeti koruma vb. değerler hep ahlâkî içerik taşıyan değerlerdir. Fıkıh, işte bu değerleri somut ilişkiler ağında gerçekleştirmeyi amaçlayan normatif bir kurumdur.

Bu bağlamda Kur'ân'a baktığımızda hukukun hedef ve gayelerinin, pratik ve somut hukuk kurallarının bildirilmesinden önce, vahyin ilk geliş aşamasından itibaren belirlendiğini görüyoruz. Adalet, ihsan, iyilik, af, sabır, şükür, ahde vefa, kötülüğü en güzel biçimde giderme gibi emirler ile haksızlık, fuhuş, kötülük, taşkınlık, ahde vefasızlık, ölçü ve tartıda hile yapma, bilgisizce hüküm verme, yeryüzünde fitne çıkarma, haksız yere cana kıyma gibi yasaklar Mekke döneminin, iman vurgusu yanında sık dile getirilen mesajlardır. Böylece ahlâk altyapısına bağlı, meşrûiyetini ve kuvvetini oradan alan bir hukuk düzeninin de temelleri atılmış oluyordu.

Aynı gerçek, Kur'ân'ın ilk nüzûl sürecinde Hz. Peygamber (s.a.)'in izlediği yöntemde karşımıza çıkmaktadır. Hz. Peygamber, vahyin somut yasamasının yoğunlaşmadığı ilk dönemlerde Kur'ân'ın az önce vurguladığımız etik önermeleriyle ve Câhiliyye'nin saygın değerleriyle hüküm vermişti. Söz konusu uygulama bize, gerek ferdi gerek mâşerî vicdanda var olan etik değerlerin hukukun temelini oluşturduğunu; hukukun aslında, ahlâkın öngördüğü soyut ilkeleri somutlaştıran bir özelliğe sahip bulunduğunu bir kez daha göstermektedir.

Aslında müslüman toplumların hukuku demek olan bu sonuçlara "İslâm" kaydının konulması, her ne kadar kaynağının ilahî oluşu ve müctehitlerin yorumlama çabalarının imânî bir temele oturması dolayısıyla kabul edilebilir gibi görünse de sonuçta, geneli itibariyle beşerî olan fıkıh birikiminin bütünüyle kutsallaştırılması gibi yanlış algılamalara sebep olabilmektedir.

F. Canlı ve Gelişmeye Açık Olması

İlahî vahye dayanıyor oluşu ve vahyin de Resul-i Ekrem'in vefatıyla birlikte kesilmiş olması fıkıhın sanki değişmez ve dolayısıyla gelişemez bir hukuk sistemi olduğu izlenimini uyandırmaktadır.

Hukukun değişmezliği onun belli bir aşamadan sonra donmasını, değişen zamanın ve toplumun ihtiyaçlarını karşılayamaması sonucunu da beraberinde getirir. Oysa hukukun asla değiştirilemeyecek sâbiteleri olması yanında, sürekli gelişen ve değişen hayatla uyumlu olmasını ve bu değişime göre kendi yöntem,

sistem, ilke ve mantığı bağlamında gelişmesini sağlayacak esnek bir yapıya da sahip olması gerekir. Değişmezlik ile esneklik dengesini kuramayan hukuklar zaten hem felsefî geçerliliğini hem de sosyolojik yürürlüklerini kaybederler.

Bu açıdan İslâm hukukuna bakıldığında onun asla değiştirilemeyen kurallarının bulunduğu bir gerçektir. Bu özellik onun dinî bir temele dayanıyor oluşundan, dinin de din olması yönüyle inananlarınca her yer ve zamanda geçerli kabul edilen inanç, ilke ve davranış modellerine sahip olması niteliğinden kaynaklanmaktadır. İnsanı bir başka insandan çok onu yaratan daha iyi bileceğinden insanın değişmez doğasına (fitratına) en uygun hükümleri de Yaratıcının koyabileceği, herhâlde yadsınmaz. İbadetler ile haram-helallere ilişkin kurallar bu çerçeveye dâhildir.

Diğer taraftan mahiyetinde bulunan bazı özellikler İslâm hukukuna kendi içinde yenilenme, kurallı değişme, hayatı okuma ve canlılığını sürdürme yeteneğini kazandırmaktadır. Ona bu kimliği kazandıran niteliklerin başında şunlar gelmektedir:

1. Kur'ân ve Sünnet'in birçok alanı ayrıntısıyla değil ilkesel olarak düzenlemiş olması,
2. Bu iki temel kaynağın pek çok noktada bilinçli bir suskunluğu tercih etmesi,
3. Yine bunların hükmü ifade biçimlerinin (delâlet) müctehidlere yorum yapma imkânı vermesi,
4. Hüküm çıkarma yollarının çok çeşitli olması,
5. Sosyal hayatla ilgili hükümlerinin (muâmelât) akıl ile gerekçelendirilebilir (muallel) oluşu dolayısıyla rasyonel değerlendirmelere imkân tanınması,
6. Dinin temel değerleriyle çatışmayan örf, âdet ve kabullenişlere değer vermesi,
7. Bireysel ve toplumsal yarar (maslahat) düşüncesini önemsemesi,
8. Olağanüstü durumları ayrı bir kategoriye yerleştirip gerektiğinde hükümlerin askıya alınması veya hafifletilmesi sonucunu doğuran zaruret ilkesine yer vermesi,
9. Bazı mazeretlerden dolayı aslı hükmün (azîmet) uygulanamaması durumunda devreye girecek kolaylaştırma esasına dayalı geçici hükümlere (ruhsat) sahip olması.

10.Meşakkat-güç dengesini gözetip kolaylaştırma ilkesine yer vermesi.

G. Özgün Bir Sistematiğe Sahip Olması

Fıkıhın önemli bir özelliği de onun, başka hukuk sistemlerinde bulunmayan özgün bir sistematiğe sahip oluşudur.

İnsanın yaratılış amacı Allah'a kulluk olduğu için fıkıh edebiyatında öncelikle insanın Yaratıcısına karşı yükümlülüklerine yani ibadetlere yer verilir. Ardından alış-verişten evlenmeye, buluntu eşyadan ipoteğe, yargılama usûlünden uluslararası ilişkilere dair hükümleri içeren muâmelât konuları gelir. Bunu kanunun suç saydığı ve toplum ya da kişi haklarının ihlali sonucunu doğuran eylemler ile bunlar için öngörülen cezaları düzenleyen ukûbât bölümü takip eder. İnsan hayatı ölümle sona ereceğinden sistematik de vasiyet ve miras konuları ile tamamlanır.

III. FIKHİN TOPLUMSAL YÜRÜRLÜĞÜNE ETKİ EDEN BAZI YÖNTEMLER

Hukukta kaynak kavramı, mükellefin fiilleriyle ilgili hükmün nereden ve nasıl çıkarıldığını ifade eder. Dolayısıyla kaynak denince hem fikhî hükmü bizzat içeren yazılı ya da yazısız *deliller* hem de kendisi bir yol-araç olduğu için doğası itibarıyla bir hüküm içermeyen ama hükme ulaşmayı sağlayan *yöntemler* beraberce kastedilir. Buradan hareketle mesela Kitap, Sünnet, icma, sahabî kavli, şer'u men kablenâ ve örfün *delil* türü kaynaklardan bazıları olduğunu söyleyebiliriz. Kıyas, istihsân, istislâh, sedd-i zerîa ve istishâb ise *yöntem* türü kaynaklardan bazılarıdır. Delil ve yöntemler, fıkıh usûlü eserlerinde delil (çoğulu: edille), tarîk (çoğulu: turuk), asl (çoğulu: usûl) gibi başlıklar altında bir arada ifade edilmiştir.

İslam hukuku temelde ilâhî vahye dayandığı için kaynaklar hiyerarşisi Kitab'ı (Kur'ân) esas alan bir derecelendirmeye belirlenmiştir. Bu belirlemede ayrıca hükme doğrudan mı yoksa dolaylı mı ulaşıldığı hususu da göz önüne alınmıştır.

Genellikle kabul edilen bu yaklaşıma göre kaynaklar önce aslî ve fer'î olarak ikiye ayrılır. Aslî olanlar hem hükmü doğrudan veren hem de fer'î olanlarına meşruiyet sağlayan temel kaynaklardır. Fer'î olanlar ise geçerliliğini aslî kaynaklardan alan ve hükme daha çok onların uzantısı olarak ulaştıran ikincil kaynaklardır. Buna göre Kitap, Sünnet ve icma delilleri aslî;

sahabî kavli, şer'u men kablenâ ve örf delilleri fer'î nitelikli kaynaklardır. Bunların yanında nötr-soyut bir uygulama aracı olmaları yönüyle herhangi bir hüküm içermeyen fakat hükme ulaşmayı sağlayan yollar anlamında bazı hüküm çıkarım (istinbât) yöntemleri vardır. Kıyas, istihsân, istislâh, sedd-i zerîa ve istishâb bu yöntemlerin başlıcalarıdır.

Biz burada fıkıhın sosyolojik olarak yürürlüğüne katkı sağlayan bu yöntemleri ana hatlarıyla tanımaya çalışacağız:

Fıkıh ile İslâm hukuku hem içerik, hem kaynak hem de kural türleri açısından farklılık arz etmektedir. "İslâm hukuku" niteliğinin büyük fıkıh dairesi içindeki küçük hukuk dairesini temsil ettiği söylenebilir. Bununla birlikte günümüzde bu incelikler çok düşünülmezsizin fıkıh ile İslâm hukuku kavramları birbirlerinin yerine kullanılabilir.

A. Kıyas

Hüküm çıkarım yöntemleri içinde en çok bilinen ve kullanılan kıyastır. Buradaki kıyastan maksat, önermeler üzerinden sonuca ulaşmak demek olan mantıkî kıyas (analoji) değil; bilinen bir hükmü, illiyet râbitasına yani gerekçesine bağlı olarak bilinmeyen yeni bir meseleye aktarmak anlamındaki hukukî kıyastır.

Daha açık bir tanımlamayla kıyas; Kitap, Sünnet veya icma ile belirlenmiş bir hükmün aynısını, aralarındaki illet birliği sebebiyle yeni karşılaşılan ve dolayısıyla hükmü açıklanmamış olan meseleye vermektir. Söz gelimi mirasçısını öldüren kâtilin miras alamayacağı Hz. Peygamber tarafından bildirilen bir hükümdür. Bu hükmün illeti, kişinin kendisine menfaat sağlayacak bir hukukî sonuca zamanından önce ulaşma niyetiyle bunu gerçekleştirecek yasak bir eylemde (öldürmede) bulunmasıdır. Kendisine mal vasiyetinde bulunan kişiyi (mûsî) öldüren vasiyet lehdarının (mûsâ leh) durumu önceki üç kaynaktan belirlenmiştir. Yakından bakıldığında görülecektir ki, burada da vaktinden önce menfaat elde etme kasdıyla cinayet işleme illeti aynen bulunmaktadır. Böyle olunca mirastan mahrumiyet hükmü vasiyet işlemine de aktarılır ve mûsîsini öldüren mûsâ lehin vasiyette mahrum olacağı söylenir.

Kıyas yönteminin en temsil edici örneği olan hamrı da burada hatırlayabiliriz. Sarhoş edicilik illeti dolayısıyla Kur'ân ve Sünnet tarafından haram kılınan hamrın hükmü, aynı illeti taşıyan mesela votka, rakı, biraya da kıyas sayesinde intikal etmektedir.

Örneklere de anlaşılacağı üzere bir kıyas işleminde dört unsur bulunmaktadır:

Asıl: Kur'ân, Sünnet veya icmada ele alınan meseledir.

Aslın hükmü: Bu meseleye bağlanan haram, mubah, vacib, fâsid gibi hükümler bir başka deyimle hukuki değer yargısıdır.

Fer': Hükmü daha önce açıklanmamış yeni meseledir.

İllet: Aslın hükmünün öyle olmasını sonuçlayan somut ve istikrarlı gerekçedir.

Hem nasların sınırlı oluşuna karşılık olayların sınırsızlığı, hem de kaynakların yoruma açıklığı İslâm hukukunun, hüküm çıkarma konusunda yetkin hukukçuların elinde gelişmesi sonucunu doğurmuştur. Fıkhın onda dokuzunun beşer sözü olduğu yönündeki nitelermeler bu gerçeği dile getirmektedir.

Hükmün konuluş amacı yani ulaşmak istediği sonuçlar ve gerçekleştirmek istediği gayeler anlamındaki *hikmet* çok önemli bir içerik olmakla beraber tespitindeki izafilikler dolayısıyla kıyasta doğrudan bir unsur olarak değerlendirilmemiştir. Hikmet, kendisini de içeren somut, objektif, istikrarlı bir nitelik olan/olması gereken illet aracılığıyla devreye alınmıştır.

Hükümlerin gerekçelerini ifade eden illetlerin naslarda genellikle belirtilmemiş olması bunların müctehidler tarafından belli yöntemlerle (mesâlikü'l-ille) çıkarılmasını gerektirmiştir. Hâl böyle olunca aynı hükümler için müctehidlerce farklı illetlerin tespiti bahis konusu olmuştur. İşte hükümlerin, ne kadar uzman ve profesyonel olursa olsun sonuçta insan olan biri eliyle çıkarılan illetlere bağlanmasını kabul etmeyenler de olmuştur. Başta Zâhiri mezhebi olmak üzere bazı Şiiiler, kanun koyucunun iradesini kısıtlamak ve şer'i hükümleri yüzde yüz kesin olmayan çıkarımlara (zanna) tâbi kılmak sonucunu doğuracağı

iddiasıyla kıyası bir hüküm çıkarma yolu olarak görmemişlerdir.

Fakat kanun koyucunun herhangi bir gerekçe olmaksızın hüküm koymayacağı, aksi durumun onun hikmet sahibi olmasıyla bağdaşmayacağı, kendi içinde tutarlılığı olan bir hukuk düzeninin aynı gerekçelere aynı hükmü vermekle sağlanabileceği, yerleşik genel kuralların kuşatıcılık özelliğini taşıması, sınırsız olayları eldeki sınırlı kaynaklarla çözümleyebilmek için aralarında illet rabitası kurarak bilinenden bilinmeyene ulaşmanın en işlevsel hukuk yöntemi oluşu, kıyasın bir yöntem olarak kabulünü gerektirmektedir.

B. İstihsân

Sözlük anlamı itibarıyla kişinin bir şeyi iyi ve güzel bulması demek olan istihsân, bir hüküm çıkarma yöntemi olarak şöyle tanımlanabilir: Yerleşik genel kurala yani kıyasa göre hükme bağlanması hâlinde hukuk düzeninin istemediği katılıkları ve adaletsizlikleri doğuracak bir sorunun, örf ve maslahat gibi gerekçelerle değerlendirilip Kanun koyucunun hedefleri doğrultusunda hakkâniyet esaslarına göre çözümlenmesidir. Şöyle ki:

Ortada yeni karşılaştığımız bir sorun vardır; bu sorun hakkında tafsîli bir nas çözümlenmesi yoktur; müctehid hüküm verirken bu sorunu içine katabileceği bir kategori, daha teknik terimiyle bir kıyas arar; hüküm üzerindeki müessir vasfıyla yani illetiyle, sebep ve sonuçlarıyla aynı düzlemde bir hükme kıyas imkânı bulursa onu uygular ve çözüme ulaşır. Fakat genel hatlarıyla benzettiği o kategoriye dâhil ettiği takdirde hiç de hakkâniyete sığmayan bir sonuç elde edeceğini fark ederse, bu durumda, o kategorinin dışına çıkar (udül eder) ve meseleyi örf, maslahat, ihtiyaç ya da ihtiyat gibi gerekçelere bağlayarak âdil bir biçimde çözer. İşte bütün bu ameliye, *istihsân* adını taşımaktadır.

Söylediklerimize bir örnekle açıklık getirmeye çalışalım:

Kanun koyucu, kocasının ölümünü takiben vefat iddeti bekleyen bir kadının makyaj yapmasını ve süslenmesini yasaklamıştır. Gözlere sürme çekmek de makyaj kategorisindedir ve yasaktır. Fakat gözlerinde rahatsızlık bulunan ve bunun tedavisi için sürme çekmek zorunda kalan bir kadının durumuyla ilgili tafsîli yani doğrudan bir düzenleme yoktur. Acaba bu kadın da vefat iddeti süresince tedaviye ara verecek ve

sürme kullanmayacak mıdır? Vefat iddeti beklemek ortak özelliğini esas (makîsün aleyh) alıp meseleye kıyas yöntemi ile “evet kullanamaz” cevabını vermek bir çözümdür. Hatta şekil itibarıyla de kusursuz gibidir. Ama bu cevap, hükümden beklenen amaç, bireyin âcil ihtiyacı ve hakkâniyetle uyumlu bir çözüm değildir. İşte bu uyumsuzluğu gören müctehid, mezkûr kategoriden udûl eder ve tedavi amacıyla sürme kullanmak zorunda kalan kadına farklı bir hüküm verir.

Hiz. Peygamber’in teşri siyasetinde de bu yöntemin izlerini bulmak mümkündür. Mesela bir genel kural olarak o, mevcut olmayan şeyin satımını yasaklamışken, ihtiyaç sâikiyle örf hâline gelmiş selem/selef akdine onay vermiştir. Söz konusu selem yumuşatması, insanların genel olarak benimsedikleri işlemlerin, kurallarını sağlam tesbit etmek kaydıyla genel hükümlerin dışında değerlendirilebileceği ilhamını vermektedir. Bu değerlendirmeyi yaparken hemen “nassın zâhirine ters düşmemek” diye bir ön şart koşmanın anlamlı olmayacağı açıktır. Çünkü böyle bir vasatta önemli olan, nassın ilgili olduğu hukuk alanının genel tabiatı ve Kanun koyucunun bu nas ile hedeflediği sonucu birlikte düşünerek hakkâniyete bağlı çözüme ulaşmaktır. Bu yol, son derece dikkat isteyen, istihsân karşıtlarının diliyle “telezzüz” riski taşıyan ve müctehidi Kanun koyucu gibi yetkilendiren bir yoldur; ne var ki, Kanun koyucunun muradı ile aklı-selim sahibi toplumların ihtiyaçlarını da bir noktada buluşturmak mecburiyeti bulunmaktadır.

İşte bu içeriğiyle istihsân daha çok Hanefiler ve Mâlikîler tarafından işletilmiş, Şâfiîler, Zâhirîler ve Ca’ferîler tarafından eleştirilmiştir.

İstihsânı bir hüküm çıkarma yöntemi olarak kabul eden fıkıh usulü alimleri, bunun bir gerekçeye bağlı olarak yapılmasını öngörmüşlerdir. Literatürde *vec-hû’l-istihsân* diye adlandırılan istihsân gerekçeleri arasında genellikle nas, eser, icma, kapalı kıyas (el-kıyasü’l-hafî), örf, maslahat ve zaruret sayılmıştır. Fakat daha dikkatli bir bakış yapıldığında istihsânın son üç gerekçeye yani örf, maslahat ve zarurete bağlı olduğu görülür.

C. İstislâh/Maslahat-ı Mürsele

Sözlükte düzeltmek, iyileştirmek, maslahatı yani faydalı, uygun ve elverişli olanı araştırmak demek olan istislâh bu anlamla doğru orantılı bir istilâh açılımına sahiptir. Buna göre istislâh, çözümünü yukarıdaki kay-

naklarda bulunmayan bir meseleyi dinin/hukukun genel ilkelerine ve reddetmediği maslahata göre hükme bağlamaktır.

Tanınım anahtar terimi olan maslahatı daha yakından tanımak yerinde olacaktır. Menfaat, yarar, iyi, elverişlilik ve uygunluk gibi sözlük anlamları bulunan maslahat kelimesinin zıddı mefseledir. Fıkıh dilinde yararları elde etmek ve mefsele diye isimlendirilen zararları gidermek anlamını taşımaktadır. Fıkıh bilgileri bu işlevi “celb-i menfaat def-i mefsele” veya “celb-i maslahat der-i mefsele” formülüyle ifade etmişlerdir. Şu hâlde maslahat, menfaati temin edip mefseleti gideren faydadır.

Kanun koyucunun itibar edip etmemesi açısından maslahatlar üçe ayrılmıştır. Muteber olduğuna dair özel şer’î delil bulunan maslahata *el-maslahatü’l-mu’tebera*, geçerli sayılmadığına dair özel şer’î delil olanlara *el-maslahatü’l-mülğa(t)* veya *el-maslahatü’l-merdûde*, kabul gördüğüne ya da reddedildiğine dair şer’î delil bulunmayanlara *el-maslahatü’l-mürsele* denmektedir.

Siyasî otoritenin zaman zaman kimi yönlendirmeleri ve beklentileri olsa da fıkıh, esasen uzman fakihlerin bireysel veya toplu ictihadlarıyla geliştiği için devlet güdümlü bir fıkihtan söz edilemez. Dolayısıyla Emevî, Abbasî, Osmanlı veya Cumhuriyet fıkhı gibi nitelermeler bilimsel ve tarihsel gerçeklikle bağdaşmaz.

Söz gelimi hayatın, dinin, neslin, aklın ve malın korunması muteber maslahattır. Zira Kanun koyucu (Şâri), mesela hayatı korumak için adam öldürme suçuna çok ağır cezalar öngörmüş, akli korumak için alkollü içecekleri yasaklamış ve içene ceza vermiş, malı korumak için de hırsızlığı ve haksız kazancı yasaklamış ve bunlar için belli yaptırımlar koymuştur.

Yine mesela faiz/ribâ gelirleri, süreyle kayıtlı evlilikler (müt’a nikahı), canını kurtarmak maksadıyla savaştan kaçmak kişilere birtakım yararlar sağlasa da zarar verici yönü daha baskın olduğu için Şâri bunları maslahat olarak saymamış ve reddetmiştir.

Gerek muteber sayılanlar gerek mülğa olanlar zaten Şâri tarafından belirlenip hükme bağlandığı için istislâh yönteminde üçüncü sıradaki mürsel maslahatlar

esas alınır. Yarar-zarar oranının tesbiti ve buna bağlı olarak dikkate alınıp alınmamasının tercihi Müslümanlara havale edildiği için bunlara “serbest bırakılmış maslahat” da denebilir. İşte müctehidler, hiyerarşik olarak daha üstte bulunan delil ve yöntemlerle çözümünü bulamadıkları meseleleri, gerekçe olmaya elverişli olup genel anlamda menfaati sağlayıp zararını giderecek bir maslahata göre çözümleyebilecektir. Bu çözüm yoluna yukarıda da belirtildiği gibi *el-ictihâdü'l-istislâhî* denmektedir.

İslâm hukuku da dünyevî bir sosyal düzen kuralı olması yönüyle böyle maddî yaptırımlara sahiptir. Fakat o, âhret inancını da içeren dinî bir temele dayanması yönüyle ayrıca manevî-uhrevî bir yaptırım gücünden destek alır. Dolayısıyla o sadece akla değil, vicdana ve gönle de hitap eder. İhmal edilen ödevlerin, yapılan haksızlıkların, çiğnenen kuralların sadece bu dünyada değil, öteki dünyada da sorulacağı inancı, hukuka olan saygıyı artırır.

Mesela büyük yerleşim yerlerinde Cuma namazına çağrının zamanında duyurulabilmesi için iç ezandan önce ayrı bir ezanın (günümüzdeki ilk ezan) okunması, spekülâtörleri engellemek için devlete fiyatları belirleme (tes'ir, narh) yetkisinin tanınması, terzi, tamirci gibi zanaatkarların kendilerine emanet edilen mallara zarar gelmesi hâlinde tazminle sorumlu tutulmaları bu yönetime göre verilmiş hükümlerdir. Örneklerden de sezileceği üzere istislâhda Kanun koyucunun birçok hükmünün beraberce tahlilinden çıkardığımız bileşke/genel ilkelere göre yani canı, dini, nesli, akli ve malı koruma odaklı şer'î genel maksatlara göre bir çözümleme faaliyeti yürütülmektedir. Mâlikîlere özgü olduğu söylense de bu içerik değişik adlarla diğer mezheplerce de benimsenmiştir. Mesela istihsân çerçevesinde Hanefîler tarafından, geniş anlamdaki kıyas çerçevesinde Şâfiî ve Hanbelîler tarafından devrede tutulmuştur.

Aceleci değerlendirmelere ve istismara açık olduğu için neyin maslahat, neyin mefsedet sayılacağına tesbiti ve maslahat-ı mürseleye göre hüküm vermek bazı şartlara bağlanmıştır. Bu şartları sıralayarak konuyu bitirelim:

- Maslahat kat'î olmalıdır. Yani tahmine ve vehme dayanmamalı; varlığından emin olunmalıdır.
- Maslahat küllî olmalıdır. Yani kişisel ve özel değil, toplumsal ve genel olmalıdır.
- Maslahat zarûrî olmalıdır. Yani beş temel değeri korumakla ilgili olup, gereğince hüküm verilmediği zaman büyük sıkıntılar ve yoksunluklar baş göstermelidir.
- Maslahat makul olmalıdır. Yani akl-ı selim tarafından onaylanmalıdır.
- Maslahat şer'î deliller ile çatışmamalıdır.

D. Sedd-i Zerâî'

Sözlük itibariyle bir sonuca götüren yol, bir şeye sebep olan vesile ve bir şeye ulaştıran vasıta gibi anlamları olan zerâ'a (çoğulu: zerâî') fıkıh dilinde mefsedete ve harama götüren yolları ya da sebepleri ifade için kullanılmıştır. Kapamak anlamındaki sed ile birlikte (seddü'z-zerâî') kullanıldığında, hemen anlaşılacağı üzere din ve dünya açısından zararlı sonuçların ortaya çıkmasına sebep olan vesilelerin yasaklanmasını ve harama giden yolların kapatılmasını ifade eder. Bu açıklamalara bağlı olarak *sedd-i zerâî'* terimini şöyle tanımlayabiliriz: Aslında kendi başına mubah olan bir fiilin dinî-hukûkî açıdan sakıncalı bir sonuca götüreceğinden emin olunması veya bunun kuvvetli bir ihtimal olması hâlinde yasaklanmasıdır.

Burada kendi başına düşünüldüğünde meşru olmak ve özü itibariyle mefsedet sayılmamakla birlikte çoğunlukla kötü ve zararlı sonuçlara yol açan vesilelerin yasaklanması söz konusudur. Bu içeriğiyle *sedd-i zerâî'*, esasen istislâhî tamamlamakta ve onun ikinci unsuru olan def-i mefâsid işlemi üstlenmektedir.

Mesela av tüfeği ticareti yapmak kendi başına ele alındığında meşru bir iştir. Fakat anarşi ortamında durum değişir. Av tüfeğinin insan öldürmede kullanıldığı kuvvetle muhtemel hâle gelirse satımı yasaklanır. Aynı şekilde üzüm üretimi ve satımı meşrudur. Ama içki yapmak amacıyla üretimi veya içki fabrikasına satımı yasaklanır.

Bir hukuk sisteminin herhangi bir şeyi mefsedet olarak görüp yasakladıktan sonra ona götüren yolları kapayacak tedbirleri almaması düşünülemez. Sedd-i zerâî' işte bu tutarlılığı sağlayan bir yöntemdir.

İlkesel olarak bütün mezhepler benimsemekle birlikte sedd-i zerâi' Mâlikî ve Hanbelîlerce daha etkin bir biçimde kullanılmıştır. Böyle olduğu içindir ki, kötülüğe götürmesi ihtilaflı olan işlem veya davranışlar Hanefî ve Şâfiîlerce yasaklanmazken Mâlikî ve Hanbelîler tarafından bu yõteme bağlı kalınarak engellenmiştir. Mesela bir malın vadeli olarak satılıp sonra satıcı tarafından aynı kişiden daha düşük fiyatla peşin olarak alınması işlemi (bey'u'l-îne) örtülü de olsa faiz alıp vermeye vesile olduğundan bu iki mezhep tarafından bâtil sayılmıştır. Hanefî ve Şâfiîler ise satım akdinin somut yönüne ve akdin gerçekleşmesi (in'ikâd) için gerekli olan şartların görünürdeki mevcudiyetine binaen bu işlemi son tahlilde geçerli saymışlardır. Keza anlaşmalı hulle nikahının geçerli olup olmaması, ölüm hastalığı sırasında meydana gelen bâin talâkın mirasçılığa engel olup olmaması konularındaki görüş ayrılığı da örnek olarak hatırlanabilir.

E. İstishâb

Şer'î hükmü belirlemede başvuru kaynak ve yöntemlerin daha kısa söylemiyle delillerin sonuncusu istishâbtır. Sözlükte birlikte olup ayrılmamak, uzun süreli beraberlik anlamlarına gelen istishâb bir fıkıh terimi olarak şöyle tanımlanmıştır: Daha önce varlığı bilinen bir durumun, değiştiğini gösteren bir delil bulunmadıkça hâlen devam ettiğine; aynı şekilde daha önce var olmadığı bilinen bir durum sonradan meydana geldiğine dair bir delil bulunmadıkça hâlen yokluğuna hükmetmektir. Önceki hâlin/durumun korunduğunu gösterdiği için bu yöntem *istishabu'l-hâl* diye de anılır.

Aynı ilke, aksine bir delil bulunmadığı sürece serbestlik, helallik ve yükümsüzlüğe hükmedileceğini de gerektirir.

Söz gelimi kişilerde esas olan nitelik borçsuz ve suçsuz olmağıdır. Çünkü dünyaya borçsuz ve suçsuz olarak geliriz. Dolayısıyla borç veya suç ancak yeni bir delil ile ispatlanabilirse söz konusu olur; aksi durumda ilk hâlin devamlılığı ilkesince borçsuzluk ve suçsuzluk hükmü devam eder. Yine evli olduğu bilinen bir kimsenin, aksi durum yeni bir delille ispatlanmadığı sürece hâlen evli olduğuna hükmedilir. Aynı şekilde haram olduğuna dair bir delil ortaya çıkmadıkça eşyanın ilkesel olarak mubah/helâl olduğu söylenir.

Dikkat edilirse istishâbın yeni bir hüküm koymadığı, daha önce var olduğu bilinen hükümleri veya nitelik-

leri koruduğı görülecektir. Fıkıh bilginlerinin "İstishâb, var olanı olduğu hâl üzere ibkâdır" (ibkâu mâ kâne alâ mâ kâne) şeklindeki tanımı veya Mecelle'nin diliyle "Bir şeyin bulunduğu hâl üzere kalması asıldır" ile "Bir zamanda sâbit olan şeyin hilâfına delil olmadıkça bekâsıyla hükmolunur" ilkeleri, istishâbın bu özelliğine parmak basar.

Ayrıntılarına inildiğinde başka çeşitleri olmakla birlikte istishâb genellikle üç alt türe ayrılır:

a. Berâet-i asliyye istishâbı: Masumiyet karinesi olarak da nitelendirilen bu türüne göre delil bulunmadığı sürece kişinin suçsuzluğuna ve sorumluluğunun bulunmadığına hükmedilir. "Berâet-i zimmet asıldır" kuralı bu durumu özetler.

İslâm hukukçularına göre ise kesin hatlarıyla ahlâk-hukuk ayırımından bahsetmemiz mümkün değildir. Aksine fıkıh ile ahlâk bütünleşik bir yapı arz ederler. Nitekim menfaatler çatışmasını devlet yaptırımıyla cebren çözen hukukun, asgarî ahlâk olduğu, ahlâka dayandığı bilinen bir gerçektir.

b. İbâha-i asliyye istishâbı: Yasaklayıcı bir delil bulunmadıkça bir şeyden faydalanmanın veya bir davranışta bulunmanın mubah olduğuna hükmedilmesidir. "Eşyada asıl olan ibâhadır" kuralı bu durumu özetler. Fıkıh âlimleri bu geniş çerçeveyi "Cinsellikte asıl olan haramlıktır" ilkesiyle kayıtlamışlardır. Yani cinsellik dışındaki bütün konularda genel ilke mubahlık ve serbestlik iken cinsellikte haramlık ve yasaklıktır.

c. Şer'î hüküm/vasıf istishâbı: Sâbit ve var olan bir şer'î hükmün, değiştiğini gösteren bir delil ortaya çıkmadığı sürece hâlen devam ediyor olduğuna hükmedilmesidir. Sahip olunan bir malın elden çıktığını gösteren bir delil bulunmadıkça ne kadar uzun süre geçerse geçsin mülkiyetinin hâlen devamlılığına; abdesti bozan bir durum meydana gelmediği sürece abdestlilik hâlinin devamlılığına hükmedilmesi gibi. Yukarıda yer verilen "Bir şeyin bulunduğu hâl üzere kalması asıldır", "Bir zamanda sâbit olan şeyin hilâfına delil olmadıkça bekâsıyla hükmolunur" ile "Şek ile yakîn zâil olmaz" kâideleri vasıf istishâbını özetlemektedir.

SONUÇ YERİNE

İnsan hem manevî-viddanî hem de maddî-bedenî boyutları olan bir varlıktır. Aynı zamanda sınırlı, kendi kendine yetmeyen toplumsal bir varlıktır. Bu özellikleri onu birçok ihtiyaçla karşı karşıya bırakmış, hemcinsleriyle ilişkiye zorlamış; ihtiyaçlar kurumları doğurmuş, haklar ve yükümlülükleri gündeme getirmiştir. İslâm hukuku işte bu hak ve yükümlülüklerin fitrata yani insanın doğasına uygun bir şekilde belirlenip gereklerinin hakkâniyete ve adalete uygun olarak yerine getirilmesini hedefleyen bir hukuk sistemidir. Ebû Hanîfe'nin yukarıda yer verilen fıkıh tanımını aynı zamanda onun bu amacına da vezir bir biçimde işaret etmektedir.

Bu bağlamda Kur'ân'a baktığımızda hukukun hedef ve gayelerinin, pratik ve somut hukuk kurallarının bildirilmesinden önce, vahyin ilk geliş aşamasından itibaren belirlendiğini görüyoruz. Adalet, ihsan, iyilik, af, sabır, şükür, ahde vefa, kötülükü en güzel biçimde giderme gibi emirler ile haksızlık, fuhuş, kötülük, taşkınlık, ahde vefasızlık, ölçü ve tartıda hile yapma, bilgisizce hüküm verme, yeryüzünde fitne çıkarma, haksız yere cana kıyma gibi yasaklar Mekke döneminin, iman vurgusu yanında sık dile getirilen mesajlardır.

Biraz daha açarak söylersek, insan hayatının her boyutuyla ilgilenen İslâm, onun rûhî-viddanî açıdan uygulanmasını temin etmek için ibadet hükümlerini getirmiştir. Bunun yanında maddî yönünü geliştirmek amacıyla da sosyal hayatını en uygun tarzda düzenleyeceği kuralları öngörmüştür. Böylece yaşanan gündelik hayatın hiçbir boyutu ihmal edilmemiştir.

İslâm'ın sosyal hayatla ilgili norm ve önerileri ile fâkihlerin bunları esas alarak ortaya koydukları fikhî hükümlerin nihâî amacı, bireyin yaratılış değerlerine uygun, adalet ve hakkaniyet esaslarına bağlı, sağlık, huzur, güven ve barışı hedefleyen bir dünya kurabilmektir. İslâm bilginleri, bu bahsedilen amacın şu beş temel ve vazgeçilemez değeri (el-makâsîdü'l-hams) korumakla sağlanabileceğini söylemişlerdir: Can, din, ırz, akıl ve mal.

Canı korumak, hayat hakkı ve beden bütünlüğünü; dini korumak rûhî-mânevî bütünlüğü; ırzı korumak

nesil ve kişilik güvenliğini; malı korumak mülkiyet ve pazar güvenliğini; akli korumak ise sağlıklı düşünmeyi sağlayacaktır.

Genel hatlarıyla ifade ettiğimiz hedefleri daha somut bir biçimde sıralayacak olursak fıkıh,

Fıtrat/yaratılış kuralları doğrultusunda kişilerin haklarını ve sorumluluklarını belirlemeyi,

Bunun bir gereği olarak kişinin Allah'a, kendisine, diğer bireylere ve topluma yönelik ödevlerini açıklamayı,

İnanç temeline dayalı ve dolayısıyla yaptırım gücü yüksek kurallar koyarak sosyal düzeni sağlamayı,

Adaleti ve hakkaniyeti gerçekleştirmeyi,

Hukuk ahlâk bütünlüğünü sağlamayı,

Hukuka saygılı bireyler yetiştirmeyi amaçlamaktadır. ■

kaynaklar

M.A. Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul 2010.

Bağdâdî, *el-Fakih ve'l-Mütefakkih*, Riyad 1996.

N. Bilge, *Hukukun Başlangıcı Hukukun Temel Kavram ve Kurumları*, Ankara 2007.

O.M. Çağır, *Hukuk Metodolojisi Dersleri*, İstanbul 1949.

Ebû Hanîfe, *el-Âlim ve'l-Müteallim* (nşr. M. Zâhid Kevserî), Kahire 2001.

Ebû Hanîfe, *el-Fıkhü'l-Ebsat* (nşr. M. Zâhid Kevserî), Kahire 2001.

Gazzâlî, *el-Mustasfâ*, Beyrut 1993.

H. Karaman, "Fıkıh", *DİA*, XIII.

Nesefî, *Menâru'l-Envâr*, İstanbul ty.

J. Schacht, *İslam Hukukuna Giriş* (çev.M.Dağ-A.Şener), Ankara 1977.

Şâtîbî, *el-Muvâfakât* (nşr.A.Dıraz), yy., ty.