

CİLT 2

BAHAR 1414/1994

SAYI 1

**İSLÂMÎ
SOSYAL
BİLİMLER
DERGİSİ**

inkilâb

İçtiihad Kapısının Kapatılması ve Hukukun Tatbiki*

Bu oturunun ağırlık merkezini İslâmî hukuk teorisi ve doktrini, bilhassa *usûl-i fıkıh* teşkil etmektedir. Bu konuda Batı'nın önde gelen bilim adamları şu anda aramızda bulunmaktadır. Çalışmalarımız, fıkıhî ve *usûl-i fıkıh*'ı uygulamaları yönüyle ele aldığı için bu grubun dışında kalmaktadır. Bu yaklaşım tarzı, Suudî Arabistan'da İslâmî hukuk sistemi içinde ulemâ ve fıkıhın rolü üzerinde çalışma yaparak geçirilen birkaç yılın mahsûlüdür.

Ancak, fıkıhın uygulanması ve pratiği konusunda ya da diğer bir ifadeyle hukuk sistemi konusunda araştırma yapıldığında büyük katkılar sağlanabilecek bazı teorik problemlerin bulunduğunu ifade etmek isteriz. Zikretmek istediğimiz içtiihad kapısının kapatılması konusu da işte böyle bir meseledir.

Evvelâ az önce yaptığımız genel tesbiti desteklemek amacıyla bazı noktalara genel temaslarda bulunmak istiyoruz. Batı'da fıkıh alanında yapılan incelemelerde, fıkıhın uygulamalarına dair yapılan tetkikler, haklı ya da haksız olarak ihmal edilmiştir. Bu durumun meşrûlaştırılmasında öne sürülen geçerli nedenlerden birisi, teorik esasların çok geniş oluşudur. Bir diğeri ise fıkıhın tarihteki uygulamalarıyla ilgili verileri toplamanın yazılı nazariyeleri bulmaktan daha zor oluşudur. Diğer sebepler tartışma götürür nedenlerdir. Meselâ, durgunluk dönemine girdiği için İslâm hukukunun pratik yönden ihmal edilmesine yol açan ve abartılarak ifade edilen çeşitli faraziyeler yapılmıştır. Bunun sonucunda, fıkıh

* "The Closing of the Door of İjtihad and the Application of the Law," *AJISS*, Vol. 10, No. 3 (Fall 1993), ss. 396-401.

Makale, Massachusetts, Cambridge'de 13 Mart 1992 düzenlenen Amerikan Doğu Toplulukları Toplantısı'nda sunulmuştur.

keyfi ve müstebit yöneticilerin idaresi altında uygulanırken, bilim adamları fikhî ideal ilim dünyası kapsamında incelemiştir. Fıkha temelde bu şekilde yaklaşan İslâm hukuku araştırmacıları, tabii olarak fikhın uygulamalarına pek fazla zaman ayırmamışlardır.

Fikhî uygulamaların ihmal edilmesi çerçevesinde öne sürülen bu son gerekçenin son dönemde bilim adamlarının birçok farklı cephede verdiği çabalar sonucunda azaldığını düşünüyoruz. Bu bilim adamlarından bazıları, özellikle Profesör Hallağ, fikhın ilk dönemlerde tamamen verimsizleştiğini ifade etmek için kullanılan "içtihad kapısının kapatılması" şeklindeki mübalağalı ifadeye karşı çıkan muhtelif eserler vermiştir.¹

Bazı araştırmacılar, sonraki dönemlere ait Şer'î mahkemelerde tutulan kayıtları ve resmî dökümanları inceleyerek fikhî kavramların titizlikle uygulandığını ortaya çıkarmıştır. Diğer bazıları da fikhî kurallar, teorik boşluklar ve fikhın çeşitli türleri, özellikle de hiyerarşik olarak *mutûn*'dan veya resmî ekollerin kitaplarından daha üstün bir konumda olan *fetva* alanında yapılan büyük ilerlemeleri gözden geçirmektedir.

Ulemâ fikhın taşıyıcısı ve savunucusu iken yöneticiler de ideal İslâmî kanunların yani fikhın uygulanması için zorunlu olan başka bir ilkenin -gücünvârisleridir. Bu zorunluluk sayesinde hükümdarlar feshedilemez bir meşrûiyet elde etmişlerdir. Ulemânın bu duruma karşı çıkışı kolay değildir. Resmî sistemin işleyişiyle ilgili bu meşrûiyeti ulemânın kendi ifadesiyle *siyaset* olarak isimlendirebiliriz. İslâmî resmî sistemin yapısını çoğunlukla bu iki meşruiyyet ve gelenek, bir tarafta *siyaset* ve hükümdar, diğer tarafta fikh ve ulemâ arasındaki karmaşık ilişkiler oluşturmaktadır.

Buradaki tesbitlerimiz Müslümanların ve gayrimüslimlerin hukuktaki *siyaset* ilkesini gözardı eden yazılarına uymamaktadır. Meselâ biz çoğunlukla *siyaset* icabı verilen bütün hüküm ve kararları tanımı gereği "Şeriat dışı" olarak nitelidik. Bu fikh (ulemânın eserlerinde görüldüğü gibi insanların İlahî hükümleri anlamak için sarfettiği çabalar) ile Şeriatı (insan hayatının bütün yönlerini kapsayan İlahî düzen) birbirine karıştırmaktan başka birşey değildir. Böylece Şer'î sistem ile ilgili ulemâya ait şahsî ya da bütünlük taşımayan düşünceler, pek fazla tetkik edilmeden kabul edilmiştir.

Yukarıdaki düşüncelerin ışığında fikhî tartışmaları, hatta hukukun uygulanması açısından önem taşıyan *usûl-i fikh* ile ilgili tartışmaları değerlendirmek

(1) Bkz. Wael B. Hallağ, "Was the Gate of Ijtihad Closed," *International Journal of Middle Eastern Studies*, 16, 1984.

için daha fazla çaba sarfedilmesi gerekmektedir. Bu tartışmaları bir bütün olarak resmî sistem teorisi içine oturtulmalı ve incelenen muşahhas İslâmî sistem seviyesinde değerlendirilmelidir. Son olarak eldeki bütün araçlar kullanılmalı ve fıkıh teorisine (*kaza* [hüküm ve karar verme] teorisi, *ifta* [yetki içeren kanaat belirtme] ve *siyaset*) tarihî açıklamalara, ayrıca resmî, karşılaştırmalı ve sosyolojik metotlara müracaat edilmelidir.

“İçtihad kapısının kapatılması” meselesine dönüldüğünde, yukarıda anahatlarıyla ortaya konulan yaklaşımdan faydalanılabileceği görülür. Daha açık bir noktadan başlamak gerekirse “kapının kapatılması” gibi bir düşüncenin ne kadar tabii ve ne ölçüde gerekli olduğu meselesi İslâmî resmî sistemin işleyişinin bir sonucudur.

Kaza teorisi ve resmi sistem içindeki rolü hatırlanırsa yukarıdaki ifadenin değeri daha iyi anlaşılabilir. Fıkıh kitapları *kaza*'nın köklerinin içtihadı dayandığını ve içtihadın *kaza*'nın dinî meşrûiyeti için bir temel oluşturduğunu önemle vurgulamaktadır. Hadiste belirtilen, ikisi Cehennemlik biri cennetlik üç *kadı*'dan birisi yaptığı samimi içtihad nedeniyle kurtulmaktadır. *Kadı*'nın karşı karşıya kaldığı, Allah'ın Kanunu'nun kesin olmadığı (*zannî*) bir durumda İlahî adâlete uygun olarak nasıl hüküm verileceği, meşhur ahlâkî ikilemin çözümü içtihadın başka bir yerde değildir.

Kaza'nın temelini içtihadı dayandığı inancı *kaza* teorisiyle birlikte pek çok özel akidenin oluşmasına yolaçmıştır. Bunlardan en belirgin olanı *kadının* içtihad yapmaya yetecek (*müçtehid*) vasıflara sahip olması gerektiğidir. Eğer gerekli vasıflar bulunmuyorsa yapılan içtihatlar doğru dahi olsa verilen bütün kararlar geçersizdir. Sadece Hanefî mezhebi bu görüşü benimsemeyip daha bilgili başka bir âlimle istişare etmek şartıyla *kadı* tayini için daha az sayıda şart aramaktadır.

İkinci akide ise, *kadının* “yaptığı içtihatlar” göre hüküm verirken tamamen özgür olması gerektiği şeklindedir. İlahî gerçeği bulmak için büyük bir gayretle çalışırken, yani içtihad yaparken, *kadının* vicdanın vahiyden ve sözkonusu olayla ilgili somut gerçeklerden başka hiçbir şey sınırlamamalıdır. Şayet hükümdarın belirli bir hükmü uygulatma emri gibi, başka bazı etkenler olaya karışır yapılan içtihad kabul görmediği gibi *kadı* kendisini ateşe sürüklemiş olur ve verdiği hüküm geçersiz sayılır. Aynı şekilde geçmişte verilmiş kararlar veya bazı öncelikler (kendisine ya da başkasına ait olsun) *kadı*yı sınırlayamaz. Çünkü olaylar ne kadar alışılmış olsa da, *kadının* her seferinde yeni bir içtihadta bulunması ümit edilir.

Gerçeğin anlaşılması konularında hiçbir *kadının* başka bir *kadıya* üstünlüğünün olmadığı inancı ise içtihadın meydana getirdiği üçüncü bir akidedir. Her-

hangi bir konuda bir içtihad yapılmışsa başka hiçbir orite bunu değiştiremez.

Kaza kavramı, idealleştiren, ferdiyetçi, çok çeşitli ve muğlak olan bütün fikirleri kapsasaydı, İslâmî hukuk sistemleri büyük çapta pratik zorluklarla yüzyüze kalacaktı. Bu tür rahatsızlıklar aslında Abbâsi devrinin ilk dönemlerinde kaydedilmiştir. Meşhur bir ilmî tezde İbn-i Mukaffa (ö. 140 H/757 M) şunlara itiraz etmiştir:

... karşılıklı çelişki içeren [hukukî] kararların çokluğu. Bu durum insan hayatı veya cinsiyet hakları ve mülkiyet gibi konuları etkileyen ciddi bir mesele hâline gelmiştir. Hayat veya cinsiyet birliği Hıra'da serbest iken Kûfe'de yasaklanabilir... Irak ya da Hicaz halkından hiçbir grup, kendi sahip olduklarıyla övünüp diğer fırkaları küçümsemeden bu gerçeği sorgulayamaz.²

Mukaffa halifeye çatışan kararları incelemesini, bir kısmını seçerek yazılı bir kanun halinde sistemleştirmesini teklif etmişti. Bu teklif reddedildiği gibi hükümdarın -genişlik, esneklik, istismara uygunluk gibi özelliklere ve hepsinden önemlisi icbar gücüne sahip olan *siyaset* yetkisini kullanarak- yaşamayı kontrol etmesi gerektiği önerilmiştir. Böylece ulemâ ve bireyselci ve vicdan temelli içtihatlarının yerini hükümdar alacaktır. İbni Mukaffa'nın yaşadığı dönemde Hanefi mezhebi Ebu Hanife etrafında oluşumunu sürdürürken ileride içtihadta büyük sınırlamalar getirecek olan taklit ve mezheb disiplini de yerleşmeye başlıyordu.

Şu ana kadar hipotezimin açıklığa kavuşmuş olması gerekir. Ulemâ, hukuk teorilerinin hukuk sistemi içinde çeşitli problemlere yol açtığını görünce, oluşturdukları fikhî yaşatabilmek ve hukuk sistemi içinde çatışan ilkelere, özellikle de *siyasete* karşı başarılı kılabilmek için gerekli kabülleri yapmış ve sonuçta içtihad alanında sınırlamalar getirilmeye başlanmıştır. Görüldüğü gibi "kapının kapatılması" konusu yöneticilerle mücadele verirken ulemânın kendi hukuk ve meşrûiyet düşüncelerini korumak ve geliştirmek amacıyla oluşturulan karmaşık nazariye ve geleneklerin sadece bir bölümünü oluşturmaktadır.

Yukarıdaki hipotez Hallaq'ın temas ettiği paradoksu çözmektedir. Hallaq, ilim adamlarının bir taraftan içtihadın olmadığını beyan ederken, diğer taraftan aynı dönemde yaşayan *fukaha*'dan bazılarının *müçtehid* olduğunu ve içtihad yaptığını söylemelerinin garip olduğunu belirtmektedir. Bu durumu açıklamak için "kapının kapatılması" ile resmi sistemin günlük işleyişi arasındaki ilişkiyi bilmek gerekmektedir. İctihad kapısının kapatılması kuramı seçkin ilim adamlarını değil resmî *müftü* ve *kaduları* sınırlamak amacıyla oluşturulmuştur. İctihad yapma salâhiyetine ve cesaretine sahip olan ve bu içtihatları uygulama gücünü

(2) İbn-i Mukaffa, "Treatise of the Companions," *Resâ'il'l-Bulegâ*, ed. Muhammad Kurd 'Alî, 4. baskı, Kahire: 1374 H/1954 M, ss. 126-7.

elinde bulunduran mümtaz âlimler bahsedilen sınırı aşabilirler.³ Hanefiler arasından dahi örnek verilebilir.⁴

Bu genel ifadeleri bırakıp şimdi de kısmen değindiğimiz hususları açıklayan bir kitabın, Mâverdî'nin *Ahkâmu's-Sultâniye*'sine gözatalım. Sözkonusu kitapta yazar hem kamu hem de anayasa hukuku ile ilgili fıkıh nazariyesini açıklamaya çalışmaktadır. Şiddetli sarsıntıların ardından meşrû bir hilâfete hitaben yazılan bu eseri, fıkıh ve ulemânın otoritesini *siyaset* ve devlet otoritesinin üzerine çikarma amacıyla yazılmış bir deneme yazısı olarak değerlendirmek mümkündür.

Gücün *siyaset* ve fıkıh arasında bölünmesiyle ilgili çok hassas konulara değinen Mâverdî, bazen muğlak bazen de zekice ifadelerle veya üstü kapalı bağlamlar kurarak düşüncelerini iletmeye çalışmaktadır.

Mâverdî *kadı*'nın içtihad yaparken hür olmasını da böyle bir yaklaşımla açıklamaya çalışmaktadır. *Kadı*'nın vasıfları ile ilgili bir bölümde Mâverdî, çoğunluğun görüşüne uygun olarak *kadı*'nın müctehid olması gerektiğini, müctehid olmayan bir *kadı*'yı tayinin (*velâyet*) mânasız olduğunu, böyle birinin vereceği hükümlerin kabul edilmemesi gerektiğini ifade eder. Daha sonra Mâverdî, *kadı*'nın herhangi bir mezhebe göre hüküm verip vermemesiyle ilgili muhtelif meseleleri ele alır. Mâverdî -hükümdarla uğraşmadan- der ki:

“...Bazı hukuk ilim adamları belli bir mezhebe tâbi olan birisinin başka mezheplere göre hüküm vermesini yasaklamıştır. Buna göre bir Şâfiî'nin Ebu Hanife'nin görüşüne göre, bir Hanefî'nin ise Şâfiî mezhebine göre hüküm vermesi, şayet içtihad [sonrakini tasdik] ediyorsa yasaktır. Bunun nedeni bu tür olaylara atfeilen şüphe ve tarafgirlik iddiasıdır. Hükümünü terketmesi yasaklanan bir mezhebe göre hüküm verilirse şüpheler bertaraf edilir ve tarafların kabul etmesi daha kolay olur. İyi bir *siyaset* bunu *iktizâ* etse de Şer'î yönetime göre böyle bir zaruret yoktur (*lâ tucibuhu*).. Çünkü bu hükümlere göre taklid caiz değildir; içtihad ise zaruridir (*mustahaqq*).”⁵

Hâkimin böyle geniş bir mikyas üzerinde içtihad yapmasına karşı getirilen eleştirilerden biri, bunun, davacının davanın seyrini engellemesi, hâkimin keyfî hareket etme ve rüşvet yoluna sapması kapısını açmasıdır. Mâverdî bu itirazlara değindikten sonra, *siyaset* adı verilen hukukî sistemin uygulamadan kaynakla-

-
- (3) Bu, ulemânın teori ve pratiği belirli bir epistemoloji içinde düzenlenen nazariyeler eşliğinde kullanarak gerçekleri hiyerarşik olarak sınıflandırması ile ilgili bir örnektir.
 - (4) İbn-i Abidin (ö. 125 H/1836 M), Şerhu'l-Manzûmeti'l-Musemmâ bi 'Uqûd-i Resmî'l-Müftî," *Mecmû'at'ur-Resâ'il-i İbn 'Âbidin*, Beyrut: Dârû'l-İhya-i Suretû'l-Arabî, t.y., s. 32, büyük Hanefî âlimi İbn el-Humam (ö. 861 H/1456-57 M)'in içtihadının müdafaası.
 - (5) Mâverdî (ö. 450 H/1058 M), *Ahkâm u's-Sultâniye ve'l-Velâyetid-Dînîye*, Beyrut: Dârû'l-Kütübü'l-İlmiyye, 1398 H/1978 M, ss. 67-8.

nan ihtiyaçlarının bir “gereği” olarak verilen hükümlerin belli bir mezhebin dışına çıkmaması gerektiğini belirtmektedir. Daha sonra çok yerinde kelimeler kullanılarak, *siyasetin* taleplerine rağmen Şeriatin böyle bir sonucu “zaruri kıldığını”, çünkü içtihadın “gerekli” (mustahaqq) olduğunu zikretmektedir.⁶

Mâverdî bahsi, muhtemelen asıl ilgilendiği problem olan, bir yöneticinin bir *kadıy*, yalnızca belli bir mezhebe göre hüküm vermesi şartıyla tayin edip edemeyeceği meselesini uzun uzadıya müzakere ederek bitirmektedir. Mâverdî, böyle bir şartın geçerli olmadığını belirterek, tayinin kendisinin geçerli olup olmadığını konusunda da bunun, kullanılan *usûl* ve *mezhebe* göre nasıl değiştiğini izah etmektedir. (İlginç olan taraf, Hanefî mezhebinin, tayini kabul etmeye ef fazla meyyal olan mezhep oluşudur.)

Bütün bunlar *hicrî* beşinci asırda olan hâdiselerdir. Zaman ilerledikçe *kadılar*ın bağımsızlığı ile ilgili değişik formüller ortaya çıkmıştır. Artık *müçtehid* kalmadığı ve bu sebeple kadıların söz konusu vasıfları taşıyamayacağı düşüncesinin yaygınlaşmasıyla; daha düşük vasıflara sahip ve yalnızca kendi mezhebindeki hükümleri uygulayabilen kimselerin kadı olabileceği kabul edilmeye başlandı. Ancak yine de bu sonucun, yöneticiler tarafından icbar edilemeyeceği fikri muhafaza edildi.⁷ Nihayet, Osmanlılar ile (eğer daha önce olmadıysa), yöneticilerin, Hanefî mezhebi dışında bir mezheple hüküm veren hâkimlerin yetkilerinin ellerinden alınması yoluyla bunu mecburî hâle getirdiklerini görüyoruz. Tarih boyunca, bu durumları incelerken; bunlara, ait oldukları dönemde geçerli olan hukuk sistemi içinde oynadıkları roller açısından yaklaşılması hayatî önemi haiz bulunmaktadır.

Frank E. Vogel
Hukuk Doçenti
Harvard Üniversitesi
Cambridge, Massachusetts

Çeviren: Halim Sırçancı

(6) Daha önce Mâverdî'nin açıkladığı gibi, Şer'î uygulamalar “hakkı tatbik edenleri (*dâne mulzimih*) değil hakka bağlı (*mültezim u'l-haqq*) olanları talep etmektedir.

(7) Bkz., İbn Ebi'd-Dem (Şâfi'î ö. 642 H/1244 M), *Kitâbu'l-Adâbu'l-Kâdi*, ed. Muhyî Helâl es-Sirhân, 2 cilt., Bağdat: Matbaatu'l-İrşâd, 1404 H/1984 M, 1, ss. 275-6, 304.