

# İslam Hukuk Düşüncesinde Değişim Ve Gelişim İmkânı

<sup>1</sup>Recep Özdemir

Adıyaman Üniversitesi, İslami İlimler Fakültesi, İslam Hukuku Bölümü, Adıyaman, Türkiye

## Özet

Temel özelliklerini koruyarak ortaya çıkan yeni problemlere hukukî çözümler sunmak, bir hukuk sisteminin en önemli özelliğini oluşturmaktadır. İslam hukuk düşüncesi, bir yandan değişmeye kapalı ilahî ilkelerle aslı kimliğini korumayı sağlarken, diğer taraftan bazı prensipleriyle hukukî gelişmeye olanak tanımaktadır. Vahiy kaynaklı olması sebebiyle İslâm hukukuna bazı eleştirel düşünceler yöneltilmesine karşın, İslâm hukukçuları kıyas, örf, kamu yararı ilkesi(maslahat) gibi hüküm kaynaklarıyla İslâm hukuk düşüncesinde hukukî gelişmeyi sağlamışlardır.

**Anahtar Kelimeler:** Gelişim, Değişim, Kıyas, Kamu Yararı, İslam Hukuk

## Change And Development Opportunities In The Thought Of Islamic Law

### Abstract

Preserving its basic features to provide legal solutions to the emerging problems is the most important feature of a legal system. The thought of Islamic Law, while preserving its essential identity with divine principles which are dogmatic, on the other hand allows the development of legal with some principles. Despite some critical thoughts directed to the Islamic Law because of its being revelation origin, Islamic jurists have fulfilled the legal development in the thought of Islamic Law with analogy, custom, public interest and so on.

**Key Words:** Development, Change, Analogy, Public Interest, Islamic Law

### 1. Giriş

İslâm hukuk düşüncesi, vahiy kaynaklı olması sebebiyle ilk bakışta statik olduğu düşünülebilir. Fakat, hem değişmez olarak kabul edilen temel esasların az olması hem de sürekli değişen şartlara adapte olmayı sağlayan özgür ve bireysel düşünceye temel metinlerde sıkça vurgu yapılması, İslam hukuk düşüncesinde gelişim ve değişimin bir potansiyel olarak var olduğunu göstermektedir. Hukuk düşüncesini bir üst seviyeye taşıyan hukuk felsefesinin ilk önce İslam hukukçuları tarafından yapılması bu gerçeğin tarihsel arka planını oluşturmaktadır. Az olan temel ilkelere karşın devasa boyutta hukuk metinlerinin oluşmuş olması da İslam hukuk düşüncesinde sürekli bir değişimin ve gelişimin olduğunu göstermektedir. İslam hukukunda var olan gelişim ve değişim, İslam hukukçuları tarafından kaideleri hassas bir şekilde belirlenen hüküm elde etme kaynaklarına bağlı olarak var olmaktadır. Olaylar arasındaki benzerlikten hareketle oluşan kıyas, konunun uzmanlarının

---

<sup>1</sup> Corresponding author: Address: Adıyaman University, Faculty of Islamic Sciences, 02040, Adıyaman, TURKEY. E-mail address: celoglu23@gmail.com, Phone: +90416223383055 Fax: +904162901292

ittifakıyla oluşan icmâ, kamunun genel menfaatini gözetlemekle oluşan mesalh-i mürsele, şartlardan dolayı genel kuralın dışına çıkmayı gerektiren istihsan gibi vasıtalar gelişimin ve değişimin kaynaklarını oluşturmaktadır.

İslam hukukunda bazı değişmez ilkelerin olduğu bir gerçektir. Bu İslâm hukuk düşüncesini kendi olarak hep var olmasını sağlayan önemli bir husustur. Sonsuz ve sınırsız değişim fikri, konu olduğu şeyi yok edebilir. Değişmez sabiteler olmadan bir şey kendi aslî kimliğini koruyarak, sürekli bir değişim sürecine girmesi mümkün değildir. İslam hukukunda değişime kapalı bazı sabitelerin olması, değişim parametrelerinin sağlıklı bir zeminde oluşmasına olanak sağlamaktadır.

İslam hukukunda gelişim ve değişim imkanın sürekli canlı tutan unsur, İslam hukuk düşüncesinde talil edilebilirliğin esas, te'abbüdiliğin ise istisnaî bir durum olmasıdır. İslam hukukunun temel metinlerinde sabit olan hükümlerin birçoğunun illete dayanması İslam hukukunun çağın gerektirdiği şartlara adapte olmasını sağlamaktadır. Zihinsel faaliyetlere dayanan nassların doğasını anlama çabası, İslâm hukukuna esnek bir yapı kazandırmaktadır. İslam hukukunda değişime kapalı olan tea'bbüdî hükümler ise az sayıda olup, Müslüman bireylerden oluşan toplumun kendi aslî hüviyetini kaybetmeden var olmasını sağlayamaya yöneliktir. İslam hukukunun vahiy kaynaklı oluşunun bir tezahürü olan tea'bbüdî hükümler inanç esasları, ibadet hükümleri, haramlar ve helaller, nikah, miras, had cezalarıyla ilgilidir. Bu hükümler yoruma açık hükümlere kıyasen istisnaîdir.<sup>1</sup> Söz konusu hükümlerin yoruma kapalı olması, hukuk güvenirliliği ve hukuka saygılı bireylerin yetişmesi açısından önemli bir görevi icra etmektedir. Tamamen insan ürünü olan hukuk sistemlerinin en önemli açmazı olan sonsuz değişim fikri, hukuk güvenliğine büyük bir tehdittir. Zira, gücü elinde bulduranın kendisinden önce oluşmuş hukuk normunu ilga edip, kendi istediği şekilde yeni bir hukuk vaaz etmesi ihtimal dâhilindedir. Hukuk tarihi bunun örnekleriyle doludur. İşte İslâm hukukunun ilahî bir güce dayanması tea'bbüdî denilen hükümlerin değiştirilmemesinin garantisini teşkil etmektedir. Sınırsız ve sonsuz değişimin zamanla değerden yoksun bir olguya dönüşmesini önleyen teabbüdî hükümler, dogmatik bir aklın değil her şeyi öncesi ve sonrasıyla bilen aşkın bir aklın/iradenin ürünüdür. Dolayısıyla düşünce şantiyesine dönüşen hukuk tarihinin aksine bu hükümlerde tarihi bir süreç söz konusu değildir. Söz konusu hükümler en başta mükemmel şekilde vaaz edilmiş; ancak tedrici olarak gelişen ve mükemmele ulaşıp ulaşamadığı objektif olarak belirlenemeyen insan düşüncesinin etkisine kapatılmıştır.

İnsanların hukuk ilminde beklentisi hukukun ihtiramı gerektirecek bir kökeninin olması ve hukukun değişen şartlara uyum sağlayacak bir yapıda olmasıdır. Devlet başkanı, kral, sultanlar tarafından konulmuş, tamamen insan ürünü hukukların değiştirmesinin her zaman söz konusu olduğu için bu tür hukuklar ihtirama layık görülmemektedir. Fakat, insan üstü bir güç tarafından konulmuş bir hukukun kökeni bakımından insanlar tarafından değiştirilmesi mümkün olmadığı için ihtirama layıktır. İslam hukuku vahiy kaynaklı olduğundan dolayı esasları insanlar tarafından değiştirilmesi söz konusu değildir.

İnsanların hukuktan beklentisi olan hukukun değişen şartlarla birlikte değişebilmesine gelince, bu hukukî kaidelerin zamanın değişmesiyle insan düşüncesinin gelişimi önünde bir engele dönüşmemesini sağlamaktadır. Yani, bir hukuk sistemi her durumda aynı şekilde uygulanacağı ön kabulü hukuku zamanla yük haline getirir. İslâm hukukunun temel metinlerinde değişmez nitelikte olan hükümler olmakla birlikte bunlar kazuistik bir yöntemle sürekli artan ve gelişen yoruma dayalı fikhî meselelere kıyasen çok az sayıdadır. Kur'an ve sünnette vaaz edilen fikhî hükümler sabit kalmakla birlikte, bu temel kaidelerden hareketle

çözümüne kavuşturulmaya çalışılan hukukî meseleler sürekli olarak artış göstermektedir. İnsan-Allah, insan-insan ve insan-tabiat ilişkilerini ilişkili olduğu varlığın doğasına en uygun şekilde düzenlemeye çalışan İslâm hukukunun yeni ortaya çıkan meselelere sessiz kalması mümkün değildir.

## 2. Eleştiriler

İslâm hukuku kaynağı itibariyle vahiy kaynaklı bir hukuk sistemi olduğu için, İslâm hukukunda hukukî gelişmenin temel dinamiğini oluşturan özgür düşünce ve gelişmenin olmadığı noktasında İslâm hukuk ilmine bazı eleştiriler yöneltilmiştir. Söz konusu eleştiriler, içtihadın sona ermesi, vahiy kaynaklı olması sebebiyle değişmeye kapalı olması, çağın ihtiyaçlarına cevap verememesi şeklinde üç ana başlık altında toplanabilir.

Hicrî dördüncü asırdan sonra bazı bilginler, hicri üçüncü asrın sona ermesi ile içtihat kapısının kapandığına hükmetmişlerdir. Bunun sebebi, kendi zamanlarında hüküm verme ve içtihat etme konusunda büyük bir karışıklığın ortaya çıkmış olmasıdır. O kadar ki, içtihat etme yetkinliğine sahip olamayanlar, kendilerinin müçtehit olduğunu iddia etmiş; istinbât kurallarının azını bile bilmeyenler fetva vermeye kalkışmışlardır. İşte bu yüzden bazı bilginler, kendi şahsı düşünceleri doğrultusunda fetva verip menfaat elde etmek isteyen kimselerin yolunu kapatmak için içtihat etmenin sona erdiğini söylemişlerdir.<sup>2</sup> İşte, bu noktada değişen şartlar karşısında içtihat düşüncesinin kapalı olmasının iddia edilmesi eleştirin ortaya çıkmasına neden olmuştur.

Bunun yanı sıra din kurallarının değişmez bir yapıda olduğu gerçeğinden hareketle İslâm hukuk düşüncesini statik bir yapıda olduğu bir başka eleştiri konusudur. İslam hukukunun çağın gereklerine cevap veremeyen bir hukuk olduğunu savunanların temel düşüncesi, İslâm hukukunun dinî hükümlere dayanması ve dini hükümlerin ise değişmeye kapalı olduğu ön kabulüne dayanmaktadır. Buna göre, din kuralları sabittir. Hayatın gerçekleri ise sayılmayacak kadar çoktur. Bizzat hukuku ilgilendiren birçok olay günlük hayatta ortaya çıkmaya devam etmektedir. Bir hukuk sisteminin değişen hayat şartlarına uyum sağlaması ancak hukuk sisteminin değişmeye ve gelişmeye açık olmasına bağlıdır.<sup>3</sup>

## 3. Kur'ân ve Sünnette Hukukî Gelişmenin Temelleri

Bir hukuk sisteminde hukukî gelişmenin temel esasının düşünce özgürlüğü oluşturmaktadır. Değişmeye kapalı bazı koruyucu hükümler yanında İslam hukukunda geniş bir düşünce özgürlüğünün olduğu görülmektedir. Kur'an ve hadislerde buna işaret eden birçok ayet ve hadis vardır(Bakara, 2/17; Maide, 5/104; A'raf, 7/28).

İslam hukuk düşüncesinin temel metinlerini teşkil eden Ku'rân ve sünnette yer alan hukukî durumlar sınırlı sayıda olmakla birlikte meydana gelen ve hukuken bir çözüm bekleyen durumlar ise sınırsız sayıdadır. İslâm hukukunun temel metinlerinde ortaya çıkan meselelere çözüm üretme noktasında bazı hükümler ve tarihi olaylar mevcuttur. Hem Kur'an'da hem sünnette değişim ve gelişim kavramlarının temel mantığını oluşturan düşünme ve yorumlamaya dair işaretler bulmak mümkündür.

Aklî yetinin dünyayla ilgili işlerde kullanılması böylece düşünce üretilmesi İslâm'ın dinin oluşturduğu dünya hayatı tasavvurunun önemli bir prensibini teşkil etmektedir. İslâm aklî düşüncüyü dünya işlerinde kullanarak düşünme üretmenin önemiyle ilgili bazı hükümler on beş asır önce vaaz etti. Düşünce özgürlüğüne işaret eden şurayla ilgili ayetler bunun en önemli göstergesidir.

Yukarıda zikrettiğimiz üzere, bazı hadislerde de hukukî gelişmemenin imkanının potansiyel olarak var olduğunu görmekteyiz. “*Muaz Hadisi*” olarak bilinen, Hz. Peygamber(s.a.v.) ile Muaz b. Cebel arasında geçen tarihi diyalogda hukukî gelişmeyi oluşturan içtihadın delil hiyerarşisinde, temel metinlerden sonra üçüncü sıraya yerleştirilmiştir. İslâm hukukunda içtihadı yer verildiğine delil olarak gösterilen bu tarihi diyalogda Muaz b. Cebel, Yemen’e vali olarak tayin edilir. Muaz, Hz. Peygamber(s.a.v.)’le vedalaşmaya gelince Hz. Peygamber(s.a.v.) ona: “Neyle hükmedeceksin?” diye sorar. Muaz cevaben: “Allah’ın kitabıyla.” der. Hz. Peygamber, “Ya Kitap’ta bulamazsan?” diye tekrar sorar. Muaz, bu soruya “Allah Resulünün sünnetiyle” diye cevap verir. Hz. Peygamber son kez bira daha sorar: “Sünnettede aradığını bulamazsan?”. Muaz bu soruya “Reyimle içtihad ederim” şeklinde cevap verince Hz. Peygamber Muaz’ın cevabını tasdikler nitelikte şöyle der: “Rasûlullah’ın elçisini Rasûlullah’ın razı olduğu şekilde muvaffak kılan Allah’a hamdolsun”<sup>4</sup>

Bu tarihi diyalogdan anlaşılan en önemli husus, daha Hz. Peygamber(sav.) hayattayken bile Kur’ân ve sünnette çözümün olmayan meselelerin olabileceği gerçeğidir. Bu gerçek, bugün için daha da geçerlidir. Zira, tarihselci düşüncenin tuzağına düşmeden değişen zamanın, temel metinlerin doğasını anlamayı zorlaştıran bazı riskleri beraberinde taşıdığı söylenebilir.

Diyalogdan çıkarılabilecek bir diğer sonuç, salt düşünceye dayanan hukukî çözümlerin İslâm hukukunun kaynağını oluşturan deliller hiyerarşisinde en son sırada yer almasıdır. Her durumda deliller arasındaki hiyerarşinin dikkate alınıp alınmayacağı bu hadisten anlaşılacakla birlikte, fıkıh usulünde deliller ele alınırken Kur’ân ve sünnetin aslî deliller; akli faaliyetlere daha açık olan diğer delillerin ferî deliller arasında zikredilmesinde anlaşıldığına göre deliller arasındaki hiyerarşi zorunluluk arz etmektedir. Hukuku oluşturan deliller arasında hiyerarşinin gözetilmesi gerektiği bugünkü hukuk sistemlerinde de geçerlidir. Gerçekten de bir yasanın anayasaya yada bir tüzüğün kanunlara aykırı olması mümkün değildir. İslam hukukunda hukukî gelişmeyi mümkün kılan ve kişisel düşüncelere imkan veren deliller, belli sınırlar çerçevesinde oluşmaktadır. Alt kategoriyi oluşturan deliller İslâm hukukunun anayasasını teşkil eden Kuran ve sünnet metinlerine aykırı olamaz. Bu diyalogda rey yani kişisel kararın en sonda zikredilmesinin temel gerekçesi budur.

Sünnette temel kaynaklarda belirlenen kriterlere göre hükmü konusunda herhangi bir nass olmayan konularda kişisel çabanın meşruiyetini onaylayan delil yukarıda zikrettiğimiz hadisle sınırlı değildir. Bir başka hadiste temel kaynaklarda hükmü bulunmayan bir meselenin çözümü için yapılan içtihat açık bir şekilde sevapla mükafatlandırılacağı belirtilmektedir. İmam Şâfiî tarafından da içtihadın meşru olduğuna delil olarak gösterilen hadis kaynaklarında şu şekilde rivayet edilmektedir: “Hâkim içtihat yaparak hükmeder ve bunda isabet ederse, onun için iki mükafat vardır; eğer o içtihat yaparak hükmeder ve bunda yanılırsa, onun için de bir mükafat vardır.”<sup>5</sup>

Hadis-i şerîfe göre kişisel çaba yüceltilmekte; iyi niyet korunmak şartıyla içtihat faaliyeti sonucu ulaşılan sonuç ne olursa olsun, bu faaliyet uhrevî bir mükafatla ödüllendirilmektedir. Düşünce özgürlüğüne geniş bir zemin hazırlayan bu hadis-i şerif, İslâm hukuk düşüncesinin yeni gelişmelere çözüm arayan hukukçuların çabalarına açık olduğunu ve daha ilk dönemlerde hâkim teminatına yer verdiğini göstermektedir. İslâm hukuk düşüncesi, gücünü devletten alan resmî ideoloji değil düşünce özgürlüğüne sahip ve resmî ideolojiden gelen baskılara boyun eğmeyen din adamı ve bürokrat hukukçuların vasıtasıyla gelişme göstermiştir. Söz gelimi, İmam Mâlik’in bu konudaki tavrı bilinen bir örnektir. İmam Mâlik’in en meşhur eseri olan ve kendisine olan nispetinden hiçbir şüphe olmayan Muvatta’ Abbasî halifesi Ebû Cafer Mansur’un isteği üzerine telif edilmiştir. İmam Mâlik’in talebeleri

kendisinden Medîne ilmini toplayıp yazmasını istedikleri ve bunu gerçekleştirmek için gerekli şartların bulunduğu sırada Halife Ebû Cafer Mansur da bütün şehirlerde verilen hükümlerin tek bir esasa bağlanmasını ve bu konuda hiçbir şehrin diğerinden farklı olmamasını isteyerek İmam Mâlik'den bir kitap yazmasını istedi. İmam Mâlik, Medîne'deki ilmi toplamak amacıyla bir eser hazırlama isteğini kabul etmekle beraber, eserin İslâm ülkesinin bütün beldelerinde tek kaynak haline getirilmesi düşüncesine karşı çıktı. Mansur'dan sonraki bir dönemde devlet başkanı olan Hârûn Reşîd(ö. 193) de Muvatta'ın bütün İslâm ülkelerinde tek kaynak olarak kabul edilmesi noktasında Mansur'la aynı görüşteydi. Her ikisi de hükümlerde kolaylık sağlanması için her şehre Muvatta'dan birer nüsha göndererek hükümlerin ona göre verilmesini arzu ediyorlardı. Fakat İmam Mâlik, her beldenin farklı fetva vermeyi gerekli hale getiren kendine özgü şartlara sahip olmasından dolayı böyle bir uygulamanın, ilmin ve düşüncenin gelişmeyi engelleyeceği endişesiyle bu arzuya muhalefet etmiştir.<sup>6</sup>

Hukukî gelişmenin sivil bir çabanın ürünü olması, İslâm hukukunu resmî ideolojiden gelebilecek ve herhangi bir eksiklik olması durumunda revize edilmesi uzun bir zaman gerektirecek dogmatik çabaların müdahalesine karşı korumaktadır. Gerçekten İslâm hukuk tarihinde bugünkü anayasaların değiştirilmesine olduğu gibi tarihi kırılmalar yoktur. Yani hukukî gelişme sivil hukukçuların faaliyetleriyle yavaş ve güvenli bir şekilde sağlanmaktadır.

#### 4. Hukuk Dallarındaki Gelişmeler

İslam hukukunda değişimin ve gelişim imkanının net bir şekilde görüldüğü diğer bir alan hukuk dallarındaki gelişmelerdir. Bu alanlar genel olarak borçlar ve eşya hukukunu ilgilendiren alanlardır.

İslam borçlar hukuku açısından bakıldığında akitlerle ilgili serbestiyet, hukuk düşüncesinin gelişimine katkı sağlamaktadır. Gerçekten, önde gelen bütün mezhep imamları ve son dönem İslâm hukukçularına göre İslâm hukuk düşüncesinin klasik literatüründe bazı isimli akitler olmakla birlikte, esas olan rızâî akit sisteminin geçerli olmasıdır. İslam hukukunun temel hükümlerine aykırı olmamak ve tarafların rızasına bağlı olmak şartıyla, kişiler dilediği gibi akit yapabilir. İslam hukuk düşüncesinin borçlar hukukunu ilgilendiren kısmında geçerli olan isimsiz akit anlayışı ve bu anlayışın bir sonucu olarak bireylerin sürekli değişen hayatın gerektirdiği şartlara uyum sağlamasını olanaklı hale getiren akit yapma hürriyetine sahip olması, İslam hukuk düşüncesinde değişim potansiyelinin var olduğunu göstermektedir.<sup>7</sup>

İslâm hukukunda bulunan akit hürriyeti, İslâm hukuk düşüncesinin yeni gelişmelere paralel olarak gelişimine katkı sağlayarak gelişen ve değişen dünya ekonomisiyle entegre olmasını sağlamaktadır. Zira, bir hukuk sisteminin gelişen ve çeşitlenen ekonomik ilişkilere uyum sağlanması, ancak ana esasları sabit olmasını yanında geniş bir hareket alanı sağlayan akit yapma hürriyetinin olmasına bağlıdır.

Eşya hukuku alanındaki gelişmeler, eşya üzerinde teşekkül eden *aynî hak* kavramının hukukî gelişmeyle birlikte farkı anlamlar kazanmasında tecelli etmektedir. İslâm hukuku ilk dönemlerde, tek tek somut meselelere getirilen çözümler şeklinde geliştiği için, İslâm hukukunun ilk dönem kaynaklarında genel olarak hak kavramıyla özel olarak aynî hak kavramıyla ilgili doktriner bilgilere ve ayırımlara derli toplu bir şekilde ve bir başlık altında rastlamak mümkün değildir. İlk dönemlerden itibaren İslâm'ın farklı bölgelerde farklı kültür ve medeniyetleri bünyesine katması sonucu meydana gelen yeni meseleler karşısında üretilen çözümlerin çokluğu ve farklılığı, fikhın meseleci(kazuistik) bir yöntemle ve meselelerin dağınık bir şekilde kendi bağlamında ele alınmasını gerekli kılmıştır. Fakat modern dönem İslâm hukuku eserlerinde *aynî hak* kavramı biraz daha farklı bir şekilde ele alınmaktadır. Son

dönemlerde klasik kaynaklarda yer alan dağınık bilgilerin derlenip toplanması sonucu oluşan kavram hukukçuluğu sebebiyle, hakların özellikle aynî hakların tasnifiyle ilgili tasniflere rastlanmaktadır. Yapılan bu tasnifler eşya hukuku alındaki hukukî gelişmeyi göstermektedir.<sup>8</sup>

İslâm hukuk düşüncesinde birçok gelişmenin görüldüğü diğer bir alan uluslararası hukuktur. İslâm öncesi Araplar'da sistematik bir uluslararası hukuk mevcut değildi. İslâm'la birlikte *siyer* kavramıyla ifade edilen sistematik uluslararası hukuk sistemi oluşmaya başladı. Klasik fıkıh kitaplarında *siyer* başlığı altında, savaş, barış, tarafsızlık durumu gibi devletler arasındaki ilişkileri ilgilendiren konular ele alındı, geniş bir şekilde izah edildi. *Siyer* adı altında esasları belirlenen uluslararası hukuk, yapılan ikili anlaşmalara taraf olunarak gelişmeye devam etmektedir.<sup>9</sup>

## 5. Hüküm Kaynaklarının Yenilenmesi

İslâm hukukunda hukukî gelişmeyi sağlayan bir diğer unsur, hükümlerin elde edilmesini sağlayan kaynakların geniş bir yelpazede ele alınmasıdır. İslâm hukukun kaynakları hem keyfiyet hem de kemiyet açısından sürekli gelişmiş; ilk dönem fıkıh usulü eserlerinde yer almayan deliller daha geç dönemlerde yazılan usûl kitapların geniş bir şekilde ele alınmıştır. Aslında delillerin sayıca çoğalmas ve giderek daha ayrıntılı bir şekilde ele alınması İslâm hukukunda hukukî tekâmülün varlığının açık bir göstergesidir. Yasama faaliyetlerinde kamu menfaatinin, örfün, uluslararası antlaşmaların dikkate alınması hukukî gelişmeyi sağlamaktadır.<sup>10</sup>

### 5.1. Kıyas

Aralarındaki ortak illetten dolayı hukuk bakımından hükmü araştırılan yeni ortaya çıkmış bir meseleyi temel metinlerde hükmü sabit olan bir meseleye benzetme esası üzerine kurulu olan kıyas, İslâm hukuk düşüncesinin aslî kaynakları arasında yer almaktadır. İnsan düşüncesinin baskın bir özelliği olan kıyaslama yöntemi aynı şekilde hukuk ilminde de geçerlidir. Kıyas, illet birliği ve temel kaynaklarda yer alan asl sebebiyle hukukun temel yapısından kopmadan hukuk düşüncesinin gelişimi sağlayan bir hukuk kaynağıdır. İslâm hukuk düşüncesinde ilk dönemlerden itibaren kıyas delili etkin bir şekilde kullanılmış; birçok meselenin hukukî çözümüne kıyasla ulaşılmıştır. Hukukî gelişmelerle birlikte kıyas yönteminin hukuka aykırı ve toplumun genel menfaatine zararlı sonuçlara sebebiyet vermemesi için kurucu öğeler belirlenmiş; kıyas yöntemi aslî bir delil olarak hukuk kaynakları arasındaki yerini almıştır.<sup>11</sup>

### 5.2. Örf

İslam hukukunun temel kaidelerine aykırı olmayan ve toplumun genel menfaatine uygun olan örf geçerli bir hukuk kaynağıdır. Adalet prensibi zedelemeyen örf, hüküm koymada hukukî bir vasıta. Bazı meselelerin çözümünde örf hakemliğine başvurulmakta; örfle sabit olan bir meselenin hükmü, temel metinlerde yer alan nassla sabit olmuş gibi kabul edilir (Mecelle, Mad. 36, 45.)

Zaman değiştiğçe; insanların ihtiyaçları, hâlleri, örfleri ve hareket tarzları da değişir. Onun için örfle bağlı hükümler de değişir. İslam hukuku, genel ve muttarit olmak ve genel esaslara aykırı olmamak şartıyla örfle hükmedilmesine olanak tanımaktadır. Örfün bir kaynak değeri olarak kabul edilmesi, değişen insan ihtiyaçlarının adalet prensipleri çerçevesinde karşılanmasını sağlamaktadır.

### 5.3. İstihsan ve Mesâlih-i Mürsele

İstihsan, İslam hukuk düşüncesinde müçtehidin bir meselede, kendi kanaatine o meselenin benzerlerinde verdiği hükümden vazgeçmesini gerektiren nass, icmâ, zaruret, gizli kıyas, örf veya maslahat gibi bir delile dayanarak, o hükmü bırakıp başka bir hüküm vermesidir. İstihsân, müçtehidin geçerli bir delile dayanarak taktir yetkisini kullanmasıdır. Müçtehit, taktir yetkisini, kıyasla hüküm vermenin doğuracağı hukuk güvenliğine, adalet duygusuna aykırı sonucun ortaya çıkmasını engellemek için kullanır. İstihsân hukukun bir kaynağı olarak, hukuktan beklenen adaletin tesisi için kanun yapanların bazı durumlarda kanun maddesi haline getirilmiş şekli hukukun dışına çıkmasını sağlamaktadır. İstihsan delilinin yanı sıra hukukçuya geniş bir hareket alanı sağlayan mesâlih-i mürsele delili de hukukî gelişmesi sağlayan bir delidir. Fıkıh usulünde “*mesâlih-i mürsele*”, hükmün kendisine bağlanması ve üzerine hüküm bina edilmesi, insanlara bir fayda sağlayan veya onlardan bir zararı gideren; fakat muteber veya geçersiz sayıldığına dair belirli bir delil bulunmayan manalardır (durum veya gerekçelerdir). İslam hukukunun belirlediği temel maslahatlara aykırı olmayan ve hukukun sessiz kaldığı alanlarda hukukçular, bazı değerlendirmelerde bulunma imkanına sahiptir.<sup>12</sup>

## 6. Hukuk Felsefesinin Kurumsallaşması

Hükümleri ve kurumlarıyla müesseseleşmiş bir hukuk siteminde değişen şartlara adaptasyonu sağlayan gelişim ve değişim imkanının temel dayanağı bir hukuk felsefesinin mevcut olmasıdır. Çünkü, hukuk felsefesi ait olduğu hukuk sisteminde hukukun ruhunu anlama ve yorumlama faaliyetinin bir ilke olarak varlığını göstermektedir. Bu hususta İslam hukuk düşüncesi, diğer hukuk sistemlerinin sahip olmadığı ayrıcalıklı bir konuma sahiptir. Zira, hukuk felsefesi, şer’î-amelî hükümleri tafsilî delillerinden çıkarabilmeyi sağlayan ve “fıkıh usûlü” olarak adlandırılan ilim dalının ortaya çıkması ve gelişmesiyle İslâm hukukunda hicri ikinci yüzyıldan beri hep var olmuştur. Hukuku kanundan ayırmayı sağlayan ve müeyyideyle takviye edilmiş kanunlara insanî ve vicdanî özellikler kazandıran hukuk felsefesi, ilk defa İslâm hukuk düşüncesiyle ortaya çıkmıştır.<sup>13</sup> Hukuk felsefesinin kökenlerine dair birçok araştırma yapan Muhammed Hamidullah bu konuda şöyle der:

“İslâm’dan önce Hukuk ilminin mevcut olmadığını duymaktan büyük bir hayrete düşmeyiniz. Tekrar ediyorum: Hukuk ilmi İslâm’dan öne yoktu. Çinlilerin, Babillilerin, Hinduların, Yunanlıların, Romalıların ve diğer toplumların sadece kanunları vardı, fakat insanların hareket alanının kurallarına dair teorik bir hukuk ilimleri yoktu. Hukuk ilmi, kanunun kaynakları, hukukun felsefesi, yasama metotların, yorumlama, uygulama vs. gibi konuları ele alır. Dünyada böyle bir konuda yazılmış en eski eser, teorik Hukuk ilminin kurucusu İmam Şâfiî’nin, Hukukun Kökleri’ne (Usûl’ül-Fıkıh) dair yazdığı “Risale” adlı kitabıdır. Ona göre bu ilim, kökleri oluştururken, Kanun kurallarının dallarını da meydana getirir.<sup>14</sup>”

İslâm medeniyeti aslında bir fıkıh medeniyetidir. Hem keyfiyet hem kemmiyet açısından bakıldığında fıkıh diğer ilim dallarına göre büyük bir yer kaplamaktadır. Yunan medeniyeti felsefe, çağdaş batı medeniyeti bilim ve teknik medeniyeti olduğu gibi İslâm medeniyeti de bir fıkıh medeniyetidir. Fıkıh sadece davranışları etkilemekle kalmadı; ayrıca, fikir üretimi ve düşünce tarzını da etkiledi. Fıkıhın felsefesini oluşturan fıkıh usulü aynı şekilde Arap-İslâm medeniyetinin yapı taşıdır. Medeniyetin teşekkülünü sağlayan aklî düşüncenin yöntemini fıkıh usulü belirlemiştir.<sup>15</sup>

## 7. İçtihat

Temel kaynaklarda açık şekilde hükmü ifade edilen konuların kendisinde herhangi bir değişme söz konusu değildir. Bu husus şu şekilde küllî bir hüküm haline getirilmiştir:

“Mevridi nassta içtihadı mesağ yoktur.” Burada nassla ifade edilen husus, hem delâlet hem sübut açısından kesin şekilde sonuca bağlanmış hüküm demektir. Genellikle insan-Allah ilişkilerini düzenleyen ibâdât kısımları ilgilendiren kısımlarda içtihat geçerli değildir.<sup>16</sup>

İçtihat, fıkıh usulü ilmini hükümlere tatbik etme sanatıdır. Fıkıh usulü teorik olarak yeni hükümleri elde etme yöntemlerini belirlerken, içtihat belirlenen bu hükümleri uygulama faaliyetini bizzat kendisini ifade etmektedir. Bu yüzden içtihat müçtehidin yani fıkıh usulüyle belirlenen kurallara vakıf kimsenin şeri-amelî hükümleri tafsili delillerden elde etme faaliyeti olarak isimlendirilmektedir. Usûl ilmi çerçevesinde belirlenen kriterlere sahip müçtehitler, kesin şekilde hükme bağlanmamış alanlarda ve yeni ortaya çıkan konularda fıkıh usulünün belirlediği kurallara işlerlik kazandırarak hukuk ilminin gelişimine katkı sağlarlar.<sup>17</sup>

İçtihat üzerine geniş bir incelemede bulunan Şâtıbî, içtihadı sona ermiş ve kıyamete kadar devam edecek yani kesintiye uğraması mümkün olmayan içtihat şeklinde ikiye ayırmaktadır. Kesintiye uğraması söz konusu olmayan ve hükümlerde illetlerin olup olmadığını tespiti yönelik olan içtihat, hukuk düşüncesinde gelişimin sürekliliğini sağlamaktadır. Hükümlerin doğasını anlamayı olanaklı kılan illetin doğru ve geniş bir bakış açısıyla tespit edilmesi, hukuk düşüncesinin önünde yeni alanlara açabilir. Şâtıbî'nin verdiği örnekler üzerinde bunu açıklamaya çalışalım. Kur'ân'da “Sizden adalet sahibi olanları şahitliğe çağırın”(Talak, 2) buyrulmaktadır. Burada, adalet sahibi şahitlerin nasıl tespit edileceği konusunda herhangi bir bilgi bulunmamaktadır. İşte, adalet ölçülerinin tespiti ve şahitliğe çağrılanlarda belirlenen vasıfların olup olmadığını tespiti içtihatla mümkün hale gelmektedir. Şâtıbî'nin verdiği diğer bir örnek zekatla ilgilidir. İslâm hukukunda zekat, fakirlere verilen mâlî bir mükellefiyettir. Temel metinlerde sadece zekat verilecek yerler ve zekat verilmesi gereken malın alt sınırıyla ilgili bir takım bilgiler vardır. Bununla birlikte zekat verilecek yerlerin objektif olarak tespit edilmesi tamamen içtihadı bırakılmıştır.<sup>18</sup>

Hukuken çözüm bekleyen sorunların ortaya çıkmasının engellenmesi mümkün değildir. İnsan ve insanî ilişkiler olduğu sürece, hukuku ilgilendiren konular ortaya çıkmaya devam edecektir. Bu açıdan bakıldığında, Fıkıh usulü ile tespit edilen kuralların henüz ortaya çıkan konulara uygulamasının en geniş tanımı olan içtihat düşüncesinin kesintiye uğraması söz konusu değildir. Hukuken çözüm bekleyen henüz ortaya çıkmış konular karşısında, hukuku işletmemek insan hak ve hürriyetlerinin yok sayıldığı ve hukuk güvenliğinin olmadığı bir zeminin oluşmasına neden olabilir. Bunla birlikte hukukî gelişmenin temel dinamiği olan içtihadın, yetkili kişi ve organlar tarafından yapılması hukuk karmaşasının doğmaması içi elzemdir.

## Sonuç

İnsanın müdahil olduğu şeylerde değişim ve gelişim kaçınılmazdır. İnsan zihinsel, kültürel olarak geliştikçe, insan hayatında hukuku ilgilendiren yeni hak türleri ve durumlar ortaya çıkmaktadır. Adalet fikri çerçevesinde, hakların tanımlanması, hak kazanmanın hükümlerinin belirlenmesi hukukun görevidir. Hukukun temel görevi yeni durumları yok saymak değil, yeni durumlara göre çözümler sunmaktır.

İslâm hukuk düşüncesi, yapısı itibarıyla bazı değişmez hükümlere sahip olmakla birlikte ortaya çıkan yeni durumlara uygun çözümler sunacak potansiyele sahiptir. Kur'ân ve hadislerin oluşturduğu temel metinlerde genel hükümler belirlenmiştir. Fakat hemen şunu belirtmemiz gerekir ki hukuku dar kalıplara sıkıştırma ameliyesi olan kanunlaştırma İslam hukukunda mevcut değildir. İslam hukukunun temel metinlerinde hukuku ilgilendiren bütün



meselelere uygulanabilecek kapsamlı ve evrensel bir hukuk felsefesinin ilkeleri vaaz edilmektedir.

İslam hukukçuları tarafından ortaya konulan fıkıh usulü, tarihte yapılan ilk hukuk felsefesidir. İslam hukukçularının kaidelerini belirlediği söz konusu hukuk felsefesi hukukî gelişmenin hukuka uygun bir şekilde gerçekleşmesini sağlamaktadır. Hukuk felsefesi çerçevesinde ilkeleri belirlenen kıyas, örf, istihsan, amme menfaati(maslahat) gibi delillerle hukukî gelişmenin imkanının fiilî olarak gerçeğe dönüşmektedir. İslâm hukuk tarihi boyunca ortaya çıkan yeni durumlara hukukî çözümler sunulduğu gibi bundan sonra da ortaya çıkacak olan yeni durumlar için hukukî çözümler potansiyel olarak var olduğu yaptığımız bu araştırmadan açık bir sonuç olarak ortaya çıkmaktadır. Bu açıdan İslâm hukukuna yöneltilen eleştirel düşüncelerin realite açısından bir karşılığının olmadığı söylenebilir.

<sup>1</sup> Köse, Saffet. İslâm Hukukuna Giriş. İstanbul: Hikmetevi Yay.; 2012. s. 40.

<sup>2</sup> Şa'bân, Zekiyüddîn. İslâm Hukuk İlminin Esasları. Çev.: İbrahim Kafi Dönmez. Ankara:2007. s. 442.

<sup>3</sup> Gözübüyük, A. Şeref. Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları. Turhan Kitapevi. 36. Baskı. 2014. s. 12-14; Bilge, Necip, Hukuk Başlangıcı. 32. Baskı. 2014. s. 26-28; Köse, Saffet, s. 25-30; Arsebük, Esat, Medeni Hukuk I:Başlangıç ve Şahsın Hukuku, İstanbul 1938. s.17.

<sup>4</sup> Tirmizî, Muhammed b. İ'sâ b. Sevre. Câmi'u't-Tirmizî. thk. Yusuf el-Hâc Ahmed. Şam: 2004, Hadis no: 1327. s. 616; Ahmed b. Hanbel. Musned. Beytu'l-Efkâri'd-Devliyye. Beyrut: 2005. c.V, s.230.

<sup>5</sup> Şâfiî, Risele, s. 487; Buhârî, İ'tisâm 21; Müslim, Akdiyye 15; Tirmizî, Ahkâm 2.

<sup>6</sup> Hallâf, Abdulvahhâb. İslâm Hukuk Felsefesi. çev. Hüseyin Atay. AÜİF Yay. Ankara: 1973. s. 13; Ahmed Emin. Fecru'l-İslâm. Kahire:1955. s. 222; Zeydân, Abdülkerim. İslâm Hukukuna Giriş. çev. Ali Şafak. İstanbul:1976. s. 250; Özdemir, Recep. İmâm Mâlik ve Sahabe Kavline Yaklaşımı. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İnönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. Malatya: 2012. s. 27.

<sup>7</sup> Karadâğî, Ali Muhyiddîn. el-Mukaddime fi'l-Mâl ve'l-İktisâd ve'l-Milkiyye ve'l-Örf. Beyrut: Dâru'l-Beşâiru'l-İslâmiyye; 2009, s. 514.

<sup>8</sup> Zeydân, Abdülkerim. el-Medhal li-Dirâseti'l-Şeriatî'l-İslâmiyye. Muessetu'r-Risâleti Nâşirûn. Beyrut: 2011. s. 212-270; Senhûrî, Abdurrezzâk Ahmed. Mesâdiru'l-Hak fi'l- Fıkhi'l-İslâmî I-VI. ikinci baskı. Beyrut: 1998. I, s. 30-38; Ebû Zehre, Muhammed. el-Mülkiyye ve Nazariyyetu'l-Akd fi'ş Şerîa'ti'l-İslâmiyye. Dâru'l-Fikri'l-Arabiyye;1976. s. 67.

<sup>9</sup> Hamidullah, Muhammed, İslâm'da Devlet İdaresi. Çev.: Hamdi Aktaş. İstanbul:2007. s. 19.

<sup>10</sup> Hamidullah. İslâm'ın Hukuk İlmine Katkıları, s. 20.

<sup>11</sup> Gazâlî, Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed. el-Mustasfâ min 'İlmi'l-Usûl. Beyrut:2010. Dâru's-Sadr. c. II. s. 106.

<sup>12</sup> Zerka, Mustafa Ahmed. El-İstislâh ve'l- Mesâlihu'l-Mürsele fî'ş-Şeriatî'l-İslâmiyye ve Usûli Fikhihâ. Dâru'l-Fikr. Beyrut:1988. s. 23.

<sup>13</sup> Burton, John. The Sources of Islamic Law. Edinburgh University Press. Edinburgh: 1990. s. 15.

<sup>14</sup> Şâfiî, Muhammed b. İdrîs, er-Risâle. Tahkîk: Ahmed Muhammed Şâkir. Kahire: Mektebetu Dârî't-Turâs; 2005. s. 8; Hamidullah, Muhammed. İslâm'ın Hukuk İlmine Katkıları. Edt.: Vecdi Akyüz. İstanbul: Beyan Yay.; 2005. s. 16.

<sup>15</sup> Câbirî, Muhammed Âbid. Tekvînu'l-Akli'l-Arab. 11. Baskı. Beyrut:2011. s.96-99.

<sup>16</sup> Şa'bân, Zekiyüddîn. İslâm Hukuk İlminin Esasları. Çev.: İbrahim Kafi Dönmez. Ankara:2007. s. 442.

<sup>17</sup> Şa'bân, Zekiyüddîn. İslâm Hukuk İlminin Esasları. Çev.: İbrahim Kafi Dönmez. Ankara:2007. s. 442-443.

<sup>18</sup> Şatîbî, Ebû İshâk İbrâhîm b. Mûsâ el-Lahmî. El-Muvâfâkât. Birinci baskı. Beyrut:2013. s. 432-436.

## Kaynakça

[1] Köse, Saffet. İslâm Hukukuna Giriş. İstanbul: Hikmetevi Yay.; 2012.

- [2] Şa'bân, Zekiyüddîn. İslâm Hukuk İlminin Esasları. Çev.: İbrahim Kafi Dönmez. Ankara:2007.
- [3] Gözübüyük, A. Şeref. Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları. Turhan Kitapevi. 36. Baskı. 2014.
- [4] Bilge, Necip, Hukuk Başlangıcı. 32. Baskı. 2014.
- [5] Arsebük, Esat, Medeni Hukuk I:Başlangıç ve Şahsın Hukuku, İstanbul 1938.
- [6] Tirmizî, Muhammed b. 'İsâ b. Sevre. Câmi'u't-Tirmizî. thk. Yusuf el-Hâc Ahmed. Şam: 2004.
- [7] Ahmed b. Hanbel. Musned. Beytu'l-Efkârî'd-Devliyye. Beyrut: 2005.
- [8] Buhârî, Muhammed b. İsmâ'îl. Sahîhu'l-Buhârî. Dâru İhyâi't-Turâî'l-'Arabî. Beyrut: 2001.
- [9] Müslim, Ebu'l-Husayn Muslim b. el-Haccâc en-Neysâbûrî. Sahîhu Muslim. Dâru'l-Ma'rife, Beyrut: 2007.
- [10] Tirmizî, Ebî İsâ Muhammed b. İsâ b. Sevre. Câmiu't-Tirmizî. thk. Yusuf el-Hâc Ahmed. Mektebetu İbn Hacer. Dimeşk: 2004.
- [11] Hallâf, Abdulvahhâb. İslâm Hukuk Felsefesi. çev. Hüseyin Atay. AÜİF Yay. Ankara: 1973.
- [12] Ahmed Emin. Fecru'l-İslâm. Kahire:1955. s. 222;
- [13] Zeydân, Abdülkerim. İslâm Hukukuna Giriş. çev. Ali Şafak. İstanbul:1976. s. 250;
- [14] Özdemir, Recep. İmâm Mâlik ve Sahabe Kavline Yaklaşımı. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. İnönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. Malatya: 2012. s. 27.
- [15] Karadâğî, Ali Muhyiddîn. el-Mukaddime fi'l-Mâl ve'l-İktisâd ve'l-Milkiyye ve'l-Örf. Beyrut: Dâru'l-Beşâiru'l-İslâmiyye; 2009.
- [16] Zeydân, Abdülkerîm. el-Medhal li-Dirâseti'l-Şeriatî'l-İslâmiyye. Muessetu'r-Risâleti Nâşirûn. Beyrut: 2011.
- [17] Senhûrî, Abdurrezzâk Ahmed. Mesâdiru'l-Hak fi'l- Fıkhî'l-İslâmî I-VI. ikinci baskı. Beyrut: 1998.
- [18] Ebû Zehre, Muhammed. el-Mülkiyye ve Nazariyyetu'l-Akd fi'ş Şerîa'ti'l-İslâmiyye. Dâru'l-Fikri'l-Arabiyye;1976.
- [19] Hamidullah, Muhammed, İslâm'da Devlet İdaresi. Çev.: Hamdi Aktaş. İstanbul:2007.
- [20] Gazâlî, Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed. el-Mustasfâ min 'İlmi'l-Usûl. Beyrut:2010. Dâru's-Sadr. c. II. s. 106.
- [21] Zerka, Mustafa Ahmed. El-İstislâh ve'l- Mesâlihu'l-Mürsele fi'ş-Şerîati'l-İslâmiyye ve Usûli Fıkhîhâ. Dâru'l-Fikr. Beyrut:1988.
- [22] Burton, John. The Sources of Islamic Law. Edinburgh University Press. Edinburgh: 1990.
- [23] Şâfiî, Muhammed b. İdrîs, er-Risâle. Tahkîk: Ahmed Muhammed Şâkir. Kahire: Mektebetu Dâri't-Turâs; 2005.
- [24] Hamidullah, Muhammed. İslâm'ın Hukuk İlmine Katkıları. Edt.: Vecdi Akyüz. İstanbul: Beyan Yay.; 2005.
- [25] Şatıbî, Ebû İshâk İbrâhîm b. Mûsâ el-Lahmî. El-Muvâfakât. Birinci baskı. Beyrut:2013.