

fıkıh ve hukuk

-islam hukuku kavramı üzerine bir değerlendirme-

Talip TÜRCAN

Süleyman Demirel Üniversitesi İlahiyat Fakültesi

Fıkıhı ifade etmek amacıyla İslâm hukuku tabirine XIX. yüzyılın sonlarından itibaren başvurulmaya başlandığı bilinmektedir. Fıkıhın, 'toplumsal düzeni sağlayan devletsel yetkiye dayalı ve organize yaptırım araçlarına sahip normatif yapı' anlamında *hukuk kavramına* indirgenmesi modern döneme özgü bir tutumdur. Yalnızca ibadetler alanını düzenleyen fikhî hükümler kapsam dışı bırakılmak suretiyle, fıkıhın İslâm hukuku tabiriyle ifade edilmesi gelenek hâlini almıştır. Aslında yalnızca ibadetler alanını düzenleyen fikhî hükümlerin kapsam dışında bırakılmasıyla yetinilmesi bile, aşağıda geleceği üzere, İslâm hukuku tabiriyle kastedilen kavramsal içeriğin bilimsel bir temele oturtulamadığının bir göstergesi niteliğinde kabul edilmelidir.

Fıkıhın belirtilen içerikte bir hukuk kavramına indirgenmesi biçimindeki yaklaşımın temelinde bir kısım sosyolojik sebepler bulunmaktadır. Yakın zamanlara kadar toplumların, toplumsal yaşamı düzenleyen kuralları, modern dönemde olduğu gibi, din, ahlâk, hukuk, örf-âdet ve görgü kuralları biçiminde tasnif etmedikleri bilinmektedir.¹ Çünkü geleneksel (mo-



dem öncesi) toplumlarda toplumsal yaşamı düzenleyen kurallar, bütünleşik bir normatif yapı görünümündedir.² Hukuk kuralları söz konusu bütünleşik normatif yapı içinde, tanımlı bir bütün olarak, kendine özgü bir alan bulamamıştır. Derecesi farklı olsa bile, din ya da ahlâk kuralları bakımından da aynı tespit geçerlidir. Bu, olgusal bir durum olup, toplumların yapılanmaları ve toplumsal düzen algıları ile doğrudan alâkalıdır. Dolayısıyla geleneksel döneme ait bir toplumun hukuk düzeninin geriye doğru incelenmesi, toplumsal düzen kurallarının öncelikle bir tasnifini gerekli kılmaktadır. Ancak burada Orta Çağ da dahil, geleneksel dönemlerin toplumsal düzen kurallarını, geriye dönük olarak ve elbette yeniden bir inşâ çabasına girişmeden, sözü edilen biçimde tasnif etmeye çalışmanın, bilimsel bakımdan -her zaman olmasa bile- anlamlı ve yararlı tespitlere imkân vermekle birlikte, oldukça güçlükler barındırdığına da işaret etmek gerekir. Dolayısıyla geleneksel toplumların hukuk düzenlerinden bahsedilirken belirttiğimiz gerçeğin gözden kaçırılmaması önem arz etmektedir.

Fıkhî ifade etmek amacıyla İslâm hukuku tabirine XIX. yüzyılın sonlarından itibaren başvurulmaya başlandığı bilinmektedir. Fıkhın, 'toplumsal düzeni sağlayan devletsel yetkiye dayalı ve organize yaptırım araçlarına sahip normatif yapı' anlamında hukuk kavramına indirgenmesi modern döneme özgü bir tutumdur.

İçerdiği norm türleri açısından incelediğimizde, fıkhın, geleneksel toplumlarda üretilmiş bütünleşik normatif yapılarla benzer özellikler taşıdığını görüyoruz. Fıkhın, klasik doktrindeki nihaî ve yerleşik tanımı, *şer'î amelî hükümleri bilmek*³ ya da *şer'î amelî hükümler bütünü*⁴ biçimindedir. Tanımda, fıkhın içerdiği hükümlerin niteliğini ve düzenleme alanını belirleyici temel iki unsurun bulunduğu görülmektedir. Onlardan biri hükümlerin niteliğini belirleyen *şer'îlik*, diğeri de fıkhın düzenleme alanını sınırlayan *amelîlik*dir. *Şer'î* nitelemesi, fıkhın içerdiği hükümlerin ilahî iradeye aidiyetini vurgulamaktadır. Bu, geçerli (meşru) bir yöntem yoluyla ilahî iradeye dayandırılmayan hiçbir hükmün fıkhın kapsamında yer alamayacağı anlamındadır. Tanımı gereği, ictehadî hükümler de, çoğu kere zannedilenin aksine, *şer'îlik*

ilkesine tâbidir. *Şer'îlik*, hükümlerin kaynağının olgusal değil, iradî olduğu vurgusunu da taşımaktadır. Dolayısıyla, ilahî irade olgulara dayanarak değil, yalnızca onu temsil eden Kitâb ve Sünnet'e dayanarak tespit edilebilir.⁵ Fıkhın tanımında ikinci bir unsur olarak yer alan amelî nitelemesi ise, fıkhın düzenleme alanını belirlemektedir. Buna göre fıkıh, yalnızca beşerî davranışları, fakat her türlü beşerî davranışı düzenler. Tanımdaki *amelîlik* unsuru, beşerî davranış niteliği taşımayan hareketleri öncelikle fıkhın kapsamı dışında bırakır. Diğer canlıların davranışları ile eşyanın doğal/olgusal hareketleri fıkıh tarafından doğrudan dikkate alınıp düzenlenmez. Bunların fıkhî hükme konu olmaları beşerî davranışla irtibatlı olmalarına bağlıdır. Şu hâlde amelî teriminin kavramsal içeriği, kişinin, bir ilişki teşkil etsin ya da etmesin her türlü davranış biçiminde belirlenebilir.⁶ Fıkıh, bireysel ve toplumsal yaşamı, herhangi bir boşluk bırakmaksızın düzenlemektedir. Fıkhın bu yapısı, geleneksel normatif düzenlerin insan yaşamını tümüyle kuşatan karakteriyle⁷ uyumludur. Esasen geleneksel normatif düzenlerin bütünleşik yapıda olmaları, onların yaşamı kuşatıcı özelliklerine dayanmaktadır.

Fıkıh, kişilerin sırf kendilerine dönük davranışlarını düzenlediği gibi, ilişki teşkil eden davranışlarını da düzenlemektedir.⁸ Kişinin kendisine dönük davranışları, onun yalnızca kendisini ilgilendiren davranışlarıdır. Bu tür davranışları düzenleyen hükümler, kişi bakımından hak sağlayıcı değil, ödev (vecibe) yükleyici niteliktedir. Kişinin kendisine dönük davranışlarını düzenleyen fıkhî hükümlerin, subjektif ahlâk kuralları ile konu unsuru bakımından⁹ örtüştüğü söylenebilir. Bilindiği gibi, subjektif ahlâk kuralları da kişinin, başkalarını ilgilendirmeyen ve yalnızca kendisine karşı yapması gerekenleri düzenleyen kurallardır.

Beşerî ilişkilere gelince, Kant (ö. 1804) bunları dört kısımda tasnif etmektedir:¹⁰

-Yalnızca hakkı olup karşılığında yükümlülüğü bulunmayan bir süje (Tanrı) ile hak ve yükümlülükleri olan bir süjenin ilişkisi. Bu ilişki biçimi din düzenlerini teşkil etmektedir.

-Yalnızca yükümlülükleri olup karşılığında herhangi bir hakka mâlik olmayan bir süje (köle) ile hakları ve yükümlülükleri bulunan bir süjenin (hür) ilişkisi.

-Hakları ve yükümlülükleri bulunmayan bir süje (hayvanlar ve eşya) ile hak ve yükümlülükleri olan bir süjenin ilişkisi.

-Hakları ve yükümlülükleri bulunan iki süje (hürler) arasındaki ilişki.

Kant'a göre, sadece en son ilişki biçimi hukukun düzenleme alanına girmektedir. Fıkıh, kişinin kendisine dönük davranışlarının yanı sıra, belirtilen bu ilişki biçimlerinin de tamamını düzenler. İslâm açısından kölelik, yalnızca mülkiyet ilişkisine indirgenemeyeceği için, diğer bir ifadeyle, köleler yalnızca mülkiyete konu olmayıp, aynı zamanda birer kişi olarak kabul edildikleri için,¹¹ sözü edilen ilişki biçimlerini üç kısımda tasnif etmek mümkün görünmektedir: Allah-insan, insan-eşya ve insan-insan/toplum ilişkisi. Gerçekte tüm beşerî davranışlar Allah-insan ilişkisinin bir parçasını teşkil etmektedir. Bununla beraber, biz burada Allah-insan ilişkisi tabirini dar anlamda kullanıyor ve onunla ilahî iradenin gerekçe göstermeksizin (mutlak olarak) emrettiği, sırf ibadet niteliği taşıyan beşerî davranışların oluşturduğu ilişkileri kast ediyoruz. İnsan-eşya ilişkisi, insanın diğer canlılar ve cansız varlıklarla olan ilişkisini göstermektedir. Fıkıh, kişilerin doğaya karşı davranışlarını da düzenlemektedir. Mesela ıssız bir adada tek başına yaşayan bir kimsenin ihtiyacı olmadığı hâlde hayvanları itlâf etmesi ya da çevreyi tahrip etmesinin haram sayılması böyledir. İnsan-eşya ilişkisinde fikhî talebin süjesi tek taraflı olarak irade sahibi insandır. Bu durum, eşyanın beşerî ilişkinin konusunu teşkil etmesi meselesi ile karıştırılmamalıdır. İnsan-insan/toplum ilişkisi ise, kişilerin diğer kişilerle tek tek ya da toplu olarak teşkil ettikleri ilişki biçimleri olup, beşerî ilişki olarak anılmaktadır. Beşerî ilişki kavramının kapsamına, modern tasnifle, dinî, hukukî, ahlâkî vd. bütün ilişki biçimleri girmektedir. Fıkıh, kişilerin her tür beşerî ilişki oluşturan davranışlarını da düzenlemektedir. Söz gelimi yoksula gönüllü olarak yardım etmek, yalan söylemek, adam öldürmek gibi beşerî ilişkilerin tamamı ayırım yapılmaksızın/kapsam dışında tutulmaksızın fikhin düzenleme alanına dahil kabul edilmektedir. Hâlbuki günümüzde hukuk dediğimizde, beşerî ilişki teşkil eden davranışlardan yalnızca bir kısmını düzenleyen kurallar bütünü anlıyoruz. Hukuk, beşerî ilişki kavramı esas alınarak tanımlanmakla birlikte, her bir beşerî ilişkiyi düzenlemektedir. Görüleceği üzere, kişilerin her türlü davranışını düzenleyen fıkıh, geleneksel toplumların normatif

düzen algılarına paralel olarak bütünlük bir yapı niteliğindedir.

Fıkıhın, içerdiği hükümlerin düzenleme unsurları dik-kate alındığında da, bütünlük bir yapı olarak nitelenmesinin doğru olduğu anlaşılmaktadır.¹² Zira fikhî hükümler düzenleme unsurları bakımından incelendiğinde emredici (icâb-tahrîm), tavsiye edici (nedb-kerâhet) ve yetki/izin verici (ibâha) hükümler biçiminde üçlü bir tasnif yapılabilmektedir. Hukuk düzenleri ise, yalnızca emredici ve yetki/izin verici nitelikli kurallar içerebilir. Tavsiye edici türde kurallara dayalı bir hukuk düzeni kurma imkânı bulunmamaktadır. Çünkü toplumsal yaşamda açığa çıkan beşerî ilişkiler çoğunlukla çıkar çatışmaları üzerine kurulu olduğu için, hukuk düzenleri onlardan toplumsal düzen bakımından gerekli gördüklerini seçip, hak-vecibe dengesi içinde kurallara bağlar. Çıkar çatışmalarının âdil bir denge içinde ortadan kaldırılması başka bir yöntemle (salt din, ahlâk, örf-âdet düzenlerine dayanarak) tamamen sağlanamadığı için, hukuk düzenleri, nihaî tahlilde, birer cebir düzeni niteliğindedir. Bu sebeple, yetki/izin verici türdeki hukuk kuralları da dolaylı olarak emre indirgenebilir.

Fıkıhın, çok büyük ölçüde devletin yasama faaliyeti dışında, fukahânın bireysel çabaları ve icthadları ile teşekkül ettiği bilinmektedir. Fikhî hükümlerin fikhî geçerliliği, bir yasama faaliyeti neticesinde oluşturulmuş olmalarına değil, ilahî iradeye aidiyetlerinin belirlenmiş olmasına dayanmaktadır.

Normatif yapıların sahip olduğu en temel unsurlardan bir diğeri de yaptırımdır. Fikhî hükümlerin ihlâline üç tür yaptırımın bağlandığı görülmektedir: Hem dünyevî hem de uhrevî yaptırımlar, yalnızca dünyevî yaptırımlar ve yalnızca uhrevî yaptırımlar. Hukukî yaptırım mutlak olarak dünyevî bir yaptırım türüdür. Fakat her dünyevî yaptırıma, hukuk düzeni tarafından bir ihlâli önleme ya da bozulan düzeni iade aracı olarak başvurulmaz. Diğer bir ifadeyle, her hukukî yaptırım dünyevî olmakla birlikte, bunun tersi geçerli değildir. Bu itibarla, fikhin dünyevî yaptırım kavramı hukukî yaptırım kavramına tümüyle denk düşmemektedir. Fıkıhın dünyevî yaptırım kavramı, hiçbir aşamada cebri nitelikteki zorlamayı içermeyen hükümsüzlük biçimindeki yaptırım türlerini de kap-

samaktadır. Bu, fıkıhın beşerî ilişki teşkil etmeyen veya beşerî bir ilişki teşkil etse bile, hukukun düzenleme alanına girmeyen davranışları da konu edinmesinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla, fıkıhın dünyevî yaptırım kavramı hukukî yaptırım kavramını içine alacak genişliktedir.¹³

Bütün bunlardan fıkıhın, gerek düzenlediği alan, gerek içerdiği talebin bağlayıcılık dereceleri ve gerekse sahip olduğu yaptırım araçları bakımından hukuk tabirinin gösterdiği kavramsal içeriğe nispetle çok daha geniş bir normatif yapıyı temsil ettiği anlaşılmaktadır.

Merkezîleşmenin güçlenmesi, yasamanın soyut yöntemle yapılması ihtiyacını beraberinde getirmiştir. Osmanlı'nın ıslahat faaliyetlerinin merkezinde yer alan hukuk iktibasının sebepleri çok çeşitli olmakla birlikte, onların en önemlilerinden biri de, derli toplu, tüm ülkede aynı şekilde uygulanabilir genel ve soyut düzeyde kanunlara duyulan ihtiyaçtır.

Başta Orta Çağ hukuk düzenleri olmak üzere, geleneksel hukuk düzenlerini modern hukuk düzenlerinden farklı kılan diğer bir nitelik ise, geleneksel hukuk düzenlerinin merkezleşmiş/tekel hâlinde yetkili organ ya da organlar tarafından değil, toplum kesimlerince aşağıdan yukarıya doğru yaratılmış olmasıdır.¹⁴ Bu tespit, geleneksel dönemde toplumsal düzen kurallarına ilişkin, hatları belli bir tasnifin niçin yapılmadığını da izah etmektedir. Fıkıhın, çok büyük ölçüde devletin yasama faaliyeti dışında, fukahânın bireysel çabaları ve icihadları ile teşekkül ettiği bilinmektedir. Fıkıhî hükümlerin fikhî geçerliliği, bir yasama faaliyeti neticesinde oluşturulmuş olmalarına değil, ilahî iradeye aidiyetlerinin belirlenmiş olmasına dayanmaktadır.¹⁵ Bu itibarla fıkıh, oluşturulma prosedürü dikkate alınarak *şer'î amelî hükümleri bilme* biçiminde tanımlanmıştır. *Bilme (ilm)*, ilahî iradeyi keşfetme, açığa çıkartma eylemidir. Fıkıhın oluşturulmasında ilahî iradeye yönelik bilme eylemi o kadar güçlü bir belirleyicidir ki, pozitif düzeyde geçerliliğini irade-i hümayundan alan bir kanun olarak¹⁶ *Mecelle*, bunu vurgulamak yerine, fıkıhın, "ilm-i fikh mesâil-i şer'iyeye-i ameliyyeyi bilmektir"¹⁷ biçimindeki geleneksel tanımıyla başlamaktadır.

Devletin yasamadaki rolü, geleneksel dönemde yeterince tanımlanamadığı, hatta belli bir inkar/görmezden gelme tutumuyla karşılandığı için, Emevîler döneminden itibaren başlayan tarihsel süreç boyunca daima şer'î-örfi hukuk biçiminde ikili bir yapı var olagelmiştir. Özellikle kamu hukukunun Kitâp ve Sünnet'te açıkça düzenlenmeyen alanlarında fıkıh suskun kaldığı ve genel ilkeleri belirlemenin ötesine geçmediği için, yönetenler sahip oldukları devletsel yetkiye dayanarak yasama faaliyetinde (el-amel bi's-siyâse) bulunmuşlardır.¹⁸ Geleneksel dönemde kamu hukuku alanı büyük ölçüde yönetenlerin yasama yetkileri ile düzenlenmiştir. İfade ettiğimiz gibi, kısmen ceza hukuku alanı istisna edilirse, fıkıh, kamu hukukuyla genel ilkeler düzeyinde ilgilenmiş, ayrıntılı dogmatik düzenlemeler geliştirmemiştir. Kitap ve Sünnet'in kamu hukuku alanında doğrudan ayrıntılı hükümler getirmemiş olması yanında, bu hususta etkili olan bir faktör de fıkıhın devlet dışında, fukahânın kişisel icihadları yoluyla geliştirilmiş olması ve doğal olarak, çoğunlukla, ibadetlerle özel hukuk ilişkilerine dair sorunların ele alınmış olmasıdır. Belirttiğimiz bu gerekçelerin yasama ve yargılama yetkilerinin merkezleşme süreciyle doğrudan bir ilgisi bulunmaktadır.¹⁹ Önceleri *siyâset, kânûn ve yasa* ya da *el-kavânînu's-siyâsiyye*, daha sonraları *örfi hukuk* olarak nitelenen bu normatif yapı, düzenlediği hukuk alanları bakımından fıkıhın bir alternatifi olmakla beraber, belli ölçüde seküler bir yasama faaliyetinin sonucu olması sebebiyle fukahâ tarafından çoğunlukla olumsuz bir bakışla değerlendirilmiştir.²⁰ İbn Teymiyye (ö. 728/1328)'nin siyâseti, şer'î bir temele kavuşturma gayreti,²¹ seküler nitelikli yaşamaya dönük söz konusu tepkinin bir ifadesidir. Ayrıca söz konusu gayret, siyaseti şeriat içinde tanımlama amacı taşımaktadır. *Siyâset/örfi hukuk*, fıkıhın genel teorisinin üzerine kurulduğu şer'îlik ilkesine bir biçimde bağlanmış olmakla birlikte,²² uygulamanın ayrıca değerlendirilmesi gerektiği açıktır.

Modern devlet düzenine geçiş, hukukî merkezleşmeyi, önceki dönemlerden olduğundan çok daha fazla güçlendirmiştir. Bu gerçeği, tersinden ifade etmek de tümüyle doğrudur. Yani, hukukî merkezleşmede ulaşılan nihaî aşama, hukukun yaratılmasında ve uygulanmasında devletlerin tekel hâlinde yetki kullanmalarını mümkün kılmıştır. Modern devlet yapılanması ve hukukî merkezleşmeye dair insanlığın biriktirdiği tecrübe arasında birbirini

besleyen bir ilişki bulunmaktadır. Merkezleşmenin güçlenmesi, yasamanın soyut yöntemle yapılması ihtiyacını beraberinde getirmiştir. Osmanlı'nın ıslahat faaliyetlerinin merkezinde yer alan hukuk iktibasının sebepleri çok çeşitli olmakla birlikte, onların en önemlilerinden biri de, derli toplu, tüm ülkede aynı şekilde uygulanabilir genel ve soyut düzeyde kanunlara duyulan ihtiyaçtır. Çok daha önce başlayan yenileşme çabaları, Tanzimat'la birlikte Batı'dan, özellikle Fransa'dan hukuk iktibasına ya da Batı'nın etkisinde yapılan kanunlaştırmalar biçiminde somut bir içerik kazanmıştır. Yeni kanunların hazırlanmasında fikhın esas alınmasını savunanlarla Batı hukuklarından yararlanılması gerektiğini savunanlar arasındaki hararetli tartışmaların, şer'î-örfî hukuk dengesine benzer bir uzlaşmayla sonuçlandığı görülmektedir.²³ Tanzimat sonrasında yapılan hukuk iktibasları, geleneksel olarak örfî hukuk kapsamında yer alan kamu hukuku alanında yoğunlaşmıştır. Bunun tek istisnası ticaret hukuku alanıdır. Ticaret hukukunun borçlar hukukundan ayrılıp müstakil bir özel hukuk alanı hâlinde teşekkül etmesinin oldukça yeni bir gelişme olduğu düşünüldüğünde, 1807 tarihli Fransız Ticaret Kanunu'nun iktibasına da bir bakıma anlaşılabilir bir yasama biçimidir. Kitâb ve Sünnet'te yer alan sınırlı sayıdaki genel düzenlemenin yanı sıra, büyük ölçüde örfî hukuka ve uygulamaya dayanan 1256/1840 ve 1267/1851 tarihli ceza kanunları ile 1274/1858 tarihli arazi kanunu, erken sayılabilecek bir tarihte geleneğe bağlı olarak yürürlüğe konulabilmiş olmasına rağmen, aynı yöntemin kamu hukukunun diğer alanlarında takip edilememesinin ve özellikle ceza kanunlarının günün koşullarına uygun olarak yenilenemesinin toplumsal değişime ve hukuk algısına dayalı sebepleri bulunmaktadır. Özel hukuk alanının tarihsel olarak özünü teşkil eden medenî hukuk alanında ise, eksikliklerine rağmen, şer'î hukuka bağlı kalmış; önce Mecelle (1293/1876), uzunca bir aradan sonra da Hukuk-ı Aile Kararnamesi (1333/1917) yürürlüğe konulmuştur.²⁴ Fıkhi kanunlaştırma faaliyeti, mezhep doktrinleri ile modern devletin yasamadaki tekel yetkisi arasında sıkışıp kalmıştır. Devletin içerik olarak mezhep doktrinlerinden, hatta tek başına hanefî mezhep doktrininden bağımsız bir yasama faaliyetinde bulunamaması, değişimi gözetmesine ve her toplum kesimine aynı şekilde uygulanabilecek genel-soyut düzenlemeler yapmasına engel olmuş, tartışmalar hiçbir zaman bitmemiştir. Modern

kanunlaştırma faaliyetinin geleneksel dönemdeki belli bir mezhep doktrininin ya da kişilere kendi bağlı oldukları doktrinlerin uygulanmasını emretmekten daha başka nitelikler taşıdığı, yapılan yasama faaliyetleri yeterince başarılı olmadığında açığa çıkmıştır. Bununla birlikte, tüm bu çabaların modern dönem müslüman toplumların zihninde oluşturduğu Batılı hukuklara alternatif bir İslâm hukuku algısı, ilerleyen zamanda yapılan bilimsel çalışmalarla derinlik kazanmış, fikhın dogmatik yanının, modern hukuk biliminin yöntemleri çerçevesinde, mukayeseli bir tarzda incelenmesine vesile olmuştur.

Fıkhi kanunlaştırma faaliyeti, mezhep doktrinleri ile modern devletin yasamadaki tekel yetkisi arasında sıkışıp kalmıştır. Devletin içerik olarak mezhep doktrinlerinden, hatta tek başına hanefî mezhep doktrininden bağımsız bir yasama faaliyetinde bulunamaması, değişimi gözetmesine ve her toplum kesimine aynı şekilde uygulanabilecek genel-soyut düzenlemeler yapmasına engel olmuş, tartışmalar hiçbir zaman bitmemiştir.

Modern dönemde fıkhi hukuka indirgeyen yaklaşım, fikhın çok daha geniş bir normatif yapı olduğu gerçeğini politik sebeplerle göz ardı etmektedir. Buna tepki olarak açığa çıkan daha yeni bir yaklaşım ise, fikhın, teşekkül biçimi ve amacı dikkate alındığında hukuka indirgenemeyeceği gibi, içinden bir İslâm hukuku çıkartmaya çalışmanın da fıkhi tahrif etmek anlamına geleceğini savunmaktadır. Her iki yaklaşımın da bilimsel bakımdan sorunlu olduğunu ifade etmek durumundayız. Fıkhi hukuka indirgeyen yaklaşım, geleneksel bir normatif yapıyı, modern hukuk kavramıyla eşitlemektedir. Zira fıkhi, modern dönemde din, ahlâk ve hukuk olarak tasnif edilen yapıları kendine özgü içerik çerçevesinde kapsayan bütünleşik bir normlar düzenidir. Esasen fıkhi, öncelikle, beşerî davranışları beş dinî hüküm (vucûb, nedb, ibâha, kerâhet, hurmet) kategorisine göre bir tasnif faaliyeti olup,²⁵ tarihsel sürecin hiçbir aşamasında toplumların yalnızca hukuk ihtiyacını karşılamak için var olmuş değildir. Fikhın belirtilen niteliği, geleneksel normatif yapıların, birer cebir düzeni olan modern hukukların aksine, yaşamın doğal yönelimine uygun düştüğü tes-

piti²⁶ ile karşılaştırılabilir. Fıkıhın ayırım gözetmeksinin her türlü beşerî davranışa hüküm bağlamasına karşılık, modern hukuk düzenleri yalnızca beşerî ilişki teşkil eden davranışları ve onlar arasından da gerekli görülenleri düzenlemektedir. Ayrıca fıkıh, beşerî davranışlara yönelik talebe ilişkin her bağlayıcılık düzeyinde hükümler içerirken, hukuk, nihai tahlilde, tümüyle bir cebir düzeni olarak açığa çıkmaktadır. Diğer taraftan teşekkül biçimi ve nihai amacı modern hukuk düzenlerine göre farklılık taşımakla birlikte, fıkıhın, hukuk tabiriyle kastedilen kuralların düzenleme alanına giren beşerî ilişki biçimlerinin tamamını düzenlemesi ve benzer yaptırım araçlarına (hükümsüzlük, tazminat, cebri icra ve ceza) sahip olması, bilimsel açıdan bir İslâm hukuku

Modern dönemde fıkıhı hukuka indirgeyen yaklaşım, fıkıhın çok daha geniş bir normatif yapı olduğu gerçeğini politik sebeplerle göz ardı etmektedir. Buna tepki olarak açığa çıkan daha yeni bir yaklaşım ise, fıkıhın, teşekkül biçimi ve amacı dikkate alındığında hukuka indirgenemeyeceği gibi, içinden bir İslâm hukuku çıkartmaya çalışmanın da fıkıhı tahrif etmek anlamına geleceğini savunmaktadır.

kavramının temellendirilebileceğini göstermektedir. Modern dönemde İslâm hukuk biliminin dogmatikliğine ilişkin, bir kısmı Batılı hukukların etkisinde kalmış olsa bile, oldukça ileri düzeyde mukayeseli çalışmalar yapılmıştır. İslâm hukukunun genel teorisi ise, alanın barındırdığı ciddi bilimsel zorluklar nedeniyle, gereken ilgiyi görememiştir. Tüm insanlık için yüksek değerler barındıran fıkıhın içinden köklü bir İslâm hukuku çıkarmak, belirttiğimiz gibi, bilimsel açıdan mümkün olmakla beraber, hukuk düşüncesinin geldiği aşama ve sürekli bir değişim içinde bulunan toplumsal ihtiyaçlar dikkate alındığında, bunun yapılabilmesi için, İslâm hukukunun genel teorisi alanında çok daha yoğun çalışmaların yapılması ve hukuk-değişim ilişkisini karşılayacak istikrarlı yöntemlerin tespit edilmesi gerektiği vurgulanmalıdır. ■

dipnotlar

¹ Kelsen, Hans, "The Law as a Specific Social Technique", *What is Justice? Justice, Law, and Politics in The Mirror of Science (Collected Essays)*, Second Reprinting, The Law-

book Exchange, Ltd. Union, New Jersey 2001, 239; Arsal, Sadri Maksudi, *Hukukun Umumi Esasları (Hukukun Pozitif Felsefesi)*, Birinci Cilt, Ankara Hukuk Fakültesi Neşriyatı, Ankara 1937, 42; Çağıl, Orhan Münir, *Hukuk Metodolojisi Dersleri*, İÜHF Yayınları, İstanbul 1962, 78; Çeçen, Anıl, "Hukuk'ta Norm ve Adalet", *AÜHF*, Cilt: XXXII, Sayı: 1-4, Yıl: 1975, 79.

² Kulcsár, Kálmán, *Modernization and Law*, Akadémiai Kiadó, Budapest 1992, 98.

³ el-Bâkılânî, el-Kâdî Ebû Bekr Muhammed b. et-Tayyib, *et-Takrîb ve 'l-İrşâd (es-Sağîr)*, I-III, Thk. Abdulhamîd b. Alî Ebû Zenîd, Muessesetu'r-Risâle, Beyrut 1418/1998, I, 171; eş-Şîrâzî, Ebû İshâk İbrâhîm b. Alî b. Yûsuf, *el-Luma' fi Usûli'l-Fıkh*, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1405/1985, 6; a.mlf., *Şerhu'l-Luma'*, I-II, Thk. Abdulmecîd Turkî, Dâru'l-Ğarbi'l-İslâmî, Beyrut 1408/1988, I, 158-159; el-Ğazâlî, *el-Mustasfâ min İlmi'l-Usûl*, I, 4; el-Kelvezânî, Ebu'l-Hattâb Mahfûz b. Ahmed b. el-Hasen el-Hanbelî, *et-Temhîd fi Usûli'l-Fıkh*, I-IV, Dirâse ve Tahkîk: M. Muhammed Ebû Ameşe ve Muhammed b. Alî b. İbrâhîm, Muessesetu'r-Rayyân ve el-Mektebetu'l-Mekkiyye, Beyrut/Mekke 1421/2000, I, 4; er-Râzî, Fahrüddîn Muhammed b. Umer b. el-Huseyn, *el-Mahsûl fi İlmi Usûli'l-Fıkh*, I-II, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1408/1988, I, 10-11; Sadruşşerîa, Ubeydullâh b. Mes'ûd b. Mahmûd, *et-Tavdîh fi Halli Ğavâmidi't-Tenkîh*, I-II (et-Taftâzânî'nin *et-Telvîhi* ile birlikte), Mekteb-i Sanâyi' Matbaası, İstanbul 1310, I, 32-33; el-Beydâvî, el-Kâdî Nâsirüddîn Ebû Saîd Abdullâh b. Umer b. Muhammed b. Alî eş-Şîrâzî, *Minhâcu'l-Vusûl ilâ İlmi'l-Usûl*, I-III (*el-İbhâc* ile birlikte), Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1416/1995, I, 38; İbnü'l-Humâm, Kemâlud-dîn Muhammed b. Abdilvâhid, *et-Tahrîr fi İlmi'l-Usûl el-Câmi' beyne Istilahayi'l-Hanefiyye ve 's-Şâfiyye*, I-III (İbn Emîri'l-Hâcc'ın *et-Tahrîr ve 't-Tahbîr*'i ile birlikte), el-Matbaatu'l-Kubra'l-Emîriyye, Bulak 1316, I, 17; İbn Nuceym, Zeynuddîn (Zeynulâbidîn) b. İbrâhîm b. Muhammed, *el-Bahru'r-Râik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, I-VII (İbn Âbidîn'in hâşiyesi (I-VII) ve et-Türî'nin tekmiyesi (VIII-IX) ile birlikte), Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1418/1997, I, 17; İbn Âbidîn, Muhammed Emîn, *Reddu'l-Muhtâr ale'd-Durri'l-Muhtâr*, I-V, Matbaa-i Âmire, İstanbul 1307, I, 35.

⁴ Bkz. Ebu'l-Huseyn el-Basrî, Muhammed b. Alî b. et-Tayyib, *el-Mu'temed fi Usûli'l-Fıkh*, I-II, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1426/2005, I, 4; eş-Şîrâzî, *Şerhu'l-Luma'*, I, 161; el-Pezdevî, Ebu'l-Yusr Muhammed b. Muhammed, *Kitâbun fîhi Ma'rifetu'l-Huceci's-Şer'iyye*, Neşr: M. Bernand ve É. Chaumont, el-Ma'hedu'l-İlmî el-Fransî li'l-Âsârî's-Şarkıyye, Kahire 2003, 3; İbn Emîri'l-Hâcc, Muhammed b. Muhammed el-Halebî, *et-Tahrîr ve 't-Tahbîr*, I-III (el-İsnevî'nin *Nihâyetu's-Sûl*'ü ile birlikte), el-Matbaatu'l-Kubra'l-Emîriyye, Bulak 1316, I, 19-20; İbn Nuceym, I, 16; Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuka İslâmiyye ve Istilahatu Fıkhiyye Kamusu*, I-VIII, Bilmen Basım ve Yayınevi, İstanbul 1985, I, 14.

⁵ eş-Şâfiî, Muhammed b. İdrîs, *er-Risâle*, Tahkîk ve Şerh: A. Muhammed Şâkir, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut ty., 25, 39, 471-476, 477; a.mlf., *Mevsûatu'l-İmâmî's-Şâfiî el-Kitâbu'l-Umm*, I-XV, Tevsîk ve Tahric: A. Bedruddîn Has-sûn, Dâru Kuteybe, by. 1416/1996, XIII, 18-19. Bu konuda ayrıca bkz. Türcan, Talip, "Şeriat", *TDV İslâm Ansiklopedisi*, XXXVIII, İstanbul 2010, 573.

- ⁶ Kişilerin salt içsel eylemleri amel kavramına dahil değildir. Hemen peşisıra dışsal davranışın takip etmediği içsel eylemler fikhin düzenleme alanına girmez. Bkz. Molla Husrev, Muhammed b. Ferâmuz b. Ali, *Mir'âtu'l-Usûl fi Şerhi Mirkâti'l-Vusûl*, I-II (el-İzmirî hâşiyesi ile), el-Matbaatu'l-Âmire, İstanbul 13091, 55; İbn Nuceym, I, 16.
- ⁷ Kulcsár, 98.
- ⁸ Fikhin düzenleme alanına ilişkin geniş bilgi için bkz. Türçan, *İslâm Hukuk Biliminde Hukuk Normu*, Ankara Okulu Yayınları, Ankara 2003, 95-114.
- ⁹ Sözü edilen fikhî hükümlerle sübjektif ahlâk kuralları arasında düzenleme ve yaptırım unsurları bakımından farklılıklar bulunduğu açıktır.
- ¹⁰ Hafızoğulları, Zeki, *Ceza Normu Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni*, US-A Yayıncılık, Ankara 1996, 27 (34 no'lu dipnot) (Kant, *Metafisica dei costumi*, ediz. UTET, 1956, 406'dan naklen).
- ¹¹ İslâm hukuku bakımından kölelerin sınırlı ehliyetliler grubundan sayılması mümkün görünmektedir. Köle tarafından yapılan hukukî işlemin nâfiz olması, efendinin izin ya da icâzetine bağlıdır. Bkz. Abdulazîz el-Buhârî, Alâuddin b. Ahmed, *Keşfu'l-Esrâr an Usûli Fahri'l-İslâm el-Pezdevi*, I-IV, Ta'lik: M. M. el-Bağdâdî, Dâru'l-Kitâbi'l-Arabî, Beyrut 1414/1994, IV, 463 vd.
- ¹² Fikhî hükümlerin düzenleme unsurları hususunda geniş bilgi için bkz. Türçan, *İslâm Hukuk Biliminde Hukuk Normu*, 114-126.
- ¹³ Bkz. Türçan, *İslâm Hukuk Biliminde Hukuk Normu*, 126-135.
- ¹⁴ Orta Çağ hukuku özelinde bkz. Özsunay, Ergun, *Medenî Hukuka Giriş*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul 1981, 122-123; Yüksel, Mehmet, *Modernite Postmodernite ve Hukuk*, Siyasal Kitabevi, Ankara 2004, 53 vd.
- ¹⁵ Fikhî geçerlilik tabirini, fikhî hükümlerin *amel edilebilirlik* ve *şer'î bağlayıcılık* niteliği anlamında kullanıyoruz. Bunun İslâm hukuk kurallarının pozitif düzeyde geçerli olmasından farklı bir mesele olduğuna dikkat edilmelidir. Geniş bilgi için bkz. Türçan, *İslâm Hukuk Biliminde Hukuk Normu*, 185 vd.
- ¹⁶ Bu husus *Mecelle*'nin esbâb-ı mücibe mazbatasında "Mesâil-i muctehed fihâda imâmu'l-muslimin hazretleri herhangi kavil ile amel olunmak üzere emrederse mücibince amel olunmak vâcib olduğundan..." biçiminde ifade edilmiştir. Bkz. Ali Haydar, Hoca Emin Efendizâde, *Dureru'l-Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm*, I-IV, Matbaa-i Tevsî-i Tıbaat, İstanbul 1330, I, 7.
- Ayrıca bkz. el-Karâfi, Şihâbuddin Ebu'l-Abbâs Ahmed b. İdrîs, *Envâru'l-Burûk fi Envâi'l-Furûk (el-Furûk)*, I-IV (*İdrârü's-Şurûk alâ Envâi'l-Furûk ve Tehzîbu'l-Furûk ve'l-Kavâidu's-Seniyye fi'l-Esrâri'l-Fıkhîyye* ile birlikte), Tashih: Halil el-Mansûr, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1418/1998, IV, 113, 116; a.mlf., *el-İhkâm fi Temyizi'l-Fetâvâ ani'l-Ahkâm ve Tasarrufâti'l-Kâdi ve'l-İmâm*, Dâru'l-Beşâiri'l-İslâmiyye, Beyrut 1416/1995, 162 vd.
- ¹⁷ *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, md. 1.
- ¹⁸ Bkz. İbn Kayyim el-Cevziyye, Şemsuddin Ebü Abdillâh Muhammed b. Ebî Bekr, *İ'lâmu'l-Muvakkâin an Rabbi'l-Âlemin*, I-IV, Tertib: M. A. İbrâhîm, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut 1414/1993, IV, 283-285; a.mlf., *et-Turuku'l-Hukmiyye fi's-Siyâseti's-Şer'iyye*, el-Muessesetu'l-Arabiyye li't-Tıba'a ve'n-Neşr, Kahire 1380/1961, 15 vd.; el-Âlûsî, Ebu'l-Fadl Şihâbuddin es-Seyyid Mahmud el-Bağdâdî, *Rûhu'l-Maâni fi Tefsîri'l-Kur'âni'l-Azîm ve's-Seb'î'l-Mesânî*, I-XXX, Dâru'l-Fikr, Beyrut 1417/1997, XXVIII, 28-29.
- ¹⁹ Merkezileşme hususunda bkz. Türçan, "Hukuki Merkezileşme ve Fikhî", *İslâmiyât*, Cilt 8, Sayı 1, 127-138.
- ²⁰ Bkz. İbn Kayyim el-Cevziyye, IV, 283-285; el-Âlûsî, XXVIII, 28-29.
- ²¹ *es-Siyâsetu's-Şer'iyye* tabirini muhtemelen ilk defa İbn Teymiyye kullanmıştır. Onun *es-Siyâsetu's-Şer'iyye fi Islâhi'r-Râi ve'r-Raiyye* (Dâru'l-Kitâbi'l-Ğarbî, Mısır 1969) başlıklı bir eseri bulunmaktadır.
- ²² Bu konuda bkz. Türçan, *Devletin Egemenlik Unsuru ve Egemenlikten Kaynaklanan Yetkileri*, Ankara Okulu Yayınları, Ankara 2001, 181-184.
- ²³ Krş. Bozkurt, Gülnihâl, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi*, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1996, 51.
- ²⁴ Tanzimat sonrası kanunlaştırma faaliyetleri için bkz. Hıfzı Veldet, "Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat", *Tanzimat I-II*, Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, İstanbul 1999, I, 165 vd.; Bozkurt, 48 vd.
- ²⁵ Krş. Count Léon Ostorrog, *Ankara Reformu*, çev. Y. Ziya Kavakçı, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Yayınları, İstanbul 1972, 25-26.
- ²⁶ Kulcsár, 105.