

İSLAM HÜKÜMLERİ VE İCTİHAD*

Manastırlı İsmail Hakkı
Sad. Yrd. Doç. Dr. Ali Duman
ali.duman@inonu.edu.tr

İctihadın İslamî hükümlerle irtibat derecesini belirleyebilmek için öncelikle İslam Dininin içerdiği hükümleri dört kısma ayırmamız gerekir:

1. **Aslî ve İtikadî hükümlerdir** ki iki türdür: *Birincisi* Kur'an-ı Kerim'de aklî burhanlar getirilmiş, kendisiyle ilgili kesin bilgi (ilmi yakîn) elde edilmesi şart kılınmış hükümlerdir. Allah'ın teklifi, ilim, kudret, irade, yaratılış nizamı, alemin düzeni, hikmetin gözetilmesi gibi sıfatlar ve Allah'ın fiilleri ve peygamberlerin gönderilmesi bu türdür. *İkincisi* akılla görülmesi imkanı olmayan, kabul edilip onaylanması beklenen diğer inançla ilgili hükümlerdir. Melekler, ölümden sonra dirilme, ahret halleri gibi gayb bilgilerine dair kesin hakikatler bunlardandır.

2- **Ruh eğitimi ve vicdanları aydınlatmaya yardım edecek, Allah'ı zikretmek ve ibadetlerle ilişkili fiiller ve durumlar hakkında şer'i talimatlar.** İnsana Allah'ın kontrolü altında bulunduğunu hatırlatıcı, Allah'a yönelten ve kalbine güven veren namaz gibi, ki bu sayede cesaret gibi pek çok yüce meziyetler kazanılır

Hemcinslerine merhamet ve şefkatle bilinçli ve dengeli bir ortak yaşam araştırmasına kaynak teşkil eden "zekat", vacip ve farz olan sadakalar. Aynı şekilde yaşam kaynağı olan yeme ve içmeyi -ihtiyaçların sevki ve yenilmesinde kolaylık ile beraber belirli bir süre içinde isteyerek terk etmekten ibaret "oruç" (savm) ki bu vasıta ile meydana gelen uzmanlaşma sayesinde gerektiği zaman nefesine hakim olmak, metânetini korumak ve bilhassa zengin olan şahsa açlık duygusunu hissettirerek fakirlerle yaratılış bakımından eşitlik fikrini yerleştirmektir. Bir de ümmetin fertlerinde, çeşitli kabile ve milletler arasında tanışma (te`âruf) ve kalpleri ısındırma sevgisi, sosyal bağların arttırılması temel esasına en büyük yardımı bulunan "hacc-ı şerîf" gibi ki yüce İslam dininin başlangıcındaki görülecek şeyleri ve eserleri görmek, durak ve buluşma yerlerini, bilinen değerli mekanları tavaf ve ziyaret ile İslam'ın başlangıç kaynağı olan değerli pey-

* Bu yazı Sırat-ı Müstakim Mecmuasının, 11 Safer 327 Perşembe, 19 Şubat 324 tarihli, ikinci cildi, Aded: 28, 17-18'de; 18 Safer 327 Perşembe, 26 Şubat 324 tarihli, ikinci cildi, Aded: 29 ve 25 Safer 327 Perşembe, 2 Mart 324 tarihli, ikinci cildi, Aded: 30 sayfaları arasında yayımlanmıştır.

gamber zamanını, o feyizli kargaşa zamanlarındaki yüce feyzleri derinlemesine düşünmek ve ihram gibi ortak amelleri görerek insanlar arasındaki eşitliği kavramak gibi yüce faydaları içermekten de yoksun değildir.

3- Kötülük ve kabahatlerden, yasak ve haramlardan uzak durmak ve iyilik ve yardımlaşma türlerini araştırmak, güç yettiğince hayır ve düzeni karşılıklı alış-veriş şeklinde süslemek ve nefisleri arındırmaya yarayacak ahlakî güzellikleri (mekarim-i ahlak) ve edebe dair hoşlukları (mehasin-i adab) oluşturmaya yönelik fikirleri aşlamak.

4- Ümmet fertleri hakkında gerek birbirlerine, gerek diğer hükümlere oranla işlenmesi tavsiye edilen dünyevî işlemlere yönelik hükümlerdir ki bunda siyasî ve medenî şahsî ve genel hukuk, idârî ve kazâî bütün düzenleme tasarruflarına ilişkin kanunlar da vardır.

Özetle şer'î hükümlerin bölümleri "i'tikâdât" (inançlar), "ibâdât" (ibadetler), "melekât" (ahlaklar) ve "mu`amelât" (hukuki eylemler) isimleriyle bilinen işler ve kulların durumlarına ilişkin bu dört kısım hükümlerle sınırlıdır. Artık maksada geçelim:

İnançları içeren ilk kısımda bilinen anlamıyla ictihâd geçerli olmadığı gibi herhangi bir kimseyi taklit etmek de meşrû değildir. İnançlara ilişkin hükümlerin çoğu aklî burhânlarla kesin olarak belirlenmiştir. Kur'an-ı Kerim naslarıyla da [sh.18] desteklenmiştir. Geri kalanı da Kur'ân-ı Kerim veya Mütevatir sünnette bulunan ve aklen varlıkları sabit olmamasına rağmen kabul edilip, benimsenmesi gerekmiştir. Ama ahad haberlerle –ne kadar güçlü bir isnâd ile naklerdilirse edilsin- hiçbir itikadî hüküm sabit olmaz. Çünkü ahad haber zann ifade edebilir. İtikadî hükümler ise kesin bilgi gerektirir.

İbadetler kısmında her mükellefe farz olan şey, Kur'ân-ı Kerim'de bulunan hükümleri, Peygamberin sünnetinde, sahih hadisler ile açıklanıp, izah edildiği şekilde alıp kabul etmektir. Her fatz ibadet hakkında nazil olan mücmel¹ (kapalı) ayeti Peygamberimizin mübarek ağızlarından elde edilen sözlü ve ameli açıklamalarıyla açıklık kazanmış, ilâhi vahye bağlantısı kesin olan sayılar ve ibadetlerin nitelikleri aynen ve tamamen kabul edilmiştir. Yalnız yapılması zorunlu veya güzel kabul edilen rükünler ve diğer şeylerin belirlenmesi ve ayırt edilmesi hususunda ictihadî derinleşmelere gerek kalmıştır. Bu da çeşitli rivayetler içinde en sahih (esahh) olanı tercih, mücmel (kapalı) olan bir ibareyi tefsir biçiminde sonuçlanmaktadır.

¹ Mücmel: Şariden bir beyan gelmedikçe, anlamı anlaşılmayacak kadar kapalı olan lafızdır. Bkz. Ali Duman, **İlitam ve İlahiyat Fakülteleri İçin İslam Hukuk Usulü Dersleri**, Ankara, 2014, 345.

Hiçbir müctehid farz bir ibadet hakkında ictihâtle ekleme ve çıkarma yapmaya yetkili değildir. Zira bunlar Şâri` tarafından tamamlanmış ve kemale erdirilmiş, örfün ve zamanın değişmesiyle değişmeyecek biçimde olduklarından dolayı müctehitlerin tasarruflarına bırakılma imkanı kalmamıştır.

Üçüncü kısım da ikinci kısım gibi olup bir şeyin helal ve haramlığına ilişkin şer`î bir nass varken müctehidin, aksine bir görüş ileri süremeyeceği ortadadır. Yalnız hakkında metinde hüküm bildirilmemiş (meskûtün `anh) olan bir fiilin kıyas yoluyla helal ya da haramlığı tespit edilebilir.

Kur`ân-ı Kerîm apaçık bir biçimde bildirdiği hayırlı işler ve Allah'ın razı olacağı hayat tarzının yanında “وافعل الخير” “hayır işleyiniz” ve “يسارعون في الخيرات” “hayırda yarışınız” gibi ayetlerle de genel manada hayır işlemeye yönelik emir, iyilik ve ihsan türlerine rağbeti artırmaya yönelik emirleri de içermektedir. Her emir iyinin (ma`rûf) meşrûluğunu ve her kötülük kötülüğün yasaklığını ortaya koymuş olur. Fakat tek tek olayların (cüz'ıyyât) sınırlı ve düzenliliğine dayanarak her birinin kapsama alanını akl-ı selim sahiplerinin anlama ve kavrama kapasitelerine terk edilmiştir

İşte buna uyarak İslam dininde mevcut olan detayları verdikten sonra her müslümana “فمن يعمل مثقال ذرة خيرا يراه و من يعمل مثقال ذرة شرا يراه” “Her kim zerre miktarı hayır işlerse onu görür; her kim zerre miktarı şerr işlerse onu görür” (Zilzal, 99/8) ilkesini aşılıp açıklığa kavuşturarak hayır ve şerr sınırlarını kendi vicdânına, anlama kapasitesine bırakmak gerekir.

Bu konuda yüce İslam dininin belirlemiş olduğu hükümlerin (ahkâm) bir kısmı “dini zorunluluklar”(zarûriyyât-ı dîniye) diye isimlendirilir ki bunları bilmeyen Müslüman yoktur. İffet, güvenilirlik (emanet), doğruluk (sıdk) ve tutarlılık (istikâmet) hayırlı işler olması gibi ve açık-gizli kötülüklerin (fuhşiyat) pis ve çirkin olması gibi [şeyleri bilmeyen yoktur]. Diğer kısmı da herkes tarafından bilinmeyip ilim ile uğraşanlara özel bir alandır. Haklar açısından kadının erkeğe, kölenin hüre ve Müslüman olmayan kişinin (gayrı müslim) müslümana adalet önünde eşitliği... isterse baba olsun velinin gözetimindeki, velayeti altında bulunan kızı engelleyerek, dengi olan bir talibiyle evlendirmekten kaçınmasının haramlığı gibi.

Müslüman alimlerin bu kısma ilişkin konulara önem vermeleri ve kabiliyet derecelerine göre insanlara yayıp, öğretmeleri zorunlu görevlerdendir.

Dinin zorunlu olarak bilinmesi gereken kısmında ne ictihâd, ne taklid geçerli olmaz. Diğer kısmın varlığı ise delile dayanmak, eğer özel bir delil (delil-i has) varsa onunla, özel bir delil yoksa mesela “her faydalının hayır ve helal; her zarar ve işkence-

nin şer ve haram” olması gibi genel bir delil (delil-i `âmm) ile bilinmesi gereklidir. İslâm dininde ne kadar büyük bilinirse bilinsin hiç kimse sadece lafla bir şeyi helal veya haram kılmak, şer’î bir delil ortaya koymadıkça kendisini taklit ederek uyulmak hakkına sahip değildir.

Bu helallik ve haramlık konuları da son derece önemli olup uygulanması hususunda özen gösterilmedikçe müslümanların dünya ve ahrete yönelik işlerinin düzene konulması ihtimali yoktur. Bundan dolayı bütün ümmet bu konularda tam bir uyanıklık (kemal-i basiret) üzere bulunmak zorunludur.

Dünyevi muameleler ve genel toplumsal durumlara ilişkin olan dördüncü kısmın daimi genel şeriat olarak alt parçalarını sınırlandırmak mümkün değildir. Çünkü bu kısma dahil olan hükümlerin çok fazla ve çeşitli oldukları gibi zaman, mekan, kuvvet, zayıflık, örf ve adet gibi şeylerin çeşitliliği oranında çeşitlilik göstereceği açıktır. Yüklülük sahibi her bireyin bu hükümlerin tamamını bilmesi mümkün olmadığı gibi gerekli de değildir.

İşte: “و لو ردوا الى الرسول و اولى الامر منهم لعلمه الذين يستنبطون منهم” *“onu, Resûl’e veya aralarında yetki sahibi kimselere götürselerdi, onların arasından işin içyüzünü anlayanlar, onun ne olduğunu bilirlerdi”* (Nisa, 4/83) ayetinde geçen “uli’l-emr”in yani fukaha ve hukuk erbabının icthâd ve istinbâtlarına en fazla gerek görülen maddeler bundan ibaret olup bu konuda bütün insanların kendilerini taklid etmeleri ve uymaları, zorunlu bir iştir.

Bu sebeple Hz. Muhammed’in şeriatı İslâmî hükümetin tarz ve şeklini, sınır ve hükümlerindeki ayrıntıları teker teker açıklamamıştır. Sadece hükümet kurumu ve saltanatı ayakta tutmaya yarayacak esasları belirlemiştir. Mesela şûrâ’nın zorunluluğu, söz ve toplanma hürriyeti kelâm ` ve icma’ın delil olması gibi ki Avrupa hükümetlerinin son olarak teşkil etmiş oldukları “Temsilciler Meclisi” (Meclis-i Nüvâb), parlamentolar hep bu esaslar üzerine kurulmuştur.

Sonsuza dek devamını sağlamak için İslâm şeriatında her ne şekilde olursa olsun adalet araştırılması, eşitliğe riayet edilmesi ve zarar ve zarara zararlar karşılık verilmesi² gibi bir takım büyük ve gayet kasamlı esaslar da konulmuştur.

² Çeşitli ravilerden İbn Mâce, Darekutnî ve Hâkim hazretleri tarafından tahrîc olunan “ لا ضرر و لا ضرار ” فى الاسلام “İslâm’da zarar vermek ve zarara zararlar karşılık vermek yoktur” hadis-i şerifinin manasıdır. İlgili hadis Nevevî’nin Erbaîn’inde 33 üncü hadis olmak üzere seçildiği gibi Mecellenin 19 uncu maddesi olarak “zarar ve mukabele bi’z-zarar yokdur” diye tercüme edilmiştir. Yani başlangıçta kimseye zarar

Kur'an'ın nazil olduğu dönemde, Peygamberimizin yüce saadet çağında ümmet hakkında yürürlükte olan durumlara ilişkin değiştirilmesi ya da dönüştürülmesi mümkün olmayacak pek çok hüküm ve kazalar meydana gelmiştir ki bunların bir kısmına dair Kur'an ayetleri nazil olmuş, diğerleri de doğrudan doğruya Peygamber efendimizden alınmıştır. İşte gerek vaz` olunan temel esaslar, gerek bu takım hüküm ve kazalar İslâm alimlerine hidayet ışığı olup icthâdlarıyla hüküm istinbatna yetkili oldukları konularda bu hak nuru ile aydınlanır olmuş ve bu sayede düzen ve muamelat hükümlerine başarı elde etmişlerdir.

Fakihlerin icthadlarıyla istinbât olunan bu fer'i hükümlere de "şer'" denilir. Çünkü şer'î kurallar üzerine bina edilmiş olduğu gibi bu yolda hüküm istinbatna şeriat sahibi (Yüce Allah) tarafından yetki de verilmiştir. "Kanun" denilmesi de caizdir. Nasıl ki sonraki dönem alimleri (müteahhirûn) tarafından çoğunlukla³ gerçekleşmekte ve örf ve âdetde meydana gelen değişime ve maslahatların gereği ve ümmete değişmeleri geçerli sebep (illet-i bâ`ise) gösterilmektedir.

İmâm-ı Şa`rânî'nin Mizan'ında "خذ العوف وامر بالمعروف واعرض عن الجاهلين" "Sen af yolunu tut, iyiliği emret ve cahillerden yüz çevir" (A'raf, 7/199) ayeti⁴ "يعنى اذا لم نوح اليك فى " "معرفة مقدار شئ فرده الى العرف و عمل به " "Yani, bir sana bir şeyin miktarı hakkında vahy göndermezsek, onu örfе götür ve onunla amel et" diye tefsir olunduktan sonra "bu ayete göre yürürlükteki örf şeriatı tabi olunan şeylerden sayılır. Örf ile muradımız şeriatın

vermek caiz olmadığı gibi karşılık ve ceza olarak da zarar vermek caiz değildir. Mesela birinin malını şer'î/ hukuki bir sebebe dayanmaksızın almak ve bir kimsenin hakkı olduğu halde onu yerine getirmekten kaçınmak gibi bir şekilde zorlamak olduğu için caiz olmaz. Karşılık olarak zarar vermek de böyledir yani bir kimse diğer kimseye zarar verdiğinde zarar gören kişi karşılık olarak ona zarar vermeye hakkı olmayıp aksine hakime başvurarak zararını hukuki bir şekilde gidermeye çalışması gerekir. Meydana gelen bir zararı başka bir zarar ile telâfiye çalışmak kesinlikle caiz olamaz. Mesela bir kimsenin verdiği kalb akçayı başkasına vermek gibi. Mecelleye konulan külli kuralların (kava'id-i külliyye) çoğu (Hanefi alimi İbn Nüceym'in) el-Eşbâh ve 'n-Nezâ'ir'den alınmış olup gayet önemli esaslar olduğu bilinen bir husustur. Şerhlerine müracaat ederek daha fazla bilgi elde edilebilir.

³ "Kesresle" şeklinde yazılmış.

⁴ Bu "avf", "يسئلونك ماذا ينفقون" "Ne infak edeceklerini senden soruyorlar..." (Bakara, 2/215) ayetindeki gibi "kolaylık ve külfetsiz" olan şey manasındadır. "Ahz" kabul ve rıza manasında mecaz olarak kullanılmıştır. Yani insanların kolaylık eden, külfetsiz gerçekleşen işlerine râzı ol, meşakkate götürecektir yükümlülükler yüklemek ki nefret gerçekleşmesin. "Örf" güzel bir iş şeklinde yorumlanır . Yani hıkmın genelinin kabulüne mazhar olacak şeyleri emret ve cahillerden yüz çevir, insanların anlama kapasitesiyle mücadele etme. Nasıl ki başka bir ayette "إذا خاطبكم الجاهلون قالوا سلاما" "Cahil kimseler kendilerine muhatap oldukları zaman onlara selam derler" (Furkan, 25/63) buyurulmuştur. Salih kullar, cahillerle muhatap oldukları zaman, kendi hal ve sıfatlarına göre konuşacak oldukları zaman onlara veda selâmı verirler, karşılık vermezler. "خذ العفو وامر بالمعروف" "Bağışlamayı seç ve iyiliği emret" (A'raf, 7/199) ayet-i kerimesi güzel davranış ve topluma iyi hareketi emrettiği gibi bütün iyi ahlaki içeren Kur'an ayetlerinden sayılır.

kurallarına uygunlukla beraber halk arasında yerleşmiş olan şeylerdir ki bazı alimler buna kanun derler” buyurulmuştur. (Kitâbu’l-Hudûda bakınız).

Buradaki açıklamalardan asıl maksadımız Hz. Muhammed’in şeriatının içerdiği asli ve fer’î hükümleri –gerektiğinde bazı ictihadların tamamıyla değiştirilmesi ve mevcut mezheplerin herhangi birinden olursa olsun insanlara en faydalı ve maslahata en uygun görüşlerin alınması şartıyla- her asır ve zamanda bütün ümmetin hallerini, yürürlükte olan medeni muameleleri içerdiğini izah ve ispat etmektir. “Fıkıh İlmi” adıyla tedvin edilmiş olan şer’i meselelerden son zamanlarda icat edilmiş olup muamelatı fazlasıyla geniş olan bazı konular, hariç bırakıldığı takdirde, dışarda kalacak maddeyi uygulamalı bulunmayacak bir şey göstermek mümkün değildir.

Anlaşılmaktadır ki bizim esas olarak hiçbir milletin kanunundan almaya ve ictibâs yapmaya asla ihtiyacımız olmadığı gibi şer’î hükümlerimiz uzmanları kanalıyla incelenip, uygulanacak olsa bütün durum ve ilişkilerimizi düzenlemekte kesinlikle problem yaşamayacağımızı belirtmeye gerek yoktur. En küçük bir örneği olan *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye* güneş gibi ispatlıyor ve ortaya koyuyor ki hukukî hükümlerde İslâm fakihleri kadar derinlemesine incelemelere hiç bir toplumun hukuk alimleri muvaffak olmamışlardır. Avrupa’nın senelerce sürüklenip duran anlaşmazlıkları Mecelle ile çözülmüş olması üzerine her dile tercümesine özen gösterildiği herkesin bildiği bir şeydir.

Tekil (cüz’i) hükümlerimizde incelense ne derece adil, genel ahlak ve beşerin durumunu ıslah için temel vasıta olduğu ortaya çıkar. Gayet ağır ve uygulanamaz sanılan “şer’î haddler”in (hudûd-ı şer’iyye)n her birinde pek çok kayır ve şartlar konulmuştur. Gerek hüküm gerektirici sebeplerin ispatlanması (sübut), gerek uygulanması gayet zorlaştırıldığı bilinmektedir. Bu yönüyle haddlerin çoğunda, hadd uygulanacak şahıslar nadiren görülmekte ve haddlerin konulmasından maksadın sadece korkutma ve sakındırma olduğu anlaşılmaktadır.

Bununla beraber kısas ile el kesme (kat`-ı yed) gibi bazı şer’î haddlerin nadiren uygulanması bile sonsuz derecede can ve malın korunmasını sağlayacağından şer’î hükümler arasında kılınması sadece hikmet ve toplumun yararı olduğu inkar edilemez

Taşlanmış şeytandan Allah’a sığınırım “و لكم فى القصاص حياة يا اولى الألباب” “Kısasta sizin için hayat vardır” (Bakara, 2/179) ayet-i kerimesinin işareti üzere katilin kısas edilerek öldürülmesi bir çok suçsuz canın hayatının korunmasını sağlar. 1) İlk olarak bir şahsı öldürmeye teşebbüs edecek olan kişi cinayet suçunu gerçekleştirdiği takdirde kendisinin kısasen öldürüleceğini bilince öldürme suçundan çekinir ve böylece her ikisinin hayatı kurtulmuş olur. 2) İkinci olarak kasten adam öldüren bir katil kısas

olunmadığı zaman başka türlü cezalandırılrsa bile öldürülenin geri kalan mirasçıları ondan intikam alma fikrini taşıyacaklarından ya onlar katili öldürerek kendilerini öyle bir kan davası tehlikesine düşürmüş olurlar ya da kâtil kişi korkusundan dolayı öldürülen şahsın geride kalan akrabalarını da birer birer öldürerek ortadan kaldırmaya çalışır. Her iki tarafın kabileleri arasında kan gütmek fikri yerleşir kalır. Özetle zahirde bir canı yok etmek anlamında görünen kısas gerçekte büyük bir hayattır. Çünkü hukukiliğini düşünen kimse cinayet fiilinden kaçınırsa cinayet hiç gerçekleşmez, eğer düşünmez de cinayete cesaret ederse öldürme fiili iki şahıs arasında kalır, kabilelerine bulaşmaz.

[Hukuk okulumuzda okutulan “*Mi`yâr-ı Adâlet*” kitabı incelenirse anlaşılır ki cinayet suçunun kısasla cezalandırılmasının beş kısmı içinden yalnız kasten adam öldürme kısmında geçerli olup gerek vacip olması, gerek ondan beklenen fayda gerçekleşebilmesi için de pek çok şartlar vardır. Bunlar her kasten adam öldürmede tamamen gerçekleşemeyeceğinden kanuna kısas eklenmesiyle büyük bir problem ortaya çıkmaz, sadece faydalı etkileri görülür.]

Hırsızın elini kesmek de gerek kendisine, gerek çalınan mal ve malı çalınan kimseye ait ve hırsızlık iddiasının mahiyeti ile şahitliğe dair pek çok şartlarla sınırlıdır. Bu şartların hepsinin bir araya gelmesi ve gerçekleşmesi nadiren meydana gelmekle beraber belirlenmesi ihtihada bağlı olduğundan tekrarı ve tedbir amaçlı olmak gibi daha bazı şartlar da eklenmesi mümkündür. Nasıl ki çabuk değişime uğrayan yiyecek cinsinden olan şeyler de nisab miktarına ulaşırsa bile İmam Ebû Hanîfe hazretleri elin kesilmesi görüşünü kabul etmiyor. Halbuki diğer imamlar elin kesilmesine hükmediyorlar. Bu türden ihtilaf içeren konular pek çoktur

Bunun gibi bütün beldelerde yaygın olarak görülen bir kıtlık senesinde Hz. Ömer (R.A.) –ortalığı kaplayan şiddetli açlık ve zaruret sebebiyle- hırsızlık haddini uygulamayı yasaklamıştı. Müslümanların yöneticileri bazen de savaş sırasında savaşa katılan askerler için şer`î haddlerin uygulanmasını kaldırırlardı. Söz gelimi Sa`d b. Ebî Vakkâs hazretleri İran gazalarında ordu komutanlığı esnasında Ebî Mahcen isimli şahsa içki içme hadi uygulanmasını uygun görmemişti. Çünkü adı geçen kişi savaş esnasında İran kavmine karşı büyük bir fedakarlık göstermiş, İslâm ordularını içine düşecekleri bir yenilgiden kurtarmıştı. Bu uygulamalar hep faydalıyı (maslahat) gözetmek maksadıyla yapılırdı. Son dönemlerde de kim bilir ne türlü değerlendirmeler bu uygulamalara engel olmuştur. Mesela bir şahide hitaben “eğer sen onu elbisenle örtmüş olsaydın buraya gelip ayıbı ortaya dökmekten daha hayırlı olurdu” buyurulmasından, bunun gibi hakim

ve emirlere hitaben söylenen “ادراء الحدود بالشبهات” “şüphelerle haddleri düşürünüz” hadis-i şerifinden Şeriat sahibinin (Şari) haddleri hukuki hüküm kılmasından temel maksadı sakındırmayı anlamak da yumuşak davranmaya yol açabilir.

Aynı şekilde devlet ve milletin eski kuvvet ve kudreti haiz olmamasına dayanarak bütün vatandaş sınıflarına yaymakla eşitliğe uymanın mümkün olmaması da doğal engellerden sayılmaktadır.

Bu boyutların incelenmeye muhtaç olduğu inkar edilemez.

Şeriat ve Kanun

Şeriat ile kanun arasında kapsama ve dayanak açısından önemli farklar olduğu ortadadır. Şer'î hükümlerin –bilindiği üzere- dört delilden (edille-i erba`a) birine dayanması zorunludur. Siyasî ve kazaî hükümlerin çoğunluğu böyledir. Fakat bu türden hükümlerin bir kısmı çağdaş maslahatlara uygulanması gerekliliğine dayanarak devlet başkanının (ulü'l-emr), bağlama ve çözüme yetkisine sahip uzmanların (erbâb-ı hall ve akd) ictihadlarına bırakılmıştır.

Şer'î haddler dışında, ta`zîr denilen basit terbiye etme cezaları da vardır: hakimler sınıfı, ordu komutanları, yönetim şekli ve vazifelerin düzenlenmesi, miri malların vergilerinin alınması ve toplanması ve daha bu türden tasarruflara ilişkin düzenleme işleri gibi... İşte bunlara bağlı çağdaş maslahatlara uygun kanunlar düzenlenmesi devlet başkanının yetkisi dahilindedir.

Kanunun yapısını teşkil eden şey insanların görüşleri olup şeriata aykırı olmak şartıyla uyulması zorunludur.

Şer'î hükümleri uygulamak daimi bir biçimde zorunlu olup en hafif zararını işlemeye yol açan bir eksikliğe rastlanmadıkça bunlara aykırı hareket etmek meşrû değildir. Kanun hükmü ise sırf istihsana dayanarak terk edilebilir ve değiştirilebilir. Mesela bir maslahat kanatıyla mirasçılardan (verese) birinin payı (sehm) arttırılmaz. Fakat yetkili bir amir bir memurun maaşını arttırabilir de eksiltebilir de. Çünkü mirasçıların payları şeriat tarafından belirlenmiş değiştirilemez bir emirdir. Memurların nafakaları, işçilerin maaşları kanuna bağlıdır.

Kanuna dayalı hükümlerin geçerliliği, uygulama gerekliliği olumlu ve olumsuz bir takım şartlara sınırlıdır. Olumlu şartlar: Hukuk konusunda adalet ve eşitliği gözetmek ve uzmanları tarafından istişare (danışma) yoluyla oluşturulmak, faydalı olanı yapmak ve zararlı olandan kurtulmak (celb-i mesâlih ve def`-i mefâsid) temel kuralına

riayet etmek gibi. Olumsuz şartlar: Haramı helal, helalı haram kılıcı olmamak, kanun koyucu kendi canını ve mensup olduğu kavim ve kabileyi diğerlerinden ayırt etmemek ve bireysel olarak veya kendi hemcinsleriyle zulüm ve zorbalığa teşebbüs edilmemek gibi şeylerdir.

Bu açıklamalarımızdan ortaya çıkıyor ki şeriatın uygun gördüğü kanun ile hükmetmek dine aykırı olmadığı gibi bazen de şer'î görevlerden kabul edilir. Gerçekten yüzeysel bakanların ve vehim sahiplerinin “و من لم يحكم بما انزل الله فؤلأنك هم الظالمون” “Kim Allah'ın indirdiğı ile hükmetmezse onlar zalimlerin ta kendileridir” (Maide, 5/44) ayet-i kerimesiyle bu gerçeklere karşı itiraza yeltendikleri duyulmaktadır. Çünkü bunlar sanıyorlar ki “ما انزل الله” “Allah'ın indirdiğı” ile hüküm, Kur'an-ı Kerim'in içerdiği olduğu açık ahkam ile hükümden ibarettir. Halbuki geçerli hükmün bununla sınırlandırılması iddia edildiğı zaman sonsuz beşeri hadiselerin hükümsüz kalması gerekir. Demek asıl hakikat bu zahir bakış açısı sahibi düşüncesiz kişilerin vehmettikleri gibi değildir.

Uymayanların şüphesiz ki zalim sayılmaları gereken “حكم بما انزل الله” “Allah'ın indirdiğı ile hükmetmek” adalet ile hükmetmektir. Evet Cenab-ı Hakkın indirdiğı ve emrettiğı hüküm “و إذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل” “İnsanlar arasında hükmettiğiniz zaman adaletle hükmedin” (Nisa, 4/58) ayetinin şahitliğiyle her ne şekilde olursa olsun adaletin ve hakkaniyetin korunmasıdır. “هو الذى انزل عليك الكتاب بالحق و الميزان” “O ki sana kitabı ve mizanı hak ile indirendir” (Şura, 42/17) ayetiyle de bu hakikati söyler. Çünkü Şanı Yüce Allah Teala, kıyamet gününe kadar meydana gelecek tek tek hadiseler sayısında Kur'an ayeti indirip de bunlarla hükmedeceksiniz dememiştir. aksine –makalemizde vurgulanan- temel kurallar ile bir takım hüküm ve kazalardan ibaret bir doğru bir terazi lütfetmiş olup bu sayede alimlerimiz bütün meydana gelen hadiselerde adaleti yerine getirebilecek hükümleri koymak hususunda başarı göstermişlerdir.

Allah'ın Kitabında bulunan ve Peygamberin Sünnet ile sabit olan her şer'î hükümün aynen doğru ve sırf adalet olduğunda şüphe yoktur. Mezhep fakihlerinin istinbât ettikleri icthadî hükümlerde bir takım derecelerde ihtilaflar meydana gelmiştir. Bu ihtilafların kökeni derinlemesine incelenilerek ortadan kaldırılma çaresine bakmak, bütün mamelat hükümlerini asrın gereklerine göre belirlemek İslâm alimlerinin en fazla yerine getirmek hususunda gayret etmeleri gereken yüce bir göredir. Zira İslâm birliğı ve ümmetin geleceğini güvence altına almak başka şekilde mümkün değildir.

Uyarı

İlahi şeriat bize mutlak olarak adaleti korumayı emretmektedir, diyoruz. Evet! gerçekten böyledir. Asıl maksat olan işlem, iki hasmın birine eğilim göstermeyerek, hiç bir tarafın faydasını gözetmeyerek her ne şekilde olursa olsun hakka ulaşmak ve adaleti uygulamaktan ibarettir. Bu maksat korunduğu takdirde zaman ve mekanın etkisi, beşeriyetin doğal olan ilerlemesi ile yargılama yöntemlerinin değişip, çeşitlenmesinde bir sakın olacağını sanmıyoruz.

Mesela iki itham olunan şahsın yalnızca yakalandıkları yerde bir fotoğraf konulup da işledikleri suçun nasıl gerçekleştiğine ve ne şekilde reddedeceklerine dair konuşmaları kaydedilse, o kanalla dinlenen ikrâr ve ifadeleri üzerine gerçek durumun kesin olarak tespit edilebileceği açıktır.

Netice itibariyle şüpheden uzak olmayan şahitlerin şahitlikleri ile hüküm vermek geçerli bir iş olduğu halde bu yolla sabit olacak hak ve hakikatin değerlendirmeye alınmaması şeriata uygun bir hareket sayılması akıl sahipleri için uzak bir ihtimaldir.

Nurlu şeriatın mutlak bir biçimde adaletin korunması ve hakkın yerine getirilmesini tavsiye etmekte olmasına dayanarak fakih imamların bir çoğu delil getirilmesi (ikame-i beyyine) mümkün olmadığı takdirde hakimin kendi ilim ve bilgisinin hüküm kaynağı kılınmasını onaylamışlardır.

İmam Şevkânî (h. 1173 / m. 1760)'nin bu meseleye dair bir mükemmel bir makalelerini aşağıda sunuyoruz. Bahsi geçen zat, kâdînin kendi ilmini hüküm kaynağı kılmasının mümkün görülmesi konusunda alimlerin düşüncelerini aktardıktan sonra konunun amacıyla maksadıyla şöyle demiştir:

“Eğer Şeriat Sahibinin (Şâri) delil (beyyine/şahit) ve yemin gibi hükmün sebebi kıldığı şeyler sadece ibadete ilişkin (teabbüdü) ilerdense yani bu sebeplerden daha kuvvetli delil ve emareler ile kesin bilgiye ulaştığımız halde anlayamayacağımız bir sır ve hikmete dayanarak hüküm ve kazaya yetkili olmadığımız kesin işlerin varlığı farz edilecek ise onlar ile kayıtlı olmamızın zorunlu bir işe olacağı, başka bir yolla hüküm vermenin caiz olamayacağı ortadadır.

Ama işin aslı bu şekilde olamayıp da bahsedilen sebepler hakimin haklı olanı geçersizden, doğru olanı hatalıdan ayırt etmeye mümkün olduğu kadar vesile olaabileceği bir tür araç, diğer bir tabirle, hâkim için elde edilmesi istenilen bilgi veya zanni kanaat oluşturmaya yeterli olacak birer akli yol sayılmış, sadece bundan dolayı geçerli kabul edilmiş olursa onların hiç biri bizzat kendileri istenilen şey olmayacağına dayanarak

gereğinde hakimin bizzat şahitliđi ve bilgisi dahilinde olan Őeye dair de hűkűm verebilmesi űncelikle geđerli ve hukuki kabul edilmesi gerekir.

Çűnkű mesela hakimin karŐısında iki Őahidin Őahitlik etmesi Őahitlik ve uzmanlıkla gerđerleŐecek hakimdeki bilginin derecesine ulaŐan, o derece kuvvetli bir ilim meydana getirmeyeceđi Őűphesizdir.

Gerek iddiada bulunanın (műdda`i) delil getirmesi (ikamei beyyine) kabul etmeyenin (műnker) yemin etmesi hakimin hűkműnde yeterli gűrűlmesikle beraber aslında kesinlik ve kesin bilgi ifade etmemesine dayanarak Kűtűb-i Sittenin tamamında zikredilen bir hadis-i Őerifte:

“ انما انا بشر و انكم تختصمون الي فلعل بعضكم ان يكون الحان بحدته فافضى له نبحوا ما اسماء فمن قضيت له من حق اخيه شئ فلا يأخذ هفانما اقطع له قطعة من النار ”

Yani “*Ben ancak bir beŐerim, siz davalarınızı bana getiriyorsunuz, belki bir kısmınız delilini daha gűzel sunar ve ben de onun lehinde hűkűm veriririm, aman dikkat edin her kime kardeŐinin hakkından bir Őey verirsem onu almasın (bűyle bir durumda ben ona) ateŐten bir parça vermiŐ olurum*” buyurulmuŐtur. Bu hadis-i Őeriften kazânın gizli (batın) deđil, ađık (zahir) olarak yűrűrlűk kazanması çıkarılmaktadır (istidlâl olunmaktadır).

O kadar gűçlű ve kesin olmayan bir yolla elde edilen ilim deđer gűrűrse onun kat kat űzerinde bulunan ilim deđerli olmaz mı! Daha ađık sűyleyelim: Hata olması, iŐin aslına uygun olmaması ihtimaline bađlı olan hakimin hűkmű hukuki sayılırken, kesin bilgiye dayanması sebebiyle dođru ve isabetli olması kesin olan hűkűmlerin hukuki sayılmaması dinlenir mi?

Bűyle bir yolla hűkmeden hâkim adalet ile hűkmetmiŐ olacađından her ne Őekilde olursa olsun adaletle hűkmetmeyi esas sayan Őeriatın gűzűnde űvűlen bir Őey sayılacađı ađıktır.