

TABIİ HUKUK DÜŞÜNCESİ AÇISINDAN İSLÂM HUKUKÇULARININ İSTİHSAN VE İSTILAH GÖRÜŞÜ

Yrd. Doç. Dr. Ali BARDAKOĞLU

İlk çağdan günümüze kadar her devir ve toplumda çeşitli haksızlıklar ve olumsuz şartlar karşısında kalan insan, pozitif (mer'î) hukukun dışında ve üstünde nihâî bir prensip ve kıymet ölçüsü mâhiyetindeki mutlak doğru hukuka, evrensel bir hukuk idesine bağlanmış, bunu uygulanan hukukun değişmez bir ölçütü kılmıştır. İşte, insanlığın özünde mevcut adalet ve hakkaniyet idesinden kaynaklanan, mer'iyet itibariyle mutlak ve metod yönünden düalist olan bu yaklaşım tarzına «tabiî hukuk» düşüncesi denmektedir.

Günümüz Batı hukukunun dayandığı temellerden biri olan tabiî hukuk düşüncesi, ilk çağdan bu yana her devirde, özellikle XVI. ve XVII. yüzyılda adalet, eşitlik, insan hakları gibi kavramları gündeme getirmiş veya bu kavramları dayandırdığı hukukî mesnet olmuştur. Ayrıca, gerek hukuk felsefesinde işgâl ettiği mühim yer ve taşıdığı değer ve gerekse hukukun bilimsel kimlik ve etik bağımsızlık kazanmasında üslendiği aktif rol itibariyle, tabiî hukuk düşüncesi eskiden olduğu gibi günümüzde de önemini korumakta, değişik yönlerden çeşitli araştırmalara konu olmaktadır.

Biz makalemizin dar hacmi içerisinde tabiî hukuk düşüncesinin tarihi seyrini, mahiyet ve gerekliliğini ana hatlarıyla belirttikten sonra İslâm hukukçularının istihsan, istislah (mesâlih-i mürsele) gibi metodolojik tefekkür tarzlarını tabiî hukuk düşüncesi açısından ele alacak, iki düşünce sistemi arasındaki ortak ve farklı noktaları tesbit etmeye çalışacağız.

a) Tabiî Hukukun Tarihi Gelişimi :

Denilebilir ki, hukuk felsefesi tarihi son iki yüzyılı hariç tutarsak, hemen hemen tabiî hukuk düşüncesinden ibarettir (1). İlk

1. Abadan, Yavuz, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara 1954, s. 118.

çağdan günümüze kadar değişik görünüm ve düşünce kalıplarında karşımıza çıkan tabii hukuk, hukukun etik bağımsızlığını kendisine hareket noktası edinmiş yöneticilerin ve kanun koyucuların iradelerini sınırlayan yüksek ahlâk kuralları olarak düşünülelmıştır (2). Bu sebeple tabii hukuk, olan - olması gereken hukuk şeklinde düalist bir metoda sahiptir. Bu ayırım tabiat felsefesinin hakim olduğu ilk çağda tabiat - beşerî statü tezadına, orta çağda ilâhî hukuk - beşerî hukuk tezadına, yeni çağda ise akıl - cebri nizam tezadına dayanır (3).

aa) İlk Çağ :

İlk çağ, tabii hukukun panteist bir kâinat görüşü ve tabiata göre âdil (diakon fizikon) - kanuna göre âdil (diakon nomikon) ayırımı içinde kavrandığı çağdır. Eski Yunanlılar, beşerî ve müşahhas olanın üstünde bulunan mutlak surette mer'î küllî nizama «tabiat kanunu» adını veriyorlar ve bunu ilâhî - kevnî bir nizam olarak benimsiyorlardı (4). Tabii hukuk metodunun dayandığı pozitif hukuk - tabii hukuk düalizmini ilk defa M.Ö. VI. yüzyılda yaşamış bulunan Herakleitos'un sosyal düzen - tabii düzen (nomos - physis) ayırımında görmek mümkündür. Aynı ayırımın Sofistlerde, tabiattan olan (physei) - insanın koymuş olduğu (thesei) kuralları şeklinde dâha da net olarak kavrandığını görüyoruz. Sofistlere göre tabii kanunlar, her yer ve zamanda bağlayıcılığı bulunan kanunlardır. Meselâ, Sofistlerden Antiphon, tabii hukuk - pozitif hukuk tezadını net olarak ifade etmiş ve bütün insanların eşitliğinin, tabii hukukun bir yasası olduğunu belirtmiştir (5).

Sokrat'a göre yazılmamış olan ve tanrılara dayandırılan normlar, bütün insanlarda ortaklaşa olan tabii akıldan kaynaklanmaktadır. Platon, yasaların yazılmamış fakat genel geçerliliği olan ideal hukukun yansımaları olduğunu söyler. İdeal hukuk düşünce-

2. Özbilgen, Tarık, «Tabii Hukuk Görüşünden Sosyolojik Hukuk Görüşüne», İst. Üniv. Hukuk Fak. Mecmuası, C. XXX, s. 1/2 den Ayrı Basım, İstanbul 1964, s. 3-4.
3. Abadan, Hukuk Felsefesi, s. 118; Atay Hüseyin, İslâm Hukuk Felsefesi, «Giriş», (A. Hallaf'tan tercümenin giriş bölümü), Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayını, Ankara 1973, s. 26 vd. Çağlı, O. Münir, Hukuka ve Hukuk İlimine Giriş, İstanbul 1971, s. 240.
4. Atay, s. 27; Aral Vecdi, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, İstanbul 1971, s. 37.
5. Abadan, «Tabii Hukukun Yeni Veçhesi», Ankara Üniv. Hukuk Fak. Mecmuası, c. VI, 503; Hukuk Felsefesi, s. 119; Gökberk, Macit Felsefe Tarihi, Remzi Kitabevi, İstanbul 1980, s. 45-46; Özbilgen, Tabii Hukuk, s. 4.

sini ise, ideler âlemi - oluş âlemi tezadından kaynaklanan ideal devlet - ampirik devlet tezadı içinde kavramakta, daha doğrusu ideal devlet telakkisinde ortaya koymakta ve geliştirmektedir (6). Aristo, tabii hukuk terimini ilk defa yorumlayan Yunan düşünürüdür. O, tabii kanun - beşeri kanun ayırımı yapmakta ve bu ayırımı mutlak âdil - izâfi âdil veya tabiaten âdil - beşeri âdil aykırılığı şeklinde ifade etmektedir (7). Aristo tabii hukuku tamamen idealist bir çerçevede bırakmamış onu bütün insanlar için geçerliği olan gerçekçi kural ve ilkelerle de açıklamaya çalışmıştır (8).

Stoisyenler tabii hukuktaki olan - olması gereken münasebetini ilk defa bilinçle kavrayanlardır. Stoisyenler, pozitif kanunlardan bağımsız ve adalet üzerine kurulu bir takım hak ve ödevlerin bulunduğunu, pozitif kanunların ancak âdil oldukları zaman insanları bağlayabileceğini savunmuşlar, insanlığın evrenselliği ve kardeşliği ilkelerinden hareketle kölelik düzenine açıkça karşı çıkmışlar, tabii özgürlüğü ve aklın egemenliğine dayanan ferdî özgürlüğü bayrak edinmişlerdir (9). Tabii hukuku ahlâka indirgeyen Stoizm ekolünün muahhar mensuplarından Romalı Çiçeron ise, düşünür olması yanısıra, hukukçu da olması sebebiyle olacak, tabii hukuku hukukî bir mahiyette ele almaktadır. Çiçeron'a göre tabii hukukun (ius naturale) iki dayanağı vardır: Birincisi başkasının hakkını gözetme, ikincisi ise, malların görülen işe göre acaletli dağılımı, yani denkleştirici adalet (10). Tabii hukuk, insanın varlığında saklı, ortak akıldan türeyen ve bütün insanlar için ve her zaman yürürlükte olan bir hukuk düzeni olup kuvvetlilerin adaletsizliğine karşı zayıfların sığındıkları bir merci, pozitif hukukun (ius civile) ne derece âdil olduğunu kontrole yarayan bir değer ölçüsü durumundadır. Bu itibarla milletlerin bütün mübir değer ölçüsü durumundadır. Bu itibarla milletlerin bütün müessese ve kanunlarını âdil saymak büyük bir hatadır (11).

-
6. Lloyd, Dennis, *The Idea of law*, London 1970, pp. 74-75; Çağıl, Giriş, s. 228 (11. dipnot); Hönig, Richard, *Eski ve Yeni Tabii Hukuk*, Ankara 1939, s.4.
 7. Çağıl, Giriş, s. 241; Lloyd, p. 75.
 8. Lloyd, p. 77.
 9. Abadan, *Hukuk Felsefesi*, s. 125; Lloyd, pp. 77-78. Özbilgen, *Tabii Hukuk*, s. 5.
 10. Von Aster, Ernst, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, İstanbul 1943, s. 161.
 11. Gökberk, s. 122; Özbilgen, *Tabii Hukuk*, s. 5; Roma Hukukunda Tabii Hukuk Düşünceci İçin ayrıca bkz.: Ahmed, Muhammed Şerif, *Fikretü'l-Kânûnî'l-Tabîî 'Inde'l-Müslimîn*, Bağdad 1980, s. 112-115; Yörük, Abdülhak Kemal, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, İstanbul 1958, İÜHF Yayını, s. 81.

bb) Orta Çağ :

Pozitif hukuk kurallarının ölçü almak zorunda olduğu objektif ve etik değerlerin bulunduğu noktasından hareket eden ilk çağ tabii hukuk düşüncesi, Stoik felsefe ile ve Çiçeronla Hristiyanlığa geçmiş ve aydınlanma çağına kadar Avrupa düşünce hayatının temelini teşkil etmiştir. Hristiyanlık ile ilk çağ Yunan düşüncesinin evren görüşü arasındaki aykırılık, haliyle tabii hukuk anlayışlarını da etkilemiştir. İlk çağda tabii hukuk objektif bir kaynaktan, meknî bir kevnî akıldan çıkmakta iken orta çağda müteal (aşkın) ve subjektif bir kaynaktan, yaratıcının iradesinden çıkmaktadır (12).

İlk çağda natüralist din ve tabiatta yerleşik (immanent) tanrı anlayışı hakim olduğu ve tabii düzen tanrısal düzenle özdeşleştirildiği için buna bağlı olarak da tabii hukuk ile ahlâk iç içe girmiştir. Halbuki orta çağda, ilk çağın aksine, tabii düzen - tanrı ayniyeti kaybolmuş, yerini tabii düzenin yaratıcısı durumunda bulunan ve dolayısıyla tabiatüstü bir varlığı olan (transsandan -personal) tanrı düşüncesi almıştır. Bu çağın hakim telakkisine göre tanrının iradesi ve emirleri doğru ve gerçek bilginin kendisidir. İnsanlar kendilerine peygamberler vasıtasıyla bildirilen kutsal kitapları ve öğretileri anlamaya ve yorumlamaya çalışmalıdır. Kutsal kitaplarda yer alan bilgiler, herhangi bir araştırmaya lüzum göstermeyen mahz hakikatlardır. Bu itibarla da orta çağ teolojisi dogmatik bir karakter taşır (13). Bu noktadan hareketle bazı hukukçular, tanrısal hukuk - tabii hukuk ayniyeti düşüncesinin gerek pozitif ve gerekse etik bilimler alanında ilk çağda başlatılan gelişmeyi inkitâa uğrattığını ileri sürmekte ve orta çağı insanlığın gelişmesi yönünden bir kayıp olarak değerlendirmektedir (14). Bu konuya ilerde tekrar döneceğiz.

Saint Augustin (350 - 430) ve Thomas Aquino (1225 - 1274) gibi Hristiyan ilâhiyatçı ve hukukçuların önderliğini yaptığı bu düşünüş tarzına paralel olarak, orta çağda tabii hukuk deyimi olarak varlığını sürdürmüşse de yerini tanrısal hukuka bırakmış veya

12. Çağlı, «Hukuk Felsefesinde Tabii Hukuk», Tahir Taner'e Armağan, İstanbul 1956, İÜHF Yayını, s. 241.
13. Özbilgen, *Tabii Hukuk*, s. 8; Yörük, s. 81 - 85.
14. Özbilgen, *Tabii Hukuk*, s. 8; Farklı Görüşler İçin bkz. : Çobanoğlu, Rahmi, «Rönesans Felsefesinde Tabii Hukuk», Tahir Taner'e Armağan, İstanbul 1956, İÜHF Yayını, s. 708 - 710.

tanrısal hukuk tabii hukukun bir tezahür şekli veya bir devresi sayılmış, netice itibariyle bu tanrısal hukuk, yöneticilerin iradelerine egemen olabilecek ve yürürlükteki düzeni sınırlandırabilecek tek otorite kabul edilmiştir (15).

cc) Yeni Çağ :

Yeni çağda felsefe gibi hukuk da teolojinin otoritesinden ayrılmış, tabii hukuk ilâhî bir temel yerine beşerî - akli bir temele dayandırılarak izah edilmeye çalışılmıştır. Diğer bir anlatımla orta çağın dinî ve ahlâkî karakterli tabii hukuk düşüncesi yeni çağda yerini protestan hukuk düşünürlerinin çabalarıyla laik ve hukukî karakterli tabii hukuk anlayışına bırakmıştır. XVII. yüzyılda hakim olan rasyonalist tabii hukuk akımı, gerçek kaynağının insan aklı olduğu, insan aklından kaynaklanan tabii hukukun her yer ve zamanda geçerli olan salt ilkelerden oluşan bir bütün olduğu noktasından yola çıkmış, hukukun laikleşmesini, ferdi hak ve özgürlüklerin öne alınmasını sosyal sözleşmeyi gündeme getirerek Batı toplumundaki köklü değişikliklerin hazırlayıcısı olmuştur (16).

Modern tabii hukuk düşüncesinin kurulmasında en büyük paylardan birisi, şüphesiz Hugo Grotius'a (1585 - 1645) aittir. Grotius'a göre hukuk, insan tabiatıyla birlikte ebedî ve değişmez bir şekilde doğmuştur. Tabii hukuk her türlü tecrübeden bağımsız olarak insan aklında vardır (17). Tanrısal hukuk sadece ona ulaşanlar ve inananlar için geçerlilik taşır. Halbuki tabii hukuk tanrısal hukuktan daha öncedir, herkes içindir ve mutlaktır. Grotius tabii hukuku, her insanın benliğinde bulunan toplumsallık yönelişine (*oppositus societatis*) dayandırmaktadır. Toplumsal hayatın tabii hukuk kuralları seviyesine çıkardığı ilk ve temel hukuk ilkesi, ahde vefâ (*pacta sunt servanda*) dir. Buna bağlı olarak, başkalarının hakkına saygı, verilen sözü tutma, zararın karşılanması, suçlunun cezalandırılması gibi tabii hukuk prensiplerinden bahsedilebilir (18).

Hukuku önce, tabii hukuk - pozitif hukuk şeklinde ikiye ayıran Grotius, pozitif hukuku da tanrısal hukuk - beşerî hukuk şeklinde ikiye ayırıyor. Tabii hukukun ilkeleri, pozitif hukukun ya unsuru

15. Geniş Bilgi için bkz: Lloyd, pp. 78 - 81; Atay, s. 27.

16. Atay, s. 27; Öktem, M. Niyazi, *Hukuk Felsefesi*, İstanbul 1983, s. 147 - 148.

17. Çağlı, *Giriş*, s. 418; Gökberg, s. 211, Lloyd, p. 82.

18. Abadan, *Hukuk Felsefesi*, s. 142; Çobanoğlu, s. 731 732.

ya da ölçüsüdür. Pozitif hukuk geçerliliğini ve yürürlüğünü tabii hukuka borçludur. Tabii hukuku laikleştirirken aynı zamanda onu akılcı temellere dayandıran bu düşünür, hukuk ve devleti insanların toplumsallık yönelişiyle katıldığı bir sözleşmeye dayandırmaktadır. Bu sözleşme, «birleşme sözleşmesi» ve «tâbi olma sözleşmesi» şeklinde iki parçadan oluşur. Aydınlanma çağının diğer düşünürlerine ve bu çağda gelişen sözleşme teorisine bu düşünce büyük ölçüde kaynaklık edecektir. Grotius'dan sonradır ki, insanlık idesinin hukukun doğruluğunu belirleyen bir ölçü olduğu, hukukun ve devletin sözleşmeye dayandığı görüşü, tabii hukuka ana fikir olarak girecektir (19).

Hobbes (1588 - 1679), tabii hukuku ve sözleşmeyi insan tabiatının bencil ve faydacı eğilimi açısından ele almış, Samuel Pufendorf (1632 - 1694) konuya daha ferdiyetçi bir tutumla yaklaşmış tabii hukuka politik bir yorum ve muhteva kazandırmıştır (20). Locke (1632 - 1704) tabii hukuku akılcı, ferdiyetçi, özgürlükçü ve yararçı bir zemine oturtmuştur. İnsanlığın başlangıçta tabii yaşama halinde bulunduğunu, sosyal sözleşme ile medenî hayata geçtiğini belirten Locke, tabii hukuku kanun koyucuların iradelerinden bağımsız olan ve tanrısal emirlerle yakın alakası bulunan bir değer olarak tanımlar ve inançtan arta kalan pek çok doktrini bu arada insan haklarını tabii hukuka dayandırır (21). Tabii hukuka mistik bir anlatım da katan Leibniz'e (1646 - 1716) göre ise, tanrısal akıldan kaynaklanan tabii hukukun üç temel ilkesi vardır : Kimseye kötülük etme, başkasına zarar verme, en mükemmel ve âdil devleti kur (22).

Tabii hukuk, Christian Thomasius'da (1655 - 1728) ferdileşip «yaşama», «özgürlük», «şeref» ve «mülkiyet» şeklindeki dört temel insan hakları ideali ile bütünleşirken, Christian Wolf'da (1679-1754) insanın kendini tekemmül ettirmesi prensibi ile ahlâkileşmektedir (23).

Rousseau (1712 - 1778) tabii hukukun tarihi gelişiminde dönüm noktasıdır. Tabii hukukun politik bir mahiyet kazanıp insan-

19. Honig, Richard, *Hukuk Felsefesi*, Çev. M. Yavuz, İstanbul 1935, s. 90.

20. Abadan, *Hukuk Felsefesi*, s. 150; Çağıl, *Giriş*, s. 418; Honig, *Hukuk Felsefesi*, s. 90.

21. Russel, Bertrand, *History of Western Philosophy*, London 1961, p. 601; Lloyd, p. 84.

22. Öktem, *Hukuk Felsefesi*, s. 153, 155.

23. Çağıl, *Giriş*, s. 421.

lar için bir umut ve direniş kaynağı olmasında büyük emeği geçmiştir. Rousseau'nun hukukun kaynağı olarak ampirik bir mahiyette tanımladığı sözleşme düşüncesi, Kant'ta (1724 - 1801) teorik bir mahiyet alır. Tabii hukuk - pozitif hukuk tezağı Kant'ta teorik akıl - pratik akıl ayırımı içinde ifade edilmiş, özgürlük, eşitlik, bağımsızlık gibi tabii hukuk ilkelerinin akıldan kaynaklanan değişmez ilkeler olduğu belirtilmiştir (24).

dd) Çağımızda Tabii Hukuk :

Doęuřtan kazanılan temel insan hakları, sözleşme özgürlüğü, halk iradesi gibi köklü fikirleri işleyen tabii hukukun, Avrupa'nın siyasi, içtimâi ve fikri gelişimine önemli katkıda bulunduğunda şüphe yoktur. Ancak řu var ki, sanayi inkulâbından sonra Batı toplumunun yapısı değişmiş, geniş bir işçi sınıfı doğmuş, tabii hukuk ise halâ XVIII. yüzyılda savunduğu sözleşme özgürlüğü ve akitleşme serbestisi ilkesini savunmaya devam etmiştir. Halbuki ekonomik gücü çok düşük olan işçi ile güçlü işverenin eşit şartlarda sözleşme masasına oturmadıkları, sözleşme özgürlüğünün güçsüz tarafın sömürülmesinde araç olarak kullanılacağı açıktır. Nitekim öyle olmuş ve tabii hukukun bu katı ve ilkeci tutumu karşısında sosyal adalet düşüncesi gelişmiştir.

Ayrıca XVII. ve XVIII. yüzyılda rasyonalist tabii hukukçular tabii hukuka belirli bir muhteva ve pozitif hukuktan önce ve salt bir geçerlilik kazandırmak, onu bir takım kurallar yığını haline getirmek istiyorlardı. Tabii hukuka normatif bir mahiyet kazandırarak onu pozitif hukuka hakim kılma çabası, haliyle ciddi bir tepki ile karşılandı ve XIX. yüzyılda pozitivizmin sert tenkidine muhatap oldu.

Sosyal düşüncelerin ve pozitivizmin karşısında kısa bir duraklama geçiren tabii hukuk düşüncesini Yeni Kantçılık akımı yeniden ele aldı ve özellikle Rudolf Stammler tabii hukuka yeni bir anlam ve yürürlük kazandırmaya çalıştı. Stammler'in savunduğu, muhtevası değişken formal bir tabii hukuktur. (25).

Tabii hukukun yeniden doğuşunda Louis Le Fur'un de katkısı büyüktür. Düşünüre göre pozitif hukukun bağlayıcılığı ilk planda

24. Lloyd, p. 85; Öktem, *Hukuk Felsefesi*, s. 174.

25. Abadan, *Hukuk Fesefesi*, s. 216; Çağıl, Giriş, s. 423; Lloyd p. 37. Öktem, *Fenomenoloji ve Hukuk*, İstanbul 1982, s. 83 - 84.

ahlakî oluşundan, yani tabii hukuka uygunluğundan kaynaklanır. Fakat müeyyide ile donatılmış olması ona aynı zamanda ampirik bir mecbûrîlik de kazandırmaktadır. Bu ikinci özellik tabii hukukta yoktur. Hukukun kuvvet tarafından yaratılabileceği görüşü kadar hukukun tabiatından çıkarılabileceği görüşü de yanlıştır (26). Le Fur hukuku üçe ayırır : Tabii hukuk, pozitif hukuk ve bir de tabii hukukun realiteye uyumunu sağlayan rasyonel hukuk. Fakat her üç hukukun da sınırlarını birbirinden kesin çizgilerle ayırmak her zaman mümkün olmamaktadır. İnsan iradesi karşısında bağımsız bir ahlâk kanunu, objektif, etik ve hukukî hakikatler vardır. Bunlar tabii hukukun prensipleridir ve bu prensiplerin değişmezliği insan tabiatının ürünüdür. Pozitif hukuk ise ahlâkî donelerin ampirik doneler ile bağdaştırılmış şeklidir (27).

Birinci ve İkinci Dünya Savaşlarından sonra fikrî, siyasî ve sosyal âmiller sonucu, tabii hukuk düşüncesinin büyük gelişme gösterdiğini müşahade etmekteyiz. Nitekim bu savaşlar ve savaş sonrası olumsuz gelişmeler bir çok kıymet hükmünü temelinden sarsarak insanlığın manevî hayatında derin yaralar açmış, bunun sonucu, tabii hukuk prensiplerine bağlanma tek kurtuluş çaresi haline gelmiştir. Bu arada kurulan veya yaşatılmaya çalışılan bir çok millîterarası teşkilat, daha doğrusu devletlerarası hukuk ve barış nizamı kurma tasavvur ve teşebbüsleri, tabii hukuka dönüşün ilk siyasî meyveleri sayılabilir (28). Tabii hukuka dönüşün fikrî ağırlığını ise «hür hukuk akımı» taşımıştır. Sosyal hayatın gelişmesi ve istekleri karşısında yabancı ve yetersiz kalan yasaların baskısını serbest yorum ve içtihatlarla önlemeyi öneren hür hukuk görüşü, bir noktada tabii hukukun yeni bir görünümü olmaktadır.

Çağımızda ileri ülkelerin az gelişmiş veya gelişmekte olan ülkeler üzerindeki baskı ve egemenliği arttıkça bu milletlerin bağımsızlık ve özgürlük özlemleri alevlenmiş, zulme uğrayanlar için tabii hukuk bir sığınak olmuştur. Sosyal planda ise halkın yasalara karşı gösterdiği kayıtsızlık ve güvensizlik, tabii hukuka bağlılığı artıran ikinci önemli faktör olmuştur. Tanrısal kaynaktan çıktığı dönemlerde kanunları taşıdığı kutsallık geniş halk topluluğunun

26. Özbilgen, «Louis Le Fur'un Hukuk Görüşü», İst. Üniv. Hukuk Fak. Mec. C. XXX'den Ayrı Basım, İstanbul 1949, s. 17; Ayrıca bkz. Öktem, *Fenomenoloji*, s. 85.

27. Özbilgen, *Louis Le Fur*, s. 39.

28. Abadan, *Hukuk Felsefesi*, s. 218-219, Lloyd, p. 93.

saygısını ve bağımsızlığını kolayca sağlıyordu. Pozitif hukukun laikleşmesi bu saygı ve bağımlılığı olumsuz yönde etkilemiştir (29).

b) Tabii Hukukun Mahiyeti :

Yüzyıllardan beri değişik akımlar sebebiyle farklı tanımlar kazanan tabii hukuk, bazen beşerî tabiatten, bazen beşerî iradeden, bazen de tanrısal iradeden kaynaklanmış veya doğrudan hukukun mahiyetinden çıkarılmaya çalışılmıştır. Fakat bütün bu farklı çabalara rağmen tabii hukukun ana fikri ve mahiyeti değişmemiş, tabii hukuk bir ide olarak günümüze kadar süregelmiştir.

Özü itibarıyla bir tanımlama yapmak gerekirse; tabii hukuk, pozitif hukukla hukuk idesi arasında köprü görevi gören ve bütün ampirik - müşahhas hukukların üstünde küllî bir kıymet ölçüsü vasfını taşıyan hukukî tefekkürdür (30).

Hukuk idesi, tabiat ilmi ile kavranması mümkün olmayan metafizik bir realite ve bu realitenin insan ruhunda ahlakî bir postüla olarak tezahür etmesidir. Bu yönü ile hukuk idesi, tabii hukuk tasavvurundan önce gelir. Tabii hukuk, hukuk idesinin ihtiva ettiği ahlakî kıymetlerin umumi muhtevasını ifade eden, sosyal hayata yansıtılması, yasama ve yargı için örnek vazifesi görmesi mümkün olan bir takım hukukî kaziiyelerdir (31). Demek ki tabii hukuk insan şahsiyetinin manevî karakterinde gizli bir model hukuku veya kıymet ölçüsüdür.

Konuya bu yönüyle yaklaştığımızda tabii hukukun iki aşamada tezahür ettiğini görürüz. Birincisi, tabii hukuk idesi, ikincisi ise tabii hukuk doktrini. Yüzyıllar boyu şahit olduğumuz, çeşitli isimler altında karşımıza çıkan, tabii hukuk doktrinleridir. O halde, tabii hukuk idesi ile tabii hukuk doktrinlerini birbirinden ayırmak gerekir. Meselâ, XIX. yüzyılda tarihî hukuk ekolü ve pozitivizmin karşı çıktıkları ve akamete uğrattıkları, tabii hukuk idesi değil, tabii hukuk idesini elle tutulur bir takım hukuk normları haline getirmeye çalışan rasyonalist tabii hukuk doktrinidir. Aynı şekilde hızlı sanayileşme ve teknolojik gelişme ve bunun sonucu olarak sınıflar, bölgeler ve ülkeler arasındaki farklılıkların büyümesi ile çağımızda kuvvet kazanan sosyal muhtevalı telakkilerin tabii hukuka yönelttikleri tenkitler de bu mahiyettedir. Aslında sosyolojik hukuk görüşünün ileri sürdüğü, tabii hukukun sosyal muhtevaya

29. Abadan, *Hukuk Felsefesi*, s. 217-219.

30. Çağıl, *Tabii Hukuk*, s. 248.

31. Ahmed, s. 7-8; Çağıl, *Tabii Hukuk*, s. 248 (17. dipnot).

kapallığı, çağın ihtiyaçlarına cevap verememesi (32) gibi iddialar, tabii hukuk idesinden ziyade ferdi hak ve özgürlükleri ilk planda tutan ferdiyetçi ve liberal tabii hukuk doktrinlerini hedef almaktadır. İnsandaki tabii hukuk idesini ortadan kaldırmak için insanın metafizik şuurunu, kıymet ve norm şuurunu, ölçü ve nizam şuurunu, daha açık bir ifade ile insanın insanîyet karakterini yok etmek icap eder. Bunun imkânsızlığı ise ortadadır (33).

c) Tabii Hukukun Gerekliği :

Tabii hukukun düalist ve küllî oluşu, aynı zamanda onun gerekliliğini ve zorunluluğunu da izah etmektedir. İnsanlar niçin, gerek mer'iyet ve gerekse kıymet itibariyle pozitif hukukun üstünde bir hukuk sistemi, bir ideal hukuk aramaktadır ? Bunun sebeplerini iki temel noktada toplamak mümkündür : Birincisi, pozitif hukukun yetersizliği, yani pratik zaruret, ikincisi ise metafizik zarurettir.

Kanun koyucuların normlaştırdıkları hukuk kuralları hayatın akışına, olayların hızlı değişmesine ve esnekliğine ayak uydurmakta çoğu zaman gecikmektedir. Kanun koyucuların yanlıları bazan, uygulanması güç ve halkın değer yargılarına aykırı yasaların çıkmasını sonuçlamaktadır. Yasaların şekil almasında bir de politik yönün ağır basması ve bunun olumsuz sonuçları, halkın yasaya ve dolayısıyla pozitif hukuka karşı güvenini sarsmakta ve ister istemez pozitif hukukun dışında ve üstünde âdil bir hukuk idesi, formal bir prensip aramaya sevk etmektedir. Bu ide aynı zamanda bir değer ölçüsü olup yasaların değerlendirilmesi ve hakikatın belirlenmesinde bir ölçüt görevi yüklenmektedir (34).

Kanunlar, temel hak ve özgürlükleri koruma, hukukun üstünlüğünü sağlama, keyfi ve farklı davranışları engelleme, eşit durumda olanlara eşit haklar verme gibi üstün ve önemli bir fonksiyona sahipse de, hak ve adaleti müşahhas, elle tutulur hale getirme ve gerçekleştirme iddiasını zımnen de olsa taşıma gibi bir şanssızlığa da sahiptirler. Diğer bir ifadeyle, kanunlar hiç bir zaman hukuk idesini bütün mana ve muhtevasıyla insanlara ulaştırmamaktadır. Hukuk idesinin tezahürü için maddî hukuka ihtiyaç vardır. Tıpkı mûsikînin notalara ihtiyacı olduğu gibi. Fakat hukuk idesinin bü-

32. Özbilgen, Tabii Hukuk, s. 20-22; Ayrıca bkz. Topcuoğlu Hamide, *Yirminci Yüzyılda Tabii Hukuk Rönesansı*, Ankara 1953, s. 66-76, 197 vd.

33. Çağıl, *Tabii Hukuk*, s. 247.

34. Çağıl, *Giriş*, s. 401.

tünüyle maddî hukukta tezahür ettiğini söylemek de imkânsızdır. Pozitif hukuku hak ve adaleti gerçekleştirmede kendi kendine yer görmek, diğer bir ifadeyle adaleti sırf müsbet hukuk içinde aramak, sonuçta kanunla adaleti aynileştirmek gibi yanlış ve tehlikeli bir kanaat uyandırır. Kanun âdil olmalıdır. Fakat kanun, adaletin ve hukukun kendisi değildir. Kanun, muayyen bir prosedür dahilinde ortaya çıkan ve tatbik edilen emir ve yasaklardır. Bu emir ve yasakların pratik meşruiyeti prosedüre uygun olmasına, hukukî meşruiyeti ise hak ve adalete uygunluğuna bağlıdır. Bu husus da, pozitif hukukun üzerinde bir kriterin, yani tabii hukukun mevcudiyetini zarûri kılmaktadır (35).

Tabii hukukun metafizik gerekliliği ve zarureti ise, insan şahsiyetinin nâmütenâhî derinliğinde gizli kıymet ve norm idesinden kaynaklanmaktadır. İnsan, olayların ve vâkıanın sınırlılığı içerisinden temel değer hükümleri ve prensipler çıkarmaya çalışır. İnsanın metafizik kabiliyeti, çevresini ve elde ettiği ampirik bilgileri aşarak realitenin kökenini, kâinatın ve hayatın genel espirisini yakalamaya çalışır. Realitenin ötesindeki salt gerçeği, bütün olayları kuşatan ilk ve genel sebebi arar. Bu kavrayış ve idraklerin farklı usullerde oluşu da tarih boyunca tabii hukukun değişik yorumlarla ortaya çıkmasının nedenini teşkil etmektedir (36). Kaldı ki, insan aklının bütünleştirici yapısı, haliyle insanı, ferdi ve sosyal münasebetlerde genel yürürlüğü olan, farklı tezahürleri telif ve izah eden kapsamlı bir ideyi idrake zorlamaktadır. İşte ruhun derinliklerinde gizli bu ideye ulaşmaya çalışan insan, bu norm ve kıymet idesinin pozitif hukuk yönünde biraz müşahhaslaşmış şekil olan tabii hukuk idesini kavramaktadır (37).

Tabii hukuku gerekli kılan bu iki nokta, aynı zamanda onun fonksiyonunu da belirlemektedir. Nitekim tabii hukukun fonksiyonu, pozitif hukuka örnek olma ve pozitif hukukun adalet ve hakkaniyete uygunluğunu denetleme gibi iki temel noktada özetlenebilir (38). Bu iki fonksiyonun da, tabii hukukun pratik ve metafizik zorunluluğu ile yakın alakası vardır:

d) İslâm Hukukunda Tabii Hukuk Düşüncesi :

Aslında tabii hukuk düşüncesinin Eski Yunan düşünürlerinden itibaren Batı'nın düşünce hayatında aktif bir rol oynadığı,

35. Aral, s. 42; Çağıl, *Tabii Hukuk*, s: 249 -250.

36. Çağıl, *Giriş*, s. 403.

37. Abadan, *Hukuk Felsefesi*, s. 218; Aral, s. 42.

38. Ahmed, s. 7; Aral, s. 38.

buna karşılık Doğu dünyasının tabii hukuk düşüncesine oldukça uzak kaldığı iddiası (39), isimlendirme açısından ele alınırsa, pek yanlış sayılmaz. İlk devirlerden beri Orta ve Uzak Doğunun, ilâhî karakterli dinlerin beşiği olduğu bilinen bir gerçektir. Bu itibarla, Doğu'nun ideal nizam arayışının birbirinin devamı sayılan ilâhî dinler tarafından tatmin edildiği, buna karşılık Batı toplumunun, bu yönden eksiklik çektiği dönemlerde tabii hukuk düşüncesine yöneldiği ve bu düşünce içerisinde fikrî tatmin ve ideal nizam aradığı, mevcut farklılığı izah sadedinde ileri sürülebilir.

Günümüzde bazı hukukçular, orta çağda teolojik hukuk düşüncesinin tabii hukukun yerini aldığından ona hayat hakkı tanımadığını, pozitif hukuk - tabii hukuk düalizmini ortadan kaldırdığını ve tabii hukukun evrenselliği yerine sadece inananları içine alan dar bir hukuk telakkisi getirdiğini ileri sürerek orta çağın tabii hukukun gelişimini engellediğini belirtmektedirler (40). Burada, öncelikle, ilâhî hukuktan ne anlaşıldığının tartışılması ve orta çağ hukukunun ilâhî olan yönünün iyice belirlenmesi gerekir. Yapılacak tanımlar diğer dinlere, Hristiyanlığa ve İslâm dinine göre farklı olacaktır. Hristiyan hukuk telakkisi esas alınarak varılan sonuçlar çoğu zaman İslâm dininin hukuk ve ahlâk anlayışı ile uyuşmayabilir. Çağımızda Batı ile sıkı bilgi alışverişi içinde bulunan yazarlar her nedense bu noktaya dikkat etmekte, gördüğümüz kadarıyla, biraz ihmâlkâr davranmaktadırlar. Ayrıca İslâm hukuku ile ilgili bilgiler genellikle, ya konuya biraz yabancı kaynaklara ya da yaygın kanaatlere dayanmakta olduğundan, konuyu tahlilde kullanılan malzeme çoğu kez yanıltıcı olmaktadır.

Bilindiği gibi müslümanların öncelikle uymak zorunda olduğu kurallar, Allah'ın Hz. Muhammed'e vahiy yoluyla bildirdiği bütün insanlara hitabı, yani Kur'an-ı Kerim ile bunu açıklayan ve gerektiğinde müstakil hüküm koyan Hz. Peygamber'in Sünnetidir. Her ikisi de müslümanlar için iyi, doğru ve güzelin, yani «olması gereken» in modeli ve ölçüsüdür. Bu iki kaynak İslâm hukukunun yazılı kaynağı olup, İslâm hukukunun yazılı olmayan bir kaynağı daha vardır ki, o da «akıl» dır.

Kur'an ve Sünnetin her olay hakkında hüküm koymayıp, geçmiş kuşaklardan devralınan birçok uygulama ve telakkiyi devam ettirdiğini, bir kısmını değiştirdiğini, bir kısmını ise tamamen or-

39. Özbilgen, *Tabii Hukuk*, s. 6.

40. Özbilgen, *Tabii Hukuk*, s. 8-11.

tadan kaldırdığını biliyoruz. Hz. Peygamber'in içinde yetiştiği Cahiliyye toplumunun bir çok iyi ve güzel hasleti İslâm dinince de aynen benimsenmiş ve devam ettirilmiştir. Kur'an ve Sünnet çoğunlukla beşerî münasebetleri değerlendiren ve bütünleştiren genel prensipler vaz etmiş, gerekli gördüğü konularda özel hukuk kuralları koymuş ve bütün bunların, benzeri olaylar için bir ölçü, bir hareket noktası olmasını öğütlemiştir. Nasslar sınırlı, olaylar ise sınırsızdır. Sınırlı yazılı hükümlerin zamanla ortaya çıkan sınırsız olaylara intibakı ise akıl ile olacaktır.

Hicri I. ve kısmen de II. yüzyılda «rey ve ictihat», daha sonra ise kıyas, istihsan, istislah, istishab, örf gibi değişik isim ve kalıplar içinde şekillenen akıl yürütme ve hüküm koyma faaliyeti, İslâm hukukunun, aslı kaynaklarına bağlı fakat her devir ve toplumun ihtiyaçlarına cevap veren canlı bir hukuk sistemi halinde gelişmesine imkân tanımıştır. İslâm hukukunda Kur'an ve Sünnetin açıkça koyduğu kaide ve hükümler yanısıra Kur'an ve Sünnetin lafızlarının yorumlanması sonucu ulaşılan hükümler ve bir de bu iki kaynağın hiç bir açıklama ve işarette bulunmadığı konularda İslâm hukukçularının aklî istidlalle müstakilen koyduğu hükümler vardır. İslâm hukukunun ilâhî vahiyden mi akıldan mı kaynaklandığı veya diğer bir ifadeyle ne derece ilâhî ve ne derece aklî-beşerî olduğu meselesi ancak böyle bir üçlü ayırım içinde cevap bulabilir.

İslâm hukukunun yazılı kaynağı olan Kur'an ve bunu açıklayan Sünnetin koyduğu esaslar, zaman ve şartların değişmesiyle temelde değişmeyen ve doğruluğuna inanılması gereken kurallardır. Bu açıdan İslâm hukukunun ilâhî menşeli hükümleri ve Sünnet ile vaz' edilen esaslar doğmatik karakterli görülür. Bu, konunun bir yönüdür. Diğer taraftan bu esaslar, müslüman için ideal, yani «olması gereken» hukuk nizamının pozitif hukuk yönünde somutlaşmış şeklidir. Diğer bir ifadeyle, pozitif hukukun diğer kural ve kanunlarına öncü ve ölçü durumunda olan kısmen özel ve ekseriya genel hukuk ilkeleridir. İnsan, bu ipucu ile önündeki geniş ve boş sahada kendisi için en uygun, ideal hukuka en yakın pozitif hukuku kuracak ve yaşatacaktır. Bu en iyiyi bulma çabası, mer'î hukukun değişkenliğini ve canlılığını da sağlayan bir âmil-dir.

İslâm hukukunun ilâhî iradedden doğan hükümleri için olan-olması gereken hukuk şeklinde bir ayırımı rastlamayışımız gayet tabiidir. Çünkü bu nevi hükümlerin ilâhî menşeli olması, en iyi

ve en doğru hukuk olması inancını da beraberinde taşımaktadır. Ancak gerek Kelâm ve gerekse İslâm Hukuk Usulünde tartışma konusu olan «Hüsün ve Kubuh» meselesinin konuyla kısmen irtibatı vardır. Güzel - çirkin, iyi - kötü ayırımının Allah'ın iradesinden mi esyanın tabiatından mı doğduğu, vahiyle mi akılla mı bilinebileceği şeklindeki tartışmalar bir bakıma, ilâhi hukukun olması gerekenliğinin kaynağının araştırılması mahiyetindedir (41).

Konunun bir başka yönü ise, Kur'an ve Sünnetin gerek genel ilkelerinin ve gerekse özel hükümlerinin hiç bir zaman aklın evrensel ilkeleri ile çatışma içinde olmayışıdır. Genel ilkelerin evrenselliği açıktır. Özel hükümler ise ya belli bir maksadı temin ya da belli bir ilkeyi tesis için vaz edilmişlerdir. Öyle olunca her iki grup hukuk kurallarını birleştirip bütünlük arzedecek tarzda telif etmek mümkündür. Meselâ Kur'an'da; «Ey inananlar, mallarınızı aranızda haksızlıkla değil, karşılıklı rıza ile yapılan ticaretle yeyin. Haram ile kendinizi mahvetmeyin. Allah şüphesiz size merhamet eder» (42), «Allah şüphesiz adaleti, iyilik yapmayı, yakınlarla bakmayı emreder. Haksızlığı, fenalığı ve haddi aşmayı yasaklar. Tutasınız diye size öğüt verir» (43. «Ey inananlar, akitleri yerine getirin» (44) «Kim zerre kadar iyilik yapmışsa onu görür. Kim de zerre kadar kötülük yapmışsa onu görür» (45), Hadiste ise «Zarar verme ve zarara zararlarla mukabele etme yoktur» (46) buyrulmuştur. Bu ve bezneri hükümler öteden beri aklı selimin de benimseydiği ilkeler, pozitif hukukun uygulamaya ve gerçekleştirmeye çalıştığı prensiplerdir. Konunun en dikkat çekici yönü, bu prensiplerin anlaşılmasının, yorum ve tatbikatının insanlara bırakılmış olmasıdır. Nitekim haksızlık, adalet, ahde vefa, iyilik ve kötülüğün karşılıksız kalmaması, zararın izâle edilmesi gibi ilkelerin muhtevasını tesbit, uygulama alanını tayin ve olaylara tatbikini sağlama her devir ve toplumda insanlara emanet edilmiş, haliyle bu konuda uygulayıcıların duyarlılıkları nisbetinde iyi sonuç alınmıştır. Böyle olunca, ilâhi hukuk esaslarının tabii hukuk idesine aykırılığı söz konusu olmadığı gibi onu ortadan kaldırdığı da pek söylene-
mez. Aksine insan ruhunun namütenâhî derinliğinde gizli hukuk idesinin, ilâhi hukuk tarafından kısmen müşahhaslaştırılarak po-

41. Konu ve Konunun Tabii Hukukla Münasebeti için bkz. : Ahmed, s. 127 vd.

42. en-Nisâ, 4/29.

43. en-Nahl, 16/90.

44. el-Mâide, 5/1.

45. ez-Zilzâl, 99/7 - 8.

46. Mâlik b. Enes, el-Muvatta, Mısır 1951, II, 22.

zitif hukukun öncü ve ölçü kuralları şeklinde ifade edildiği söylenebilir. Zaten İslâm dininin genel esaslarının kabulü ve meşruyeti, insandaki hukuk idesine ve akli selime uygun olması gerçeğiyle izah edilmiyor mu? Bir kısım İslâm ilâhiyatçıları güzel ve çirkinini ilâhi iradeden bağımsız olarak insan aklında ararken, belki de bunu vurgulamak istemişlerdir.

Tabii hukukçuların çeşitli zamanlarda ortaya attıkları ve bayrak edindikleri ve Batı'daki birçok köklü değişimin temelinde yatan tabii hukuk ilkelerinin İslâm dininin yazılı kaynaklarıyla uyum içinde olduğu çoğu zaman rahatlıkla söylenebilir. Meselâ, tabii hukukun temel kavramlarından olan «adalet» i ele alalım. XVII. yüzyıl düşünürlerinden Grotius adaleti, «başkasına zarar vermeme», «herkese kendine ait olanı verme», «hakka saygı», «her insana hakettiği cezanın verilmesi», «ahde vefa ilkesi» ile izah etmektedir. XVIII. yüzyılda ise Thomasius adaleti «sana yapılmasını istemediğin şeyi sen de başkasına yapma», «başkalarının kendilerine yapmalarını istediğin şeyi sen de kendine yap» ve «başkalarının sana yapmalarını istediğin şeyi sen de başkalarına yap» şeklinde üç kademeli bir ahlak anlayışı içinde tanımlamaktadır (47). Bütün bu esasları yaklaşık on - onbir yüzyıl öncesi Kur'an ve Sünnet genel ilke olarak vaz' etmiştir. Benzeri müşahhas tabii hukuk prensipleri için de aynı şeyler söylenebilir. Kaldı ki yukarıda adı geçen her iki Batılı düşünür de, tabii hukuku din ve ahlaktan ayırıp laikleştirme yönünde büyük çabalarıyla tanınırlar (48).

İslâm dininde akli selim, din ölçüsünde korunmaya değer görülmüş, hayatın beş zarûri esasından biri sayılmış ve akli zedeleyecek her türlü davranış ve yöneliş yasaklanmıştır (49). Böyle olunca İslâmın yazılı kaynaklarının, aklın küllî prensiplerini genel hukuk ilkeleri olarak takdim etmesi gayet tabiidir. Biz bunları, İslâm hukukunun temel prensiplerini tabii hukuk açısından doğrulama

47. Öktem, Hukuk Felsefesi, s. 62 - 63.

48. Batı'da orta çağın teolojik hukuk telakkisine karşı XVII. yüzyıldan itibaren başlatılan hukukun laikleştirilmesi çabası, ilâhi hukuku pozitif hukuk kuralları haline getirmeyi veya pozitif hukuku ilâhi hukukun dokümanlığından yararlandırmayı amaçlayan otoriteye ve bu konuda yanlış bir tutum içinde olan kiliseye karşı bir reaksiyondan ibarettir. Yoksa ki bunu ilâhi hukukun küllî prensiplerine karşı verilmiş bir bağımsızlık mücadelesi olarak değerlendirmek yanlış olur.

49. İbn Emîrî'l-Hâcc, Muhammed b. Muhammed, **et-Takrîr ve't-Tahrîr**, Bulak 1316, III, 144; Abdulhamîd, Nizâmuddîn, **«Tatavvuru'l-Fikhi'l-İslâmî ve Masâdiruhu'l-Akîyye»**, Mecelletü Külliyyeti's-Şerî'a, Câmîatiü Bağdâd, s. 7, Bağdad 1981, s. 127 - 128.

gayretiyle değil, tabii hukuk düşünce ve ilkelerinin İslâmın özüne aykırı olmadığını belirtmek amacıyla ifade ediyoruz. Zaman zaman, ilâhî iradeden doğan prensiplerin evrensel hukuk idesine aykırı düştüğü zannedilse bile, bu, ya dinin esaslarının iyi kavranmamasından, ya da tabii hukuk prensiplerinin yanlış tanımlanmasından ve aşırı müşahhaslaştırılmasından kaynaklanmaktadır.

Bu açıklamalardan sonra yukarda işaret ettiğimiz yaygın yanlışlığa tekrar dönüyoruz. İslâm hukukunun zaman içerisinde hukuk ekolleri tarafından işlenip tedvin edilmesi ve bir bütünüük arzeden tarzda sistemleştirilmesi, konuya yabancı doğulu ve batılı birçok araştırmacıyı yanıltmış ve bu haliyle İslâm hukukunun tamamıyla ilâhî iradenin mahsulü olduğu ve dokunulmaz - değiştirilmez bir yapıya büründüğü kanaatini vermiştir. Halbuki İslâm hukukçularının büyük bir minnet ve vefa ile anmak zorunda olduğumuz üstün gayretleri sadece, İslâm hukukunun yazılı kaynaklarını anlamak, yorumlamak ve bunların ışığında toplumlarının problemlerini çözmek olmuştur. İslâm hukukunun donukluğunu ileri sürenler, özle yorumu, ilâhî kaynakla akli kaynağı birbirinden tefrik etmede gerekli özeni göstermedikleri için böyle bir yanlışlığa düşmektedirler.

İslâm hukukunun yazılı kaynaklarında mevcut açık hükümleri hukuk idesi açısından tartışmayan İslâm hukukçuları, buna karşılık gerek Kur'an ve Sünnetin yorumlanmasında ve gerekse iki kaynağın hakkında açıklamada bulunmadığı konularda akli istidlalle yeni hüküm konması ameliyesinde, olan - olması gereken ayırımı yapmışlardır. İslâm hukukundaki bu düalist yaklaşım, metodolojik kalıplar içerisinde ulaşan ve bir bakıma pozitif mahiyet kazanan hukukî hükümlerin gerçekte olması gereken sonuç olup olmadığı, diğer bir anlatımla, somut sonucun İslâm dininin ruhuna ve genel esaslarına uygun olup olmadığı tartışmasını başlatmaktadır. İslâm hukuk ekollerinin oluşturduğu geniş yelpaze ve karşılıklı hoşgörü ortamı bu yöndeki gelişmeleri destekleyen ve besleyen önemli bir faktör olmuştur. Bu itibarla olan - olması gereken hukuk ayırımı İslâmın yazılı kaynaklarında değil de bu yazılı kaynakları yorumlayıp güncelleştiren İslâm hukukçularının rey ve icthatlarında veya mevcut doktriner hukuk ekollerinden birini resmileştiren yönetimin görüş ve tasarruflarını değerlendirmede ortaya çıkmıştır. Bu konuda en büyük güç kaynağı da haliyle Kur'an ve Sünnet ile vaz' edilen İslâm dininin genel prensipleridir. İşte bu düşünce tarzının en açık örneklerinden biri de İslâm hukukçularının «istihsan» ve «istislah» anlayışıdır.

e) İstihsan :

Hicrî I. ve kısmen de II. yüzyıl içinde, müslüman toplumun yeni problem ve ihtiyaçlarına cevap bulma zarureti, İslâm hukukçularını rey ve icthada dayanarak nasları yorumlama ve yeni hüküm koyma faaliyetine sevketmiştir. Hicrî II. yüzyılın ikinci yarısından itibaren gelişmeye başlayan hukuk ekolleri, bu yaygın ve biraz da kuralsız ve sistemsiz olan ve bu yüzden zaman zaman birtakım ciddi itirazlara hedef olan «rey ile hüküm verme» faaliyetini, «kıyas» (analogy) adı altında metodolojik bir kalıba, muayyen bir prosüdüre oturtmuştur. Kıyas, nassa dayanan meselenin hükmünü, aynı illeti taşıyan ve hakkında nas bulunmayan bir başka mesele için de geçerli kılmaktadır (50). Bununla birlikte kıyasla varılan sonuç her zaman İslâm hukukunun genel esaslarına uygun düşmediği için, özellikle Hanefî hukuk ekolünde, «istihsan» adı altında kıyasa nazaran biraz daha serbest bir hüküm çıkarma usûlü geliştirilmiş ve bu metod giderek, buna başlangıçta karşı çıkan Şafiî hukukçular da dahil, diğer hukuk ekollerince de benimsenmiş, başka isimler altında da olsa kullanılmaya başlanmıştır.

İstihsan kelimesi arapçada h-s-n kök harflerinden türer ve lûgat olarak, bir şeyi güzel görmek, iyi bulmak anlamındadır. İngilizceye «approval» (51), «preference» (52), «unreasoned preference» (53) gibi terimlerle tercüme edilmektedir. İslâm hukuk usûlünde istihsanın birçok tarifi yapılmıştır. Meselâ; Hanefî hukukçulardan el-Kerhî (v. 340/951) istihsanı «kuvvetli bir gerekçe sebebiyle bir meselede, benzerlerinin hükmünden başka bir hükme dönme», el-Pezdevî (v. 483/1090), «bir kıyasın gerektirdiği hükümden daha kuvvetli bir kıyas meyletme» şeklinde (54), es-Serahsî ise (v. 483/1090), «kıyası terkedip insanlar için en uygun olan ciheti alma,

50. Kıyas hakkında geniş bilgi için bkz.: Şener, Abdulkadir, *Kıyas, İstihsan, İstislah*, Diyanet İşleri Bşk. Yay., Ankara 1974, s. 67 vd.; Hallaf, Abdulvehhâb, *Masâdiru't-Teşrî'i-İslâmî Fimâ Lâ Nassa Fih*, Kuveyt 1970, s. 19, vd, Abdulhamîd, s. 128 vd.
51. Schacht, Joseph, *An Introduction To Islamic Law*, Oxford University Press, London 1964, p. 37, 60.
52. Schacht, *The Origins Of Muhammadan Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford 1975, p. 98; Coulson, N.J., *A History Of Islamic Law*, University Press, Edinburgh 1964, p. 40; Mahmassani, Suphi, *The Philosophy of Jurisprudence In Islam*, Translated by Farhat J. Ziadeh, E. J. Brill, Leiden 1961, p. 85.
53. Hasan, Ahmad, *The Early Development of Islamic Jurisprudence*, Islamabad 1970, p. 145.
54. el-Buhârî, Abdulazîz Ahmed b. Muhammed, *Keşfu'l-Esrâr*, İstanbul 1307, II, 1123.

kolaylık, müsamaha ve ruhsata göre hareket etme» (55) veya «açık kıyasla çatışan ve ondan daha kuvvetli olan delili alma» (56) şeklinde tarif etmektedir. Diğer hukuk ekollerinin istihsan tarif ve anlayışları da pek farklı değildir (57).

Yapılan bütün tarifler göz önünde bulundurulursa istihsanı şöyle anlamak mümkündür : İstihsan, bir konuda şer'i delilin gerektirdiği bir hükümden, daha kuvvetli ikinci bir şer'i delile dayanarak vazgeçmektir. Diğer bir anlatımla; Kitap, Sünnet veya icmâdaki daha kuvvetli bir delil veya zaruret ve âmme menfaati gibi gerekçeler sebebiyle kıyasın kurallarına aykırı bir hükme varmaktadır (58).

Gerek müslüman ve gerekse batılı İslâm araştırmacıları istihsanın mahiyeti, doğuş sebebi, kullanım alanı, delil olarak kuvveti gibi konular üzerinde hayli durmuşlardır. Biz bu tartışma ve ayrıntılara girmeksizin istihsanı sadece tabii hukuk düşüncesi açısından değerlendirmeye çalışacağız.

Kur'an'ın «Sözü dinleyip de en güzeline uyan kurallarımı müdele» hitabı (59), insanlara en iyiyi ve en güzel öğütlemektedir. Hz. Peygamber akit esnasında mevcut olmayan (ma'dûm) malın satışını yasakladığı halde (60) selem (61) ve istisna' (62) akitle-rine müsaade etmiştir. Halbuki her iki akitte de ortada olmayan mal üzerinde akit yapılmaktadır. Akit esnasında mevcut olmayan

55. es-Serahsî, Ebû Bekr Muhammed b. Ebî Sehl, *el-Mebsût*, Nşr. Dâru'l-Ma'rife, Beyrut 1978, X, 145.
56. es-Serahsî, *Usûl*, Nşr. Dâru'l-Ma'rife, Beyrut 1973, II, 200.
57. Bkz. İbn Teymiyye, Ahmed b. Abdulhalim, *el-Müsevvede Fi Usûli'l-Fıkıh*, Kâhire 1983, s. 401-404; eş-Şâtîbî, Ebû Ishâk İbrahim b. Mûsâ, *el-İ'tisâm*, Mısır-1332, II, 138-140; Hallaf, s. 69-72; Zeydan, Abdulkerim, *el-Veciz Fi Usûli'l-Fıkıh*, İstanbul 1979, s. 193-194.
58. Şener, s. 118.
59. ez-Zümmer, 39/17-18.
60. Yasakla ilgili hadisler için bkz.: el-Buhârî, Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmâ'îl, *es-Sahîh* İstanbul 1315, III, 24-25, 33-34; eş-Şevkânî, Muhammed b. Ali, *Neylu'l-Evtâr*, Mısır t.z., V, 166-168, 195-197.
61. Selem Akdi, peşin ödeme ile vadeli malın satın alınmasıdır. Bkz. ez-Zuhaylî, Vehbe, *el-Fıkhu'l-İslâmî Fi Ustûbihi'l-Cedîd*, Dimâşk 1975, I, 380 vd.) Caiz olduğunu bildiren hadisler için bkz.: el-Buhârî, *es-Sahîh*, III, 43-46; eş-Şevkânî, V, 255, 258.
62. İstisnâ' (eser) akdi ise, sanatkâr veya müteahhide belli bir imalat ve inşayı ücret karşılığında sipariş verme akdidir. (Bkz.: ez-Zuhaylî, I, 418 vd.) İstisnâ' akdinin meşruiyetini Hz. Peygamberin takriri sünnetinden ve cevâzi üzerinde vuku bulan icmâdan anlıyoruz.

menfaatin kiralanması (icâre) akdi de böyledir. Bilindiği gibi, madunun satışının yasaklanması, haksız kazancı ve beklenmedik mağduriyetleri önleme bakımından son derece önemli bir ilkedir. Fakat insanların öteden beri, yukarıda zikredilen akitlere de ihtiyaçları vardır. Bu ihtiyacın giderilmesi, kurala bağlı kalıp bunları yasaklamadan daha âdil ve uygun görüldüğü için bu akit nevelerine izin verilmiştir (63). Hz. Ömer, komşu tarlaya su yolu vermek istenmeyen bir sahâbinin tarlasından zorla su yolu açtırmıştır (64). Bu olay katı kuralcılığı bırakıp hak ve adalete göre hüküm vermenin açık bir örneğidir. Çünkü özel mülkiyetin korunması kadar, başkasının zararının da imkân dahilinde giderilmesi gerekir. Olayda, çok cüz'î bir zararla komşunun büyük zararını önleme yolu tercih edilmiştir.

İslâm hukuk ekolleri, bilhassa Hanefiler, bu uygulamalardan hareketle kurallara bağlılığın zaman zaman doğurduğu olumsuz sonuçları istihsan adı altında daha geniş ve serbest zeminde ele almışlar, konuyu İslâm hukukunun genel prensipleri, bütün müslümanların ittifakı veya ortak ihtiyacı, kolaylığı sağlama gibi açılardan tekrar incelemişler ve daha uygun ve âdil bir sonuca varmaya çalışmışlardır. Bu cümleden olarak, Ebu Hanife'ye (v. 150/767) göre; şahitler zina suçuna ayrı ayrı yönlerden şahitlikte bulunsalar, kıyas gereği suçun sabit olmadığına hüküm vermek ve şahitlere zina iftirası cezası (hadd-i kazf) uygulamak gerekir. Fakat bu hüküm «suçlunun cezalandırılması» ilkesine, daha doğrusu adâlet düşüncesine aykırı düştüğünden, istihsanen bu dört şahidin şahitliklerini kabul edip suçluya zina cezasının uygulanmasına gidilmelidir (65).

İslâm hukukunun bilinen kaidelerinden biri de «emîn kimse-nin, tıpkı kendisine mal emanet edilen kimse gibi, tazmin mes'uliyeti içinde olmayacağı» ilkesidir. Şirket malı ortağın elinde, kiralanın mal kiracının elinde, malzeme işçi ve sanatkârın elinde emanet hükmünde olacağından bu kimselerin kasdı ve kusuru bulunmadıkça, malın zâyi olmasından sorumlu tutulmazlar (66). Kaide bu olmakla birlikte Hanefî imamlardan Ebû Yûsuf (v. 182/798) ve İmam Muhammed (v. 189/805), esnaf ve sanatkârların müşte-

63. es-Serahsî, Usûl, II, 203.

64. Mâlik, el-Muvatta, II, 122.

65. eş-Şatîbî, el-İ'tisâm, II, 140-141.

66. ez-Zerkâ, Mustafa Ahmed, el-Fıkhu'l-İslâmî Fî Sevbihî'l-Cedîd, Dimaşk 1967, I, 548.

rinin malını, zayıfında kusurları bulunmasa bile tazmin edeceklerini, ancak umûmî âfetler sonucu helak olmuşsa o zaman sorumlu olmayacaklarını bildirmişlerdir. İmâmeyn, emanet hükümündeki malın tazmin edilmeyeceği kuralına aykırı da olsa, hile ve suistimal kapısının açılmasını engellemek ve halkın mallarını korumak gayesiyle istihsanen böyle hüküm vermişlerdir (67). Yırtıcı kuşların artığının pis sayılmaması, dinî hizmetlerin ifası karşılığında ücret alınmasının cevazı, kuyuların temizlenmesi, menkul malların vakfedilebilmesi, gasbedilen yetim, vakıf ve devlet malının tazmini gibi bir çok meselede kaideye sıkı bağlılık yerine insanların ihtiyaçları, kamu yararı, zaruret, hak ve adalet gibi genel esaslar göz önünde bulundurulurak hüküm verme yoluna gidilmiştir.

Misalleri çoğaltmak mümkündür. Burada hemen ifade edelim ki, metod olarak istihsanı benimseyen Mâlikî ve Hanbelî hukukcular da ve hatta istihsana kelime olarak karşı çıkmakla birlikte esasta «istishâb» adı altında benzeri usûle başvuran Şafîî hukukcular da bir çok hukukî olayda katı kuralı değil, o kurala da hakim temel kaideyi, İslâm hukukunun umûmî prensiplerini esas almışlardır.

İstihsanın yaygın, fakat şahsen fazla teknik bulmadığımız, sünnete, örf ve icmâya ve zarurete göre üçlü taksime tabii tutulması ve bunun «istihsanu'î-kıyâs» ın dışında mütalaa edilmesi, istihsanın dayandığı hukukî gerekçeyi tam izah edememektedir. Aslında istihsan, metodolojik kaideler sonucu ulaşılan hükümleri Kur'an ve Sünnetin umûmî esaslarına arz etme, daha yerinde bir ifadeyle, insan ruhunda mündemic hakkaniyet ve adalet idesi açısından yeniden inceleme amelîyesidir. Dikkat edilirse, istihsan ile karşı çıkılan ve ekseriye «aşikâr (celî) kıyas» diye adlandırılıp fazla itibar edilmeyen hüküm, İslâm hukukundaki kaidelerden birinin fer'î bir olaya tatbikinden ibarettir. Fakat kâide, sadece hukukî cihet göz önünde bulundurulup, tatbik alanı, doğuracağı sonuçlar, hakkaniyet ve nısfete ne derece uygunluğu gibi noktalar hesaba katılmadan uygulandığında fazla isabetli bir sonuç elde edilmektedir. İşte bu sonuç, nasların yorumlanmasında ve yeni hükümler konmasında daima göz önünde bulundurulan hak ve adalet ölçüsü ile yeniden değerlendirilmekte ve mahzur telâfi edilmektedir. Böylece, İslâm hukukunun yazılı kaynakları açısından söz konusu edilmeyen olan - olması gereken düalizmi burada, pozitif

67. el-Kâsânî, Alâuddin Ebû Bekr b. Mes'ûd, *Bedâyi's-Sanayi' Fî Tertibi's-Şerâyi'*, Beyrut 1974, IV, 210.

hukuk - âdil hukuk şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu bir bakıma, tabii hukukun temel düşüncelerinden olan «adalet» kavramında «dağıtıcı adalet» ve «denkleştirici adalet» den sonra «hakkaniyet» esasını da gözetme aşamasıdır. Diğer bir ifadeyle, rasyonel hukuk ilkelerine, XIX. ve XX yüzyıl Avrupasında olduğu gibi, sosyal muhteva da kazandırma teşebbüsleridir.

Hanefilerin istihšana çokca başvurmuş olmasında, hüsün ve kubun» konusunda daha akılcı düşünmüş olmalarının her halde büyük etkisi vardır. Nitekim Şafii hukukçulardan el-Gazzâli (v. 505/1111), yukarıda örnek kabilinden zikrettiğimiz olayda Ebû Hanife'nin dört şahidin şahitliğini kabul etmesini tenkit ederken, Ebû Hanife'nin «müslümanları yalancı çıkarmanın çirkin, doğrulamamanın ise güzel olması» noktasından hareket ettiğini de kaydeder (68). Maliki hukukçu ve düşünür İbn Rüşd'ün (v. 595/1198) istihşamı «adalet ve kamu yararına dönüş» olarak tanımlaması bu açıdan dikkat çekicidir (69).

f) İstislah :

Lügat olarak, bir şeyin ıslahını, düzeltilip iyi hale getirilmesini istemek anlamında olup, s-l-h kök harflerinden türer. İslâm hukuk usûlünde ise, hakkında nass veya icma bulunmayan bir olayda, Şari' tarafından dikkate alınıp alınmayacağı bildirilmemiş bir maslahata (maslahat-ı mürsele) dayanarak hüküm verme işidir. Diğer bir anlatımla istislah, «mesalih-i mürsele» yi (publib interest) esas alarak hüküm koymadır (70).

İslâm dininin emir ve yasakları bir takım kuvvetli gerçeklere dayanır ve esaslı maksatları hedef alır. Daha doğrusu, İslâm dininin koyduğu her hüküm, gerçekte insanların yararınadır. Bununla birlikte Şari' vaz' edilen şer'i hükmün gerekçesini (illet) bazan açıklamış, bazan da bu yönde hiç bir açıklamada bulunmayarak bunun araştırılıp anlaşılmasını insanların idrak ve sezgilerine bırakmıştır. İslâm hukukçuları, açıklanan gerekçeyi (illet-i mansûsa) bu gerekçenin sözkonusu olduğu her benzer olaya uygulamaya, gerekçesi açıklanmayan hükümlerde ise, önce gerekçeyi tesbit edip sonra hükmün uygulama alanını belirlemeye çalışmışlardır.

68. el-Gazzâli, Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed, *el-Mustasfâ Fi İlmî'l-Usûl*, Bulak 1324, I, 281-282.

69. ez-Zerkâ, I, 88.

70. Hallâf, s. 85-86; Ayrıca bkz. : el-Bütî, Saîd Ramadân, *Davâbitü'l-Maslahat Fî's-Şer'i'ati'l-İslâmiyye*, Beyrut 1982; Mahmassani, s. 87; Şener, s. 137-138; ez-Zerkâ, I, 90.

Biz bütün bu metodolojik çalışmaların genel olarak «kıyas» adı altında yürütüldüğünü biliyoruz. İstislahta ise, karşımıza çıkan olay hakkında hem Şâri'nin bir hükmü yoktur ve hem de olayda hangi tür bir gerekçenin ve gâyenin esas alınacağı belirli değildir. Diğer bir ifadeyle, hem olay hakkında hüküm vermek ve hem de hükmün dayanacağı gerekçeyi ve gerçekleştireceği maksadı tâyin etmek insana düşmektedir. Zaten esas alınacak maslahata, herhangi bir kayıt ve şarta tabi olmadığı için, sözlük manasına uygun olarak «maslahat-ı mürsele» denmesinin sebebi budur (71).

İslâm dini cemiyetin ayakta kalması ve insanların huzur ve güven içinde yaşaması için «din», «can», «akıl», «nesil» ve «mal» şeklinde beş esasın korunmasını konu ve gaye edinmiştir. Zaten bu beş esasın dokunulmazlığı ve korunmasının gerekliliği üzerinde hemen hemen bütün dinler ve pozitif hukuk sistemleri müttefiktir. İslâm hukukunda bu beş esasa «zarurî maslahatlar» veya «makâsıdu's-şerîa» denilir (72). Dinî emir ve yasaklar, ibadetler, ruhsatlar, cezalar vs. hep bu beş muteber maslahatı idâme ve muhafaza gayesiyle vaz' edilmişlerdir. İkinci derecede ise, insanların ihtiyaçlarını, sıkıntılarını gidermeyi ve beş temel maksadın işleyişini kolaylaştırmayı hedef alan maslahatlar bulunur ki buna, «hâciyat» denilir. Üçüncü kademedede ise, insanların ahlâkî olgunluğunu, faziletlerini ve âdâbını konu alan maslahatlar, yani «tahsinîyyât» yer alır (73). İşte istislah delili kullanılırken, öncelikle en zarurî ve önemli olanını almak kaydıyla, İslâm hukukunun muteber saydığı ve üç kademeye ayırdığı bu maslahatların korunması ve devam ettirilmesi esas alınarak hüküm verilir. İstislahın temel amacı, iyiliği (maslahat) gerçekleştirmek ve kötülüğü (mefsedet) önlemektir. Mefsedet maslahatın zıddı olup, fiillerin bu vasıfları almaları, yukarıda zikredilen beş temel maksatla olan münasebetlerine bağlıdır.

Şâri'nin hükümlerinin bir takım maslahat ve hikmetlere dayandığını biliyoruz. Ancak şu var ki, hüküm verirken göz önüne alınacak yarar ve zarar mefhumları zamanla ve toplumdan topluma değişir. Yeni durum ve şartlara göre Şâri'nin güttüğü maksatların takibi, maslahat ve mefsedet mefhumlarının yeniden ele alınması gerekir. Nitekim, ilk halife Hz. Ebû Bekir Kur'an'ın da-

71. Hallaf, s. 88; Şener, s. 137; Abdulhamîd, s. 175-176.

72. eş-Şâtıbî, el-Muvâfakât Fi Usûli's-Şerî'a, Beyrut 1975, II, 10 vd. İbn Emîri'l-Hâcc, III, 143-144; Zeydan, Usûl, s. 322-323.

73. eş-Şâtıbî, el-Muvâfakât, II, 10-11; Zeydan, Usûl, s. 324-325.

ğınık sayfalarını toplatmış, zekât vermeyenlerle savaşmış, Hz. Omer fethedilen Irak topraklarını savaşılanlara dağıtmamış, mülkiyetini hazineye ait kılarak eski sahiplerine vergi karşılığı geri vermiş, «müellefe-i kulüb» a (74) zekât gelirlerinden pay ayırmamış, bir kişiyi taammüden öldüren (linç eden) topluluğun da tek tek öldürülmesine hükmetmiş, kıtlık yılında hırsızlık cezasını infaz etmemiştir. Hz. Osman, Hz. Peygamberin başıboş bırakılmasını istediği sahipsiz develeri devlet eliyle satıp sahibine parasını vermiş, Hz. Ali ise bu develeri büyük bir ahırda toplayarak öylece koruma altına almıştır (75).

Râşid Halifeleri takip eden devirlerde de İslâm hukukçuları ve mezhep imamı aynı şekilde âmme menfaatini, iyiliğin teminini ve kötülüğün engellenmesini esas alarak mevcut şer'î hükümleri değerlendirmişler ve yeni hükümler koymuşlardır.

Bilhassa Mâlikî hukuk ekolünde istislah çok geniş bir uygulama alanı bulmuş, hüküm vermede ve mevcut hükümleri değerlendirmede âmme menfaatini temin etme, zarar ve kötülüğü engelleme, sıkıntıyı giderme ve iyiliği gerçekleştirme şeklinde çok maksatlı bir muhteva ve işleyiş kazanmıştır (76). Zaten Şâri de koyduğu hükümlerde bu tür maksatları gözetmiştir.

İstislah terimi genellikle Mâlikîler ve Hanbelîler tarafından benimsenmiş ve Malikî hukukçular İstishabı müstakil bir şer'î delil olarak çok genişletmişlerdir. Buna karşılık, istislahı prensip olarak benimseyen Hanefîler âmme menfaatlerini ve şer'î maslahatları gözetilen hükümlere daha ziyade, çok geniş bir muhtevâ kazandırdıkları «istihsan» delili içinde, muteber olup olmadığı hakkında hiç bir şer'î delil bulunmayan maslahatları (masâlih-i mürsele) prensip olarak delil almayan Şafiîler ise bu tür hükümlere «istishâb» delili içinde ulaşmışlardır (77). Gördüğümüz kadarıyla konu, daha çok bir terminoloji tartışması mahiyetindedir.

Her ne kadar savunucuları farklı da olsa, maslahat ve mefset ile hüsün ve kubuh meselesinin yakın alakası vardır. Fiilin gü-

74. Kalplerini İslâma ısındırmak veya şerlerinden müslümanları korumak gayesiyle hazineden yardım yapılan kimseler.

75. Bkz.: el-Bâcî, Ebu'l-Velid Süleyman b. Halef, el-Müntekâ, Mısır 1331, VI, 143-144; el-Bûti, s. 353 vd.; Zeydan, el-Medhal li-Dirâseti's-Şer'iati'l-İslâmiyye, Bağdad 1972, s. 122 vd.

76. Mâlikîlerin, Medîne halkının müşterek uygulamasını hukûkî delil ve mesned saymaları da konuyla irtibatlıdır.

77. el-Bûti, s. 370 vd.; Şener, s. 144-148.

zellik ve çirkinliği gibi maslahat ve mefsetin de çoğunlukla insan aklı ile kavranabileceğinde Mutezile ile Maturûdî âlimler ve çoğunluk Hanefî usulcüler birleşmişlerdir. Mutezile âlimlerin ayrıldığı nokta, aklın kavrayacağı bu güzellik ve çirkinliğin, dolayısıyla maslahat ve mefsetin bağlayıcılığı ve Allah'a vacib oluşu noktasında toplanmaktadır (78).

Konuya tabii hukuk açısından yaklaştığımızda, İslâm hukukcularının istislah ve maslahat delilini kullanırken de insan ruhunda mühdemic olan ve İslâmın genel prensipleriyle daha da müşahhaslaşan hak ve adalet düşüncesinden hareket ederek görüş beyanında bulduklarını ve dinî nasları bu ölçü içinde değerlendirdiklerini görürüz. Bu itibarla gerek istihsan ve gerekse istislah, müslümanların fiilî ittifakını esas alan ve daha çok icraî bir yönü bulunan «icma» ile, fiilî uygulamalarını ve yaygın benimsemelerini delil alan «örf» deliline göre daha teorik mahiyettedir. İslâm hukukunun aslı ve yazılı kaynaklarında vaz' edilen hükümler belli bir hikmet ve insanların maslahatı ile mualleldir (79). Yani dinin amacı insan ve insanın gerçek menfaatlarıdır. Hatta Hanbelî âlimlerden Necmuddîn et-Tûfî (v. 716/1316), koyduğu hükümlerde insanların maslahatını gözetmesinin Allah'a vacib olduğunu belirtmiş, cezalarda ve ibadetlerde nasların ve icmanın, muamelatta ise maslahatın alınacağını savunmuştur. Diğer bir ifadeyle, maslahatı muamelat konusunda Kur'an'ın nassından, Sünnetten ve icmadan daha kuvvetli bir delil kabul etmiştir (80). Tûfî konuya ilişkin yazdığı risalesinde maslahatı icmâdan daha kuvvetli bir delil kabul etmekle bir bakıma müslümanların fiilî ittifakını âmme menfaati ve adalet açısından yeniden değerlendirmekte ve bu yönde de bir olan - olması gereken münakaşasını başlatmak istemektedir. Maslahatın Kur'an ve Sünnetten önce gelmesi ise, Kur'an ve Sünnetin naslarının insanların maslahatı gözetliyerek vaz' edil-

78. et-Taftazânî, Sa'duddîn, Şerhu't-Telviḥ ale't-Tavdih, Beyrut tz., s. 172 vd.; eş-Şevkanî, İrşadu'l-Fuhul, Beyrut tz., s. 6-8.

79. İbn Abdüsselâm, Ebû Muhammed Abdulazîz, Kavaidu'l-Ahkâm Fi Masâlihi'l-Enâm, Beyrut t., c. I, s. 9 vd.; İbn Kayyım, Şemsüddîn Ebu Abdillah Muhammed b. Ebî Bekr, İ'lâmu'l-Muvakkı'n, Beyrut 1973, c. III, s. 3. İbn Emîri'l-Hâcc, III, 142; Hallaf, s. 86, 90; Mahmâssani, p. 106-107.

80. Geniş bilgi için bkz.: et-Tûfî, Necmuddîn Süleyman b. Abdilkavî, Risâle Fi Ri'âyeti'l-Maslaha, (Bu risale, Hallaf'ın yukarıda adı geçen «Masadiru'l-Tesri...» adlı kitabının 105-144 sayfaları arasında yayımlanmıştır.) Şener, s. 151-152; Bununla birlikte Saîd Ramadân el-Bûtî, Tûfî'nin bu görüşüne şiddetle karşı çıkmakta ve bunu şâzz bir görüş olarak değerlendirmektedir. Bkz. el-Bûtî, s. 202-215.

diği, bu açıdan değerlendirilip yorumlanacağı, bu itibarla, maslahatın esas gaye, nasların ise bunu gerçekleştirmede vasıta olması anlamındadır (81).

S O N U Ç :

Bilindiği gibi Batı'nın hukuk felsefesi tarihi hemen hemen tabii hukuk düşüncesi tarihinden ibarettir. Tabii hukuk, Batı'nın düşünce hayatında, hatta zaman zaman siyasî ve içtimai hayatında müessir rol oynamış, pozitif hukukun eleştirisinde ve yenilenmesinde dayanak noktası olmuştur. Batı'nın daima canlı tuttuğu tabii hukuk düşüncesini bir ideal hukuk arayışı olarak izah etmek mümkün olduğu gibi, insan tabiatında mevcut hukuk idesinin zarurî tezahürü olarak görmek de mümkündür.

Doğu'ya gelince, gördüğümüz kadarıyla, İslâm dünyasında «tabii hukuk» adı altında bir ideal hukuk düşüncesine ve diğer taraflı pozitif hukuka dayanan bir düalizme genelde raslamıyoruz. Buna karşılık, «mutlak adl ve hüsn» kavramları içerisinde teşekkül eden bir «en âdil ve ideal hukuk» düşüncesine ve belli alanlarda da pozitif ve rasyonel hukuk - âdil hukuk ayırımına rasladığımızı rahatlıkla söyleyebiliriz.

Müslüman için en âdil ve ideal hukuk, ilâhî hak ve adalettir. İlahî hak ve adaletin, yani mahz adaletin tamamen ve nihai olarak gerçekleşeceği yer Ahiret hayatıdır. İslâm dininin dünyada mutlak adalet ve hakikatı gerçekleştirme gibi gayret ve iddası yoktur. Kur'an'ın gerek genel ilkeleri ve gerekse özel hukuka ilişkin hükümleri, ilâhî adaletin insanlar ve içinde yaşadığı çevre yönünde müşahhaslaşmış ve bir kısmı da genel pozitif hukuk ilkeleri halini almış şeklidir. İnsanlar kendilerini kuşatan bütün olumsuz şart ve âmillere rağmen bu ölçü ve ilkeleri esas alarak kendileri için en âdil gözüken hukukî nizamı kuracaklardır. Fakat ulaştıkları bu sonucun en âdil ve nihai hukuk olmayacağı da açıktır. Böylece en âdil ve ideal hukuku yakalama çabası mer'î hukuku canlı tutacak ve sürekli geliştirecektir. İnsanın zihnindeki hak ve adalet düşüncesiyle, çevresinde ve toplumunda gözle görülür, elle tutulur hale gelen hak ve adalet arasında önemli derecede farklılık vardır. Bu bir bakıma ruh ile beden tezadı gibidir. Fakat insan zihnindeki adalet ve hak idesi de, ne kadar fikrî planda kalırsa kal-

81. et-Tûfi, s. 141 (Bu sayfa numarası Hallaf'ın sözkonusu eserinin sayfa numarasıdır.)

sın, maddeye bağımlı olarak ve kıyaslamalar koluyla idrak edileceği için mutlak ve bağımsız bir mahiyette değildir. İlahî hak ve adalet ise mutlak olup, her türlü subjektif unsurdan bağımsızdır. İşte bu açıdan hukuk idesinin ilâhî adaletle, tabii hukuk düşüncesinin ise kısmen İslâm hukukunun ilâhî kaynaklarıyla aynileştiğini görürüz. Fakat bu kısmî aynileşme İslâm hukukunda mahiyet itibariyle tabii hukuk düşüncesinin ve olan - olması gereken düalizminin tamamen ortadan kalktığı anlamına gelmez. Belki aklı selim, Şâri'nin de açık desteği ile şer'î hükümlerden olması gerekeni çıkaracak ve bu makyası çevresel şartlara tatbik ederek, olanı olması gereken haline getirme gayreti içine girecektir. Diğer bir ifadeyle, Şâri'nin insanı bu tezad içerisinde yalnız bırakmaması ve olması gerekenin kavgasını veren aklı selimi şer'î hüküm ile desteklemesi, İslâm düşünürlerinin tabiriyle «ilâhî inâyet» veya daha genel bir ifadeyle bir «lütûf ve merhamet» ten başka bir şey değildir.

Daha önce, tabii hukukun her devir ve hukuk sisteminde farklı bir muhteva ile ortaya çıktığını, çağlarının ihtiyaç ve sıkıntılara göre tabii hukuk doktrinlerinin her devirde farklı hareket noktaları seçtiklerini görmüştük. Bu durum, tabii hukukun belli bir muhtevasının olmadığı yolundaki tenkitleri haliyle haklı çıkarmaktadır (82). Pozitif hukuk için örnek, yasaları değerlendirmede ölçü birimi olma görevini yüklenen tabii hukukun esnek ve değişken bir muhtevaya sahip kılınması, neticede, pozitif hukukun teşekkülünde var sayılan bir çok tesire kapı açılması ve ciddi bir boşluğun yaratılması demektir. Diğer bir ifadeyle, tabii hukukun muhtevastaki gelişmenin insan unsurunun yetişkinliği problemine bağlanması demek olup bu da tabii hukukun var oluş felsefesi açısından fasit bir dairedir. Halbuki pozitif hukuka öncülük edecek ve onu değerlendirecek tabii hukukun bir takım açık ve net ilkelerinin bulunması, genelde bir başlangıç noktasına sahip bulunması zarurî görünmektedir. Çünkü bu boşluğun keyfî tasarrufları haklı çıkarmada da kullanılabileceği açıktır. İşaret ettiğimiz sözkonusu sakınca, tabii hukukun ilâhî vahiyden ayrılıp laikleştigi ve insan aklından kaynaklandığı ileri sürülen bir kısım kurallar yığını haline getirildiği son bir kaç yüzyılda daha çok görülegelmıştır. Nitekim orta çağda, tefeciliğin dinî - tabii hukukun esaslarına aykırı olduğu belirtilmiş, bu işi yapanlar Kilise'nin de desteği ile ayıplanmışken Rönesanstan sonra Avrupa'nın zengin, orta sınıfından oluşan Protestanlık ve bilhassa Kalvinizm ve giderek Kilise, te-

82. Atay, s. 32-33.

feciliği onaylamış ve tabii hukukun koruması altına almıştır. Şüphesiz, Kilise'nin başlangıçtaki bu karşı çıkışını, orta çağda Kilise'nin elinde, işletmesi sermaye gerektiren geniş toprakların bulunmasına ve dolayısıyla faizle borç verme yasağında büyük çıkarının oluşuna başlayan izah tarzına bütünüyle katılmıyoruz (83). Bu değişikliğin sebebi orta çağda var olan ilâhî hukuk - tabii hukuk diyalogunun aydınlanma çağında kesilmesi ve tabii hukuku bağımsızlaştırıp rasyonelleştirirken yaratılan muhteva boşluğunun bilâhare sömürülmesidir. Bu itibarla denilebilir ki; İslâm, vahiyle tabii hukuka belli bir muhteva, asgarî ilkeler ve bir hareket noktası kazandırmıştır. Fakat bu muhteva sadece zarurî olduğu ölçüde vaz'edilmiş, geride, bu asgarî ilkeleri esas ve ölçü alacak akli selim için geniş bir alan - olması gereken düalizm alanı bırakılmıştır. İslâmın evrenselliğinin ve canlılığının temel izahı da takip edilen bu üslupta gizlidir. Ölçü ve temel sağlam olduğunda ölçümleme ve kıyaslamalar sonucu varılacak hükümler de, kurulacak yapı da sağlam olur (84). İşte İslâmın insan aklını vahiyle desteklemesini lütuf ve ilâhî inayet olarak tanımlamamızın anlamı ve sebebi budur. Böyle bir asgarî ölçü olmadıkça tabii hukukun adalet, hürriyet, eşitlik gibi temel kavramlarında ciddi bir muhteva boşluğu olacaktır.

Kur'an'ın üçyüze yakın âyetinde «hak» ve bu kökten türeyen kelimeler geçmekte, sık sık Allah'ın Kur'anı hak ile indirdiği, Peygamberi hak ile gönderdiği, hak ile hükmettiği ve hükmedeceği buyurulmakta, insanlara daima hak ve hakka bağlılık tavsiye edilmektedir. Yine otuza yakın âyette ise değişik vesilelerle «adalet» ve bu kökten türeyen kelimeler kullanılmaktadır. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, bu ve benzeri genel hukuk kavramlarının ve Şârî'nin vaz'ettiği genel ilkelerin kavranması, yorumlanması ve müşahhaslaştırılması tamamen insan aklının, yani insandaki hukuk, hak ve adalet normunun gelişkinliğine bağlıdır. Nitekim İslâmın her toplum ve her zaman için geçerliliği kadar her toplumda farklı neticeler vermesi de bu açıdan izah edilebilir. Bu noktada İslâm hukuku tabii hukuk düşüncesine geniş bir alan bırakmaktadır.

İslâm hukuk usûlünde Kur'an ve Sünnetin lafızları «lafzî mebhasler» başlığı altında dil kuralları dikkate alınarak çok detaylı bir incelemeye tâbi tutulmuş, lafızların ibareleri kadar mefhum,

83. Russel, p. 601.

84. Atay, s. 33.

işaret, delâlet, imâ, genellik - özellik, kapsam vs. gibi yönleri de göz önünde bulundurularak bu kaynakları anlama ve yorumlama cihetine gidilmiştir. Bütün bunlar, insan zihninin kıyaslayıcı ve arayıcı yapısının sonuçlarıdır. Bu cümleden olarak, genel kaide veya kıyas ile varılan rasyonel sonucun «istihsan» ve «istislah» ile sosyal bir muhteva kazandığını görüyoruz. İşte bütün bu metodolojik faaliyetlerle müslümanlar, insan ruhunda saklı hak ve adalet idesini yakalamaya çalışmışlardır.

Bu arada şunu da ifade edelim ki, güzellik - çirkinlik, iyilik - kötülük, adalet - zulüm kavramları etrafında yapılan tartışmalar, ki bu bir anlamda olan - olması gereken tartışmasıdır, daha çok kelam sahasında kalmıştır. Bu tartışmanın belli bir tarihten sonra pozitif hukuk ve özellikle âmme hukuku alanında pek görülmeysi; yöneticilerin giderek «halife», «zillullah (Allah'ın gölgesi)» isimlendirmesiyle belli bir dokunulmazlığa ve tartışılmazlığa kavuşması, İslâm hukukunun ilâhî ve beşerî yönlerinin giderek bütünleşmesi ve bir de en âdil pozitif hukuka ulaşıldığı kanaatinin yaygınlaşması gibi sebeplerle izah edilebilir. Bununla birlikte büyük İslâm hukukçularının ve önderlerinin yetiştigi Hicri ilk bir kaç asır içinde, yukarıdaki hususun aksine olarak, geniş bir hukukî tefekkür ortamının bulunduğu, gerek katı kurallar ve dar kalıplar içerisinde ulaşılan sonuçların ve gerekse yöneticilerin irade ve فرمانlarının İslâmın tabii ve küllî ilkeleri, insan zihninin hak ve adalet telakkisi açısından ciddi bir tenkide ve sınırlandırmaya tâbi tutulduğunu görüyoruz. İstihsan ve istislah bu amaçla kullanılan vasitalardan sadece ikisidir. İslâm hukukunun bu yüzyıllarda canlı kalmasının ve gerek uygulama ve gerekse doktrin yönünden fevkalade bir gelişme göstermesinin herhalde bir sebebi de budur.

85. Msl. el-Bakara, 2/119, 186; en-Nisâ, 4/105; Tâhâ, 20/114, el-Enbiyâ, 21/112; el-Ahzâb, 33/4; el-Asr, 103/3.