

## HUKUKÇUNUN (Fâkihin) İSLAM HUKUKUNUN GELİŞMESİNDEKİ ROLÜ

Prof.Dr.Servet ARMAĞAN(\*)

### 1- GİRİŞ

İslâm Hukuku, hukukçuların içtihad faaliyetine büyük ehemmiyet vermiş bir hukuk sistemidir. Bu hukuk sisteminin ana kaynakları nazara alındığı taktirde, İslâm Hukukunun hukukçulara verdiği ehemmiyet açıkca görülür.

Mevzuu takdim için bir ayırım yapmakta fayda vardır.

İslâm Hukukuna göre hukuki faaliyet ile meşgul olanları üçe ayırabiliriz:

- a- Müçtehidler,
- b- Müftiler(Fetva verenler) ve
- c- Hakimler (kadılar).

a-) **Müçtehid**, kendisinde içtihad yapma şartları bulunan kimseye verilen bir isimdir. İçtihad yapmak, müçtehid için sadece bir hak değil, aynı zamanda bir vazifedir. Çünkü müçtehid, içtihad faaliyetinde bulunmakla, müslümanların ihtiyaçlarını karşılamakta ve böylece Cenab-ı Hakk'ın kendisine verdiği ilim ve kabiliyeti, müslümanların hizmetine kullanmış olmaktadır.

b-) **Müftiler**, halkın dini sorularını cevaplandırmakla vazifeli, devlet tarafından tayin edilmiş kimselerdir.

Fetva, lugat manası olarak, sorulan bir meseleye cevaptır. İstilah olarak ise, dini bir meseleye dair fakih bir kimsenin verdiği cevaptır, dermeyen ettiği hükümdür.

---

(\*) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

Kur'an da bilmeyen kimselerin sormasını emreder: Eğer ilmiyorsanız zikir erbabına sorun(Nahl,43).

Burada fetva ile içtihad faaliyetinin mahiyetleri arasında ayırım yapmaya gerek görmüyoruz.

Müftilerin esas itibari ile içtihad yapma kabiliyetinde olan kişiler arasından seçilmesi gerekir. Tatbikatta, çok sayılda müftiye ihtiyaç olduğundan, bu kadar müştehide bulmak imkansızdır. Bu sebeple, içtihad kabileyeti olmasa da, sorulara, evvelce verilmiş fetvalara dayanarak cevap verebilecek, ya da eski içtihadları taklid ederek izahatta bulunacak kimselerden olması yeterli kabul edilmiştir.

c-)Hakimler (kadılar) ise, bütün hukuk sistemlerinde olduğu gibi, hukuki ihtilafları çözmek, yani yargı faaliyetinde bulunmak üzere devlet tarafından vazifelendirilmiş kimselerdir. Hakimlerin de, içtihad faaliyetinde bulunabilecek kimselerden olması gerekir ise de, buna da her zaman imkan bulunamamıştır. Görülüyorki İslam Hukukunda modern, laik devletlerinkinden farklı olarak içtihad faaliyetinde bulunacak kişiler konusunda hakimler ve dışında, müftiler ve müctehidler şeklinde ayrı bir grup daha kabul edilmiş bulunmaktadır.

Genel bir tabir olarak fâkih, bugünkü tabir ile hukukçu demektir. İslam Hukukunda yukarıda saydığımız üç grup arasında öğrenimleri bakımından fark yoktur. Ancak faaliyet sahaları ve faaliyetlerinin mahiyeti farklıdır.

Bu özellik sebebiyle İslam Hukukunda hukukçuların fikri faaliyetleri, İslam Hukukunun gelişmesinde ve tatbikatına büyük hizmetleri olmuştur denilebilir.

Unutmamak lazımdır ki, âyet ve hadisler, müslümanların devamlı olara terakki içinde bulunmalarını emrettiğinden, müctehidlerin her zaman terakki eder istikamette çalışmalarını beklenir.

Bir hadis şöyle demektedir: İki günü birbirine eşit olan aldanmıştır. Cenab-ı Hak, insana aklını kullanmasını, tefekkür etmesini emreliyor: "De ki : "Allah size böylece ayetlerini (pek güzel) açıklar. Olur ki dünya hususunda da, Ahiret hususunda da iyice düşünürsünüz(Bakara,210).

Şüphesiz ki bunda akıllı olan, yahut, kendisini huzur(-u kalb) içinde olarak, kulak veren kişiler için elbette bir öğüt (ve hatıra) vardır (Kaaf, 37).

(Bunları) salih akıllardan başkası iyice düşünmez (||'i İmran.7)

Zaten dini bir nasihat olarak tavsif eden Peygamber (ASM) insanların hayrına olan hususların, ehline araştırılmasını ve neticenin insanlara bildirilmesini emretmiş olmaktadır. Ayrıca Şûra prensibi (Şûra Suresi,38 ve Al-i İmran, 159.ayetler)de müçtehidlerin devlet hayatındaki rollerini ortaya koymaktadır. Denilebilir ki, modern İslam devlet hayatın'da ancak, her işin mütehassıslarının bir araya geleceği, Şûralar idare edeceklerdir.

## 2- İctihad Gereği Ve Prensipleri

Yukarıda icthadın bir ihtiyaç olduğunu ve kendisine de icthad yapma şartları bulunan kimselerin icthad ile vazifeli olduklarını belirtmiştik. Bunun dışında icthad ile ilgili olarak kabul edilmiş diğer esasları şöylece belirtebiliriz:

- 1- İctihad, hakkında hiçbir ayet ve sünnet bulunmayan veya kesin olmayan sahalarda yapılabilir.
- 2- Şer'i meselelerde sözkonusu olur. Yoksa akli ve hissi konularda icthada yer yoktur.
- 3- İctihad bir fikir açıklamadır. ve İslam dininde teşvik edilmiştir.
- 4- İctihad bir ihtiyaçtır ve ihtiyaç halinde yapılmalıdır.

Zaten müçtehidler hükümlerini tetkik edecek olursak, ancak müslümanların ihtiyaçlarını karşılamak için icthad yaptıklarını görürüz.

5- İctihad bir vazifedir.

6- Heva ve hevesi tatmin için değil, ancak zaruri ihtiyaçları gidermek için ve bu niyetle yapılabilir.

İhtiyaç olması demek, hergün ve her meselede icthad yapılması gerekir demek değildir. Asırlar boyu yapılan icthadlar neticesi ortaya çıkarılan hükümler, denilebilir ki, müslümanların ihtiyaçlarının yüzde doksanını karşılamaya yetmektedir. Yeniden ve ayrıca icthad yapılacak konular ise, ancak yüzde onunu kapsamaktadır. (teşkil etmektedir.)

Kaldı ki, bu içtihadların yapıldığı asırlarda, zihinler, kalbler, ruhlar, bütün kuvvetleriyle Allah'ın ve Peygamberinin hükümlerini anlamaya müteveccihiti. Cemiyet hayatında, müçtehidlerin yüksek kabiliyetlerini destekler istikamette bir atmosfere sahipti. Yüksek kabiliyetler safi kalb ile böyle bir ortamda içtihadlarını yapmışlardır. Zamanımızda ise çok çeşitli, siyasi ve fikri cereyanların insanın kalbini ve aklının huzursuz etmesi ve üstelik konuların da girift hale gelmesi sebebiyle, aynı sür'at ve isabetle

İçtihad yapmak kolayca mümkün olmaz ve olmuyor. Eski asırlarda bir müçtehidin bilmesi gereken ilimler, mesela 20 iken bugün enaz 200 olmuştur. Bu ise bir tek müçtehidin ihtiyacına değil herhalde bir şurâya ihtiyaç gösteren bir durumdur.

Ayrıca belirtelim ki, zamanımızda içtihad ihtiyacından evvel gelen, müslümanların ve insanların iman ve akidelerinin sarsıntı geçirmesine çare bulmak ve amellerinin Allahın rızası dairesinde gelişmesini temin etmektir. İman ile imansızlık ortasında bocalayan insanlığa en âcıl yardım onların dünyalarının ve ahiretlerini kurtaracak iman yaradımıdır denilebilir.

İçtihad yapmak suretiyle, tatbikatta genişlik sağlamak, kemal ve tekemmüldür. Fakat, dünyevî hayatı ahiret hayatına tercih eden ve maddi felsefeye bulaşmış olan genişleme temayülü ve içtihad arzusu, İslamın bünyesini tahrip ve boynundaki dini zinciri çıkarmamaktadır.

Bu sebeble içtihad kapısı kapanmamıştır, ama bu zamanda bu kapıdan girmek kolay değildir, hatta bazı mâniler vardır denilebilir.

### 3- Tarihi Seyir

Hukukçuların, İslan Hukukunun gelişmesindeki rollerini belirtirken, kısaca bazı tarihi bilgileri aktarmakta fayda vardır : H.z Peygamber'in (ASM) vefatından sonra, iki ayrı yerde, iki ayrı özelliğe sahip içtihad ve ilmi faaliyetten bahsedilebilir:

a-) **Hicaz Ekolü** : Hz. Peygamber'in (ASM) doğduğu ve vefat ettiği topraklardaki müslüman alimlerin faaliyetidir. Bu âlimler esasa itibariyle, ayet ve hadislerle dayanarak hukuki ihtilafları halletmeye çalışmışlardır.

b-) **Irak Ekolü** : Müslümanların yayıldıkları topraklar arasında, âlimlerin ve hukukçuların en çok bulunduğu Irak bölgesindeki alimler,

hadisleri elde etmekte, hicaz bilgesindeki alimlere nazaran daha az imkânlara sahip olduklarından ve temininde zorluk çektiklerinden, ayet dışında, rey ve içtihad ile amel etmişlerdir. İslam Hukuku sisteminde böylece ilk defa olarak içtihad faaliyeti başlamıştır denilebilir. Sonraki senelerde bu topraklarda Ebu Hanife başta olmak üzere, Şafii, Malik, Ahmet İbni Hanbel gibi müçtehidler yetişmiştir.

Zamanla müslümanlar, geniş topraklara yayılmışlar, çeşitli millet ve devletlerle temasa geçmişlerdir. Bu durum, bazı mes'elelerde içtihadı ihtiyaçın ortaya çıkarmıştır. Hususen matbaanın henüz icad edilmemiş ve ulaşım imkanının kısıtlı olması sebebiyle, müslümanlar, diğer topraklardaki müslümanlarla kolayca temas edemediklerinden ve diğer hukukçuların içtihadlarından çabucak haberdar olamadıklarından kendi bölgerindeki alimlerin içtihadleri ile amel etmişlerdir. Bu durum, çok zengin bir içtihad faaliyetinin ortaya çıkmasına sebep olmuştur denilebilir.

Abbasi Devleti devrindeki müçtehidlerin içtihadları ve eserleri, zamanımıza kadar, çeşitli hukuki münasebetleri düzenlemede ve problemleri halletmede tatbik edilegelmiştir. Mesela bunlardan Eş-Şeybani, El-Kasani ve Es, Serahsi'nin kitapları asırlarca, müslim - gayri müslim münasebetlerinin tanzimi ve problemlerin halledilmesine yardımcı olduğu gibi, El Maverdi'nin kitabı da İslam Devletinin bilhassa Anayasa ve idare hukukunun esasını teşkil etmiştir.

#### 4- İçtihad Faaliyetinin Durumu

Denilebilir ki Abbasi Devletinden sonra içtihad faaliyeti durmuştur. Bunun iki sebebi söylenebilir;

1- Suḥh ve sukunun hakim olması ve bu sebeple yaygın hukuki ihtilafların ortaya çıkmaması neticesi, yeni içtihadlara ihtiyaç duyulmaması.

2- Müçtehidlerin tenbellik yaparak kendilerinden önceki müçtehidlerin, parlak ve mükemmel kabul ettikleri içtihadlarını taklit ile yetinmeleri.

Birinci sebep ne kadar normal ve arzu edilir ise, ikinci sebep de o kadar kabul edilemeyecek bir neticedir. Taklid müçtehidin hakkıdır, ama yeni fikrî faaliyetlerde bulunmak ve müslümanların ihtiyaçlarına cevap vermek de o kadar faydalıdır. Ancak belirtelim ki,

eğer müçtehid, gercekten eski müçtehidlerin içtihadlarını beğendiği için, yeni içtihadlara ihtiyaç görmemiş ise, bunda yadırganacak bir durum yoktur. Bu noktaya biraz önce de temas etmiştik.

### 5- Gerileme Devri

Asrın gelişmelerine intibakı sağlamak gayesi ile, az da olsa, yeni içtihadların yapılmamış olması, müslümanları geriletmiştir denilebilir. Bilhassa 19. y.y. dan sonra sanayi devrimini yapmış batı dünyası ile yakın temasa gelmeleri ile müslümanların oldukça geri kaldıkları ortaya çıkmıştır. Düşünülün ki, fikri ve kültürel faaliyetlerde büyükbirfaktör olan matbaanın Osmanlı Devleti'ne idhali, din adamlarınca caiz görülmemiştir, seneler sonra ve ancak dini olmayan kitapların basılmasına cevaz verilmiştir.

Denilebilir ki, müslümanlar, yeni hadiselere intibaklarını sağlayacak fikri faaliyetlerden mahrum kalmışlar ve bu durum geri kalmalarında önemli bir faktör olmuştur.

Makinanın ve buharlı makinelerin icadı ve kullanılması, kitle halinde işçilerin çalıştırılmaya başlanması, elektriğin bulunması, ulaşım vasıtalarının hızlanması, mal mefhumuna yeni boyutlar gtiren bazı ticari tatbikatın (senetler, tahviller v.s.) sebepler karşısında, müslümanların durumlarını yeni pozisyonlara intibakını sağlayabilirlerdi: Ya kıyas yoluyla mevcut hal şekillerinden birine bağlamak, ya da,yeni bazı içtihadlar yapmak mümkündü. Müslümanlar kendilerini, diğer insanlardan tecrit ederek yaşayamayacaklarına göre,

önemli yeni gelişmeler karşısında, durumlarına ve davranışlarına içtihadlar ile tesbit edilebilirdi.

Asırımızda, kitle haberleşme vasıtalarının ve ulaşım vasıtalarının imkanları sayesinde, devletler, müslüman hukukçuları, zaman zaman bir yerde toplayıp, modern gelişmeler hakkında görüşlerinin tesbitini sağlayabilirler. Yahut da muayyen mevzuların verilmesi ve üzerinde düşünldükten sonra, muayyen yerde ve zamanda toplanarak görüşlerde bir birlik, yani İcma (consensus) meydana getirmek mümkün ve lazımdır. Böylece ortaya çıkan icma, İslam devletlerinin faaliyetlerine ışık tutacak, en azından ikinci bir icmaa kadar, ihtilafsız bir tatbikat mümkün olacaktır.

Osmanlı Devleti'nin son zamanlarında kurulan ve yüksek alimlerden meydana gelen Darü'l Hikmeti'l-İslâmiyye de bu ihtiyaca, çok az devam ettiği için (1919-1922), cevap verilmiştir.

1969 yılından beri İslam devlet idarecilerinin bir araya gelmeleri ve zirve toplantıları yapmaları, müslüman devletler arasında ikütisadi, siyasi ve kültürel münasebetleri sıklaştırmıştır. Temenni ederiz ki, İslam Konferansı bu mevzuda bir karar alsın ve müslüman alimlerin, bir araya gelmeleri ve bazı mevzularda içtihadi görüşlerini birleştirmelerini mümkün kılsın.

## 6- Asrımızda İctihada Muhtaç Bazı Mevzular

Şimdi de, içtihad ile halledilmiş veya içtihada ihtiyaç gösteren bazı hususlara temas edelim:

### 1- Vade Farkı-Maliyet-Enflasyon

Taksitli satışların çok yaygın olduğu zamanımızda, vade farkı sebebiyle, malın bedeline eklenen miktarın faiz olduğu inancı, uzun zamandır yerleşmiş bulunuyordu. Peşin fiyatına taksitle satmak ise, satıcının aleyhinedir.

Yaklaşık bir asırdır, enflasyonun hissedilir dereceye ulaşması neticesi satıcı, kâr bir yana, sattığı malı, bir müddet sonra aynıısını yerine koymakta bile güçlük çekmektedir. Enflasyon nisbetinin yüksek olduğu devirlerde ve devletlerde, müslüman alimler vade farkının alınmasında **aklen** zaruret görmekte ve **şer'an** cevaz vermektedirler.

Diğer taraftan, maliyete tesir eden faktörlerin çoğalması da (toplu iş sözleşmeleri, ambalaj, sigorta v.b.), faiz teorisinin yeniden tesbiti ve bu hususta içtihad yapılmasını gerektirmekteydi. Bizim de şahsen katıldığımız bazı ilmi toplantılarda, faizin ne olduğu, ne olmadığı üzerinde konuşmalar yapılmış, bilhassa "**zarar ve mukabele-i bizzarar yoktur**" prensibi esas alınarak, satıcının korunması icab ettiği belirtilmiştir. Bugün artık kimse, vade farkının faiz olduğunu iddia etmemektedir. Bu hususta tatbikatta adeta bir icma teşekkül etmiştir.,

### 2- Faizsiz Banka :

Bankaların ticari hayattaki rolleri açıktır. Ancak bankalar faiz ile işlediğinden, İslami açıdan bu çeşit bir banka kurmak ve çalıştırmak mümkün olamamaktadır. Bu durum karşısında, yeni içtihadlar yapılarak, faizsiz bir bankanın kurulması imkan dahiline alınmıştır.

Bu mevzuda müçtehidlerin müsbet görüşleri neticesi, İslam Konferansı aldığı bir karar ile, İslam Kalkınma Bankası isimli bir banka kurmuştur. Bu banka faaliyete geçmiş ve faizsiz kredi faaliyetine başlamış bulunmaktadır.

### 3- Sigorta :

Sigortayı bir ihtiyaç haline getiren faktörler çoğaldığından, modern hayattaki yeri günden güne artmaktadır.

Ancak sigorta şirketleri de faiz ile işlediğinden, bu mevzuda yeni içtihadlara ihtiyaç duyulmuştur. Bu konuda 1961, 1965

tarihlerinde Şam'da aktedilen ilmi kongrelerde görüşler ileri sürülmüştür. En son olarak 1979 yılında Kahire'de aktedilen toplantıda müslüman ve Avrupalı mütehasısların iştiraki ile çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. Öyle anlaşılıyor ki, faizin ne olduğu (maliyeti) modern iktisat esasları ile izah edildikten sonra, yasak olan faizi almadan ve vermeden sigorta şirketlerinin kurulması ve faaliyeti de mümkün olacaktır.

### 4- Doğum Kontrolü

Doğum kontrollü, birinci dmerecede iktisadi sebeplerle olmak üzere, sağlık ve terbiye v.b. konuları ile yakından ilgilidir. Bu sebeple, asrımızda üzerinde çok durulan bir problemidir. Bu konuda Avrupa devletlerindeki fikri ve hukuki faaliyetler, müslüman müçtehidlere de tesir etmiştir. Yapılan bir kongre (1967 Rabat) bu konunun esasları İslami zaviyeden ele alınmıştır. Bugün, hemen her müslüman devlette, bu konuda müçtehidlerin kanaatleri ortaya atılmakta, hatta kitaplar bile neşredilmektedir. Denilebilir ki, bu içtihadlar ile doğum kontrolünün İslami esaslara uygun olan kısmı tebit edilmiş bulunmaktadır.

### 5- Anayasaların Bünyesi:

Müstakil İslam devletinin sayısının 45'e ulaştığı zamanımızda, bir İslam devletinin Anayasasının nasıl olacağı oldukça sık sorulmaktadır. Başta Arap devletleri olmak üzere, Pakistan ve son olarak İran bu hususta oldukça farklı hükümler ihtiva eden Anayasalar kabul ve tatbik etmektedirler. Yakın bir gelecekte, "İslam Anayasası" nın belli başlı hükümleri herhalde ortaya çıkacaktır kanaatindeyim. Bu ise, ancak hukukçuların içtihadları ile mümkün olacaktır.



## 6- Kanunlaştırma Hareketleri :

Devlet hayatının çeşitli kesimlerin tanzim ve idarede gerekli konuların özellikleri, müslüman devlet idarecilerini düşündürmektedir.

Bu konuda, başta Türkiye olmak üzere, birçok devletlerde daha çok batıdan iktibas metodu tatbik edilmektedir. Bilhassa iktisai ve sosyal hayat ile ilgili kanunların ihtiya edeceği veya etmesi gereken İslami hükümleri, müslüman devlet idarecilerini düşündürmektedir. Bu konu henüz halledilmemiştir.

## 7- İşçi-İşveren Münasebetleri :

Asrımızın büyük bir problemi, İşçi-işveren münasebetlerinin adil ve istikrar sağlayan bir şekilde halledilmesidir. Özellikle, hakperest ve sulh ve sükun dini olan İslam Dininin bu konulardaki hükümleri henüz müçtehidlerin içtiladları ile müşterek bir esasa kavuşturulmuş değildir. İtiraf edelim ki, Kollektif İş Hukuku ancak, toplu işçi çalıştırmayı mümkün kılan makinanın icadından sonra söz konusu olmuştur. Müslüman devletler ise, sanayi devrimlerini yapmada oldukça geç kaldıklarından müçtehidlerin, müslümanların bu husustaki ihtiyaçları ile ilgili fikirlerine çok az rastlanmaktadır.