

SOSYAL HUKUK ALANINDAKİ PROBLEMLERİN ÇÖZÜMÜNDE İÇTİHAT

CASE LAW IN THE SOLUTION OF PROBLEMS IN THE FIELD OF SOCIAL LAW

Doç.Dr. Hadi SAĞLAM

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi, İslâm Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
hadisaglam1964@hotmail.com, Erzincan / Türkiye

Emine SAĞLAM

Erzincan Müftülüğü, Uzman İl Vaizi, beria2006@hotmail.com, Erzincan / Türkiye

ÖZET

Nassların, *sübûtu katî*, *delâleti hükümlere katî* olabileceği gibi *zannî* de olabilir. Nassların, *sübûtu ve delâleti katî olan hükümlerinin* her türlü *yoruma kapalı* olduğu görüşü hâkimdir. Öte yandan nassların, *sübûtu katî, hükme delâleti zannî olanlar ile sübûtu zannî, hükme delâleti katî olanlar* veyahut *hem sübûtu hem de delâleti zannî olanları* da bulunmaktadır. *Zannî nasslar, daha geniş bir alanı kapsamaktadır.* Bu tür nasslar, müçtehidin içtihat alanı olup *değişime ve yoruma açık olduğu* görüşü hâkimdir. Neticede *nass ve içtihat alanı* diye iki alan bulunmaktadır. Müçtehidin alanı, nassların *zannî* alanıdır. Bu bağlamda nassların, *katî ve zannî alanlarının birbirinden ayrılması* gerekir. Katî alanların *zamanlar üstü genel geçer, evrensel ilkeler olup değişime ve yoruma kapalıdır.* Zannî alan, *sosyo-kültürel, sosyo-ekonomik ve sosyal-siyaset* gibi disiplinlere bağlı olduğundan; bu alanda şartlar ve sosyal gerçeklik sürekli değişimi ve terakkiyi zorladığından; bu alan sürekli tecdidi de gerekli kılar. İslâm hukukunun bütün çağlara hitabı, bu *zannî alandaki (özel)* nassların *hükme delâletinin, genel vahiy olan aklın içtihat dinamizmiyle* sağlanır. Müçtehitler, problemlerin çözümünde, bu zannî nasslardan hüküm istinbat ederken; mantıksal istinbat metotlarını, usul denetim yöntemlerini benimsemişlerdir.

Sosyal hukuk alanındaki nassların, doğru anlaşılması, yorumlanması ve uygulanması hiç kuşkusuz ayrı bir tecrübe, metodoloji ve üslubu gerektirir. Öyle ki Müslümanlar, Kur'an'ın hükümlerinin *katî ve zannî, genel ve özel olduğuna bakmaksızın vahyolunduğu dönemden kıyamete kadar geçerli ve evrensel olduğuna* inanırlar. Keza Müslümanlar, Kur'an intizamının gerçekleşmesinin temel rüknünün bu nassların *anlaşılmasında* yattığına da inanırlar. Bütün problemin, bu nassların *doğru anlaşılması, yorumlanması ve uygulanması olduğu* anlaşılmaktadır. Öte yandan Müçtehitler ve bilginler, İslâm hukukuna yürürlük sağlamak için tarihten günümüze "*eserciler ve reyçiler*" temelinde, ya "*kıyası*" genişletmişler, ya "*istihsan ve istislah*" yöntemini benimsemişler ya da, *din ve şeriat ayrımı, nesh kuramı, şûrâ ile icmâ prensibi, illetin değişimi ilkesi, mekâsîd teorisi, tarihsellik ve evrensellik yöntemi, örf ve adet hukuku, hakikat ve mecaz* gibi farklı kavramlara yükledikleri benzer anlamlar ile aynı gayenin tahakkuku için yürürlük sağlamaya çalışmışlardır. Bu durumda, içtihat alanında, ciddi bir kavram kargaşası yaşandığından, farklı kavramlarla aynı gayeye yöneldiler de kavramlara yükledikleri anlam farklılığından kavram dövüşü yaşanmış, sonuçta *yazılı veya sözlü ittihat* da çoğunlukla sağlanamamıştır. Bu bağlamda çalışmamızda nassların doğru anlaşılması, yorumlanması ve uygulanması konusunda en büyük etkiye sahip olduğunu düşündüğümüz *icthadın mana değeri* üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: İctihat, Kıyas, Vahiy ve Akıl, Tarihsellik, Nesh, Örf, İlet

ABSTRACT

Nass can have exact existence but also can have probable existence. It is clear that Sübut and Delalet of Nass is closed to all kinds of interpretation. On the other hand, it is most certainly, provision of sübutu Nass delaleti zannî those with sübutu zannî delâleti and sübutu as well as an exact ones or zannî ones. Zannî nass, covers a wide range of subjects. This type of nass, you are open to interpretation and change case area just mujtahid well versed is predominant. There are two different fields as Nass and İctihat. Field of Müçtehid is probable field of Nass. Without a doubt, exact and probable fields of Nass separation, it is most certainly the de facto universal principles, the time fields is supra-change and zannî areas are closed to interpretation, the lawyer's case is the field of socio-cultural, socio-economic and social-political are intertwined with such discipline. They correspond to all ages of Islamic law, this zannî nassların delaleti and case law in the area are provided with dynamism. Each of the mujtahid who is the solution of the problem, while this method of logical terms of istinbat Nass zannî and control method also.

The interpretation and correct understanding of the Nass in social law undoubtedly requires a separate methodology and style. Likewise, regardless of Quran's rules are exact or probable, general or special, Muslims believe that Quran is valid and universal from coming to World to end of the World. Likewise, the Muslims believe that it is important to understand these Nass to come true Quran's orders. It is understood that all of the problem is interpreting, understanding and applying of these Nass correctly. On the other hand, Müçtehit and scholars to ensure that applicable to Islamic law also expanded, or if you and compare the equality or istislah and istihlah method, religion and şeriat, were abrogated, the consensus of the historicity of the malady, mekâsîd, and different concepts such as customs attributed meanings are the same as they want to provide applicable for the

purpose of accrual. In this case, the İctihat field has a serious confusion of the concept that has mostly written and spoken from the Union. In this context, the study of the interpretation and implementation of nass are properly understood, the biggest influence when it comes to what we think is the case will focus on the value and meaning.

Key words: Case Law, Historicism Sect, Kanunilik, Nesh, Disease

1. GİRİŞ

Bu makale İslâm hukukunda yürürlük problemine dikkat çekmek amacıyla yazılmıştır. İlk dönemlerden günümüze kadar gerek zaman ve mekân, gerekse çevre faktörüne bağlı olarak hükümlerin değişebileceği ilkesi çerçevesinde bir takım tartışmalar ortaya çıkmıştır. Hiç kuşkusuz bu tartışmalar nasların içtihat alanına yöneliktir.

İslâm dininin hükümlerinin bir kısmı dinin özünü, değişmez sabitelerini, genel geçerlerini oluşturur. Bunlar insanlığın temel ve evrensel ilkeleri olup nas (sübut ve delaleti katî) olarak ifade edilirler. Bu doğrultuda söz konusu ilkeler insanlığın özünü, çekirdeğini ve aslını oluştururlar. Çekirdek üzerinde bir tahribat düşünülemez gibi bu ilkelere de bir tahribat düşünülemez. Her ne olursa olsun şartlar, zaman ve ileri sürülen düşünceler bu ilkelere asla zarar veremezler. Bunlar insanlığın anayasal mahiyetli temel ilkeleri olarak kabul edilirler. Bu ilkelere yapılacak müdahale, fitratın değişmesini gerektirir ki bu da fitrat düzeninin bozulması anlamına gelir. Bu naslara müdahale kişiliğe ve omurgaya müdahale olup bu müdahale, toplumların sonlarını hazırlayabilir.

Özellikle son zamanlarda ahkâmın değişmesi etrafında (dar veya geniş yorumlar) yapılarak bir dizi tartışma ortaya çıkmıştır. Bu ilkede dile getirilen ve çağımızda da çeşitli yönleriyle tartışmalara sahne olan değişimin boyutunun saha ve sınırları ne olacaktır? Hukukun ihtiva ettiği bütün hükümler, herhangi bir sınırlama olmaksızın bu değişmeye tabi mi olacaktır? Yoksa her türlü olumsuzluğa rağmen geçmişte hukuk adına konulan hükümler hiçbir değişikliğe tabi olmadan devam mı edecektir? Keza dünün toplumunun hukuki problemleri ile çağımız toplumunun hukuki problemleri nitelik ve nicelik bakımından aynı olmadığı da bilinmektedir. İslâmî normlar, İslâm tarihinde görülen sosyal değişmelere paralel olarak değişime tabi olmuşlardır. Örnek vermek gerekirse, bunu daha İslâm'ın ilk dönemlerinde naslardaki tedricilikte, Hz. Ömer'in içtihatlarında, Ebu Hanife'nin has lafızların bile makâsıdını gözeterek yaptığı yorumlarında, Şâfi'nin Bağdat ve Mısır'daki farklı içtihatlarında görebiliyoruz. Bu noktadan hareketle sahabe ve müçtehitler; illet değiştiğinde hükmün de değişmesini, lafız ve makâsıd ilişkisini, örfün değişmesiyle hükmün de değişme anlayışı yanında hukuk ve din ayırımı da yapmışlardır. Nitekim bu değişim Md 39'da “ *Zamanın değişmesi ile bazı hukuki hükümlerin değişmesi de inkâr olunamaz.*” şeklinde ilkeselliğe de dönüştürülmüştür. Bu değişimin yürürlüğü bugün ancak *ehl-i sünnet ve'l cemaat* yöntemiyle taban bulabilir.

2. EHL-İ SÜNNET YÖNTEMİ (ŞÛRÂ İLE İCMÂ PRENSİBİ)

Hız. Peygamber hayatta iken yönetim hukuku alanında sorunlar yaşanmamıştır. Ancak Peygamberin vefatından sonra ümmetin parçalanıp ayrılığa düşmeden insanlığa örnek olması hangi yöntemlerle sağlanacaktır? Hız. Peygamber gibi günahattan korunmuş, günah ve suçu bulunmayan (masumiyet ve masuniyet) biri de gelmeyeceğine göre bir şeyin iyi veya kötü olduğuna kim, nasıl karar verecektir? Çok temel bir mesele olarak da; naslar nasıl doğru anlaşılacaktır? Bunun için mesele; naslar nasıl doğru bir şekilde anlaşılıp hayata geçirilecek ve topluma ışık tutacaktır? Keza Kur'ân'da ; “ *لَتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ*) ; “...Peygamber sizlere şahit olduğu gibi sizler de insanlara şahit (örnek) olursanız...”¹ buyurulmaktadır. Bu ayet inananlara “*bir müslüman kimliğinin*” verilmesinden bahsediyor. Keza naslar Müslümanlara doğrudan veya dolaylı olarak (*أُمَّةً*) “*orta yolu*” veya (*وَأَمْرُهُمْ شُورَى بَيْنَهُمْ*) “*ortak aklı*”² önermiştir. Bu bağlamda

¹ Bakara 2/143; Hac 22/78.

² Şûrâ 42/38.

Müslümanlar arasında nasların yorumlanması, toplumsal kabul görmesi ve yürürlüğe konulmasında; ortak akılı esas alan *ehl-i sünnet yöntemi olan şûrâ ile icmâ* anlayışı tam bu noktada önemli bir ilkedir. Âlimlerin yapmış olduğu içtihatlarından hangisi ortak akılla, şûrâ ve icmâ yöntemiyle yürürlük maddesi yapılırsa bu ümmet için bağlayıcı olmaktadır.

Sonuç olarak inançta ehl-i sünnet algısı, sosyal siyaset gereği, ya ehl-i hadis veya ehl-i reye paye çıkarmak için kullanılmış, ya da sünnetin dönemsel pratik uygulamasına yansıtılmış yahut da mezheplerin dönemindeki içtihatlarına uyumun gereğine hasredilmiştir. Keza idare hukuku alanında ise pratikte bireysel veya seçkin Müslümanların kararlarını (*biât veya ehlü'l hal ve'l akd*) veya sosyal hukuk alanında seçkin âlimlerin teorik ve pratikteki bireysel ve ortak akıllarının kararlarının yürürlüğü (*kıyas veya icmâ gibi*) her daim tartışılmıştır. Nitekim Peygamberimiz (sav), “*Ümmetim dalalet üzere birleşmez.*”¹ “*Müslümanların güzel gördüğü şey Allah katında da güzeldir*”² buyurmuştur. Tüm bu hadisler birlikte değerlendirildiğinde şûrâ, icmâ ve ehl-i sünnet anlayışı kavram kargaşasına sokulmuştur. Keza Ehl-i sünnet ve'l cemaat anlayışı, icmâ ile takip edilen bir tür orta yol olsa gerektir. Bu orta yol, mevcut toplumlara örneklik teşkil edecek, doğruyu ve hakikati yakalamada daha sağlıklı olan *ehl-i sünnet / hidayet yolu olan orta yolun* pratik göstergesinden başka bir şey değildir. Bunun için Diyanet İşleri Başkanlığımız, bu düşünce üretiminden elde edilen görüşleri ve içtihatları analiz ederek, toplumun kültürüne en uygun olanına, *şûrâ ile icmâ* prensibine göre *ortak akılla bir sentez kararı* vermeli, verdiği karar (nas gibi) bağlayıcı olmalıdır. Ehl-i sünnet ve'l cemaat felsefesinin pratik göstergesi *tefrikayı değil, tevhidî esasın hukuki birliğini, ümmetin şهادeti olan orta yolu ve örnekliğini* ifade etmektedir. Toplumsal değerlerin korunması ve geliştirilmesinde, tarihten günümüze hiç kuşkusuz *ortak aklın ve genel kabullerin benimsenmesi* daha isabetli bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır.

3. TAABBUDÎ VE TA'LİLİ / DİN VE ŞERİAT ALANI (İÇ VE DIŞ HUKUK KURAMI)

Bilindiği gibi İslâm, *itikât, ibadet, ahlak ve muamelat* gibi alanlarda temel esaslar getirmiştir. Bu alanları, “*taabbudi ve ta'lili*” diğeri bir ifade ile “*dînî ve şer'i*” alanlar diye iki gruba ayrabiliriz. İslâm'ın taabbudî hükümlerinin, kıyas ve içtihadı konu olamayacak, akılla gerekçeleri bilinemeyecek hükümler olduğu görüşü hâkimdir. Bu hükümler, dinin aslını, sabitelerini, kesin nassî delil ile beyan edildiğinden içtihadı kapalı alanı ifade etmektedir. Keza bu hükümler, bireyin iç hukukuna yönelik fitri bir düzenleme olup Allah ile kul arasındaki ilişkileri tanzim ederler ki bunlara içsel hükümler de denilebilir. Bu alana müdahale, dine müdahale, fitrata müdahale sayılmış, *bidat* olarak görülmüştür. Bu ilişki biçimlerinin gerekçesi akılla kavranamadığından genişletilmesi de düşünülemez. Bu alan, *tevkifi* alan olup teslimiyeti ve sadakati gerektirir. Bu alandaki emirlerin ihlali Kur'ân'da *zünüb (dînî günah)* kavramıyla ifade edilmiştir. Bu alanda yapılan içtihatların varlığı ayrı bir tartışma konusudur. İslâm'ın bütün alanlarını taabbudi alan sayanlar olduğu gibi ta'lili alan sayanlar da bulunmaktadır.

Öte yandan İslâm'ın sosyal alanla ilgili dışsal hükümleri de bulunmaktadır. Bu hükümlerdeki emirler ve nehiyeler, muhatap aldığı insan aklına hitap eder. Sözü edilen bu hükümler, insanların toplumsal hayattaki davranışlarını şekillendirmeye yöneliktir. Bu sosyal hayattaki emirler ve nehiyelerin ihlali, *seyyiât (şer'i günah)* olarak ifade edilirler. İnsan davranışlarını şekillendirmeye yönelik bu dışsal hükümlerin her birinin bir amacı ve sorumluluğu bulunmaktadır. Hiç kuşkusuz nasların hedeflediği bu amaç ve sorumluluk, insanların dünya ve ahiret mutluluğunu sağlamaktır. İslâm hukuk bilginleri arasında, nasların bu sosyal hükümlerinin her birinin böyle bir gayeyi gerçekleştirmek için *nâzil*

1 Tirmizi, Fiten, 7.

2 Ahmed b. Hanbel, Müsned, 4318.

veya *vârid* olduğu, genel kabul gören bir olgudur. Bu naslar, hak ve ödevlerimizi hatırlatır

Aslında hükümlerin *taabbudî veya ta'lili, dinî veya şer'i* şeklinde sınıflandırılmasının temel amacı, değerlerin sonradan ortaya çıkan ve kendisi üzerinde değer yargısı bulunmayan olaylar için de uygulanabilmesidir ki bu uygulama içtihadı (kıyası) zorunlu kılmıştır. Gerçi bilginler, taabbudî ve ta'lili, (dinî ve şer'i) hükümler konusunda ihtilaf ettikleri gibi kıyastaki hükmün konulmasına sebep teşkil eden *illet yani gerekçenin birliği ve benzerliği* konusunda da ihtilaf etmişlerdir. Sonuçta bilginler, temel, fitrî ve ahlakî iç hukuk değerlerini, *taabbudî veya dinî* alana dâhil ederlerken; sosyal hukuk alanını genellikle *ta'lili veya şer'i* alana katmışlardır. Bu bağlamda *Allah (cc) ile kullar arasındaki ilişkileri düzenleyen, gerekçesi ve biçimleri akılla anlaşılabilen hükümleri*, genellikle bilginler, *taabbudî veya dinî* alana katmışlarken; sosyal hukuk alanındaki toplumsal düzen kurallarının gerekçelerini, akılla kavranabileceğinden *ta'lili veya şer'i* alana katmış oldukları, yaptıkları çalışmalardan anlaşılmaktadır. Bu tür bir bilimsel metodoloji tarafımızdan daha sistematik görülmüştür. Bilginler, taabbudî veya dinî alanda yapılacak her tür yenilik, dine bir eklenti yani *bidat (sapma)* olduğuna da dikkat çekmişlerken; ta'lili veya şer'i alan ise mahiyeti itibariyle değişken alan olduğundan, sosyal hayattaki bu yeni gelişmelere karşı *tecdidi* de zorunlu gördükleri anlaşılmaktadır.¹ Nitekim bir rivayette “*Allah her yüzyılın başında dini yenileyecek kişileri ümmete gönderir*” buyrulur.² Tarihten günümüze, *bireyin iç ve dış dünyasını düzenleyen kurallar*, diğer bir ifade ile *din ve şeriat (hukuk)* ayrımı günümüze kadar gelmiştir. Hâkeza bilginlerin ifadelerinden ta'lili veya şer'i alanda insanlığa gönderilen genel ilkelerin de değişmez ilkeler kabul edilerek, sadece özel düzenlemelerin ihtilafa neden olduğu da anlaşılmaktadır. Bu konuda, hemen her ilahi dinlerde benzer tartışmalar yaşandığı da bilinegelmektedir. Bu konudaki duygusallık, hemen her semavi din mensubuna hâkim olmuş, sonuçta birey ve toplumlar arasında metodolojik birliktelik sağlanamamış olup tartışmalar hâlâ sürmektedir.

4. LAFIZ VE MANA, NORM VE AMAÇ (MAKÂSİD) İLİŞKİSİ

Tarihten günümüze *lafiz ve mana, norm ve amaç* ilişkisi her dönemde pek çok tartışmayı da beraberinde getirmiştir. Nasların lafızlarına sıkı sıkıya bağlı kalarak kıyas metodunu terk edenler ile nasların *makâsıdını* esas alan görüş sahipleri, ilk dönemlerden itibaren daima var ola gelmiştir. Günümüz Medeni Kanunu'nun 1. Maddesinde ifade edilen “*Kanun sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır*” *normu* da bu anlayışın bir tezahürüdür. Bu bağlamda kanun lafzı veya ruhu ile yorumlanır. Yorum ise “*yasama, yargı ve doktriner yorum*” olmak üzere de üç ayrılır. Bu yorum sonunda elde edilen sonuç kanunun lafzından anlaşılan anlama eşitse; *açıklayıcı yorum*, lafzından anlaşılan anlamdan farklı olursa; *değiştirici yorum* söz konusudur. Değiştirici yorum da ya kanunun anlamını genişletir ya da daraltır.³

Lafzî (*literal, filolojik, gramatik*) yorum, *kelimelere* verilen anlama göre yapılmaktadır.⁴ Fakat hukuk normlarının anlamını ortaya çıkarmada bir hukukçunun, lafzi yorum ilkesinden hareket etmesi doğru bir başlangıç olsa da bu ilke ile yetinmeyecektir. Kural olarak benimsenmiş ilkenin lafza göre yorumu, bu ilkenin doğru bir yorumu için garanti olmayınca ve normların daha derin anlamına inmek gerekince, bu konuda kanun koyucunun maksadını dikkate almak akli ve ahlaki bir sorumluluktur. Bilindiği gibi

¹ es-Suyûtî, Celâleddin, el-Eşbâh ve'n-nezâir, Dâru'l-kütübî'l-ilmiyye 1990, s. 406.

² Ebû Davûd, Melahim, 1.

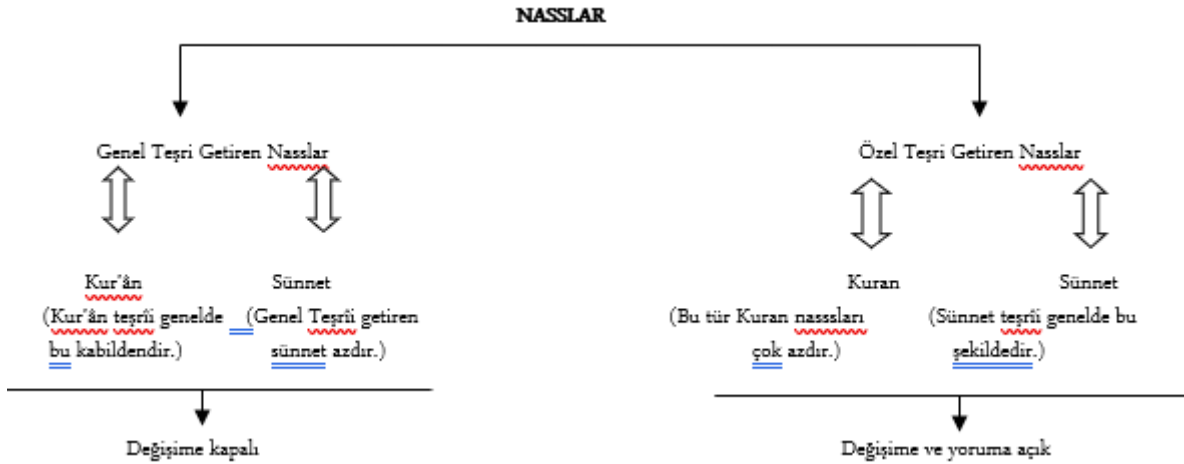
³ Dönmez, İbrahim, Kâfi, *Fıkıh Usulü İncelemeleri*, İsam Yayınları, Ankara 2014, s. 131.

⁴ Aral, Vecdi, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1991, s. 184; Güriz, Adnan, *Hukuk Başlangıcı*, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1997, s. 58; Bilge, Necip, *Hukuk Başlangıcı*, Turhan Kitabevi, Ankara 1990, s. 200; Önder, Ayhan, *Ceza Hukuku Dersleri*, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s. 51; Koca, Ferhat, *İslâm Hukuk Metodolojisinde Tahsis*, İsam Yayınları, İstanbul 1996, s. 20–27.

Kur'ân ve sünnetin nasları, hükümlere sadece *lafız* itibari ile değil *ruhu* ve *maksadıyla* da delâlet etmektedir. Bu anlamlandırma paradigması yitirildiğinde naslar şekle / şekilciliğe boyun eğip pratikten çekilerek teoride kalmaya mahkûm olur. Bunun sonucu olarak nasların sadece lafızlarının okunması ile yetinilerek, bu nasların pratikte uygulanmaması, teoride kalması, Müslümanları, dindarlık noktasında değişime tabi tutamayacağı, çağdaş uygarlık seviyesine yükseltmeyeceği açıktır. Sonuçta teoride kalıp pratiğe geçilemediğinden; İslâm'ın evrensel bir iddiası olan medeniyetini gerçekleştiremeyecektir. Nitekim Kur'ân'ın “*bir topluluk kendini değiştirmedikçe Allah da onları değiştirmez*”¹ ilkesi de teoride kalacaktır. Ancak sosyal hukuk alanındaki problemlerin çözümünde bilginler, norm ve amaç bağlamında farklı yöntemler benimsemişlerdir. Bilginlerden, kimi bu problemlerin çözümünde neshi, kimi de tarihselliği çözüm metodu olarak görürken; kimi hikmeti kimi de amaç ve makâsıd yöntemlerini ilke olarak benimsemişlerdir. Böylece bilginler, İslâm hukukuna yürürlük sağlamak istemiş, İslâm dininin vizyon ve misyonunu ortaya koymaya çalışmışlardır. Bilginlerin her birinin konuya bakış açıları farklı olduğundan; çözüm metotları da farklı mı olmuştur? Toplumsal problemlerin çözümünde farklı kavramlarla, farklı metodoloji mi benimsemişlerdir? Bilginler, kavram genişlemesi veya kayması yanında araç ve amaç ayırımında mı problem yaşamışlardır? Daha doğrusu bilginler aynı noktaya farklı açılardan mı bakmışlardır?

5. GENEL VE ÖZEL (ÂMM VE HAS) NORM AYRIMI

Bilindiği gibi naslar, genel ve özel hükümler getirmişlerdir. Nasların, genel ve özel hükümler ayırımından hareketle oluşturulacak bir metodolojinin, konunun daha iyi anlaşılmasına zemin hazırlayacağı kuşkusuzdur. Bu taksimatın günümüz hukuk sistemine uygunluğu da dikkat çekicidir. Bilginlerin bazıları genel ve özel teşri getiren nasların analizi konusuna dikkat çekmişlerdir.²



Genel norm niteliğindeki evrensel sabiteler, her dönem ve şartlarda genel geçer, insanlığın temel anayasal esasları kabul edilmiştir. İslâm'ın bu genel hükümleri, insanlığın ortak değerleri ve anayasal mahiyetli düzenlemeleridir. Değişime kapalı olduğu da bilinen bir gerçektir. Ancak özel düzenlemeler ise, adından da anlaşılacağı üzere toplum ve çağların konumlarına göre içtihadı açık alan olup İslâm hukukuna yürürlük ve hayatiyet sağlayan temel dinamiklerdir. Bu hükümler, her toplumun *sosyo-kültürel*, *sosyo-ekonomik* ve *sosyal-siyaset* yapılarına göre değişmiştir. Yani sosyal hukukumuzu tanzim eden iktisadi, siyasi ve hukuki kurumlar, toplumların kültürel kimliklerine göre

¹ Rad, 13/11; Enfal, 8/53.

² Erdoğan, Mehmet, *İslâm Hukukunda Ahkâmın Değişmesi*, MÜİFV Yayınları, İstanbul 1990, s.117; Ayrıntılı bilgi için bu kitabın okunması tavsiye edilir.

değişmiştir. Naslar da bu toplumsal değişmeyi dikkate almıştır. Öyle ki naslardan; din insanın doğasına, şeriat toplumların yapısına hitap ettiği anlaşılmaktadır. Öyle ki bu özel düzenlemeler, anayasal mahiyetli üst normların yasal düzenlemeleri mahiyetinde görülmüştür.

Yasalar, toplumların terakkilerine, zamanın ve şartların değişimine göre, ortak akılla değişebilen kurallardır. Tam bu nokta da zımnen *din ve şeriat* ayrımının yapıldığı, *örf ve âdetlerin* dikkate alındığı görülmektedir. Buna mukabil bazı nasların da zamanın örf ve âdetine veya değişebilen illetlere bağlı bulunduğu, bu örf ve illet değiştiği takdirde bunlara bağlı olarak hükmün de değişebileceği, bu hayatî meselenin takip ve takdirinin ise içtihadı bağlı olduğu bilinen bir gerçektir.

6. NASS VE İÇTİHAT, YAKÎN VE ZAN ALANI

İçtihat, İslâm'ın hareket prensibi olup kaynağı ise nastır. Tarihten günümüze nas alanı ile içtihat alanı ayrımı problemi daima ola gelmiştir.¹ Diğer bir ifadeyle bilginler arasında, dinin sabite alanı ile içtihadı açık alanı sorunsalı yaşanmıştır. Bu ayrıma göre özellikle sosyal hukuk alanındaki gelişme ve değişmelerin tecrübeyle fark edilmesi, zamanın ortaya çıkardığı problemlerin tespiti ve bu problemlere üretilecek çözümler için yeni yöntem ve çözüm usulü benimsenmesi, dinlerin pratiğe müdahalesi için kaçınılmaz hâle gelmiştir. Yoksa dinî değerlerin ve din algısının zamanla yozlaşacağı kuşkusuzdur. Tarihteki içtihatların teşekkül döneminde, sosyo-politik şartların etkili olduğu da bilinmektedir. Keza zamanla sünnetin her türlü, Sahabenin içtihatları nas seviyesine yükseltilmiş ve bu noktada bazı problemlerin doğması da kaçınılmaz bir hal almıştır. Vahiy kapsamında yani Kur'ân ve sahih sünnet çerçevesinde sübut ve delaleti katî olmayan her nassın içtihadî alanda olması nas değil; içtihadî bir hükümdür. Ne yazık ki klasik dönemin bireysel ve ortak aklının içtihatları nas gibi kaynak ve değer seviyesine yükseltilmiştir. Bunun için ister *evrensel değerler*, isterse *ıctihadî değerler* olsun, birey ve toplumların ihtiyaçlarını karşıladığı ölçüde değer yargısının değeri daha da artacaktır. Öte yandan değişebilen bir değer yargısı toplumun problemlerini çözdüğü ölçüde "değer" olarak benimsenir. İnsanların kişiliklerinde dönemsel değerlerin mutlak doğru kabul edilmesinin vicdanî olarak dine bakışı da değiştirebileceği bir gerçektir. Bugün cari olan piyasa İslâm'ı sosyolojik gerçeklikten kopmuş görünmektedir. Bunun için içtihadî değer yargılarının toplumun ihtiyacını karşıladığı ölçüde bir anlam ve değer ifade edeceği ortadadır; aksi takdirde bir başka içtihadî değere ihtiyaç duyulacağı kuşkusuzdur.

7. İSLÂM HUKUKUNA YÜRÜRLÜK SAĞLAYAN METOTLARIN FARKINDALIĞI

Nasların anlaşılmasında ve yorumlanmasında metodoloji sorunumuzun olduğu bir gerçektir. Sonuçta hemen her bilgin, İslâm hukukuna yürürlük sağlamak için *tarihsellik ve evrensellik, örf üzerine bina kılınan hüküm, örfün değişmesiyle değişir prensibi, lafız ve mana (makâsîd) ilişkisi, din ve şeriat ayrımı, naslar konusundaki nesih anlayışı, hükmün üzerine bina kılınan illetin değişmesiyle, hüküm de değişir prensibi, illet ve hikmet, hakikat ve mecaz anlayışı, ehl-i sünnet ve'l cemaat/şûrâ ile icmâ gibi ilkesel yürürlük metotlarıyla aynı gayenin tahakkuku için farklı kavram, araç ve yöntemler mi kullanmıştır? Yoksa kavramlar savaşı başlatarak birbirlerini ötekileştirme yolunu mu seçmişlerdir? Hemen her bilgin, özde aynı şeyleri söyleyip meseleyi farklı kavramlarla mı ifade etmişlerdir? Yahutta bilginler, kavram savaşı başlatarak, kendilerini ispatlama sübjektifliği sebebiyle gerçeğin ortaya çıkmasına mani mi olmuşlardır? Bilginlerin muhâkeme yetenekleri ve bilgi seviyeleri, nasları anlamadaki yöntem ve ilkeleri de birbirinden oldukça farklılık içerdiği de bilinmektedir. Çünkü bilginlerin bir kısmı, İslâm hukukunun yürürlüğünü *tarihsel yöntemde* görürken; bir kısmı da *örf üzerine bina kılınan hükümlerin, örfün değişmesiyle nassın hükmünün değişeceği* ilkesini ileri sürmüşlerdir. Keza bir kısmı nasların *makâsîdini* ileri sürerek problemi çözmeye çalışmışken; bir kısmı da *din ve şeriat* ayrımı yaparak dinin değişmez ilkelerinin olduğunu, şeriatın ise değişebilir*

¹ Nas ve içtihat alanında ayrıntılı bilgi için okunması önerilir. Apaydın, H. Yunus, *Fıkıhın Kaynakları (Nas ve İçtihat)*, Ay Yayıncılık, Ankara 2017, s.13-168.

özelliğine dikkat çekmişlerdir. Öte yandan bir kısmı, *illetin değişmesiyle hükümlerin değişme* ilkesine sığınırken; bir kısmı da *genel ve özel ayırımını* temel kabul etmişlerdir. Hiç kuşkusuz bu gayretlerin her biri, problemleri çözmek ve İslâm hukukuna yürürlük sağlamak amacıyla yapılmıştır. Düşünce dünyasında farklı içtihatların olması kadar doğal bir durum da yoktur. Ancak tüm bu İslâm hukukuna yürürlük sağlayan içtihatlar, bireyleri dışlamak için bir araç olmamalı, aksine zannî nasların anlaşılmasında olabildiğince özgür imkân sunmalıdır. Yoksa İslâm hukukuna yürürlük sağlamak amacıyla birbirinden çok farklı açılardan bakan bilginler, aynı gayenin tahakkuku için çözümler üretmiş, farklı araçlarla aynı *alana mı yolculuk* yapmışlardır? Bu kavramlar döğüşünde hakikate ulaşmaktan ziyade, akıldan çok duygusallığa mı esir düşmüşlerdir? Bu varsayımların doğru olup olmadığının tespitinin yapılması için *icthad alanındaki nasların mahiyeti, icthadın bilgi değeri ve yöntemleri, epistemolojik bilgi kuramının değerinin* ortaya konulması gerekmektedir. Şu da bir gerçektir ki tüm bu soruların cevap bulması gerekmektedir. Sürekli değişerek yürüyen insan hayatı için içtihat faaliyeti hem dini bir vecibe hem de hayatî bir zaruret olduğu gerçeği karşımızda durmaktadır. Bunun için öncelikle *icthad nedir?* sorusuna cevap aramamız gerekmektedir.

8. İCTİHAD NEDİR?

8.1. İctihadın Tanımı

İctihat lügatta; اعمال kökünden türetilmiş olup “*çalışmak, gayret etmek, mücadele etmek*”¹ anlamlarına gelmektedir. Diğer bir ifade ile içtihat, “*zor ve meşakkatli bir işi gerçekleştirmek için olanca gayreti göstermek ve imkânlarını olabildiğince seferber etmek*”² manasında da kullanılır. Bu da ancak bireyin var olan bütün potansiyelini kullanmasıyla mümkün olabilir. Bu anlamda içtihat bir mücadele olup her bireye farzdır. Ancak bu içtihat kavramından maksadımız “*bir anlama, kavrama ve akıl yürütme*” ameliyesidir ki bu hukuka yardımcı bir yöntem olarak farzı kifaye bir ilimdir. Aslında burada üzerinde duracağımız husus içtihat kavramının *ilahi iradeyi anlama ve beyan etme* yönüdür. Yani *nasları anlama ve beyan etme* yöntemidir. Doğrusu bizim burada üzerinde duracağımız içtihat kavramı, ilahi iradeyi *anlama ve kavrama* yani *nasları anlama ve beyan etme* yöntemidir. Yani bu içtihad yöntemiyle, hakikatte nassın *amacının* anlaşılması hedeflenmiştir. Daha doğru ifade etmek gerekirse içtihad, Hz. Peygamberin beyan yetkisinin *ülü'l-emir* kapsamındaki ümmetinin müçtehitlerine intikal ettirilmesindeki ilkeselliliktir. Aynı zamanda ilkesel duruşun önemli bir parçasıdır. İctihat, klasik dönemde bütün akli faaliyetler için kullanılsa da genellikle kıyas kavramı ile müteradif kullanılmıştır.³ Ancak içtihat kavramı, kıyas kavramından daha kapsamlıdır ve içtihat bir üst kavram olduğu anlaşılmaktadır.⁴ Böylece içtihadın kapsamına, bireysel ve ortak aklın beyanı olan, *icmâ, kıyas, istihsân ve istislâh* gibi alt mecazi kavramlar da girmektedir. Hukuk ise aklın tam kapasite çalıştırılarak, akıl ile vahiy arasındaki ilişkideki denge ve düzen arayışından meydana çıkmış bir sonuçtur.

Hukuk ise aklın tam kapasiteli şekilde çalıştırılarak, *akıl ile vahiy* arasındaki ilişkideki denge ve düzen arayışının bir sonucu olsa gerektir. Usul hukukumuzda içtihadın pek çok tanımı yapılmıştır. Genellikle terim olarak içtihat; “*şer'i bir hüküm hakkında bir karara varabilmek için bütün gücün harcanması*” anlamına gelmektedir. İslâm fıkıh usulü terimi olarak ise; “*fakihin (müçtehidin) tafsilî delillerinden şer'i-ameli hükümler çıkarabilmesi için olanca gücünü ortaya koyması*” olarak

¹ Zemaşeri, Carullah, Ebu'l- Kasım, Esâsü'l-Belâga, Beyrut 1965, s.156;

² Şâfiî, Muhammed b. İdris, Er-Risâle, Mısır, 1940, s. 477; Nassın lafiz ve manasından hareketle, nassın bulunmadığında da çeşitli istinbat metotları kullanılarak şer'i hüküm hakkında zannî bilgiye ulaşma çabasının genel adıdır. Apaydın, H. Yunus, “*İctihat Md*”, TDVA, İstanbul 2000, s. 432.

³ Şâfiî, s. 477.

⁴ İmam Şâfiî Risale adlı eserinde, Kitap ve Sünnette hükmü açık olmayan meseleler dâhil, naslardan yeni hükmü bir işaret aranır ki bu içtihadı kıyas denilmektedir. Fıkıh usulünde kıyas, hakkında açık hüküm bulunmayan bir meselenin hükmünü, aralarında ortak özelliğe ve benzerliğe dayanarak hükmü açıkça belirtilen meseleye göre belirlemek anlamına gelir. Yani nasların anlaşılması ve kapsamlarının belirlenmesi yolunda dilin imkânlarını kullanılması anlamına gelir. İctihat, naslarda veya örf ve adet hukukunda bulunmayan durumlarda müçtehidin gayretini ifade eder. Bu kıyasın da Kitap ve Sünnete uygunluğu “asli ilke” kabul edilmiştir. Nasta bağlayıcı bir hüküm bulunmayan bir konuda, kıyas ile içtihat yapılması gerçeğe ulaşmak için bir yöntem bilim olduğu anlaşılıyor. Keza anlaşılan kıyasın odak noktasını “illet birliği” oluşturur. İlet birliği ile illet benzerliği aynı şeyler değildir. Sonuçta içtihat ile kıyas, hükmün habere uygunluğu için gayret sarf edilmesi anlamına gelmektedir.

tanımlanmıştır.¹ Bu bağlamda içtihat, müçtehitlerin akli potansiyellerini azami ölçüde kullanmalarını ifade eder.

8.2. İctihada Neden İhtiyaç Duyuldu?

Bilindiği üzere İslâm hukukunun temel yazılı kaynakları olan “*Kur’ân ve Sünnet*”te bireyi mutluluğa, toplumu güven ve refaha kavuşturacak temel ilkeler, açıklamalar ve yönlendirmeler mevcuttur. Bu nedenle Kur’ân, çoğunlukla *genel norm* niteliğindedir ve evrensel sabitelerle gerçek bilginin öğretisini içerdiği, sünnetin ise genelde *özel norm* niteliğinde bireysel ve toplumsal pratikleri oluşturduğu söylenebilir. İslâm hukukunun diğer bir kaynağı ise yazılı bir norm olmayan “*akıl*”dır. Akıl sayesinde, nasların anlaşılması ve yorumlanması sağlanarak farklı dönem ve bölgelerde insanoğlunun karşılaştığı problemlere *genel veya özel* çözümler getirilebilmiştir. Bu çerçevede yukarıda ortak akıl kavramı kullanılmıştır. Burada “kimin veya kimlerin akılı?”, uzman havass ortak akılı mı? yoksa avam-havass ortak akılı mı? soruları akla gelebilmektedir. Evvelce de içtihad faaliyeti için farz-ı ayn yerine farz-ı kifaye denildiğini düşünürsek zümreleşmenin ihtimal dâhilinde olduğu görülmektedir.² Belirli bir sınırı olan naslar, sınırsız olan sosyal olayları bütün olarak içine almaz. Bu durum, zorunlu olarak içtihadı gündeme getirmiştir. Toplumda ortaya çıkan yeni sorunların çözümü için içtihat, hem dini bir görev hem de sosyal hayatın devamı için zaruridir.³ Şüphesiz ki, İslâm hukuk bilginleri, Kur’ân ve sünnette açıkça ele alınmayan sosyal problemleri, hukukî (*şer-î*) *delillere*, *nasların genel ruhuna*, *genel hukuk kurallarına* ve *bilimsel verilere* dayanarak hukuk usulü disiplini (*hikmet-i teşrî ve mekâsıd-ı şeria*) içinde çözüme kavuşturmaya çalışmışlardır. İslâm hukukunun mahiyeti ve özellikle sosyal değişme karşısındaki tavrı, bugün üzerinde çok durulan ve tartışılan bir konudur. İslâm usul hukukunun, bir taraftan kesin ve değişmez dinî hükümler içerdiği, bu yüzden de değişime kapalı olduğu iddia edilirken, diğer taraftan sabit prensipler çerçevesinde dinamik bir yapıya sahip olduğu da ifade edilmektedir.

Allah (c.c) gökyüzüne bir intizam koymuştur. Yeryüzüne de bir intizam koymayı murat eylemiştir. Bunun için de Peygamberler göndermiştir. Seçtiği Peygamberler muradını gerçekleştirmek için son derece büyük çaba göstermişlerdir. Allah (c.c) yeryüzüne son müdahale ve çağrısını Hz. Muhammed (s.a.v) aracılığıyla O’nun mucizesi olan Kur’ân-ı göndererek gerçekleştirmiştir. Yeryüzünde bu intizamın gerçekleşmesi için de bu ilahi kelamın *anlaşılması ve yorumlanması* gerekmektedir. İşte bu ilahî nizamın sosyal hayat ile buluşmasını sağlayan ve dini anlamada en önemli akli unsurlardan birisi olarak karşımıza içtihat çıkmaktadır. Akıl geneli, naslar ise hem genel hem özel alanı kapsar. Diğer bir ifadeyle akıl insanlara verilmiş bir vahiydir. Naslar akıl sayesinde anlaşılır ve içtihat edilir. Bu çerçevede genel alanın din, özel alanın ise şariat olduğu hâkim bir görüştür. Akıl ile vahiy hakikatî bulmak için birer araçtır. Biri diğerinin rakibi, alternatif veya çatışma aracı değildir. Biri diğerinin olmazsa olmazı olan mütemmim bir cüzdür. Tarihten günümüze en büyük felaket, (*eserciler, reyciler, klasikler, modernisler gibi*) vahiyle akıl çatışmasını ortaya çıkarmak olmuştur. Nitekim Kur’ân’ın akla verdiği önem göz önüne alındığında, dinî anlarken aklın, anlamanın ve kavramanın kullanıldığı bir *usulünün* olmaması beklenemezdi. Tarihten günümüze en büyük felaket Esercilerin,

¹ İctihadın tanımları için bkz. Karaman, Hayreddin, İslâm Hukukunda İctihat, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara 1985, s. 16-17; Şa’ban, Zekiyyüddin, İslâm Hukuk İlminin Esasları (Usûlü’l-Fıkh), (çev. İbrahim Kâfi Dönmez), Ankara 2013, s. 437.

² 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi 6. Madde sinde “*Yasa, genel iradenin ifadesidir. Tüm yurttaşların, bizzat ya da temsilcileri aracılığı ile yasanın yapılmasına katılma hakları vardır. Yasa ister koruyucu, ister cezalandırıcı olsun herkes için aynıdır. Tüm yurttaşlar yasa önünde eşit olduklarından, yeteneklerine göre her türlü kamu görevi, rütbe ve mevkiine eşit olarak kabul edilirler, bu konuda yurttaşlar arasında erdem ve yeteneklerinden başka bir ayırım gözetilmez.*” Yasa için genel irade kavramını kullanır fakat genel iradesi oluşturması bakımından 1791 Anayasa’sı ise genel oy hakkını herkese tanımaz ve bunun da belirleyici sonuçlar doğurması kaçınılmazdır. 1789 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesi de ‘yasa’ için; “genel iradenin eseridir” der. Fakat 1791 Anayasa’sı genel iradeyi oluşturması bakımından genel oy hakkını herkese tanımaz. Bu oldukça belirleyici sonuçlar doğurur.

³ Buradan da anlaşıldığı gibi içtihat, şariatın, bir kısım meselelerde şariatın hükmünü anlamak üzere ilgili delillerin mahiyetleri üzerinde durmayı, çaba sarf etmeyi ifade eder. Ancak içtihatla yapılan her ne kadar şariatın hükmünü anlamaya çalışmak olsa da bir özelliği de içtihadın zannı galibe dayanmasından dolayı, kesin doğruluk iddiasında olmaması, şariatın kendisi olduğunu iddia etmemesidir. Bu durum içtihat yapan için kesin kanaati ifade etse de her daim doğruyu yakalama, isabet etme ihtimali olabileceği gibi isabet etmeme ihtimali de her zaman mümkündür. Bunun aksi bir düşünce içtihadın bir tür mutlak doğru şariat konumuna yükseltilmesi olur ki hemen bütün dinlerde bu durum bir problem olarak ortaya çıkmıştır. Keza sosyal hukuk alanında zamana ve şartlara bağlı, değişim ve gelişimin ortaya çıkardığı yeni problemler, dönemindeki zaman ve şartlara göre yapılan düzenlemelerle çözülemeyeceği muhakkaktır. Çünkü bu içtihatlar, çoğunlukla toplumların örf ve adetlerini, koşullarını esas aldığından, toplumsal yapıların değişmesiyle, değişmek ve gelişmek zorundadır. Bunun için vahiy pasif, akıl ise aktif bir ilahi nimettir.

Reycilerin, Modernistlerin vb. yaptığı gibi vahiyle akıl çatışması çıkarmak olmuştur. Nitekim Kur'ân akla çok önem vermiştir ve bu önem göz ardı edilemez bir gerçektir.

8.3. İçtihadın Hukuki Dayanağı Nedir

İçtihadın hukukî dayanağı nasslardır. *Nasslara* müracaat ederek problemlerimize çare aramak bir içtihadıdır. Nitekim Kur'ân'da Allah (c.c); وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا *“Ey İnananlar! Allah'a itaat edin, Peygambere ve sizden buyruk sahibi olanlara itaat edin. Eğer bir şeyde çekişirseniz, Allah'a ve ahiret gününe inanmışsanız onun hâlini Allah'a ve Peygambere bırakın. Bu, hayırlı ve netice itibarıyla en güzeldir”*¹ buyurmuştur. Kur'ân içtihadın dini bir görev olduğuna dikkat çekmiştir. Bu doğrultuda içtihat, dini anlamada ve hayata geçirmede zaruret olduğu anlaşılmaktadır. İslâm hukukunun yürürlüğü ancak içtihatla sağlanabilir. İçtihat, Kur'ân ve Sünnetten hareketle sosyal problemlerimize çare bulmaktır.

Sünnette içtihadın hukuki dayanağına gelince, Muâz b. Cebel ile Hz. Peygamber arasında geçen meşhur diyalogun hemen her usul kitabında yer aldığını görmekteyiz. Bu rivayet genellikle içtihadın temelini oluşturmaktadır. Bilindiği gibi Hz. Peygamber (sav), Muâz'ı idari görevle Yemen'e göndermiştir. **H. Peygamber:** Ya Muâz! *“Sana bir dava geldiğinde ne ile hükmedeceksin?”* diye sormuştur. **Muâz:** *“Allah'ın kitabındaki hükme göre”* diye cevap vermiştir. **H. Peygamber:** *“Allah'ın kitabında yoksa?”* **Muâz:** *“Allah Resulünün sünnetine göre hüküm vereceğim”* demiştir. **H. Peygamber:** *“Allah Resulünün sünnetinde de bulamazsan?”* **Muâz:** *“Kendi reyimle içtihat ederim ve vazgeçmem”* demiştir. Muâz, aralarında geçen bu diyalogu naklettikten sonra şöyle demiştir: Bunun üzerine Hz. Peygamber eliyle göğsüne vurdu ve *“Allah Resulünün elçisini, Allah ve Resulünün hoşnut olduğu cevaba muvaffak kılan Allah'a hamd olsun”* buyurdular.² Görüldüğü gibi bu diyalogda da *“vahiy ve akıl”* içtihatla temel alınmıştır. Nitekim İmam Mâlik'ten rivayet edilen, *“İlmin (fikhın) onda dokuzu istihsandır”*³ sözü, aklın, İmam Mâlik'in metodolojisinde önemli bir yer tuttuğunu gösterir.

Öte yandan Hz. Ebu Bekir ve Hz. Ömer halifelik dönemlerinde kendilerine gelen her bir davanın hükmünü vermek üzere önce *Kitab'a*, onda hükmü bulamazlarsa; *Sünnete* başvururlardı. Onda da hüküm bulamazlarsa Sahabenin ileri gelenlerini toplar onlarla istişare ederlerdi. Bu hususta bir icmâ hâsıl olursa onunla hükmederlerdi. İcma hâsıl olmadığı zaman reyleriyle içtihatla bulunarak hüküm verirlerdi. Bu uygulamalara bakıldığında öncelikle *yazılı kaynaklara (asli deliller) müracaat* ettikleri, bu kaynaklarda bulamadıklarında ise yazılı olmayan kaynaklardan (*akli deliller*); gerek *ortak akıl*, gerekse *bireysel akli devreye soktukları* görülmektedir. *Akli deliller* görüş ve düşünceye dayanan delillerdir ki bunlar daha çok asli delillerden hüküm çıkarma metot ve yöntemlerini ifade ederler. Bu manada Kur'ân ve Sünnet aslı delil olup *icmâ ve kıyas* bu iki asla râcidir. Yani bu iki asıldan *ortak veya bireysel* hüküm çıkarma yöntemleridir.

8.4. İçtihadın Mahiyeti, Vahiy ile Akıl İlişkisi

İçtihadın odak noktasını, İslâm'ın yazılı iki ana kaynağı olan, Kur'ân ve Sünnet oluşturmaktadır. İçtihadın diğer kaynakları ise yazısız olan örf, adet ve akıldır. Vahiy (Kur'ân ve Sünnet) ile akıl (icmâ ve kıyas) arasındaki ilişkiyi somut bir örnekle şöyle ifade edebiliriz. Kimya biliminde H₂O diye ifade edilen bileşik gibi bir birliktelik söz konusudur. Kimyasal formülü (H₂O) 2 hidrojen ve 1 oksijen atomundan meydana gelir. Yani iki hidrojen Kur'ân ve Sünnet, bir oksijen ise bireysel veya ortak akli ifade etmektedir. H₂O, saf suyu temsil eder, Âdeta kâinatın ve insanlığın âbı hayatı bu esasa dayanmaktadır. Biri maddi diğeri manevi dünyamızın ana esaslarıdır. Keza İslâm dininin yürürlüğü de vahiy (nas) ve içtihat gibi iki ana esasa dayanmaktadır. Su yanıcı bir madde değildir. Bu özelliği nedeniyle ateş söndürücü olarak kullanılır. Fakat suyun bileşimindeki Oksijen yakıcı bir gazdır.

¹ Nisâ, 4/59; Tevbe, 9/122.

² Ebu Davud, *Akdiye*, 11.

³ Şâtîbî, Ebû İshâq, el-Muafakât fi Usûlü'l-Şerîa (Neşir, A. Dıraz), Beyrut trs, IV, s. 204-210; el-İ'tisâm, Beyrut 1991, s. 371.

Hidrojen ise yanıcı bir gazdır. Oksijen ve hidrojen birleşerek söndürücü olan suyu oluşturur. Bu mükemmel olay “Kur’ân-Sünnet-Akıl” uyumunda da böyledir. Akıl ve vahiy, birbirleriyle çelişen değil, tıpkı H₂O bileşiği gibi birbirlerini tamamlayan unsurlardır. Çelişik olan aklın vakiadan kopukluğu, naklin ise bulandırılmışlığıdır. Örf, âdetler ve içtihat birliği ise ortak aklı, ortak aklın ittifak kararı olan icmâyı, kıyas ise bireysel akla işaret eder.

Bilindiği gibi *rey (akıl) ve içtihat*, en geniş manasıyla İslâm hukukunda aslı iki delil olan Kur’ân ve sünneti anlama ve yorumlama faaliyetlerini ifade eden iki kavramdır. Yani naslarla akıl ve toplum arasını bulma gayretidir.¹ Nasların anlaşılması ve yorumlanması yanında nas olmayan alanlarda aklın kullanılmasıyla yapılan *rey ve içtihatların* naslardan ayrı tutulması elbette önem arz eder. Bu bağlamda İslâm hukuk bilginleri arasında içtihatla hüküm kurarken aklın kullanılma açısından bağımsız olup olmamasına dair kısır bir döngü de yaşanmıştır. Burada İslâm hukukunun temel kaynaklarını ilke olarak benimsemiş olan aklın alanı içerisinde *rey ve içtihat*lardan bahsedilmektedir. İslâm hukukunu; bugüne kadar taşıyan, yeni ihtiyaçlara cevap verecek hale getiren ve onu bir bütün olarak çeşitli müesseseleriyle birlikte ortaya koyan kaynak, *rey* yani akıldır.² Bu *rey ve içtihat*, İslâm hukukunda yeni hükümler tesis etme işi olup önemli birer kaynak niteliğindedirler.³

Klasik dönem fıkıh âlimleri bu içtihat faaliyetlerini “*rey*” kavramı ile ifade etmişlerdir. Ancak İslâm hukukuna dinamizm sağlayan bu yöntemler; teoride, beşer aklına bağımsız bir rol vermek olarak değerlendirilmemişlerdir. Fakat bu yöntemler, *Kur’ân* veya *sünnette* çok özel bir delilin bulunmadığı hallerde “*hakkaniyet*” ve “*kamu yararı*” gözetilerek Allah’ın amaçları (*hikmet-i teşrî* ve *mekâsıd-ı şeria*) doğrultusunda hukuka yardımcı birer kaynaktırlar. Ayrıca naslara aykırı olmayan ortak aklın ürünü ve genel olan sosyal normlar yani *örf ve âdetler* de İslâm hukukunun önemli tâlî kaynakları arasındadır.⁴ Bu bağlamda müçtehitler, akıl yürütülerek ortaya konulan hukuka yardımcı bu tâlî kaynaklar sayesinde İslâm hukukuna dinamizm sağlamışlardır. Keza her toplumun fitratı farklı olabileceği gibi her bireyin fitratı da farklı olabilir. Ancak içtihat terimi yukarıdaki tarifinden de anlaşılacağı gibi belirli bir sahası olmayan, tamamen her şeyden bağımsız bir *akıl yürütme faaliyeti* de değildir. Bilakis içtihat, oldukça geniş fakat belli bir sahada, test edilebilen ve denetlenebilen belirli esaslara matuf bir faaliyettir. Şayet araç ve amaç iyi fark edilemezse, vahiy anlama ameliyesi olan araçlar kendilerini vahyin kaynağı gibi görmelerine neden olabilirler. Vahiy kaynaklı nasların kâmil ve olgun akıl tarafından yorumlanması ve pratiğe hâkim kılınması, Kur’ân’ın yaşanılan hayata müdahil edilmesini gerekli kılmaktadır. Bu alanda yapılacak yorumların önlenmesi Kur’ân’dan uzaklaşmak veya sosyal hayatta boşluk bırakmak anlamına gelebilir. Bu da Kur’ân’ın hayata müdahalesinin değersizleştirilmesi anlamına gelir ki hiçbir Müslüman bunu arzu etmez.

8.5. İctihadın Kapsam Alanı

Vahiy kaynaklı hükümlerin, *sübûtu katî*, *hükümlere delâleti katî* veya *zannî* olabilir. Vahyin, *sübûtu ve delâleti katî olan hükümlerinin* her türlü *yoruma kapalı* olduğu hâkim bir görüştür. Ancak vahyin bütün hükümlerinin hükme delaleti açık değildir. Yani vahyin, *sübûtu katî*, *hükme delâleti zannî olan* ile *sübûtu zannî*, *hükme delâleti katî olan* veyahut *hem sübutu hem de delâleti zannî olan* hükümleri de bulunmaktadır. Bilindiği gibi *zannî naslar*, *daha geniş bir alanı kapsadıkları için bu nasların anlaşılması ve uygulanması içtihadı zorunlu kılmıştır*. Bu tür nasların, müçtehidin içtihat alanı olması sebebiyle *değişime ve yoruma açık olduğu hakim bir görüştür*. Neticede *nas ve içtihat*

¹ En eski usul kitabı olan İmam Şâfi Risalesinde içtihadı şöyle tarif etmiştir. “*Her hadise hakkında ya ona ait bir hüküm veya hak olan hükmün yolunu gösteren bir delâlet vardır. Hâdisenin sarih hükmü varsa buna uymak gereklidir. Eğer muayyen bir hüküm yoksa hadisenin hak olan hükmüne götürün yolun delili içtihatla aranır ise kıyastan ibarettir.*” İmam-ı Şâfi Risalesinde içtihat ile kıyası müterâdif olarak kullanmıştır. Şâfi, Muhammed b. İdris, *Er-Risâle*, Mısır, 1940, s. 477; Konu hakkında Hayrettin Karaman yaptığı doktora çalışmasında şu sonuca varmıştır: “*Din’in iki ana kaynağı olan Kitap ve Sünnetin alakalı naslarının delâleti ile beraber, durmadan değişerek yürüyen beşer hayatı bizi, faaliyetinin hem dinî bir vecibe hem de hayati bir zaruret olduğu neticesine götürmektedir. Bu faaliyetin durması demek din’in beşer hayatından kısmen veya tamamen çekilmesi demektir.*” Taf. bkz. Karaman, s. 15–33. Karaman’ın içtihat adlı doktora çalışmasının okunması önerilir.

² Karaman, s. 19–107.

³ Cin, Halil, “İslâm Hukukunun Dinamizi”, Adli Makale, Diyanet Dergisi, Ankara 1981, s.18.

⁴ Örfün, sosyal hayatın bir normu olduğu dikkatlerden kaçırılmamalıdır. Zira “*Müslümanların ekserisinin güzel gördüğü bir şey, Allah yanında da güzeldir*” buyurulmuştur. (*Ahmed b. Hanbel, I, 379*) Hükümlerin konulmasında esas gaye insanların durumunu düzeltmek, aralarında adaleti gerçekleştirmek ve onların sıkıntılarını gidermektir.

alanı diye iki alan bulunmaktadır ki müctehidin alanı, nasların *zannî* alanıdır. Hiç kuşkusuz nasların *katî ve zannî* alanları birbirinden ayrılır ki bunlardan *katî* alanların; *zamanlar üstü genel geçer, evrensel ilkeler olup değişime ve yoruma kapalı olduğunu*, *zannî* alanların ise; *hukukçunun içtihat alanı olup* bu alanların, toplumların *sosyo-kültürel, sosyo-ekonomik ve sosyal-siyaset* gibi disiplinlerle iç içe olduğundan içtihadın kapsam alanına girdiğini söyleyebiliriz.

8.6. İctihadın Hukukî Bağlayıcılığı

Peygamberimizle başlayan rey ve içtihat hareketleri¹ Sahabe ve Mezhep imamları tarafından devam ettirilmiştir. Nitekim Hz. Peygamberin (sav), “*İctihat edip isabet eden iki ecir, hata eden bir ecir alır*”² hadis mealinde, problemleri çözerken hata (yanılma) riskinin bile mükâfata konu olması dikkat çekicidir. Böylece İslâm hukukunun temel kaynaklarını ilke edinen beşer aklı, özgür bir şekilde açık ve iyi niyetle teşrî sürecine girmiş oluyordu.

İctihatta hata ve isabet meselesi icthadın hükmüyle ilgili tartışmaların odağında yer alır. Usulcüler bu konuda; her müctehidin isabet ettiğini savunanlar (*musavvibe*) ve içlerinden sadece birinin isabet edeceğini ileri sürenler (*muhattie*) şeklinde iki gruba ayrılırlar. İslâm hukukçuları da belirli bir problem hakkında ulaşılan hukukî çözümlerden birisinin mi yoksa tamamının mı doğru olduğu noktasında görüş ayrılığına düşmüşlerdir. Bu tartışmaların temelinde icthadî konularda doğrunun tekelliğine ya da çoğulluğuna dair belirsizlik yatmaktadır. Namazın farziyeti, inanç esasları, hırsızlığın ve zinanın yasak olması gibi hükmü açıkça belirtilen dinî konularda doğrunun tek olduğundan şüphe yoktur. İslâm bilginleri, hükmüne dair kaynaklarda belirleyici bir kural bulunmayan şer’î meselelerde ise tartışmışlardır. Bir kısım Eş’arî ve Mu’tezile bilginlerinin oluşturduğu *Musavvibe*, sonuç ne olursa olsun bütün icthadların doğru olarak nitelenebileceği görüşünü benimsemiştir. Dört mezhep imamı ve cumhur ulemanın desteklediği *Muhattie* fikrine göre ise, birbirine zıt görüşlerden sadece birisi için doğru ifadesi kullanılabilir. Buna göre bir şey, aynı kişi için ve aynı zamanda hem helal hem haram olamaz görüşü hâkimdir.³ Müctehidin kendisinin ve başkasının içtihadı konusunda bir ilkesi bulunur. Müctehitler arasında “*Bu benim görüşümdür, bana göre doğrudur. Ancak yanlış da olabilir. Diğer müctehitlerin görüşü bana göre yanlıştır. Ancak doğru da olabilir*” şeklinde bir ilke söz konusudur.

Sahabe ve Mezhep imamları, Muâz b. Cebel’in rivayetinden yola çıkarak bu alanda Peygamberin öğretisini takip etmişlerdir. Sahabe ve Mezhep imamları bir konuda içtihat ettiklerinde “*bu benim görüşümdür*” derlerdi. Bundan maksat belki de; yapılan içtihatların daha sonraki dönemlerde nas gibi algılanmasını önlemektir. Nitekim Hz. Ebu Bekir (ö.13/634), bir konuda hüküm verdiği zaman “*Eğer isabet etmişsem bu Allah’tandır, eğer hata etmişsem o hata bendendir. Bunun için Allah’tan affımı dilerim*”⁴ demiştir. Aynı şekilde Hz. Ömer de bir hüküm verdiği zaman o hükmü “*Bu Ömer b. Hattab’ın görüşüdür*” ifadesini koydurmadıkça rey ve içtihadının yazılmasına müsaade etmemiştir.⁵ Başka bir örnekte ise Hz. Ali’nin (ö.40/660) ve Zeyd b. Sabit’in (ö.45/665) bir şahıs hakkında verdikleri hüküm Hz. Ömere anlatılınca, hüküm verilen kişiye “*Ben olsaydım başka türlü karar verirdim*” demiş, o kişi “*Sen emir’ül mü’minin olduğun halde onların kararını iptal etmekten seni alıkoyan nedir?*” diye sorunca Hz. Ömer; “*Eğer ben bu hükme Allah’ın Kitabı ve Rasullah’ın sünnetinde bulduğumla varmış olsaydım bunu yapardım. Ancak ben bu hükme içtihatla kendi reyimle vardım. İctihatlar ise müşterektir*”⁶ demiştir.

Mezhep imamları da yaptıkları içtihatların kendi görüşleri olduğunu ifade etmişler, taklit edilmelerini de hoş karşılamamışlardır. Ebu Hanife, kendine ait görüşlerini yazan Ebu Yusuf’a (ö.182/798) “*Bunları niçin yazıyorsun? Biz bugüne göre ulaştığımız en iyi neticeyi söylüyoruz. Yarın belki daha*

¹ İsa, Abdülcelil, Peygamberimizin İctihatları, (çev: M. Hilmi Merttürkmen - Abdülvehhab Öztürk), Ankara 1976, s. 63–129.

² Buhâri, *I’tisam* 21; Müslim, *Akdiye* 15; Ebu Davut, *Akdiye* 2.

³ Taf. Bkz. Apaydın, H. Yunus, “*İctihat Md*”, TDİA, XXI, s.440- 441.

⁴ Zeydan, Abdülkerim, Medhal Lidiraset’il Şeriatî’l-İslâmiyye, Bağdat 1979, I, s. 119.

⁵ Zeydan, s. 120.

⁶ Cevzi, İbn Kayyim, Muhammed b. Ebu Bekr, İ’lâmü’l-Muvakkîn an Rabbi’l-Âlemin, Beyrut 1973, s. I, s. 54; *İctihatla içtihat nakz olunmaz*. Mecelle Md. 142; Berkî, s. 18.

başka sonuçlara varırız. Kim bizden daha iyi görüşe ulaşırsa bize değil ona tabi olsun” dediği kaynaklarda yazılıdır. Ayrıca İmam Şâfiî, kendisinin taklit edilmesini istememiştir.¹ Tüm bunlardan anlaşılana da odur ki rey ve içtihat çağının problemlerini çözmek için samimi niyetlerle İslâm hukukuna hayatîyet kazandırma faaliyetlerinin bütünüdür.²

8.7. Geçmişte Yapılan İctihatların Değeri

Geçmişteki olayların oluşumu ve yapıları, günümüzdeki mevcut olaylar ve yapılarıyla benzerlik gösterse de aynıysa olamaz. Mevcut sosyal olayların yorumlanmasında tarihin arka planının bilinmesi elbette önem arz eder. Hatta bazen de dönemin şartlarına göre bazı problemlerin çözümü için maziye müracaat edilir, ondan alınan ibret ve tecrübe ile yaşanan dönemin özellikleri de dikkate alınarak istikbal için hedefler belirlenir. Geçmiş, bazı konularda ölür fakat hal ve istikbal yaşar. Ancak toplumların sağlıklı idare edilebilmeleri için geçmiş tecrübeler her daim temel olur. Zira geçen sosyal hayat, beşeriyetin âdeta çocukluk dönemini oluşturur. Bu bağlamda mazi, sosyal hayatın gelişmişlik ve olgunluk döneminin temeli sayılır. Hiç kuşkusuz mazi bazen ölür fakat gölge gibidir; bazen zâil olsa da avdeti de mukadderdir. Yoksa insanın fiziksel ölümünü kabullendik de kavram ve kurumların fiziksel ölümünü mü kabullenemedik? Hiçbir zaman dilimi bir diğerine engel olmamalı, her zaman diliminin ayrı bir hakkı olmalıdır. Bu sebeple maziden ders almalıyız fakat mazide kalmamalıyız.

Her içtihat, içtihadı yapana göre eşit değere sahiptir. Bu içtihatlardan biri maddi norm hâline getirildiği zaman herkese bağlayıcı olur. İşte bu yüzden “*Mevridi nasta içtihadı mesağ yoktur*” ilkesi çoğunlukla farklı anlaşılır. Doğrusu şu ki herhangi bir içtihat, maddi hukuk normu hâline geldiğinde bağlayıcı olur. Ancak bu maddi norm değişmez bir değer değildir. Aksi takdirde yapılmış içtihatlar, kıyamete kadar değer taşıdığı anlamına gelir ki bu da insanı gizli şirke götürebilir. Bilindiği gibi Hıristiyan dünyasının, içtihatları mutlak doğru olarak algılaması pek çok problemi de beraberinde getirmiştir. Zamanla kendi içtihatlarının dışındaki içtihatları sapık hatta kâfir sayabilecek kadar ileriye gitmişlerdir.

İslâm’ın içtihadî değer yargıları, birey ve toplumların ihtiyaçlarını karşıladıkları ölçüde korunurlar. Aksi halde bu değer yargıları şekil olarak kalsalar da birey ve toplumların ihtiyaçlarını karşılayamadıkları zaman aramızdan çekilip gideceklerdir. Sosyal gerçeklikle uyuşmayan her kanun yürürlüğünü kaybeder. Bu bağlamda nasların hem illete bağlı olan hemde örfe bağlı olan hükümlerinden her birinin sosyal olaylara paralel olarak değişmesi konusunda klasik dönem uygulamaları bizlere ışık tutacaktır.

Anladığımız kadarıyla içtihadın mutlak doğru kabul edilmesi, sosyal barışın önemli bir problemi olarak karşımıza çıkmaktadır. Yapılan içtihatlar nas gibi değişmez değer telakki edilmesi bir tür şirke de kapı aralayabilir. Bu sebeple nas pasif, akıl ise aktif bir araçtır. Nas insanın doğru ve yanlış davranışlarını içinde barındıran somut araçlar olarak kabul edilir. Bütün çağlarda nasların lafızlarından istinbat edilen hükümlerin mutlak doğru kabul edilmesi en önemli çıkmazlarımızın oluşmasına sebep olmuştur. Bir de buna kurucu imamların içtihatlarının mutlak doğru kabul edilmesini eklediğimizde; bunun problemleri daha da karmaşık duruma getirdiğini söyleyebiliriz. Zamanla bu içtihatlar, nas gibi değişmez değer algısına dönüşerek İslâm’ın değerlerine olan saygının yozlaşmasına neden olmuştur. Hiç kuşkusuz bu ortak akılla, genel kabullerin ve toplumsal değerlerin korunarak geliştirilmesinin; böylece yeni içtihatların yapılmasının bir gereklilik olduğunu söylemek gerekmektedir.

9. İCTİHADIN ŞARTLARI VE KAPSAMI

İctihad kavramını tanımladıktan sonra içtihadın şartlarını ve kapsamını dört ana başlık şeklinde ele alacağız.

¹ Taf. bkz. Ebu Zehra, Muhammed, İslâm Fıkıh Mezhepleri Tarihi, (çev: Abdülkadir Şener), İstanbul 1978, s. 222–230.

² Karaman, Hayrettin, İslâm Hukukunda Mezhepler, İrfan Yayınları, İstanbul 1971, s. 19.

9.1. İctihadın Ehliyet Şartları

Klasik usul hukuk kitapları müçtehitte bulunması zorunlu olan gerek ve yeter şartları, yani içtihat yapabilmenin ehliyet şartlarını belirlemişlerdir. Genel ana şartlar olarak ilim ve kabiliyeti, yeter şart olarak da bazı kriterleri belirlemişlerdir. Bu kriterleri şu şekilde ifade edebiliriz.

- ✓ Naslar Arapça olduğundan, Arapçayı bilmek gerekmektedir
- ✓ Nasları yani aslî delil olan Kur'ân ve Sünneti bilmek gerekmektedir.
- ✓ Naslar konusunda icmâ yapılmışsa icmâ yapılan konuları bilmek gerekmektedir.
- ✓ Naslardan hüküm çıkarmak için gerekli olan istinbat yöntemlerini yani fıkıh usulünü bilmek gerekmektedir.¹

Bu yeter şartlara; kıyası ve neshi bilmek, İslâm hukukunun gayesini bilmek, içtihadı yatkın bir zekâyâ ve içtihat melekesine sahip olmak, iyi niyet ve sağlam bir itikat sahibi olmak gibi ek şartlar ekleyenler de olmuştur.²

9.2. Müçtehidin Dereceleri

Müçtehit, insanlığa hizmeti esas alan, analitik ve üretken zekâsıyla problemlere çözüm arayan, zihni bilgiye açık bilgidir. Müçtehitlik ehliyetine sahip olmanın, gerek ve yeter şartları konusunda farklı anlayışlar bulunmaktadır. Hiç kuşkusuz genel ve özel bir alanda içtihat yapma melekesine sahip olan müçtehitlerin tarihin her döneminde olup olmadığı tartışılmıştır. İctihat yapabilmek için gerekli şartların neler olduğu, müçtehit denilince ne anlaşılması gerektiği, içtihadın şartları ve kapsamının neler olduğu, genel ve özel anlamıyla bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bu bağlamda bugün, değişen sosyal hayat karşısında mutlak müçtehit yetiştirmek neredeyse mümkün gözükmemektedir. Bir konuda içtihat yapabilmek için o konuda uzmanlık alanı olan bilginlerden ve o alanla ilgili paydaşlardan toplu olarak istifade edilmesinin daha isabetli olacağı açıktır. Haddi zatında mutlak veya mukayyet müçtehitlerle ilgili belirli kriterler de ortaya konulmuştur. Hemen her konuda veya belli bir konuda içtihat yapabilecek müçtehidin taşıyacağı nitelikler de belirlenmiştir.

Müçtehit denilince klasik ifadesiyle mutlak ve mukayyet müçtehit akla gelir. Mutlak müçtehit kavramı hemen her konuda hüküm istinbat edebilecek melekeye ve bilgi donanımına sahip olan kişi anlaşılır. Bu bilgi birikimine, yetki ve salahiyetine sahip her birey için mutlak müçtehit kavramı kullanılmıştır. Bunun yanı sıra müçtehit, her alanda olmayıp bir veya birkaç alanda ihtisas ve söz sahibi ise bu tür bilginler için mukayyet müçtehit kavramı kullanılmıştır. Günümüzde hemen her alanda mutlak müçtehit olabilmek mümkün gözükmemektedir ve herhangi bir konuda ihtisaslaşma ve uzmanlaşma zorunlu hale gelmiştir. Kaldı ki din alanında bile ihtisaslaşmaya gidilmesi kaçınılmazdır. Klasik dönemdeki müçtehit kavramı kapsamına günümüzde bir konuda *mastır*, *doktora* ve *doçentlik tezleri* hazırlayanlar, o konunun uzmanı sayılırlar. Bir konunun birden fazla uzmanı olabilir. Bu uzmanlar heyetinin alacağı ortak kararların, doğru bilginin elde edilmesine katkı sunacağı da açıktır.

9.3. İctihadın Hükümü

İctihat yapmak, içtihat yapma ehliyetine sahip olan kişi için zorunludur, klasik ifadeyle farz-ı ayn'dır. Müslümanların kendi aralarından müçtehit yetiştirmeleri ise, farz-ı kifaye olarak görülmüştür.³ Müçtehit, içtihat edip bir hükme vardıktan sonra bu içtihadı kanaatine göre amel etmesi gerekir. Zira müçtehidin içtihat ederek ulaştığı sonuç, kendisinin zanni galibine göre Allah'ın o meseledeki hükmü kabul edilmiştir. Müçtehidin kendi zanni galibince amel etmesi prensiptir. Müçtehit hata bile yapsa doğruyu bulma gayretinden ötürü sevap alacaktır. Müçtehit açısından hüküm bu iken başkası açısından ise müçtehidin vardığı sonuç bağlayıcı hüccet değildir. Çünkü vardığı sonuç zanni galibe

¹ Şa'ban, Zekiyyüddin; *İslâm Hukuk İlminin Esasları (Usûlü'l-Fıkıh)*, (çev. İbrahim Kafi Dönmez), 18.bs., Ankara 2013, s. 438-441.

² Muhammed, Ebu Zehra, *İslâm Hukuk Metodolojisi Fıkıh Usûlü*, (çev. Abdulkadir Şener), 11. bs., Ankara 2013, s. 329-336.

³ Tevbe 9/122; Nahl 16/43.

dayanmaktadır. Yani hatalı olma ihtimali daima vardır. Keza bir müçtehit içtihadını her zaman değiştirebilir. İslâm'ın temel kaynağı Kur'ân'ı Kerim kendisine, sürekli düşünen ve akleden insanları muhatap almaktadır. Bu noktada düşünme İslâm dininde ortaçağ skolastik düşüncesi gibi tek bir merciin otoriteleşmesinin önüne geçmiştir. Ayrıca düşünme beraberinde zorunlu olarak yorumlamayı getirir ki bu da İslâm'ın mesajı ve makâsıdının tüm çağ ve zamanlara hitap edebilecek bir esnekliğe sahip olmasını sağlamıştır. Böylece içtihadın farz-ı ayn olmasının birçok sebebi olduğu görülmektedir.

9.4. İctihat İctihadı Hükümsüz Kılamaz

İctihat, metodik bir şekilde akıl yürütme faaliyetidir. Ancak bu akıl yürütme işi muradı ilahinin müphem veya çok yönlü olabileceği alanlarda gerekli olan hükmü, muradı ilahiye en uygun olan sonucu anlamaya yönelik bir zannî galipliktir. Dolayısıyla içtihat, nasların zanni alanında olup bu işlemin Allah ve Resulünce kesinlik-netlik kazandırılmamış alanlarda olması gerekir ki bu boşluklar insanlığa bir rahmet olarak görülmelidir. Öte yandan müçtehitler genellikle sübut ve delaleti kati olan naslar ki bunlar (*farzlar, helaller ve haramlar, değişken maslahatlara dayanmayan tahkim kabilinden icmâ*) üzerinde de içtihat caiz görülmemiştir.¹ Bilginlerin içtihat alanında ortak aklın içtihadına icmâ denilmiştir ki bu icmâlar bir tür kanun hükmünde, nas konumuna irca edilmiştir. Keza içtihadlardan biri yasal norm haline getirilmişse, bu içtihadta yürürlükte olduğu sürece bağlayıcıdır. Bunun için “*Mevrid-i nasta içtihadı mesağ yoktur*”² Mecelle kaidesi kanunlaştırılmıştır. Örneğin namazın farziyeti, Kitap ve Şünnetle sabittir. Kur'ân'nın “*وَأَقِيمُوا الصَّلَاةَ (namaz kılın)*”³ emri, sünnetin ise “*بَنِي نَاسِلْ نَمَاز كِلْيَر كُورْدْيُسَنِيز ÖYLE نَمَاز كِلْنِيز*”⁴ bu nassın fiili (*müfesser*) uygulaması, namazın sübut ve hükme delaleti konusunda kesindir. Akabinde ümmetin müçtehitlerinin namazın farziyeti konusunda tahkim kabilinden icmâsı da bulunmaktadır. Bu tür icmâlar, insanlığın poligon taşları gibi “*sırad-i müstakim*” yolunun ana levhalarıdır. Dolayısıyla namazın farziyeti konusunda yukarıda ki genel kurala göre, içtihat caiz değildir.⁵

Nasların zannî alanındaki icmâlar da zannî galipliktir. Bu icmâlar, bir tür kanun hükmünde kararname gibi bağlayıcıdır. Ancak bu tür icmâların müçtehitler arasında nas gibi mutlak doğru kabul edilmesi konusu tartışmalıdır. Bu bağlamda icmâ adeta kıyasın doğru veya yanlışlığını test eden bir denetim mekanizmasıdır. Ancak bugün icmâ pratik bir kaynak olmaktan çok teorik bir kaynak olmaya mahkûm edilmiştir. Yani yukarıda söz ettiğimiz sübutu ve delaleti kati olan naslara nazaran arızı ve dönemsel olan icmâ, böylece asli amacından uzaklaştırılarak ilahi iradenin kati buyrukları mesabesine çıkarılmıştır ve zannî alanda yapılmış olan icmâlar, bir tür nas gibi mutlak doğru algılanmıştır. Zamanın değişmesiyle ahkâmın da değişmesi gerekirken; genellikle zannî galip icmâlar, mutlak doğru kabul edilmiş, toplumun terakkisine de mani olmuştur. Bu da dinamik bir yapıya sahip olan İslâm hukuk anlayışını statik bir yapıya dönüştürmüş ve nihayetinde de çözüm üretmeyen sadece tekrardan oluşan bir dizi kurallar yığını haline gelmesine sebep olmuştur.

Bireysel içtihatlar ise aynı derecede bir zannî delil olduklarından katî olan naslara aykırı olmadıkları sürece biri diğerini geçersiz kılamaz. Bireysel bir içtihadın başka bir bireysel içtihadı bozmaması karar verilen hükümler içindir. Yani bireysel içtihatla karar verilmiş bir hüküm başka bir içtihatla değiştirilmesinin hukuka olan güveni sarsacağı açıktır. Ancak yeni bir hukukî dava konusu olan benzer bir meselede öncekinden farklı bir içtihatla hüküm verilebilir. Bir içtihadın diğer bir içtihadı hükümsüz kılmasının anlamı, bugün aynı veya benzer bir konuda bir mahkemenin verdiği kararı, bir başka mahkemenin verdiği kararlarla ortadan kaldıramayacağı anlamındadır.

Müçtehit bir konuyu tafsili delilleriyle inceleyip bir sonuca varsa da; vardığı bu sonucun zanni olması sebebiyle, başkalarının o hükme uyması zorunlu değildir. Bu içtihat an itibarıyla doğrudur. Aksi

¹Şa'ban, s. 443-444.

²Mecelle, mad. 14.

³Bakara 2/ 43.

⁴Buhari, “Ezan”, 18.

⁵Şa'ban, s. 443-444.

takdirde bilgi putçuluğu /statüko yoluna sapılır ki bu da terakkiye manidir. Bu durum, İslâm'ın özüne ve evrenselliğine de manidir. Fakat müçtehidin kendisi, kendi ulaştığı sonuca, kendince muradı ilahiye en uygunu olduğuna inandığı için an itibarıyla uymakla mükelleftir. Aynı konuda, kararını değiştirmesine sebep olacak bir delile ulaşmadıkça, zanni hükmünü değiştirecek bir sebep olmadığı sürece, başka bir müçtehid taklit edemez görüşü hâkimdir.¹ İctihadın mahiyeti ve kapsamı konusunda bu genel bilgilerden sonra, İslâm hukuk tarihinde içtihadın tarihi seyrine temas edilmesinde fayda bulunmaktadır.

10. İÇTİHADIN TARİHİ SEYRİ

10.1. Hz. Peygamberin İctihatları

Yukarıda içtihadın varlığının naslarla sabit olduğunu ifade etmiştik. Nitekim Hz. Peygamber'den; *"Hâkim içtihat yaparak hükmedip bunda isabet ederse, onun için iki mükâfat vardır. İctihatla hükmedip de yanılırsa, onun için bir mükâfat vardır"*² ifadesi de içtihadın farziyetine ve tavsiye edildiğine nassî bir delildir. Öyle ki bu ifadeyle Peygamberimiz (sav) içtihadın ne kadar önemli olduğuna, Müçtehidin hata bile etse sevap alacağına vurgu yaparak içtihadı teşvik ettiğini görmekteyiz. Bu ifadeyle içtihat alanında düşünce üretmede hiçbir istibdat ve engelin olmayacağına işaret etmiştir.

Hz. Peygamberin çok sayıda *dinî ve dünyevi* içtihatları güvenilir kaynaklarda bulunmaktadır. Hz. Peygamberin dinî alanda yaptığı içtihadının üzerine söz söylenmemiştir. Ancak dünyevi hükümler konusunda vahiy dışı içtihatlarında farklı düşünülmüştür. Peygamber'in (sav) fiili uygulaması ve tavsiyelerinde bunu daha net olarak görüyoruz. Peygamberimizin dinî içtihatlarından bazıları şunlardır: Hz. Peygamberin (sav), kişinin oruçluken eşini öpmesinin ağzı suyla çalkalamak gibi orucu bozmayacağı konusunda yapmış olduğu kıyas bir içtihatdır. Keza Peygamber'in, ölen veya hacca gidemeyecek kadar yaşlı kişinin arkasından çocuğunun hac görevini yapabilmesi konusunda *babanın veya annenin borcu olsa ve ödemiş olsanız, bu ödemenin onun borcunun yerine geçeceğini* beyan etmesi bir tür içtihatdır. Keza Peygamberimiz tarafından, haram cinselliğin günah olmasına kıyasla, helal cinselliğin sevap olacağına hükmetmesi gibi hususlar, içtihatla belirlenmiş hükümlerdir.³ Hz. Peygamberin bu tür dinî beyan ve uygulamalarına iman gereği teslim olunmuştur.

Hz. Peygamberin dünyevi içtihatlarının bazıları da şunlardır: Hurma ağaçlarından daha iyi verim alabilmek için sahabenin yapmış olduğu uygulamayı, bir faydası olmayacağı düşüncesiyle durdurmalarını tavsiye ederek verimin düşmesine sebep olmasını içtihadta hata ettiğine gerekçe gösterirler. Hatta az da olsa hatalı kararlarının vahiyle uyarıldığı ayetlerle sabittir. Peygamberimizin bu içtihadı, içtihadın tanımında da dikkat çekildiği gibi şer'i bir meselede olmayıp dünyevi ve tecrübe gerektiren bir konuda olması, bir tavsiye niteliği taşır. Peygamberimiz, sosyal alanda tecrübenin önemine vurgu yapmış, hatadan dönmenin erdemliliğine bu uygulamasıyla eğitici bir örneklik teşkil etmiş, dünyevi konularda tecrübe ve uzmanlığa önemle işaret etmiştir. Peygamberimiz kendisine gelen davalarda davalıların kendilerini savunmalarına göre hüküm verdiğini, kendisinin de bir beşer olduğunu belirterek yanlış hüküm vermemesi için önlem alıp davalıların doğru konuşması gerektiğini söylemiştir. *"Ben ancak bir beşerim. Bana iki davalı geldiğinde onlardan biri diğerinden daha iyi davasını savunabilir ve Ben de buna bakarak onun haklı olduğunu zanneder ve buna göre hüküm verebilirim. Şu halde kime kardeşinin hakkından bir şey vermişsem, sakın onu almasın. Zira ona verdiğim ateş parçasından başka bir şey değildir."*⁴ Keza sahabe, savaşlar konusunda Peygamberimizin yapmış olduğu önerilere karşı, *"Bu sizden mi yoksa vahiy mi"* diye sormuşlardır. Vahiy kaynaklı olmadığını, kendi içtihadı olduğunu söylediğinde ise konaklama yeri için suyun bulunduğu başka yeri onların gösterdikleri bilinmektedir. Son olarak Hz. Peygamber döneminde Arap toplumunun ve doktorlarının da kabul ettiği emziren kadın ile ilişkiye girilmesi çocukta kalıcı hasarlar

¹Şa'ban, s. 445-446.

²Buhârî, *el-İ'tisâm*, 21; Müslim, *el-Akdiye*, 15.

³Şimşek, Murat, İslâm Hukukunda Bağlayıcılık Bakımından Hz. Peygamber'in İctihat ve Tasarrufları, 2. bs., Ankara 2011, s. 158-159.

⁴Buhari, *Mezalim*, 16, Müslim, *el-Akdiye*, 5, 6

bırakacağı düşüncesi de örnek gösterilebilir. Şöyle ki dönemin Arap toplumunda erkek, doğum yapılı çocuğunu emziren kadından uzaklaşırdı. Buna gerekçe olarak da çocuğa zararı dokunacağı endişesi mevcuttu. Bununla alakalı Hz. Peygamber'den rivayet edilen "*Vallahi, gıyeyi yasak etmek içimden geçti. Nihayet Rumlarla, Farşların bunu yaptıklarını, fakat çocuklarına bir zarar vermediğini hatırladım*"¹ hadisi manidardır. Görüldüğü gibi Hz. Peygamber Arap toplumunda var olan bu uygulamayı öncelikle devam ettirmeyi tabiri caiz ise kanunlaştırmayı düşünmüş ancak daha sonra mevcut uygulamayı başka toplumlar ile kıyas ederek geçersiz olduğuna karar vermiştir. Buradan da anlaşıldığı gibi Peygamberimizin içtihadı dinî ve dünyevi konularda farklılık arz etmiş, dünyevi konularda istişareyi hem uygulamış, hem de tavsiye etmiştir. Nitekim bu tavsiyesine öncü sahabeler de uymuş ve uygulamışlardır.²

10.2. Sahabe ve Tâbin İctihatları

İslâm tarihinde iki büyük açılım yaşandığı bilinen bir gerçektir. Peygamber (sav)'den sonra İslâm da en büyük müceddid Hz. Ömer'dir. Hz. Peygamberden sonra Müslümanların tarihinde en büyük açılımı, Hz. Ömer'in içtihatları oluşturmuştur. Halifelîği döneminde Hz. Ömer'in içtihatları oldukça çoktur. *Yolların hadiste geçen ölçüden daha fazla genişletilmesi, boşamanın oyuncak hâline getirilmesi dolayısıyla tek seferde üç talakın geçerli sayılması, gelir dağılımının adaletsizliği sebebiyle hırsızın elinin kesilmemesi, mirasın paylaşımında avl uygulamasının ihdası, devlet işlerinde kurduğu müesseseler, zekâtın sarf yerlerinden müellefe-i kulub hakkında ki kararı, savaşla elde edilen arazilerin askerlere pay edilmek yerine vergiye bağlanması gibi birçok hususta*³, ayet ve hadislerin lafzına ters düşen fakat makâsıda uygun görünen içtihatlarda bulunmuştur. Hz. Ömer kadar olmasa da buna benzer içtihatları bazı sahabelerde de görmekteyiz. Dört halife döneminden sonra içtihat faaliyeti aşağı yukarı hicrî 4. yüzyıla kadar devam etmiştir. Ancak çeşitli sebeplerden dolayı bu yüzyıldan sonra içtihat kapısının kapandığı görüşü hâkim olmuştur.⁴

10.3. Mezhep İmamlarının İctihatları

Kurucu mezhep imamlarının yapmış oldukları içtihatların her biri dönemlerinin kanunlaştırma hareketleri olarak görülebilir. Hiç kuşkusuz müçtehitlerin içtihatları, nasların zannî alanına yönelik olup daha çok ortaya çıkan yeni problemlerin çözümü için bir yürürlük arama mahiyetindedir. Her bir müçtehit içtihatlarında farklı bir metodoloji benimsemiştir. Şâfîiler, genellerden özellerle giderek çözümler üretme yöntemini benimsemişler, bu tümdengelim metoduyla, fer'i hükümlere hâkim genel usul kuralları geliştirmişlerdir. Hanefiler ise özellerden genellere, tekillerden tümellere, misallerden kaidelere, olaylardan kanunlara ulaşılan bir yöntem benimsemişlerdir. Bu yöntemde önce özel olayların mahiyetleri tek tek incelenip problemlerin illetleri belirlenerek sonra genel ilkelere varmışlardır.⁵

Bilindiği gibi sosyal olayların nedenleri ve sonuçları birbirinden oldukça farklıdır. Müçtehitler, benimsedikleri metodolojiye göre farklı neticelere varmışlardır. Bundan dolayı yaptıkları içtihatlarında kendi metodolojileri açısından doğru kabul edilse de farklı neticelere varmışlardır. Ancak her bir müçtehidin gayesi, ilahi iradenin muradını aramak olduğuna göre; isabet ve yanılma payları da bulunmaktadır. Belki kendi mezhebinin usulünü kabul eden kimse açısından bu doğru olabilir (*ki nitekim doğru olduğunu düşünmediği takdirde takip etmesi tezattır*) ancak bu subjektif düşünceden hareketle içtihat edilmesine artık gerek kalmadığına dair, başka bir müçtehidin daha farklı, muradı ilahiye'ye daha yakın bir zanna sahip olamayacağı anlamında bir sonuç çıkarılamaz. Müçtehitlerin içtihatları dinin zannî alanına yönelik olup yaptıkları içtihatlar da zannî galipliktir. İmam-ı Azam Ebu Hanife'nin " Bu benim re'yimdir ve elde edebildiğim reylerin en iyisidir. Bundan daha iyisini bulan

¹Ebu Dâvud, *Tip*, 16.

²Karaman; s.37-38.

³ Öztürk, Mehmet, "Hz. Ömer'in İctihatlarının Fikhi İlkelerdeki Karşılığına Bakışlar", Amasya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S. 2, 2014, s. 75-103.

⁴ Kahraman, Abdullah, *Çağdaş Fakihler İctihat Kapısını Açabildi mi?* (İctihat Teorisi ve Günümüzde İctihat), *Türk Bilimsel Derlemeler Dergisi*, 2009, s. 53-64.

⁵ Ebu Zehra, s. 21-24; Şa'ban, s. 30.

varsa onu kabul ederiz.”¹ sözü konuya ışık tutmaktadır. Bu içtihatlar mutlak doğru değildir, nas gibi bağlayıcı olması ancak yasalılaştırarak mümkün olur ki bu bağlayıcılığın sebebi yasanın yaptırımına desteklenmesidir. Bugün bu içtihatların, nas gibi zamanlara göre değişmez telakki edilmesi, İslâm hukukunda yürürlük problemini ortaya çıkarmıştır.

Daha sonra ortaya çıkan sanayi devrimi ve onun getirdiği yapısal değişiklikler,² yeni problemleri ortaya çıkarmış, bu hızlı gelişim ve değişimin neticesinde yeni içtihatlar yapılmasını da zorunlu kılmıştır.³ Tarım toplumu şartlarında sanayi devrimine kadar tekdüze bir toplumsal yapı bulunmaktaydı. Bu toplumsal yapılarda klasik dönem içtihatlarının yeterli olması mümkündür. Bu yüzden hicri ilk dört yüzyılda ulaşılan fikhî birikim, yapılan içtihatlar, aynı mezhepte bir konuda yapılan farklı içtihatlar, bazı fakihlerin farazî meseleler üzerinde düşünerek ortaya çıkabilecek yeni durumlara ilişkin geleceğe yönelik içtihatları, dünyanın son yüzyıllarda uğradığı hızlı değişim ve gelişime kadar kısmen yeterli olabilmıştır. 4. yüzyıldan sonra içtihadada gerek kalmadığı anlayışının oluşmasında, biraz da bu fikhî birikim karşısında oluşan algının etkisi olmuştur.⁴

10.4. İçtihat Kapısının Kapandığı İddiaları

İslâm hukuk tarihinde içtihat kapısının kapalı olup olmadığı tartışmalarının, uzunca süre bilginleri meşgul ettiği de bilinen bir gerçektir. Fıkıh mezheplerinin teşekkülüne kadar içtihat, herhangi bir mezhebin usulü çerçevesinde kalmadan serbest akıl yürütme şeklinde bir faaliyet olarak varlığını sürdürmüştür. Bu dönemde naslardan yola çıkarak doğrudan serbest akıl yürütme faaliyeti hâkim olmuştur. Bir mezhep veya ekolün ilkesel metodolojik görüşü daha sonraları ortaya çıkmıştır. Öyle ki insanlar, herhangi bir konuda, etraflarındaki bir fakihten ayırım yapmadan fetva alabiliyorlardı. O müçtehitlere sorup problemlerine çözüm bulabiliyorlardı.⁵ Bu durum, kısmî taklitler, yerini taassup ve mezhepçiliğe bırakana kadar devam etmiştir. Ancak gerek içtihat kapısının kapandığı iddiaları ve gerekse mezhebî usullerin oluşmasının temelinde farklı sebepler bulunmaktadır. Serbest akıl yürütme döneminde, aynı meseleye farklı kadıların farklı hükümler vermesi fikhî karmaşa olarak değerlendirilmemiştir. Daha sonra içtihadada muktedir olmayanların içtihat yapıp dini tahrif edecekleri endişesi, içtihat kapısının kapandığı söylemlerine zemin hazırlamıştır. Ayrıca bu söylem, hukuk birliğinin sağlanması amacıyla yönelik bir söylem de olsa gerektir. Keza içtihat kapısının kapandığı iddiaları, artık müçtehit makamında kimsenin olamayacağı, kendi mezhebinin en isabetli olduğu iddiası, rey karşıtı faaliyetlere karşı önlem alma yanında, icmânın kurumsallaşması gibi hususlar bu sebepler arasında da sayılabilir.⁶ Bu sebeplerden haklı gerekçelere dayananlar olabileceği gibi haksız ve ümmet için derin yaralara sebebiyet verenlerin olduğu da açıktır. Müçtehit yetişemeyeceği iddiası oldukça yanlış, tutarsızdır. Sonuçları itibarıyla sosyal hukuk alanında istikrar sağlasa da Müslümanları taklide itmiş tarih sahnesinden oyun kurucu değil, tabi olucu pozisyona sevk etmiştir. Nitekim mezheplerin teşekkülünden sonra da o mezhepler içerisinde, tıpkı mezhep imamı gibi mutlak ve mukayyed müçtehit seviyesine ulaşabilen kimseler olmuştur. Bunlar arasında *İbnü'l-Arabî*, *İbnü'l-Hümâm*, *Şah Veliyyullah ed-Dehlevî*, *Şevkânî*, *İzzüddin b. Abdisselam*, *Sübkî*, *Suyutî*, *İbnü'l-Kayyim el-Cevziyye*, *İbn Teymiyye* gibi pek çok müçtehit yetişmiştir.⁷ Bu müçtehitler, naslardan doğrudan hüküm çıkarabilme kudretine sahip bilginlerdir.⁸

İçtihat kapısının kapanması, mezhep ekollerinin oluşmasıyla gündeme gelmiştir. Dolayısıyla bu iddia aslında içtihadın hiç yapılamayacağından çok kadıların veya müçtehitlerin, takip ettikleri mezhebin usulünden başka bir mezhebin usulüyle içtihat edemeyecekleri anlamına da gelmektedir.⁹ Yani kısaca mezhebin kaideleri, zamanla sanki ilahi kaidelermiş gibi aşılması mümkün görülmeyen ve aşmanın da

¹ Ebu'l-Meali, Gayetü'l-Emani, c. 1, s. 55.

² Karadavi, s. 93.

³ Kahraman, s. 53-64.

⁴ Karadavi, s. 93.

⁵ Kahraman, s. 53-64.

⁶ Kahraman, s. 53-64.

⁷ Yusuf el-Karadavi, İslâm Hukuku Evrensellik-Süreklilik, (çev. Yusuf İçsıcak, Ahmet Yaman), 2. bs., İstanbul 2014, s. 101-102.

⁸ Karadavi, s. 101.

⁹ Kahraman, s. 53-64.

(*yumuşak ifadeyle*) hoş karşılanmadığı kesin çizgiler halinde belirlemiştir. Zamanla mezhep taassupçuluğu, Batı'da olduğu gibi mezhep-perest bir algıya sebebiyet verebilmiştir. Buradan da anlaşılacağı gibi müçtehidin, kendi mezhebinin sınırları içerisinde, içtihat gerekli olduğunda içtihat edebileceği, yani içtihat kapısının tamamen kapalı olmadığı, tabiri caizse bir aralığın bırakıldığı anlaşılmaktadır. Kaldı ki içtihat bir zamanla mukayyet değildir. Sonuçta içtihat faaliyetinin hiçbir zaman kesilmediğini; çok dar sınırlar içerisinde de olsa devam ettiğini söyleyebiliriz. Çünkü içtihat hemen her devirde insanlığın can damarı ve terakkinin oksijen kaynağıdır. Bir milletin can damarının kesilmesi o milletin geleceğinin yok olması demektir.

10.5. Mezhep İmamlar Sonrası İctihatlar

İslâm hukukunun Hz. Ömer'le başlayan dinamizmi, tarihin ilerleyen dönemlerinde *belki de idarî ve sosyal siyaset gereği* bilginlerin, fikir hürriyeti ruhunu âdeta öldürmüş, içtihat kapısının kapandığı vehminin yayılmasından sonra da çağının problemlerine yönelik yeni çözüm faaliyetleri yapılamamış, yapmaya çalışanlarda değişik ithamlara maruz kalmıştır. Bu durumun, İslâm hukukunun değişen şartlara intibaksızlığından değil de idarî ve siyasî etkenlerin yanında fâkihler arasındaki muhafazakârlık psikolojisinin ve temayülünün hâkim olmasından kaynaklandığı sanılmaktadır. Fâkihler, muhafazakârlık temayülü ile kendilerinden önceki imamların fikhına tabi olmuş, akıllarını, bu mezhep imamlarının söz ve ibarelerine hapsedmişlerdir. Daha sonra bu durum mezhep imamlarının içtihatlarının her toplumsal şart ve çağda değişmez nas gibi telakki edilerek aşırı muhafazakâr bir anlayışla kutsal metinler olarak algılanmasına yol açmıştır. Fâkihlerin bu taklit eğilimi içinde bulunduğu dönemlerde İslâm dünyası, dış dünyaya kapalı kalmış, kendi dışındaki dünyada ortaya çıkan değişme ve gelişmeleri yakından takip edememiştir. İslâm hukuk tarihinin belli döneminde problemlerin çözümsüz kalması, genellikle mutlak müçtehitler döneminden sonra mezhep bağlılığının giderek artan bir eğilimle taassup halini almasından kaynaklanmıştır. Fâkihlerin, yeni problemleri bünyesinde taşıdıkları özellikleri dikkate almaksızın klasik fukahânın kendi zamanlarının şartlarına göre verdikleri hükümleri bir çözüm olarak takdim etme temayülü içinde bulunmaları, meseleleri çözümsüz bıraktığı söylenebilir. İslâm hukukunun mutlak anlamda *ilâhî bir hukuk olduğu*, bu sebeple eksiksiz ve *bütün zamanlar ve mekânlar için yeterli olacağı şeklinde hissi muhafazakâr iddialar da* ileri sürülmüştür. Bu muhafazakâr iddiaları ileri süren İslâm hukuk bilginlerinin bazılarını, problemlere karşı, *nakle dayandırma ve emsal arama tutkusu* yani mukallitlik tatmin etmiştir. İslâm hukukuna, Kur'an ve sünnetin asla değişmez naslarından çıkmış gözüyle bakılması, bu nasların olduğu kadar, İslâm hukukçularının ilk fiili yasama teşebbüsleri sayılabilecek fıkıh külliyyatının da yeniden düşünülüp yorumlanmasına ciddi bir engel teşkil etmiştir. Sonuçta bu zihniyet İslâm hukukunun şeklen de olsa *yürürlüğünü sağlamak için hile-i şer'iyye* kapısının açılmasına sebep olmuştur. Bu sünî operasyonla katı anlayış yumuşatılmaya ve İslâm hukukunun hayata intibakta karşılaştığı problemler giderilmeye çalışılmışsa da, hızla değişen hayat karşısında bu kapı da çok geçmeden yetersiz ve anlamsız kalmaya mahkûm olmuştur.¹

11. İCTİHADIN EKOLLEŞMESİ VE KANUNLAŞTIRMA HAREKETLERİ

11.1. Kanunlaştırma Hareketleri

11.1.1. Mezhepler (İlk Dönemin Kanunlaştırmaları)

İlk dönemden itibaren içtihadî faaliyetlerin temel amacı, insanlara dinî ve hukukî alanda yaşanılabilir, pratik bir din sunmaktır. Her ne kadar zaman içerisinde mezhepler teşekkül etmeye başlamış ve kendi ilkelerini oluşturup birer ekol halini almışlarsa da aynı amaca yönelik hizmet etmeye devam

¹ Sosyal değişim karşısında gelenekçi (muhafazakâr) Müslümanlar nasları yorumlarken Peygamberlere indirilen Kitapların içerik ve ahkâmındaki farklılaşma ile Kur'an'ın nüzul sürecinde belirlenen ve Kur'an metninin tanıklık ettiği değişimi (*nâsîh-mensuh*) sosyal ortamda zuhûr eden değişim, ideal bir ümmet yaratma amacıyla geçici tedbir ile nasların kabulü, kolaydan zora doğru tedricilik (*merhale*) ve illetin değişmesi olgularıyla açıklarlar. Bunlara göre, asrısaaadetten sonra ortaya çıkan yeni sosyal olgular, dinde yenilik sebebi olamaz. Sonuçta her ne olursa olsun İslâm hukukunun yürürlüğü açısından sosyal problemlere çözüm bulunması İslâm hukukçularının bir görevi hatta inanç mecburiyeti de sayılabilir.

etmişlerdir. Mezheplerin ekol haline geldiği bu dönemde de naslar, dönemin şartları dikkate alınarak, koşullara uygun bir şekilde yorumlanmış, dinin hidayet yolu ilkeleri hayata geçirilmiştir. İşte kendi zamanlarında müçtehitler de, bazı nasların zamanın örf ve âdetine veya değişebilen illetlere bağlı bulunduğunu ve bu örf ve illetler değiştiğinde bunlara bağlı hükümlerin de değişebileceğini savunmuşlar ve serbestçe içtihad ederek değişen hayat şartlarına islâmın ayak uydurmasını temin etmişlerdir. Misal olarak, Şafi'nin Mısır öncesi döneme ait görüşlerinin “kavl-i kadîm”, Mısır'a gittikten sonraki görüşlerinin ise “kavl-i cedîd” adını almasındaki en temel neden, içtihatlarının, içinde bulunduğu zamana ve yere göre değişiklik arz etmesidir. İlk dönem Hz. Peygamber ve sahabelerinin içtihatlarında da aynı yöntemi görmekteyiz. Mezheplerin oluşum öncesinde ve sonrasında yapılan bu içtihadî faaliyetler neticesinde oldukça geniş bir fıkıh birikimi oluşmuştur. Ancak bu fıkıh birikimi içerisinde herhangi bir içtihadın diğerlerine tercih edilerek ona bağlanmayı gerekli kılabacak bir sebebe rastlanmamakla birlikte, bunun zamanla doğal bir yönelim şeklinde gelişmiş olduğu anlaşılmaktadır.

İlk dönemlerden itibaren içtihadın mahiyeti ve kapsamı hep tartışılmış, genellikle biri dar, diğeri geniş olmak üzere iki mana yüklenmiştir. İctihadın dar manası; Mecelle'nin “mevrid-i nasta içtihadı mesağ yoktur” maddesinde de ifade edildiği gibi nassın bulunmadığı yerde içtihadın başlayacağı yönündedir. Ama tatbikatta daha çok yer alan geniş manası ise; nasların bulunduğu zaman ve yerde de, onları anlamak, tercih ve tatbik etmek için yapıyor olmasıdır. İslâm hukuk tarihinde mezhep ekollerinin, sosyal hukuk alanındaki hukuki görüşlerini, ilk kanunlaştırma hareketleri olarak değerlendirebiliriz. Ancak mezheplerin kurumsallaşma aşamasından sonra bu içtihadî faaliyetlerin durdurulması ve taklide yönelmesi, sosyal hukuk alanında düşünce üretimini adeta durdurmuştur. Oysa yeni koşullarda yeni hâdiselerin ortaya çıkacağı açıktır. Bu yeni hâdiselere nasların ruhuna uygun cevap ve hükümlerin bulunması da ancak içtihad faaliyetlerinin aktif bir şekilde devam etmesiyle gerçekleşir. Budanmayan bir ağacın verimliliği düşer ilkesi gereğince; klasik içtihatların da sosyal hayattaki problemleri çözüme yetersiz kalması, içtihadın değerini ve verimliliğini git gide düşürmüştür. Sonuçta uzun zaman içtihat yapılmaması da geçmişte yapılan ve zamanının problemlerine cevap veren içtihatların nas gibi kabul edilmesine neden olmuştur. Burada önemli gördüğümüz ve dikkat çekmek istediğimiz hususlardan biri de, içtihat veya mezhep olgusunun din yerine konulmasının doğuracağı tehlikedir. Herhangi bir yorumu dinin asıllarından biri gibi görmek, zamanın bir parçasında ortaya konulmuş bir düşüncenin tek doğru ve değişmez olduğunu savunmak en büyük gaflettir. Kendi zamanlarının şartları ve kendi bilgi seviyeleri doğrultusunda hayata pratiklik katan bu değer olgularının, bugün de hayata pratiklik katması, hukuku yaşanabilir kılabacak fonksiyonlarını bugün de sürdürmesi gerekmektedir. Bu bağlamda içtihatlar ve bunları barındıran mezheplerin, bir nevi zamanın kanunlaştırma hareketleri olduğu göz önüne alındığında, zamanın, şartların ve bilgi düzeyinin gelişmesi ve değişmesiyle gelişip değişmesinin gereği de kuşkusuzdur.

Bilimin, hayat tarzının, toplumsal ve iktisadi yapıların, algıların, araçların ve sosyal teâmüllerin bu kadar geliştiği, değiştiği ve çeşitlendiği bir zamanda, bütünüyle aynı kalmaya çalışan mezheplerin, kendi dönemlerindeki içtihatlarıyla zamanımıza yönelik çözümler üretmesi mümkün gözükmemektedir. Mezheplerin, zamanlarına hukuki anlamda sundukları pratikliği bugün de bizim hayatımıza sunmaları gerekmektedir. Ancak durum pekte öyle görünmemektedir. Zira toplum olarak her ne kadar içtihadı, dini bir vecibe ve hayatî bir zaruret olarak nitelendirerek içtihadî faaliyetlerin öneminden bahsetsek de yaşam olarak katı bir mezhepçiliğin içerisinde bulunabiliyor ve tarihte kalmış içtihatlar ile günümüzün dini anlayışını oluşturmaya çalışıyoruz. Her ne kadar kimi çevrelerce İslâm hukukunun zamanların bütününe hitap edebilecek bir kabiliyette olduğu iddia edilse de Kur'ân ile aklın birlikteliği olmadan, katı bir mezhep taassubu ile bu pek mümkün gözükmemektedir.

Mezheplerin Kur'ân'ın aslı olmadıkları herkesçe bilinen bir gerçektir. Mezhepler, dinin anlaşılmasını ve ameli hayata tatbikini sağlayan farklı oluşumlardır. Mezheplerden her birinin, dönemlerindeki problemleri çözmek için içtihadî bir faaliyet olduğu da bilinmektedir. Mezheplerin, kendi dönemlerinin şartlarını yansıttıkları, dönemin problemlerinin çözümünde hizmet ettikleri, naslar temel alınarak kendi dönemlerindeki fiili yaşamayı yaptıkları görülmektedir. Ancak toplumsal ve

iktisadi yapının değişmesiyle ve yeni problemlerin ortaya çıkmasıyla birlikte, bu değişimin mazide kalan içtihatları da kapsamına alması zorunlu hale gelmiştir. Gerekli içtihadî değişimin sağlanamamasıyla birlikte sosyal düzeni sağlayacak olan bu araçların kendileri, sosyal hayatın önünde problem olmaya başlamışlardır. Bir zamanlar hakka hizmet edebilen araçların, içerdikleri evrensel ve zamanlar üstü ilkeler dışında kalan usullerinin ve hükümlerinin her zamanda hakka hizmet etmesi beklenemez. Evrensel ve zamanlar üstü olan dinin, zamansal yansımalarında elbette yine her çağa hitap eden evrensel ve zaman üstü değerleri de olacaktır. Ancak pratik hayatı tanzim eden hükümler, pratik hayatın değişmesiyle değişmek zorundadır. Aksi halde hakka ve hukuka hizmet etmesi mümkün olamaz. Nitekim bir örnek verecek olursak, artık her şeyin yazılı kanunlar karşısında yazılı ve belgeli olması halinde geçerlilik arz ettiği günümüzde, İslâm fıkıh birikiminin tarihî hükümlerini kutsamak adına, hâlâ sözlü akitlerin geçerliliğini savunmak ve bunları işletmeye çalışmak haktan çok haksızlığa hizmet etmektir. Çünkü mükellef ve şartları değişmiştir. Bugün sosyal hayatta başkasının haklarına taalluk eden meselelerde artık insanların vicdan ve sözlerine itibar etmek neredeyse mümkün değildir. Bütün dünya da artık hukuk, vicdanlardan daha çok somut olan yazılı belgelerle garanti altına alınmaktadır. Bu durum insanlarda ki genel ahlakın ve vicdanın bozulmaya uğramasından çok, insanların kalabalıklaşmasıyla, hayat şartlarının insanları zorda bırakması sebebiyle kendilerinin dahi hoş karşılamayacakları şeyleri zorunlu olarak yapacak hale gelmesiyle alakalıdır. Bu çözümü olmayan bir durum değildir. Eğer fıkıh birikimimizi kutsamaz ve bu durumu göz önünde bulundurarak sözlü akitleri, yazılı akitlerle tescil altına almak şeklinde bir değişim formuna gidersek dinin hukuki hükümlerinin pratik hayata aktarılmasını sağlamış oluruz. Buradan hiç kuşkusuz vicdanların devre dışı bırakılması anlamı da çıkarılmamalıdır. Bugün zaten her şey yazılı olarak tescil ediliyor şeklinde bir itiraz gelebilir ancak bizim ifade etmek istediğimiz, bu değişikliğin fıkıh kurallarına yansıtılmasıdır. Örneğin; burada anlatmak istediğimiz, dinî nikâhın kaldırılıp, resmi nikâhın hakka ne kadar hizmet ettiği insanların algısına ve fikhimize sunulmasıdır. Keza sözlü hukukun ve bireysel hukuki yaptırımın hâkim olduğu dönemlerde, boşama kişinin iki dudağı arasındayken; yazılı hukuka ve kurumsallaşmaya geçişte, boşamanın ciddi bir şey olduğunun, boşama ile tarafların hukukunun korunması, kavramlara takılmaktan çok mahiyetin ve hakkın esas alınması gerektiğinin algısı fikhimizin adaletine de uygun düşeceği açıktır. Sorumluluk bilincinin vicdanlarda yozlaşmasından, vicdani yaptırımın çoğunlukla haksız uygulamalara sebebiyet vermesinden; kurumsal müesseseler ile hukuki yaptırımın sağlanmasına ihtiyaç duyulmuştur. Burada sözlü akitlerdeki hukuki düzenleme örneğiyle anlatmak istediğimiz, mezhepler döneminin kanunlarının bu şekilde olduğu ve amaçlarının ise kendi anlayışlarınca hakka hizmet olduğudur. Oysa günümüzde sosyal realite değişmiş ve hakka hizmet için yeni çözümlere ihtiyaç duyulmuştur. Bu çözümlere ulaşabilmek için ise öncelikli olarak ilahî esasları temel alarak hukuk usul ve fûrûnunun tecdidine yönelik yapılacak çalışmalar hâsıl olmuştur. Sonuç olarak unutulmamalıdır ki içtihad, hayat var oldukça devam etmesi gereken bir faaliyettir. Tarihte yaşamak yerine, tarihteki bu tecrübeden ders alarak yeni problemlere yeni çözümler üretmek insanların huzur ve mutluluğu için gerekli, hatta zorunludur.

11.1.2. Norm Oluşturmaya Geçiş (Kanunnameler)

Amelî sahadaki düşünce ekolleri diyebileceğimiz mezheplerin oluşumuna kadar geçen zamanda, içtihad hareketleri serbest akıl yürütme şeklinde olup, zamanla küçük taklit hareketleriyle başladığı, daha sonra da mezhep ekollerinin olduğu görülmektedir. İctihadın hızlı ve rahat işleyen bir mekanizma olduğu dönemde, kazâî teamüllerin oluşmasında insanların gelenek ve kültür birikimlerinin etkisi olduğu bilinen bir gerçektir. Bununla birlikte İslâm coğrafyasının genişlemesi ve farklı kültür yapısına sahip toplumların İslâm'a katılımlarıyla birlikte hukuki alanda, aynı bölgede, aynı mesele üzerinde birçok farklı ve çelişik hükümlerin ortaya çıkması hukukî ihtilafları sebep olmuştur.¹ İslâm coğrafyasındaki bu hukukî ihtilafların ve bunlardan doğan içtihatların önüne geçilmesi adına bir takım girişimler olmuştur. Mesela Abbasi Halifesi Ebu Cafer el-Mansur

¹ Dönmez, İbrahim Kâfi, *Fıkıh Usulü İncelemeleri*, İstanbul, 2014, s. 159-160. Bu eserin okunması önerilir.

zamanında İbni Mukaffa'nın, halifeye sunduğu raporda, ülkede aynı bölgelerde çelişen hükümlere bağlı yaşanan huzursuzluklardan bahsederek; aynı meselede verilen farklı hükümlerin delilleriyle toplanıp kitap haline getirilerek kendisine sunulmasını ve nihayetinde kendisinin bu farklı içtihatları içerisinde toplayan tek bir kitap icra etmesini tavsiye etmiştir. Aslında bu ortaya çıkan ihtilaflara çözüm arama ve kanunlaştırma tavsiye olsa da halife daha pratik bir çözüm yolu olarak, İmam Mâlik'e, Muvatta isimli eserini kanunlaştırmayı önermiştir. Ancak İmam Mâlik, farklı bölgelere ulaşan farklı rivayetlerin olabileceği gerekçesiyle, bu kanunlaştırma teklifini kabul etmemiş ve farklılıkların engellenmemesini tavsiye etmiştir.¹ Görüldüğü gibi hemen her devirde hukuk birliği açısından bir kanunlaştırmanın zımnî de olsa kendisine ihtiyaç duyulmaktadır. Burada şunu belirtmek gerekir ki; İslâm düşünce tarihine bakıldığında ilk dönemlerden itibaren -sahabe nesli ile birlikte- naslara yaklaşım esas itibarıyla coğrafi olarak; *Irakiyyun*, *Hicaziyyun* ve metodik olarak; *ehl-i rey*, *ehl-i hadis* şeklinde bilinen farklı iki ana ekol oluşmuştur. Bu ekoller bireysel dînî yaşantıda ve hukuki alanda belli oranda istikrarı sağlasalar da kanun düzeyinde değillerdi.

Yukarıda ifade ettiğimiz gibi İmam Mâlik'in kanunlaştırma tavsiyesini geri çevirmesi hukukî farklılıkları engellemediği gibi artmasına da vesile olmuştur. Bu dönemde bazı fakihler etrafında oluşan ilim halkalarının genişlemesi, mezhep ekollerinin oluşmasına ve mezhep mensuplarının artmasıyla fikhî eğilimlerin iyice belirginleşmesine sebep olmuştur. Sonuç olarak kanun işlevi icra etmeye başlayan mezhepler belirli içtihatlara bağlayıcılık vasfı yüklemiştir.

Yukarıda anlatılanların tamamından da anlaşılacağı üzere, aslında bir içtihadı veya içtihatlar bütününe bağlayıcılık atfetmek için temelde her hangi bir sebep veya ilke bulunmamakla beraber, bu durum toplumsal gelişme ve farklılıkların getirdiği, düzene ve tutarlılığa duyulan ihtiyacın zorunlu bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Toplum bazında mezhebe bağlanmanın yanı sıra bireyler açısından, sadece bireyi ilgilendiren ve sonuçları yalnız uhrevî olan meselelerde, bir içtihadı veya mezhebe bağlanması ihtiyacının kaynağına baktığımız da aynı tabloyu görüyoruz.

Herhangi bir sebep veya ilkedan dolayı bir mezhebe bağlanmak gerekli olmamakla birlikte, içtihat edebilen, içtihat bilgi ve becerisine sahip her müslüman kendi içtihadı doğrultusunda dînî hayatını tazmin edebilir. Ancak içtihat bilgi ve becerisine sahip olmayanlar için içtihat konusunda âlimlerin görüşlerine uymak kendiliğinden gelişen bir ihtiyaçtır. İşte burada içtihat ehliyetine sahip olmayan Müslümanların yapılan içtihatlar içerisinde hangisini tercih edeceği hususunda mezheplerin rolü devreye girmektedir. Mezheplerin bu husustaki rolü, insanlara tercih edecekleri içtihadın seçiminde kolaylık sağladığı ve tıpkı hukuk alanındaki kargaşanın önüne geçtiği gibi kişinin dînî (bireyin ibadeti gibi) hayatında da kendisine tutarlılık sağlaması olarak özetlenebilir. Yani mezhepler, yeterli bilgi ve beceriye sahip olamayan kişilerin ölçü ve metot olmadan yapacağı tercihlerin, dînî hayatında oluşturacağı tutarsızlıkların insana vereceği huzursuzluğu aşmak adına tutarlı bir dînî hayat tarzı yaşama fırsatı sağlamaktadır.²

Toplumdaki hukukî çelişkileri ve pratik zorlukları ortadan kaldırmak ve belki de zamanın getirdiği şartlara ve düzene uygun bir hukuk anlayışı oluşturmak için Osmanlı Devleti zamanında, özellikle Fatih Sultan Mehmet ile birlikte hükümdarın insiyatifiyle yapılan içtihadî bir faaliyet olan kanunnamelerin düzenlenmesini de önemli bir adım olarak görmek gerekir. Çıkarılan kanunnamelerde her ne kadar "İslâm hukuku ana kaynak olarak kabul edilmiştir", iddiası bulunsa da klasik fıkıhla uyuşmayan kanunnamelere de şahit bulunmaktadır. Örnek vermek gerekirse; Fatih Sultan Mehmet'in *Kanun-i Sultânî* adlı kanunnamesinin ilk maddesinde evli olduğu halde zina suçunu işleyenlere karşı maddi gücüne göre bir para cezası belirlenmiştir. Bilindiği gibi İslâm hukukunda evli olduğu halde zina edenlere karşı maddi bir müeyyide bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu maddeyi zamanın problemlerine karşı üretilen yeni bir içtihadî çözüm olarak değerlendirebiliriz.³ Bu durumun sebebi klasik fıkıhın aksine Osmanlı'da din ve şariat ayrımının gözetilmesi olabilir.

¹ Dönmez, s. 161.

² Dönmez, s. 162-163.

³ Acar, İsmail, *Osmanlı Kanunnameleri ve İslâm Ceza Hukuku /1*, D.E.U. İlahiyat Fakültesi Dergisi, Sayı XIII/XIV, 2001, s. 62-63.

Bütünüyle bu başlığı özetleyecek olursak; muayyen bir içtihat *ekolüne/ mezhebe* bağlanma ihtiyacı, toplum ve fert bazında, çelişkilerin, tutarsızlıkların ve pratik zorlukların önüne geçilmesi ihtiyacından doğduğu anlaşılmaktadır. Zamanla toplumlarda vaki olan kargaşaları önlemek, hukuk birliğini sağlamak ve söz konusu birliği korumak için normsal faaliyetlerin (kanunların) önemi fark edilmeye ve toplumlar tarafından kabul görmeye başlamıştır.

11.1.2.1. Mecelle-i Ahkâmı Adliyye (1868-1876)

İslâm toplumlarında mezhepler ve onların görüşlerini içeren fıkıh kitapları ilk dönemlerden itibaren kaynak olarak kullanılmıştır. Bu kitaplar, belli bir kanun sistematığında değil de daha çok dönemin sorunlarına çözüm üretirken oluşturulmuş eserlerdir. İlk dönemlerin kanunlaştırma hareketleri mahiyetindedir. Osmanlı Devleti'nde de kadıların hüküm verirken bağlı kalacakları belli bir kanun kitabı yoktu. Devletin başlangıcından son zamanlarına kadar hukuki yapı "*kanunnameler, fermanlar, fetvalar ve fıkıh kitapları*" aracılığıyla tesis edilmiştir. Bir hâkim, Hanefî mezhebinin fıkıh kitapları ve kendi içtihatlarıyla davalara bakıyordu. Osmanlıda bir dönem *Mevkûfât ve Kudurî* gibi kitaplar hâkimlerin davalara bakarken dayandığı ana kaynakları olmuştur. Osmanlı Devleti'nin hâkimiyeti dışında ise *Feteval-Hindiyye* diye bilinen fıkıh ve fetva kitapları, kanunlaştırma hareketi denemesi olarak karşımıza çıkmaktadır. Zamanın ihtiyaçlarına cevaben yazılan bu fıkıh kitapları, sosyal ve iktisadi hayattaki değişiklikler sebebiyle hukukî anlamda halkın ve hâkimlerin taleplerine cevap veremeyince yeni yasal düzenlemelere gidilmesi kaçınılmaz olmuştur. Osmanlı Devleti'ndeki kanunnameleri ve siyasi birtakım sebepleri olsa bile Tanzimat ile birlikte ortaya çıkan yeni kanun arayışlarını bu kapsamda değerlendirebiliriz.

Modern dünyada kanunlaştırma hareketlerinin başlamasıyla birlikte, Osmanlı Devleti'nde de kanunlaştırmaya ihtiyaç duyulmuş hatta bir an önce bu harekete dâhil olma isteği uyanmıştır. Bu süreçte kimi yurt dışındaki kanunları hazır olarak almayı önerirken; kimi de kendi kültürümüze uygun kanunlaştırma hareketini desteklemiştir. Ancak tüm bu tartışmalar içerisinde, kendi kültürümüze uygun bir kanunların oluşturulması ve bunun da Osmanlı Devleti'ndeki bilim uzmanları tarafından icra edilmesi teklifi kabul edilmiştir. Bu elbette gurur verici bir durumdur. Şüphesiz bu kanunlaştırma hareketinin en önemli ayaklarından birisi de Mecelle'dir.

Tanzimat dönemiyle birlikte klasik adli yapı önemli ölçüde değişmiş, tek hâkimli şeri mahkemelerden çift ve çok hâkimli mahkemelere izin verilmişti. Kadılar yeterli hukuk bilgisinin yanı sıra, klasik fıkıh bilgisine vakıf olma noktasında da yeterli donanıma sahip olmadıkları için Türkçe bir kanun metnine ihtiyaç duyulmuştur. Keza Hanefî mezhebi çok gelişmiş olduğundan, mezhep içinde bile hemen her konuda pek çok farklı içtihatların varlığı bu görüşler içinde en doğru ve uygulanabilir olanı tespit hususunda zorlanmaya sebep oluyordu. Bunun için kadılar; müftüler ve şeyhül-İslâmların bilgisine ihtiyaç duyuyorlardı. Fakat yine de sahih görüşün bulunmasında ve hukuk birliğinin sağlanmasında zorlanılıyordu. Öte yandan Osmanlı Devleti, ayrı dinlere mensup vatandaşlarını da (aile hukuku hariç) İslâm Hukukuna tabi tutuyordu. Dış devletlerin, azınlık haklarını bahane ederek baskı yapması neticesinde ortak bir hukuk metninin hukuki istikrarı sağlayabileceği düşüncesi hâkim olmuştu. Bir taraftan dış baskı, bir taraftan da yabancı kanunların alınması düşünceleri karşısında onur mücadelesi mahiyetinde yerli hukukun oluşturulması düşünülmüş ve bunda da başarılı olunmuştur.

Bu bağlamda Mecelle, borçlar hukuku mahiyetinde düzenlenmiş bir kanunlaştırma olmakla birlikte şirketler hukukunu da ihtiva etmektedir. Endülüs Emevi Devleti'nde katı bir Mâlikî mezhebinin kanuni uygulaması esas alınmışken; Mecelle'de katı bir Hanefî mezhebi uygulaması esas alınmıştır. Sadece Hanefî mezhebinin görüşleri esas alınması sebebiyle daha sonra pek çok konuda tadilata uğramıştır. Sonuçta her bir mezhebin teşekkülü belli sosyal şartlar altında gerçekleştiğinden, farklı bölge ve zamanlarda değişen örf ve adetlere uyum problemi ortaya çıkmıştır. Keza mezheplerin birden fazla görüş ihtiva etmesi, mezhep içinde bile farklı içtihatlarla hüküm verilmesi, herkesi bağlayacak tek maddi hukuk normunu gerektirmiştir. Mecelle, İslâm dünyasında borçlar hukuku alanında ciddi bir taban bulmuştur. Ancak toplumsal yapıların ve iktisadi durumların değişmesi neticesinde Mecelle'de de yeni tadilatlar yapılma gereği hissedilmiştir. Bu tadilatlarla diğer

mezheplerin görüşlerini ihtiva edecek şekilde kısmi düzenlemelerin yapıldığına şahit olmakla birlikte zaman içerisinde bunun da yeterli gelmediğini söyleyebiliriz. Mecellede kişiler hukuku, Aile hukuku ve Miras hukuku bulunmamaktadır. Mecelle nizamiye mahkemelerinin ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla hazırlanmıştır. Aile ve miras hukuku şer 'iye mahkemelerinin görev ve yetki alanına dâhildi. Şer 'iye mahkemeleri, şeyhülİslâma, nizamiye mahkemeleri ise adliye nezaretine bağlıydı.

11.1.2.2. Hukuk-i Aile Kararnamesi (1917)

Aile hukuk kararnamesi, 1917 yılında Osmanlı toplumunda birlikte yaşayan genelde Yahudi ve Hristiyan özelde Müslümanların aile hukukunu düzenlemek için yazılmıştır. Müslümanların kendi ailevi yasal düzenlemesi yanında Yahudi ve Hristiyanların evlenme boşanma esaslarını dikkate alarak¹ yapılmış olup 157 maddeden oluşmuştur. Aile hukuk kararnamesinde, hemen her mezhebin uygun gördüğü hüküm ve içtihatlar yer verilmek suretiyle İslâm hukukuna canlı bir yürürlük sağlanması hedeflenmiştir. Ancak bir mezhebe bağlılığı uzun yıllar din gibi kabul eden o zamanki toplumun bu hususta bilinçsiz tutum ve davranışları, farklı mezheplere yer verilmesi iyi anlaşılammış tepkilere sebep olmuştur. Bu kanunname meclisten çıkarılmaya bile cesaret edilememiş, KHK olarak bakanlar kurulu kararı ile yürürlüğe girmiştir. Bu şekilde yürürlüğe girse de halkın herhangi bir mezhebi din olarak kabul etmesi sebebiyle kararnamede farklı mezheplerin görüş ve içtihatlarının bulunması, dini tahrip olarak görülmüş ve kararname halk nazarında karşılık bulamamıştır. Bu sebeple Aile Hukuk Kararnamesi Osmanlı'da kısa süre yürürlükte kalmıştır.

Aile hukuk kararnamesinin hazırlanmasında kabul edilen ilkeler konumuz açısından hayli öneme sahiptir. Kararname'de, mecellenin tadil edilen maddeleri de dikkate alınmıştır. Tek bir mezhebe bağlı kalmayıp farklı mezheplerin içtihatlarından istifade etme yöntemi benimsenmiştir, örneğin; 7. maddesinde, *“12 yaşını itmam etmemiş olan sağır ile 9 yaşını itmam etmemiş olan sağıre hiç kimse tarafından tezvic edilemez”* hükmünü koymuştur. Bu hüküm, klasik fıkihta evlenmede genel anlamda yaş şartı bulunmamasından dolayı İslâm hukukunda ve o zamanki toplum için ciddi yenilik sayılabilir. Bu yönüyle Mecelle'yi aşmış olan Aile Hukuk Kararnamesi, mezhep taassubu ile hareket etmemiş, zamanın ihtiyaçlarını karşılayabilecek ve halkın yararına olabilecek hangi içtihat varsa o içtihat yasa hâline dönüştürülmüştür. Kanun Hükmünde Kararname ile mezhepler üstü bir yasal düzenlemeye gidilmiştir. Mezhepler âdeta bir rahmet olarak görülmüş, mezhepçilik yapılmamıştır.

Aile hukuk kararnamesi, adından da anlaşıldığı gibi bir aile hukuku düzenlemesidir. Burada Yahudi ve Hristiyanların da kendi hukukları evlenme ve boşanma esasları gözetilmiş olup her inanç grubunun inandığı şekilde iç hukuklarını tanzim eden bir anlayış benimsenmiştir. Aile hukuku alanında yapılan ilk yasal düzenleme olması dikkat çekicidir. HAK bazı yenilikler getirmiştir: Bu kararname ile nişanlanma hukuki bir kurum olarak benimsenmiştir. Yukarıda ki örnekte de belirttiğimiz gibi, evlilikte tarafların, evlilik yaşları net olarak tespit edilmiştir. Mezheplere göre farklılık arz eden akıl hastalarına evlenme ehliyeti tanınmamıştır. Gizli evliliklerin önüne geçilmesi için evlilikte ilan zorunlu hale getirilmiştir. Keza tek evlilik konusunda Hanbeli görüşü esas alınmış, çok evlilik hâkimin iznine bağlanmıştır. İkrâh altında ve sarhoşun talakının geçersiz olduğu görüşü benimsenerek Hanefî uygulamasından vaz geçilmiştir. Nikâh ve boşanmada, tescil, ilan konusunda devletin kontrolü genişletilmiş, kocanın Hanefilerde tek boşama sebebi olan iktidarsızlığı dışında, gaiplik ve şiddetli geçimsizlik gibi sebeplerle kadına kazaî boşama talep hakkı vermiştir. Aile Hukuk Kararnamesindeki yasa tekniği, mezhep taassubunun üst düzeyde olduğu bir toplumda böyle ciddi bir düzenlemenin yapılması dikkate değerdir. İnsana ve onun inancına hizmet etmek mantığının hâkim olduğu aile kararnamesi kör taklit ve taassubun kurbanı olmuştur. Kısa süre İslâm dünyasında hüküm sürmüş ve sonuçta yürürlükten kaldırılmıştır. Nitekim Osmanlı devletinde çok kısa bir süre yürürlükte kalmış olmasına rağmen Osmanlı mirasında kurulan Suriye, Lübnan, Ürdün ve Filistin gibi birçok ülkede çok daha fazla zaman yürürlükte kalmış ve mahiyeti itibarıyla bu ülkelerin daha

¹ Yazıcı, İsmail, Osmanlı Hukuk-ı Aile Kararnamesi ve Sadrettin Efendinin Eleştirileri, Ekev Akademi Dergisi, sayı 62, 2015, 568.

sonra yapacakları kanunlaştırma hareketlerine örneklik teşkil etmiştir. Hatta kararnâmenin çeşitli yönlerden etkisi günümüze kadar devam etmiştir.¹

12. BİLGİNLERİN SOSYAL HUKUK ALANINDA İSLÂM HUKUKUNA YÜRÜRLÜK SAĞLADIĞI METOTLARI

12.1. Tarihsellik ve Evrensellik Yorumuyla Yürürlüğün Sağlanması

Tarihsellik; yeni bir kavram olup ilk defa Alman filozof Hegel tarafından ortaya atıldığı iddia edilmektedir. Bu kavram, kilisenin tekelinde tuttuğu yorum yetkisinin, Rönesans ve Reform hareketleri sonucunda kırılması, Kitâb-ı Mukaddes'in yeniden yorumlanması anlamında kullanılmıştır.² Kutsal metinleri sadece din adamlarının yorumlama ve belirleme yetkisine sahip oldukları dogmasına karşı bir itiraz ve reform olarak ortaya çıktığı görülmektedir. Tarihsellik düşüncesi ortaya atılmadan önce de bilginler, geçmişin verilerini her zaman yorumlamış, anlamaya çalışmış ve kendi zamanlarına uyarlamışlardır. Batı kökenli bir kavram olan bu yorum tekniği, gerek Batıda gerek İslâm dünyasında güçlü bir dirençle karşılaşmıştır. Tarihsellik, kutsal metinlerin içinde bulunan asra göre yeniden yorumlanması gerektiğini savunan bir anlama faaliyetidir. Toplumun geri kalmışlığının bunu yapmaktan kaynaklandığı dile getirilmiştir. Daha sonra İslâm dünyasının geri kalmışlığının nedeninin de tarihsellik yönteminin anlaşılmamış olmasından kaynaklandığı iddia edilmiştir. Sonuçta İslâm dünyasında da tarihsellik ve evrensellik tartışmaları başlamıştır.³

Tarihselci yaklaşım, nasları anlama ve uygulamada iki aşamalı metot önermiştir: Birincisi; içinde bulunduğumuz zamandan Kur'an'ın indirildiği zamana gidip o zamanın konu ile ilgili mevcut toplumsal şartlarını göz önünde tutarak Kur'an'ın somut olayları işleyişinden, bir bütün olarak Kur'an'ın hedeflediği genel ilkelere doğru hareket etmektir. İkincisi, o zaman diliminden yorumcunun bulunduğu zamana geri dönüp birinci aşamadaki genellemelerden günümüzde geçerli olan, konu ile ilgili mevcut toplum şartlarını göz önünde tutarak uygulanmak istenen özel yasamaya doğru hareket etmektir.⁴

Bu yaklaşıma göre Kur'an metni, vahyin, Hz. Peygamber döneminde kendini ifade ediş biçimidir. Yani vahyin, indirilirken, Hz. Peygamber döneminde gelişen olaylar çerçevesinde aldığı şekildedir. O dönemde karşılaşılan meseleleri Allah'ın ve Peygamber'inin ifadelendirmeleri, örneklemeleri ve uygulamalarıdır. Her ne kadar bu ifadeler örnekler ve uygulamalar ilahî de olsa ebediyen geçerli tek formu olamazlar.⁵ Kur'an lafzının Hz. Peygamber'in içinde yaşadığı toplumun dilinden gelmiş olması sebebiyle vahyin inişinde, kültürel ve tarihsel durumun belirleyici rolü vardır.⁶ Kur'an'ın cüz'î ahkâmı, gelecekteki özel problemleri dikkate alarak çözüm sunma amacıyla değildir. Aksine indiği toplumun fiili durumunu göz önünde bulundurarak, nüzul sürecinde vahyin muhatabı olan Hz. Peygamber ile o zaman ve coğrafyadaki toplumun ihtiyaçlarını temele almıştır.⁷ Kur'an'ın belli bir

¹ Yazıcı, s. 568.

² Erturhan, Sabri, İslâm Ceza Hukuku Etrafındaki Tartışmalar, Rağbet Yayınları, İstanbul 2008, s. 27-28; Demir, Recep, Kur'an Tefsirinde Tarihselci Yöntem, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya 2004, s. 14; Öztürk, Hamdullah Bayram, Kur'an-ı Kerim Açısından Tarihselci Yaklaşım, Sakarya Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Sakarya 2003, s. 12-15; Demir, Kur'an Tefsirinde Tarihselci Yöntem, s. 15; Erturhan, s. 27; Özcan, Zeki, Teleolojik Hermenötik, Alfa Yayınları, İstanbul 2000, s. 182.

³ Kur'an'ın evrenselliği demek muhataplarının bütün insanlık olduğu, içerdiği hükümlerin de bütün zamanlarda geçerli olduğu anlamına gelmektedir. Kur'an'ın evrenselliğinden anlaşılan genel görüş bu istikamettir. Kur'an'ın evrenselliğinin hukuki dayanağı, naslardaki "bütün âlemlere", "bütün insanlara", "sizin hepimize" gibi ayetlerdir. Kur'an'da hemen her alanda temel ilkeler bulunmaktadır. Kur'an Allah'ın arzuladığı ideal toplum düzeni kurmak için özellikle ilke ve prensipler belirlemiştir. Bu değerler, nüzul döneminin muhataplarını esas almış olsa da, zamanlar üstü ve evrenselidir. Bu ilkeleri dört başlık altında ele alabiliriz: Kur'an, "dürüst olmak, sözünde durmak, yalan konuşmamak, emanete riayet etmek, önyargılı davranmamak, gıybet etmemek, sorumlu olmak, alay etmemek, hoşgörülü olmak gibi" pek çok ahlaki genel ilkeler getirmiştir. Keza Kur'an "adalet, eşitlik, özel hayatın gizliliği, din ve vicdan hürriyeti, düşünce özgürlüğü, mülkiyet hakkı, barış, esirlere iyi davranma, anlaşmalara sadık kalma, suç ve ceza arasındaki denge, terörün bir insanlık suçu olduğu gibi" hukukî genel ilkeler de getirmiştir. Öte yandan Kur'an, "vergi vermek, sosyal refahı yaygınlaştırmak, tüketiciyi korumak, emeğe saygıyı, servetin üretime transferi, yöneticilere itaati, istisnada bulunma, hukuka riayet ve ötekileştirme gibi" iktisadî ve idarî ilkeleri getirmiştir. Keza Kur'an, "toplumsal hayatın çekirdeği aileyi koruma, temiz toplum oluşturma, çevreye saygı, bilginin değeri, sevgi toplumu oluşturma, vatan sevgisi, bilimsel minazara gibi" sosyal alanda genel ilkeler getirmiştir. Bu ilkeler, insanlığın evrensel ilkeleri olup Kur'an'ın bu ilkeleri insanlığın anayasası mahiyetinde evrensel ilkelerdir.

⁴Fazlurrahman, s. 31; Erturhan, s. 42-43.

⁵ Çiftçi, Adil, Fazlurrahman ile İslâm'ı Yeniden Düşünmek, Ankara 2000, s. 83-84.

⁶ Çiftçi, s. 72-74.

⁷ Öztürk, Mustafa, "Kur'an'ın Tarihsel Bir Hitap Oluşu Keyfiyeti", İslâmî İlimler Dergisi, Çorum Çağrı Eğitim Vakfı, Yıl 1, S. 2, Ankara 2006, s. 72-77; Erturhan, s. 35.

ortamda, belli bir zaman ve mekânda Allah'ın tarihe müdahalesi olarak indirildiğini kabul ederler. Allah'ın Kur'an'daki sözlerinin Kur'an'ın ilk muhataplarına yani Kur'an'ın inişine şahitlik eden topluma son sözleri olduğunu bu bağlamda ilahi hitabın literal anlamda evrenselliğinden söz etmenin mümkün olmayacağını iddia ederler. Kur'an'ın evrenselliği, literal formun arkasındaki sebeplerden kaynaklanmaktadır. Burada anlatılmak istenen evrensellik, Kur'an'ın genel mesajlarının evrenselliğidir. Onun düşünce ve inanç yapısında tezahür eden evrenselliştir. Yoksa lafızlarını esas alıp onların hükümlerini sâbit kabul ederek bütün zamanlarda geçerli görmek manasında değildir.¹ Kur'an nassı ile mevcut durum arasında bir farklılık olursa, şartları Kur'an'a döndürmek gerektiği düşüncesinin Müslümanları hayatla din arasına sıkıştıran bir durum arz edeceğini söylerler. Bu durumun içtihadî etkinliği devre dışı bırakacağını ve fakihlerin naslarla ilgili yapmış olduğu yorum ve değerlendirmeleri âdeta kutsallaştırmalarına sebep olacağını dile getirirler. Doğru olanın Kur'an'ın literal anlamına değil, onun içerdiği öze itibar etmek olduğunu savunurlar.

Tarihsel anlayışın sünnet yaklaşımı Kur'an'a yaklaşımı gibidir. İnsanlar içinden seçilen, insanlar gibi bir insan olan peygamberin, içinde² bulunduğu toplumun yaşam tarzından etkilenmediğini, aynı âdet ve geleneği yaşamadığını iddia etmek gerçeklikten oldukça uzak düşer. Hz. Muhammed, dünyanın belirli bir bölgesinde ve tarihin sınırlı bir döneminde yaşamıştır. Peygamberlik süresi içinde de genellikle Mekke ve Medine'de bulunmuştur. Getirdiği dinin pratiğe geçişi de oralarda yaşayan insanlarla birlikte gerçekleşmiştir. Bu nedenle O, dinin tebliğinde içinde yaşadığı fiziki çevre, toplum ve kültürlerden kopmamış; yeme, içme, giyim ve çeşitli davranışlarında yaşadığı bölgenin şartları içinde hareket etmiştir. Konuşmalarında ilk önce muhataplarının durumlarını gözetmiş, her birinin akıl ve bilgi seviyelerine göre davranmıştır.³ Yine Hz. Peygamber'in sünnet olarak değerlendirdiğimiz hayatı ile ilgili Fazlurrahman şöyle demektedir: "Karşılaşılan sorunlar çok defa hususi bir özellik arz etmekteydi ve sadece muhatabın kendi durumu göz önünde bulundurularak çözüme kavuşturulmuştu. Bu bakımdan bu çözümler, Hz. Peygamber'in vaz' etmiş olduğu kuralsal örnekler ve bir nevi öncüller olarak kabul edilebilir, ama aynen ve harfiyen kabul edilemezler."⁴

İslâm Hukuku alanında da tarihselci ilim adamları, sosyal açıdan da huzur ve saâdet vâdeden bir İslâm Hukuku ve İslâmî kurumların tesis edilebilmesi için yukarıda ifade edilen iki aşamalı metodun uygulanmasının gerekli olduğunu ileri sürerler.⁵ İslâm hukukunda da tarihsel yaklaşımın, Kur'an ve sünnet hakkındaki yaklaşımı farklı değildir. Kısaca bahsedecek olursak bu konuda Fazlurrahman'ın şu ifadelerine yer verebiliriz: "Kur'an'daki yasama ruhunun; hürriyet ve sorumluluk gibi esaslı beşeri değerlerin, her zaman yeni bir yasama biçimine bürünmesi şeklinde açık bir yön çizdiği halde, Kur'an'daki fiilî yasama o anda mevcut olan toplumu, başvurulacak bir örnek olarak kısmen kabul etmek zorunda kalmıştır." Bu açıkça demektir ki; Kur'an'da ki fiilî yasamanın, bizzat Kur'an tarafından lafzî anlamda ebedî olduğu kastedilmiş olamaz.⁶ Bununla birlikte İslâm hukukçuları çok geçmeden meseleyi karıştırmaya başlamışlar ve Kur'an'ın tamamıyla hukukî olan emirlerinin; şartları, yapısı ve iç hayatiyeti ne olursa olsun, her dönemde uygulanacağını varsaymışlardır. Zamanla hukukçular kendilerini ve toplumu Kur'an'ın metnine sıkı sıkıya bağlamışlar ve böylece İslâm hukuku muhtevası, lafza bağlı kalmanın donuklaşması altında ezilip gitmiştir.⁷ Anladığımız kadarıyla tarihselcilik, İslâm hukukuna da yürürlük sağlamak için geliştirilen bir yorum tekniğidir. Her çağın yasal düzenlemesi, şartlara ve zamana göre farklı olacağından hareketle; her zaman diliminin hukukunun farklılığına işaret etmişlerdir. Nasların lafızları veya özel düzenlemeleri tarihsel olabileceği, esbabı nüzulün bir yasal düzenleme olduğu, bu lafız veya özel yasal düzenlemelere takılı kalmayıp onların altında yatan ilkeye ve gayeye (mekâsıda) yönelinmesi noktasında farklı kavramlarla aynı gayeye yönelmiş oldukları anlaşılmaktadır. Tarihselcilerin dini kaynakları

¹ Taf. Bkz. Kotan, Şevket, Kur'an ve Tarihselcilik, İstanbul 2001, s. 16

² Kehf, 18/110; Bakara, 2/151.

³ Görmez, Mehmet, Sünnet ve Hadisin Anlaşılması ve Yorumlanmasında Metodoloji Sorunu, Ankara 1997, s. 301-302.

⁴ Fazlurrahman, Tarih Boyunca İslâmî Metodoloji Sorunu, (çev. Salih Akdemir), Ankara 1995, s. 24; Erturhan, s. 36; Çiftçi, s. 31-32.

⁵ Fazlurrahman, s. 73-74; Erturhan, s. 42.

⁶ Fazlurrahman, s. 88; Roger Garaudy, 20. Yüzyıl Biyografisi Garaudy'nin Felsefi Vasiyetleri, (çev. Ahmet Zeki Ünal), Ankara 1998, s. 315-326; Erturhan, s. 39-40.

⁷ Fazlurrahman, s. 88; Garaudy, 20. Yüzyıl Biyografisi, (çev. Ünal), s. 88; Erturhan, s. 39-40.

yorumlarken genel olarak *lafiz-mana, amaç-araç* ayrımını gözettileri söylenebilir. Lafızlarda ifade edilen mananın altında yatan ilkelerin; bir hükmün maksadına ulaştıran değişken araçların altındaki değişmez amaçlar olduğunu kabul ettikleri anlaşılmaktadır.

12.2. Örfün Değişmesiyle Hükümler Değişir İlkesiyle Yürürlüğün Sağlanması

Örf ve âdetler, toplumun teâmül hâline getirdiği gelenekler ile itiyat hâline getirdiği; söz yahut fiil olarak üzerinde yürüdüğü sosyal normlardır. Fakihlerce de örf ve âdet, aynı anlamda kullanılmıştır. Sosyal normlar, hukuk normunun temelini oluşturmada etkilidir; dikkate alınması gereken önemli bir unsurdur. İslâm'daki şer'i hükümlerin ekserisinin kaynağı, örf ve âdetler olmuştur. Öyle ki hırsızlık, zina ve zina iftira cezası olan celde, eşkıyalıktaki çapraz el ve ayak kesimi, mehir, ila, zihar, lian gibi pek çok İslâm öncesi Arap örf ve âdetini, İslâm'ın yasal düzenlemesi yaparak devam ettirmişlerdir. Sonuçta İslâm, İslâm öncesi toplumların genel kabullerini ve tecrübelerini ya ibkâ veya ilgâ ya da ıslah ederek devam ettirmiştir. İslâm, toplumların genel kabullerini ve tecrübelerini dikkate almıştır. Klasik fıkıh kitapları ve Osmanlı hukuku içerisinde yer alan ve geçmiş dönemlerde devletin müdahalesinden bağımsız olarak oluşan hukuka, "şer'î hukuk", padişahların emir ve fermanlarıyla oluşan hukuka da "örfi hukuk" adı verilmiştir. O halde örfî hukuk, bir kanun ve teâmüller hukukudur. Örfî-teâmül hukukun teşekkül tarzı, şer'î hukuktan farklıdır. Bu hukukun oluşum nedeni ise, içtihat kapısının kapandığı düşüncesinin yaygın olduğu dönemlerde, bu boşluğu doldurmak maksadıyla örf ve âdete dayanarak devlet adamlarının, sosyal siyaset alanındaki maslahat gerekçesiyle verdikleri emir ve iradelerine dayandırılmaktadır.

Kur'ân, örfü, asli hukuk kaynağı olarak benimsemiştir. Kur'ân'ın "Örf ile hükmet"¹ ayeti bu konuda temel anayasal ilke kabul edilir. Keza "Zamanın değişmesiyle, hükümler değişir."² "Örf ile tayin, nas ile tayin gibidir."³ "Örf ve âdet, hüküm koyucudur"⁴ ilkeleri bulunur. Bu genel ilkelerden hareketle, bazısı yasa koyarken toplumun ortak akıl olan örfü esas almış, bazısı da nasslardaki örf üzerine bina kılınan şer'î hükümlerde kalmıştır. Oysa ilk dönemlerden itibaren Ebu Yusuf 'bir nas, örf üzerine bina kılınmışsa; o örfün değişmesiyle nassın hükmü de değişir' ilkesini fiiliyata sokmuştur.⁵ Örfün, sosyal bir norm olduğu, hukukun da sosyal hayatın bir formu olduğu dikkate alınrsa, örf ile hukuk arasında derin bir ilişkinin bulunduğu görülür. Örfün bir sosyal norm niteliği taşıması itibariyle örflerden hukuk maddeleri belirlenebilir. Temel kaynakların hukukî düzenlemelerinde, sosyal realitenin ve insanların alışkanlıklarının göz ardı edilmediği, köklü değişikliklerde tedricilik metodunun uygulandığı, kendi ilkelerine ters düşmeyen örfî kurum ve kuralların ise korunduğu görülmektedir. Klasik İslâmî kaynaklara baktığımızda, sahabe ve fukahânın kararlarında örfün büyük etkisi vardır. Kur'ân, eldeki tarihi bilgilere göre İslâm'dan önce geçerli olan birçok sosyal örf ve âdeti devam ettirmekle kalmamış, faydalı olan yabancı âdetleri de benimseyerek uygulamıştır. Bizzat Peygamber (sav) vahyin mesajına ve ruhuna aykırı düşmeyen bazı İslâm öncesi âdetlerin geçerliliğini tanımış olduğundan, bu, onlara göre son derece tabii bir uygulamaydı. Kabul edilen örfî kurumsal geleneklerin en önemlilerinden bazıları, âkile, kâsame, mudârabe gibi müesseselerdir.

Mecelle 'deki, "Örfün üzerine bina edilen hükümler; örfün değişmesiyle hükümleri de değişir" ilkesi, İslâm hukukuna yürürlük sağlamak için önemli bir ilkedir. Zira Mecelle 'de "örf ile tayin, nass ile tayin gibidir"⁶ şeklindeki genel kaidelere bakıldığında, örf ve âdetin, nass gibi bir delil olduğu görülmektedir. Genel kaide olarak örfen konulan şartların sanki sözleşmeyle konulmuş gibi tarafları bağlayıcı olduğu kabul edilmiştir. Bazı müçtehitlere göre genel kaideyi özelleştirmek (tahsis)

¹ Âraf 7/199.

² Mecelle, Md, 39.

³ Mecelle, Md, 45.

⁴ Mecelle, Md, 36.

⁵ Ali Haydar, Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelle,ti'l-Ahkâm, (Arapça), Beyrut trs, s. 40; Bilmen, I. s.199; Atar Fahrettin, Fıkıh Usulu, MÜİFY, İstanbul 1988, s. 90; Ma'ruf kelimesi "*kamu vicdamında iyi olan şey olarak, içtimâi vicdan, sineyi millet ve bilim*" gibi anlamlara gelir Taf. bkz. Dere, s. 112; Şentürk Recep, İslâm Dünyasında Modernleşme ve Toplum Bilimi, İz Yayıncılık 1996, s. 322 vd; Duman Zeki, "*Ma'ruf*", İİGYA, III. s. 151.

⁶ Mecelle Md. 45.

için örf ve âdet yeterli görülmüştür.¹ İslâm hukukunda hakkında sarîh nass bulunmayan konularda, örf ve âdet, genel İslâmî esaslara aykırı olmadığı sürece, konu ile ilgili hükmün tespiti hususunda belirleyici ve bağlayıcı olmaktadır. Görüldüğü üzere, örf ve âdet, gerek yasama, gerekse yürütme (fetva) ve yargı açısından İslâm hukukunun verimli kaynaklarından birini teşkil etmektedir. İslâm hukukunun temel kaynakları ve fakihler tarafından örf ve âdetin bu şekilde değer verilmesi, İslâm hukukunun dinamizmini, onun her yerin ve zamanın ihtiyaçlarını karşılamaya elverişli zengin bir hukuk olduğunu gösterir. Neticede klasik metotların ve özellikle örf ve âdetin, nassla çelişmediği takdirde, sosyal hayatın bir dinamizmi olduğu genel olarak kabul gören bir durumdur. Bununla birlikte ileri dönem fıkıh usulü literatüründe örf ve âdet hukukun yardımcı bir kaynağı olarak ele alınmıştır. Fâkihlere göre bir toplumdaki örf ve âdetin geçerliliği için onun yaygın ve sürekli olması, nasların lafzına ve ruhuna yani İslâm hukukunun temel ilkelerine aykırı düşmemesi gerekir. Bu şartları taşıyan örf, sahih örf, taşımaya ise fâsit örf adı verilir. Örf ve teâmüller, belli kıstaslar dâhilinde İslâm hukukunun her zaman önemli yürürlük kaynaklarından biri olmuştur.

“Asl” daki değişimin “fer” de de değişikliği gerektirmesi kaçınılmazdır. Fakihlerin örf binaen verdikleri farklı hükümlerin, meselelerdeki ihtilafı, zaman ve devir ihtilafıdır, delil ve hüccet ihtilafı değildir. Örf göre hüküm kurmak, daha büyük zararların engellenmesi, âdaletin tesisi, insanların zorluktan kurtarılması gibi hükümlerdeki değişikliğin en önemli sebepleridir. Örf binaen hükümlerin değişmesi konusuna pek çok misal verilebilir. İslâm dini cahiliye örf ve adetlerini olduğu gibi reddetmemiş, insanlara faydalı olan ve akliselimin güzel gördüğü naslara ve İslâm’ın temel prensiplerine aykırı olmayan örf ve adetleri ya olduğu gibi kabul etmiş ya da eksik taraflarını tamamlayarak en güzel şekilde düzene koymuştur. İnsanlara maddi ve manevi hiçbir faydası olmayan örf ve adetleri ise yasaklamıştır. Şâri’nin bazı meseleleri örf bırakması, Peygamberin bizzat örfü mesnet yaparak bazı hükümler vermesi, örfün hukuken muteber bir kaynak olduğunu ortaya koymuştur. Örfün hukuki yönden bir değer kazanabilmesi için naslara muhalif olmaması, tasarruf anında mevcut olması, örfün aksini gerektiren bir fiilin bulunmaması gerektiği anlaşılmaktadır. Sahih örfün âmm lafzı tahsis edebileceği görüşü bulunmakla birlikte, özel hüküm örf bina edilmişse, örfün değişmesiyle hükmün değişebileceği pek çok bilgin tarafından dile getirilmiştir. Hemen her müçtehidin yaşadığı toplumun ihtiyaçlarına göre hüküm verdiği de bilinmektedir. Bilindiği gibi hükümler ya sarîh nasla ya da içtihatla sabit olmuştur. İçtihatla sabit olan hükümler konusunda müçtehitler kendi dönemlerinin örf ve âdetine göre hüküm vermişlerdir. O zamanki örf sonradan değişmişse fetva da değişmiştir. Örf ve âdet İslâm hukukunun yürürlüğü açısından önemli bir kaynak olduğu halde İslâm bilginleri bu kaynağa yeterince ilgi göstermemişlerdir. Oysaki İslâm dininin hukuki normlarının anlaşılması için bize en önemli dinamizm kaynağı olarak örfün yani Müslümanların ortak aklının olduğu görünmektedir.

12.3. Şeriat ve Din Ayrımı Yapılarak Yürürlüğün Sağlanması

Din, insanlığın var edilmesinden itibaren Şari’in tevhîd akîdesi üzerine kurduğu bütün insanları kapsayan vahye dayalı evrensel kanunlar manzûmesidir. Şeriat ise insanın toplum içerisinde huzurlu bir hayat sürebilmesi için yaşadığı dönemde oluşturulan ve her an değişime açık kanunlar bütünüdür. Bu bağlamda Kur’ân ve sünnetin ya da yapılan içtihatların din alanına mı yoksa şeriat alanına mı girdiğini tespit etmek gerekir. Kur’ân-ı Kerim’deki ayetlerin çoğu tevhîd akîdesini, Şâri’in sıfatlarını konu almakla birlikte; illet ve hikmetini kavrayamadığımız kendisi ile kul arasında cereyan eden taabbudi konulara da temas etmiştir. İşte bu konuları kapsayan ayetler dindir. Kur’ân da iktisadî ve sosyal düzenlemelerin temel ilkelerini veren ayetlerin sayısı azdır. Bu ayetler ise toplumda yürürlüğü devam eden ilkelerin düzenlenmiş hali ya da aynen devam ettirilmiş halidir. Bu alan değişime açık alandır. Zira mecelledeki ‘Ezmanın tegayyürü ile ahkâmın tegayyürü inkâr olunamaz’, ‘örf ile tayin nass ile tayin gibidir’ gibi temel ilkeler de bunun göstergesidir. Örneğin Hz Ömer döneminde

¹ Taf. bilgi için Koca, Ferhat, “İslam Hukuk Usulünde Daraltıcı Yorum Metodu Olarak Tahsis”, İslami Araştırmalar Dergisi, C.16, sayı.3, Konya 2003, s. 430-443. Bu makalenin okunması önerilir.

zekât tanziminde Şar'î'nin vahiyle bildirmiş olduğu müellife-i kulûba artık zekâtta pay verilmemesi, hükmün illetinin değişmesi iledir. Bu da şeriatla dair hükümlerin değişebilirliğine bir delildir. Sünnetin dine bakış açısını değerlendirdiğimizde, onun Kur'ân'ın evrensel ilkelerini açıkladığını ve yalnızca desteklediğini görmekteyiz. Sünnetin bu alanla ilgili hükümleri az olmakla birlikte değişim alanına kapalı ve dinin evrensel ilkeleridir.

Sünnetin çoğunluğu ise sosyal ve iktisadi konuları içermekle birlikte değişime açık alandır. Zira sünnetin bu kısmı dönemin toplumsal düzen ve mutluluğunu sağlamak amacı ile oluşmuş hükümlerdir. Vahyin dönemseller uygulamaları olması hasebiyle de şeriat alanı içerir. Hz Peygamber dünyalık işleri sahabeden iyi bilmediğini ifade etmiş; zaman, yer ve şahısların özel durumlarına göre de şeriat alanı ile ilgili hükümler koymuştur. İslâm toplumunun hukuki düzenlemelerini oluşturan hadisler, İslâm devletinin yürürlükteki uygulamaları, yönetmelikleridir. Kur'ân ve Sünnet şeriat alanı ile ilgili genel normları vermekle yetinmiştir.¹ Bunların uygulanabilirliği ya da bir hukuki düzenleme olarak genişlemesi veya daralması zamanlara ve örfelere göre değişmektedir. Kaynak açısından beşeri olan, devletlerin hukuk sistemindeki anayasa, evrensel ilkeler içermesi hususunda değişime kapalı olmakla birlikte; alt dallarından olan kanunlar, tüzükler ve yönetmelikler zamanın şartlarına göre değişim gösterebilmektedir. Bu da kamu yararına verilen hükümlerin, tıpkı kulun maslahatına göre hüküm verme alanı olan şeriat gibi değişime açık olduğunun bir göstergesidir. Bir akıl ürünü olan içtihatlar ise çağlar öncesinde Kur'ân ve sünnetten çıkarılan hükümlerdir. Günümüzde din alanı ya da şeriat alanında yapılmış olan içtihatlar din gibi telakki edilmektedir. Bu da dinin toplum içerisinde yaşanır ve mutluluk kaynağı olmasından ziyade külfet hâline dönüşmesine sebep teşkil etmektedir. Mesela günümüzde misvak mı diş fırçası mı tartışmasının yapılar olması bile bu konuyu özetler niteliktedir. Maslahat diş temizliği ise bunun helal olan her türlü maddeden yapılabilir olmasında bir beis olmasa gerektir. (Misvağın sağlık açısından diğer faydaları ve bu faydalar doğrultusunda sünnet olabileceği hususu tartışma konusu değildir.) İctihatları dinin değişmez sabiteleri kabul etmek şeriat alanını skolastik bir düşünce sistemine dönüştürmektir. Toplumsal ilerlemeler her daim yeniliklere açık olmak zorunda iken içtihatlarla bağlanıp kalmak din algısını ve dinin anlaşılmasını zorlaştırmaktadır. Kaldı ki insanların dinden uzak durmalarına ya da şeriatın her daim insan maslahatına aykırı olduğunu düşündürecek kadar keskin olmasına neden olmaktadır. Oysa Şar'î her daim kulunun menfaatini gözetmektedir.

Sonuç olarak din ile şeriat farklı bağlamda iki alandır. Bu iki kavramın ayırımının iyi anlaşılması ve toplumsal ilerlemelerin mümkün olduğu gözetilerek hukuki düzenlemelerin ona göre yapılması gerektiği kanaatindeyim. Çünkü kanunlar zamanla yürürlükten kalkmakta ve yerini başka kanunlar doldurmaktadır. İslâm dininin değişmez ilkeleri ile değişebilir ilkelerinin anlaşılması İslâm dinin yapısının anlaşılmasında önemli bir kriter olmaktadır. Değişmeyen taabbudi ve tevkifi alan dışında hukuki ve iktisadi alanın tamamen hukuki olay, fiil ve işlemlere yönelik olması her bir olayın kendi şartlarında değerlendirilmesini zorunlu kılmıştır. Örneğin; Miras hakları fakat mirasın nassla dağıtılacağı yasa ile belirlenmiştir ki bu yasa bir şeriattir. Bu yasalar özel norm niteliğinde düzenlemelerdir. Miras adil paylaşımın dinin emri olup mirası hangi oranda paylaşılacağını ise şeriat belirlemiştir. Zina ve hırsızlık suçları ve dinin değişmez emirleridir. Bu suçlara hangi cezaların terettüp edeceği yasa ile belirlenmiş şeriatlar olup bunlar özel düzenlemelerdir. Keza zekât dinin emri ve değişmez bir ilkesidir. Zekât, tarihteki Müslüman devletlerin vergisinin adıdır. Bu verginin ne miktarda ödeneceğinin yasal düzenlemesini Peygamber (sav) yapmıştır. Zekât miktarlarının yasal düzenlemesi bir kanundur. Bu kanuna da şeriat denmiştir. İslâm dini, değişmez bir değerler manzumesidir. Allah katında tek din vardır o da İslâm'dır. Şeriat (hukuk) değişkendir. "Her bir peygambere bir şeriat verdik." Ayeti de buna vurgu yapmaktadır. İtikâdî, ahlâkî ve ibadete yönelik alanların zamanlar üstü olduğu söylenebilirken; sosyal hayata yönelik hukuk ve iktisadi yapının sürekli değişmesi ve hiçbir olayın dünün aynısı olmadığı da bir realitedir. Bunun için şeriatın değişken dinin ise değişmez değerleri ihtiva ettiği söylenmiştir. Değişmeyen inanç esasları ile değişebilen

¹ Naslardaki hukuki hükümlerin ölçü olmayıp örnek olduğunu ifade edenler bulunmaktadır. Güler, İlhami, Dine Yeni Yaklaşımlar, Ankara Okulu Yayınları, Ankara 2016, s. 40-44.

hukuki olayların birbirinden ayrılması önemli bir sorundur. Şeriat bir kanun ise kanun toplumların ihtiyaçlarını karşıladığı ölçüde bir anlam ifade eder. Eğer kanun toplumların ihtiyaçlarını karşılayamıyorsa bu kanunun değer ifade etmesi toplum bireyleri arasında söz konusu olamaz. Toplumların terakkilerine mani olacak her bir hukuk normunun mutlaka değişmesi zorunludur.

12.4. Lafız ve Mana, Araç ve Amaç (makâsîd) Ayrımı Yapılarak Yürürlüğün Sağlanması

İslâm'ın şer'i hükümlerinin sağlıklı bir şekilde anlaşılmasında araç ve amaç önemli bir yer tutmaktadır. Bu açıdan İslâm hukukunda araç ve amaç ilişkisi İslâm hukukçularını bir hayli meşgul etmiştir. Genel kabul açısından araç, amaca ulaştıran bir vasıta. Amaç ise insanın geleceğe yönelik hem maksadını hem de ulaşmak istediği hedefi ifade eder. İslâm hukuk biliminde amaç kavramı; kasdu's-Şâri', makâsîdu's-Şâri', hikmet, illet ve maslahat gibi kelime ve terimlerle ifade edilmiştir.

Hukuk bazen düzen kavramıyla ifade edilmiştir. Bu açıdan hukuk güvenliğinin sağlanması için, hukuk normlarının geçerlilik, kavramlarda kesinlik, açıklık, biçimlilik ve süreklilik niteliklerine sahip olması gerektiği ifade edilmiştir. Hukukta amaç sorunu genellikle hukuk felsefesi içerisinde tartışılmalı bir konu olmuştur. İslâm hukuk biliminde amaç sorunu norm-amaç ilişkisi bağlamında ele alınmıştır. Bu itibarla ilk sorun, ilahî irade tarafından belirlenen hükümlerle gerçekleştirilmek istenen amaçların bulunup bulunmadığıdır. Burada da konunun tespiti için ahkâmın ta'lili konusundaki tutum norm-amaç ilişkisindeki yönelimi de belirlemektedir. Bu itibarla İslâm Hukukunda amaç sorunu makâsîdu's-Şaria, fıkıh usulü türü eserler ve furû' fıkıh türü eserlerde ele alınmıştır. Toplum oluşturulan ve bir arada tutan norm grupları vardır. Doğal ya da zoraki oluşturulan bu norm gruplarından biri de hukuktur. Hukuk sosyal açıdan en ileri ve geniş toplumsal organizasyon niteliği taşımanın yanında, devletin gücüne dayanma özelliği ile de diğer norm gruplarından ayrılmaktadır. Bu itibarla hukuk; "belli bir ülkede kişilerin birbirleriyle ve toplumla ilişkilerini düzenleyen, devlet gücüne dayalı, cebri yaptırımını bulanan normlar bütünü" şeklinde tanımlanabilir. Fıkıh ise; "şer'i amelî hükümler bütünü" olarak tanımlanmaktadır.

Hukuk, beşerî normatif bir düzen olmakla birlikte, her beşerî davranışı düzenlemez. Öyle ki hukuk normları, sadece beşerî davranışlara yönelik değerlendirmeler yapar. İslâm hukukunda normlar, beşerî davranışları ilgilendiren ve bu davranışların nasıl olması gerektiğini talep eden bir olgudur. Normlar hiçbir zaman belirli bir amaçtan bağımsız olarak düşünülemez. Hukukî normlar, kişilerin belli bir yönde davranmalarına ilişkin bir talep içerir. Hukukî talep, kişiler arasındaki hak ve vecibe ile ilgilidir. Bu hukukî talep de ancak bir form içinde gerçekleşir. Hukukun bu formel yanı, adaletin sağlanması ve toplumsal ihtiyaçların karşılanması açısından bir araç; fakat hiçbir durumda vazgeçilmesi düşünülemeyecek olan toplumsal düzen bakımından da bir amaç niteliğindedir.

Hukukun varlığının nedenlerinden biri de toplumsal yaşamı kurup, devamlılığını sağlamaktır. İslâm hukukunda amaç kavramı, normun kendisi nedeniyle konulduğu veya normun uygulanması ile açığa çıkan maslahat biçiminde tanımlanabilir. Ayrıca maslahat, hukukun amacını temsil eden bir kavram olarak, hukuka nispet edilen toplumsal düzeni sağlama, toplumsal ihtiyaçları karşılama ve adaleti gerçekleştirme işlevlerinin tümünü kapsayacak ölçüde geniş anlamda ifade edilebilir. Çünkü hükmün konulmasındaki en büyük amaç, bireyin ve toplumun maslahatı yahut onlardan bir mafsedetin giderilmesi şeklindedir. Bize göre, norm-amaç uyumu için, amacın normun biçimsel yapısına bağlı olarak gerçekleşmesi yeterlidir. Bununla beraber, hukuk normunun biçimsel yapısı ile amacı arasında bir uyumsuzluk sorununun açığa çıkması muhtemeldir. Çünkü hukukun biçimsel yapısı ile maslahat arasında bir zorunluluk ilişkisi bulunmamaktadır. Bu uyumsuzluk da İslâm hukuk biliminde hukuki geçerlilik bağlamında ele alınmıştır. Binaenaleyh İslâm hukuk biliminde norm-amaç uyumu yahut uyumsuzluğu değişmez bir kesinlik ilişkisi şeklinde olmayıp, toplumsal değişim ve gelişim bağlamında belirlenmelidir. Amacı, insanları motive eden, bir hedef veya gayeye yönlendiren dünya ve ahiret için ulaşılması gereken nihai nokta olarak tarif edersek, aracı ise bizi hedefe ulaştıracak yol ve yöntemler olarak değerlendirebiliriz. Birçoğumuz amacımızı iyi belirlememize rağmen bizi ona ulaştıracak yöntemi doğru seçmememiz nedeniyle hedefe ulaşamama hatta hedeften sapma noktasına gelebiliriz. Amacın ve aracın ne olduğunu bilmek ve sağa sola sapmadan hedefe ulaşmak, erdemli

bilinçliliğin en önemli ölçüsüdür. Anladığımız kadarıyla nasların hedeflediği bir amaç bulunmaktadır. Bu amacın gerçekleşmesi için de maddi norm getirilmiştir. Bunun için her bir yasanın bir gerekçesinin olması gerekmektedir. Bu gerekçe bu nassın (*yasanın / hükmün*) konulmasını gerekli kılar. Araçlar amaç ve amaçlar da araç olursa toplumsal düzen bozulur, insanlar mutluluklarını kaybederler.

12.5. Nassların Neshi Kabul Edilerek Yürürlüğün Sağlanması

İslâm hukuk bilginleri nassların nâsîh ve mensûhunun olduğu konusunda farklı görüşler ileri sürmüşlerdir. Bilginlerden mensuh ayetlerin sayısını dar tutanlar olduğu gibi geniş tutanlarda bulunmaktadır. Sonuçta neshin varlığı konusunda yaygın bir kanaat hâkim olmuştur. Bu durumdan nasslardaki tedricilik ve nesh konusunun birbiri içine girdiği de anlaşılmaktadır. Nesh nedir? Nâsîh, **ح**fiilinin ismi failidir. Manası; aynı konuda kendinden önce gelen hükmün, kendisinden sonra gelen hükümle kaldırılmasıdır. Mensûhun manâsı ise; meful olup hükmü kaldırılmasıdır.

Nasslarda nesh meselesi bilginler arasında hep tartışıla gelmiştir. Öncelikle Kur'ân'da hükmü kaldırılmış, nesh edilmiş ayet var mıdır? Şayet varsa bu anlayış İslâm'ın temel bilgi kuramına ters düşmez mi? Şârii, önce bir hüküm verdi de sonra bu hükümden vaz mı geçti? Yoksa bu ayetlerin her biri tedricilik anlamında merhale ayetleri midir? Neshin hangi cümle yapılarında mümkün olabileceği, hangilerinde olamayacağı, ihbarî veya inşaî cümleler arasındaki farklılığı iyi bilinmezse hataya düşülebilir. Nesh hangi tür cümlelerde mümkündür?" **ما ننسخ** " Biz bir ayeti nesh eder veya unutturursak onun yerine daha hayırlısını veya dengini getiririz." buyrulur. Bu ayet şart ve cevap cümlesinden oluşur. Bu bir ihbarî cümle olduğundan bu tür cümlelerde nesh caiz görülmez. İşin ehlinin bildiği üzere nesh denen şey hükümler arasında olur. İhbarî cümlelerde neshin olamayacağı aşikârdır. Nesh, doğrudan hüküm ayetlerinde olur. Yani yap veya yapma /helal veya haram /emir yasak gibi ayetlerde nesh olur.

وَإِذَا بَدَّلْنَا آيَةً مَكَانَ آيَةٍ وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِمَا يُنَزِّلُ " *Biz bir ayeti, bir (başka) ayetin yeriyle değiştirdiğimiz zaman, - Allah neyi indirdiğini daha iyi bilir.*"¹ **يَمْحُو اللَّهُ مَا يَشَاءُ وَيُنَبِّئُ وَعِنْدَهُ أُمُّ الْكِتَابِ** " *Allah dilediğini siler, (dilediğini de) sabit bırakır. Bütün kitapların aslı onun yanındadır.*"² Klasik bilginlerin ekserisi neshi kabul ederlerken; yeni dönem bilginleri bunu farklı yorumlamışlardır. Bilginler, nassih ve mensuhun bilinmesini içtihat ehliyetinde bilgelik kriteri saymışlardır. Nesh, sosyo-kültürel bir ortamda konmuş hükmün, değişen sosyo-kültürel bir ortama yeni bir hüküm getirmektir. Bu hükmün değişmesi şartların ve mükellefin değişmesi ve gelişmesi ile ilgilidir. Bu bağlamda nesh, şer'i bir hükmün uygulama süresinin beyan edilmesidir. Yani daha önce gelen şer'i bir hükmü daha sonra gelen şer'i bir delille kaldırılmasıdır. Nesh, şer'i bir hükmü bir uygulanma müddeti verilmiş olup bu hükmün uygulama müddetinin bittiği anlamına da gelmektedir. Her ayetin kendi sosyal bağlamında müstakil bir anlamı bulunmaktadır. Oysa her bir ayet toplumun bir durumunu, merhalesine, eğitimini ve terbiyesini gerekli kılmaktadır. Bu tedrici merhalenin kendi ortamı doğunca bu hüküm tekrar avdet edecektir. Kur'ân'ın bütün toplumlar ve çağlar için evrenselliğini de ifade etmektedir. Sonuçta nesh kavramını oldukça geniş tutanlar, sünnetin Kur'ân nassını bile nesh edebileceğine inanırlar.

İslâm'ın oluşum sürecinde bile koşullar değiştiğinde hükümlerin değiştiğini görüyoruz. Vahyin getirdiği ilk düzenlemeler, toplumsal koşullar değiştiğinde bu yasalar, sosyolojik gerçeklikle uyuşmadığı için değiştiğini biliyoruz. Bilginler, bu değişime ister nesh, isterse tedricilik / merhale kavramıyla ifade etsinler, sonuçta yasalarda vahyin tecdidi de bilinmektedir. Sonuçta bu şer'i (hukuki) değişikliği dün vahiy yaptığı, bugün ise vahiy temel alınarak akıl ile yapılmasını yani sosyal gerçeklikten ve realiteden kopulmaması gerektiği anlaşılmaktadır.

İslâm'ın emirleri ve nehiyelerindeki merhale ve tedricilik yöntemini de neshe dâhil edenler bulunmaktadır. Aynı konuda sonra gelen ayet önce gelen ayetin hükmünü nesh eder dersek gerek içki ve kumar gerekse faiz konusuyla ilgili ayetleri nesh bağlamında değerlendiririz. Bu durum bizi Kur'ân'da pek çok ayetin nesh edildiği sonucuna götürür ki; bunun Kur'ân'ın evrenselliğine mani

¹ Nahl, 16/101.

² Rad, 13/39.

olduğu açıktır. Haddi zatında Kur'ân'daki pek çok ayeti okuyup pratikte uygulamamak, Kur'ân'ı anlama konusunda bir hatanın varlığına işaret etmektedir. Yoksa ekseri bilginler, bu şer'i emir ve nehiylerin pek çoğunu, nesh ve mekasid gibi farklı yorumlarla zaten pratikten kaldırmışlardır. Sonuçta bilginler, vahyin nihai merhale ayetini hukukun yürürlük maddesi kabul etmiş, önce inen ayetleri ise nesh kapsamında değerlendirmiş ve yürürlüğünü durdurmuş olmakla farklı kavramla aynı maksada yönelmişlerdir. Neshi kabul etmeyen bilginlerin bazıları, bu tedrici merhale hükümlerinin her biri, toplumların durumsallığına göre tekrar hükümlerin yürürlük bulabileceğine dikkat çekmişlerdir.

12.6. İlet Değiştiğinde Hüküm de Değişir İlkesiyle Yürürlüğün Sağlanması

İlet; hükmün konulma gerekçesi olarak bilinir. İlkesel olarak illet değişince hükümlerin de değişeceği kabul edilir. "Hükümlerde illet mi yoksa hikmet mi esas alınır" sorusu hukukçuları bir hayli meşgul etmiştir. "Hükümler illetlere göre belirlenir" kuralı hâkim bir görüştür. İlet; bulunduğu yerde değişikliğe yol açan durum demektir. İlet için bir takım vasıflar belirlenmiştir. Bunlar illetin; açık, istikrarlı ve uygun bir durumu gösterir olmasıdır. Hükmün illet veya hikmet üzerine bina edilmesi hukukçular arasında tartışmalı bir konudur. Usûlcüler ise illetin vasıflarını "açık, munzabıt ve hükmün konulmasına münasip durumu ihtiva eden bir vasıf" olarak tanımlamışlardır. Hikmet ise; hükmün konulmasına uygun düşen durum, hükmün konulmasında amaçlanan sonuç veya konmak istenen menfaat olarak tanımlanır.

İslâm Hukuk Biliminde ki illet teorisi, hukukun biçimci karakterine ilişkin en belirgin vurgudur. Hukukun sürekliliği de, mutlak değişmezlik anlamında değildir. Esasen, hukuk ile değişim olgusu arasında çok güçlü bir irtibat bulunmaktadır. Bununla birlikte, hukuk normlarındaki değişim, toplumsal gelişmelere paralel biçimde, hukuka ve toplumsal düzene duyulan güveni zedelemeyen, geçmişten gelen bilgi birikiminden istifade ederek gerçekleştirilmelidir. Hukuk güvenliğinin de aslı iki işlevi bulunduğu söylenebilir. Bunlardan biri; hukuk normlarının eşit biçimde uygulanmasına imkân vermek; diğeri ise, beşeri ilişkilerde öngörülebilirlik sağlamaktır.

"İletin değişmesiyle hükümler de değişir" prensibi "Ezmanın tagayyürü ile ahkâmın tagayyürü inkâr olunamaz" mecele kaidesinde norm haline getirilmiştir. Fakat bu ilkenin çok düzgün yürütüldüğü söylenemez. Bugün bile illeti değişen pek çok hükmün değiştirilmesi çeşitli ithamlara sebep olmaktadır. Nasların literal manasına ters olan hükümlerin inkâr anlamına geleceği algısı burada da etkili olmaktadır. Bu durum toplumların sadece bilginlere teslim olması veya halkın câhil bırakılması yerine halkın da eğitilmesi gerektiği gerçeğini ortaya çıkarmaktadır. Aile Hukuk Kararnamesinin Kabulü konusunda bunu daha iyi anlıyoruz.

Bilginlerin illet tanımlamasına baktığımızda her birinin illete farklı bir anlam yüklediği görülmektedir. Hükmü inşa edecek kavramın özenle seçilmemesi, illet-sebep nüktesinde olduğu gibi kavramların güncellenip tahkik edilmemesi, kavram ve ahkâm problemlerini de beraberinde getirmektedir. -Hükme dayanak olan kavramın değişmesi ile hükmün başka bir kavram üzerine inşa edilmesinin zorunluluğu akademik anlamda ciddi bir boşluk olarak durmaktadır. Örneğin para kavramı, "Karşılığında herhangi bir şeyin alınıp satıldığı mal" olarak tanımlanırken, günümüzde kendisi para olmadığı halde bono, tahvil gibi pek çok enstrümanın/araçların da bu görevi ifa ettiği görülmektedir. Öyleyse para kavramına klasik dönem içerisinde tanımlanmış olan sınırları içerisinde kalınarak mı ahkâm istinbatı yapılmalı; yoksa bu konuyu bir hükme bağlamak için önceden tanımlanmış olan para kavramı ile hüküm veren hüküm sahibinin, parayı hangi esasın bir gerekliliği üzerine tanımladığı doktrininden hareketle oluşturulacak yeni bir para kavramıyla mı bu meseleye yaklaşılmalıdır? Hemen her konuda olduğu gibi bu konuda da kavramların analizi ve bu kavramlardaki anlam genişlemesine sebep olan durumların dikkate alınması gerekmektedir. Zira kavramlar da insanlar gibi doğar, büyür ve gelişir.

12.7. Kavram Genişlemesi veya Daralması Yöntemiyle Yürürlüğün Sağlanması

İnsanların birbirleriyle olan iletişimlerinde oluşabilecek diyalog probleminin en önemli kaynağının dil problemi olduğu açıktır. Klasik dönemde kavramlara yüklenen mânâ ile modern dönemde

yüklenen mânâlar farklılık arz etmektedir. İnsanlar arasındaki temel anlaşmazlığın nedeninin bu kavramlara yüklenen anlam farklılığında yattığı anlaşılmaktadır.

Bilimsel çalışmalarda her bölümün kendi alanıyla ilgili kavramların ve bu kavramların kapsamalarının bilinmesine ihtiyaç vardır. Bir kavram zikredildiğinde, herkesin o kavrama aynı anlamı yüklemesi, anlaşmanın temel argümanıdır. Kavram, kelimenin dönemsel anlamını ifade ettiğinden, zamanın ilerlemesiyle değişkenlik gösterdiği, anlam kaymasına maruz kaldığı bilinmektedir. Bu durumda kavram üzerine bina edilen hükümlerin, kavramın anlam kaymasına uğradığında aynı hükmün mânâsı ile değişen bu kavrama bina edilmesi ne derece doğrudur.

Bilginler arasında, genel hükmün kapsamının daraltılması veya genişletilmesi anlamında nesh kavramı kullanılmış,¹ tahsis ile nesh arasında ki farklılıklar belirlenmiştir. Hanefilere göre tahsis delilinin, âmm lafza mukârin (bitişik) gelmesi gerekmektedir. Zira onlara göre tahsis delili, âmm lafza mukârin gelmez ve daha sonraki bir zamanda gelirse bu tahsis değil, nesh olarak isimlendirilir. Cumhur ise tahsis delilinin âmm lafız ile beraber veya ondan sonra gelebileceğini; âmm lafız geldiği andan itibaren sürenin, ihtiyaç ve uygulama vaktiyle sınırlı olduğunu, bu vakitten sonra gelen beyanın ise tahsis değil, nesh olduğunu beyan etmişlerdir.² Görüldüğü gibi âmm lafzın kapsamının daraltılması veya genişletilmesi anlamında, tahsis veya nesh kavramlarını kullanmışlardır.

Geçmişte ki şeriatların geçerli olan hükümleri, yeni durumsallıkta nasıl bir değerlendirme ile karşı karşıya kalacaktır? Kur'ân'daki âmmaların tahsisinden hareketle, kavramın anlam genişlemesinden dolayı bir tahsisiyet yapılarak fıkıh literatürüne ait kavramlar dilin değişim ve dönüşümü de hesaba katılarak yeniden güncellenebilecek midir? Bu ve benzeri sorular modern toplumlarda daha çok kendini göstermektedir. Usûlü fıkıhın konularının başında gelen, klasik fıkıh kitaplarında kavram olarak inşa edilen kelimelerin günümüz toplumunda işlevini kaybettiği, güncellenmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Şu var ki, yeni meseleleri geçmişteki dil terminolojisindeki kavramlar üzerine inşa etmek ile bu kavramlarla yeni hükümler istinbat edilmesi olanağı gitgide azalmıştır. Geçmişteki problemleri çözmek için ortaya konulan kavramların, bugün yaşamımızın bir parçası olan fıkhi alanla ilgili tatmin edici bir cevap vermesi de beklenemez. Öyle ki bu kavramlar, kişiyi sürekli surette vicdanı ile pratik hayat arasında çaresiz bırakabilmekte, Bu da klasik kavramlar savaşı başlatıp yeni kavramlara karşı bir alerji doğurmaktadır. Bir problemin çözümünde klasik kavram algısı esas alındığında yeni çözümün formlarını ortadan kaldırdığı çoğu kez müşahade edilmektedir. Ebettteki yeni problemlere çözüm aranmada klasik ve çağdaş kavramların doku uyumuna dikkat edilmesi gerekmektedir. İlk dönemlerden itibaren fukaha arasında; “Zamanın ve illetlerin değişmesi ile hükümlerin değişkenlik gösterip gösteremeyeceği” üzerinden bir tartışma yürüse de esasta bu problemlerin kaynağı, bu kavramların etimolojik sorunundan kaynaklanmaktadır. Sonuçta illetlerin değişmesi ile ahkâmın değişmesi nasıl bir gereklilik arz ediyorsa, o kavramlar üzerine inşa edilen hükümlerin de, dilin kaygan zemini üzerinden bir değişime uğraması gerekmektedir.

Bugün sosyal güvenlik alanında ortaya çıkan meselelerin Müslümanlar olarak kendi kavramlarımız içerisinde yerini arıyoruz. Bunu yaparken de bin yıl önce bu konuyla ilgili o zamanki toplumun gerçekleri üzerine mana verilen hükmi kavramları, bu dönemin yeni meseleleri üzerinden bir çıkarsama ve kıyaslama yoluyla çözümlene yoluna gidiyoruz. İşte tam da böyle bir noktada, “Ahkâmın geçerliliğini umuma yaymak için geçmişteki dilin formlarıyla mı bir hüküm silsilesi inşa etmeye devam edeceğiz; yoksa dilin anlam kaymasını dikkate alarak yeni bir teceddüt ile mi ahkâmı inşa edeceğiz?” sorusu geçerlilik kazanıyor. Örneğin mehir, Kur'ân'ın buyruğu olarak bir sosyal güvenlik aracı olup, kadının hukukunu korumaya yönelik, erkeğe verilen bir yükümlülük iken; bugün kadını koruma altına almaya yönelik olarak mehrin yetersiz kaldığı durumda daha iyi bir sistemi bu işleyişin içerisine dâhil edebilir miyiz? Kanaatimizce devlet destekli BES aracılığıyla, kişileri sosyal

¹ Konu hakkında okunması önerilen makale Koca, Ferhat, İslâm Hukuk Usulünde Daraltıcı Yorum Metodu Olarak Tahsis, İslâmi Araştırmalar Dergisi, cilt.16, sayı.3. 2003; s. 430-443.
www.İslâmiarastirmalar.com/upload/pdf/0a4223a39a8ad62.pdf

² Serahsî, Usul, II, s. 20.

güvence altına alan uygulamaları mehir diye tabir edilen kavramın altına almaktansa; hükme konu olacak olan asıl gayenin ne olduğunun belirlenmesi sureti ile mehrin konuluş amacına uygun günümüz ihtiyaçlarını en iyi şekilde karşılayan yeni bir kavram üzerinden ahkâmın inşa edilmiş olması daha isabetli olacaktır. Duruma bu şekilde yaklaşmak sureti ile hem geçmişteki bazı kavramların zoraki kıyaslama yoluyla yıpratılması önlenecik, hem de o kavram üzerinden günümüzdeki bazı eleştirilere neden olan tartışmaların önüne geçilmiş olunacaktır.

Bu kavram probleminin ciddiyetine dikkat çekmek için konuyu münhasıran mezhep imamlarımız üzerinden vermek gerekirse, örneğin İmam Şafii İstihsan'ı kesin surette kabul etmezken, Kıyas'a tanıdığı geniş yetki, sonuç itibari ile kendisini istihsan kapısına dayandırmıştır. Aynı şekilde İmam Azam'ın istihsan ile açtığı kapıyı, İmam Malik "mesâlih-i mürsele" adını koyarak ufak bazı değişik formlarla aynı hükme bağlamıştır. Yukarıda verdiğimiz örnekte olduğu gibi bir fukahamız bir kavramı reddederken, kendisinin tanımladığı kavramın uygulama alanının reddettiği kavramla aynı zeminde bulunduğunu görüyoruz. O zemin ise biri bir kavram ile uygulamayı genişletirken diğeri aynı uygulamayı başka bir kavram adı altında yapmaktadır.

12.8. Ehl-i Sünnet ve'l Cemaat / Şûrâ ile İcmâ İlkesiyle Yürürlüğün Sağlanması

Peygamber (sav) hayatta iken yönetim hukuku alanında sorunlar yaşanmamasına rağmen Peygamberin vefatından sonra ümmetin dağılmadan insanlığa örnek olmasının hangi yöntemle sağlanacağı tartışmaları başlamıştır. Peygamberden sonra yönetime kimin, nasıl geçeceği ve hangi yöntemle bu birlikteliğin sağlanacağı hususu her daim tartışılmıştır. Her ne kadar ümmetin iki itikadi fırkaya ayrıldığı genel kabul görse de pek çok konuda tefrikaya düştükleri bilinmektedir. İslâm birliğinin, Peygamberden sonra masumiyetin ehlibeytle devam ettiğini savunan görüşle, ümmetin ortak aklının ehl-i sünnet / şura ile icmâ yoluyla sağlanması gerektiğini savunan iki ana damar bulunmaktadır. Ehl-i sünnet; Peygamberden sonra kimsenin masum olmadığını, daha sonra Peygamber gelmeyeceğinden ümmetin ortak aklının, doğruyu yakalamada en isabetli görüş olduğunu savunur. Halkın iradesinin Hakk'ın iradesi olduğu gerçeğini benimseyen inanç grupları, yeryüzünde sağlıklı bir toplum yapısının kurulmasında, bu ilkenin esas alınması gerektiği ve bunun dışındaki idari yöntemlerin hakkaniyeti yansıtmayacağı görüşündedirler.

Bugün Müslümanların, sünnet yolunu, şura ile icmâ yöntemiyle devam ettirdikleri ve buna inandıkları müddetçe hakikati bulma yolunda daha sağlıklı bir yöntem üzere olacakları kuşkusuzdur. Fakat Müslümanların bu kavramlara yükledikleri manaların farklılıklar içermesi, kavramların gerektiği gibi anlaşılmasını engellemiştir. Oysa bu kavramların anlaşılması Müslümanların kurtuluş reçetesidir. Bu bağlamda örf ve âdetin toplumların geleceği için önemli bir yeri olduğu aşikârdır. Ortak aklın ve genel kabullerin teamülü, toplumların mutluluk kaynağıdır. Kur'an'ın pek çok hükmünde İslâm'ın temel ilkelerine ters düşmeyen cahiliyede var olan ortak geleneğin kabul edilmesi bizlere örnek teşkil etmektedir. Bu açıdan topluma yön verenlerin, toplumları sürükleyeceği bir alanın her daim olabileceği, insanların vicdanlarının doğru ve gerçeği yakalamada en isabetli danışma merkezi olduğu unutulmamalıdır. Ehl-i sünnet ve'l cemaat ilkesi İslâm dinin yürürlük ilkesinin temel rüknüdür. Bu rükün, şura ve icmâ prensibiyle (ittifak kararı olan icmânın yanında) nitelikli ve salt çoğunluğa göre kanunların niteliğinden hareketle yürürlüğün sağlanmasıdır. Bugün ehl-i sünnet kavramı, dar bir algı içine sokularak asli fonksiyonu göz ardı edilmiştir. İslâm dininin temel yürürlük maddesi ehl-i sünnet ve'l cemaat yoludur.

13.SOSYAL HUKUK ALANINDAKİ YÜRÜRLÜK METOTLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Sosyal hukuk alanındaki nasların doğru anlaşılması, yorumlanması ve uygulanması hiç kuşkusuz ayrı bir metodoloji ve üslubu gerektirir. Bilindiği gibi İslâm hukukunun temel kaynakları, Kur'an ve sünnettir. Bu sınırlı nasların, sınırsız olayları kuşatan hukukî bir düzenlemeye kaynaklık etmesi, İslâm hukukunun beşerî yönünün geliştirilmesiyle sağlanabilir. İslâm hukukunun dinamizm kazanması ise

ancak dinin muamelatını, beşeri cihette ferdin, toplumun ve çağın şart ve ihtiyaçları karşısında yeniden ele alınmasıyla mümkün olabilir.

Kur'an ve sünnetin yalnızca lafzî hükümlerini esas alarak yapılan yorumlar, giderek artan sosyal değişimlere cevap vermekte yetersiz kalmış, 'eserciler ve reyciler' temelinde yeni rey ve içtihat metotlarının oluşumuna zemin hazırlamıştır. Toplumda yeni ortaya çıkan problemlerin çözümü için rey ve içtihat, dini bir görev olmanın yanında, pratik hayatın devamı içinde bir zarurettir. Müçtehitler, toplumsal yapıların ve örflerin değişmesiyle ortaya çıkan yeni problemlerin çözümünde, ilk önce "kıyas" metodu geliştirmiş ve böylece İslâm hukukunun işlevselliğiyle pratik hayattaki sorunları çözüme kavuşturmak istemişlerdir. Ancak başlangıçta bu amaçla oluşturulan kıyas metodu, kısa sürede katî bir şekilciliğe dönüşmüştür. Bu sebeple hukuk ekolleri, değişimlere ve ihtiyaçlara uyum sağlamak ve ortaya çıkan yeni problemleri çözmek için yeni metotlar geliştirmeye çalışmışlardır. Hanefî hukuk ekolünün kullandığı "istihsân", Mâlikî hukuk ekolünün geliştirdiği "istislâh", İslâm hukuk tarihinin ilk rey çeşitlerindenidir. Her iki ekolde rey ve içtihatlarında bu metotlarla, hüküm kurmada serbest düşünme ve takdir yetkisi ortaya koyup İslâm hukukuna yürürlük sağlamışlardır.

Müçtehitlerin, içtihat alanındaki nasları anlama ve yorumlama konusunda, İslâm dininin değişen değerleri ile değişmeyen değerlerinin tespitinde ihtilaf etmiş oldukları anlaşılmaktadır. Bu bağlamda müçtehitler pek çok konuda birbirinden oldukça farklı görüşler ileri sürmüşlerdir. Bunun nedeni, her bir müçtehidin kendisine uygun bir yönteminin bulunmasıdır. Müçtehitler, nas, icmâ ve kıyas anlayışındaki metodolojik farklılıklardan, usul, delil, dil, örf ve adetler gibi pek çok meselelerden dolayı ihtilaf etmişler farklı hükümler vermişlerdir. Bilindiği gibi Hanefiler, meşhur hadislerle ammin tahsisini, mutlakın takyidini özel bir yöntem olarak belirlemişlerken; diğer tabaka ise hadisin kuvvet derecesi ve her tabakadaki râvi sayısını dikkate alarak tasnif yapmıştır. Keza bir taraf sükûti icmâyı delil kabul ederken; diğer müçtehitler bunun yeterli olmadığı görüşündedirler. Bir devrin müçtehitlerinin tamamına yakını, bir görüş üzerinde birleştikleri halde, birkaç müçtehidin ortak görüşe katılmamasını icmânın teşekkülüne mani görmezlerken; diğer taraf müçtehitler, bu durumun, icmânın sıhhatine mani olduğunu savunurlar. Bir takım bilginler, istisna yoluyla sabit hükümler, miktarları belirtilen hükümler üzerine kıyas yapılamaz derken, diğerleri; bu tür hükümlerin kıyasa açık olduğunu ifade ederler. Keza kıyas yoluyla belirlenmiş hükümler üzerine kıyas yapılamaz denilirken; bir başka görüşe göre bu yolla kıyas yapılabilir kanaati hâkimdir. Bu durum fer'i deliller konusunda da kendini göstermektedir. Keza müçtehitlerin, hukuka kaynaklık teşkil eden örf ve adetler ile istihsan, istislah ve seddi zerai gibi fer'i deliller üzerinde ciddi fikir ayrılıkları bulunmaktadır. Görüldüğü gibi müçtehitlerin, kendi yöntemlerine göre nasları anlama ve yorumlama biçimleri vardır.

Tarihten günümüze Müslümanlar, Kur'an'ın hükümlerinin kat'î ve zannî, genel ve özel olduğuna bakmaksızın, vahyolunduğu dönemden kıyamete kadar geçerli ve evrensel olduğuna inanırlar. Keza Müslümanlar, Kur'an intizamının gerçekleşmesinin temel rüknünün bu nasların anlaşılmasında yattığına da inanırlar. Bütün problem, bu nasların doğru anlaşılması, doğru yorumlanmaması nihayetinde doğru uygulanmamasıdır. İnsanlık tarihinde hemen her din için bu alanda benzer tartışmalar yaşandığı da görülmektedir. İbadet, ahlak ve hukuki alanların kendine has özelliklerinin bilinmediği toplumlarda bu kargaşa ve tartışma halen devam etmektedir. Bunun için öncelikle sosyal hukuk alanındaki gelişme ve değişmelerin fark edilmesi, zamanın ortaya çıkardığı problemlerin tespiti ve bu problemlere üretilecek çözümler için yeni yöntem ve çözüm usulü benimsenmesi, dinlerin pratiğe müdahalesi için kaçınılmaz hale gelmiştir. Aksi halde dini değerlerin ve din algısının zamanla yozlaşacağı kaçınılmazdır. Bunun için ister evrensel değerler isterse içtihadi değerler olsun, birey ve toplumların ihtiyaçlarını karşıladığı ölçüde değer yargısının geçerliliği daha da artacaktır. Dönemsel değerlerin mutlak doğru kabul edilmesi, insanların iç dünyalarında dine bakışlarını da yönlendireceği bir gerçektir. Bunun için içtihadi değer yargılarının toplumun ihtiyacını karşıladığı ölçüde bir değer ifade edeceği, aksi takdirde bir başka içtihadi değere ihtiyaç duyulacağı kuşkusuzdur.

Daha sonraki dönemlerde bilginler, İslâm hukukuna yürürlük sağlamak için bazı ilkesel prensipler edinmişlerdir. Bu ilkesel yöntemleri, toplumsal yapıların değişmesi karşısında yürürlük esasını kabul etmişlerdir. Bunlar; “tarihsellik, evrensellik, örfe binaen hüküm verilmesi, örfün değişmesiyle söz konusu hükmün de değişmesi, lafız ve mana (mekasid), din ve şeriat ayrımı, naslar konusundaki nesih anlayışı, hüküm üzerine bina kılınan illet değişince hükmün de değişmesi, illet ve hikmet, hakikat ve mecaz anlayışı, ehl-i sünnet yani sûrâ ile icmâ gibi” ilkelere sahiptir.

Bilginlerden her biri aynı gayenin tahakkuku için farklı kavramlar ve yöntemler kullanarak; İslâm hukukuna yürürlük sağlamaya çalışmışlardır. Bu bağlamda ne yazık ki çoğunlukla birbirlerini ötekileştirme yoluna gitmişlerdir. Kavramlara yükledikleri anlamlar ve benimsedikleri metodolojiye göre kendi görüşlerini temellendirmeye çalışmışlar, farklı içtihatlarla farklı yorumlar yapmışlardır. Nasların şer’i düzenlemelerinin pratikten çok teoride kaldığı, sadece lafızların tekrarının dindarlık olarak benimsendiği görülmektedir. Nasları anlama konusunda hatalar yapıldığı açıktır. Bunun sonucunda bireyler, günah ve sevap arasında ikilemde bırakılmıştır. Bu nasların yürürlüğü için yapılan yorumlar ise dindar olup olmamaya bir kriter kabul edilmiştir. Bu durumda bilginler, kendi görüşünün dışındaki yorumlara sağır kalmış, her biri ısrarla kavram dövuşüne başlamış, kimin kime ne söylediği tespit edilememiş, biri diğeriyle ötelemiş, bunun sonucunda ciddi bir ayrışma ve tartışmaya zemin hazırlamışlardır. Oysa her birinin özde aynı şeyleri söyledikleri fakat bunu (Fıtrat gereği) farklı kavramlarla ifade ettikleri aşikârdır. Bugün bu kavramlar dövuşünün, gerçeğin ortaya çıkmasını geciktirdiği ve daha da geciktireceği gözlenmektedir.

Değişebilen her değer yargısı, toplumun problemlerini çözdüğü ölçüde değer yargısı olarak kalır. Aksi takdirde her ne kadar şekil olarak mevcut olsa da değer bazında geçerliliğini yitirmiş olur. Lafız ve mana ilişkisi her dönemde pek çok tartışmayı beraberinde getirmiştir. Kimi bu problemlerin çözümünde neshi, kimi de tarihselliği çözüm metodu olarak görürken; kimi evrenselliği kimi de makâsîd yöntemlerini ilke olarak benimsemiştir. Bu şekilde İslâm fihhına yürürlük sağlamak istenmiş ve İslâm dininin vizyon ve misyonu ortaya konulmuştur. Aslında sadece aynı noktaya farklı pencerelerden bakılmıştır. İster nasların illete bağlı olan hükümleri isterse de örfe bağlı hükümleri olsun her birinin sosyal olayların değişmesine paralel olarak farklılık göstermesi konusunda klasik dönem uygulamaları bizlere ışık tutacaktır.

Anladığımız kadarıyla içtihadın mutlak doğru kabul edilmesi, sosyal barışa bir engel olarak karşımıza çıkmakta, öte yanda yapılan içtihatların nas gibi telakki edilmesi bir nevi şirke kapı aralamaktadır. Mevcut sosyal olayların yorumlanmasında tarihin arka planının bilinmesi elbette önem arz eder. Ancak mazideki olayların oluşumu ve yapıları, günümüzdeki mevcut olaylarla ve yapılarla benzerlik gösterse de aynıdır değildir. Bazı problemlerin çözümünde maziye müracaat edilir, ondan alınan ibret ve tecrübe ile yaşanan dönemin özellikleri de dikkate alınarak istikbal için hedefler belirlenir. Ancak mazi, sosyal terakkiler nedeniyle kısmen ölmüştür. O halde hal ve istikbale bakılmalıdır. Fakat yine de her dönemde mazi temel olmuştur. Zira mazi sosyal hukuk alanında beşeriyetin çocukluk dönemidir. Hiç kuşkusuz mazi ölsede ruhu baki kalır. Mazi bir gölge gibi zail de olur fakat tekrar avdet etmesi de mukadderdir. Unutulmamalıdır ki sosyal olaylarda her zaman diliminin bir hakkı ve bir değeri vardır. Hiçbir zaman dilimi ve değeri, başka bir zaman dilimine ve değerine engel olmamalıdır. Bu bağlamda mazinin temelindeki tecrübeden istifade ederek ondan ders almalıyız, fakat maziye takılmamalıyız. Mazideki araçlar, gelecekteki araçlara temel teşkil edebilir fakat mazideki araçlar amaç yerine konulmamalıdır.

Bilindiği gibi naslar, insanın doğru ve yanlış davranışlarını içinde barındıran somut veya soyut araçlardır. Keza naslar pasif, akıl ise aktif araçtır. Araçlar amaç, amaçlar ise araç yerinde görülürse, vahiy ile akıl iki düşman sayılırsa, bu çatışmaların sürekli devam edeceği kuşkusuzdur. Oysa araç amaca, akıl vahiye hizmet eden, birbirinin mütemmim unsurlarıdır.

14. SONUÇ

Bu çalışmamızda içtihadın mahiyeti, kapsam alanı ve tarihi seyri ele alınmış; İslâm hukukuna yürürlük sağlayan kavramlar ve metotlar üzerinde durulmuştur. İnsanlık tarihi boyunca toplumsal yapılar, sosyo-ekonomik gelişim sürecinde, ilkel çağdan tarım toplumuna, tarım toplumundan sanayi devrimine ve sanayi toplumundan bilgi çağına doğru, her dönemin imkânları ve yaşam standartları son derece farklı olmakla birlikte, ilerlemeci bir değişim göstermiştir. Buna bağlı olarak gelişen ve değişen hayat standartlarıyla, her dönemin kendine özgü niteliklerinden kaynaklanan etkileşim ve iletişim biçimlerinin yanında toplumsal yaşamda da yeni hukuk normları ve kavramları ortaya çıkmıştır. Zira toplumsal kurumların temelinde sosyal normlar bulunur ve toplumsal hayat bu normlar etrafında şekillenir. İslâm hukukçuları bu değişim ve gelişim sonucu ortaya çıkan yeni problemler ve kavramlarla karşı karşıya kalmıştır. Uzun bir müddet bu yeni kavramlara yüklenen manalar hususunda tartışmalar sürdüğü ancak kavramlarda uzlaşma sağlanamadığı için çoğunlukla bir sonuca varılamadığı ve bu yüzden bu gibi tartışmaların hâlâ varlığını sürdürdüğü görülmektedir. Bu kavramlar üzerindeki tartışmalar, sosyal problemlerin aslına çözüm aramaktan ziyade çok farklı eksenlere (gelenekçi ve yenilikçi gibi) taşınmıştır.

Sosyal yapının önemli bir unsurunu oluşturan sosyal norm ve toplumsal değerler arasında hukukî ve dinî normlar önemli bir yere sahiptir. Bir değerler sisteminden oluşan İslâm hukukunun, insan ve insanla ilgili alanları düzenleyen nasslardaki dinamik normlar, yani içtihadi meseleler, İslâm hukukçuları tarafından akıl yürütülerek yorumlanır. Bu bağlamda akıl yürütme işlevini gerçekleştirecek yorumcunun, nassların ihtiva ettiği değerlerden hangisinin sabite ve hangisinin değişken değer olduğunu yeterince idrak etmesi ve yorumunu bu doğrultuda ortaya koyması daha emin ve tutarlı olacaktır. Zira bu ayırımın neticesinde hukuk sistemleri, gelişen ve değişen şartlara göre ortaya çıkan yeni olgulara (*hakkâniyet, adâlet, eşitlik ve makullük ölçüleri içinde*) yeni düzenlemeler yapmak zorundadır. Bu değişim Mecelle’de, “ezmânın tagayyürü ile ahkâmın tagayyürü inkâr olunamaz” ifadesiyle formüle edilmiştir. Değişmeyen tek şeyin değişim olduğu bu madde ile ilkeselleştirilmiştir. İslâm medeniyetinin temel özelliği kendi kültür kimliğinden kaynaklanan bir değerler sisteminin var oluşudur. İslâm medeniyet tarihi içinde ortaya çıkan sosyal kavram ve kurumlar, bu değerler sistemine uygunluk gösterdiği ölçüde meşruiyet kazanmıştır. Bu değerler sistemi ise son derece etkili ve geniş kapsamlı bir tutarlılık içinde bir bilgi disiplinine bağlanmış, bu bilgi disiplini de aşkın bir varlık telakkisine istinat ettirilmiştir. Dolayısıyla sosyal kavram ve kurumların gerçek meşruiyet zemini varlık-bilgi-değer sistemleri arasındaki bağımlılık ve tutarlılık ilişkisi içinde oluşmuştur. Böylece sosyal mekanizmalar için de değerler sistemine aykırı yorumlar ya da teamüller söz konusu olduğunda bu durum ya bir sapma olarak değerlendirilmiş ya da o mekanizmanın yapısal bozukluğuna bir işaret sayılmıştır.

Çağlar ve mekânlar ötesinde bütün insanları kapsayan evrensellikten bahsedebilmek için burada din ve şeriat ayrımı önemlidir. Din, insanlığın var edilmesinden itibaren Şâri’in tevhid akidesi üzerine kurduğu, bütün insanları kapsayan, vahye dayalı evrensel kanunlar manzumesidir. Şeriat ise insanın toplum içerisinde huzurlu bir hayat sürebilmesi için yaşadığı dönemde oluşturulan ve her an değişime açık kanunlar bütünüdür. Sünnetin sosyal ve iktisadi konuları içeren büyük çoğunluğu ise değişime açık alandır. Zira sünnetin bu kısmı dönemin toplumsal düzen ve mutluluğunu sağlamak amacı ile oluşturulmuş şer’i hükümlerdir. Vahyin dönemseller uygulamaları olması hasebiyle de şeriat alanını içerir. Hz Peygamber dünyalık işleri sahâbeden iyi bilmediğini ifade etmiş; zaman, yer ve şahısların özel durumlarına göre de şeriat alanı ile ilgili farklı hükümler ortaya koymuştur. İslâm toplumunun hukuki düzenlemelerini oluşturan hadisler, âdeta İslâm toplumunun yürürlükteki uygulamaları, kanun ve yönetmelikleridir. Dolayısıyla hukuki düzenlerin değişmesi, bu şartlara binaen konulan hükümlerin de değişebilir olduğunu göstermektedir. Nasslar, şeriat alanı ile ilgili genel normları vermekle yetinmiştir. Bunların uygulanabilirliği ya da bir hukuki düzenleme olarak genişlemesi veya daralması zamanlara ve örfelere bırakılmıştır. Bu bağlamda bir akıl ürünü olan içtihatlar, çağlar öncesinde Kur’ân ve sünnetten çıkarılan hükümlerdir. Sonuç olarak din ile şeriatın farklı bağlamda iki alan olduğu anlaşılmaktadır. Keza bu iki alan ayırımının iyi anlaşılması gerekmektedir. Hemen her

semavi dinin sorunu olan bu ayırım bir metodolojik algı hâline dönüştürülemediği sürece bu tartışmalar sürecektir. Bazı bilginler, din ve şeriat ayırımı yapılmadan toplumsal ilerlemenin sağlanamayacağı görüşündedirler. Şer'i (maddi) hukuk alanında yapılacak düzenlemelerle, ancak toplumsal ilerlemelerin mümkün olacağını savunurlar. Klasik kavram ve kurumlar ölse de bu kavram ve kurumların ruhlarını yaşatarak bu evrensel nasssın ilkesini fiili hayata tatbik ederler. Çünkü kanunlar toplumların örf ve adetlerine, terakkilerine göre zamanla yürürlükten kalkmakta ve yerini başka kanunlar doldurmaktadır. Zira mecelledeki *'ezmanın tegayyürü ile ahkâmın tegayyürü inkâr olunamaz'*, *'örf ile tayin nass ile tayin gibidir'* temel ve genel ilkeler de bunun göstergesi mahiyetindedir. Zira toplumların yasal düzenlemelerinin, sosyo-ekonomik, sosyo-kültürel ve sosyal-siyasete göre evrildiğini görüyoruz. Bu genel ilkelerin yasal düzenlemesi de Peygamber (sav) uygulamasıyla yapılmıştır. Buna da sünnet denilmiştir.

Kur'an; inanç, ibâdet, ahlâk ve hukuk alanında bir takım genel norm niteliğinde (adâlet, özgürlük, eşitlik ve şûrâ gibi) temel esaslar ihtiva etmektedir. Kurân'daki inanç, ibadet ve ahlâk prensiplerinin "zamanlar üstü" ve değişmez olduğu söylenebilir. Ancak zaman, mekân ve sosyal şartlar gereği sosyal hukuk alanı, mahiyeti itibariyle "değişken" olmak durumundadır. Hayatın zamanla değişen şartlarına hukukun uyum sağlaması, diğer bir deyişle değişebilen şartlar gereği ortaya konulan özel norm niteliğindeki hukukî hükümlerin de değişmesi zorunludur. Çünkü sosyal hayat boşluk kabul etmez. Eğer bir hukuk sistemi zaman çizgisinin belli bir kesitinde, o zamanın şartlarına göre düzenlenmiş hukuk kurallarını değiştirmeden koruma hususunda ısrar ediyorsa pratik gerçeği olmayan, teoride kalıp bir süre sonra devrini doldurmaya, geçerliliğini (yürürlüğünü) kaybetmeye mahkûm olur. Nitekim İslâm'ın oluşum sürecinde bile koşullar değiştiğinde hükümlerin değiştiğini görüyoruz. Vahyin getirdiği ilk düzenlemeler, toplumsal koşullar değiştiğinde bu yasalar, sosyolojik gerçeklikle uyum sağlamadığı için değiştiğini biliyoruz. Bilginler, bu değişime ister nesh, isterse tedricilik / merhale kavramıyla ifade etsinler, sonuçta yasalarda vahyin tecdidi de bilinmektedir. Öte yandan bu şer'i (hukuki) değişikliği dün vahiy yaptığı, bugün ise vahiy temel alınarak akıl ile yapılmasını yani sosyal gerçeklikten ve realiteden kopulmaması gerektiği anlaşılmaktadır. Sonuçta bilginler, vahyin nihai merhale ayetini hukukun yürürlük maddesi kabul etmiş, önce inen ayetleri ise nesh kapsamında değerlendirmiş ve yürürlüğünü durdurmuş olmakla farklı kavramla aynı maksada yönelmişlerdir. Daha sonra gelen bilginler, kimisi bu şer'i özel hükümleri mecaz, makâsıd, örfün değişimi ve tarihsellik gibi farklı kavramlarla İslâm hukukuna yürürlük sağlamaya çalışmışlardır.

Hemen her bilginin, İslâm hukukuna yürürlük sağlamak için, tarihsellik ve evrensellik, örf üzerine bina kılınan hüküm, örfün değişmesiyle hükmün de değişmesi, lafız ve mana (mekasid) ilişkisi, din ve şeriat ayırımı, naslar konusunda nesih anlayışı, hükmün üzerine bina kılınan illetin değişmesiyle, hükmün de değişebileceği prensibi, illet ve hikmet, hakikat ve mecaz anlayışı, Ehl-i Sünnet/sûra ile icmâ gibi yürürlük metotlarıyla aynı gayenin tahakkuku için farklı kavram ve yöntemleri kullanmış oldukları anlaşılmaktadır. Bilginler, kavram savaşı başlatarak birbirlerini ötekileştirme yolunu seçmişlerdir. Çünkü bilginlerin bir kısmı İslâm hukukunun yürürlüğünü tarihsel yöntemde görürlerken; bir kısmı örf üzerine bina kılınan hükümlerin, örfün değişmesiyle nasssın hükmünün de değişeceği ilkesini ileri sürmüşlerdir. Keza bir kısmı nasların mekasidini ileri sürerek problemi çözmeye çalışmışken; bir kısmı din ve şeriat ayırımı yaparak dinin değişmez ilkelerinin olduğuna, şeriatın ise değişebilirlik özelliğine dikkat çekmişlerdir. Öte yandan bir kısmı illetin değişmesiyle hükümlerin değişme ilkesine sığınırken; bir kısmı da özel ve genel norm ayırımını esas kabul etmişlerdir. Hiç kuşkusuz bu çalışmaların her biri, problemleri çözmek ve İslâm hukukuna yürürlük sağlamak maksadıyla bir gayretin ve algnın samimi niyetleridir. Düşünce dünyasında farklı içtihatların olması kadar doğal bir durum da yoktur. İslâm hukukuna yürürlük sağlamak amacıyla birbirinden çok farklı açılardan bakan bilginler, farklı metotlarla aynı gayenin tahakkuku için çözüm üretmiş, farklı araçlarla aynı alana yolculuk yapmışlardır. Ancak bu kavramlar dövüşüyle hakikatın ortaya çıkmasında akıldan ziyade duygusallığa esir düşmüşlerdir. Bilinmelidir ki İslâm hukukuna yürürlük sağlayan tüm bu içtihatlar, bireyleri dışlamak için bir araç olmamalı, aksine zannî nasların

anlaşılmasında olabildiğince özgür imkân sunmalıdır. Zira zannî meselelerde hiçbir içtihadın mutlak doğruluk özelliği taşımadığı aşikârdır.

Bilindiği gibi nassların yorumlarının toplumsal kabul görmesi ve yürürlüğe konulması için Ehl-i Sünnet ve'l cemaat yani şura ile icmâ anlayışı tam bu noktada önemli bir ilkedir. Bu içtihadlardan hangisi ortak akılla, şura ile icmâ yöntemiyle yürürlük maddesi yapılırsa ancak bu hüküm ümmet için bağlayıcı olmaktadır. Diyanet İşleri Başkanlığımız, bu düşünce üretiminden elde edilen görüşleri analiz ederek toplumun kültürüne en uygun olanına, şura ile icmâ prensibine göre ortak akılla bir sentez kararı vermeli, verdiği karar nass gibi bağlayıcı olmalıdır. Ehl-i Sünnet felsefesinin pratik göstergesi tefrikayı değil, tevhidi esasın hukuki birliğini, ümmetin şهادeti olan orta yolu ve örnekliliğini ifade etmektedir. Toplumsal değerlerin korunması ve geliştirilmesinde, hiç kuşkusuz ortak aklın ve genel kabullerin benimsenmesi daha isabetli bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır.

KAYNAKÇA

- Apaydın, H. Yunus, Fıkıhın Kaynakları (Nass ve İctihat), Ay Yayıncılık, Ankara 2017.
- Ali Haydar, Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, (Arapça), Beyrut trs.
- Atar, Fahrettin, Fıkıh Usulü, MÜİFY, İstanbul 1988.
- Acar, İsmail, "Osmanlı Kanunnameleri ve İslâm Ceza Hukuku", *D.E.Ü İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Sayı XIII/XIV, 2001.
- Aral, Vecdi, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, Filiz Kitabevi, İstanbul 1991.
- Bilge, Necip, Hukuk Başlangıcı, Turhan Kitabevi, Ankara 1990.
- Bulaç, Ali; "Kur'ân, Tarih ve Tarihsellik", Kur'ân'ı Kerim, Tarihselcilik ve Hermenötik, Işık Yayınları, İzmir 2003.
- _____ ; "Kur'ân'ı Okuma Biçimi Olarak Hermenötik", *İslâmî Araştırmalar Dergisi*, C. 9, S. 2, Ankara 1996.
- Cin, Halil, "İslâm Hukukunun Dinamizi", Adli Makale, Diyanet Dergisi, Ankara 1981.
- Cevzi İbn Kayyım, Muhâmmmed b. Ebu Bekr, İ'lâmü'l-Muvakkıin an Rabbi'l-Âlemin, Beyrut 1993.
- Çiftçi, Adil; "Fazlurrahman İle İslâm'ı Yeniden Düşünmek", Kitabiyat, Ankara 2000.
- Demir, Recep; "Kur'ân Tefsirinde Tarihselci Yöntem", Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Konya 2004.
- Dönmez, İbrahim Kâfi; "Fıkıh Usulü İncelemeleri", İsam Yayınları, İstanbul 2014.
- _____, Fıkıh Usulü İncelemeleri, İstanbul, 2014
- Ebu Zehra, Muhâmmmed; İslâm Hukuk Metodolojisi Fıkıh Usûlü, (çev. Abdulkadir Şener), Fecr Yayınevi, 11. bs., Ankara 2013.
- Erturhan, Sabri; "İslâm Ceza Hukuku Etrafındaki Tartışmalar", Rağbet Yayınları, İstanbul 2008.
- Fazlurrahman; "İslâm ve Çağdaşlık", (çev. Alparslan Açıkgenç, M. Hayri Kırbaşoğlu), Ankara Okulu Yayınları, 1996.
- _____ ; "İslâm", (çev. Mehmet Aydın ve Mehmet Dağ), Ankara Okulu Yayınları, Ankara 2004.
- _____ ; "Tarih Boyunca İslâmî Metodoloji Sorunu", (çev. Salih Akdemir), Ankara Okulu Yayınları, Ankara 1995.
- Garaudy, Roger; "20. Yüzyıl Biyografisi Garaudy'nin Felsefi Vasiyetleri", (çev. Ahmet Zeki Ünal), Fecr Yayınevi, Ankara 1998.

- Görmez, Mehmet; “Sünnet ve Hadisin Anlaşılması ve Yorumlanmasında Metodoloji Sorunu”, Ankara 1997.
- Güler, İlhami; “Sabit Din Dinamik Şeriat”, Ankara Okulu Yayınları, Ankara 1999.
- Güriz, Adnan, *Hukuk Başlangıcı*, Siyasal Kitabevi, Ankara 1997.
- Kahraman, Abdullah; “Çağdaş Fakihler İçtihat Kapısını Açabildi mi? (İçtihat Teorisi ve Günümüzde İçtihat)”, Türk Bilimsel Derlemeler Dergisi, 2009.
- Karaman, Hayreddin, İslâm Hukukunda İçtihat, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara 1985.
- Karadavi, Yusuf; “İslâm Hukuku Evrensellik-Süreklilik”, (çev. Yusuf Işıcık, Ahmet Yaman), Nida Yayıncılık, 2. bs., İstanbul 2014.
- Kotan, Şevket; “Kur’ân ve Tarihselcilik”, Beyan Yayınları, İstanbul 2001.
- Koca, Ferhat, İslâm Hukuk Metodolojisinde Tahsis, İsam Yayınları, İstanbul 1996.
- _____ : “İslam Hukuk Usulünde Daraltıcı Yorum Metodu Olarak Tahsis”, İslami Araştırmalar Dergisi, C.16, sayı.3, Konya 2003.
- Önder, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.
- Özcan, Zeki; “Teleolojik Hermenötik”, Alfa Yayınları, İstanbul 2000.
- Öztürk, Hamdullah Bayram; “Kur’ân-ı Kerim Açısından Tarihselci Yaklaşım”, Sakarya Üniversitesi SBE, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Sakarya 2003.
- Öztürk, Mehmet; “Hz. Ömer’in İçtihatlarının Fıkhi İlkelerdeki Karşılığına Bakışlar”, Amasya Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, s. 2, 2014.
- Öztürk, Mustafa; “Kur’ân’ın Tarihsel Bir Hitap Oluşu Keyfiyeti”, İslâmî İlimler Dergisi, Çorum Çağrı Eğitim Vakfı, Yıl 1, S. 2, Ankara 2006.
- Suyûtî, Celâleddîn, el-Eşbâh ve’n-nezâir, Dâru’l-kütübi’l-ilmiyye 1990.
- Şa’ban, Zekiyyüddin; “İslâm Hukuk İlminin Esasları (Usûlü’l-Fıkh)”, (çev. İbrahim Kafi Dönmez), 18.bs., Ankara 2013.
- Şimşek, Murat; “İslâm Hukukunda Bağlayıcılık Bakımından Hz. Peygamber’in İctihat ve Tasarrufları”, Diyanet Vakfı Yayınları, 2. bs., Ankara 2011.
- Şâtübî, Ebû İshâq, el-Muafakât fi Usûlu’s- Şerîa (Neşir, A. Dıraz), IV, Beyrut trs.
- _____ : el- İ’tisâm, Beyrut 1991.