

İslam hukuk mirasını algılama ve uygulama yöntemi üzerine*

İlahî mesajın genel ismi olan İslam, temelde bir inanç ve ahlâk sistemi olmanın yanında, aynı zamanda insan ve toplum hayatına ilişkin huku-

kî düzenlemeler de getiren bir dindir. Dinin sahibi, gönderdiği yol göstericiler vasıtasıyla bireyler arasındaki çıkar çatışmasının, imanî, hukukî ve ahlâkî bir düzlemde çözüm yollarını da önermiştir. Bu önerileri değerlendiren fakihler de, doğum öncesinden ölüm sonrasına hayatı bütünüyle kuşatan bütüncül, sistematik, iç tutarlılığa sahip bir hukuk düzeni oluşturmaya çalışmışlar ve bizlere yüklü bir fıkıh mirası bırakmışlardır.

Bu tebliğ, günümüzde işbu fıkıh mirasını algılama ve uygulama yöntemine dair kısa projeksiyonlar yapmayı hedeflemektedir.

1. Daha çok Batılı dillerden iktibasla her ne kadar “İslam hukuku” kavramını kullanıyorsak da, bu çerçevede sözkonusu olanın, Müslüman hukukçuların, önlerindeki ana kaynakları yani Kur’ân ve Sünnet’i, ellerinde bulunan hukuk ilmi yöntemiyle yani usûl’ü-fikh ile yorumlayarak ulaştıkları sonuçlar olduğu unutulmamalıdır. Bu sonuçlar birer icthattır ve icthad da gelenekteki genel kabulüyle murad-ı ilahîyi tespit sadedindeki zandır. Ashında Müslüman toplumların hukuku demek olan bu sonuçlara “İslam” kaydının konulması, hem sonuç itibariyledir hem de müctehitlerin yorumlama çabalarının imanî bir temele oturmasından dolayıdır. Hz. Peygamber’in (s.a.), bir konudaki şahsî icthadın “Allah’ın hükmü” olarak takdimini hoş bulmayış¹; Hz.Ömer’in (r.a.), bir resmî belgeye “İşte bu, Allah’ın Ömer’e gösterdiği hükümdür” cümlesi yazılınca itiraz edip “Hayır! Bu Ömer’in kendi görüşüdür” düzeltmesini yapması²; Cüveynî’nin dili-

* KURAV tarafından 14-15 Aralık 2002 tarihinde Bursa’da düzenlenen “İslam Fıkhını Nasıl Anlamalıyız?” konulu toplantıya sunulan tebliğ metnidir.

1 Ebu Davud, “Cihad” 82.

2 İbn Kayyim, *İ’lâmu’l-Muvakkîn*, Beyrut 1991, I/31.

le, sahabe ve tabiûn da dahil olmak üzere hukukçuların verdiği hüküm ve fetvaların 9/10'unun rey ve icthatla elde edilmiş olup haklarında açık nassın olmadığı gerçeği³ bu yargıyı teyit etmektedir.

2. Bu tespit şu sonucu vermektedir: Klasik fıkıh kaynaklarında mevcut doktriner bilgi ve icthadî çözümler, eğer doğrudan kat'î naslara dayanıyorlarsa, ait oldukları tarihî ve toplumsal bağlamdan soyutlanarak algılanamazlar. Bir başka ifadeyle sosyal olgu ile onu düzenleyen hukuk normu arasındaki bağ gözden uzak tutulmamalıdır. Zira o şekilde çözümü öneren müctehit de *ibnü'l-yevm*'dir; belirli bir sosyal ortama ait olduğu için algı ve yorumlamalarında kaçınılmaz olarak o ortamın etkisi altındadır. Hz. Peygamber'in "*Olaya şahit olan, orada bulunmayanın görmediğini görür*"⁴ buyruğu; narh koymama yönündeki tercihinine rağmen onun vefatından sonra değişen iktisadî şartlar gereği sahabenin narh koymayı daha uygun bulması; Hz. Ömer'in, vaktiyle hükme bağladığı bir olaya benzer başka bir olayı daha sonra farklı çözümlerince kendisine yöneltilen itiraza "*O, o zamanki kararımızdı, bu ise şimdiki kararımızdır*"⁵ cevabını vermesi, bağlam-norm ilişkisinin varlığını göstermektedir.

3. Dolayısıyla fıkıh doktrininde bulunan hükümler, ilgili olduğu konuyu nihaî olarak çözüme kavuşturan, olmuş bitmiş, ampirik olarak ilânihaye doğrulanmış sonuçlar şeklinde görülmemelidir. İctihadî bilgi, a priori yani önsel/bedihî değildir, aksine tahrîce bağlı zannî bilgidir. Bu tespitler, bize, klasik doktriner çözümleri kemal-i hürmetle ve sahiplerini minnet ve şükranla yad etmekle birlikte onlar karşısında donup kalmama ilhamını vermektedir. Karâfi'nin "Kitaplarda yazılı olanlar karşısında donup kalmak, dinî anlayışta bir sapma ve Müslüman âlimlerle selefın maksatları konusunda bir bilgisizlik demektir. Müctehitlerden sadır olan her fetvaya uymak ve her icthatla amel etmek caiz değildir. Aksine her mezhepte öyle meseleler vardır ki, bunlar iyiden iyiye araştırıldığı zaman bu konularda o mezhep imamının taklit edilmesinin mümkün ve caiz olmadığı görülür"⁶ şeklindeki tespitleri bu noktada fikir vermektedir.

4. Fıkıh mirasından istifade ederken, işi en kolay görüp zamana en uygun (*nâsa erfak ve maslahat-ı asra evfak*) olanı alan nefsanî seçicilik değil, tercih esasına bağlı bir seçicilik benimsenmelidir. Şatıbî'nin de-

3 *el-Burhân*, Kahire 1400, II/768.

4 *Müsned*, I/83

5 İbn Kayyim, *İ'lâmu'l-Muvakkûn*, I/86-7; Ali Haydar, *Dürrü'l-Hukkâm*, İstanbul 1330, I/69.

6 *el-Furûk*, Beyrut ty., I/177; II/109-110; *el-İhkâm*, Kahire 1989, s. 73.

yimiyle “müctehitlerin görüşleri arasından yapılacak seçim, kişisel arzuya değil, tercihe dayanmalıdır.”⁷ Bilindiği gibi tercih, delalet ve sıhhat açısından en kuvvetli delile sahip olanı almaktır.⁸ Geleneksel usûl kavramlarıyla ifade edersek, *kuvvetü'l-eser*, *kuvvetü's-sebât*, *kesratü'l-usûl*, *ziyadetü'l-vudûh*, *ademu'l-hukm inde ademi'l-ille* gibi tercih araçlarını⁹ devreye alarak metodik bir seçmecilik benimsenmelidir.

5. Dolayısıyla ümmetin ihtilafı rahmet değildir. Hem ihtilafın rahmet olduğunu hem de ashabın hangisinin görüşü alınır alınmaz sonuça doğruya ulaşılacağını söyleyen hadis, sahih değildir.¹⁰ İmam Mâlik ile birlikte başkalarının da dediği gibi, eğer varsa ashabın ihtilafındaki genişlik, ictihat kapısının açıklığı anlamındadır yani rey ictihadındaki genişlik demektir; yoksa isabet edip etmediğini araştırmaksızın onlardan herhangi birinin görüşünü seçip almak biçiminde bir genişliğe yol yoktur. Zira dinde ihtilafa yer yoktur; kaldı ki o, ihtilafı sona erdirmekle görevlidir. Sahabe, fer'î konularda ictihad etme ve doğruyu bulma yolunda gayret sarfetme eğitimi aldıkları için rey ictihadında bulunmuşlar, tabiatıyla farklı sonuçlara da ulaşmışlardır. Onların bu tavrı, sonrakilere de ictihat yoluna girme cesareti vermiştir. İşte bunun içindir ki, Ömer b. Abdilaziz “Ashab ihtilaf etmemiş olsaydı bu beni sevindirmezdi” demiştir.¹¹ Aksi halde her bir görüş, kendisinden istifade edilebilecek bir rahmet unsuru olarak değerlendirilirse, hattâ İbnü'l-Hümâm gibi müdakkık bir âlimin bile garip bir şekilde onayladığı üzere her mezhebin kolay hükümlerinin/*ruhasının* seçilmesine cevaz verilirse¹² o zaman Tûfî'nin naklettiği şu dizelerde ki sonuca da itiraz edilmemesi gerekir: “İç, livata yap, zina et ve kumar oyna / Sonra da her birini bir müctehidin reyiyile ispatla!”¹³

6. Fıkıh mirasından istifade ederken dikkate alınacak bir diğer husus, icma iddialarına ihtiyatla yaklaşımdır. İcmanın görünürde veya zann-ı galiple değil fiilen ve kesin olarak gerçekleşmiş olduğunu tesbit hakikaten zorluk arzettiği için icmanın varlığından emin olunmalıdır.¹⁴ Zannî delilleri gerek delaleti gerekse subûtu açısından kat'î se-

7 *el-Muvâfakât*, Beyrut 1991, IV/95-6; IV/192-3.

8 Serahsî, *Usûl*, Beyrut 1993, II/249-50; Zerkeşi, *el-Babru'l-Muhît*, Kuveyt 1988, VI/130.

9 Serahsî, *Usûl*, II/253; Zencânî, *Tabricü'l-Furû*, Beyrut 1979, s. 376-77.

10 Sehâvî, *el-Makâsüdü'l-Hasene*, Beyrut 1979, s. 26-7.

11 Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, IV/93-4.

12 *et-Tabrîr*, Bulâk 1317, *et-Takrîr ve't-Tabbîr* ile birlikte, III/351.

13 *Kitabu't-Ta'yîn fî Şerhi'l-Erbain*, Beyrut-Mekke 1997, s. 273.

14 Cüveynî, *el-Burhân*, I/675.

viyesine yükselttiği ve bağlayıcı addedildiği için, hakkında icma olduğu ileri sürülen meseleler, yeniden ele alınamamakta dolayısıyla icthah alanının dışına çıkarılıp dondurulmaktadır. Oysa tedvininden sonra hadis-sünnet-eser kaynaklarına, mukayeseli fıkıh eserlerine bakıldığında icma edildiği söylenen birçok konuda hatırı sayılır ihtilafların bulunduğu görülmektedir. Bu yüzdendir ki, icmaları bir araya toplamayı hedefleyen her eser mutlaka tenkide uğramıştır. Yine bundan dolayı olmalıdır ki, İmam Şâfiî “aykırı bir görüşün bulunmadığına ilişkin bilgi, o konuda icma olduğu anlamına gelmez” derken; İmam Ahmed b. Hanbel de “nereden bilecek belki de insanlar o konuda ihtilaf etmişlerdir de bu ihtilaf o kişiye ulaşmamıştır...” diyerek¹⁵ icma iddialarına ihtiyatla yaklaşılmasını önermiştir.

7. Fıkıh mirasımız içinde, o günün maslahat anlayışına göre verilmiş birçok hüküm bulunmaktadır. Söz gelişi, iddeti henüz bitmemiş bir hanımla nikahlanıp zifafa giren birisinin o hanımla ebediyen evlenemeyeceğini, zimmîlerin ayırt edilebilmeleri için Müslümanlardan farklı kıyafet giymelerini; devletlerarasında akdedilen anlaşmaların on yılı aşmamasını öngören hükümler gibi. Maslahat, yani yararların sağlanması suretiyle menfaatin gerçekleştirilmesi ve zararların giderilmesi yoluyla mefsedetin izalesi, dönemsel ve yerel ögelere bağlı olabileceği için sözkonusu klasik hüküm lafzıyla değil ruhuyla algılanmalı ve uygulanmalıdır. Zaten Gazzâlî'nin deyimiyile maslahat, dinin amacını (*maksûdû's-şer'*) korumaktır. Dinin insanlara ilişkin amacı ise şu beş noktada toplanabilir: onların din, can, akıl, nesil ve mallarını korumak.¹⁶

8. Aynı şekilde, vesile hükümleri aynen yerine getirmek mümkün olmakla birlikte, bunlar belirlendiği sıradaki toplumsal şartlar değiştiği için ilgili olduğu maksad hükme artık yeterince ulaştırmıyorsa yerlerini, maksadı tam gerçekleştirecek yeni vesilelere bırakırlar. Mesela gelecekte anlaşıp nikah akdinin aleniliğini temin ve tarafların haklarını ispat edip korumak amacıyla, iki şahidin bulunması yeterli görülmüştür. Fakat günümüzün kalabalık toplumlarında, bir evlilik akdinin aleniyetini sadece iki şahide bağlamak, suistimalleri de beraberinde getirir. Hüküm koyarken hukuk düzeninin hedeflediği noktaya bugün, ilan ve tescil ile daha etkin bir biçimde ulaşılabacağından vesile de şahitlikle beraber ilan ve tescile dönüşür.

Bazı durumlarda, yeni bilimsel gelişmeler, daha etkin ve daha kolay uygulanabilir vesile hükümlerinin ihdasına imkan tanıyabilir. Böyle du-

15 İbn Kayyım, *İ'lâmu'l-Muvakkîn*, I/24; bkz. Şâfiî, *er-Risâle*, Kahire 1979, s. 472.

16 *el-Mustasfâ*, Beyrut 1993, s. 174, 179.

rumlarda eski vesile hükümleri, yerlerini bu yenilerine bırakabilirler. Mesela köpek yalamış bir kabın temizliğini sağlamak için doktrinde belirlenen yedi kere su ile yıkadıktan sonra sekizincisinde toprakla ovalamak vesilesi, yerini deterjana; istincâda temizliği sağlamak maksadı için kullanılması önerilen taş vesilesi yerini, bez, kağıt vb. maddelere bırakabilir.

9. Aynı durum daha ileri düzeyde, örfe bağlı olarak verilen hükümler için de geçerlidir. Hukuk düzeninin toplumsal nüfuzunu sağlayabilmek için, hükmün tefsirinde, ve eğer naslarda yoksa tesbitinde o toplumun örf ve adetlerine müracaat edilir.¹⁷

Karâfi'nin vurgulu ifadesiyle "kaynağını örf ve adetlerin oluşturduğu ahkam üzerinde, bu örf ve adetler değiştiği halde ısrar etmek, genel anlayışa aykırı bir tutumdur ve dini bilmemektir. İslam hukukunda örfeye bağlı olarak verilmiş olan her hüküm, örf değiştiğinde yeni örfün gerektirdiği biçimde değişir".¹⁸ Yine bilinmelidir ki, müslüman toplumun yerinde bularak uyguladığı bir husus, kanun koyucu katında da uygundur.¹⁹ Aksi tavır, hukukun sosyolojik nüfuzuna ket vurur, onu uygulayanlara zarar verir ve kanuna karşı hile kapısını aralar.

10. Bu son cümleden hareketle, insanlar, bir konuda *hiyele* (*hile-i şer'iyelere*) başvurma zorunda kalıyorlarsa, o konudaki mevcut hükmün hukukun amaçlarıyla uyuşmadığı söylenebilir ve hüküm makâsıd açısından gözden geçirilebilir. Açıktır ki bu husus, nas çözümlemelerinde değil daha çok icthadî çıkarımlarda karşımıza çıkar. Mesela hanefilerde, zekat alacaklısının temlike ehil bir *zî ruh* (canlı bir insan) olması şartı arandığı için hayır kurumlarına verilmek istenen zekatlar, araya anlaşmalı bir fakir konup onun eliyle ulaştırılmakta; hava parası caiz görülmediği için dükkan içine kırık-dökük sandalye masa ilave edilip onların bedeli alınıyor gibi davranılmaktadır.

11. Fetvanın kişisel, hükmün ise genel olduğu unutulmamalıdır. Bi-reylerin özel durumlarına nazaran müftünün tercih alanı daha genişdir.²⁰ Desûki'nin ifadesiyle, müftü, durumunu yakından bildiği bir kişi hakkında onun gerçekten zorluk içinde olduğunu anladığı zaman meşhur olmayan görüşle fetva verebilir.²¹

17 Buhârî, "Büyü" 95 'Sünnetüküm beyneküm'.

18 Karâfi, *el-İhkâm*, s. 111; *el-Furûk*, I/176-177.

19 *Müsned*, I/379.

20 Bkz. Karâfi, *el-İhkâm*, s.49, 88, 111, 116-122.

21 Karadâvi, Y., *İslam Hukuku Evrensellik Süreklilik*, çev. Y. Işıcık- A. Yaman, İstanbul 1997, s. 106-108.

Mesela uğradığı bir tecavüz sonucu hamile kalan bir bayana, kendisine ve toplumuna özgü şartlar gereği verilebilecek olan kürtaj izni, aynı durumdaki her bayan için geçerli olmayabilir. Hamileliği sürdürmesi halinde şiddetli ruhî travmaya maruz kalacak ve bu yüzden fizyolojik rahatsızlıklara duçar olacak, üstelik nesebi gayr-i sahih çocukların benimsenmediği toplumlarda yaşayan bir bayana verilecek kürtaj fetvası, bu olumsuzlukları yaşamayacak bir başka bayana verilemez.²²

12. Fakih, görevinin sadece şer'î hükmü vermekle sınırlı olduğunu zannetmemeli, hükmünün ve fetvasının konusu olan fiillerin sonuçlarının varıp nereye dayanacağını, bir başka ifadeyle hükmünün ve fetvasının ne tür sonuçlara yol açacağını hesap etmelidir. Şâtıbî'nin temellendirmesiyle: "Fiillerin sonuçlarına bakmak, dinin gözettiği bir amaçtır. Fiiller ya uygun olur ya da muhalif. Böyle olunca müctehit, mükelleflerden sadır olan bir fiile, bu fiilin doğurabileceği sonuçları göz önüne almadan hemen hüküm vermemelidir."²³

Hz. Peygamber'in (s.a.) sünnetinde konuya ışık tutan uygulamalar vardır. Nebi (s.a.), kendilerini tanıdığı ve ölüm cezasını hakettikleri halde münafıkları öldürtmekten kaçınmıştır. Aynı şekilde, çoğu daha yeni Müslüman oldukları için Araplar arasında kargaşa çıkmasını diye Kâbe'yi eski temelleri üzerine yeniden inşa etmekten vazgeçmiştir. Bunlar yapılıysa birinci durumda insanlar, nifak suçlamasıyla öldürülecekler endişesiyle İslam'dan soğurlar; ikinci durumda Araplar, Peygamber mukaddesatı yıkıyor ve özelliklerini bozuyor zehabına kapılabilirlerdi.

Bunun içindir ki, fakihin, sadece şer'î nasları ayrıntılı bir şekilde us-taca kavrayan bir hukukçu olması yetmez; aynı zamanda hem insanlar ve psikik özellikleri, hem de toplumsal olaylar/ilişikler ve sonuçları üzerinde mâhirâne bilgisinin olması gerekir. "Bu özel tahkiki yapılabilen kişiye" der Şâtıbî, "insanların iç halleri ve arzularını gösteren bir nur bahşedilmiştir ki, o bununla insanların anlayışlarındaki farklılıkları; yükümlülükler karşısındaki tahammül ve sabır güçlerini veya zayıflıklarını ve peşin zevklere iltifat edip etmediklerini bilir. Bilir de, herkese nasların hükümlerinden hangisi uygun ise onu verir. Yükümlülüklerin benimsenmesinde gözetilen şer'î maksat da zaten budur..."²⁴

Fıkıh mirasını algılama ve uygulamaya dair bazı ilkeleri çok genel hatlarıyla sıraladıktan sonra tebliğimizi, önemli bulduğumuz bir noktaya vurgu yaparak noktalamak istiyoruz. İslam adına konuşmaların,

22 Bkz. Hâdimî, N.M., *el-İctihâdü'l-makâsîd* 2, Katar 1998, s. 131-133.

23 Bkz. Raysûnî, A., *Nazarîyyetü'l-makâsîd inde'l-İmam eş-Şâtıbî*, Maryland 1995, s. 381-384.

24 *el-Muvâfakât*, 4/70-71.

hüküm çıkarmaların ve yorum yapmaların kendisine göre değer taşıdığı ve bütün bu etkinliklerin nihaî onaylayıcısı olan Kur'ân, teorik-spekülatif akıl yürütmelerden önce teslimiyeti, kendisine göre yaşamayı, kalbini açmayı ve böylece takva sahibi olmayı önerir. Arkasından da kendisi hakkında doğru anlamlara ulaşabilmenin takva ile yakından ilgisi olduğunu vurgular: “*Ey iman edenler! Allah'tan korkup sakınırsanız, O'na karşı sorumluluk bilincinin gereğini yerine getirirseniz (takvâ), size doğruyu yanlıştan ayıran bir kavrayış gücü (furkân) verir.*”²⁵

Derin kavrayış ve ince anlayış anlamındaki *fıkh* kelimesinin geçtiği hemen her yerde, Kur'ân'ın *kalb* kelimesine de yer vermiş olması, anlamının kalbe ait bir eylem olduğunu göstermektedir. “Anlamayı kalbe ait bir eylem olarak ortaya koyan Kur'ân, anlamayı takvâya, takvâyı dinî tecrübeye, yani kurallarını ve belirlenmiş ahkâmını hürmetle yaşamaya bağlar: ‘Her kim Allah'ın hükümlerine/şîârlarına saygı gösterirse, kuşkusuz bu, kalplerin takvâsındandır.’”²⁶

Allah adına konuşup “bu ayetten şunu murad etmiştir; maksadı şudur, şunu hedeflemiştir” gibi yargılarda bulunmanın büyük tehlikeler de doğurabileceğine dikkat çeken Şâtıbî, şu önemli hatırlatmada bulunmaktadır: Böyle bir okuma yapan kimse ‘Allah’ı konuşurmuş olmaktadır. Öyleyse bu kimse, yarın Yüce Allah'ın kendisine yönelteceği “Söyle bakalım, benim hakkımda bunu nereden çıkardın?” sorusuna cevabını hazırlasın. Bir kimsenin, delillere dayanmadan böyle Allah/Kur'ân adına konuşması doğru olmaz. Muteber bir ilkeye dayanmayan ihtimal hesaplarıyla Kur'ân hakkında ileri geri konuşulamaz. Kur'ân'ın onaylayacağı bir mesnede dayanmadan yapılan yorumlar batıldır.²⁷

Her yer ve konuda olduğu gibi burada da en doğrusunu Yüce Allah bilir...

25 el-Enfâl 8/29.

26 el-Hac 22/32; bkz. Kotan, Şevket, *Kur'ân ve Tarihselcilik*, İstanbul 2001, s. 379, 381.

27 *el-Muvâfakât*, 3/318.