

FIKİHDAN İSLÂM HUKUKUNA

-Fikhin İslâm Hukukuna Evrilme Süreci Üzerine Bazı Düşünceler-

Doç. Dr. Talip TÜRCAN*

Abstract

From Fiqh to Islamic Law

-Some Thoughts on the Evolutionary Process of Fiqh to Islamic Law-

In the study, we, mainly, deal with the relation between fiqh and law, and Islamic law as a modern concept. It, besides, contains an attempt on the evaluation of question that whether there a modern Islamic legal science in its real meaning is or not. We conclude that in the modern period, the studies on the fiqh have, to a great extent, achived to improve an original legal science of Islam, which is not identical to, even if on which it depends, the classical fiqh.

Key Words: Fiqh, Law, Islamic Law, Islamic Legal Science.

Fıkıh, beşerî davranışları düzenleyici kurallar bütünü olarak, tarihin hiçbir döneminde yalnızca bir toplumun pozitif düzeyde hukuk ihtiyacını karşılamak amacıyla ve sadece o kapsamda var olmadığı gibi, merkezileşmiş bir yasama işlevi sonunda da ortaya çıkmamıştır. Fikhin, sistematik bir yapı olarak, oluşum sürecini başlatan en önemli ve öncelikli etken, kuşkusuz ki, bireyin her bir davranışı bakımından bir *dinî olması gereken biçimin* bulunduğuna yönelik temel kabul ya da inançtır. Beşerî davranışların fikhî tasnifinde dikkate alınan beş hüküm (ahkâm-ı hamse) kategorisi, dinî niteliklidir. Öyleyse fıkıh, beşerî davranışların, yegane hüküm koyucu olarak kabul edilen ilahî irade tarafından öngörülen hükümlere göre beş kategoride tasnifinden ibarettir.¹ Bu itibarla fıkıh, beşerî davranışlara ilişkin hükümleri arayıp bulma (ızhâr/keşf/beyân) amacına dönük olarak kurgulanmış zihinsel bir faaliyeti temsil etmektedir. Nitekim fıkıh, başlangıçtan itibaren, ya *bilme* (marifet/ilim/idrâk) eylemi ya da *bilinen* olarak tanımlanmıştır ki, bu, onun esas itibarıyla epistemik bir faaliyet ya da epistemik temelli bir yapı olarak algılandığının bir göstergesidir. Fikhin, onu, sonradan sülflük olarak nitele-

* S.D.Ü. İlahiyat Fakültesi İslam Hukuku Anabilim Dalı

¹ İslâm'da hukukun bir tasnif ilmi olarak kavrandığı hususunda ayrıca bkz. Count Léon Ostrorog, *Ankara Reformu*, çev. Y. Ziya Kavakçı, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Yayınları, İstanbul 1972, 25-26.

necek zühd anlayışına indirgeyen Hasan el-Basrî (ö.110/728)'nin tanımı² –ki fikhî faaliyetin ortaya çıkışında dinî endişenin rolünü vurgulaması bakımından önemlidir– bir tarafa bırakılırsa, elimizdeki Ebû Hanîfe (ö.150/767)'ye nispet edilen “Kişinin haklarını ve sorumluluklarını bilmesi (ma'rifetu'n-nefs mâ lehâ ve mâ aleyhâ)”³ biçimindeki en eski tanımı ile klasik dönemin nihayetini temsil eden Mecelle'nin “ilm-i fikh mesâil-i şer'iyyeyi amelîyyeyi bilmektir”⁴ biçimindeki tanımı arasında yaşanan süreç boyunca epistemik temelli hâkim algı, herhangi bir değişime uğramamış ya da bir kırılma göstermemiştir. Ebû Hanîfe'ye nispet edilen tanımda itikadî alanı da içine alan fikh, İslâmî bilginin gelişen terminoloji ve metodoloji sayesinde bilimsel disiplinlere ayrıldığı süreçte kapsam bakımından daralarak, itikadî alanı kelâma bırakmış ve yalnızca *amel* terimiyle ifade edilen *dışsal ve dışa yansıyan içsel beşerî davranışlar alanına* özgülenmiştir.⁵ Burada vurgulamak istediğimiz husus, değişme ya da gelişmenin yalnızca kapsamda ortaya çıktığı ve bir faaliyet olarak fikhin epistemik karakterini klasik dönemin sonuna kadar korumuş olduğu gerçeğidir. Şu halde fikhin mahiyetine ilişkin bir analiz yapılmak istendiğinde tespit edilecek ilk özellik, fikhin süje bakımından hüküm koymak (yasama) anlamında iradî bir faaliyet değil, ilahî irade tarafından öngörülmüş olan (muayyen) hükümleri bilme (ilm)/açığa çıkarma (izhâr/keşf/beyân) faaliyeti olduğudur.⁶ İşte fikhin, *şer'î amelî hükümleri bilmek* biçimindeki nihai tanımı, hem epistemik temelli yapısını vurgulamakta hem de belli türde davranışların hükmü ile sınırlamak suretiyle kapsamını belirlemektedir. Fikhî, yalnızca ictihad alanına özgüleyen usûlcüler istinbâtı zorunlu bir unsur olarak değerlendirdikleri halde, bir hükmün – ister nass

² Bkz. Ebû Muhammed Abdullâh b. Abdîrahmân ed-Dârimî, *es-Sünen*, I-II, Dâru Sahnûn ve Çağrı Yayınları, İstanbul 1413/1992, Mukaddime 29; Ebû Tâlib el-Mekkî, *Kütu'l-Kulûb fî Muâmeleti'l-Mahbûb ve Vasfî Tarîkı'l-Murîd ilâ Makâmî't-Tevhid*, I-II, Dâru Sâdir, Beyrut 1995, I, 315; Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed el-Gazzâlî, *Ihyâu Ulûmî'd-Dîn*, I-V, Tahkîk: Ebû Hafs Seyyid b. İbrâhîm, Dâru'l-Hadis, Kahire 1412/1992, I, 58.

Hiz. Ali'ye ve Mucâhid (ö.104/722)'e nispet edilen bazı ifadelerde de fikhin zühd esas alınarak tanımlandığı görülmektedir. Bkz. ed-Dârimî, Mukaddime 29.

³ Tanım için bkz. Sadruşşerîa, Ubeydullâh b. Mes'ûd b. Mahmûd, *et-Tavdîh fî Halli Gavâmidi't-Tenkîh*, I-II (*et-Telvîh* ile birlikte), Mekteb-i Sanâyi' Matbaası, İstanbul 1310, I, 19; Molla Husrev, Muhammed b. Ferâmuz b. Alî, *Mir'âtu'l-Usûl fî Şerhi Mirkâti'l-Vusûl*, I-II (el-İzmirî hâşiyesi ile), el-Matbaatu'l-Âmirî, İstanbul 1309, I, 44; Kemâluddîn Ahmed el-Beyâdî, *İşârâtu'l-Merâm min İbârâti'l-İmâm*, Tahkîk: Yûsuf Abdurrazzâk, Dâru'l-Kitâbi'l-İslâmî, İstanbul ty. (Kâhire 1368/1949 baskısından), 28-29; es-Seyyid Mustafâ b. es-Seyyid Muhammed el-Güzelhisârî, *Menâfî'u'd-Dekâyik fî Şerhi Mecâmî'l-Hakâyik*, Matbaatu el-Hâcc Muharrem Efendi, İstanbul 1303, 17.

⁴ *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*, md. 1.

⁵ Bununla birlikte Ebû Hanîfe'nin *el-Fikhu'l-Ebsât*'ta fikhî, *dinde fikh ve ahkâmda fikh* biçiminde ikiye ayırması, fikhin amelî alana özgü bir disipline ne zaman dönüşmeye başladığı sorununu çözmek açısından oldukça önemlidir. Onun, “Dinde fikh, ahkâmda fikhitan daha üstündür. Çünkü kişinin Rabb'ine nasil kulluk edeceğini öğrenmesi (tefakkuh), bir çok bilgiyi (ilm-i kesîr) toplamasından kendisi için daha hayırlıdır” biçimindeki ifadesi, fikhin o dönemde bağımsız bir disiplin olarak ortaya çıkmaya başladığını göstermektedir. Bkz. Ebû Hanîfe, Nu'mân b. Sâbit, *el-Fikhu'l-Ebsât*, İmam-ı Azamun Beş Eseri içinde, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul 1992, 44.

⁶ Burada ictihada açık alanda hükmün, müctehidin zannına tâbi olduğu yolundaki yaklaşımı gözardı etmiş değiliz. Söz konusu yaklaşım, müctehidi bir hüküm koyucu olarak görmemektedir. Çünkü müctehid şer'î delillerle bağlıdır. Fark, hükmün önceden ilahî iradede belirlenmiş olup olmamasından ibarettir.

isterse dar anlamda ictihad yoluyla elde edilmiş olsun- delile dayalı olarak bilinmesini, fikhî faaliyet olarak nitelemek için yeterli gören usûlcüler de vardır. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi; fıkıh, *bilinenden* hareketle de tanımlanmaktadır ki, bu durumda, fıkıh denildiğinde *şer'î amelî hükümler bütünü* kastedilmektedir. Fıkıhın, şer'î amelî hükümler bütünü biçimindeki tanımı da, hükümlerin konularak (yasama yoluyla) değil, bilinmek suretiyle elde edilmiş olmaları esasına dayanmaktadır.

Hukuk kurallarının devletsel niteliğe, yani belli bir yetki ve usûle göre konulmak ya da tanınmak/desteklenmek suretiyle pozitif düzeyde bir bağlayıcılık niteliğine sahip olmalarına karşılık, fıkıhın epistemik karakteri, bir hükmün fikhî geçerliliğini (amel edilebilirlik niteliğini) belirleme hususunda yalnızca süjenin yetkili kılınması sonucunu doğurmuştur. Bir fikhî hükmün geçerliliği nihai olarak süjenin onu benimsemesine bağlı olduğu gibi, bağlayıcılık derecesi de elde edilmesi hususunda başvuru delillerin kesinlik derecesine (subût ve delâlet) göre değişmektedir. Şu halde fıkıh, ister geniş (nasslar yoluyla bilinen hükümleri de içine alacak genişlikte) isterse dar (yalnızca ictihada dayalı hükümler) anlamında kabul edilsin, içerdiği hükümlerin bağlayıcılığı öncelikle süjenin onları benimsemesini gerektirmektedir. Üstelik salt benimseme, ona göre davranmayı maddî anlamda garanti etmemektedir.

Fıkıhın düzenlediği alan klasik teoride *amel* terimiyle ifade edilmekte ve beşerî davranış karşılığı olarak kullanılmaktadır. Bununla birlikte, her bir beşerî davranış şer'î hitâbın, yani fikhî talebin konusunu teşkil etmemektedir. Şer'î hüküm, her bir beşerî davranışı, hatta herhangi bir doğal olayı bile konu edinebilir. Fakat fikhî talep, yalnızca mükelleflerin davranışlarına (ef'âlu'l-mükellefin) yönelebilir. Diğer bir ifadeyle, fikhî talebin süjesi sadece irade sahibi insandır. Amel kavramı, belirtilen sınırlamalardan ayrı olarak, davranışların türü bakımından da sınırlı olup, fikhî talebin yöneldiği süjenin her davranışını da içermemektedir. Yukarıda da değindiğimiz gibi, şer'î amelî hükümler, ilke olarak kişinin dışsal ve hemen akabinde dışa yansıyan/dış dünyada etkileri tespit edilebilen içsel davranışlarını düzenler. Salt zihinsel davranışlar fıkıhın düzenleme alanı içerisinde değildir. Öyleyse amel terimiyle, irade sahibi bir kişinin dışsal ve hemen akabinde dışa yansıyan içsel davranışlarının tümü kastedilmektedir. Belirtilen kapsamda bir düzenleme alanı tanımıyla fıkıh, hukuka göre çok daha geniş bir alanı düzenlemekte, hukukun düzenleme alanını da içine almaktadır. Başka bir şekilde ifade edersek, fıkıh ve hukuk arasında düzenleme alanı bakımından bir *tam girişimlilik* hali söz konusudur. Çünkü hukuk, yalnızca kişiler arası ilişkileri düzenler. O nedenle, toplumsal yaşamın olmadığı yerde hukuktan da söz edilemez. Daha doğru bir ifadeyle, hukukun varlık sebebi toplumsal yaşamın kendisi ve kişiler arası ilişkilerin mevcudiyetidir. Hukuk, kişiler arasındaki olgusal ilişkileri, olması gereken (normatif) bir yapıya; karşılıklı hak-vecibe ilişkisine dönüştürür. Hukukun öngördüğü hak-vecibe ilişkisinde karşılıklılık niteliği, 'bir

tarafa ait hakkın karşı taraf için vecibe oluşturduğu' anlamında istisnasız geçerli bir ilkeye işaret etmektedir. Fakat belirtilmelidir ki, hukuk kurallarınca düzenlenen her bir hak-vecibe ilişkisinde öngörülen her vecibe, aynı tarafı, yani yükümlülük altına sokulan tarafı, aynı ilişki çerçevesinde, her zaman bir hakka mâlik kılmamaktadır. Bu, ahlâkın hukuka etkisinin bir sonucudur. Bütün bunlardan anlaşılıyor ki, hukuk -düzenleme alanı bakımından- beşerî ilişki (beşerî münasebet) kavramı üzerine oturmaktadır. Beşerî ilişki teşkil etmeyen davranışlar, hukukun düzenleme alanına girmemekte, hukukî talebin konusunu oluşturmamaktadır. Yani bir davranış bir ilişkiye vücut verse bile, hukukun düzenleme alanına girmesi, ancak ilişkinin iki tarafının da hukukî sùjelerce temsil ediliyor olmasına bağlıdır. Bu itibarla, Kant'ın tasnifi esas alınırca, bir hukuk sùjesinin kurabileceği ilişkinin dört grupta toplanabileceği görülmektedir. Onlardan ilki, yalnızca hakkı olup karşılığında yükümlülüğü bulunmayan bir sùje (Tanrı) ile hak ve yükümlülükleri olan sùje arasındaki ilişki biçimidir ki, bu, din düzenlerini teşkil etmektedir. İkincisi, yalnızca yükümlülükleri olup karşılığında herhangi bir hakka mâlik olmayan bir sùje (köle) ile hakları ve yükümlülükleri olan bir sùje arasındaki ilişki biçimidir. Üçüncüsü, hakları ve yükümlülükleri bulunmayan bir sùje (hayvanlar ve eşya) ile hakları ve yükümlülükleri olan bir sùje arasında ortaya çıkan ilişki biçimidir. Dördüncüsü ise, hakları ve yükümlülükleri bulunan iki sùje arasındaki ilişki biçimidir ki, yalnızca bu sonuncu tarz ilişkinin hukukun düzenleme alanına girdiği kabul edilmektedir.⁷ Buna karşılık fıkıh, bir ilişki niteliği taşıyan ya da taşımasın, irade sahibi insanın tüm davranışlarını düzenlemektedir. Sözü edilen ilişki biçimleri şer'î hükümler tarafından düzenlendiği gibi, bir kimsenin bütünüyle kendisine dönük davranışları da fikhî düzenlemenin kapsamı dahilindedir. Bir kimsenin kendisine dönük davranışları ile sırf şahsını ilgilendiren, herhangi bir ilişkiye vücut vermeyen davranışlarını kastediyoruz. Bu tür davranışların nasıl olması gerektiğini öngören hükümler, hak doğurucu değil, ödev yükleyici birer kural niteliğindedir. O nedenle fikhin belirtilen türde hükümleri, yalnızca ödev yüklemeleri ya da yükümlülük altına sokmaları ve bunun karşılığında da sùjeyi herhangi bir hak talebine yetkili kılmamaları açısından ahlâk kurallarına benzemekte; düzenleme konusu bakımından ise sùbjektif ahlâk kuralları ile örtüşmektedir. Fikhin, salt dinîlik anlamında Allah-insan arasındaki ilişkide ve insanların kendi aralarındaki ilişkilerinde sadece vecibe öngören, fakat karşılığında bir hak kazandırmayan hükümlerinin yukarıda verilen tasnif içinde değerlendirilebileceği ve pozitif düzeyde hukukun, kaynağı bakımından değil, düzenlediği davranışlar bakımından din ve ahlâktan ayrılabilmesi kabul edildiğinde, fikhin hem din hem de objektif ahlâk kurallarına karşılık gelen hükümleri de içerdiği açıkça tespit edilebilecektir. Bu bağlamda fıkıh ve hukuk arasında bir karşılaştırma kriteri belirlemek istersek, fikhin, toplumsal ya-

⁷ Zeki Hafizoğulları, *Ceza Normu Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni*, US-A Yayıncılık, Ankara 1996, 27 (34 no'lu dipnot) (Kant, *Metafisica dei costumi*, ediz. UTET, 1956, 406'dan naklen):

şamın zorunlu kıldığı insanlar arası ilişkilerin yanı sıra, mesela ıssız bir adada tek başına yaşayan bir kimsenin de davranışlarını düzenlediğini; hukukun ise, ancak toplumsal yaşamın bulunduğu yerde var olabildiğini ve üstelik ortaya çıkan ilişkilerin de yalnızca bir kesimi ile ilgili olduğunu söylememiz gerekir.

Beşerî davranışları düzenleyen kurallar, *olması gerekene* yönelik talep içermeleri nedeniyle yaptırımı önerme niteliğindedir. Talep, davranış kuralının düzenleme unsurunu oluşturur. Hukuk kurallarının düzenleme unsurunun sevk ediliş niteliği esas alındığında, *emredici* (buyurucu) ve *tecviz edici* (yetkilendirici ve/veya izin verici) olmak üzere iki kısımda tasnif edilebileceği anlaşılmaktadır. Şu kadar ki, hukukun, hak-vecibe karşıtlığı üzerine kurulu ilişkileri, yani çatışan çıkarlar temelinde ortaya çıkan ilişkileri bir düzene koyma zarureti, tecviz edici türdeki kuralların da gerçekte emrî nitelikte olduğunu; bir kimse için öngörülen yetki ve/veya iznin diğer kimseler bakımından tanınması ve müdahale edilmemesi emredilen bir davranış niteliği taşıdığını söylememizi gerektirmektedir. Öyleyse hukuk, ilke olarak emrî karakterdedir. Buna karşılık fıkıh, bir beşerî davranış düzeni olarak, emredici ve tecviz edici kuralların yanı sıra *tavsiye edici* türde kurallar da barındırmaktadır. Tavsiye edici kurallar, bir vecibenin yerine getirilmesini öngörmemekte, daha iyinin elde edilmesini kişinin tercihine, bağlı olarak talep etmektedir. Bu, fıkıhın işlevinin yalnızca toplumsal düzenin sağlanması ile sınırlı olmadığını, aynı zamanda dinî düzenlerin temel amacını teşkil eden mutlak iyinin gerçekleştirilmesini de kapsadığını göstermektedir.

Hukukun emrî karakteri, cebre varan yaptırım araçları ile desteklenmesini gerektirmektedir. Hukukî yaptırımın cebir içermesi, onu öteki yaptırım türlerinden ayıran bir nitelik değildir. Hukukî yaptırımın kendine özgü yanı, kurumsallaşmış (socially organized) olmasıdır. O nedenle hukuk, gücün kurumsallaşmış hali biçiminde tanımlanabilmektedir.⁸ Fıkıhî hükümlere gelince, onların muhatabı öncelikli olarak ve bir kısmı bakımından da, yalnızca müslüman bireydir. Herşeyden önce tespit edilmesi gerekir ki, pozitif düzeyde hukuk kurallarının aksine, fıkıhî hükümler devletsel bir yetki ve usûle göre elde edilmiş kurallar olmadığı gibi, uygulanma ve geçerlilik alanı da devletin yetki çevresi ile sınırlı değildir. Fıkıhî hükümler, uygulanma ve geçerlilik açısından kişisel (şahsî)dir; nerede ve ne zaman bir müslüman varsa onu takip eder. Dolayısıyla bir fıkıhî hükmün ihlali, öncelikle ve kimi hükümler bakımından sadece uhrevî yaptırıma tâbidir. Uhrevî yaptırım, maddî/somut ve cebri değil, sübjektif, vicdânî ve derûnî olduğu için, ancak kişinin dindarlık düzeyi ve âhret inancı ölçüsünde işlevseldir. Bununla birlikte fıkıh, hukukî yaptırımı da içine alacak genişlikte bir dünyevî yaptırım mekanizması da öngörmektedir. Kimi kuralların ihlaline, ihlal edilen kuralın türüne –

⁸ Bkz. Hans Kelsen, "The Law as a Specific Social Technique", *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science (Collected Essays)*, Second Reprinting, The Lawbook Exchange, Ltd., New Jersey 2001, 235-238.

ibadetleri düzenleyen kurallar da dahil- göre çeşitli dünyevî yaptırımlar da bağlanmıştır. Klasik doktrinde yargılama yetkisinin konusu (makdiyyun fih/mahkûmun bih) *hakların tamamı* (cemû'l-hukûk/küllü şey mine'l-hukûk) biçiminde ifade edilmektedir ki,⁹ bu, yalnızca beşerî ilişkileri düzenleyen fikhî hüküm ihlallerinin yargılama yetkisinin ve dolayısıyla hukukî yaptırımın konusunu teşkil edebileceği anlamındadır. Şu halde fıkıh, kimi hükümlerinin ihlali halinde yalnızca uhrevî, kimi ihlaller bakımından hem uhrevî hem dünyevî ve kimi ihlaller bakımından da –salt toplumsal düzen zaruretinden ötürü- yalnızca dünyevî nitelikte yaptırımlar içermektedir.

Bütün bunlardan fıkıhın, hukuka göre daha geniş bir alanı düzenlediği, yalnızca emretmekle ve izin vermekle-yetkilendirmekle yetinmediği, aynı zamanda daha iyinin elde edilmesini hedeflediği; din, ahlâk ve hukuk kurallarından oluşan bir *beşerî davranış kuralları bütünü* niteliği taşıdığı anlaşılmaktadır.

Fıkıh ve hukuk arasında, kavramsal düzeyde, ne tür bir ilişkinin bulunduğu sorunu, *İslâm hukuku* teriminin geliştirildiği XIX. yüzyılın sonlarından bu yana, bilhassa fıkıhın karakteri bağlamında kısmen ele alınmış olmakla birlikte, belirtilen süreçte İslâm hukuku araştırmacılarınca oluşturulan yeni yapının mahiyeti üzerinde yeterince durulmamıştır. Buna göre, fıkıhın mahiyeti tartışmaları Hurgronje'nin, fıkıhın oluşturulma prosedürü, kapsamı ve amacını dikkate alarak, onu bir hukuk değil, *deontology* (vecibeler sistemi/etik doktrin) biçiminde niteleyen yaklaşımı¹⁰ ile başlamış, Weber'in kutsal ve rasyonel hukuk sistemleri ayırımının¹¹ etkisi altında sürdürülmüş¹² ve günümüzde artık neredeyse çekincesiz olarak kullanılan İslâm hukuku teriminin kavramsal içeriğini geçerli kabul eden genel eğilimin oluşmasına kadar devam etmiştir. Hurgronje, fıkıhın, tanrısal bir iradeye dayanan, rasyonel bir temeli bulunmayan, gerçekleştirilemez; din, ahlâk ve siyasetin sistemsiz bir tarzda terkiibinden ibaret bir vecibeler/görevler doktrini (deontology) olduğu; din, ahlâk ve hukuku ayırmadığı ve bu nedenle bir hukuk düzeni olarak tanımlanamayacağı kanaatindeydi. Ona göre fıkıh, bireyin haklarından ziyade vecibelerini belirlemekle ilgilidir.¹³ Bir deontology olması itibarıyla fıkıh, Ro-

⁹ Bkz. Ebu'l-Velid Muhammed b. Ahmed b. Muhammed b. Ahmed b. Ruşd [el-Hafid], *Bidâyetü'l-Muctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid*, I-IV, Tahkik: Mâcid el-Hamevî, Dâru İbn Hazm, Beyrut 1416/1995, IV, 1770; Burhânuddîn Ebu'l-Vefâ İbrâhîm b. Şemsiddîn Ebî Abdillâh Muhammed b. Ferhûn, *Tebşîratu'l-Hukkâm fi Usûli'l-Akdiye ve Menâhici'l-Ahkâm*, I-II, Tahric ve Ta'lik: Cemâl Maraşlı, Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut 1416/1995, I, 73.

¹⁰ C. Snouck Hurgronje, "De la Nature du 'Droit' Musulman", *Selected Works of C. Snouck Hurgronje*, Trad. G. -H. Bousquet, Edited by G. -H. Bousquet and J. Schacht, E. J. Brill, Leiden 1957, 256.

¹¹ Max Weber'in kutsal ve rasyonel hukuk sistemleri ayırımı ve bu bağlamda İslâm hukukuna ilişkin değerlendirmeleri hususunda bkz. Bryan S. Turner, *For Weber -Essays on the Sociology of Fate*, SAGE Publications, London 1996, 318-351; a.m.f., *Max Weber ve İslâm -Eleştirel Bir Yaklaşım-*, çev. Yasin Aktay, Vadi Yayınları, Ankara 1997, 190-213.

¹² Bu hususta bkz. Murteza Bedir, "Oryantalizm ve İslâm Hukuku", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, Sayı: 4 (Oryantalist İslam Hukukçuları Özel Sayısı), Yıl: 2004, 15 vd.

¹³ Hurgronje, 256, 261.

ma hukukundan ve modern hukuktan farklıdır.¹⁴ Benzer şekilde Schacht da fıkıhı, İslâm hukuku terimi ile karşılamakta –Hurgronje'nin aksine- bir sakınca görmemekle birlikte,¹⁵ ibadetlere, hukuka ve ahlâka ilişkin yükümlülükleri aynı tarzda düzenlemesi, her birini aynı dinî iradenin ya da emrin otoritesine bağlaması ve çok büyük ölçüde özel ve kişisel nitelikli bir yapıya sahip olması sebeplerinden ötürü, bir ödevler sistemi olarak tanımlamaktadır.¹⁶ Ona göre, İslâm hukuku Batılı anlamda genel prensipler üzerine kurulu bir sistem olmaktan ziyade, bir hükümler koleksiyonu (a collection of precepts) niteliğindedir.¹⁷ Schacht, Hurgronje'nin yaklaşımını temelde benimsemekte, fıkıhın bir kutsal hukuk düzeni niteliği taşıdığı yolundaki klasik oryantalist yaklaşımı tümüyle terk etmemekte ve kısmen akıl dışı unsurlar barındırdığı fikrini korumaktadır.¹⁸ Bununla birlikte o, fıkıhın içinde İslâm hukuku teriminin haklı olarak kullanılabilceği ölçüde, salt dinî alandan ayırt edilebilecek bir hukukî alanın mevcut olduğu kanaatinde. Söz konusu alan, dinî ve ahlâkî vecibeler biçiminde ve onların bir parçası olarak ifade edilmiş olsa bile, kendi teknik karakterini korumuş ve bir kazâf ichtihad faaliyeti söz konusu olabilmiştir.¹⁹ Batı'da kaleme alınan çalışmalarda, fıkıhın niteliği hususundaki tartışmaların sürmesine ve kavramsal içeriğine ilişkin çekincelere rağmen, onun ifade edilmesinde İslâm hukuku teriminin kullanımının bir sorun olarak görülmemesinde Schacht'ın katkısı olduğu söylenebilir.

İslâm hukuku terimi, müslüman araştırmacılar cephesinde ise, bir itirazla karşılaşmamış ve hatta herhangi bir çekince dahi serd edilmeden kabul görmüştür. Aksine, fıkıhın İslâm hukuku terimi ile karşılanmaya başlandığı dönem, aynı zamanda onun tedvin edildiği/kanunlaştırıldığı bir döneme denk düşmektedir ki, ne Mecelle'nin hazırlanıp yasallaşması sürecinde ne de ondan sonra ona karşı geliştirilen itirazlar fıkıhın bir hukuk düzeni niteliği taşımadığı iddiasını içermiştir. Zira, o dönemin müslüman araştırmacıları toplumsal yaşamda hukukun yerine getirmesi beklenen işlevleri (adaletin sağlanması, pratik ihtiyaçların giderilmesi ve toplumsal düzenin sağlanması), müslüman toplumlar bakımından başlangıçtan itibaren tüm tarihsel süreç boyunca fıkıhın üstlendiği gerçeğini ait oldukları dünyada bizzat yaşayarak bilmekte idiler.

Fıkıhı, aynı zamanda bir hukuk düzeni olarak nitelemek hususunda çekincesi olan yaklaşımın en önemli gerekçelerinden biri, onun devlet yetkisi

¹⁴ Hurgronje, 261.

¹⁵ Joseph Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, The Clarendon Press, Oxford 1964 (Reprinted 1971), 201.

¹⁶ Schacht, "Pre-Islamic Background and Early Development of Jurisprudence", *Law in The Middle East* (Vol. I: Origin and Development of Islamic Law), Edited by Majid Khadduri and Herbert J. Liebesny, The Middle East Institute, Washington, D. C. 1955, 31; a.m.f., *An Introduction to Islamic Law*, 1.

¹⁷ Schacht, "Islamic Law", *Encyclopaedia of the Social Sciences*, I-XV, The MacMillan Company, New York 1957, VIII, 344-345.

¹⁸ Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, 4, 202-204.

¹⁹ Schacht, *An Introduction to Islamic Law*, 200-201.

kullanılmaksızın, fukahâ tarafından tamamen dinî endişelerle²⁰ oluşturulmuş olmasıdır. Fıkıh, oluşturulma prosedürü esas alınarak *fakihlerin huku-ku* (jurists' law) biçiminde nitelenmektedir ki,²¹ onu teşkil eden hükümlerin yetkilendirilmiş bir devlet organı tarafından konulmamış olması ve pozitif düzeyde geçerliliklerinin bulunmaması anlamında bir gerçeği ifade etmektedir. Bununla birlikte, bir başka gerçek de, tarihsel süreçte hukuk uygulayıcı işlevin (law-applying function) merkezileşmesinin hukuk yaratıcı işlevin (law-creating function) merkezileşmesini öncelemiş olduğudur. Yani, hukuk kurallarının yürütme ve yargılama bakımından uygulanmalarının belli organlara bırakılması, onların belli bir organ tarafından oluşturulmasından çok daha öncedir. Hukuk kurallarının oluşturulma biçimi, ne hukuk uygulayıcı ne de hukuk yaratıcı işlevin merkezileştiği ilkel hukuk düzenlerinde olduğu gibi, yürütme ve yargılama işlevleri merkezileştikten sonra da binlerce yıl boyunca adem-i merkezi niteliğini korumuş; örf-adet hukukunda olduğu gibi, ilgili hukuk düzenine tâbi bireylerin ortak işbirliği ile oluşturulmaya devam etmiştir. Şu halde ilkel toplumlar bakımından bile bir hukuk düzeninden söz edilebildiğine göre, hukuk yaratıcı işlevin, bir hukuk düzeninin varlık koşulu olarak algılanması bir tarafa, o, hukukî merkezileşme bakımından dahi bir koşul değildir. Yürütme ya da yargılamaya konu edilecek genel hukuk kurallının yasama organı tarafından ya da adem-i merkezi nitelik taşıyan bir usûlle konulmuş/yaratılmış olması, hukuk uygulayıcı işlev belli organlarca yerine getirildiği sürece, ilgili hukuk düzeninin merkezileşmiş kabul edilip edilmesinde etkili değildir.²²

Fıkıhın normatif bir düzen olarak oluşturulma prosedürü bakımından adem-i merkezi nitelikte olduğu kuşkusuzdur.²³ Bununla birlikte fıkıh, hicrî üçüncü yüzyılın ortalarında hukukun tüm alanlarını ayrıntılı biçimde düzenleyen kurallara sahip olduğu gibi, mahkeme sistemi ve yargılama hukuku da dahil, tekâmül etmiş tam bir adliye teşkilatına kavuşmuştu.²⁴ Böylece baştan itibaren zaten merkezileşmiş olan yürütmenin yanında,²⁵ yargılama da bütün kural ve kurumları ile devlet tekeli niteliği kazanmıştı. Üstelik hicrî dördüncü

²⁰ Schacht, "Pre-Islamic Background and Early Development of Jurisprudence", 28; a.m.f., *An Introduction to Islamic Law*, 209; N. J. Coulson, *A History of Islamic Law*, The University Press, Edinburgh 1964 (Reprinted 2001), 36-37. Şeriat'ın meydana gelmesinde temel fikrin yaşama ilişkin bütün tezâhürlerin dinî bakımdan değerlendirilmesi olduğu hususunda ayrıca bkz. Schacht, "Şerî'at", *Millî Eğitim Bakanlığı İslâm Ansiklopedisi*, I-XIII, Eskişehir 1997, XI, 431.

²¹ Schacht, "Islamic Law", VIII, 345; a.m.f., *An Introduction to Islamic Law*, 5, 209.

²² Bkz. Kelsen, "The Law as a Specific Social Technique", 244-246, 251 vd.

²³ Bu hususta bir inceleme için bkz. Talip Türçan, "Hukukî Merkezileşme ve Fıkıh", *İslâmîyât*, 8 (2005), Sayı: 1, 127-138.

²⁴ Wael B. Hallaq, *The Origins and Evolution of Islamic Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2005, 3.

²⁵ Başlangıçta adem-i merkezi hukuk düzenlerine özgü kimi sınırlı uygulama istisnaları tanınsa bile, zaman içinde yürütme yetkisi tamamen merkezileşmiştir. Mesela kısasın infazı hususunda ilke olarak *veliyüddemin* yetkili olduğu kabul edilmekle birlikte, bunun uygulamada devlet tarafından üstlenilmesi ve doktrinde de büyük ölçüde tanınması söz konusu gelişmenin bir sonucu olarak görülmelidir. Bkz. İbn Rüşd, IV, 1665; Muvaffakuddîn Ebû Muhammed Abdullâh b. Ahmed b. Kudâme, *el-Muğni*, I-XII+2 (*eş-Şerhu'l-Kebir* ile), Dârü'l-Fikr, Beyrut 1417/1997, IX, 394-396.

yüzyılın ortalarında mezhep doktrinlerinin nihai şeklini alması ise,²⁶ yasama yetkisini kullanan halifeye, ictihad kapısının kapandığı ve mutlak müctehidin kalmadığı inancının da yardımıyla, hakimlere herhangi bir mezhebin doktrinini uygulamayı emretme imkanı vermiştir ki, bu bir tür tedvin anlamındadır. Bütün bunlar dikkate alındığında, fukahâ ile müslüman yöneticiler arasında, vergilendirme, savunma ve kamu düzeninin sağlanması gibi kamu hukuku meselelerinde yöneticilerin; ticaret, borçlar, aile ve miras alanları gibi özel hukuk alanlarında ise fukahânın söz sahibi olması hususunda bir uzlaşma sağlandığı yolundaki tespit,²⁷ fikhın tam bir hukuk düzeni niteliği taşımadığı anlamına gelmemektedir. Nitekim klasik fıkıh teorisi ictihada açık alanda halifenin yasama yetkisine sahip olduğunu açıkça belirlemektedir. Değişime daha fazla açık olan kamu hukuku alanlarında, ki mesela ta'zîr suç ve cezaları da böyledir, fukahânın yalnızca genel ilkelere yer vermesi ya da bazı örneklerle yetinmesi anlaşılabilir bir durumdur.

Bütün bunlardan XIX. yüzyıl müslüman dünyasında İslâm hukuku teriminin, kavramsal içeriği hususunda ortak bir düzlem bulunmasa bile, niçin kolayca ve itirazsız benimsenmiş olduğu anlaşılmaktadır. Hatta fıkıh, kimi zaman geleneksel içeriği gözardı edilerek hukuk karşılığı olarak ve hukuk kavramını ifade etmek üzere kullanılmaya başlanmıştır. Hem fıkıh yerine İslâm hukuku teriminin ikame edilmesinde hem de son yüz elli yıllık İslâm hukuku çalışmaları sürecinin başlamasında, müslüman dünyanın içine düştüğü politik koşulların bir sonucu olarak yüzyüze geldiği Batı hukuk düşüncesinin etkili olduğu açıktır. Ne var ki, fikhın hukuka indirgenmesi, salt Batı hukuk düşüncesinin etkisiyle açıklanabilecek bir gelişme değildir. Bu, aynı zamanda, İslâm hukuku terimiyle belirtilmek istenen kavramsal alanın, geleneksel fıkıh içinde ne ölçüde güçlü olduğunu göstermektedir. Nitekim klasik fıkıh doktrininde yargılama yetkisinin konusunu belirlemek amacıyla geliştirilen -yukarıda değindiğimiz- tanım dikkate alındığında, söz konusu alanın pozitif düzeyde bir hukuk düzeninin düzenleme alanıyla örtüştüğü görülecektir.

Modern dönem İslâm hukuku çalışmaları, fikhî hukuka indirgeyen yaklaşımın etkisi altında, klasik fıkıh usûlünü epistemik karakterinden önemli ölçüde soyutlayarak, yalnızca bir tür yasama usûlü biçiminde algılamayı tercih etmiştir. Bu itibarla hukuk biliminin genel teorik yanına (jurisprudence/general theory of law) denk düşecek ölçüde bir *İslâm hukukunun genel teorisi* alanı açılmamıştır. Yapılabilen çalışmalar, fıkıh usûlünün tarihsel gelişim sürecinde ortaya çıkan farklı eğilimleri, *memzûc eserler* geleceğinden de istifade ederek, tek tipleştirici bir yöntem izlemiştir. Klasik fıkıh usûlünün ortak asıl olarak nitelemediği deliller, İslâm hukukunun aynı derecede geçerli kaynakları olarak takdim edilme yoluna gidilmiştir. Daha açık

²⁶ Hallaq, 3.

²⁷ Devin J. Stewart, *Islamic Legal Orthodoxy: Twelver Shiite Responses to Sunni Legal System*, The University of Utah Press, Salt Lake City 1998, 2.

bir ifadeyle, modern dönemin yeni sorunlarının, klasik malzemenin bir araya getirilip, kısmen yeni bir tertiple ve geçmişte olmayan bazı vurgular katılarak çözülebileceği düşünülmüştür. Modern dönemde klasik fıkıh usûlünden başlanması ve ona dayanılması doğru olmakla birlikte, onun kendi bağlamında (epistemik) okunmaması, neredeyse tahrif boyutuna varan öne çıkarmalara, vurgulamalara yol açmıştır. Mesela gâyeci ichtihadın öne çıkarılması, sorunların çözümünde işlevsel ve hatta yerinde olsa bile, bunun klasik fıkıh usûlünden hareketle, söz gelimi İbn Kayyim ya da eş-Şâtîbî'ye dayanarak yapılması, bilimsel değildir. Çünkü klasik dönemde o ölçekte ve içerikte var olmayan bir yaklaşım, klasik fıkıh usûlünün ya da usûlcülerin otoritesinden yararlanılarak meşrulaştırılmaya, geçerli bir yöntem niteliği kazandırılmaya çalışılmaktadır. Bu, bir anlamda usûl hilesidir; fıkıh usûlü kuralları, kendi bağlamından ve amacından soyutlanarak aslında öngörülmeven sonuçlar için araç kılınmaktadır.

Hukuk bilimi denildiğinde hukukun genel teorisine ve dogmatikğine ilişkin inceleme alanları kastedildiği dikkate alındığında, bütün bunlardan hareketle modern dönemde İslâm hukukunun genel teorisi biçiminde nitelenebilecek özgün bir bilimsel alan oluşturulmadığını söylemek yanlış olmayacaktır. Hukuk dogmatikği bakımından ise, modern İslâm hukuku çalışmalarının dikkate değer bir aşama kaydettiği, hatta özgün bir yapıya kavuştuğu inkar edilemez. Şöyle ki, klasik dönemde bilimsel bir faaliyet olarak fıkıh, ya şer'î amelî hükümlerin delillerinden elde edilmesinden ya da önceden elde edilmiş hükümlerin delilleriyle veya delilleri olmaksızın bilinmesinden (hıfz) ibaret sayılmakta idi. Yukarıda da açıkladığımız üzere, şer'î amelî hükümlerin delillerinden çıkarılması (fikh/ilmu fikh), onların oluşturulmasına yönelik bir faaliyet olup, maddî/somut (yalnızca düşünsel ya da zihinsel değil) varlık kazanma bakımından kural koyma işlemine benzemektedir. Halbuki günümüzde hukuk bilimi denildiğinde, hukuku teşkil eden kuralların oluşturulmasına ya da yaratılmasına ilişkin bir faaliyet kastedilmemektedir. Hukukun oluşturulması değer yargısı içermesi sebebiyle, bilimsel değil, etik-politik bir faaliyet olarak nitelenmektedir.²⁸ Bu, hukukun oluşturulmasında bilimsellik bulunmadığı; hukuk biliminin veri ve yöntemlerinden yararlanılmadığı anlamına gelmemektedir. Hukuk bilimi, önceden oluşturulmuş hukuk kuralları üzerinde ya içeriksel (dogmatik hukuk bilimi) ya da biçimsel (hukukun genel teorisi) açıdan gerçekleştirilen metodik ve sistematik açıklama ve incelemeden ibaret sayılmaktadır.²⁹ Öyleyse fıkıh ve hukuk bilimi arasında konu ve amaç farkı bulunduğu söylenebilir. Zira fıkıh, hukuk biliminin aksine, mevcut kurallar üzerinde bir inceleme yapmayı konu edinmemekte, onların oluşturulmasını amaçlamaktadır. Aslında bu tespit, fıkıh usûlünün varlık gerekçesini oluşturan ilkenin ifade edilmesinden başka bir şey değildir. Yoksa,

²⁸ Bkz. Hafizoğulları, 12-14, 327-328.

²⁹ Hukuk biliminin konusu ve sınırları hakkında bkz. Ergun Özsunay, *Medenî Hukuka Giriş*, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Yy., İstanbul 1981, 100; Hafizoğulları, 327-377.

tarihsel süreçte birbirine eklenmek suretiyle oluşan şer'î ameli hükümler bütünü üzerinde tasnif, şerh, hâşiye, kavâid vs. türünde gerçekleştirilen bir kısım bilimsel faaliyet göz ardı edilmemektedir. Ancak belirtilmelidir ki, sözü edilen çalışmalar, doğal olarak, günümüz dogmatik hukuk bilimi düzeyinde bir bilimsellik ve sistematik bütünlük niteliği taşımamaktadır. Buna karşılık, XIX. yüzyılın sonlarından itibaren İslâm hukukunun dogmatikliğine yönelik çalışmalar, her ne kadar bunların önemli bir kesimi Batılı hukuk sistemlerinin etkisi altında kalarak kavram, kurum ve ilke bazında indirgemeci, seçmeci, birleştirici ve mukayese adı altında adapte edici bir görünüm arz etse de, mevcut (klasik) fikhî malzemenin sistemleştirilmesi ve genel teorilere (borç, borcun kaynakları, borcun sona ermesi, sorumluluk, suç, suçun unsurları, hukuka uygunluk sebepleri, ceza, cezalandırma koşulları, cezanın düşmesi vs.) ulaşılması yolunda büyük gelişme göstermiştir. Bu itibarla, artık günümüzde ayırt edici nitelikleri bulunan, özgün bir dogmatik İslâm hukuk biliminden söz etme imkanı bulunmaktadır.

Modern İslâm hukuku bilimi çağdaş sorunları çözmeye hususunda ise, klasik malzeme üzerine gerçekleştirilen çalışmalar ölçüsünde bir başarı gösterememiştir. Başlangıçta uzun müddet *telifik ve tahrîc* yöntemleri üzerinden yürüyen modern dönem icthad faaliyeti, zaman içerisinde doğrudan nasslardan hareket etme ilkesini benimsemiş olmakla birlikte, çağdaş sorunların nassların sözel anlam ve yorumları ile çözülemeyecek nitelikte bulunması –ki klasik dönemde bile bu, doğal olarak, mümkün olmamıştır–, bütünlük ve tutarlılık taşımayan kimi yorum yöntemlerinin kullanılmasına, hatta soruna özgü yöntemlerin benimsenmesine yol açmıştır. Zira, kabul etmek gerekir ki, modern icthad çabalarının çok önemli bir kesimi, önceden çeşitli etkenlere bağlı olarak oluşturulmuş bulunan sübjektif kanaatlere sırf şer'î dayanak bulmaktan ibarettir. Modern icthad çabalarının başarısızlığında temel etken, İslâm hukukunun genel teorisine ilişkin yeterli çalışmanın yapılamamış olmasıdır. Bu, ortak, bütünlüklü ve tutarlı bir kaynak ve yöntem algısının geliştirilememesi sonucunu doğurmuş; nasslar kimi zaman sözel, kimi zaman gayeci ve kimi zaman da tarihsel yoruma konu edilmiştir. Klasik fikhî usûlünün, yukarıda da değindiğimiz üzere, maslahat, örf gibi bazı ilke ve yöntemleri ihtiyaç duyulan çözümü elde etmek için öngörülmeven biçimde istihdam edilmiştir.³⁰ Aslında klasik fikhî da bütün bu eleştirilere açıktır. Fark şudur ki, geçmişte istisnai sayılan yöntemler modern dönemde asıl hale gelmiştir.

Burada son olarak, modern dönem İslâm hukuku çalışmalarının, bil-hassa dogmatik alan açısından kaydettiği gelişmeye rağmen, fikhin, evrensel

³⁰ Coulson, modern icthad faaliyetindeki sorunu; "Kısacası anlaşılmalıdır ki, modern hukuk bilimi geleneksel hukuku çağdaş toplumun koşullarına intibak ettirme sorununa henüz sistematik bir yaklaşım geliştirememiştir. İlkel ya da metodolojik tutarlılıktan yoksunluk, onun reform sürecini bir bütün olarak hukukî oportünizme dayanan bir ruh hali içinde ele almasına yol açmıştır" biçiminde tespit etmektedir. Bkz. *A History of Islamic Law*, 220-221.

hukuk düşüncesinin tarihsel seyri içinde işgal ettiği konuma ilişkin yeterli inceleme ve mukayesenin yapılamadığını; fıkıh mirasından evrensel ölçekte yararlanılması ümit ediliyorsa, öncelikle belirtilen türde araştırmaların yapılmasının bir zorunluluk olduğunu da belirtmemiz gerekir.