Fikih ve hukuk

islam hukuku kavramı üzerine bir değerlendirme

Talip TÜRCAN
Süleyman Demirel Üniversitesi Bahıyat Fakültesi


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

Fikhnun, "toplumsal düzeni sağlayan devletsel yetkiye dayalı ve organize yapımı araçlarına sahip normatif yapr' anlamında halkın kavramına indirgenmesi modern dönemde özü bir tutumdu.


Beşeri iliskilere gelince, Kant (ö. 1804) bu nedenler dört kısında tasnif etmektedir. Yalnızca hakkı olup karşılığında yükümlülüğü bulunan bir sütü (Tanrı) ile hak ve yükümlülükleri olan bir sütünün iliskisidir. Bu ilski biçiminde din düzenlerini teşkil etmektedir.

Yalnızca yükümlülükleri olup karşılığında herhangi bir hakkı mali olmayan bir sütü (köle) ile hakları ve yükümlülükleri bulunan bir sütünün (hür) iliskisidir.
Fikhn, çok büyük ölçeğe devletin yaşamaya faaliyeti dişinda, fuhahının biyresel Cabraları ve ictihâdârî ile teşebbül ettiği bilinmektedir. Fikhn hükmülerin fikhn geçerliliği, bir yaşam faaliyeti neticesinde oluşturulmuş olmalarına değil, ilahi iradeye aidiyetlerinin belirlenmiş olmasına dayanmaktadır.

Normatif yasaların sahip olduğu en temel unsurlardan bir dişeri de yapmıştırdır. Fikhn hükmülerin ıhlâline üç tür yaptırmanın bağlandığı görülmektedir: Hem dünyevi hem de uhrevi yaptırmalar, yalnızca dünyevi yaptırmalar ve yalnızca uhrevi yaptırmalar. Hukuki yaptırmın mutlak olarak dünyevi bir yaptırmın türüdür. Fakat her dünyevi yaptırmı, hukuk düzene tarafındanki bir ilâli önleme ya da bozulan düzene iade aracı olarak başvurulur. Dişeri bir ifadeyle, her hukuki yaptırmın dünyevi olmakla birlikte, bunun tersi geçerli değildir. Bu itibarla, fikhn dünyevi yaptırmın kavramı hukuki yaptırmın kavramına tümüyle denk düşmemektedir. Fikhn dünyevi yaptırmı kavramı, hiçbir asama cebrî nitelike zorlamayı içermeyen hukûmsüzlik bicimindeki yaptırmı türlerini de kap-

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

- Hakları ve yükümlülükleri bulunan iki süye (burçlar) arasındaki ilişki.

Kant'a göre, sadece en son ilişki biçimi hukukun düzenlemeye alınıp girmektedir. Fikhn, kişinin kendisine dükkân davranışlarının yanı sıra, belirtilen bu ilişki biçimlerinin de tamamını düzenler. İslâm açısından kollektif, yalnızca mülkât ilişkisine indirgemecegî için, diğer bir ifadeyle, köleler yalnızca mülkât konu olmayıp, aynı zamanda birer kişi olarak kabul edildikleri için, söz edilen ilişki biçimlerini üç sınıfa tansîvet etmek mümkün görünmektedir: Allah-insan, insan-esya ve insan-insan/toplum ilişkisi.


Merkezileşmenin güçlenmesi, yasamanın soyt yönteme yaptırmaya ihtiyaçını beraberinde getirmiştir. Osmanlı’nın istahat faaliyetlerinin merkezinde yer alan hukuk iddiasının sebepleri çok çeşitli olmakla birlikte, onların en önemlilerinden biri de, derli toplu, tüm ülkelerde aynı şekilde uygulanabilir genel ve soyt düzeyde kanunlara duyarlı ihtiyaçtır.


Devletin yasamadaki rolü, geleneksel dönemde yeterince tanımlanamadığı, hatta belli bir inkar-gormezenin gelme tutumuya karşılandığı için, Emvèler döneminde itibaren başlayan tarih belirtmelere göre hukuk tarihindeki bir yarı yapılan olageldmiştir. Özellikle kamu hukukunun Kitâb ve Sünnet’ten açıklama düzenlemeyen alanlarda fikhr susun kalmadığı ve genel ilkeleri belirlenmenin ötesine geçemediği için, yönetenler sahip oldukları devletsel yetkiye dayanarak yasama faaliyetinde (el-amel bi’siyâse) bulunmuşlardır. Geleneksel dönemde kamu hukuku alanı büyük ölçüde yönetenlerin yasama yetkileri ile düzenlenmiştir. İfade ettiği gibi, kısmen ceza hukuku alanı istisna edilirse, fikhr, kamu hukukuyla genel ilkeleri düzeyinde ilgilendirmiştir, ayrıntılı dogmatik düzenlemeler geliştirilmemiştir. Kitâb ve Sünnet’in kamu hukuku alanında doğrudan ayrıntılı hükümet birimi geçerli olmadığı, bu hususta etkili olan bir faktör de fikhr devlet dışında, fuhahanın kişisel iktidarlardan yoluyla geliştirilmiş olması ve doğal olarak, çoğunlukla, ibadetlere özel hukuk iliskilerine dair sorunların ele alınması olmasıdır. Belirtilmiştir bu gerekçelerin yasama ve yargılama yetkilerinin merkezileşme sürecinde doğrudan bir ilgiyi bulunmaktadır. Önceleri siyaset, kânûn ve yasa ya da el-kavanînin’de siyaseti, daha sonra orfi hukuk olarak nitelenen bu normatif yapıs, düzenli hukuk alanını bakımdan fikhr bir alternatif olmakla beraber, belki ölçüde seküler bir yasama faaliyetinin sonucu olması sebebiyle fuhah tarafından çoğunlukla olumsuz bir bakışla değerlendirilmştir. İbn Teymiyyeh (6. 728/1328)’nin siyaseti, ser’i bir te me kavesturma gayreti, seküler nitelikli yasamaya yön nü söz konusu tekipin bir ifadesidir. Ayrıca söz konusu gayret, siyaseti şeriat içinde tanınmamak amacı taşımaktadır. Siyaset/orfi hukuk, fikhrin genel teorisi vieille üzerine kurulduğu ser’i ilkicesine bir biçimde baglanmış olmakla birlikte, uygulanmanın aynıca değerlendirilmesi gerektiğii açılıdır.

Modern devlet döneminde geçiş, hukuki merkezileşme, önceki dönemlerden olduğundan çok daha fazla güçlendiştir. Bu geçiş, tersinden ifade etmek de mümkün değildir. Yani, hukuki merkezileşmede ulaşlan nihai aşama, hukukun yaraticılısında ve uygulanmasında devletin tekel hâline殿下 attire yetki kullanılamaları mümkün kılmiştir. Modern devlet yapısının ve hukuki merkezileşmenin dair insanlığın biriktirdiği tecrübe arasında birbirini
besleyen bir ilişki bulunmaktadır. Merkezileşmenin güçlenmesi, yasamanın soyt yönetimi yapılaması ihtiyacını beraberinde getirmiştir. Osmanlı'nın slahat faaliyetlerinin merkezinde yer alan hukuk iktisadının sebepleri çok çeşitli olmakla birlikte, onların en önemlilerinden biri de, derli topluluk içinde aynı şekilde uygulanabilir genel ve jouer düzeyde kanunlara duyarlanmıştır.


Fikhi kanunlaştırmaya faaliyeti, mezhep doktrinleri ile modern devletin yaşamadaki tekel yetkisi arasında sıkışip kalmıştır. Devletin içeriği olarak mezhep doktrinlerinden, hatta tek başına hanefi mezhep doktrininden bağımız bir yasama faaliyetinde bulunamaması, değişimi gözetmesine ve her toplum kesimine aynı şekilde uygulanabilecek genel-siyetin düzenlemeler yapmasına engel olması, tartışmalar hiçbir zaman bitmemiştir. Modern dönemde fikhi hukuka indirgenen yaklaşım, fikhi'nin çok daha geniş bir normatif yapılı olduğu gerçğini politik sebeplerle göz ardı etmektedir. Buna tepki olarak açığa çıkan daha yeni bir yaklaşım ise, fikhi, teşekkür biçimleri ve amacına dikkate alınmadığında hukuka indirgenemeyeceği gibi, içindeki İslâm hukuku çıkartmaya çalışmanın da fikhi tahrip etmek anlamına geleceğini savunmaktadır. Her iki yaklaşımın da bilimsel bakımdan sorunlu olduğunu ifade etmek durumdayız. Fikhi hukuka indirgenen yaklaşım, geleneksel bir normatif yapıyı, modern hukuk kavramlarıyla esitlemektedir. Zira fikhi, modern dönemde din, ahlâk ve hukuk olarak tanımlanmış olan kendi özgü içerik çerçevesinde kapatılan bütünleşik bir normlar düzenidir. Esasen fikhi, öncelikle, belirli davranışlarla baş dini hükümlü (vucud, nedel, ibâha, ke-râhet, hürmet) kategorisinde göre bir tanıf faaliyeti olup,25 tarihsel süreçin hiçbir aşamasında toplumların yalnızca hukuk iktiaycını karšılıkların için var olması değerlendirilir. Fikhi belirtilen nitelikli, geleneksel normatif yapılarını, birer cebir düzeni olan modern hukukları aksine, yaşamın doğal yönelimine uygun düşünüldüğü tes-

SAYI 24  KİS 2012 ESKİYENİ 23
Modern dönemde fıkhi hukuka indirgenecek yaklaşım, fıkhin çok daha geniş bir normatif yapısı olduğu gerçeğini politik sebeplerle göz ardı etmektedir. Buna teklik olarak açılığı daha yeni bir yaklaşım ise, fıkhin, teşekkül biçimi ve amaci dikkate alın手掌ında hukuka indirgenemeyeceği gibi, içinde bir İslam hukuku çıkarmaya çalışmanın da fıkhi tahriф etmek anlamına geleceğini savunmaktadır.

kavramının temellendirilebileceğini göstermektedir. Modern dönemde İslam hukuk biliminin dogmatığıne ilişkin, bir kısmi Batılı hukukların etkisinde kalılmış olsa bile, oldukça ilerici düzeyde mukayeseli çalışmalar yapılmıştır. İslam hukukunun genel teorisi ise, alanın barındırığı ciddi bilimsel zorluklar nedeniyle, gereken ilgiyi görememistiştir. Tüm insanlık için yuksel değerler barındırır fıkhin içinden köklü bir İslam hukuku çıkarmak, belirttiğimiz gibi, bilimsel açıdan mümkün olmaktan bırakabilir, hukuk düşününceyin geldiği aşama ve sürekli bir değişim içinde bulunan top- lumsal ihtiyaçlar dikkate alın手掌ında, bunun yapılabilirliği için, İslam hukukunun genel teorisi alına çok daha yoğun çalışmalar yapılması ve hukuk-değişim iliskisini karşılama kitârî yön- temlerin test edilmesi gerektiği vurgulanmalıdır.

Kulcsar, 98.


Sözü edilen fikir hükümlerle süjetif ahlâk kuralları arasında düzenleme ve yapımın unsurları bakımından farklılıklar bulunduğunu açığtır.


Fikir hükümlerin düzenleme unsurları hususunda geniş bilgi için bkz. Türçan, İslâm Hukuk Bilişminde Hukuk Normu, 114-126.

Bzk. Türçan, İslâm Hukuk Bilişminde Hukuk Normu, 126-135.


Mecelle-i Ahkâm-i Adîiyû, md. 1.

Bzk. İbn Kayyûm el-Cevziyye, Şemsuddîn Ebû Abdîllah Muhammed b. Ebî Beker, l’âmü’l-Muvaşıkân an Rabbi’l-