

FIKİH VE FIKİH TARİHİ İNCELEMELERİ

İbrahim Kâfi Dönmez

İbrahim Kâfi Dönmez, Prof. Dr.

İzmir Ödemiş'te 1951 yılında doğdu. 1974'te İstanbul Yüksek İslâm Enstitüsü'nü ve 1976'da İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ni bitirdi. Doktorasını Atatürk Üniversitesi İslâmî İlimler Fakültesi'nde "İslâm Hukukunda Kaynak Kavramı ve VIII. Asır İslâm Hukukçularının Kaynak Kavramı Üzerindeki Metodolojik Ayrıntıları" başlıklı teziyle 1981'de tamamladı. 1977'de İstanbul Yüksek İslâm Enstitüsü'ne asistan olarak intisap etti ve Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi'ne dönüşen bu kurumdaki öğretim üyeliği görevini, emekli olduğu 2010 yılına kadar sürdürdü. 1994-1997 yılları arasında aynı fakültede dekan olarak görev yaptı. 1996'da Marmara Üniversitesi'ni temsilen Üniversitelerarası Kurul üyeliğine seçildi. Dekanlık görevinden ayrılınca bu görevini de kendi isteğiyle bıraktı. 1983-1986 yılları arasında Cezayir Üniversitesi, Emîr Abdülkadir Üniversitesi ve Annabe Üniversitesi'nde; 1997-1998 öğretim yılında Malezya Uluslararası İslâm Üniversitesi'nde; 2009-2010 öğretim yılında Frankfurt Goethe Üniversitesi'nde misafir öğretim üyesi olarak görev yaptı. Başlangıcından itibaren *TDV İslâm Ansiklopedisi*'nin fıkıh ilim heyetinde yer alan müellif, uzun süre bu heyetin başkanlığını yürüttü ve İSAM Yönetim Kurulu üyesi olarak görev yaptı. İslâm İşbirliği Teşkilâtı'na bağlı Uluslararası İslâm Fıkıh Akademisi toplantılarına uzman ve Türkiye'yi temsilen üye olarak katıldı. Evli ve üç çocuk babası olan Dönmez, 2010 yılında kurulan İstanbul 29 Mayıs Üniversitesi'nin kurucu rektörü olup halen bu görevini sürdürmektedir.



Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları

Yayın No. 619

İSAM Yayınları 170

İlmî Araştırmalar Dizisi 74

© Her hakkı mahfuzdur.

FIKİH VE FIKİH TARİHİ İNCELEMELERİ

İbrahim Kâfi Dönmez

editör

Tuncay Başoğlu



TDV İslâm Araştırmaları Merkezi (İSAM)

tarafından yayına hazırlanmıştır.

İcadiye-Bağlarbaşı Cad. 40 Üsküdar/İstanbul

Tel. 0216. 474 0850

www.isam.org.tr yayin@isam.org.tr

Bu kitap

İSAM Yönetim Kurulununun 14.02.2014 gün ve

2014/03 sayılı kararıyla basılmıştır.

Birinci Basım: Aralık 2015

İkinci Basım: Ekim 2018

ISBN 978-975-389-854-6

Basım, Yayın ve Dağıtım

Serhat Mah. 1256 Sokak No. 11

Yenimahalle/Ankara

Tel. 0312. 354 91 31 (pbx) Faks. 0312. 354 91 32

yayin@tdv.com.tr

Sertifika No. 15402



YATIRIMI KİTAPLARI BASIMINI

YATIRIMI

KİTAPLARI

BASIMINI

Dönmez, İbrahim Kâfi

Fıkıh ve fıkıh tarihi incelemeleri / İbrahim Kâfi Dönmez / Azmi Özcan. -2. bs.-
Ankara : Türkiye Diyanet Vakfı, 2018.

543 s. ; 24 cm. - (Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları ; 619. İSAM Yayınları; 170. İlmî
Araştırmalar Dizisi; 74)

Dizin ve kaynakça var.

ISBN 978-975-389-854-6

HZ. PEYGAMBER'İN TEBLİĞİNE HÂKİM OLAN BAŞLICA HUKUK PRENSİPLERİ*

Sunuş

Bu toplantıda değişik yönleriyle incelenen Hz. Peygamber'in tebliği, yapılan plan gereği hukukî açıdan da ele alınmaktadır. Mütevazı çalışmamız konunun bu yönü ile ilgili olup, Resûlullah'ın tebliğine hâkim olan hukuk prensipleri ile sınırlıdır. Asırlar boyu geniş coğrafyalarda hâkim olmuş bir hukuk sisteminin prensiplerinin böyle bir çalışmanın hacmi içinde etraflı biçimde ele alınmasının mümkün olmayacağı açıktır. Dolayısıyla bu çalışmayı kapsam ve metot bakımından kendi içinde bir sınırlamaya daha tâbi tutmak gerekmiştir ki buna göre çalışmanın çerçevesi Hz. Peygamber'in tebliğine hâkim olan “başlıca” hukuk prensiplerinin “genel bir tanıtımı” şeklinde belirmiş bulunmaktadır. Tebliğ bir “giriş bölümü” ile bir “esas bölüm”den oluşmaktadır.

Dilimizde çoğu zaman “ilke” kelimesiyle karşılanan ve Fransızca okunuşu ile kullanılan “prensip” kelimesi (Fransızca: *principe*, İngilizce: *principle*, Arapça: *mebde'*) gerek sözlükte gerekse kullanım itibariyle değişik anlamları ifade eder. Bu anlamların tahliline girmeksizin işaret edelim ki biz bu tebliğde hukukun hemen her

•••••

* Ashı I. Uluslararası Ebedî Risâlet Sempozyumu'na (İstanbul 1991) sunulmuş bir tebliğ olan bu yazı bilâhare *Ebedî Risâlet I* adlı kitapta (İzmir 1993, I, 161-181) yayımlanmıştır (ed.n.).

dalında geçerli olup, birer hukukî vecize şeklinde ifade edilmiş bulunan (İslâm hukukundaki) temel yaklaşımları gözden geçireceğiz.

Giriş

I. Genel Olarak Hukukta Amaç ve Prensipler

Öteden beri içinde yaşadığı kurulu düzenle ilgili hoşnutsuzlukları olagelen insanoğlu, memnun olmadığı durumlar karşısında, ümidini yitirmeyip kurulu düzeni değiştirme ve düzeltme arzusu duymuştur. Böylece insan zihninde “olan” ve “olması gereken” şeklinde bir ikilik doğmuştur. Kurulu düzenin değiştirilip düzeltilmesiyle ortaya çıkacak olan “olması gereken” durumun nasıllığı konusunda da özel bir zihni çaba gösterilmesi ihtiyacı duyulmuştur ki, bu çabanın ürününe kısaca “ide” denir. Kurulu hukuk düzeninin bu anlamdaki değişikliğine ilişkin düşüncelere de “hukuk idesi” adı verilir; bu da kısa anlatımıyla “adalet”ten başka bir şey değildir.

Bu anlamda yani ide anlamında adalet, sübjektif bir amacı değil, hakikat, iyi ve güzel gibi belirli bir insanın veya insanların sübjektif görüşlerinden bağımsız, bizzat kendi üzerine temellenmiş, daha yüksek değerlerden çıkmayan objektif ve salt bir değeri ifade eder. Bu özelliği ile adalet, hukuk düzeninin, bu düzende ne ölçüde gerçekleşmiş olduğu açısından, bir değer ve değerlendirme ölçüsü rolü oynar.

Yine bu anlamda (yani salt bir değer olarak) adalet, hukukun aynı zamanda “ideal”idir. Çünkü ideal, idenin amaç edinilmesi, ide ile amacın birleştirilmesi demektir. Bu bakımdan adalet hukukun nihaî amacıdır. Tarihî seyri içinde hukuk ve hukukun ihtiva ettiği kurallar, esasen adaleti gerçekleştirme amacına yönelmiş olarak görünmüş ve bir adalet görüşünü yansıtmıştır.¹ Fakat bu arada, hukukun diğer fonksiyonları, yani “nizamın sağlanması” ve “maksada (pratik amaca) uygunluk” ile adalet fonksiyonu arasında birtakım zıt ilişkiler daima bulunagelmiştir.

Konumuzla doğrudan ilgili olmaması sebebiyle üzerinde geniş biçimde durmayacağımız bu zıt ilişkileri inceleyen düşünürler, bu iki fonksiyonun da nihaî tahlilde adaleti gerçekleştirmeye yönelik

•••••

1 Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, s. 31-33.

olduğunu, hukuku hukuk yapan ve onun niteliğini belirleyen amacın adalet olduğunu vurgularlar.²

Konunun tebliğimizle ilgili olan asıl yönü, esasen beşerî hukuk sistemlerinin etkisi altında oluşan hukuk tefekkürü çabalarının, “adalet”i gerçekleştirebilecek bir hukukun nasıl olması gerektiği sorusu üzerinde yoğunlaşmasıyla “tabii hukuk” düşüncesinin ortaya çıkmış olmasıdır. Sade bir anlatımla ifade edecek olursak, yukarıda işaret ettiğimiz kurulu düzene ilişkin memnuniyetsizliklerin ortaya çıkarıldığı “olan” ve “olması gereken” fikri, hukuk alanında “pozitif hukuk” ve “tabii hukuk” şeklinde bir ayırma yol açmış, böylece hukukta bir düallite (ikilik) doğmuştur.³

Her bir pozitif hukuku karakterize eden, yahut pozitif hukuk düzenlerine hâkim düşüncüyü yansıtan ve daha çok tümevarım yoluyla düşünmenin ürünü olan birtakım prensipler öteden beri var olagelmıştır. Bunlar sözlük anlamı ve kullanım itibariyle “prensip” diye anılabilirse de hukukun müsellematı (*axiom*) anlamında birer prensip değildir.

Öte yandan, zaman içinde pozitif hukuk düzenlemeleriyle bağlı olmaksızın belli olaylar karşısında hukukun amacını gerçekleştirmede esas alınacak anlayış ve temel tavrı simgeleyen vecizeler anlamında hukuk prensipleri de oluşmuştur ki bunları tabii hukuk düşüncesinin ortak ürünleri saymak mümkündür. Bunlar belirli pozitif hukuk düzenlemelerinin üstünde ve ötesinde, hukukun amacına yani adaletin nasıl gerçekleştirilebileceğine dair düşüncelerin dorukta birleşen ortak noktalarının (maksimlerinin) öz bir biçimde ifadeleridir.

Şu halde denebilir ki günümüzde beşerî hukuk sistemlerinin ortaklaşa benimsemiş olduğu hukuk prensipleri -her ne kadar menşei itibariyle dinî ve ahlâkî öğretilerden esinlenmiş olsalar da- oluşum

•••••

2 Çağıl, *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş*, s. 23-52; Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, s. 30 vd.

3 Pozitif hukuk “Belli bir toplumda ve belli bir zamanda fiilen yürürlükte bulunan hukuk” demektir (Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, s. 44). Tabii hukuk “bütün devirlerde ve bütün toplumlarda geçerli olan değişmez prensiplerin varlığını savunan” görüşü ifade eder (Göğer, *Hukuk Başlangıcı Dersleri*, s. 39).

tarzı bakımından insan aklının adalet arayışı çabalarının ürünleri olan vecizeler görünümündedir.

II. İslâm Hukukunda Amaç ve Prensipler

Hz. Peygamber'in tebliğinde, bütün davranışların ve davranışları bir düzene bağlayan kuralların (hatt-ı hareket kaideleri) genel amacı, insanın kendi varlık sebebini kavrayıp yaratıcısının iradesi doğrultusunda bir hayat biçimi ortaya koyması ve böylece iyiye de kötüye de meyletmeye hazır bir yapıda yaratılan nefesine (eş-Şems 91/7-8), bu iradeyi hâkim kıлып hem iyilik yollarının ve imkânlarının hem de kötülük yollarının ve imkânlarının bulunduğu (el-İnsan 76/3) bir ortamda tâbi tutulduğu imtihanı kazanma ve rabbinin hoşnutluğuna erişme çabası göstermesidir.

Toplum hayatında bir kültür görünümü olarak yerini alan hukukun da, İslâmî anlayışa göre Hz. Peygamber'in tebliğindeki bu genel amacın dışında düşünülmesi mümkün değildir.⁴

Bu genel amacın yanı sıra, İslâm âlimleri bir de Hz. Peygamber'in tebliğinde (naslarda) ifadesini bulan hatt-ı hareket kaideleri manzumesinin (geniş anlamda "din", "şerîa") özellikle amaçladığı somut hedefler üzerinde durmuşlar ve belirlenen bu hedefler "makâsîdü's-şerîa" diye anılmıştır.

İslâm âlimleri, bu somut hedefleri İslâm'daki özellikle hukukî düzenlemelerin derecesine göre a) Zarûriyyât, b) Hâciyyât, c) Tahsîniyyât kısımlarına ayırmışlar; ayrıca *tekmile* ve *tetimme* gibi kavramlardan yararlanarak bunların tamamlayıcı unsurları üzerinde durmuşlardır.

Tebliğimizin esas konusu İslâm hukukunun amaçları olmadığı için bunların ayrıntılarına girmeyeceğiz. Bu girişte tebliğimizde yer vermekteki asıl maksadımız, İslâm hukukundaki prensiplerin oluşumu ile beşerî hukuk sistemlerindeki prensiplerin oluşumu arasındaki farkı gösterebilmektedir.

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere bu sistemlerdeki hukuk prensiplerinin -pozitif hukuklara hâkim düşüncenin ifadesi olan mevzîî özelliktekiler bir yana bırakılırsa- esasen ideal hukuk

4 Muhammed Hamidullah, "Müslümanlarda Hukuk Felsefesi", s. 33.

(değişmez değerler) arayışı için gösterilen fikrî çabaların ürünleri olduğu görülmektedir.

İslâm hukukuna gelince, bu sistemde de belli olaylar karşısında hukukun amacını gerçekleştirmede esas alınacak anlayış ve temel tavrı simgeleyen vecizeler anlamında prensipler vardır; fakat bunlar ideal hukuk arayış çabalarının ürünleri değil, İslâm'ın ana kaynaklarının iyi anlaşılması uğrunda fikrî çabaların ürünleridir. Zira bir müslüman için ve evleviyetle bir İslâm âlimi için, ideal olan (yani amaçlanan ide), yaratıcısının istediği hedefe ulaşabilmektedir. İşte hukuka bakıştaki bu temel farklılığın, İslâm muhitlerinde ayrı bir tabii hukuk doktrinine ihtiyaç duyulmamasının asıl sebebi olduğu söylenebilir.⁵

Hz. Peygamber'in tebliğindeki (naslardaki) anlayışın hukuk hayatına doğru yansıtılabilmesi cümlesinden olmak üzere, İslâm hukuk sisteminin hukukî meselelerin çözümündeki temel tavırlarının (İslâm hukuk prensiplerinin) belirlenebilmesi konusunda İslâm âlimlerinin gösterdiği çabalar büyük zorluklarla karşılaşmamıştır. Çünkü birçok hukuk prensibi, Hz. Peygamber'in tebliğinde, yeni bir kalıba dökmeye, sıyâğaya ihtiyaç duyurmayacak şekilde yer almış, pek çoğunun da fikrî temelleri açıkça ifade edilmiştir. Bunların örnekleri tebliğin esas bölümünde görülecektir.

İslâm Hukukuna Hâkim Olan Başlıca Prensipler

el-Furûk isimli eserinde, Hz. Muhammed'in getirdiği hukuk düzenindeki kuralların, a) Usul (esaslar, temeller), b) Fürû (detay hükümler) olmak üzere iki bölümden oluştuğunu belirten büyük âlim Karâfî (ö. 684/1285), usulün de kendi içinde iki kısım olduğunu yazar. Usulün birinci kısmından maksadı, “usûl-i fıkıh” adıyla anılan disipline ait kurallardır ki bunlar İslâm hukuk ilminin (metodolojik ve felsefi) esaslarını ifade eder. Usulün ikinci kısmı ise küllî

•••••

5 “Mu'tezile'nin ve bir ölçüde Mâtürîdîler'in hüsün-kubuh konusundaki felsefi planda kalan düşüncelerinden ve yine fıkıh usulündeki istihsan delilinin dayandırıldığı düşünceden hareketle müslüman âlimlerin zaman zaman bir tabii hukuk anlayışına kaydıkları söylenebilir mi?” sorusuna verilebilecek cevap bir yana, burada İslâm muhitinde müstakil bir tabii hukuk doktrininin oluşmuş bulunmadığını belirtmek istiyoruz.

fıkıh kaideleridir; bunlar fıkıh hükümlerinin fikrî temellerini ve hedeflediği amaçları içeren prensipler ve kurallardır.⁶

İşte İslâm hukukuna hâkim prensipleri tespit edebilmek ve tanıyabilmek için özellikle Karâfî'nin tasnifindeki bu son türden kuralları incelemek gerekmektedir. Bu grupta yer alan kurallar genel bir adlandırma ile “el-Kavâidü'l-fikhiyyetü'l-küllüyye” adı ile anılır. Bu nevi kaidelerin bir araya getirilip bu konuda eser yazılması çabaları hemen fıkıh ilminin tedvinini takip eden dönemlerde başlamıştır.

Küllî fıkıh kaideleri ilk aşamada yapı ve kapsam itibarıyla özel bir tetkike gerek görülmezsizin bir araya getirilmeye çalışılmıştır. Dikkatle incelendiğinde, bunların büyük çoğunluğunun belirli türdeki fikhî meselelere ait genel fıkıh kaideleri olduğu görülür. Genel fıkıh kaidelerinin temel özelliği o konu veya bölüme ait hükümlerin daha çok tümevarım yoluyla tespit edilebilen ortak noktalarını ifade etmesidir. O yüzden bu kaidelerin tanımlanmasında “ağlebî” veya “ekserî” (çoğu durumlara uyan) kaydı konur.

Bir de hemen bütün hukuk ilişkilerinde geçerli ve İslâm hukukunun müsellematından (*axiom*) sayılan, hukukun benimsediği değerlerin ve yüksek hakikatlerin ifadesi olan vecizeler vardır ki bunları giriş bölümünde sözünü ettiğimiz anlamda “hukuk prensipleri” diye nitelenmek gerekir. Bazı yazarlar bu ana kaideleri “el-kübrâ” (büyük) kaydını koyarak anarlar (“el-Kavâidü'l-küllüyyetü'l-kübrâ”).

İslâm hukukundaki bu tür prensipleri kesin bir sayı içinde hapsedmek isabetli olmaz. Ancak bazı kavâid yazarlarının, İslâm hukukunun bütün kaidelerini içerecek ölçüde kapsamlı gördükleri, hatta diğer bütün kaideler kaybolmuş olsa bile bunlarla İslâm hukukunun yeterince tanıtılabileceğini kabul ettikleri beş prensip vardır ki İslâm hukuk prensipleri incelenirken, bu beş düstur ifadeden (hukuk vecizesinden) yola çıkılması metodu benimsenegelmiştir. Biz de bu sınırlı çalışmamızda bu beş prensibi ana çizgiler içinde tanıtmaya gayret edeceğiz.⁷

•••••

6 Karâfî, *Envârü'l-burâk*, I, 2-3.

7 Esasen Şâfiî fıkıh muhitinde yayılmış bulunan bu seçim, Hanefî yazarlar tarafından da benimsenmekle beraber, onlar bu beş kaideye “Niyetsiz sevap olmaz” şeklinde bir altuncusını eklemişlerdir.

I. el-Umûru bi-makāsidihâ (الأمور بمقاصدها)

Bu prensip, *Mecelle*'nin küllî kaidelerinin ilkini oluşturur ve “Bir işten maksat ne ise hüküm ona göredir” şeklinde tercüme edilmiştir (md. 2).

Bu kaide Hz. Peygamber'in “إنما الأعمال بالنيات” (*Ameller ancak niyetlere göredir (niyetlerle birlikte değerlendirilir)*) anlamındaki) hadisi⁸ ve daha birçok nassın ışığında ortaya çıkmıştır.

Niyetin sözlük anlamı esas alınarak yapılan tarifi şöyledir: “Kalbin hemen veya sonucu itibariyle maksada uygun bulduğu yani bir fayda sağlayacağına veya bir zararı savacağına hükmettiği fiile doğru yönelmesidir.” Dinî bir terim olarak ise *niyet*, “Allah'ın rızasını kazanma arzusuyla ve O'nun hükmüne tâbi olmak üzere fiile yönelen iradedir”⁹ şeklinde tarif edilmiştir.

Hz. Peygamber'in “cevâmiu'l-kelim”den yani az kelime ile çok derin ve kapsamlı mânalar içeren sözlerinden sayılan bu hadisini, amellere bağlanacak sırf uhrevî sonuçlarla sınırlı bir yoruma tâbi tutanlar bulunmakla beraber, buradaki anlam sadece bu hadisle sabit olmayıp başka pek çok âyet ve hadiste de ifadesini bulduğu için, İslâm âlimleri Hz. Peygamber'in tebliğine hâkim olan bu yaklaşımı kapsamlı bir hukuk prensibi olarak işletmişlerdir. Zaten *niyet* kavramının uhrevî hükümler bakımından dinî tarifine göre, dünyevî hükümler bakımından ise sözlük anlamına göre ele alınması durumunda, hadisin kapsamında az önce işaret edilen sınırlandırmayı yapma ihtiyacı kalmamaktadır.¹⁰

Çok geniş uygulama alanına sahip olan bu prensibin, hukuk alanındaki başlıca tezahürlerine kısaca işaret edelim:

a) Medenî hukuk alanına giren ve özellikle borçlar hukukuyla ilgili işlemler konusunda, İslâm hukukunda şekilci bir anlayış benimsenmemiş, irade beyanlarında olabildiğince gerçek iradenin tespiti yönünde seçimler yapılmıştır.¹¹ Buna karşılık meselâ borçlar hukuku kavramlarını inceden inceye işlemesiyle şöhret yapmış olan ve

•••••

8 Buhârî, “Bed'ü'l-vahy”, 1.

9 Süyûtî, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, s. 76; İbn Nüceym, *el-Eşbah ve'n-nezâir*, s. 24.

10 Dönmez, “Amel”, III, 17.

11 Ayrını için bk. Dönmez, “Amel”, III, 18.

günümüz hukukları (özellikle Kara Avrupası hukuk çevresine dahil hukuklar) üzerinde önemli etkileri bulunan Roma hukukunda formalist (şekilci) bir anlayış hâkim bulunuyordu. Bu hukuk sisteminde, kanunlar ve fertlerin irade beyanları hedefledikleri amaca veya işin icaplarına göre değil, terimlerine, kalıplarına ve şekline göre yorumlanıp uygulanırdı. Bir kanunun veya bir taahhüdün verdiği yetkilerden faydalanabilmek için, onun terimlerini ileri sürmek ve ona dayanmak zorunluluğu vardı. Hakkı veren kanun veya sözleşmede geçen terim yerine dengi bir tabir kullanarak yapılan müracaatlar kabul edilmezdi.¹²

b) Ceza hukuku alanında da, İslâm hukukunda sadece maddî unsura bakılmayıp, suçun onu işleyen kişinin suç iradesiyle birlikte değerlendirildiği görülür. Oysa İslâm hukukunun çağdaşı olan Batı'daki ceza sistemlerinde, Fransız İhtilâli'ne kadarki dönemde, temyiz kudretine sahip olmayan veya suç iradesi bulunmayan insanların, yaşayanların yanı sıra ölülerin, hatta hayvanların ve cansız varlıkların cezaî sorumluluğa konu edildiği ve kişinin başkalarının fiillerinden sorumlu tutulduğu tarihî bir gerçektir.

c) Hukuk felsefesi ve metodolojisi alanında, İslâm hukukunun bu prensipten yararlanması sonuçları ise çok büyük bir önemi haizdir. Çünkü insanlık, birinci derecede kaynak sıfatıyla yürürlük kazanabilmiş köklü kanunlar şeklinde yazılı hukuk uygulamasını ancak XVIII. asrın sonlarında, hatta Prusya Devletleri Genel Kanunu'nun başarısızlığı göz önüne alınırsa XIX. yüzyılın başlarında gerçekleştirebilmiştir.

Gerçekten XI. ve XII. yüzyıllarda İtalya'da görülen teorik plandaki şerh çalışmaları bir yana, kanunların uygulanması (özellikle yorumlanması) metodlarını belirleyebilme çalışmaları için Batı dünyasının kodifikasyon hareketlerini beklemesi gerekmiştir. Halbuki Hz. Peygamber'in tebliğinin iki ana kaynağı Kur'an ve Sünnet nasları, yazılı hukuka dayalı bir metodoloji çalışması için müslümanlara geniş bir imkân sağlamış ve değerli araştırmacı M. Hamîdullah'ın ısrarla işaret ettiği üzere hukuku dünya tarihinde ilk defa bir "ilim" olarak ele alma şerefi müslümanlara ait olmuştur.

•••••

12 Belgesay, *Mecelle'nin Külli Kaideleri*, s. 8-9.

İşte bu çalışmalar çerçevesinde kanun koyucunun iradesini belirleyebilmek için, Batı'daki hukukçuların uzun bir süre şekle ve lafız unsuruna bel bağlamasına karşın, İslâm hukukçuları daha çok erken dönemlerde incelemekte olduğumuz bu prensipten hareketle şâriin (kanun koyucu) amaçlarını tesbit için çok ince kavramlar geliştirmişler ve derin tahliller yapabilmeyi başarmışlardır.¹³

Medenî hukuk, ceza hukuku, hukuk metodolojisi ve hukuk felsefesi alanlarına yapılan kısa bir bakışla anlaşılmalıdır ki İslâm hukukundaki bu prensip, müslümanlara insanlığın bin yıllarla ifade edilebilecek uzun tecrübeleri ışığında ulaşmaya çalıştığı sonuçları çok erken dönemlerde ortaya koyma fırsatı sağlamıştır.

İslâm hukuku, asıl adı ile fıkıh, sadece beşerî ilişkileri değil, kişinin yaratıcısına karşı vecibelerini de düzenleyen bir disiplin olduğu için, bu ilimde davranışlar, bunlara bağlanacak uhrevî sonuçlar bakımından da ele alınmıştır. İşte incelemekte olduğumuz bu prensibe göre amele bağlanacak uhrevî sonuç hususunda amel ister ibadetler ister muâmelât (pür hukukî ilişkiler) alanına ait olsun, temel kriter dinî anlamda “niyet”tir. Bu durumda bir farz veya nâfile ibadetin yerine getirilmesinden, haram bir fiilin yapılması veya terkedilmesine ve yeme içme, uyuma, maddî kazanç faaliyeti gösterme gibi mubah fiillere kadar bütün davranışlara bağlanacak sevap veya günah, dinî anlamda niyetin bulunup bulunmamasına bağlıdır. Hatta bu anlamda niyetin bulunması halinde müslümanın yapmak isteyip de yapmadığı ameller için dahi sevap verileceği Hz. Peygamber tarafından müjdelenmiştir.

Bir başka anlatımla, İslâmiyet'te dünyadaki ihtiyaçların karşılanması için yapılan ameller de esasen geniş anlamda *ibadet* kavramının dışında mütalaa edilmemiş, mânevî unsur yani Allah'ın iradesine uygun olarak yapma niyeti ile bütünleştirildiğinde bunlar da birer ibadet sayılmıştır (Buna karşılık Hz. Peygamber'in tebliğinde rahmet ve müsamaha mesajının çok açık bir göstergesi olarak mânevî unsurdaki ilâhî iradeye aykırılık bulunsa bile bu kötü niyet zâhir [açık] bir amel haline getirilmedikçe kişi günahkâr sayılmamaktadır).¹⁴

•••••

13 Bk. Dönmez, “Müctehidin Nasslar Karşısındaki Durumu”, s. 23 vd.

14 Dönmez, “Amel”, III, 17-18.

Bu prensibin İslâm'da tuttuğu yeri geniş olarak inceleyen İbn Kayyim'in (ö. 751/1350), bu meyandaki şu veciz sözünü anmak isteriz: "Niyet amelin ruhu, özü ve direğidir. Amel niyete tâbidir, geçerliliği ve geçersizliği ona bağlıdır."¹⁵

II. el-Yakīnū la yezūlū bi'ş-şek (اليقين لا يزول بالشك)

Bu prensip "Şek ile yakın zâil olmaz" (Kesin olarak bilinen bir durum veya hüküm şüphe ile ortadan kalkmaz) şeklinde *Mecelle*'nin küllî kaideleri arasında yer almıştır (md. 4). Çok geniş bir uygulama alanı bulunan bu prensip, İslâm hukukundaki hüküm çıkarma metotlarından birisini teşkil eden ve "edille-i şer'iyye" arasında özel bir yer tutmuş olan "istishâb"ın fikrî temellerinin genel bir ifadesidir. Bu bakımdan, bu prensibi değişik yönleriyle yansıtan ve yine bunun uzantısı sayılabilecek diğer bazı prensipleri kısaca tanıtmak uygun olur:

I. el-Aslu bekāu mā kāne alā mā kān (الأصل بقاء ما كان على ما كان)

Bu ifade *Mecelle*'ye "Bir şeyin bulunduğu hal üzere kalması asıldır" şeklinde geçmiştir (md. 5). Bu prensip kısaca, hukuken varlığı kabul edilen bir hükmün sebebi ortadan kalkmadığı sürece sabit sayılmasını yani varlığını devam ettirdiğinin kabul edilmesini ifade eder. Meselâ, satım sözleşmesi veya mirasçılık gibi bir mülkiyet sebebine binaen bir kimsenin mülkiyet hakkı sabit olduktan sonra ne kadar uzun bir süre geçerse geçsin, yeni bir sebeple bu mülkiyetin ortadan kalktığına dair delil bulunmadıkça o kişinin mülkiyet hakkının varlığını koruduğu kabul edilir.

Bir kimseyi borçlu kılan hukukî sebebin varlığı biliniyorsa bu borç onun zimmetinde sabit olur. Daha sonra borcu ödemediğine dair delil bulunmadıkça, o borcun devam ettiği kabul edilir. Belirtelim ki bu prensibin bir yansıması olarak İslâm hukukunda *zaman aşımı* kavramına temelde olumlu bakılmamıştır.

Geçerli bir evlilik akdi ile kurulmuş olan evlilik ilişkisinin üzerinden ne kadar zaman geçerse geçsin, evlilik bağı ortadan kaldıran bir sebebin meydana geldiğine dair delil bulunmadıkça bu evliliğin devam ettiği kabul edilir.

.....

15 İbn Kayyim el-Cevziyye, *İlâmü'l-muvakkîn*, III, 123.

Bu arada, bu prensibin ispat hukuku ve özellikle hukukî meselelerin çözümünde esas alınacak vâkıalar açısından da geniş bir uygulama alanına sahip olduğu belirtilmelidir.

2. el-Aslu berâetü'z-zimme (الأصل براءة الذمة). *Mecelle*'nin ifadesiyle “Berâet-i zimmet asıldır” (md. 8).

Hz. Peygamber'in tebliğinde, kişinin sorumluluğu sağlam esaslara bağlanmıştır. Kişinin ister borçlu sayılması isterse cezaya mahkum edilmesiyle ilgili sorumluluğu ancak bu esaslar çerçevesinde gerçekleşebilir.

Her şeyden önce “Biz peygamber göndermedikçe azap edecek değiliz” meâlindeki âyet (el-İsrâ 17/15) sorumluluk için tebliğin ulaşılmış olması esasını getirmiştir.

Öte yandan “Hiçbir yüklenici (mükellef) başkasının yükünü yüklenmez” mealindeki âyetler (el-İsrâ 17/15; ez-Zümer 39/7) kişinin başkasının fiillerinden sorumlu olmadığı esasını koymuştur. Fert veya toplum yararına olmak üzere hukuk düzenince konan dayanışma yükümlülükleriyle kişinin yönetimi altında bulunanlarla ilgili sorumlulukları, gerçekte başkalarının yükünü çekme değil, yine kişinin kendi konumu ile ilgili hükümlerdir ve bu prensibin dışına çıkma anlamı taşımaz.

Yine “Kim bir cana karşılık veya bozgunculuk çıkarmaya karşılık olmaksızın bir cana kıyarsa, bütün insanları öldürmüş gibi olur” (el-Mâide 5/32) ve “Ki böylece kıyamet gününde kendi günahlarını tam olarak yüklendikleri gibi bilgisizce saptırmakta oldukları kimşelerin günahlarından da bir kısmını yüklenirler” (en-Nahl 16/25) meâlindeki âyetlerde, başkalarının vebalini ve yükünü üstlenme durumlarından söz edilmiş olmasını, bu prensibin dışına taşma şeklinde anlamak doğru olmaz. Zira bu ve benzeri nasslarda kişinin başkalarının günahını üstleneceği değil, herkesin kötü davranışının karşılığını görmesinden öte başkalarının saptırılması veya kötü çıkır açılması suçunun çok ağır ve katlanan bir ceza ile karşılanacağı anlamı vurgulanmaktadır.

Bu prensip dolayısıyla Hz. Peygamber'in tebliğinin en çok dikkat çeken yönü, insanın hukuk nazarında her türlü suç ithamından ve borç iddiasından arınmış bir varlık olarak telakki edilmiş olmasıdır. Hıristiyanlık'ta ise aslî günah (*peccatum originis*) anlayışı

sebebiyle, insan doğuştan suçlu sayılmış ve suçluluktan arınabilmesi için vaftiz şartı ileri sürülmüştür. Bu dindeki doktrinlere göre, Hz. Âdem ile Havvâ tarafından işlenip nesilden nesile bütün insanlığa intikal ettiğine inanılan suçun kefareti olarak, hâşâ Tanrı'nın günahsız olan oğlu İsa çarmıha gerilmiştir.¹⁶

İşte, insan hakları ve ceza hukuku prensipleri konusunda yakın zamanlara kadar Batı dünyasına hâkim telakkiler ile İslâm dünyasındaki anlayış arasındaki uçurumları izah ederken, İslâmiyet ile Hıristiyanlık arasında insana bakıştaki bu temel farklılığın göz önünde tutulması gerekir.

3. el-Aslu fi'l-eşyâi el-ibâha (الأصل في الأشياء الإباحة). “Eşyada asıl olan mubahlıktır” anlamındaki bu prensip özellikle şu mealdeki âyetlere dayandırılır: “O, yeryüzünde ne varsa hepsini sizin için yarattı” (el-Bakara 2/29); “Göklerde ve yerde ne varsa hepsini kendinden (bir lutuf olarak) size boyun eğdirdi.” (el-Câsiye 45/13). Bu prensibin etrafında bazı tartışmalar cereyan etmişse de İslâm âlimlerinin çoğunluğuna göre, hakkında belirli bir şer'î hüküm bulunmayan insana faydalı şeylerde ve işlerde temel hükmün mubahlık ve izin olduğu esası, Hz. Peygamber'in tebliğine (naslara) hâkim prensiplerden biridir. Müslümanların geçmişte ilim dünyasına yaptıkları -ve günümüzde övgü ile sözünü ettiğimiz- katkıların oluşumunda önemli rolü bulunan bu anlayışın, zaman içinde dinin muhafazası görünümü taşıyan, fakat dinin prensiplerini tersten işleten bir yaklaşımla törpülenmesi sonucu, İslâm dünyasının büyük kayıplara uğradığı muhakkaktır.

III. ed-Dararu yüzâl (الضرر يزال)

“Zarar izâle olunur” tercümesiyle *Mecelle*'ye geçen bu prensip (md. 20), daha birçok nassın yanı sıra özellikle “lâ darara ve lâ dırâr” hadisine dayanır. Bir hukuk prensibi özelliğinde veciz bir ifade olduğu için bu hadis de “Zarar ve mukabele bi'z-zarar yoktur” şeklinde *Mecelle*'nin küllî kaideleri arasında ayrıca yer almıştır (md. 19).

Bazı yazarların belirttiği üzere, tabii hukuk doktrinlerinin ulaştığı prensipleri iki noktada toplamak mümkündür: Bunlardan biri,

•••••

16 Bk. Günay Tümer, “Aslı Günah”, *DİA*, III, 496-497.

yapılan taahhütlerin yerine getirilmesi, diğeri başkalarına verilen zararın giderilmesidir.¹⁷

Yapılan taahhütlerin yerine getirilmemesinin başkalarının zararına yol açma sonucunu içermesi özelliği göz önüne alındığında, insanlığın ideal hukuk arayışı uğrındaki fikrî çabalarının ulaştığı iki noktanın Hz. Peygamber'in tebliğinde açık ve özlü bir prensip halinde ifade edilmiş olması dikkat çekmektedir. Tabii ki bu açıklamadan, İslâm'ın ana kaynaklarında doğrudan doğruya "taahhütlerin yerine getirilmesi" ve "ahde vefa" prensibine ilişkin ifadelerin bulunmadığı anlamı çıkarılmamalıdır. Bu meyanda sadece, "Ey iman edenler akitlerin gereğini ifa ediniz." (el-Mâide 5/1) ve "Taahhüdünüzü yerine getirin. Çünkü verilen söz sorumluluğu gerektirir" (el-İsrâ 17/34) meâlindeki âyetleri hatırlamak yeterlidir.

Bu prensibin uygulanma şekliyle ilgili olarak; "Bir zarar kendi misli ile izale olunamaz" (md. 23). "Zarar-ı âmîni def için zarar-ı hâs ihtiyar olunur" (md. 26). "Zarar-ı eşed zarar-ı ehaf ile izale olunur" (md. 27). "Ehven-i şerreyn ihtiyâr olunur" (md. 29). "Def'i mefâsid celb-i menâfi'den evlâdır (md. 30). "Zarar bi kaderi'l-imekân def olunur" (md. 31) gibi alt prensipler kavâid kitaplarında ve *Mecelle*'nin küllî kaideleri arasında yer almıştır.

IV. el-Meşakkatü teclibü't-teysîr (المشقة تجلب التيسير)

Mecelle'de "Meşakkat teysîri celbeder" (md. 17) şeklinde yer alan bu prensibin içeriği birçok Kur'an âyetinde (meselâ bk. el-Bakara, 2/185) ve Hz. Peygamber'in birçok hadisinde açıkça ifade edilmiştir.

İslâm hukuk tarihi araştırmacılarının Hz. Peygamber dönemindeki teşriin temel özelliklerinden biri olarak gördükleri kolaylık prensibi, İslâm hukukunun hemen her bölümüne yansımış bir prensiptir.

Bu prensibin sadece zaruret hallerinde yasakların mubah sayılması ("Zaruretler memnû' olan şeyleri mubah kılar") (md. 21) kaidesi ile, hatta sadece *ruhsat* (ki bu, haramı ve mekruhu işlemenin yanı sıra

.....

17 le Fur, XVII. Asırdan Beri Tabii Hukuk Nazariyesi ve Modern Doktrin, s. 188.

vacibi ve mendubu terketmeyi de ifade eder) kavramı çerçevesinde düşünülmesi isabetli olmaz.

Esasen tazmin yükümlüğünü kural olarak ortadan kaldırmayan *ıztırar hali* ile tazmin yükümlülüğünü kural olarak ortadan kaldıran *meşrû müdafaa* durumu hemen bütün hukuk sistemlerinde bu prensip ışığında ele alınmış kavramlardır.

Hz. Peygamber'in tebliğinde ise bu prensip bütün bu durumların yanı sıra normal şartlarla ilgili hükümlerde de esas alınması gerekli bir yaklaşımı belirtir.

Bu yaklaşımın tezahürlerinden sadece birisine -ki bu da doğrudan Kur'an ve Sünnet'te düzenlenmiş bir konudur- örnek olarak işaret edeceğiz: Ödeme gücünü yitirmiş olan borçlunun -ortada, hukukî bir sebep bulunmasına binaen- bütün varını yoğunu almak, hatta onu köle veya hizmetçi olarak kullanmak, hatıra gelen, bundan da öte hukuk tarihinde geniş biçimde uygulanan bir yoldur. Fakat Kur'an-ı Kerim bu konuda "Şayet (borçlu) ödeme sıkıntısı içindeyse, ödeme imkânına kavuşuncaya kadar mühlet verilmelidir" (el-Bakara, 2/280) kuralını koyarak "teysîr" prensibi için bir tatbik örneği vermiştir (tabii ki bu toleranslı yaklaşımın kötüye kullanılarak başkalarının haklarının ihlâl edilmesine imkân tanınmadığını, Hz. Peygamber'in, "Zengin borçlunun alacaklısını oyalaması zulümdür; [bu davranış] onun hukukî yollardan takibini helâl kılar" anlamındaki¹⁸ hadisi ile bu konudaki dengenin korunduğunu hatırlamak gerekir).

V. el-Âdetü muhakkeme (العادة محكمة)

Mecelle'de "Âdet muhakkemdir" (md. 36) şeklinde geçen bu prensip örf ve âdetin hakem kılındığını belirtmektedir.

Burada *örf* ve *âdet* kavramlarının etimolojik tahliline girmek sizin bazı hususlara dikkat çekmekle yetinmek istiyoruz: a) Hz. Peygamber'in tebliğinde, insanların örf ve âdetlerinin dikkate alınması temel bir anlayış olarak karşımıza çıkar. Ancak yapısı itibariyle bir kaynak olmakla beraber, örf ve âdet İslâm hukukunda bağımsız bir teşrîf kaynağı vasfı kazanamamış; zaman içinde sosyal yapılarıdaki bozulmaların hukuka hâkim hale gelmemesi ve bu yöndeki

.....
18 Buhari, "Havâlât", 1, 2, "İstikrâz", 13; Ebû Dâvûd, "Büyü", 10; "Akziye", 20.

gelişmelerin nasların açık hükümlerine ters düşmemesi kaydıyla -yani nasların kontrolü altında hukuk hayatında göz önüne alınması için- bir hukuk prensibi olarak ve daha çok istihsan, istislâh gibi metodlar aracılığıyla görev ifa etmiştir. b) İslâm hukuk eserlerinde çok sık kullanılan *âdet* ve *örf* kavramlarının çoğu zaman, kanun boşluklarını dolduran örf ve âdet hukuku anlamında kullanılmadığına dikkat edilmelidir.

Sonuç

Hz. Peygamber'in tebliğine hâkim olan anlayışın hukuk hayatına doğru yansıtılabilmesi açısından büyük önemi haiz olan İslâm hukuk prensiplerinin belirlenebilmesi konusunda, İslâm âlimlerinin büyük zorlukla karşılaşmadıkları, zira birçok hukuk prensibinin naslarda ya aynen yer aldığı veya fikrî temellerinin açıkça ifade edildiği görülmektedir.

Bu durumun, İslâm hukukuna, ilk dönemden (sahâbe döneminden) itibaren sağlam esaslara dayalı ve hukukun amaçlarının kontrolü altında ictihadlar yapılabilmesi, dolayısıyla asırlar sürecektir hukuk tatbikatını ve beşerî tecrübeleri beklemeksizin başından itibaren fikrî bir olgunluk kıvamına sahip bulunması gibi önemli bir imtiyaz kazandırdığı muhakkaktır. Buna karşılık (sırf tarihî gerçeği göz önünde tutmakla yetinerek ve sebeplerini tahlil yönüne gitmeksizin belirtecek olursak) ilk dönem ictihatlarını kendi şartları içinde hukukun amaçlarını en sağlıklı biçimde gerçekleştirmeye çalışan birer cüzi kazıyye olarak düşünmeyip, bunları prensipler yerine ikame eden müslümanların bu imtiyazı iyi değerlendirmiş olduklarını söyleyebilmek kolay değildir.

Yine ana prensiplerinin incelenmesiyle formalist bir hukuk örgüsü oluşmasına eğilimli olmadığı tespit edilebilen ve bu yönüyle Roma hukukundan açıkça ayrılan İslâm hukukunun zaman içinde kendisine yamanmış olan ve bu prensiplerle bağdaşmayan bazı detay hükümler yüzünden yanlış tanınmış olduğu da bir gerçek olarak karşımıza çıkmaktadır.

Öte yandan, İslâm'ın insan hakları konusundaki prensip ve yaklaşımlarını tanıdıktan sonra bu konuda çağımızda gösterilen hummalı çalışmaların başını Batı dünyasının çekmekte olduğunu gören

müslümanlar, -şayet bu vâkıa, Batılılar'ın asırlar boyu müslüman muhitlere nispetle mahrumiyetini çektikleri bu haklara susamışlığı gibi bir gerekçe ile geçiştirilmeyecekse- konu üzerinde derinlemesine düşünmek ve ciddi çalışmalar yapmak zorunluluğunu hissetmelidirler.

Son olarak belirtelim ki Hz. Peygamber'in tebliğinin incelendiği böyle bir toplantıda defalarca tekrar edilmesine ihtiyaç duyulacak bir Kur'an âyeti bizim konumuza da ayrı bir ışık tutmaktadır: "Resulüm! Biz seni ancak âlemler için rahmet olarak gönderdik." (el-Enbiyâ, 21/107). Şu halde denebilir ki İslâm'a izâfe edilen bir hükmün veya prensibin doğru tesbit edildiğine dair değişmez ölçü, Hz. Peygamber'in yalnız bir mekân veya kesim için değil bütün âlemler için ve ancak "rahmet" olarak gönderildiği esasıdır.

Bibliyografya

- Aral, Vecdi, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, İstanbul 1979.
- Belgesay, Mustafa Reşit, *Mecelle'nin Külli Kaideleri ve Yeni Hukukun Ana Prensipleri*, İstanbul 1947.
- Çağl, Orhan Münir, *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş*, İstanbul 1971.
- Dönmez, İbrahim Kâfi, "Amel", *DİA*, III, 17.
-, "İslam Hukukunda Müctehidin Nasslar Karşısındaki Durumu ile Modern Hukuklarda Hâkimin Kanun Karşısındaki Durumu Arasında Bir Mukayese", *Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, sy. 4, İstanbul 1986, s. 23-51.
- Göğer, Erdoğan, *Hukuk Başlangıcı Dersleri*, Ankara 1974.
- İbn Kayyim el-Cevziyye, *İ'lâmü'l-muvakkîn*, Beyrut 1973 (ofset).
- İbn Nüceym, *el-Eşbah ve'n-nezâir*, Dımaşk 1403/1983.
- Karâfi, Şehâbeddin, *Envârü'l-burûk fi envâi'l-furûk*, Beyrut, ts.
- le Fur, Louis, *XVII. Asırdan Beri Tabii Hukuk Nazariyesi ve Modern Doktrin*, trc. Nihat Erim, İstanbul 1940.
- Muhammed Hamidullah, "Müslümanlarda Hukuk Felsefesi", trc. İbrahim Kâfi Dönmez, *İslâm Medeniyeti Dergisi*, IV/4, İstanbul 1980.
- Suyûtî, Celâleddin, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, Beyrut 1407/1987.