

ÇAĞDAŞ PROBLEMLER KARŞISINDA İSLÂM HUKUKUNUN YAPISI VE DİNAMİZMİ HAKKINDA BİR TAHLİL

Hadi SAĞLAM (*)

Özet:

Bilindiği gibi, İslâm hukukunun temel kaynakları, **Kur'ân ve sünnettir**. Bu temel kaynaklarda *bireyi mutluluğa, toplumu huzur ve güvene kavuşturacak ana prensipleri, açıklama ve yönlendirmeleri* bulmak mümkündür. Bu bağlamda Kurân'ın, umumiyetle **genel norm** niteliğinde *evrensel sabitelerle* gerçek bilginin öğretisini içerdiği, sünnetin ise, genelde **özel norm** niteliğinde *bireysel ve toplumsal pratikleri* oluşturduğu söylenebilir. İslâm hukukunun yazılı olmayan diğer bir kaynağı da "**akıl**" dır. Akıl sayesinde, nasların *anlaşılması ve yorumlanması* sağlanarak farklı dönem ve bölgelerde insanlığın karşılaştığı problemlere *genel veya özel* çözümler getirilebilmiştir. Zira sınırlı olan nasslar, sınırsız olan sosyal *olguların* bütününe içine almaz. Bu durum, zorunlu olarak **icthadî** gündeme getirmiştir. Toplumda yeni ortaya çıkan problemlerin çözümü için *icthad*, *hem dini bir görev* hem de pratik hayatın devamı için bir *zarurettir*. Şüphesiz ki, Kur'ân ve sünnette açıkça ele alınmayan çağdaş problemler, İslâm hukuk bilginleri tarafından, *hukukî (şer-î) deliller, nasların genel ruhu, genel hukuk kuralları ve bilimsel verilere* dayanılarak hukuk usulü disiplini (*hikmet-i teşrî ve mekâsıd-ı şeria*) içinde çözüme kavuşturulmaya çalışılmıştır. İslâm hukukunun mahiyeti ve özellikle sosyal değişme karşısındaki tavrı, bugün üzerinde çok durulan ve tartışılan bir konudur. İslâm hukukunun, bir taraftan kesin ve değişmez dinî hükümler içirdiği, bu yüzden de değişime kapalı olduğu iddia edilirken, diğer taraftan sabit prensipler çerçevesinde dinamik bir yapıya sahip olduğu da ifade edilmektedir. Bu çalışmamızda çağdaş problemlerin karşısında *İslâm hukukunun yapısı ve dinamizmi* hakkında bir tahlil yapılması amaçlandı.

Key Words. İslâm Hukuku'nun Yapısı, Gelenekçi ve Yenilikçi, Sosyal Değişim, Genel ve Özel Norm, Dinamizm, Rey ve İcthad.

Abstract:

As it is known, the basic sources of Islamic law are Qur'an and sunna. It is possible to find out explanations and guidance from these basic resources in order to make individual to reach happiness and the society to reach peace and reliance. In this sense, it could be said that Qur'an contains the real knowledge of doctrine with universal statics that these statics have qualification of general norms, at the same time sunna composes individualistic and social practices that have qualifications of specific norms. Other sources of Islamic law which is unwritten is mind. In different time and regions Islamic law remedy for humanity when they meet problems generally and specially, thereby it provides of understanding and commenting of humanity by the logic. Forasmuch limited humanity does not cover unlimited social events. Hence, jurisprudence is came up by this event compulsory. In order to solve new problems of the society jurisprudence is extremely needed and it is also needed for maintaining practice life while it is religious duty. There is no doubt some of current social problems that these are not mentioned in Qur'an and sunna clearly tried to be solved by Islamic law's scholars with legal proofs. The spirit of humanity general law rules and scientific data. Islamic law's entity and especially its behaviours against social developments is one of the most argued concept by Islamic law's scholars currently. While it's claimed that Islamic law includes certain and unchanged religious judgment, on the other hand, it has dynamic structure under static principles is expressed. In this study we proposed to make an analysis on the structure and dynamism of Islamic law against contemporary problems.

Key Words. The Structure of Islamic Law, Traditionalist and Innovator, Social Change, General and Special Norms, Dynamism, *Ra'y and* *ijtihād*

*Erzincan Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Öğretim Üyesi

GİRİŞ

Çağdaş problemlerin her birine İslâmî çözüm aranırken; problemin *İslâm Hukuk Metodolojisi* açısından ele alınması, hukuka yardımcı araçlarla çözüme temel teşkil eden *ana unsurlardan* hareket edilmesi, hem daha sağlıklı hem de daha emin yol olarak görülmektedir. Fıkıh, İslâm hukukunun yürürlüğünü sağlama, canlı ve yaşanabilir kılma bilgi ve becerisi olarak algılanır. Bu bağlamda İslâm hukuku, Şâri'nin maksadını bulup çıkarmak ve onu, insanlar arasında yaşanır kılmak gibi yüce bir gayeye hizmet etmektedir. Onun bu görevini ifa edebilmesi, ancak müçtehidin, *aslî ve ferî* kaynakları kullanma kabiliyetiyle yakından ilgilidir. Zira ilahî dinler insan hayatını bütün yönleriyle düzenleyen *ana kaideler* ihtiva etmekte, *ahlakî temellere* dayanan bir toplum oluşturmayı hedeflemektedir.¹ İslâm hukuku da İslâm dininin bir parçası olup kaynağı itibariyle *ilahî bir hukuk* sistemidir. Doğal olarak da kanun koyucu *Allah ve Peygamberidir*. Kur'ân; inanç, ibâdet, ahlâk ve hukuk alanında bir takım *genel norm* niteliğinde (*adâlet, özgürlük, eşitlik, şurâ vb gibi*) *temel esaslar* ihtiva etmektedir.² Kur'ân'daki inanç, ibadet ve ahlâk prensiplerinin "*zamanlar üstü*" ve değişmez olduğu söylenebilir.³ Ancak *zaman, mekân ve sosyal şartlar* gereği hukuk, mahiyeti itibariyle "*değişken*" olmaktadır. Hayatın zamanla değişen şartlarına hukukun uyum sağlaması, diğer bir deyişle *özel norm* niteliğindeki hukukî hükümlerin de değişmesi *zorunludur*.⁴ Çünkü sosyal *hayat boşluk kabul etmez*. Eğer bir hukuk sistemi zaman çizgisinin belli bir kesitinde o zamanın şartlarına göre düzenlenmiş hukuk

¹ Bu bağlamda hukukî hükümlerin de ahlakî bir temeli vardır. Bu **düalist** yapıda, ahlak olması gerekeni, hukuk olanı ele alır. Ahlak, vicdan ve hukuk temelinde adaletin (hukukun) yürürlüğüne katkı sağlar.

² İslâm hukukunda ahkâm içeren nasslar, genel teşrî getiren hükümler ile özel teşrî getiren hükümler şeklinde bir taksim ve değerlendirmeye tâbi tutulur. Genel teşrî getiren hükümler sabittir ve hiçbir zaman değişikliğe maruz kalmazlar. Bu tür hükümlerin zamana, mekâna, herhangi bir milleden, örf veya âdete göre farklılık arz edecek unsurlar taşımaması gerekir. Günümüz deyimleriyle genel teşrî getiren hükümlerin evrensel nitelikte olması gerekir. Buna karşılık özel teşrî getiren hükümler ise, çoğu defa ilgili olduğu olaya ait olur ve değişebilir. İşte bu yüzden, her **iki türden ahkâmın birbirine karıştırılmaması** zarûreti vardır. Taf. Bkz. Erdoğan, Mehmet, **İslâm Hukukunda Ahkâm Değişmesi**, MÜİFV Yayınları, İstanbul 1990, s. 123; Bkz, Mer'î hukukumuzda genel ve özel normlar hak. Bkz. Kuluçlu, Erdal, "**Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkileri**" adlı Makalesi, **Sayıştay Dergisi**, sayı. 71, s. 8.

³ Allah ile kul arasındaki ilişkileri düzenleyen, itikat, ibâdet ve ahlakla ilgili hükümlerin değişmesine gerek olmadığı kanaati hâkimdir. Erdoğan, s. 126-145; Ne var ki bu keyfiyet, itikat, ibâdet ve ahlakla ilgili alanlara müteallik hükümlerin büsbütün içtihadı mesâğ olmayan nass alanı içinde olduğunu göstermez.

⁴Taf. Bkz. Apaydın, Yunus, "**Çağdaş Kavram ve Kurumlar İslâm'ın Neresinde Bulunur**" Adlı Makalesi, **İslâm, Sivil Toplum, Piyasa Ekonomisi**, Liberte Yayınları, 1. Baskı. 1999, s. 80; aynı bilginin, "**İslâm Hukuku'nun Sistem ve Terminoloji Problemi**" Adlı Tebliği, 19 MÜİFD, Günümüz Din Bilimleri Araştırmaları ve Prensipleri Sempozyumu, (27–30 Haziran, Samsun 1989), 19 MÜİFY. S.491–496 ve "**Yöntem(sizlik) Sorunu Üzerine**", Adlı Makalesi, İslâmiyyât Dergisi, III, sa. 3, Ocak-Mart 2000, s. 114; Hassan, Ahmed, **İslâm Hukukunun Doğuşu ve Gelişimi**, (Çev: Ali Hakan Çavuşoğlu-Hüseyin Esen), İz Yayıncılık, İstanbul 1998, s. 38; Dere, Ali, "**Bazı Çağdaş İslâm Hukukçularına Göre Şeriatın Tatbiki Sorunu**" Adlı Tebliği, **İslâmiyyât Dergisi**, I, sa. 4, Ekim-Aralık 1998, s. 109; Aktan, Hamza, **Çağdaşlaşma Sürecinde İslâm Hukuku**" Adlı Tebliği, **İslâm ve Modernleşme, II. Kutlu Doğum İlimi Toplantısı**, İSAM. Yayınları, İstanbul 1997, s. 168; İslâm'ın sabite ve değişken alanı hakkında bkz. İnan, Ahmet "**Fıkıh Usulünün Temel Parametreleri Açısından Bazı Güncel Meselelere Kısa Bakışlar**" Adlı Makalesi, İslâmiyyat Dergisi, II, sa. 2, Nisan-Haziran 1999, s. 101 vd; İnsan ve toplumu düzenleyen pozitif nizam ve kanunlar zamandan zamana, toplumdan topluma değişiyor. Ancak tabii hukukçulara göre, tabii hukuk daimidir ve değişmez. Çünkü o, kökünü ta insanın mahiyetinden almaktadır. Eski çağda *tabii hukuk*, orta çağda *tanrısal hukuk* kavramları, somut hukuk konularında doğru çözümü gösteren ebedî ve değişmez ilkeler kabul etmiştir. Taf bkz. Freyer, Hans, **İctimâî Nazariyeler Tarihi**, (Ter: Tahir Çağatay), Ankara Ü. Dil ve Tarih Coğrafya Fakültesi Yayınları, Ankara 1977, s. 14.; Güriz, Adnan, **Hukuk Felsefesi**, s. 149-154; Hırş, E., **Türk Ticâret Hukuku Dersleri**, İstanbul 1946, s. 80.

kurallarını değiştirmeden koruma hususunda ısrar ediyorsa *pratik gerçeği olmayan teorik kalmaya*, bir süre sonra devrini doldurmaya, geçerliliğini (*yürürlüğünü*) kaybetmeye mahkûm olur.⁵

İslâm medeniyetinin temel özelliği kendi kültür kimliğinden kaynaklanan bir değerler sisteminin var oluşudur. İslâm medeniyet tarihi içinde ortaya çıkan sosyal kurumlar, bu değerler sistemine uyum 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 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 teâmüller söz konusu olduğunda bu durum ya bir *sapma* olarak değerlendirilmiş ya da o mekanizmanın *yapısal bozukluğuna* bir işaret sayılmıştır.

Sosyal yapının önemli bir unsurunu oluşturan *sosyal norm ve değerler* arasında *hukukî ve dinî normlar* önemli bir yere sahiptir. Bir değerler sisteminden oluşan İslâm hukukunun, insan ve insanla ilgili alanları düzenleyen “*nass*” kaynaklı normlar; İslâm hukukçuları tarafından, “*akıl*” yürüterek yorumlanır.⁶ Bu konuda yorumcu, İslâm’ın kendi içindeki değerlerinden hangisinin *sâbite* hangisinin *değişken* değer olduğunu belirledikten sonra daha emin hareket edilebilir. Bilindiği gibi hukuk sistemleri, *gelişen ve değişen şartlara* göre ortaya çıkan yeni olgulara (*hakkâniyet, adâlet, eşitlik ve makullük ölçüleri içinde*) yeni düzenlemeler yapmak zorundadır.⁷ Bu *değişim* Mecelle’de, “*ezmânın tagayyürü ile ahkâmın tagayyürü inkâr olunamaz*”⁸ ifadesiyle formüle edilmiştir. 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 *değişmenin boyutu, saha ve sınırları ne*

⁵ Nitekim eski Yunan, Mısır, İsrail, Hint, Roma ve Germen gibi hukuk sistemleri bu âkıbete mahkûm olmuşlardır. Bu hukuk sistemleri, bugün için ancak hukuk tarihinin konusudurlar. Mesud, Muhammed Halid, **İslâm Hukuk Teorisi**, (Çev: Muharrem Kılıç), İz Yayıncılık, İstanbul 1997.s. 30; Aktan, “*İslâm Hukuku’nun Dinamizmi*” Adlı Makale, **Din Öğretimi Dergisi**, MEBY, sayı. 35, s. 20 -85; Yörük, K. Abdülhak, **Hukukun Umumi Prensipleri**, İÜHFY, İstanbul 1949, s. 21–46.

⁶ Akılın rölü hakkında bkz.Çelebi, İlyas, **İslâm İnanç Sistemlerinde Akılcılık ve Kadı Abdülcebbar**, Rağbet Yayını, İstanbul 2002, s. 11; İbn Rüşd, **İbn Rüşdün Felsefesi**, (çev: Nevzat Ayasbeyoğlu), AÜF Yayınları, Ankara 1995, s. 1–20.

⁷ Günümüzde insanının bireysel ve toplumsal ihtiyaçlarını sağlıklı bir şekilde temin edebilmesi için ortaya çıkan devlet otoritesinin bütün iş ve eylemlerinin hukuk normları tarafından belirlenmesi toplumsal yaşam için son derece önemlidir. İnsanların ve kamu kurum ve kuruluşlarının iş ve eylemlerinde uymak zorunda oldukları hukuk normları arasında takip edilmesi gereken bir hiyerarşi de bulunmaktadır. Günümüzde hiyerarşik normlar sistemi olan hukuk düzeninde, alt düzeydeki normların, yürürlüklerini üst düzeydeki normlardan aldığı kuşkusuzdur. Normlar hiyerarşisinin en üstünde evrensel hukuk ilkeleri ve anayasa bulunmakta ve daha sonra gelen kanunlar yürürlüğünü Anayasa’dan, tüzükler yürürlüğünü kanundan, yönetmelikler ise yürürlüğünü kanun ve tüzükten almaktadırlar. Bir normun kendisinden daha üst konumda bulunan ve dayanağını oluşturan bir norma aykırı veya bunu değiştirici nitelikte bir hüküm getirmesi mümkün bulunmamaktadır. Taf. Bkz. Kuluçlu, s. 1–22. Aynı durum, İslâm hukuk sisteminde de görülür.

⁸ Mecelle Md. 39. Taf. Bkz. Berki, Ali Himmet, **Açıklamalı Mecelle**, 2. Baskı, Hikmet Yayınları, İstanbul 1979, Md. 38; Zerkâ, Mustafa Ahmet, **Şerhu’l-Kavâidü’l-Fıkhiyye**, Dimeşk 1938, s. 227–229.

olacaktır? Hukukun ihtiva ettiği bütün hükümler, herhangi bir sınırlama olmaksızın bu değişmeye tabî mi olacaktır? Yoksa her türlü olumsuzluğa rağmen geçmişte hukuk adına konulan hükümler hiçbir değişikliğe tâbi olmadan devam mı edecektir? Keza dünün toplumunun hukuki problemleri ile çağımız toplumunun hukûkî problemleri *nitelik ve nicelik* bakımından aynı olmadığı da bilinmektedir. İslâmî normlar, İslâm tarihinde görülen sosyal değişmelere paralel olarak değişime tabi olmuşlardır. Bunu daha İslâm'ın ilk dönemlerinde Hz. Ömer'in içtihatlarında, daha sonra da fıkıh usulünün ilk kurucusu kabul edilen imam Şafi'nin Bağdat ve Mısır'daki farklı farklı içtihatlarında görebiliriz.⁹ Dinî norm ve değerlerin toplumda halen ne olduklarını gözlemleyebilmek için Diyanet İşleri Başkanlığı, Din İşleri Yüksek Kuruluna sorulan soruları, görsel, işitsel ve yazılı basında gündeme gelen soruların ve tartışma konularının sosyal değişme sonucu ortaya çıkanlarının yekûnu bir hayli fazla olup verilen fetvalar da geleneksel fetva kitaplarında rastlanılmayan ve kolaylaştırma prensibi gereği birçoğunun çağdaş cevaplar olduğu görülmektedir. Biz bu çalışmamızda çağdaş problemlerin çözümünde mutlak bir çözüm yöntemi sunma iddiasında olmamakla birlikte, İslâm hukukunun yürürlüğü konusundaki iddiaların varlığı yanında, çağdaş problemlere çözüm üretmede gelenekçi (muhafazakâr) ve çağdaş (yenilikçi) kanatların görüşlerini arz ettikten sonra İslâm hukukunun yapısı ve dinamizmini ele almaya çalışacağız. Bu bağlamda toplumsal yapıların belirleyici karakteristik özellikleri önem arz eder.

I. TOPLUMSAL YAPILAR

İnsanlık tarihi boyunca toplumsal yapılar; *sosyo-ekonomik* gelişim sürecinde, ilkel toplumlardan, tarım toplumuna, tarım toplumundan, sanayi toplumuna, sanayi toplumundan bilgi toplumuna doğru farklı, yapısal bir değişim göstermiştir. Buna bağlı olarak, her dönemin kendine özgü niteliklerinden kaynaklanan etkileşim ve iletişim biçimleri yanında yeni hukuk normları ve kavramları da ortaya çıkmıştır. Zira toplumsal kurumların temelinde sosyal normlar bulunur ve toplumsal hayat bu normların etrafında şekillenir.

Tarım toplumundan; insanların, *doğaya uyum sağlamaya çalıştığı*, geniş toprakların işlenmesi sonucunda elde ettikleri tarımsal ürünlerle geçimlerini temin ettikleri toplumsal yapı anlaşılır. Bu bağlamda, Hz. Peygamber döneminden itibaren; İslâm'ın ilk asırlarındaki (*hatta bu Selçuklu ve Osmanlı dönemine kadar uzatılabilir*) *sosyal yapının*, topluluklar arasında

⁹Şa'ban, Zekiyüddin, *İslâm Hukuk İliminin Esasları*, TDV Yayınları, Ankara 1990, s. 149-168; İmam'ı Şâfi, ilim öğrenmek adına pek çok beldelerde bulunduğu için fikhî görüşleri konusunda *kavl-i kadim (eski görüş)* ve *kavl-i cedid (yeni görüş)* olmak üzere çoğu konuda kendisinden iki görüş nakledilmektedir. İmam'ı Şâfi, Mısır'daki ikameti sırasında da "*kavl-i cedid*" denilen yeni içtihatlarını açıkladı. Mısır halkının yaşayışının, örf ve adetlerinin Hicaz ve Irak'tan daha değişik olduğunu görünce, halkın ihtiyaçlarına göre görüşlerinde bazı değişiklikler yapmış ve yeni içtihatlarda bulunmuştu. Bkz. Ebu Zehra, Muhammed, *İmam Şâfi*, (çev: Osman Keskiöglü), Ankara 1987, s. 136.

birbirlerinden pek farklı olmadığı bilinmektedir. Geleneksel toplumlara iktisâdî açıdan bakıldığında, kabaca bu dönemin toplumsal yapısını "**tarım toplumu**" olarak nitelendirmek mümkündür.¹⁰ Dolayısıyla bu zamanlarda, Hz peygamberin sünnetini benimseyip hayata geçirmek büyük ölçüde mümkün olabilmiştir.¹¹ Bu dönemlerde karşılaşılan (*günümüze göre az da olsa*) yeni problemler ve hukukî boşluklar ise, klasik fıkıh usulünde başvurulan "*kıyas*", "*istihsan*", "*maslahat (kamu yararı)*" ve "*siyâsetü'ş-şer'iyye (şer'i ve örfî hukuk)*" sosyal siyaset gibi yöntemlerle çözülebiliyordu. Bu bağlamda geleneksel tarım toplumlarının karakteristik niteliği, "*sosyo-kültürel*" temelli olup aşkın değerlerinin baskın olduğu söylenebilir.¹²

Sanayi devriminin; toplumların sosyo-ekonomik ve sosyo-kültürel yapılarını değiştirdiği, tarım toplumu şartlarından sanayi toplumuna geçişte birçok alanda problemleri ortaya çıkardığı bir olgu/realitedir. Bugünkü Batı medeniyetinin temelini teşkil eden sanayi inkılâbı, bir bakıma kültürdeki bir takım değişmelerin maddi hayata yansımalarının göstergesidir. Zira bu devrim, insanların tabiata, dünyaya, insana karşı görüşlerinde meydana gelen büyük değişme ve gelişmelere zemin hazırlamıştır. Sanayi toplumunda *doğanın kontrol edilmeye çalışılması* hedeflenmiştir.¹³ Sonuçta, sanayi devrimi, hukuk biliminde de büyük çapta bir zihniyet değişikliğini beraberinde getirmiştir. *Tarım toplumunda uygulanan bir kanunu, sanayi toplumlarında aynıyla uygulamak çoğu kez mümkün olamamıştır.*¹⁴ Bu devrimle birlikte borçlar hukukunda pek çok yeni hükümler vücut bulmuş, *ticaret hukuku, iş hukuku, eşya hukuku, sosyal güvenlik hukuku* gibi yeni hukuk branşları ortaya çıkmış bunlardan başka birçok hukuk dalında da yeni gelişmeler olmuştur. Bu durum, *emek-sermaye* ilişkilerinin yeniden düzenlenmesi zaruretini de ortaya çıkarmıştır.¹⁵ Bu bağlamda sanâyi toplumunun belirleyici nitelikleri ve kültür dokuları geleneksel toplum yapısından oldukça farklıdır. Genellikle modern toplum yapısı "*sosyo-ekonomik*" temelli olup düne göre aşkın değerleri zayıf olduğu söylenebilir.¹⁶ Ancak asırlar ilerledikçe özellikle sanayi devriminden sonra yeni problemlerin ortaya çıkmasıyla klasik içtihat ve yöntemlerin artık giderek yetersiz hale gelmeye başladığı görülmüştür.

¹⁰Bkz. Dilik, Sait, *Türkiye'de Sosyal Sigortalar; İktisadî Açından Bir Tahlili Denemesi*, AÜSBFY, Ankara 1971, s. 4 vd; Kırbaçoğlu, M. Hayri, *İslâm Düşüncesinde Sünnet*, Ankara Okulu Yayınları, 2. Baskı, Ankara 1996, s. 22. Genç, Mehmet, "18. Yüzyılda Osmanlı Sanâyii" Adlı Makale, *Toplum ve Ekonomi Dergisi*, sa. 2, Eylül, İstanbul 1991, s. 99; Kongar, Emre, *Türk Toplum Bilimcileri*, Remzi Kitabevi, İstanbul 1982, I, s. 379, İstanbul 1988, II, s. 41.

¹¹Kur'an'ın lafzi delaletinin aynıyle uygulanmasına gösterilen özenin, İslâm toplumunun esnekliğine engel olmadığını ifade etmiştir. Bkz. Özsoy, Ömer, "Müslümların Yenilenme Sorunları ve Kur'ân" Adlı Tebliğ, *Değişim Sürecinde İslâm*, TDVY, Ankara 1997, s. 8.

¹² Bkz. Dinçer, Ömer, "Müzakere Raporları", *1. Uluslararası İslâm Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi*, Kombad, Konya, 1977, s. 145.

¹³ Taf bkz. Erkan, Hüsnü, *Bilgi Toplumu ve Ekonomik Gelişme*, Kültür Yayınları, Ankara 1993, s. 3-9; Güngör, Türk Kültürü ve Milliyetçilik, Ötüken Yayınları, İstanbul 1997, s. 38; Yalçınkaya, Timuçin, "Sanayi ve Bilgi Toplumlarında Rekabet Ekonomisi" *Rekabet Bülteni Dergisi*, ESC Consulting Yayını, Yıl: 2001, Sayı: 5, 2001, s. 2.

¹⁴ Bkz. Aktan, "İslâm Hukukunun Dinamizmi", s. 22 -86.

¹⁵ Taf bkz. Dilik, Said, *Servetin Geniş Kitlelere Yayılması*, AÜSBFY, Ankara 1976, s. 18-36.

¹⁶ Taf bkz. Dinçer, s. 145-192.

Bilgi toplumunun temelini; bilgi, bilimsel düşünce ve bilişim teknolojisi oluşturmaktadır.¹⁷ Bilgi ve organizasyon toplumu olarak nitelendirilen çağımızda bilgi-iletişim teknolojisindeki gelişimlerin, bütün sektörlerin yanı sıra, *hukuk alanında* da farklı bilimsel katkılar sağladığı bilinmektedir.¹⁸ Böylece maddi sermayenin yerini *zihinsel sermaye* almıştır. Bu bilgi sayesinde yeni teknoloji ve ürünler geliştirilerek, “*doğayı aşma*” hedeflenmiştir. Zihinsel sermayenin belli bir yerle sınırlanmayan yapısı, *hukuk, yönetim ve toplum* ilişkilerini daha da değiştirmiştir.¹⁹

İslâm hukukçuları, toplumsal yapıların değişmesiyle yeni problemler ve kavramlarla karşı karşıya kalmışlardır. Uzun bir müddet bu kavramlara yüklenen manalar üzerinde tartışmışlar sürdürdüğü ve hala da sürmekte olduğu, kavramlarda uzlaşma sağlanamadığı için de çoğunlukla bir sonuca varılamadığı görülmektedir. Bu kavramlar üzerinde tartışmalar, çağdaş problemlerin aslına çözüm aranmaktan ziyade çok farklı eksenlere (*gelenekçi ve yenilikçi gibi*) taşınmıştır. Kavramlarda haliyle uzlaşma sağlanılmayınca problemlere çözüm üretme de çoğu kez mümkün olamamıştır.

II. ÇAĞDAŞ PROBLEMLER KARŞISINDA FÂKİHLERİN GELENEKÇİ (MUHAFAZAKÂR) TUTUMU

İslâm hukukunun Hz. Ömer’le başlayan dinamizmi, tarihin ilerleyen dönemlerinde *belki de idarî ve sosyal siyaset gereği* bilginlerin, fikir hürriyeti ruhunu adeta öldürmüş, içtihat kapısının kapandığı vehminin yayılmasından sonra da çağının problemlerine yönelik yeni çözüm faaliyetleri yapılamamıştır. Bu durum İslâm hukukunun değişen şartlara intibaksızlığından değil de idarî ve siyasî etkenlerin yanında fâkihler arasındaki muhafazakârlık psikolojisinin ve temayülünün hâkim olmasından kaynaklanmıştır.²⁰ Fâkihler, muhafazakârlık temayülü ile kendilerinden önceki imamların fihına tabi olmuş akıllarını, bu mezhep imamlarının söz ve

¹⁷ Bilgisayar ve iletişim teknolojilerindeki gelişmelerin yön verdiği bu yeni dönem “*bilgi toplumu*” olarak nitelendirilmiştir. Hızlı bir değişim sürecinin yaşandığı bu çağ da “*bilgi çağı*” olarak adlandırılmıştır. Bilgi toplumunda bilgi üretim yerleri ise; üniversiteler ve akademik araştırma merkezleridir. Bilgi toplumları, kitlesel refah, bilgi ve nitelikli insan sermayesinin önem kazandığı toplumlardır. Aktan, C.- Tunç, M. “*Bilgi Toplumu ve Türkiye*”, Adli Makale, **Yeni Dünya Dergisi**, Ankara 1998, s.118–134.

¹⁸ Sanayi ve teknolojik devrim, medeni ve sosyal şartların değişmesiyle, ilim, teknik ve teknolojik gelişmeler yanında iktisat, maliye ve iş hayatındaki gelişmeler; siyasi ve idari hukuktaki değişikliklerle birlikte, milletlerarası ilişkilerdeki yeni düzenlemeleri de beraberinde getirmiştir. Bu değişikliklere hukukun uyum sağlaması, adaletin sağlanması ve hukûki hükümlerin konulmasından hedeflenen maksatların gerçekleşmesi için kaçınılmazdır. Taf. bkz. Karaman, Hayrettin, *Günümüz Dini Problemleri ve Çözüm Yolları*” Adli Tebliği, **19 Mayıs İlahiyat Fakültesi Dergisi**, “Günümüz Din Bilimleri Araştırmaları ve Problemleri Sempozyumu, 27–30 Haziran 1989 19 MÜİFY, Samsun 1989, s. 12–25, s. 17–24.

¹⁹Taf bkz. Erkan, s. 69 70.; Aktan, C.- Tunç, M., s.118–134; Suç ve cezaların çeşitlenmesi yanında ispat hukukunda (*adli tıp, kriminal raporlar vb gibi imkânlar*) sayesinde ispatın sağlanması, bilişim teknolojisi verileri dururken ayı çıplak gözle görülmesinde ısrar edilmesi gibi problemlerin varlığı bilinir. Ayrıca, *ma’dumun beyi batılken, standardizasyon olayı, dini gün ve bayramların belirlenmesi, tıpta organ nakli, kâğıt para ve enflasyon, banka, borsa, sigorta, istatistik, emeklilik sistemleri, kıdem tazminatı, kat mülkiyeti, idari teşkilat yapısı, demokrasi, laiklik ve ülke kavramları* vb gibi pek çok alanda kendini göstermiştir. Taf. bkz. Hayrettin, *Günümüz Dini Problemleri ve Çözüm Yolları*”, s. 12-25.

²⁰ Bkz. Hallaf, Abdulvehhab, **Hulâsatu Târihi’t-Teşri’i-İslâmi**, 7. Baskı, Matba’atu’n-Nasr, Mısır 1956, s. 340–342.

ibarelerine hapsedmişlerdir. Daha sonra bu durum mezhep imamlarının içtihatlarının her toplumsal şart ve çağda değişmez nass telakki edilerek aşırı muhafazakâr bir anlayışla kutsal metinler olarak algılanmasına yol açmıştır.²¹ 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 problemlerin 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'ân 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.²² 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.

Sosyal değişim karşısında gelenekçi (muhafazakâr) Müslümanlar nasları yorumlarken Peygamberlere indirilen Kitapların içerik ve ahkâmındaki farklılaşma ile Kur'ân'ın nüzul sürecinde belirlenen ve Kurân metninin tanıklık ettiği değişimi (*nâsih-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, asrı saadetten sonra ortaya çıkan yeni sosyal olgular, dinde yenilik sebebi olamaz.²³ Sonuçta her

²¹ Karaman, Hayrettin, "Fıkıhta Gelenek ve Yenileşme" Adlı Tebliği, *İslâm Gelenek ve Yenileşme*, İSAM Yayınları, İstanbul 1996, s.38.

²² Taf. bkz. Apaydın, "İslâm Hukuku'nun Sistem ve Terminoloji Problemi" Köse, Saffet, *İslâm Hukukunda Kanuna Karşı Hile*, Birleşik Yayıncılık, İstanbul 1996, s. 181; Baktır, Mustafa, *İslâm Hukuku'nda Zaruret Hali*, Akçağ Yayınları, Ankara trs, s. 153-164; Aşur, b. Muhammet Tâhir, *İslâm Hukuk Felsefesi*, (Ter: Vecdi, Akyüz-Mehmet Erdoğan), 2. Baskı, İz Yayıncılık, İstanbul 1988, s.180.

²³ Erdoğan, s. 146-154: Kur'ân'la tebliğ edilen İslâm en mükemmel dindir. Allah'ın Kur'ân'daki son sözleri, onun tarihe söylediği son sözlerdir. Kur'ân bu formuyla ve içeriğiyle, insanlığın gelişiminin son noktası gözetilerek önceden kurgulanmıştır, dolayısıyla Kur'ân'ın lafza delaleti ebediyen kafi ve evrenseldir. Kur'ân hükümleri günümüz şartlarında uygulanabilecek yapıdadır ve toplumu bu hükümlere göre yapılandırmak gerekir. Kur'ân ile olgu arasındaki farklılaşmaya neden olan değişimi bir yozlaşma olarak görürler. Özsoy, s. 10.

ne olursa olsun İslâm hukukunun yürürlüğü açısından çağdaş problemlere çözüm bulunması İslâm hukukçularının bir görevi hatta inanç mecburiyeti de sayılabilir.

III. ÇAĞDAŞ PROBLEMLER KARŞISINDA İSLÂM HUKUKUNUN YENİ DÜZENLEME YAPMA MECBURİYETİ

Bilindiği gibi, bir değerler sistemine sahip olan İslâm, bütün hükümlerinde ferdin ve toplumun şartlarını ve özelliklerini göz önüne almış, belirlediği hedeflere ulaştıracak olan vasıtaların maksada uygun olmasını, buna göre ayarlanmasını istemiştir. Bundan dolayı İslâm, bir yandan mükellefin değişmesi, diğer yandan mükellef aynı kaldığı halde çevresi ve şartlarının değişmesi ile ortaya çıkan dinî problemlere çözümler aranmasını tabii ve zorunlu kılmıştır.

İslâm hukukunun yeni düzenleme yapma mecburiyeti hususunda göz önünde bulundurulması gerekli en önemli ilkelerden birisi de *adalet* ilkesidir. Hükümlerdeki değişmeler, hiçbir zaman adalet ilkesini zedeleyecek veya hukuka olan güveni yok edecek boyut ve ölçüde olmamalıdır. Zira adalet, toplumu teşkil eden bireylerin bir arada yaşamalarını temin eden en önemli unsurlardan biridir.²⁴ İslâm hukukçuları, körü körüne taklit etmek yerine, çağdaş problemler karşısında nasları temel alarak haksızlığa uğrayan bağımlılarına belirtilen ölçü ve ilkelere göre adaleti sağlamak ve problemlere çözümler üretmek için içtihat yapmak, değerlendirmek veya süzmek daha isabetli bir yaklaşım ve tavır olsa gerektir.

Çağdaş problemlerin her birine çözüm aranırken; gelenekçi yaklaşımın öne sürdüğü klasik çözüm yöntemlerinin artık giderek yetersiz hale gelmeye başladığı, problemleri çözümde artık yeni tartışmaları da beraberinde getirdiği bilinmektedir. Zira İslâm âlimlerinin bazıları tarafından (*bugünkü boyutlarda olmasa bile*) bu durum yavaş yavaş fark ediliyordu. İslâm hukuk bilginlerinden bu durumu gören İslâm âlimlerinden eş-Şâtibi (ö.790/1388) klasik yöntemlerin artık bütün imkânlarını kullandığını ve bu yüzden içtihat alanında görülen durgunluğun aşılmasının ancak "*Fıkıh Usulü*" nün yeni bir yaklaşımıyla, yeniden tesisiyle mümkün olacağını düşünüyordu. Zira ona göre bu yeni usul anlayışı, nasların lafızlarının analizi ve bu lafızlardan hüküm çıkarma veya nass olmayan konularda kıyas yapma yerine, Kur'ân'ın genel ilkelerine, maksat ve amaçlarına dayanmalıydı.²⁵ Nitekim eş-Şâtibi'nin işaret ettiği bu

²⁴Polater, Kadir, *Kur'ân Açısından Adâlet ve Zülüm*, Doğu Yayınları, Erzincan 2008, s. 248-252.

²⁵Bkz. Şâtibi, Ebu İshak İbrahim b. Musa; *el-Muvâfakât fi Usulî's Şer'i'a*, I, Mısır 1975, s.1-40. II, s. 7-30; Kırbaçoğlu, s. 22 naklen, el-Câbiri Muhammed Abid, *Vichetü Nazar Nahve İâdeti binai Kâdâya el-Fikri'l-Arabi el-Muâsir*, Beyrut 1992, s. 55-57; Aynı konu hak. taf. bkz. Aktan Hamza, *Çağdaşlaşma Sürecinde İslâm Hukuku*" Adlı Tebliği, *İslâm ve Modernleşme, II. Kutlu Doğum İlmî Toplantısı*, İSAM. Yayınları, İstanbul 1997. s.171 vd.; Öztürk, Mustafa, *Şâtibi'nin Kur'ân'ın Anlaşılmasına Yönelik Öncelikleri Üzerine Bir Çözümleme Denemesi*" Adlı Maklesi, *İslâmiyyât Dergisi*, III, sayı. 3, Ocak-Mart 2000, s. 71-94.

"tıkanma", zamanla İslâm âlimlerinin bazıları, " *ıctihat kapısının kapandığını*"²⁶ iddia etmeleri boyutuna ulaşmıştır. Kur'ân ve hadis metinlerinden yararlanarak karşılaşılan yeni durum ve problemlere çözüm aramakta başvurulan klasik yöntemler, bugün dahi pek çok İslâm ülkesindeki ilmî çevrelerde hâkim bulunmaktadır.²⁷ Bu yöntemlerin günümüz şartlarında yeterli olmayışı ve ihtiyaçlara cevap vermeyişi, birtakım temel eksiklik ve kusurlardan kaynaklanmaktadır. Bu temel eksiklikler, hadis metinlerini yorumlamada olduğu kadar Kur'ân-ı yorumlamada da söz konusudur. Bu alanda görülen tıkanmanın başlıca sebebi ise, bugüne kadar uygulanmış ve hâlâ da yaygın bir biçimde uygulanmakta olan klasik yöntemlerin *şekilci-lafızcı ve parçacı* karakteridir. Geçmişte olduğu gibi günümüzde de her eğilim ve her görüş, birbirine tamamen zıt bile olsa, kendisini destekleyecek bir hadis bulabilmektedir. Parçacı yaklaşım bununla da kalmamış, *Kur'ân/Hadis/Sünnet* bütünlüğünü sağlamayı da genelde ihmal etmiştir. Bunlara ilaveten, sünnetin oluşturduğu toplumsal şartların göz ardı edilmesi, hadislerin sebebi vürudu ile siyak sibakının gözden uzak tutulması, ayetlerin esbabı nüzulünün ve yapılan ıctihatların sosyolojik temellerine inilmemesi, ıctihatların her toplumsal şart ve çağda değişmez nass telakki edilerek aşırı muhafazakâr bir anlayışla kutsal metinler olarak görülmesi, problemlerin sağlıklı bir şekilde anlaşılmasını engelleyen nedenler arasında yer aldığı söylenebilir.

Kuşkusuz bu engellerin aşılması için "*şekil ve lafız*"a takılıp kalmayarak, bunların altında yatan ilke, amaç ve değerleri, yani özü yakalamayı esas alan²⁸, hadisleri kendi içerisindeki bütünlüğüyle, *Kur'ân ve Sünnet/Hadis* bütünlüğünü göz önünde bulunduran, sünnetin oluşturduğu tarihi çerçeveyi dikkate alan, bütün bunlara ek olarak sosyal bilimlerdeki çağdaş "*anlama metotları ve yorum farklılıklarından*" da yararlanma cihetine giden, yeni bir

²⁶Taf bkz Frank, E. Vogel, " *The Closing of the Door of İctihad and the Application of the Law*" AJISS, Vol. 10, No. 3, (Fall 1993), s. 396-401, (Ter : Halim Sırçancı), "*İctihat Kapısının Kapatılması ve Hukukun Tatbiki*" Adlı Makale, *İslâmi Sosyal Bilimler Dergisi*, II. sayı. 1, İnkılap Yayınları, İstanbul 1994, s. 95-100; Hallaf, s. 340-342; Bu iki makalenin taf. bkz. Taştan, Osman, "*İctihat Sorunu Üzerine Bir Literatür İncelemesi (Modern Literatür, Wael B. Hallaq ve Klasik Literatür)*" Adlı Makalesi, *İslâmiyyât Dergisi*, I, sayı. 3, Temmuz 1998, s. 73-91; Rıza M. Reşid, *İslâm'da Birlik ve Fıkıh Mezhepleri*, (Ter: A. Hamdi Akseki-Hayreddin Karaman), DİBYayınları, Ankara 1974, s. 195 vd; Karaman, *İslâm Hukukunda İctihad*, DİBY, Ankara 1985, s. 183; Modern çağda İctihâdî eğilimler hakkında taf. bkz. Musleh-ud-din, Mohammad M. A., *Insurance and Islamic Law*, Londra 1969, s. 89-105; Bkz. Fazlur Rahman, *İslâm*, (Ter: Mehmet Dağ - Mehmet Aydın), 2. Baskı, Selçuk Yayınları, İstanbul 1992, s. 112; Mahmasani, Suphi, "*Müslümanların Geri Kalmaları ve Kalkınmaları İslâm'ın Çağdaş Sosyal İhtiyaçları Karşılama Kabiliyeti*" Adlı Tebliği, *Yeni Gelişmeler Karşısında İslâm Hukuku*, 3. Baskı. Nesil Yayınları, İstanbul 1992, s. 59-87.

²⁷Konuya İslâm düşünce tarihi açısından bakıldığında, Kur'ân'ın inişinden itibaren çeşitli disiplinlerde ortaya konulan üretkenliğin, taklit süreciyle kesintiye uğratılması ve taklidin Müslümanlar arasında hâlâ geçerliliğini koruyor olmasının sonucu olarak, düşünce planında global (=küresel) bir çöküşün yaşandığı gözlemlenir. Taf. bkz. Bilgiseven, Kurtkan Amiran, "*İctihat Yetersizliğinden Doğan Problemler*" Adlı Makalesi, *Din Eğitimi Araştırmalar Dergisi*, sa. 2. İstanbul 1995, s. 47-67. Bardakoğlu, Ali, "*İslâm Hukuku Araştırmalarında Gelenekçilik*", Adlı Tebliği, *19 MÜİFD*, Günümüz Din Bilimleri Araştırmaları ve Problemleri Sempozyumu, 19 MÜİFY, 27-30 Haziran Samsun 1989, s. 479-484; Garaudy, Roger, "*Şeriat Nedir*" Adlı Makalesi, (Çev: Salih Akdemir), *İslâmiyyât Dergisi*, I, sa. 4, Ekim-Aralık Ankara 1998, s. 23; Apaydın, Yunus, "*İctihad*", *D.V.İ.A*, XXI, s. 432-445.

²⁸Köse, s. 80-85.

yöntem geliştirmekle mümkün olabilir.²⁹ Çünkü geçmişte yapılmış olan içtihatlar ve yorumlar, o dönemin düşünce ve toplum yapısını yansıttığından, bunların günümüzde de geçerli olması (*bazı istisnalar hariç*) genelde mümkün olmayabilir.³⁰ Her toplumu kendi özellikleri içerisinde değerlendirerek yapılacak yorumlar, kendi dönemlerinin şart ve ihtiyaçlarını göz önünde bulundurularak yapılmalıdır. İçinde yaşadığımız toplumda ihtiyaç ve şartlar (*hayatın her alanındaki değişikliklere paralel olarak*) değişmiştir. Nasıl ki değişen şart ve ihtiyaçlara uygun olarak her asırda Kur'ân yeniden yorumlanıyor,³¹ yeni yeni tefsirler yazılıyorsa, aynı şekilde sünnetin ve doktrinlerin sosyolojik temellerine inilerek yeniden yorumlanması da zorunludur. Zira geçmişte yapılan bazı çalışmaların ve ortaya konan eserlerin günümüzün ihtiyaçlarına cevap veremeyeceği aşikardır. Asıl olan, muayyen bir nassın veya içtihadın geçmiş toplumlarda hangi ihtiyacı karşıladığı, günümüz toplumunun ihtiyaçlarına da aynı ölçüde cevap verip veremeyeceğinin araştırılması gerekmektedir.³²

Şâtıbî, şeriatın amaçlarını esas olarak ortaya koyduğu genel maslahat teorisinden etkilenen bir kısım fâkihler, daha da ileri giderek, şeriatın amaçlarını *zaruriyyât, haciiyyât ve tahsiniyyât* kategorilerine ayırmışlardır. Bu bağlamda şayet şerî bir hüküm (*nass*) genel bir maslahatla çelişirse, genel maslahat tercih edilmelidir yargısına varmışlardır. Zira bu son düşünceye göre, zaten nasslar aslında bu maslahatları (*din, can, akıl, nesil ve mal*) korumak için gelmiştir. Hz. Ömer'in birçok içtihadında karşımıza çıktığı gibi ilgili nassın özel anlamı yerine Kur'ân'ın bütünsel anlamını (*ruhunu*) göz önünde bulundurmamız gerekmektedir.³³ Zira Hz. Ömer'den itibaren Kur'ân'ın toplanmasıyla başlayıp miras hukuku ile ilgili içtihatlarla,

²⁹Taf bkz. Onat, Hasan, "Türkiye'de Din Anlayışı ve Fazlurrahman" Adlı Makale, *Türkiye Günlüğü Dergisi*, sa.18, Bahar 1992, s. 6 vd; Kırbaçoğlu, M. Hayri, *İslâm Düşüncesinde Sünnet*, Ankara Okulu Yayınları, 2. Baskı, Ankara 1996, s. 22 vd; Köse, s. 90.

³⁰ Aktan, "İslâm Hukukunun Dinamizmi" s. 22.

³¹ Kur'ân'ı yorumlama teknikleri hakkında bkz. Jansen, J.J.G, *Kur'ân'a Bilimsel-Filolojik-Pratik Yaklaşımlar*, Fecir Yayınları, Ankara 1993. s. 11-23.

³² *Klasik dönemin içtihatlarıyla yeni problemlere çözüm arayışı artık tıkanma durumuna geldiğini gösteren birçok örnek verilebilir*: Örneğin, sanayi devrimi ile birlikte toplum içinde halkın büyük bir kesimini sermayenin egemenliği altına almış olan işverenlerle bu sermayeler karşılığında emeğini kiralamaktan başka imkânı bulunmayan işçilerin iş ilişkilerini klasik fıkıh kitaplarındaki "icare akdi" hükümleriyle düzenlemenin yetersiz kalacağı açıktır. Keza "İstisna akdinde" zanaat erbabının ürettiği eşyayı dikkate alarak, sipariş veren şahıs üretilen malı almaya dahi zanaatkârın onu bir başkasının satabileceğini hesap ederek sipariş verene rüyet muhayyerliği tanıyan evvelki fâkihlerin bu hükmünün mali portesi çok yüksek ihalelerde yani günümüz *istisna aitlerinde* uygulanamayacağı hususu mecele heyetinin dikkatinden kaçmamıştır. Ayrıca, klasik fukahânın reel bir değer taşıyan, itibari değeri ile gerçek değeri arasında cüzi bir fark bulunan altın ve gümüş paraları dikkate alarak koymuş oldukları **faiz sözleşmesi** bulunmadığı takdirde dahi, reel bir değer taşımayan, taşıdığı tüm değere itibari olan kâğıt paralar için de geçerli sayan, borç ilişkilerinde anapara kâğıdın üzerindeki rakamla tespit olunur zanneden görüş her yeni olayın kendine has birtakım özelliklerinin bulunduğunu dikkate almayan görüştür. Yani bu dönemde hep kıyasa başvurulmuş **istihsân** delili unutulmuş gibidir. Deniz ticaret hukukunun İslâm dünyasında deniz ticaret ihtiyaçlarına cevap verecek şekilde geliştirilememiş olması, Müslüman tacirlerin deniztaşırı ticari seferleri göze alamamalarına sebep olmuştur. Avrupalı tüccarlar hem gemilerini hem de yüklerini sigorta yaptıklarında deniztaşırı sefere rahatlıkla cesaret edebildikleri, Müslüman tacirlerin **sigorta teşkilatının** gördüğü fonksiyonu görebilecek bir hukuki müessese bulunmadığından aynı cesareti gösterememiş, deniztaşırı ülkelerde ticaret kolonileri kurup sömürgeci zihniyetle zenginleşirken İslâm dünyası bu gelişmelerden habersiz kalabilmiştir. Misalleri daha da çoğaltmak mümkündür. Taf. Bkz. Aktan, *İslâm Hukukunun Dinamizmi*, s. 85-90.

³³ El-Câbirî, Muhammed, Abid, *Arap İslâm Kültürünün Akıl Yapısı* (çev. Burhan Köroğlu, -Hasan Hacak, Ekerem Demirli), İstanbul 1999, s. 37-43.

divanların teşekkülü, âkile prensibindeki değişiklikler, sevad arazisinin mülkiyetinin devlete bırakılması, mükellefi kulübün paylarının ödenmemesi, kıtlık yılında hırsızlara haddin uygulanmaması, kayıp develerin korunmasıyla ilgili olarak Hz. Osman ve Hz Ali'nin değişik bir metot uygulamaları, bir lafızla üç talakın geçerli sayılmasıyla devam eden ve günümüze kadar gelen hükümlerdeki sürekli değişimler şâri'in maksadından ayrılmamak kaydıyla İslâm hukukunun her devire içtihat yoluyla hitap edilebileceğini göstermiştir.³⁴ İslâm hukukunun durgunluğu bazılarının göre, Hz. Ömer'den sonra asıl ortaya çıkmıştır.³⁵ Elbette ki İslâm hukuku açısından bu gelişme ve değişme gelişmesi güzel değil, Kur'ân ve sahih sünnetin genel muhtevasına ters düşmeyecek bir biçimde olacaktır. Fakat bu, hukukun *din* ile aynileştirilmesi anlamına da gelmez. Bu itibarla hukuk alanında, öze sadık kalmak şartıyla yapılacak köklü *yorum ve değişiklikler*, ilâhi otoriteye aykırılık ve dinden uzaklaşma olarak değerlendirilmemelidir. İslâm hukukunun, Kur'ân 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 çağdaş problemler karşısında nasların yorumu konusunda şu üç tip yaklaşım tarzı ortaya çıkmıştır. Muhafazakâr (gelenekçi), çağdaş (sekülerci) ve bu iki görüşü uzlaştıran bir üçüncü görüş (*orta yol da*) bulunmaktadır. Gelenekçi (*muhafazakâr*) bilginlerin sosyal değişim konusunda nasları nasıl yorumladıklarını yukarıda zikretmiştik. Sosyal değişim karşısında çağdaşçı (sekülerci) bilginlerin nasları yorumlamasına gelince; bu bilginler, Kur'ân'da genel ve özel ilkelerin varlığından hareket ederler. Bu bilginlere göre, bu evrensel dinî ahlakî genel ilkeler, olgusal tarihi özel duruma uygulanmıştır. Bunlar yasa mahiyetli tarihsel bir *kanun* hükmündedir. Bu özel tarihsel durumlara da *sebebi nuzul* denilmiştir. Fıkıh üsülü de özelde içtihat kurumu da tamamıyla bu varsayıma dayanmıştır. Bu içtihat sürecinde Kur'ân'ın özel hükümlerinin arkasında genel (*illet-sebep-hikmet*) ve giderek daha genel ve evrensel ilkeleri (*maslahat-mekasid-adalet*) yakalamak hedeflenmiştir. İchtihatlar, Kur'ân hükümlerinin tarihiyle ilgilenmek zorundadır. Gaye, Kur'ân'ı belli bir tarihsel döneme kapatmak değil, onu, içinde bulunduğu zamana müdahil kılarak bugüne, yeni tarihselliklere taşımaktır. Bu dinamik ilgiyle Kur'ân'ın evrensel mesajlarına ulaşmak için içtihat müessesesini işlevsel hale getirmek gerekir. Fıkıh usulünde, nass bulunmayan yerlerde gerektiğinde meşru maslahatlara göre hüküm verilir.

³⁴Konu hakkında tartışma ve bilginlerin görüşleri için bkz.Şa'ban, s. 154; Köse, Saffet, *Kur'ân Hükümlerinin Tarihselliği Meselesi*, Adli Makalesi, *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sa.7 Nisan 2006, s. 13–50;Çapan, Ergün, Kur'ân'ın Evrenselliği ve Tarihselci Yaklaşım, Adli Makale, *Yeni Ümit Dergisi*, sa.58, Aralık 2002, s.30; Çeker, Orhan, Saffet Köse'nin "Hz. Ömer'in Bazı Uygulamaları Bağlamında Ahkâmın Değişmesi Tartışmalarına Bir Bakış" Adli Makalesi Üzerine Bazı Mülâhazalar, *İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sa.7, Nisan 2006, s. 51–54.

³⁵Çelebi, s. 128.

Bazan da lafza göre değil, ruh ve manaya veya kitap ve sünnetin umumi kaidelerine dayanarak nasların lafızlarının aşıldığı görülür. Şüphesiz bu davranış, nassın hükmünün mesnedi olan, illetin değişmesiyle hükmün de değişmesi esasına bağlı bulunduğu için nassa muhalefet de sayılmamıştır. Sonuçta bu bilginlere göre, İslâm hukuku iki dinamik yapıya sahiptir. Birincisi; özel normları fiili yasama konumunda gördüklerinden yasanın toplumların ihtiyaçlarını karşılaması için değişmesidir. İkincisi ise, nasların illetinin değişmesi ile hükümlerin değişebileceği ilkesidir. Bu iki esas, çağdaş problemler karşısında İslâm hukukuna yürürlük sağladığı kabul edilir.³⁶ Sosyal değişim karşısında orta yolu takip eden bilginler ise, Allah'ın koyduğu bütün hükümlerde bir takım ana gayeler hedeflemiştir. Bu ana gayelerin sonuç itibarıyla insanların faydasıdır. Bu hükümlerde maksat ve maslahat asıl olmakla birlikte lafız da son derece önemli olduğu, hükümlerde maksat ve maslahata itibar ruh ise, lafız da ruhu ayakta tutan beden gibi algılanmıştır.³⁷ Bu bağlamda problemlerin çözümünde İslâm hukukunun yapısı önem arz eder.

³⁶ Bu bilginler tarihsellik durumunu başka bir ifade ile şöyle açıklamışlardır. Çağdaş problemler karşısında Kur'an'ın hitabı ile çağdaş durum arasında değişim ve yenilenme alanında problemler ortaya çıkmıştır. Zira Müslümanlar Kur'an'ın sustuğu alanlarda yenilenme yapabilirken; Kur'an tarafından belirlenen bazı ahkâm ayetleri (özel düzenlemeler) konusunda Kur'an'ın bıraktığı noktada kalma durumu ile karşı karşıya geldiler. Diğer bir deyişle esnek alanlarda kendilerini yenileyebilen Müslümanlar, bu özel alanda da kendilerini yenilediklerinde Kur'an'a sadakatlerinin haleldar olacağı endişesine kapıldılar. Bu görüş sahipleri, bu özel düzenlemelerin örf üzerine bina kılınmış ahkâmın (açık ve katî olmasından da anlaşılacağı üzere) kanun mahiyetli düzenlemeler olduğu bu kanun mahiyetli düzenlemelerin ise, zamanla hukuk mantığı gereği toplumların ihtiyaçlarını karşılayamayacağı görüşündedirler. Bu kanunlar, mevcut tarihsel ortamdaki örf olgusu üzerine bina kılındığından o günün şartlarını taşıyan bir miras ve cezalandırma yöntemi olduğu fikri hâkimdir. Örneğin Kur'an'ın bildirdiği bir ahkâma karşı miras, hırsızlık veya hadler gibi özel alanlarda yenilenme yapmak bazılarınca İslâm'ı değiştirmek gibi algılanmıştır. Bunu da Kur'an'ın hitabının lafzî delaleti ölçüt alındığında bu doğru bir tespit olmaktadır. Ancak Kur'an'ın ilkeleri açısından bakıldığında Müslümanların ilk dönemlerden beri pek çok kurum ve uygulamayı Kur'an'a rağmen bünyelerine aldıkları da görülür. O halde asıl sorun Kur'an'ın konuşma biçimine ilişkin olduğunu söylerler. Yani Kur'an miras ve hadler gibi hukuk alanında katî rakamlar belirlemeler yerine daha esnek dokulu ifadeler kullanmış olsaydı örneğin "mirası adil dağıtın" "cezalarda ilke caydırıcılıktır" gibi demekle yetinmiş olsaydı Müslümanlar İslâm'ı örfte aykırı da olsa çağın gerektirdiği düzenlemeyi bu alanda da gerçekleştirebileceklerdi. Üstelik Kur'an'a lafzî olarak sadık kaldıklarından da şüpheye düşmeyeceklerdi. Kur'an'ın hedefleri, Kur'an'ın lafzî delaletinden bağımsız olmamakla birlikte ondan farklıdır. Bu hedefleri göz önünde bulundurmayan bir Kur'an okuması, Kur'an'ın literal anlamına bağlı kalındığı halde bu hedeflerden uzaklaşılmasına götürecektir. Kur'an ne çağdaş kavramlarla konuşmakta ne de çağdaş sorunları ele almıştır. Kur'an'ın hitabı bu çağa yönelik olmadığına göre, Müslümanlar ya Kur'an'a rağmen çağdaşlaşmayı ya da çağdaş duruma rağmen Kur'an'a sadakati tercih etmek durumundadırlar. Bu ağır sorumluluk karşısında titrek kalemlerin olması da doğaldır. Zira Müslümanların Kur'an'a sadakatten vazgeçmeyecekleri düşüldüğünde, gelenekçi Müslümanların tutumları bize daha Müslüman'ca görünse de sonuçta her iki tutum da olgusalı, muhafazakârlar asrısaadet olarak isimlendirdikleri tarihsel bir durumu, çağdaşçılar da modern olarak nitelendirdikleri tarihsel bir durumu değer haline getirmek gibi mahiyet farkları ortaya koymaktadırlar. Özsoy, s. 7-14; Polat, Selahaddin, "Hz. Peygamber'in Sünneti ve Değişim" Adlı Tebliğ, **Değişim Sürecinde İslâm**. TDV Yayınları, Ankara 1997, s.15-21. Bkz. Paçacı, Mehmet, "Kur'an ve Tarihsellik Tartışmaları", Adlı Tebliği, **Kur'an'ı Anlamada Tarihsellik Sorunu Sempozyumu**, Bayrak Yayınları, Bursa 1996, s.17-29.

³⁷ Kur'an'ın hitabı ile çağdaş durum arasındaki ilişkiye yönelik sosyal siyaset açısından daha umut verici bir yaklaşım gibi duruyor. Bu orta yolu takip edenler gelenekçilerden Kur'an hitabının evrensellik ilkesini, çağdaşçılardan ise, çağdaş durumun terakki olduğu noktasını esas alarak hem Kur'an'ı hem de çağdaşlığı birer değer kabul etmişlerdir. Zira Kur'an tedrici olarak hadiseler ve olgulara binaen 23 küsur yılda indiği, Kur'an'ı tarihin içinde incelediğimizde onun olgu ile karşılıklı bir diyalektik ilişkiye girdiğini görüyoruz. Ayetin nüzul döneminde o dış dünyadaki değişimin kısmen öznesi, kısmen de nesnesi olmuştur. Elimizdeki Kur'an metnindeki hitabın bize yönelik olmayışının nedeni Kur'an'ı hitabın nüzul tarihiyle arasındaki bu kaçınılmaz ve doğal bağdan başkası değildir. Her üç görüş sahipleri de mutlak doğru yolda olduklarını iddia etmemektedirler. Zaten esbabı nüzul ve olguya göre hüküm kurulunca o günün örfü üzerine hüküm bina edildiği noktasında birleşmiş olsalardı sorun daha kolay yaklaşılabilirdi. Tarihselcilerin sosyal örf olarak gördükleri bu özel düzenlemeleri diğer kesim tarihsel olgunun bir örf olarak görmemesinden kaynaklandığı

IV. ÇAĞDAŞ GELİŞMELER KARŞISINDA İSLÂM HUKUKUNUN YAPISI VE DİNAMİZMİ

Bazı hukukçular, bir takım gerekçeler ileri sürerek İslâm hukukunun yapısının statik olduğunu iddia etmişlerdir.

İslâm hukuk yapısının statik olduğunu *iddia edenlere göre*; din, Allah tarafından konulmuş ve hayatın bütün yönlerini içine alan temel kurallar içeren hükümlerden oluşmuş olduğu için statik ve değişmeye kapalıdır. Hâlbuki İslâm hukuk öğretisinde statik bir metot takip edilmiş, yapılan içtihatlar değişmez (*dinî*) sabiteler olarak algılanmış, içtihat kapısı kapanmıştır. Hayat ise sürekli değişme ve gelişme halinde olduğundan, din kuralları geldiği dönemdeki günün ihtiyaçlarına cevap verse de bu günün problemlerine çözüm getiremez. Dinî kurallara uymak demek; her türlü gelişme ve ilerlemeye kapalı olmak, modern hayatı çözümsüzlüğe götürüp dondurmaktır. Sonuçta din kurallarının Allah ile kul arasındaki ibadetleri, hukuk kurallarının ise, dünya münasebetlerini tanzim etmesi gerekir. Bu sebeple, din işleri ile dünya işlerinin birbirinden ayrılması gerektiğini, din ve ahlak kuralları ile hukuk kaidelerinin birbirinden ayrılmasını medeniyetin bir başarısı olarak görürler.³⁸

Bunların karşısında İslâm hukukunun dinamik bir yapıya sahip olduğu görüşünde olan bazı hukuk bilginlerinin gerekçeleri şöyledir. Nasslar, olayların çözümünde *genel prensipler* getirmiş ve *bilinçli boşluklar* bırakmış, her topluma (*zaman, mekân ve sosyal şartlarına*) uygun kendi ihtiyaçlarını karşılayabilecek bir hareket alanı sağlamış olması, İslâm hukukunun yapı ve öz olarak dinamik olduğuna işarettir.³⁹ Nasslar'da, adaletten sapmamak, sağlam zeminde yürümek için bazı temel prensipler, köşe taşları olarak belirlenmiştir. Bu sebeple, her türlü problemin çözümü için bu esaslarda bir temel bulunabilmektedir. Bu yüzdendir ki İslâm hukuk literatürü tetkik edildiğinde nasslar, *muhkem ve müfesser* ayetler dışında üzerinde ihtilaf vaki olmamış konu neredeyse yok gibidir. İnsanlık ve sosyal hayat daima tekâmül halinde olduğundan insanı ilgilendiren olaylar, sınırsız olup naslarda her olay için bir hüküm tayin edilmesi de söz konusu değildir. Bundan dolayı özünde çok çeşitlilik arz eden fiil ve olayların ortak ve sabit karakterlerini ihtiva eden *genel prensiplerin* vazedilmesi İslâm hukukunun

sanılmaktadır. İslâm hukuk bilginlerinin bu rey ve içtihadı görüşleri, İslâm hukukunun yürürlüğü konusunda iyi niyetli gayret ve çaba olarak görülmelidir. Özsoy, s. 11; Polat, s. 20.

³⁸ Baz, jean, *Essai sur la fraude a la loi en droit musulman*, Paris 1938 s. 1. s.1–9) Ali Khan, Mir Siadat, "The Mohammedan Laws against Usury and how they are evaded" Journal of comparative legislation II, 1929, s.238–239; Arsal Sadri Maksudi, *Hukuk İlmî ve Sosyoloji I, Hukuk Kavaidi ve Hukuk İlmî*, AÜHF Dergisi, Ankara 1964, s. 21; Köprülü, M. Fuat, *Fıkıh, İslâm Ansiklopedisi*, VI, MEBY, İstanbul 1940, s. 614; Veldet, Hıfzı, *Medeni Hukuk*, İstanbul 1945, s. 24–25 Gözübüyük, A. Şerif, *Hukuka Giriş*, Ankara 1986, s.13; İmre, Zahit, *Medeni Hukuk Giriş*, İstanbul 1945, s. 25; Bilge, Necip, *Hukukun Başlangıcı*, Turhan Kitabevi, Ankara 1980, s.26 Arsebük, Esat, *Medeni Hukuk*, İstanbul 1938, s. 17.

³⁹Bardakoğlu, "İslâm Hukuku Araştırmalarında Gelenekçilik", s. 481.

esnekliğini ve dinamizmini göstermektedir.⁴⁰ Sözelimi yönetim hususunda Kur'ân'ın vazettiği ve Hz. Peygamberin de çok önem vererek tatbik ettiği “*şurâ esası*” genel bir prensiptir. Kur'ân, konunun ayrıntılarını İslâm hukukunun temel çerçevesinde belirlenmek üzere idarecilere bırakmıştır. Bu genel prensipler zaman ve mekân üstü bir niteliğe sahip olduklarından her toplumun aradığı çözümü İslâm'da bulabilmesine imkân tanınmıştır. Kur'ân ibadet konularında ayrıntıya girerken diğer hukuk konularında genel prensipler vaz edip ayrıntıya girmemiştir. Oysa Kur'ân'da genel kaideler ve esaslar icmâlen beyan edilmiştir. Bu esasların çok az bir kısmı açıklamaya muhtaç değilken bazıları *mücmel ve kapalı tefsir ve teville ihtiyaç* olduğundan sünnet, diğer deliller ve içtihatla tafsilatlı beyana muhtaçtırlar.⁴¹ Kur'ân; “*adaletin ikamesi*”⁴², “*şura prensibi*”⁴³, “*suç-ceza dengesi*”⁴⁴, “*haksız kazancın haramlığı*”⁴⁵, “*hayırda yardımlaşma*”⁴⁶, “*sözleşmelere uyma*”⁴⁷, “*güçlüğü kaldırılması*”⁴⁸, “*kolaylık prensibi*”⁴⁹, “*zaruretin haram olan şeyleri mubah kılması*”⁵⁰, “*eşyada asıl olan ibâhadır*”⁵¹, “*hiç kimse başkasının günahını yüklenemez -şahsi mesuliyet*”⁵² gibi genel kaideler getirmiştir.

İslâm hukukuna dinamizm sağlayan bu esnek yapı, nasların daha sonraki asırlarda ortaya çıkan yeni problemler karşısında yorumlanması, bu boşlukların serbest doktriner görüşlerle doldurulması ile belli bir muhteva ve sistematik bir yapı kazandırmıştır. Nasslar çerçevesinde problemlere çözüm aranırken anlayış ve metot farkından dolayı aynı meselede farklı görüşler ortaya çıkabilmiştir. Kaynak, temel çerçeve ve öz aynı olduğundan hukukî değer açısından bu içtihadi görüşler arasında bir fark olmayıp her bir görüş İslâm hukukunun doktriner bir parçasıdır. Bu da İslâm hukukuna bir zenginlik kazandırmıştır. Değişik kültür ve hayat tarzlarının hâkim olduğu coğrafi bölgelerdeki insanlar bu görüşlerden kendi problemlerine en uygun çözümü tercih edebilecekleri gibi içtihatlarla içinde buldukları duruma daha uygun çözümler üretebileceklerdir.⁵³

⁴⁰ Cevzi, İbn Kayyim, Muhammed b. Ebu Bekr, *İlâmü'l-Muvakkîn an Rabbi'l-Âlemin*, Beyrut 1993, I, s. 33; Şâtibi, Ebu İshak İbrahim b. Musa; *el-Muvâfakât fi Usulî's Şer'i'a*, I-IV, Mısır 1975, s. 92.

⁴¹ Ebu Zehra, s. 239.

⁴² Şurâ 42/15; Mâide 5/8; Enam 6/152; Nahl 16/90.

⁴³ Âl-î İmrân 3/159; Şurâ 42/38.

⁴⁴ Yunus 10/27; Şurâ 42/40.

⁴⁵ Bakara 2/188; Nisâ 4/2-29; Âl-î İmrân, 3/130.

⁴⁶ Mâide 5/2.

⁴⁷ Mâide 5/1.

⁴⁸ Mâide 5/6.

⁴⁹ Bakara 2/185.

⁵⁰ Bakara 2/173; Mâide 5/3; Enam 6/145.

⁵¹ Bakara 2/219; Nahl 16/14; Hac 22/65.

⁵² Enam 6/64.

⁵³ Apaydın, H.Yunus, “*Klasik Fıkıh Usulünün Yapısı ve İşlevi*” Adlı Makalesi, *İslâm Hukuku Araştırmalar*, İslâm Hukuku Araştırmalar Dergisi, sa.1, 2003, s. 7–28; Kaya, Mahmut, “*Değişen Toplum ve Değişmeyen Değerler*” Adlı Tebliğ, *Sosyal Değişme ve Dini Hayat*, İİAVY, İstanbul 1991, s. 1–7; Şener, Sami, “*Sosyal Değişmenin Dini Hayata Etkisi*” Adlı Tebliğ, *Sosyal Değişme ve Dini Hayat*, İİAVY, İstanbul 1991, s. 95–118.

Ancak, nasların özel düzenlemelerine gelince bu tür naslar, çok az ve yoruma açık, getirdikleri hükümler ise, çoğu kez ilgili bireysel ve toplumsal olguya ait değişebilir görüşü de bulunmaktadır.⁵⁴ Zira Kur'ân'da miras hükümleriyle bazı cezalar (*miktarlar-adetler-hadler*) dışında özele inilmemiştir.⁵⁵ Hatta o derece ki, Allah'ü Teala Kur'ân'da mirasla ilgili hükümleri tafsilatlı şekilde ortaya koyunca Hz. Peygamber (sav), “Allah’u Teala miras hisselerinin taksimini bizzat üstlendi buyurmuştur”⁵⁶ özele belki de bu anlamda inilmesi bir tür şaşkınlığı sebep olmuştur. Nitekim Hz. Peygamber: “Yolların yedi zira’ (bir zira’ 75–90 cm uzunluk ölçüsü) olarak yapınız”⁵⁷ başka bir hadiste ise, “Yol konusunda görüş ayrılığına düşerseniz, genişliğini yedi zira’ yapınız”⁵⁸ buyurmuştur. Hz. Ömer Basra ve Küfe şehirlerini kurarken ana cadde ve sokakların dokuz zira’ genişliğinde yapılmasını bildirmiştir.⁵⁹ Burada Hz. Ömer’in Allah’ın elçisinin hadisini lafzıyla değil, manasıyla ve zamanın ihtiyaçlarını dikkate alarak yorumladığı görülmektedir. Yedi lafzı hass bir lafız olup delaleti katî yani özel bir düzenleme olmasına rağmen Hz Ömer tarafından zamanın ihtiyaçları dikkate alınmıştır. Her ne kadar bazıları özel nass (*cüzî hükümler*) niteliğindeki normları, tarihsellik⁶⁰ veya sübut itibariyle eşdeğer bir nassla (*nâsih-mensuh*)⁶¹ yürürlük problemi konusunda çözüm yolunu seçmiş olsalar da özel norm niteliğindeki nasların adından da anlaşılacağı gibi özel olgular üzerine nazil olmuş sosyal norm niteliğinde kanun mahiyetli düzenleme olarak algılanmıştır. Bu özel düzenlemelerin ise, hukuk mantığı gereği zamanla toplumların ihtiyaçlarına cevap veremeyebileceği, bu takdirde bu özel normların olgulara göre yeniden talil edilebileceği söylenir.⁶² Bu bilginler görüşlerini şu şekilde temellendirirler. Bizler geçmişte yaşamaya çalışmak yerine geçmişin tecrübe ve kültüründen istifade ederek bugünü yaşamak zorundayız. İslâm hukukçusu, Kur’ân ve sünnetin teşri hükümlerinin bütünlüğünü bozmadan, gayeyi yok etmeden, her vakayı kendi şartları içerisinde kavrayıp yeniden değerlendirmeye yönelmelidir. Hukukçu on küsur asırlık hukuk

⁵⁴Taf. bkz. Fazlurrahman, *İslâm*, s. 47; Erdoğan, s. 97-123; Kardavi, *Şeriatü'l-İslâm*, Kahire 1993, s. 152.

⁵⁵bn Kayyim, I, s.333; Şâtibi, IV, s. 92; Karaman, *İçtihat*, s. 27. Bardakoğlu, *İslâm Ansiklopedisi*, Hadd Md, XIV, s. 547–549; Bardakoğlu, *İslâm Ansiklopedisi*, Hırsızlık Md, XVII, s. 396.

⁵⁶İbn Aşur, Muhammet Tahir, *Mekâsidü's-Şeriatü'l-İslâmiyye*, Tunus 1978, s.137.

⁵⁷İbn Mâce, *Ahkâm*, 16.

⁵⁸Buhâri, *Mezâlim*, 29.

⁵⁹El-Mâverdi, *el-Ahkâmü's-Sultâniyye*, Mısır 1996, s. 147.

⁶⁰Paçacı, s.17-29; Fazlurrahman, *Ana Konularıyla Kur'ân*, (Ter: Alpaslan Açıkgenç), Ankara Okulu Yayınları, Ankara 1996 s. 99; Özsoy, s. 7-14.; İlet hususunda bkz. Karaman, *İçtihad*, s.151.

⁶¹Ebu Zehra, Muhammed, *Ebu Hanife*, çev: Osman Kesioğlu, DİB Yayınları, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1962 s. 226.

⁶²Fazlurrahman, *Ana Konularıyla Kur'ân*, s. 103; Laroui, Abdullah, *Tarihselcilik ve Gelenek*, (çev. Hasan Bacanlı), Vadi Yayınları, Ankara 1998, s. 63–136; Konu hakkında çalışma yapan bazı bilginler de; Kur'ân'ın ahkâmının bir kısmının nazil olduğu ilk toplumlara hass olduğunu o toplumdaki örf sebebiyle bu şekilde gönderildiğini benimsemişlerdir. Kur'ân'ın hükümlerinin ebedi olarak yürürlükte kalabilmesi için örfi olan hükümlerinin değişen örfle paralel olarak, maslahatı temin etmek şeklinde değiştirilmesinin hukukî bir zorunluluk olduğunu dile getirmişlerdir. Ancak sebebin hass (özel) oluşu hükmün genel olmasına engel olmadığını da ifade etmişlerdir. Sonuçta İslam hukuk felsefesine göre bu bilginler de vahyin temelinden uzaklaşmamak kaydıyla, tarihi süreç içerisinde benimsenen bazı hükümlerin tartışmaya açık olduğunu ifade ederler. Dalgın, Nihat, “Sosyal Değişim ve İslam Hukuku” *Mârife*, yıl. 3,sa.2. güz 2003, s. 67–68; Coşkun Ali, “Sosyal Değişme ve İslam Hukuku” *Din Eğitimi Araştırmaları Dergisi*, Ankara 1997, s. 74–90.

kültürü birikiminden kendi görüşüne şahit bulmaya kendini zorlayıp neticelerden ziyade hükümlerin zemin, şart ve amaçlarını kavramaya çalışmalıdır. İslâm hukuk usulü (metodolojisi) bir bakıma, Kitap ve Sünnetten ibaret yazılı değişmez kaynak ile akıp giden hayat arasında irtibat kurma imkânı veren bir ilim dalıdır. Diğer bir anlatımla İslâm hukuk usulü, İslâm'ın teşri hükümlerinin anlaşılma, yorumlanma ve canlı tutulabilme metodudur.⁶³ Zira müçtehitlerce her bir özel hükümdeki ortak illetten yola çıkarak külli kaideler elde edilmiştir. Müçtehitlerin bu gayretleri sonucunda ortaya koydukları genel kaideler (*külli kaideler*) asırlardır pozitif hukuk kurallarına da kaynak teşkil etmiştir.⁶⁴

Elbette ilk devir İslâm hukukçularının naslarla hayat arasındaki dengeyi sağlarken kullandıkları ölçülerin iyi tespit edilmesi ve bunların sosyolojik temellerinin araştırılması gerekmektedir. İslâm hukukçularının Kur'ân ve sünnet dışındaki kullandıkları delillerin sosyolojik temelleri araştırılmadan bir kısım ayet ve hadislerle dayandırılması hukukî konuların sadece dinî hükmünün belirtilip hukukî hükmüne yer verilmemesinin hukuk mantığı ile bağdaşacak bir tarafı olmadığı gibi, birtakım güçlülere ve zorluklara meydan vereceği de açıktır. Kaldı ki, gerek ilk devir İslâm hukukçularının nasslar karşısındaki tavırları ve sosyal şartların da etkisiyle ortaya koydukları deliller, gerekse birçok İslâm hukukçusunun belirttiği İslâm hukukunun onda dokuzunun naslarla ilgisi bulunmayan hukukçuların ferdi görüş ve yorumlarının olduğu gerçeği göz önüne alınınca, İslâm hukukunun sistem ve yapı bakımından mutlak manada *dinî hukuk değil, dine uygun hukuk* diye isimlendirilmesinin daha uygun olduğu söylenebilir.⁶⁵

Keza sosyal normlar, hukuk normunun temelini teşkil edebilir. Nitekim Kur'ân örfü hukuk kaynağı olarak benimsemiştir. “*Örf ile hükmet*”⁶⁶ ayeti bu konuda temel ilke kabul edilir. Bu bağlamda örfün, *sosyal bir norm* olduğu, hukukun da *sosyal hayatın bir formu* olduğu dikkate alınır, örf ile hukuk arasında derin bir ilişkinin bulunduğu görülür. Örfün bir sosyal norm niteliği taşıması itibariyle örflerden *teâmül hukuku (pratikteki hukuk)* meydana gelebilir. Temel kaynakların hukukî düzenlemelerinde, sosyal realitenin ve insanların alışkanlıklarının göz ardı edilmediği, köklü değişikliklerde *tedricilik metodunun* uygulandığı, kendi ilkelerine ters

⁶³ Bardakoğlu, Ali, “İlahiyat Fakültelerinde Okutulan İslâm Hukuku Dersinin Amacı, Metodu, Muhtevası ve Diğer İlim Dallarıyla Münasebeti” Adlı Tebliği, **19 Mayıs İlahiyat Fakültesi Dergisi**, 19 MÜİFY, 21-23 Ekim 1987, Samsun 1988, s. 277-286; Paçacı, 17-29; Özsoy, s.7-14.

⁶⁴ Külli Kaideler hak. bkz. Berkî, Ali Himmet, **İslâm Tarihinden İslâm Hukuku**, DİBY, Ankara 1955, s. 1-155.

⁶⁵ Apaydın, “*İslâm Hukuku'nun Sistem ve Terminoloji Problemi*” s. 491-496. Güngör, Erol, **İslâm'ın Bugünkü Meseleleri**, Ötüken Yayınları, İstanbul 1981, s. 94; Fazlurrahman, **Ana Konularıyla Kur'ân**, s. 23; Din ve ahlâkta olduğu gibi, hukukta da değişmeyen evrensel olan bir öz bulunur. Taf bkz. Sezen Yümni, **Sosyoloji Açısından Din, Dinin Sosyal Müesseseler Üzerindeki Tesirleri**, MÜİFY, İstanbul 1988, s.78 vd; Yörük, s. 21-27; Aral, Vecdi, **Toplum ve Adaletli Yaşam**, İstanbul 1988, s. 162 vd; Atar, Fahretten. **Fıkıh Usulu**, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, İstanbul 1988, s. 74.

⁶⁶ Âraf 7/199; İman ve ibadet alanında örf cari olmasa da hukuk alanında kaynak olabiliştir.

düşmeyen *kurum ve kuralların* ise korunduğu görülür.⁶⁷ Bu anlamda klasik kaynaklara baktığımızda, sahabe ve fukâhanın kararlarında örfün büyük etkisi vardır. Eldeki tarihi bilgilere göre Halifelik döneminde, İslâm'dan önce geçerli olan birçok sosyal örf ve adetleri devam ettirmekle kalmamış, bazı faydalı yabancı adetleri de benimseyerek uygulamışlardır. Bizzat Peygamber (s.a.v) vahyin mesajına ve ruhuna aykırı düşmeyen bazı İslâm öncesi adetlerin geçerliliğini tanımış olduğundan, bu, onlara göre son derece tabii bir uygulamaydı. Kabul edilen örfî geleneklerin en önemlilerinden bazıları, *âkile, kâsame, mudârabe vb müesseselerdir*.⁶⁸ Daha sonra Klasik fıkıh kitapları içerisinde yer alan ve geçmiş dönemlerde devletin müdahalesinden bağımsız olarak oluşan hukuka, "*şer'î hukuk*", padişahların emir ve fermanlarıyla oluşan hukuka da "*örfî hukuk*" adı verilmiştir.⁶⁹ Şâtîbî ve İbn Ferhun ve daha sonra gelen âlimler, Medinelilerin amellerinin kanunların oluşturulmasında büyük bir etkisi olduğunu belirtmişlerdir. Örf ve âdeti hukukun önemli bir kaynağı olarak kabul etmişlerdir.⁷⁰

Öncelikle İslâm hukukunun hicri ilk birkaç yüzyıla ait bir hukuk tarihi olmaktan çıkarılıp güncelleştirilmesi, günümüz insanının problemlerine eğilici ve cevap verici bir anlayışla birlikte olması gerekir. İslâm teşriinin soysal ve bölgesel karakteri yanı sıra evrensel ve sürekli bir mahiyet arz eden karakteri de vardır. Bir kısım teşri hükümlerin mevcut şartları içinde vakıayı idame veya islah etmeyi, bir kısmının da şartlar ne olursa olsun sürekli ve değişmez hükümler koymayı amaçladığı aşikârdır. Böyle olunca İslâm hukukunun ortaya çıkışını ve gelişmesini, cahiliye toplumu dâhil çevre şartlarından, sosyal vakıalardan ve değer yargılarından ayrı düşünmemiz çok zordur. Bunun için de İslâm hukuku tetkiklerinde klasik kaynaklarda mevcut doktriner bilgilerin ve ferdi çözümlerin İslâm hukuk sistematığı açısından olduğu kadar çevre ve

⁶⁷ Taf. bkz. Konu hakkında doktora çalışması yapan, Işıktaş Yasemin, **Örf ve Adet Hukuku**, Alkım Yayınevi, Ankara 1997, s. 3-35.

⁶⁸ Bkz. İbn Hümüm, Kemaleddün Muhammed b. Abdülvahid **Fethul Kadir**, Darul Fikr, Beyrut trs, V, s.327; Serahsi, Şemsüddin Muhammed b. Ahmet Ebu, el-**Mebcut**, XII, Beyrut 1978, s.122; İmam Mâlik, b. Enes, **el-Muvatta**, Çağrı Yayınları, II, İstanbul 1981, s. 69

⁶⁹ Bilindiği gibi İslâm ceza hukukunun tain ettiği cezalar (*hadler*) belli başlı bir kaç suça ait olup bunların tesbitinde sadece objektif delillere bağlanması, dini hukukun uygulanabilirliğini tabi olarak sınırlamıştır. Kanunnamelerden önce her ne kadar kadılara tazir cezası verme yetkisi tanınmışsa da, bu yetki, suçun tesbitine sirayet etmediği için, adli boşluğun oluşmasına engel olamamıştır. Kanunî boşluk nedeniyle cezasız kalan suçların artması, Osmanlı Padişahlarını tebdir almaya zorlamıştır. Genellikle örf çerçevesinde gelişen bu tedbirler o zamana kadar var olan şer'î hukukun yanında örfî hukukunda müessese olarak ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Gerek zina iftirası, gerekse zina eden evli bir erkeğe sopa yerine para cezası verilmesine dair kanunnameler mevcuttur. Tatbik edilen cezaların önemli bir bölümü klasik dönem doktrin ve uygulamasına uygun düşmediği, Kur'ân ve Sünnetin naslarının ifadelerine literal anlamına da aykırı düştüğü için tereddütle karşılanmakta ve şeriata aykırı olarak nitelendirilmiştir. Eski hukukumuzda zina suçunun cezası konusunda üç çeşit ceza kabul etmiştir. Sopa (**celde**) sürgün ve hapis cezası (**tağrib**) ve **recm**'dir. Suçun teşekkülü ve isbatı için aranan şartlardan biri olmayınca yani şüphe durumunda tazir cezaları gündeme gelmektedir. Herne kadar bu şekilde yorumlar mevcutsa da makul olsa da verilen mahkeme kararlarından suçun sabit olduğu ifade edilmesine rağmen siyaseten para cezası ile tecziye edilişi düşündürücüdür. Sonuçta, zina suç olduğu ilke olarak kabulle birlikte, zina suçuna verilecek cezanın şeklinin yani suça hangi cezayı vermekle caydırıcılık sağlanacaksa (celde, hapis, teşhir, para vb gibi) cezanın şeklinin değişebileceği algılanmış da olabilir. Akgündüz, Ahmet, **Osmanlı Kanunnameleri**, Fey Vakfı Yayınları, İstanbul 1990, I, s.109- 347-348 Taf.bkz. Acan, İsmail, **Osmanlı Kanunnameleri ve İslâm Ceza Hukuku** Adli makalesi, **DEÜ.İlahiyat Fakültesi Dergisi**, sayı.XIII-XIV, İzmir 2001, s. 53-68.

⁷⁰ Farûkî, Y. Muhammed, "**Hulefâ-i Râşidin ve İlk Fukahâ'nın Kararlarında Örfün Etkisi**" (çev: F. Mehveş Kayani) **İslâmi Sosyal Bilimler Dergisi**, İnkılap Yayınları, say. 1-2, s. 39-54.

toplum şartları yönünden de tahlilinde fayda vardır. İslâm hukukunun vahye dayanan kuralları yanı sıra İslâm hukukçularının kendi şart ve imkânları ölçüsünde ulaştığı şahsi görüş ve beşeri yorumları da vardır. Doğru olan her iki gurup hükümlerin ayrı zeminlerde ele alınarak değerlendirilmesidir. Bu değerlendirme, İslâm hukukunun sadece belli bir dönemde doğmuş, gelişmiş ve sonra da güncelliğini yitirmiş bir hukuk tarihi vakası olarak telakki edilmesini engelleyen önemli bir yaklaşım tarzıdır.⁷¹

Hükümlerin sınıflandırılması bakımından İslâm'ın, sabit ve değişken olmak üzere iki alanının var olduğu bilinmektedir. Bu bağlamda, hemen her anayasa hükümlerinde olduğu gibi İslâm'ın da hangi değerlerin sabit alanında değişmez; hangilerininin değişken alanda yer aldığı tespitini gerekir. Fıkıh geleneğinde sabite ve değişken olarak adlandırılan bu iki alanın karşılıkları “*muhkemât*” ve “*müteşâbihât*” terimleri olduğu gibi Kur'ân'daki bu iki alanın bütünsel anlamda karşılıkları ise, “*iman ve akl*” olarak düşünülebilir.⁷² İslâm'ın sabite ve değişken alanı çeşitli tarzlarda belirlenmesine rağmen genellikle İslâmî ilimler literatüründe bu iki alanı ifade eden “*nass ve içtihad*” alanı olarak ortaya çıkar. Bu sebeple Kur'ân, iman etmekle akletmeyi eşit değer olarak değilse de *denk* değerler olarak görmektedir. *İman* etmek ile *akletmek* arasındaki bu güçlü ilişki bize İslâm'ın değişken alanı ile sabite alanı arasında ne denli ilişki olduğunu göstermesi açısından da önemlidir. Akıl nassın anlaşılmasının temel unsurudur. Buna göre Kitabın esası olan *muhâkemât* alanı dinin sabitelerine, *müteşâbihât* alanı ise, dinin içtihat alanını ilgilendiren değişkenlere tekabül etmektedir. Bu şekilde yapılan bir ayırımın konuya mutlak doğru bir çözüm getirme iddiası da söz konusu değildir. Fıkıh geleneğimizde bu iki alan ayırımının daha da netleştiğini söyleyebiliriz. Nitekim Mecellenin 14. maddesinde yer alan “*Mervrid-i nass'da ictihada mesağ yoktur*” ilkesi sabite alanı, yine Mecellenin 39. maddesinde “*ezmanın tagayyürü ile ahkâmın tağayyürü inkar olunamaz*”⁷³ ilkesi değişken alanını ifade etmektedir. Sabite ve değişkenleri bir diğer açıdan normlar ve formlar şeklinde ifade etmek de mümkündür. İslâm'ın normatif değerleri değişmez nitelikte olmasına karşın forma ilişkin değerleri değişebilir nitelikte olup *rey ve içtihadı* gündeme getirmiştir.⁷⁴ Nitekim Hz. Peygamberin (sav), “*İctihad edip isabet eden iki ecir, hata eden bir ecir alır*”⁷⁵ mealindeki hadisi, yanılma riskinin dikkate alınmaması konusunda dikkat çekicidir. Böylelikle beşer aklı, teşrî sürecine açık bir şekilde girmiş oluyordu. Nitekim Hz. Ömer, bir şahıs hakkında Hz. Ali ve Zeyd b. Sabit'in verdikleri hüküm kendisine anlatılınca, hüküm verilen kişiye ben olsaydım başka türlü karar verirdim buyurmuş, o zat sen “*emir'ul mu'minin olduğun halde onların kararını iptal etmekten seni alıkoyan nedir?*” diye sorunca Hz. Ömer; Eğer ben bu hükme Allah'ın Kitabı

⁷¹ Bardakoğlu, “*İslâm Hukuku Dersinin Amacı*”, s. 277–286.

⁷² Allah Kur'ân'da iman ile akılı birbirine denk olarak zikretmiştir. ...“*Böylece Allah iman etmeyenleri pislik içinde bırakır.*” (En'âm 6/125) ...“*Allah aklını kullanmayanları pislik içinde bırakır.*” (Yunus 10/100)

⁷³ Taf. bkz. Erdoğan, s. 4.

⁷⁴ Ancak bu durum, hangi değerlerin normatif, hangilerin forma ilişkin olduğu tartışmalarını da beraberinde getirmiştir.

⁷⁵ Buhâri, *İ'tisam* 21; Ebu Davut, *Akdıye* 2.

ve Rasullah'ın sünnetinde bulduğumla varmış olsaydım bunu yapardım. Ancak ben bu hükme içtihatla kendi kanaatimle vardım. İctihatlar ise müşterektir buyurmuştur.⁷⁶ Hz. Ömer'in bu değerlendirmesi, Muaz hadisi diye meşhur olan ve Muaz'ın, Kitap ve Sünnette hükmünü açıkça bulamadığı konularda, şahsi görüş ve anlayışını (*reyi*) devreye sokacağı yönündeki ifadesinin Hz. Peygamber tarafından onaylandığını içeren diyalog⁷⁷ ve “*İmam Mâlik'in fikhın onda dokuzu istihsandır*”⁷⁸ ifadesini birleştirecek olursak yapılacak içtihatların sanıldığı gibi dar bir alan olmayıp geniş bir alanı kapsamaktadır. Zira sahabe ve mezhep imamları bir konuda içtihat ettiklerinde bu benim görüşüm derlerdi. Nitekim Hz. Ebu Bekir (r.a), bir konuda hüküm verdiği zaman “*eğer isabet etmişsem bu Allah'tandır, eğer hata etmişsem o hata bendendir. Bunun için Allah'tan affımı dilerim*”⁷⁹ buyurmuştur. Aynı şekilde Hz. Ömer'de “*Bu Ömer b. Hattab'ın görüşüdür*” ifadesini koydurmadıkça içtihadını kayda aldırılmazdı.⁸⁰ Mezhep imamlarının yaptıkları içtihatlar da böyledir. Mezhep imamları kendi görüşlerini körü körün taklit edilmesini de hoş karşılamamışlardır.⁸¹ Tüm bunlardan anlaşılan da odur ki, içtihat samimi niyetlerle problemleri çözmek için hukuka hayatiyet kazandırma faaliyetidir.⁸² Rey ve içtihat ile ortaya çıkarılan hükümler, İslâm hukuk kültürünün gelişimine büyük katkı sağladığı, günümüz problemlerine karşı da dinamizm sağlayacağı açıktır.

İslâm hukuku orijini itibariyle vahye dayalı olmasının gereği bazılarının iddia ettiği gibi onun statik olmasını göstermez bilakis O, dinamik bir yapıya sahip olup toplumsal yapıların ortaya çıkardığı hızlı değişimler karşısında bu değişimlere göre hükümlerini yenileyebilme kabiliyetine sahip olup bu yüzden güncelliğini kaybetmeyecek bir niteliğe sahiptir.

⁷⁶ Cevzi, 1973, s. I, s. 54; *İctihatla içtihat nakz olunmaz*. Mecelle Md. 142.; Berki, s. 18.

⁷⁷ Ebû Dâvûd, *el-Akdiye*, 11; Ahmed b. Hanbel, *Müsned*, V, 230-236.

⁷⁸ Atar, s. 74.

⁷⁹ Zeydan, Abdülkerim, *Medhal Lidiraset'il Şeriat'l-İslâmiyye*, Bağdat 1979, I, s. 119.

⁸⁰ Zeydan, s.120.

⁸¹ Müçtehit imamlar, kendilerinin taklit edilmesini istemiş değillerdir. Ebu Hanife'nin görüşlerini yazan Ebu Yusuf'a “*Bunları niçin yazıyorsun? biz bugüne göre ulaştığımız en iyi neticeyi söylüyoruz. Yarın belki daha başka sonuçlara varırız. Kim bizden daha iyi görüşe ulaşırsa bize değil, ona tabi olsun*” dediği kaynaklarda yazılıdır. Ayrıca İmam Şâfi, kendisinin körü körüne taklit edilmesini istememiştir. Taf. bkz. Ebu Zehra, Muhammed, *İslam Fıkıh Mezhepleri Tarihi*, (çev: Abdülkadir Şener), İstanbul 1978, s. 222-230.

⁸² Karaman, *İslâm Hukukunda Mezhepler*, İrfan Yayınları, İstanbul 1971, s. 19.

SONUÇ

Tarihin akışı içerisinde olgulara göre var olan müesseseler, terakkiye bağlı olarak toplumların ihtiyaçlarına cevap veremediği ve evrensel olamadığı takdirde değişmek durumundadırlar. Bu manada değişim bir fitrat kanunu olup her toplum değişir. Ancak bu değişim ilke olarak, değerlerin özüne bağlı kalınarak ve aşkın değerlerin amaçları gözetilerek sosyal olgulara ve ihtiyaca göre sağlanmalıdır. Zira aşkın değerler değişmezse de tarih içerisinde oluşan kültürel ve *olgusal-vasıta* değerler değişebilir. Bu bağlamda çeşitli toplumlarda görülen dinî ve sosyal içerikli tartışmaların temelinde değişmeyen değerler ile değişebilen değerler yatmaktadır. Değişmeyen unsurlar, insan şahsiyetinin ve ruhunun manevî karakterinde (*fitratında*) bulunmaktadır. Değişen unsurlar ise, tarih, soysal olgular, sosyal şartlar ve realiteden kaynaklanmaktadır. Değişkenler, İslâm hukukuna esnek bir yapı kazandırırken; değişmezlerin muhafaza edilmesi adaletten sapmamak, sağlam zeminde yürümek için köşe taşları olarak kabul edilir. Böylece toplum, kendi toplumsal yaşantısını düzenleyebilmek için tutunabileceği *ebedi (değişmez) ilkelere* de sahip olur. Bu sayede, hukukun yapısının *esnekliği* ile *dinamizm* elde edilecek, hukukun belli *sabitelerinin muhafazası* ile de *istikrar ve hukuka* güven sağlanacaktır.

Yaşayan her hukuk düzeninde *değişen veya değişmeyen* unsurların varlığı ilke olarak genel kabul görmüş bir fenomendir. Zira nasların, her devrin şartlarına uyum sağlayabilecek esnekliğe sahip olduğu fikri ilke olarak kabul edilmekle birlikte, zamanla değişebilecek hükümlerle, değişmez prensiplerin neler olduğunun tespitinde farklı anlayışlar olmuştur. İslâm hukuk bilginleri arasında ahkâmın değişimini dar veya geniş manasıyla yorumlayanlar mevcuttur. Bu bilginler, iyi niyetle yüce dinimize hizmetkâr olma noktasında bazı görüşler ve tutumlar sergilemişlerdir. Bu bilginlerin ahkâmın değişimi hakkındaki görüşlerini tetkik ettiğimizde, bazılarının görüş ve tutumlarını açıkça kaleme aldığını, bazılarının da konu hakkında bir takım endişelerden kaynaklandığı sanılan kapalı üslup kullandıkları görülür. Sonuçta ahkâmın değişmesi konusunda üç ayrı görüş ortaya çıkmıştır. *Birincisi*; seleften nakledile gelen fikhî mirası yeterli bularak, bunlarla yetinmenin gerekli olduğunu ilke edinen ahkâmı dar anlamıyla yorumlayan gelenekçi (*muhafazakâr*) görüştür. *İkinci görüş*; tarihselci yaklaşım tarzıdır ki; ahkâmın değişmesine daha çok sosyal olgular açıdan yaklaşırlar. Kur'ân ahkâmını belli bir dönemdeki olguya (*yani esbabı nüzule*) göre gelmiş ve hükümleri o dönemin toplumsal şartları içinde oluşmuş, dolayısıyla Kur'ân, geldiği dönemin özelliklerini taşımaktadır.

Şartların değişmesiyle hükümlerin de değişmesini kaçınılmaz gören anlayıştır. Bu iki görüş arasında yer alan (*zaman ve mekân faktörüne bağlı olmaksızın*) ahkâmın kendilerindeki maslahatı esas alan, bu sebeple de sübut ve delaleti katî (*kesin anlamlı*) olan nasların getirdiği hükümlerin (*muhkem-müfesser*) değişmeye kapalı olduğunu, belli bir *örf* ya da *illete* bağlı olarak gelmiş olan nasların getirdiği hükümlerin ise, o *örf* ya da *illetin* değişmesiyle değişeceğini savunan hâkim orta görüş bulunmaktadır. Son zamanlarda sosyal değişim karşısında İslâm hukukçuları arasında *gaye problemine* vurgu artmış ve nasların sosyal bağlamları daha çok dikkate alınmaya başlanmıştır. Aslında bu tutum öteden beri fâkihlerin bilincinde oldukları bir durumdur. Mesela, verdikleri birçok hükmü sosyal bağlamlarına göre veren fâkihlerin, *muhatabın* ya da *olgunun* özel durumuna dikkat ettikleri bilinen bir gerçektir.

Kur'ân'ın genel norm niteliğindeki ahkâmı evrensel değerler olup değişmez olduğu söylenebilir. Ancak özel norm niteliğindeki bir kısmı ahkâmın nazil olduğu toplumun örfünü ve şartlarını yansıttığından hükümlerinin ebedi olarak yürürlükte kalabilmesi doğal olarak mümkün olamamıştır. Örf ve âdet üzerine bina kılınan hükümlerin değişen örf ve şartlara paralel olarak değişmesi de doğaldır. Vahyin temelinden uzaklaşmamak kaydıyla tarihi süreç içerisinde bu ahkâmın *hak elde etme veya suç teşkil etmesi* bakımından değil de *hakkın dağıtımı veya cezanın şekli bakımından meri şartların ve örfün dikkate alınması* konusu halen tartışmaya açıktır. Bilginler arasındaki bu anlayış farkı, (*sosyal norm, sosyal olgu, esbabı nüzul ve örf gibi*) **esasta**, kavramların mahiyeti ile nasların indiği dönemin örfüne binaen nâzil olan özel bir düzenleme olup olmadığı noktasında yatmaktadır. Sonuçta; İslam kültür tarihinde oluşan geleneğin birçok yönüyle yeniden değerlendirmeye tabi tutulduğu günümüzde, fıkıh mirasımızdaki bazı içtihatlar ve görüşlerin de tartışmaya açılması doğaldır. İçerisinde yaşanan çağın şartlarına ve problemlerine göre üretilmiş fikhî çözüm ve içtihatların, günümüzün şartlarına uygun biçimde güncelleştirilmesi açısından bu değerlendirmelerin gerekli olduğunda da şüphe yoktur. İslâm hukuku yerine mezhepler hukuku hâkim olmuş son dönemlerde içtihat prensibinin çalıştırılmamış, İslâm hukuku esnekliğini yitirmiştir. Mezhepler arası iletişimin kopmuş ve bütün mezhepleri içerisine alan hukukî anlayışa geçilememiştir. Problemlerin çözümünde öncelikle bu mevcut içtihatlardan hareketle gerekiyorsa yeni içtihatlarda bulunulması zarureti ortaya çıkmıştır. Özellikle çok yönlü konularda ilgili uzmanlardan oluşacak ekip çalışmalarının yapılması çağımız problemleri için vazgeçilmez bir prensip olarak gözükmektedir.

BİBLİYOGRAFYA

- AKTAN, C.- Tunç, M.** "Bilgi Toplumu ve Türkiye", Adli Makale, **Yeni Dünya Dergisi**, Ankara 1998.
- AKTAN, Hamza, Çağdaşlaşma Sürecinde İslâm Hukuku** Adli Tebliği, **İslâm ve Modernleşme, II. Kutlu Doğum İlimi Toplantısı**, İSAM. Yayınları, İstanbul 1997.
- _____, "İslâm Hukukunun Dinamizmi" Adli Makale, **Din Öğretimi Dergisi**, MEBY, sa. 35, Temmuz 1992.
- AKGÜNDÜZ, Ahmet, Osmanlı Kanunnameleri**, Fey Vakfı Yayınları, İstanbul 1990, I, s. 347-348
- ACAN, İsmail, Osmanlı Kanunnameleri ve İslâm Ceza Hukuku** Adli makalesi, **DEÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi**, sayı.XIII.XIV, İzmir 2001.
- HAYDAR, Dürerü'l-Hükkâm Şerhu Mecelle,ti'l-Ahkâm**, (Arapça), Beyrut trs, Ali Khan, Mir Siadat, "The Mohammedan Laws against Usury and how they are evaded" Journal of comparative legislation II, 1929,
- APAYDIN H.Yunus, "Çağdaş Kavram ve Kuramlar İslâm'ın Neresinde Bulunur"** Adli Makalesi, **İslâm, Sivil Toplum, Piyasa Ekonomisi**, Liberte Yayınları, I Baskı. 1999.
- _____, "İslâm Hukukunun Sistem ve Terminoloji Problemi" Adli Tebliği, **19 Mayıs İlahiyat Fakültesi Dergisi**, 19 MÜİFY, 27-30 Haziran, Samsun 1989.
- _____, "Klasik Fıkıh Usulünün Yapısı ve İşlevi" Adli Makalesi, **İslâm Hukuku Araştırmalar Dergisi**, sa.1, 2003, s. 7-28,
- _____, "İçtihat", **D.İ.V.A**, XXI, s. s. 432-445.
- _____, "Yöntem(sizlik) Sorunu Üzerine", Adli Makalesi, **İslâmiyyât Dergisi**, III, sa. 3, Ocak-Mart 2000
- ARAL, Vecdi, Toplum ve Adaletli Yaşam**, İstanbul 1988.
- ARSAL, Sadri Maksudi, 'Hukuk İlimi ve Sosyoloji I, Hukuk Kavaidi ve Hukuk İlimi'**, **AÜHF Dergisi, Ankara 1964.**
- ARSEBÜK, Esat, Medeni Hukuk**, İstanbul 1938.
- AŞUR, b. Muhammet Tâhir, İslâm Hukuk Felsefesi**, (Ter: Vecdi Akyüz-Mehmet Erdoğan), 2. Baskı, İz Yayıncılık, İstanbul 1988.
- ATAR, Fahretten. Fıkıh Usulu**, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, İstanbul 1988.
- BAKTIR, Mustafa, İslâm Hukuku'nda Zaruret Hali**, Akçağ Yayınları, Ankara trs.
- BARDAKOĞLU, Ali, "İslâm Hukuku Araştırmalarında Gelenekçilik"**, Adli Tebliği, **19 MÜİFD, Günümüz Din Bilimleri Araştırmaları ve Problemleri Sempozyumu**, 19 MÜİFY, 27-30 Haziran Samsun 1989.
- _____, "İlahiyat Fakültelerinde Okutulan İslâm Hukuku Dersinin Amacı, Metodu, Muhtevası ve Diğer İlim Dallarıyla Münasebeti" Adli Tebliği, **19 Mayıs İlahiyat Fakültesi Dergisi**, 19 MÜİFY, 21-23 Ekim 1987, Samsun 1988.
- _____, **Hırsızlık Md, DVİA**, XIV, s. 549.
- _____, **Hadd Md, DVİA**, XVII, s. 396.
- BERKİ, Ali Himmet, Açıklamalı Mecelle**, 2. Baskı, Hikmet Yayınları, İstanbul 1979.
- _____, **İslâm Tarihinden İslâm Hukuku**, DİBY, Ankara 1955.
- BİLGE, Necip, Hukukun Başlangıcı**, Turhan Kitabevi, Ankara 1980.
- BİLGİSEVEN, Kurtkan Amiran, "İçtihat Yetersizliğinden Doğan Problemler"** Adli Makalesi, **Din Eğitimi Araştırmalar Dergisi**, sa. 2. İstanbul 1995.
- BİLMEN, Ömer Nasuhi, Hukukî İslâmiyye ve İstılâhatı Fikhiyye Kamusu**, Bilmen Yayınları, I-VIII, İstanbul 1985.
- ÇAPAN, Ergün, Kur'an'ın Evrenselliği ve Tarihselci Yaklaşım**, Adli Makale, **Yeni Ümit Dergisi**, sa.58, Aralık 2002.
- CEVZİ İbn Kayyim, Muhammed b. Ebu Bekr, 'İlâmü'l-Muvakkîn an Rabbi'l-Âlemin**, Beyrut 1993.
- CİN, Halil, "İslâm Hukukunun Dinamizi"**, Adli Makale, **Diyanet Dergisi**, Ankara 1981.
- COŞKUN, Ali, "Sosyal Değişme ve İslâm Hukuku"** Adli Makalesi, **Din Eğitimi Araştırmalar Dergisi**, sa.18, İstanbul 2007.
- ÇEKER, Orhan, Saffet Köse'nin "Hz. Ömer'in Bazı Uygulamaları Bağlamında Ahkâmın Değişmesi Tartışmalarına Bir Bakış"** Adli Makalesi Üzerine Bazı Mülâhazalar, **İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi**, sa.7, Nisan 2006.
- ÇELEBİ, İlyas, İslâm İnanç Sistemlerinde Akılcılık ve Kadı Abdülcebbar**, Rağbet Yayınları, İstanbul 3002.
- DALGIN, Nihat, "Sosyal Değişim ve İslam Hukuku" Mârife**, yıl. 3,sa.2. güz 2003.
- DERE, Ali, "Bazı Çağdaş İslâm Hukukçularına Göre Şeriatın Tatbiki Sorunu"** Adli Tebliği, **İslâmiyyât Dergisi**, I, sa. 4, Ekim-Aralık 1998
- DÖNMEZER, Sulhi, Hukuk ve Hayat**, İÜHF, XXI/1-4, İstanbul 1957.

- DİLİK**, Said, **Servetin Geniş Kitlelere Yayılması**, AÜSBİY, Ankara 1976.
- _____, **Türkiye’de Sosyal Sigortalar; İktisadî Açısından Bir Tahlili Denemesi**, AÜSBİY, Ankara 1971.
- DİNÇER**, Ömer, "*Müzakere Raporları*", **1. Uluslararası İslâm Ticaret Hukukunun Günümüzdeki Meseleleri Kongresi**, Kombad, Konya, 1977.
- DUMAN**, Zeki, "*Ma’ruf*", **İİGYA**, III. s. 151.
- EBU ZEHRA**, Muhammed, **Ebu Hanife**, (çev: Osman Keskiöğlü), DİBYayınları, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1962.
- _____, **İslam Fıkıh Mezhepleri Tarihi**, (çev: Abdülkadir Şener), İstanbul 1978.
- _____, **İmam Şâfi**, (çev: Osman Keskiöğlü), Ankara 1987.
- EL-CÂBİRİ**, Muhammed, **Abid, Arap İslâm Kültürünün Akıl Yapısı**, (çev: Burhan Köroğlü-Hasan Hacak- Ekrem, Demirli, İstanbul 1999.
- ERDOĞAN**, Mehmet, **İslâm Hukukunda Ahkâmın Değişmesi**, MÜİFVYayınları, İstanbul 1990.
- ERKAN**, Hüsnü, Bilgi Toplumu ve Ekonomik Gelişme, **Kültür Yayınları, Ankara 1993.**
- FAZLUR RAHMAN**, **Ana Konularıyla Kur’ân**, (Ter: Alpaslan Açıkgenç), Ankara Okulu Yay. Ankara 1996.
- _____, **İslâm**, (Ter: Mehmet Dağ - Mehmet Aydın), 2. Baskı, Selçuk Yayınları, İstanbul 1992.
- FRANK**, E. Vogel, " **The Closing of the Door of İjtihad and the Application of the Law**" AJISS, Vol. 10, No. 3, Fall 1993, (Ter: Halim Sırçancı), "*İçtihat Kapısının Kapatılması ve Hukukun Tatbiki*" Adlı Makale, **İslâmi Sosyal Bilimler Dergisi**, II. sa. 1, İnkılâp Yayınları, İstanbul 1994.
- FREYER**, Hans, **İctimâi Nazariyeler Tarihi**, (Ter: Tahir Çağatay), Ankara Ü. Dil ve Tarih Coğrafya Fakültesi Yayınları, Ankara 1977.
- GARAUDY**, Roger , "*Şeriat Nedir*" Adlı Makalesi, (Çev: Salih Akdemir), **İslâmiyyât Dergisi**, I, sa. 4, Ekim-Aralık Ankara 1998.
- GENÇ**, Mehmet, " **18. Yüzyılda Osmanlı Sanâyii**" Adlı Makale, **Toplum ve Ekonomi Dergisi**, sa. 2, Eylül, İstanbul 1991.
- GÖZÜBÜYÜK**, A. Şerif, **Hukuka giriş**, Ankara 1986.
- GÜNGÖR**, Erol, **İslâm’ın Bugünkü Meseleleri**, Ötüken Yayınları, İstanbul 1981, s. 94;
- _____, **Türk Kültürü ve Milliyetçilik, Ötüken Yayınları, İstanbul 1997.**
- GÜRİZ**, Adnan, **Hukuk Başlangıcı**, Siyasal Kitabevi, Ankara 1997.
- _____, **Hukuk Felsefesi**, Ankara Ü.H.F.Yayınları, Ankara 1996.
- HALLAF**, Abdulvehhab, **Hulâsatu Târihi’t-Teşri’l-İslâmi**, 7. Baskı, Matba’atu’n-Nasr, Mısır 1956.
- HASSAN**, Ahmed, **İslâm Hukukunun Doğuşu ve Gelişimi**, (Çev: Ali Hakan Çavuşoğlu-Hüseyin Esen), İz Yayıncılık, İstanbul 1998.
- İŞIKTAŞ**, Yasemin, **Örf ve Adet Hukuku**, Alkım Yayınevi, Ankara 1997.
- İBN AŞUR**, Muhammed Tahir, **Mekâsidü’s-Şeriatî’l-İslâmiyye**, Tunus 1978.
- İBNÜL HÜMAM**, Kemaleddün Muhammed b. Abdülvahid **Fethul Kadir**, Darul Fikr, Beyrut trs.
- İBN RÜŞD**, Ebu’l-Velid Muhammed, **İbn Rüşd’ün Felsefesi**, (çev: Nevzat Ayasbeyoğlu), AÜİFY, Ankara 19955.
- HIRŞ**, E., **Türk Ticâret Hukuku Dersleri**, İstanbul 1946.
- İMRE**, Zahit, **Medeni Hukuk Giriş**, İstanbul 1945.
- İMAM MALİK** b. Enes, **el-Muvatta**, Çağrı Yayınları, I-II, İstanbul 1981.
- İNAN**, Ahmet "*Fıkıh Usulünün Temel Parametreleri Açısından Bazı Güncel Meselelere Kısa Bakışlar*" Adlı Makalesi, **İslâmiyyat Dergisi**, II, sa. 2, Nisan-Haziran 1999.
- JANSEN**, J.J.G, **Kur’ân’a Bilimsel-Filolojik-Pratik Yaklaşımlar**, Fecir Yayınları, Ankara 1993.
- JEAN**, Baz, **Essai sur la fraude a la loi en droit musulman**, Paris 1938.
- KARAMAN**, Hayrettin, "*Fıkıhta Gelenek ve Yenileşme*" Adlı Tebliği, **İslâm Gelenek ve Yenileşme**, İSAM Yayınları, İstanbul 1996.
- _____, **İslâm Hukuku’nda İçtihat**, DİBY, Ankara 1985.
- _____, **İslâm Hukukunda Mezhepler**, İrfan Yayınları, İstanbul 1971.
- _____, **Günümüz Dini Problemleri ve Çözüm Yolları**" Adlı Tebliği, **19 Mayıs İlahiyat Fakültesi Dergisi**, "Günümüz Din Bilimleri Araştırmaları ve Problemleri Sempozyumu, 27–30 Haziran 1989 19 MÜİFY, Samsun 1989.
- KARDÂVİ**, Yusuf, **Şeriatü’l-İslâm**, Kahire 1993.
- KAYA**, Mahmut, "*Değişen Toplum ve Değişmeyen Değerler*" Adlı Tebliğ, **Sosyal Değişme ve Dini Hayat**, İİAVY, İstanbul 1991.
- KIRBAŞOĞLU**, M. Hayri, **İslâm Düşüncesinde Sünnet**, Ankara Okulu Yayınları, 2. Baskı, Ankara 1996.
- KONGAR**, Emre, **Türk Toplum Bilimcileri**, Remzi Kitabevi, I-II, İstanbul 1982–1988.
- KÖPRÜLÜ**, M. Fuat, **Fıkıh, İslâm Ansiklopedisi**, VI, **MEBY, İstanbul 1940.**
- KÖSE**, Saffet, **İslâm Hukukunda Kanuna Karşı Hile**, Birleşik Yayıncılık, İstanbul 1996.

- KÖSE**, Saffet, *Kur'ân Hükümlerinin Tarihselliği Meselesi*, Adli Makalesi, **İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi**, sa.7 Nisan 2006.
- KULUÇLU**, Erdal, "*Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkileri*" adli Makalesi, **Sayıştay Dergi**, sa.71.
- LAROUİ**, Abdullah, **Tarihselcilik ve Gelenek**, (çev. Hasan Bacanlı), Vadi Yayınları, Ankara 1998.
- MAHMASANİ**, Suphi, "*Müslümanların Geri Kalmaları ve Kalkınmaları İslâm'ın Çağdaş Sosyal İhtiyaçları Karşılama Kabiliyeti*" Adli Tebliği, **Yeni Gelişmeler Karşısında İslâm Hukuku**, 3. Baskı. Nesil Yayınları, İstanbul 1992.
- MÂVERDÎ**, Ebu'l Hasan Ali b. Muhammed, **el-Ahkâmü's-Sultâniyye**, Mısır 1996.
- MESUD**, Muhammed Halid, **İslâm Hukuk Teorisi**, (Çev: Muharrem Kılıç), İz Yayıncılık, İstanbul 1997.
- MUSLEH-UD-DIN**, Mohammad M. A., **Insurance and Islamic Law**, Londra 1969; Islamic Publications Limited H. O. 13-E, Shahalam Market, Lahore (Pakistan) 1969.
- ONAT**, Hasan, "*Türkiye'de Din Anlayışı ve Fazlurrahman*" Adli Makale, **Türkiye Günlüğü Dergisi**, sa.18, Bahar 1992.
- ÖZTÜRK**, Mustafa, *Şâtibi'nin Kur'ân'ın Anlaşılmasına Yönelik Öncelikleri Üzerine Bir Çözümleme Denemesi*" Adli Makalesi, **İslâmiyyât Dergisi**, III, sa. 3, Ocak-Mart 2000.
- ÖZSOY**, Ömer, "*Müslümanların Yenilenme Sorunları ve Kur'ân*" Adli Tebliğ, **Değişim Sürecinde İslâm**, TDVY, Ankara 1997.
- PAÇACI**, Mehmet, "*Kur'ân ve Tarihsellik Tartışmaları*", Adli Tebliği, **Kur'ân'ı Anlamada Tarihsellik Sorunu Sempozyumu**, Bayrak Yayınları, Bursa 1996.
- RIZA**, M. Reşit, **İslâm'da Birlik ve Fıkıh Mezhepleri**, (Ter: A. Hamdi Akseki-Hayreddin Karaman), DİBYayınları, Ankara 1974.
- SEZEN**, Yümni, **Sosyoloji Açısından Din, Dinin Sosyal Müesseseler Üzerindeki Tesirleri**, MÜİFY, İstanbul 1988.
- ŞÂTİBİ**, Ebu İshak İbrahim b. Musa; *el- Muvâfakât fi Usulî's-Şer'i'a*, I-IV, Mısır 1975.
- ŞA'BAN**, Zekiyüddin, **İslâm Hukuk İlminin Esasları**, TDV Yayınları, Ankara 1990.
- ŞENTÜRK**, Recep, **İslâm Dünyasında Modernleşme ve Toplum Bilimi**, İz Yayıncılık 1996.
- SERAHSİ**, Şemsüddin Muhammed b. Ahmet Ebu el-**Mebcut**, I-XXX, Beyrut 1978.
- ŞENER**, Sami, "*Sosyal Değişmenin Dini Hayata Etkisi*" Adli Tebliğ, **Sosyal Değişme ve Dini Hayat**, İİAVY, İstanbul 1991
- TAŞTAN**, Osman, "*İçtihat Sorunu Üzerine Bir Literatür İncelemesi (Modern Literatür, Wael B. Hallaq ve Klasik Literatür)*" Adli Makalesi, **İslâmiyyât Dergisi**, I, sa. 3, Temmuz 1998.
- VELDET**, Hıfzı, **Medeni Hukuk**, İstanbul 1945
- YALÇINKAYA**, Timuçin, "Sanayi ve Bilgi Toplumlarında Rekabet Ekonomisi" **Rekabet Bülteni Dergisi**, ESC Consulting Yayını, Yıl:2001, Sayı:5, 2001.
- YÖRÜK**, K. Abdülhak, **Hukukun Umumi Prensipleri**, İÜHFY, İstanbul 1949.
- ZEYDAN**, Abdülkerim, **Medhal Lidiraset'il Şeriat'I-İslâmiyye**, I, Bağdat 1979.
- ZERKÂ**, Mustafa Ahmet, **Şerhu'l-Kavâidü'l-Fıkhıyye**, Dimeşk 1938.