

POZİTİF HUKUK İLE İSLAM HUKUKU ARASINDA MENŞE VE ORGANİK KAYNAK AÇISINDAN BİR MUKAYESE

Muammer VURAL (*)

Özet

Hukuk tarihinde hukukun menşei/kökeni ve hukukun yaratıcı kaynağı hep tartışma konusu olmuştur. Hukuk-devlet ilişkisi ile hukukun kökeni hakkındaki görüşler ve hukukun yaratıcı kaynağı arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır.

Bu makalede hukuk-devlet ilişkisi ve hukukun kökeni hakkındaki görüşlere kısaca değindikten sonra, hukukta kaynak kavramının taşıdığı değişik anlamlara ve pozitif hukuk ile İslam hukukunda sosyolojik kaynak (menşe anlamında kaynak) ile hukukun yaratıcı/organik kaynağı konusuna temas edeceğiz. Özellikle de bu açılardan İslam hukuku ile pozitif hukuk arasında bir mukayese yapmaya çalışacağız.

Anahtar Kelimeler: *Hüküm, hukuk, kanun/yasa, devlet, köken/menşe, organik/yaratıcı, kaynak.*

A Comparison Between Positive Law and Islamic Law in Terms of Origin and Organic Resource

Abstract

There are always discussions about the creative source of law and the origin of law on legal history . However, there are close relationships between opinions regarding the origin of law, creative source of law and law- state

In this article, after we will discuss briefly relationship between law and state and different views on the origin of law, we will consider to the different meanings of the source concept and to the sociological resource and to the creative source of law in the positive law and Islamic law. Essentially, we will try to compare between Islamic law and positive law from these respects.

Key Words: *Judgment, law, state, origins of Islamic law, organic source, positive law*

*) Okt. Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi.

Giriş

Toplum halinde yaşayan insanların birbiri ile olan ilişkilerini düzenleyen normlar bütününe hukuk denir. Bu normların nerelerden ve nasıl elde edileceği meselesi, hukukun en önemli konularından biridir ve mevzu *hukukta kaynak ve menşe meselesini*¹ oluşturmaktadır (Kunter, 1989: 543). Kelime anlamları itibarıyla köken/menşe ve kaynak² terimlerinden biri diğerinin yerine kullanılabilmeyle birlikte bunlar, hukuk kelimesi ile birlikte kullanılarak terim anlamı kazandıklarında aralarında belirgin bir farkın olduğu ortaya çıkmaktadır. Hukukun kaynakları ifadesinden, pozitif hukukun ortaya çıkış şekilleri (Çağıl, 1966: 96; Aral, 1985: 92), onun biçimsel dayanakları anlaşılırken, hukukun kökeni sözünden, hukuku oluşturan alt yapı, gerekçeler, hukukun dayandığı temeller (Öktem, 1995: 105), hukukî inanç, hukukî idrak, hukukî vicdan ve hukuk idesi (Çağıl, 1996: 96) anlaşılmaktadır. Dolayısıyla kaynak ve menşe kelimeleri arasında bir ilgi, bağ ve benzerlik olduğu gibi, aralarında farklar da bulunmaktadır.

Bir başka açıdan kaynak ve menşe kavramları hukuk kaidelerini doğuran sebep, şart ve esaslar demek olup hukukun kaynağının, biri hakiki, diğeri de şekli olmak üzere iki çeşidi vardır. Buna göre, bir ülkenin sosyal, siyasal ve iktisadi ihtiyaçları hukukun hakiki kaynağını; bu ihtiyaçların birer ifadesi durumundaki yazılı veya teâmülî konular da hukukun şekli kaynağını oluşturmaktadır (Başgil, 1945: I, fas. 1, 32).

Hukuk tarihinde en çok tartışılan konulardan biri de hukukun menşei/kökeni ve hukukun yaratıcı kaynağı meselesidir. Hukukun belli bir menşei olmayıp bir *otorite ve kuvvet tezahüründen* başka bir şey olmadığını ileri süren müellifler bulunmaktadır. Bu cümleden olarak İyonlar mektebine mensup bazı filozoflar “*sadece kanun icabı mevcut olduğunu*” iddia etmişlerdir (Del Vecchio, 1951: 442-443). Pozitif hukukların farklılığından hareketle hukukun mutlak bir esası olduğunu inkâr eden nazariyeler de vardır. Mesela *Septikler*, pozitif hukuklar arasında bulunan farklara dayanarak objektif olarak geçerli bir tek hukukun bulunamayacağını savunmuşlardır (Del Vecchio, 1951: 444). Bunun yanında, hukukun mutlak bir esasa sahip olduğunu reddederek adaleti fayda ilkesine irca etmek isteyen faydacı sistem ise, adalet ve hakkın faydadan ibaret olduğunu kabul etmektedir (Del Vecchio, 1951: 451).

Hukuk normlarının kökeninin tabiatta ve vücut âleminde değil, maddi âlemden farklı deruni âlemin bir parçası olan manevi âlemden aranması gerektiğini savunanların bulunduğu (Sargın: 2002, 162) gibi; insan tabiatında mündemiç bulunan *hukuk duygusunun* hukukun gelişmesinde amil olan ilk kaynak olduğunu savunan bazı tabii hukukçular da maktadırlar (Del Vecchio, 1951: 442-443).

- 1) Hukukun kökeniyle ilgili görüşler için bkz. Yörük, 1946: 8-20; Hırş, 1996: 11-129; Çağıl, 1966: 94 vd.; Aral, 1985: 92; Öktem, 1995: 105 vd.; Ayengin, 1999: 14 vd.
- 2) Menşe; başlangıç, bir şeyin çıktığı yer, köken ve kaynak anlamına gelen Arapça bir kelimedir. Bunun karşılığı olarak Türkçe’de köken kelimesi kullanılmakta ve bir şeyin çıktığı yer, dayandığı temel biçim, sebep veya yer anlamına gelmektedir. Kaynak ise; bir suyun çıktığı yer, pınar menba, bir şeyin çıktığı yer, menşe anlamında kullanılan Türkçe bir kelimedir. Bkz. Eren, Hasan ve diğerleri, 1988: II, 822, 908, 1007.

Önceleri bazı sofistler tarafından, daha sonra da bazı filozoflar tarafından savunulan/ileri sürülen “*adalet, en kuvvetlinin yararına olan şey*” şeklinde ifade edilen görtüşe göre ise hukuk, tamamen izafî olup belli bir otoriteden mahrum, keyfî bir emirden başka bir şey değildir (Del Vecchio, 1951: 443).

Biz daha çok daha çok sosyolojik kaynak/menşe anlamında kaynak ile hukukun yaratıcı kaynağı/organik kaynak üzerinde duracağız ve mukayesemizi de bu açıdan yapacağımız için hukukun yürürlük ve bilgi kaynakları üzerinde genişçe durulmayacaktır. Bunlar başlı başına birer çalışma konusudur ve ilgili yerlerde bolca bulunmaktadır.

1. Hukuk-Devlet İlişkisi ve Hukukun Menşei Hakkındaki Görüşler

1.1. Hukuk-Devlet İlişkisi

Hukuk-devlet ilişkisi ile hukukun temeli hakkındaki görüşler arasında yakın bir ilişki bulunmaktadır. Bazı hukuk felsefecileri hukukun devletle ilişkisini keserek hukuku devletin yapmadığını, devletin yasama meclisleri yoluyla sadece kanun yaptığını savunmaktadırlar.

Hukuku devletle çok sıkı bir şekilde ilişkilendirerek hukuku devletin emirlerinden ibaret sayma yoluna gitmektedir.

Hukuku devletin emir ve iradelerinden ibaret gören pozitivistlere göre, hakkı devlet verir ve hukuk kaidelerini, hukuk ve nizam şeklinde devlet yapar. Bu görtüşte olanlara göre hukukun devletten ayrı ve devlet dışında bir varlığı yoktur ve olması da düşünülemez. Bu görtüş sahiplerine göre bütün hukuk devletin emir ve yasaklarından ibarettir (Başgil, 1956: 429). Nitekim haklı ile haksızı sadece devletin ayırt edebileceğini ileri sürerek hukukun devletten önce bir menşeinin olamayacağını ve hukukun ancak devletle başladığını, dolayısıyla hukukun menşeinin devlet olduğunu savunanlar da bulunmaktadır (Bkz. Del Vecchio, 1951: 443). Bu pozitivist hukukçular hukuku kanunla eşdeğer görmekteler ve bunun tabii sonucu olarak ta hukuku tıpkı kanun gibi yasama meclislerinin düzenlediği, formüle ederek çıkardığı normatif kaidelerden ibaret saymaktadırlar.

Hukuk-kanun ilişkisi-hukuk-kanun farklılığı: Hukuk terimini hukukçular birçok anlamda kullanmaktadırlar. Bununla bazen kişinin hakları gibi kişiye tanınan yetkiler kastedilirken bazen de şahsın hukuku gibi kanun manası kastedilmektedir (Arsebük, 1946: 293). Böylece hukukla hem kişinin hakları hem de bu haklarını güvence altına alacak ve bunlardan yararlanmasını sağlayacak kanunlar kastedilmektedir.

Terim olarak ise hukuk, toplum halinde yaşayan insanların ilişkilerini düzenleyen ve uyulması kamu otoritesinin güvencesi altında bulunan (maddî yaptırımı olan) davranış kuralları olarak tanımlanmaktadır (Gözler, 1998: 187). Kanun ise, Anayasa tarafından belirtilen yasama organınca, usulüne uygun olarak çıkarılan hukuk kurallarına denir. Her ne kadar bu tanım, şeklî kanunun tarifi ise de, Türk hukukunda maddî kanunun tarifi yapılmamıştır (Bkz. Teziç, 1991: 11). Kaldı ki maddî kanuna göre de hukuk-kanun arasında bir umum-husus ilişkisi söz konusudur. Çünkü maddî kanun sadece yasama organının çıkardığı hukuk normlarıyla sınırlı olmadığından, kararname, tüzük, yönetmelik gibi yetkili birimlerce çıkarılan hukuk kurallarını kapsamakla birlikte, örf-âdet hukuku ile icthad hu-

kukunu dışarıda bırakmaktadır. Dolayısıyla maddi kanunla karşılaştırıldığında bile hukuk daha geniş kapsamlı, kanun daha dar kapsamlı bir mana ifade etmektedir. Hukuk-kanun ilişkisi *kanun hukukun resmi beyanı ve rasyonel ifadesi* şeklinde özetlenebilir. Kısaca, mevcut ve yürürlükte olan bir hukuk nizamına *kanun*, bir ülkede cemiyetin menfaatlerini en iyi şekilde koruma kabiliyet ve kudretini haiz olmasından dolayı gerekliliğini hissettiğimiz kanuna da hukuk denir (Arsebük, 1991: 293).³

Hukuku devlet emirnamelerinin üstünde gören tabii hukukçular, hakkı devletin icat etmediği gibi hukuku da devletin yapmadığını; devletin yasama meclisleri yoluyla kanun yaptığını, hukukun ise, devlet adamlarının iradelerini aşan bir mevcudiyeti olduğunu savunmaktadırlar (Başgil, 1945: 429; bkz. Ayiter: 1944: 195). Zira kanun hukukun aynısı/ aynı ve tamamı olmadığı gibi (Başgil, 1945: 429) kanun hiç bir zaman hukukla aynı seviyede değildir. Dolayısıyla hukuk kanundan başka bir şey (obje-nesne) olup kendine has varlığıyla kanundan üstündür. Çünkü cemiyet ihtiyaçlarını, dünün zaruretlerini göz önüne alarak düzenleyen kanunla içinde bulunulan zamanın gereklerini düzenlemeye mecbur olan hukuk arasında devamlı bir farklılığın bulunması muhtemel, hatta kaçınılmazdır (Arsebük, 1991: 293-294).

Ayrıca kanun, hukukun yegâne tezahür şekli olmayıp bu şekillerden sadece biridir. Öyleyse devlet hukukun yegâne tezahür şekillerinin tamamını değil onlardan sadece biri olan kanunu/kanunları vazeder; devlet de vazettiği kanun da hukuka tabidir (Ayiter, 1944: 195). Dolayısıyla devlet kanunu vazederken evrensel hukuk ilkelerini gözeterek yasalarını bu ilkelere uydurmak, en azından onların lafzına ve ruhuna aykırı olmamalarını sağlamak suretiyle evrensel hukuka uymak zorundadır. Devletin, evrensel hukuka aykırı bir şekilde çıkarttığı yasalara göre yaptığı işlemler yasal/kanuni olabilir ancak bu işlemlerin hukukiliğinden söz edilemez.

Devlet, hukuku değil kanunları vazettiği gibi; hukukçular da kanunları değil, değişik dallarıyla hukuku oluştururlar. Demek ki hukuk hukukçuların işi, kanun ise yasama yetkisini elinde bulunduranların işidir. Aynı durum kısmen İslâm hukuku için de geçerlidir. İslâm hukukçuları yaptıkları hukukî çalışmalarla menşe/kaynak itibarıyla ilahi iradeye dayanan İslâm hukukunu oluştururlar. Devleti yönetenler de müctehitlerin faaliyetleri sonucu oluşan bu hukukun içinden mezhepler veya müftâbih görüşler bazında tercihler yaparak kanunlaştırma anlamında yasama yapmalarının yanında, ihtiyaç duydukları alanlarda, devlet ileri gelenleri ile yaptıkları istişâr toplantılarda alınan kararları da göz önüne alarak, doğrudan teşri/yasama-kanun vazetme faaliyetinde de bulunurlar. Asr-ı saadette Hz Peygamber'in ancak Medine'ye hicret ettikten sonra yasama anlamında teşri' faaliyete başlaması da, yasamanın temelde bir devlet fonksiyonu olmasından dolayıdır.

İslâm hukuk tarihinde, maddeleştirilmiş kanunlar yerine ilim adamlarının yorumları şeklinde bir hukuk geliştiği için, İslâm hukukunun bir devlet hukuku olmayıp ona daha ziyade "*hukukçuların hukuku*" olduğunu ifade eden ilim adamları bulunmaktadır (Gün-

3) Kanun kelimesinin kökeni ve hukuk tarihindeki seyri ve değişik kullanımları için bkz. İnalçık, 2001: DİA, XXIV, 324.

gör, 2000: 82-83). Hukuk sahasında devletten daha çok hukukçuların söz sahibi olması, hukukun siyasi iktidarcı yapılabilecek tahriflere karşı bir çeşit teminatı olmuştur. Bağlımsız konumları bulunan ilim adamları böylece iktidar sahiplerinin menfaatleri yerine Allahın iradesine uygun ictihatta bulunmaya önem vermişlerdir (Güngör, 2000: 83).

Muhammed Hamidullah ise yukarıdakine benzer bir şekilde, fıkıhın, siyasetle uğraşanların tesirinden uzak kalarak, sadece Allah'tan korkan ve ilmiyle amel eden hukukçuların eliyle geliştiğini ifade etmektedir (Hamidullah, 1998: 144-145). Kanaatimizce *hukuk doktrini/fıkıh* ile bugünkü yasama karşılığı olarak kabul edebileceğimiz *teşri'-tahnin* arasında bir ayırım yapmak gerekmektedir. Zira bunlar farklı kavramlardır. Binaenaleyh siyasetlerin etkisinden uzak olarak gelişen hukuksal faaliyet, yasama faaliyeti olmayıp bilimsel faaliyetler anlamındaki hukuk doktrini yani fıkıhtır. Zira bir devlet fonksiyonu olan yasama/kanun koyma anlamındaki *teşri'* her zaman siyasî iktidarın iradesiyle gerçekleşmektedir. Yani bir hukuk normunun kanun vasfını kazanabilmesi ancak devlet tarafından uygulamaya konulması ile olur.

Bu durum, bugün böyle olduğu gibi dün de böyle idi. Mesela, Osmanlı döneminde gerek Hanefî mezhebine, gerekse diğer mezheplere ait çok sayıda fıkıh kitabı bulunmaktaydı. Ancak ne bu mezheplerin görüşleri ne de bu mezheplere ait fıkıh kitaplarındaki hukukî hükümler kendiliğinden kanun vasfını kazanarak uygulamaya konulmaktaydı. Ancak ne zamanki devlet otoritesi bu mezheplerden birini resmi mezhep ve bu mezhebe ait bir fıkıh kitabını, bir nevi yasalaştırarak ilgili yerlere gönderiyordu, o zaman bu mezhep görüşleri veya mezhep görüşlerini toplayan bu kitap devlet gücüyle yaptırıma bağlanmış bir kanun haline geliyordu. O zamana kadar idarî ve kazâî işlerde kendisine müracaat edilmediğinde veya aksine hüküm verilmek suretiyle muhalefet edildiğinde herhangi bir yaptırım söz konusu olmazken artık kendisine muhalefet bir suç teşkil etmeye başlıyordu.

1.2. Hukukun Menşei Hakkındaki Görüşler

Hukukun temeli konusunda çeşitli nazariyeler ileri sürülmüş olup bu nazariyelerin en önemlileri bazı yazarlar tarafından iki (Gözler, 1998: 187), diğer bazı yazarlar tarafından ise üç ana grupta incelenmektedir (Bilge, 1999: 152).

Hukukun menşei hakkındaki kuramlardan birinci gruptakiler, hukuku bilinçli bir irade ürünü sayan görüşler; ikincisi, hukuku irade dışı sayan görüşlerdir. Bazı yazarlar ise buna pozitivist kuramları da ekleyerek hukukun menşeiini üç grupta incelemektedirler ki (Bilge, 1999: 152) kanaatimizce pozitivist kuramların *hukuku irade ürünü sayan görüşler* içerisinde değerlendirilmesi daha doğru bir yaklaşımdır.

1.2.1. Hukuku bilinçli irade ürünü sayan kuramlar

Hareket noktaları aynı olan, bu kuramlara göre, hukuk bilinçli bir iradenin ürünüdür. Yani hukuk önceden bir varlık tarafından düşünülmüş ve konulmuştur. Ancak, hukukun temeli sayılan bu iradenin izafe edildiği varlık yani hukukun hangi iradenin ürünü olduğu konusunda bu nazariyeler arasında farklılıklar vardır; kimilerine göre hukuk Tanrı'nın, kimilerine göre bir egemen kişinin, kimilerine göre ise toplumun iradesinin ürünüdür (Bkz. Bilge, 1999: 152; Gözler, 1998: 188).

Tanrısal irade kuramı: Hukukun menşei sorununu çözmek için iyi ve haklı prensiplerinin doğrudan doğruya kaynağı olan ulûhiyet fikrine müracaat edilmesini savunan bu nazariyeye göre, hukukun aynen ulûhiyet fikri gibi, vahiy yoluyla olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla hukukun kökenin mukaddes bir mahiyet taşıdığı hiç bir tartışmayı kabul etmemektedir (Del Vecchio, 1951: 446-447).

Beşeri irade kuramı: Bu görüş, hukuku siyasal iktidara sahip olanların iradesine dayandırmaktadır. Bu irade bir tek şahsın iradesi olabileceği gibi, birkaç veya hatta birçok insanın birleşmiş iradesi olarak da kabul olunabilir. Bu kurama göre hukuk, ilahi değil beşeri bir iradenin ürünüdür. Yani hukukun temelinde bir kişinin veya birden çok kişiden oluşmuş bir organın iradesi yatmaktadır. Beşeri irade kuramı da kendi arasında *iradeci pozitivizm, normcu pozitivizm ve toplumsal sözleşme kuramı* kısımlarına ayrılmaktadır.

1.2.2. Hukuku irade dışı sayan kuramlar

Bu görüş mensuplarına göre hukuk bilinçli bir iradenin ürünü olmayıp; aksine kendi kendisine oluşmuş bir kavramdır. Dolayısıyla, onu bir davranış kuralı şeklinde ifade eden insan iradesi, sadece tabiat ve toplumda daha önceden zaten mevcut olanı açıklamıştır (Bilge, 1999: 154; Gözler, 1998: 198).

Bu grupta, genel yaklaşımları benzer olmakla birlikte aralarında bazı ayrılıklar bulunan, başlıca üç teori vardır.

Tabîî hukuk kuramı: Kökeni bakımından eski Yunan sofistlerine kadar dayanan bu kuramı bilimsel olarak Hugo Grotius (1583–1645) ifade etmiştir. Bu bilgine göre doğal hukuk, toplumdaki bağımsız olarak mevcut olup toplum onun ancak bekçisidir. Doğal hukuk devletten önce mevcut olduğu için, insanın da yine toplumdaki önce doğal hakları mevcuttur. Matematiksel gerçekler, fizik kanunları insan ve onun deneyiminden bağımsız bir şekilde nasıl mevcutsa, hukuk kuralları ve haklar da böylece toplumdaki önce mevcuttur (Bilge, 1999: 154-155).

Tarihsel hukuk kuramı: Tarihçi hukuk okuluna göre, hukuk bilinçli bir iradenin ürünü olarak kanun koyucu tarafından koyulmuş olmayıp tarihsel süreç içinde, deney ve gözleme dayanarak kendiliğinden gelişmiştir (Gözler, 1998: 198; Bilge, 1999 155). Bu nazariyeye göre hukukun temeli, kendisini meydana getiren olaylar arasındaki bağdan veya hukukla hukuku doğuran amiller arasındaki zorunlu ilişkiden ibarettir (Del Vecchio, 1951: 446).

Sosyolojik hukuk akımı: Hukukun kaynağı konusunda kanun koyucunun iradesini yahut insan aklını kabul etmeyen sosyolojik hukuk akımına göre, hukukun kaynağını, doğrudan doğruya toplumsal olgularda aramak gerektiğinden hukukun kaynağı *toplumsal gerçeklik (social reality)* (Gözler, 1998: 200) ve *sosyal hayat (social life)* ve bu hayatın zorunlu bir sonucu olan insanların bir arada yaşamalarıdır (Aral, 1992: 142). Bu akıma göre hukuk, toplum hayatının kendiliğinden ortaya çıkan bir ürünü olup devletin yaptığı şey, ortaya çıkan bu hukuku tespitten ibarettir (Gözler, 1998: 200-201).

Bazı düşünürler tarafından üçüncü bir grup olarak kabul edilen pozitivist kuramlar da, temel olarak aldıkları gerçeği açıklama hususunda bazı farklılıklar göstermektedirler.

Kendisine *hukuksal pozitivizm* veya *devlet pozitivizmi* denilen grubun mensupları, hukukun devlet iradesinde tecelli ettiğini dolayısıyla gerçeğin sadece yürürlükteki hukuk kurallarından ibaret olduğunu savunmaktadırlar (Bilge, 1999: 155-156).

Hukukun sosyal bir olay olduğunu ileri sürerek, yürürlükteki kurallardan ziyade, onları oluşturan sosyal olayların göz önüne alınması gerektiğini savunan ve kendisine *sosyolojik pozitivizm* denen gruba göre ise, hukuk kurallarının kaynağı sosyal olaylar olup, aklın görevi bu sosyal olayları araştırarak gözlem ve deney yolu ile incelemektir. Bu teoriye göre, doğal olaylarda olduğu gibi sosyal olaylarda da bir determinizm, bulunduğu sosyal olaylarda da belli sebepler belli sonuçları doğurmaktadır (Bilge, 1999: 156).

Bunlara ilave olarak şunu belirtmek gerekir ki, ilk insan topluluklarının sosyal hayatları, ekonomik, siyasî ve kültürel yapıları konusunda aydınlatıcı dokümanlara ve bilimsel verilere sahip olunmadığından dolayı, hukukun kökeni hakkında birbirinden farklı ilk dönemlere ait bu tür nazariyeler, aslında birer faraziyeden ibaret kalmaktadır (Yörük, 1946: 8).

2. Hukukta Kaynak Kavramı

2.1. Pozitif Hukukta Kaynak Kavramı

Hukukun hem oluşumunda hem de uygulama ve gelişiminde önemli rol oynamakta olan ve genellikle bir şeyin ilk çıktığı yer anlamına gelen kaynak terimi (Işıқтаç, 1992: 34), hukuk alanında, bilgi kaynağı, organik kaynak, asli kaynak, tamamlayıcı kaynak ve yardımcı kaynak gibi, değişik anlamlar taşımaktadır (Bilge, 1999: 27; Dönmez, 1981: 9. Ayrıca bkz. Ataay, 1971: 98-102). Kaynağın bu değişik anlamlarını kısaca şu şekilde özetleyebiliriz: Toplum vicdanında, hukuki kanaatler olarak yaşamakta olan hak ve adalet düşüncesine, “*hukukun kökeni*”, ya da “*sosyolojik kaynak*” denir (Çağıl, 1966: 94; Aral, 1985: 92; Bilge, 1999: 27; Dönmez, 1981: 10). Parlamenter sistemlerde, yasama meclisleri, hukukun yaratıcı kaynağı olurken, kanun biçiminde yaptığı işlemler de, yürürlük kaynakları olurlar. Devletin yetkili organları tarafından konulmuş ve yürürlükte bulunan kaynakların bütünü yürürlükteki hukuku oluşturur ve bunların tamamına hukuk dilinde *pozitif* veya *mevzu hukuk* denir (Teziç, 1991: 6; Gözler, 1998: 155). Belli şekillerde görünen hukukun nerelerde bulunacağını, muhtevası hakkında nerelerden bilgi edinileceğini gösteren kaynaklar da bilgi kaynakları olmaktadır (Aral, 1985: 93; Dönmez, 1981: 10).

Şimdi hukukta kaynak teriminin kapsamına giren dört çeşit kaynaktan kısaca bahsedelim.

2.1.1. Pozitif hukukta kaynak kavramının taşıdığı anlamlar

Sosyolojik kaynak: Tabiatıta suyun bir kaynaktan yeryüzüne çıkmadan önce toprağın derinliklerinden gelmesi gibi, hukuk da ona şekil verenlerden önce bir toplumun hatta bütün insanlığın vicdanında adalet ve hak duygusu, hukuki kanaatler olarak yaşamaktadır. İşte insanlardaki bu hak ve adalet düşüncesine, “*hukukun kökeni*” dendiği gibi, hukukun menşeyini oluşturan bu kaynağa da “*sosyolojik kaynak*” denir (Çağıl, 1966: 94; Aral, 1985: 92; Bilge, 1999: 27; 1981: 10).

Hukukun maddi kaynağı olarak da isimlendirilen sosyolojik kaynak, hukuk kurallarının oluşmasına neden olan tarihi, ahlaki, dini, ideolojik, ekonomik, kültürel, teknik vb. her türlü toplumsal ve fikri veriyi ifade etmektedir/içine almaktadır. Demek ki, hukukun maddi kaynakları, hukuk kurallarının özünü ve varlık nedenini oluşturan ve bu kuralları meydana getiren temel öğelerdir (Gözler, 1998: 153-154). Öyleyse, hukukun menşinin veya sosyolojik kaynağının kamu vicdanı olduğu söylenebilir.

Yaratıcı/organik kaynak: Hukuk kurallarını meydana getiren güçleri ifade etmekte olan kaynağa yaratıcı/organik kaynak denilmektedir (Ataay, 1971: 97; Oğuzman, 1985: 26; Aral, 1985: 92; Bilge, 1999: 27; Teziç, 1991: 5; Dönmez, 1981: 10; Adal, 1988: 23). Bu anlamda, kanunların kaynağı yasama meclisleri, tüzüklerin kaynağı Bakanlar Kurulu ve yönetmeliklerin kaynağı bakanlıklar veya yetkili idare organlarıdır. Parlamenter sistemle yönetilen ülkelerde yönetim veya hükümet kanun yapamadığı gibi, yasama organları da yönetmelik yapamazlar (Bkz. Bilge, 1999: 27).

Yürürlük kaynakları: Hukuk kurallarının ortaya çıkıp yürürlüğe girme sürecinde büründüğü şekli ifade eden kaynaklara, hukukun yürürlük kaynakları denir. Yürürlükteki hukuk kurallarını bulmak için kendilerine başvuru bu kaynaklara biçimsel kaynak veya uygulama kaynakları da denir. Hukuk kurallarının ortaya çıkarken büründükleri bu şekillerin tamamı pozitif hukuku oluşturur (Aral, 1985: 93; Ataay, 1971: 98; Oğuzman, 1985: 26; Gözler, 1998: 154; Dönmez, 1981: 10; Adal, 1988: 23).

Bilgi kaynakları: Hukuk hakkında bilgi sağlayan her kaynak hukukun bilgi kaynağı olarak kabul edilebilir. Bilgi kaynakları dendiğinde akla ilk önce yazılı olan hukuk normları gelirse de yazılı olmayan bilgi kaynakları da bulunmaktadır. Kanun metinleri, hukuk kurallarının muhtevası hakkındaki bilgiler, açıklamalar ve çeşitli değerlendirmeler, hukukün münferit olaylara tatbikini gösteren kararlar, vesikalar ve benzeri bilgiler ile hukuk kaideleri hakkında bizi aydınlatan diğer eserler başlıca yazılı bilgi kaynaklarını oluştururlar. Hukukçuların çalışmaları yanında hukuk sahası dışındaki literatürle ilgili bazı eserler de hukukun bilgi kaynakları arasında sayılabilir (Bkz. Teziç, 1991: 5).

2.1.2. Pozitif hukukun yürürlük kaynakları

Biz mukayesemizi daha çok sosyolojik kaynak/menşe anlamında kaynak ile hukukun yaratıcı/organik kaynak üzerinde yapacağımız için hukukun yürürlük ve bilgi kaynakları üzerinde genişçe durulmayacaktır. Bunlar ilgili yerlerde bolca bulunmaktadır.

Bir toplumda çeşitli yollarla ortaya çıkan hukuk kurallarından bazıları kendiliğinden oluşur ve bunlara *gelenek hukuku* denir. Bazıları yetkili kamu kuruluşları tarafından konur; bunlara *yazılı hukuk* denir. Bir kısım hukuk kuralları da yargıçlar tarafından geliştirilmektedir ki, bunlara *ictihad hukuku* denir. Bunlara ilave olarak bir de, hukuk kurallarını eleştiren ve geliştiren *doktrin* bulunmaktadır (Gözübüyük, 1995: 42; Gözübüyük, 1973: 31). Buna göre hukukun kaynakları, birinci derecede kanun (kanun hükmünde kararname, tüzük ve yönetmelik de buna dâhildir) ve gelenek hukuku, ikinci derecede mahkeme kararları ve doktrin olmak üzere dörde irca edilebilir (Bkz. Aral, 1985: 93; Dönmez, 1981: 10).

Biçimsel kaynaklar bağlayıcılık açısından aynı kuvvette değildir. Bunlardan bir kısmı asıl ve bağlayıcı iken, diğer bir kısmı da yardımcı kaynak niteliği taşımaktadır. Uyulması zorunlu olan yani bireyleri ve hâkimi bağlayıcı durumda olan asıl kaynaklar da, *yazılı kaynaklar* ve *yazısız kaynaklar* olmak üzere ikiye ayrılır. Yazılı kaynaklar, devletin yetkili organları tarafından konulmuş olan anayasa, kanun, kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik uluslararası antlaşmalar gibi hukuk kurallarından oluşurken; yazısız kaynakların en önemlisini, gelenek hukuku ve hukukun genel ilkeleri oluşturmaktadır. Kısaca yasa, tüzük, yönetmelik gibi kaynaklar bağlayıcı kaynaklar olduğundan bunlara uymak zorunludur (Gözübüyük, 1995: 42; Gözübüyük, 1973: 31; Gözler, 1998: 155).⁴ Yazılı kaynaklar arasında, hem geçerlilik hem de soyutluk açısından yapılan sıralamada en üstte anayasa olmak üzere yukarıdan aşağıya doğru yasalar, tüzükler ve yönetmelikler yer almaktadır. Bu sıralamaya göre hiçbir kural, kendinden üstte bulunan kurala aykırı olamaz. Örneğin anayasa, yasaya göre üstte yer alan daha soyut bir kaynak olduğundan yasalar anayasaya aykırı olamaz (Gözübüyük, 1995: 42; 1973: 31. Ayrıca bkz. Başgil, 1945: I, fas. 1, 30).

Buna karşılık öğreti ve yargı kararları gibi kaynaklar, yardımcı kaynaklar olduğundan bunların bağlayıcı nitelikleri yoktur (Gözübüyük, 1995: 42; Gözübüyük, 1973: 31; Gözler, 1998: 155). Dolayısıyla karar verme durumunda olan hâkimin, bunlara uygun davranma zorunluluğu yoktur. Geçerli hukuk kuralı, yani asli kaynak bulunduğu zaman, bu kuralların tespitinde ve yorumlanmasında yardımcı kaynaklardan istifade edilebilir. Asli kaynağın olmaması durumunda ise, hukuk boşluğu söz konusu olur ve bu boşluk da hukuk boşluğu doldurma usullerine göre doldurulur (Gözler, 1998: 154-155).

Normlar hiyerarşisinde bir alt norm bir üst norma aykırı olamayacağından, Anayasanın 11. maddesine göre, bu hiyerarşinin tepesinde yer alan anayasaya aykırı olan bir kanun teorik olarak geçersizdir (Bkz. Gözler, 1998: 112). Kanun geçerliliğini anayasadan alıp ona aykırı olmadığı gibi tüzük de geçerliliğini kanundan alır ve ona aykırı olamaz. Aynen bunun gibi yönetmelik de geçerliliğini kanundan veya tüzükten alır ve onlara aykırı olamaz (Gözler, 1998: 155). En soyut ve en genel kuralları içeren anayasanın ise geçerliliğini referandumda beliren halkın iradesinden aldığı söylenebilir. Ancak anayasanın da gerisinde toplumda geçerli inançlardan, fikirlerden, değerlerden oluşan bir temel normun bulunduğu söz edilebilir. Dolayısıyla hiyerarşik bir yapı oluşturan hukuk sistemi geçerliliğini en yüksek iktidarın sahibi olan milletin kabul ve tasvibinden almaktadır (Güriz, 1996: 55-56). Bütün bunlardan sonra denebilir ki, bir alt normun üsttekine aykırı olamayacağı bu sisteme göre, başta anayasa olmak üzere, hukuk sisteminin tamamı toplumda geçerli inançlardan, fikirlerden, değerlerden oluşan ve en yüksek iktidarın sahibi olan milletin kabul ve tasvibiyle tescillenen temel norma aykırı olamaz. Kısaca hukuk sistemi en yüksek iktidarın sahibi olan milletin kabul ettiği inanç, fikir ve değerlere aykırı olamaz.

4) Yürürlükteki kural, karar ve belgelerin buldukları resmi yayımların (Resmi gazete, düstur, tutanak dergileri) yanı sıra metin ve belge ve mahkeme kararlarını toplayan resmi olmayan yayınlar da (dergi, külliyat, kitap gibi) hukukun bilgi kaynaklarını oluştururlar. Teziç, 1991, 5.

Şimdi de İslâm hukukunun kaynak kavramını incelemeye çalışalım.

2.2. İslâm Hukukunda Kaynak Kavramı

Her hukukun olduğu gibi İslâm hukukunun da dayandığı bir takım temeller, çıktığı bir takım kaynaklar vardır. Pozitif hukukta çeşitli anlamlarda kullanılan kaynak tabiri/terimi⁵ İslâm hukukunda da değişik anlamlarda kullanılmaktadır. İslâm hukukunda kaynak kelimesi, birbiriyle ilgili değişik şu dört anlamı içine almaktadır: 1. Hükmün çıktığı yer (*masdaru'l-hükm*), 2. Hükmü bildiren delil, nass (*delilü'l-hükm*), 3. Hükümlerin elde edilmesinde kullanılan yöntem anlamında (*istinbat metotları*), 4. Mastardan delillerle elde edilen hükümlerin toplandığı yer (*fıkıh, fetva kitapları vb. bilgi kaynakları*).

Yukarıdaki anlamların dördü için de kullanılan kaynak terimi, kullanılış yeri itibarıyla farklılık arz etmektedir. Şöyle ki: Hükmün sadır olduğu yer anlamında ve mutlak manada kaynak ilahi iradedir. Bilindiği gibi klasik anlayışa göre de kendisinden hükümlerin geldiği yegâne hakiki kaynak odur. İkinci anlamda yani kendisiyle sonuca, hükme varılan delil anlamında kaynak nasslardır. Zira ayet ve hadislerden oluşan nasslar istinbat metotlarıyla değerlendirilmek suretiyle şer'î hükme ulaşılır. Ayet ve hadislerin yanında, öncekilerin şeriati, sahabe kavli, örf gibi fer'î deliller de nakli delil olmaları açısından hükme ulaştırılan delil anlamında kaynak olarak değerlendirilebilir. Üçüncü yani nasslardan hükümlerin elde edilmesi anlamında kaynağın neler olabileceğine gelince, kıyas, istihsan, istishap, istislah gibi fer'î deliller bu anlamda kaynak olabilir. Zira bunlar daha çok aklın da devreye sokulmasıyla kendileriyle hükme ulaşılan istinbat metodları, hüküm çıkarma yöntemleridir. Dördüncü anlamda ise kaynak, Şâri'den sadır olan nasslardan istinbat metotlarıyla çıkarılan hükümlerin toplandığı yer anlamındadır. Başka bir ifadeyle asıl kaynaktan ayet ve hadisler yardımıyla çıkarılan hükümlerin toplandığı yer manasında kaynak. Hükümlerin toplandığı fetva ve fıkıh kitapları bu anlamda kaynak olarak değerlendirilebilir. Bu anlamda kaynak, pozitif hukuktaki bilgi kaynaklarıyla paralellik arz etmektedir.

İslâm hukukçuları yukarıdaki manada kaynak kavramına mukabil olarak delil kavramını kullanmakla beraber, İslâm hukukunun kaynaklarından norm elde etmede kullanılan yöntem ve genel prensipleri de delil olarak adlandırmaktadırlar (Ebu İshâk eş-Şîrâzî, 1988: I, 161; Bardakoğlu, 1994: DİA, IX, 139). Bu temel kaynakların/delillerin sayısı hakkında İslâm hukukçuları değişik görüşler ileri sürmüşlerdir. Kimisi bunları dörtten daha az sayarken, kimisi de ona kadar çıkarmıştır (Bkz. M. Yusuf Musa, 1973: 21). Hatta edille-i şeri'yyeyi, on sekiz, (Bkz. Karafî, 1347: I, 165) yirmi bir hatta otuz altıya kadar çıkararak hukukçular da bulunmaktadır (Bkz. İzmirli, tsz.: 190-191). İslâm hukukçularının çoğunluğu şer'î hüküm istinbatında baş vurulan kaynaklardan Kitap, Sünnet, icmâ ve kıyas⁶ üzerinde ittifak etmiş ve öteki tâli kaynakların bunlara mülhak olduğunu benimse-

5) Kaynak kelimesinin hukuk terminolojisinde karşıladığı kavramlar hususunda bkz. Çağıl, 1966: 84-85; Oğuzman, 1985: 26-27.

6) Kıyas hakkında geniş bilgi için bkz. Şafii, 1996:257-272, 323-324; Pezdevi, 1414/1994: III, 487 vd.; Serahsi, 1984: II, 118 vd., 199 vd.; Abdülaziz Buhari: 1414/1994: III, 487 vd.; Molla Hüseyin, 1966: 433 vd.

mişlerdir (Âmidî, 1985: I, 136. Ayrıca bkz. Abdülazîz Buhârî, 1414/1994: I, 64-66; Ne-sefî, 1965, 6-7; Said Ramazan, 1988: 39). Üzerinde ittifak edilen deliller aynı zamanda asli deliller olarak kabul edilirken, mesalih-i mürsele, istihsan, istishab, örf, şer'ü men kablena, sahabi kavli ve amel-i ehl-i Medine gibi deliller üzerinde ise, ihtilaf edilmiş ve fer'i delil olarak isimlendirilmişlerdir (Bkz. Şa'bân, 1990: 40; Atar, 1993: 27. Ayrıca bkz. Said Ramazan, 1988: 39). Başka bir ifade ile bunların içinde, Kitap, Sünnet ve İcmâ⁷ gibi kesinlikle kaynak olarak nitelenebilecek olanların yanında, daha çok metot ve hukuk prensibi olarak nitelenebilecek kavramlar da yer almaktadır (Dönmez, 1981: 20).

Hüküm-hukuk-kanun ilişkisi/faklılığı: Hüküm, “*bir durumun diğerine olumlu ya da olumsuz anlamda isnat edilmesi*” (Cürçânî, 1357/1938: 82; Bilmen, 1964: 55) demektir. Öyleyse hüküm bir eylem veya olayı tavsif hususunda bir iradi tercihi, yargı ve kıymet tespitini ifade etmektedir (Türcan, 2001: 174).⁸ Şer'î hüküm ise, “*Allah'ın iktizâ (talep), tahyir ve vad' bakımından mükelleflerin fiillerine ilişkin hitabı*” (Ensârî, tsz., I, 54) veya “*hitabın eseri*” (Molla Hüsrev, 1966: 510; Büyük Haydar Efendi, 1326: 398) olarak tanımlanmaktadır. (Beyânûnî, 1998: DİA, XVIII, 466)

Yukarıda tanımı verilen hüküm ile hukuk arasında çok sıkı bir ilişki bulunmaktadır. Zira hukuk kuralının unsurlarının en önemlisini hükmün kendisi oluşturmaktadır. Ancak aralarında sıkı bir ilişki bulunmakla beraber hüküm ile hukuk aynı şey değildir. Aralarında bir umum-husus ilişkisinden söz edileceği gibi iç içe oldukları da söylenebilir. Çünkü hükümlerin toplamından hukuk kuralları meydana gelmekte bunun neticesinde de hukuk oluşmaktadır. Buradan hareketle tabii olarak hukuk-kanun ayırımına da gidilebilir. Bunlar arasında da bir umum husus münasebetinden bahsedilebilir. Zira kanun hukukun devlet gücüyle desteklenerek yürürlüğe konmuş halidir/kısımdır. Ayrıca hukuku meydana getiren parçalardan biri veya hukukun bölümlerinden biride pozitif hukuk yani kanundur.

Hükümle hukuk, hukukla kanun arasındaki ilişkiden ve farktan kısaca bahsettikten sonra bu terimlerle kaynak arasındaki ilişki hakkında da şunları söyleyebiliriz: Bütün anlamlarıyla kaynağın hükümle, dolayısıyla hukukla ilişkisi çok yönlü ve açıktır (Bkz. Bardakoğlu, 1994: DİA, IX, 139). Ancak İslâm hukuku açısından kendileri arasında farklılık bulunan hüküm, hukuk, kanun ile bunların kaynakları arasında da fark bulunması gerekmektedir. Öyleyse hükmün kaynağı ile hukukun ve kanunun kaynağı ayırımına gidilebilir.

Buna göre Allah ve Rasûlü'nün hüküm bildirdiği hususlarda hükmün kaynağı Allah ve Rasûlü, hüküm bildirmediği veya içtihadı mahal bırakılan yerlerde hukuku oluşturan kaynak insan olmaktadır. Kanunun organik anlamda kaynağının ise, hukukçuların görüşlerinden de faydalanmak üzere, zaman zaman yardımcı kurumlarını da devreye sokarak yasal düzenlemeler yapan dönemin idarecileri olduğu söylenebilir.

7) İcma hakkında geniş bilgi için bkz. Şafii, 1996:255 vd.; Pezdevi, 1414/1994: III, 423 vd.; Abdülaziz Buhari: 1414/1994: III, 423 vd.; Molla Hüsrev, 196: 433 vd..

8) “Hüküm”, “hâkim”, “mahkûmün fih” ve “mahkûmün aleyh” terimleri hususunda bkz. Âmidî, 1985: I, 72; Molla Hüsrev, 1966: 509 vd.

Ancak hükmün kaynağı ile hukukun kaynakları zaman zaman karıştırılarak veya aradaki farka dikkat edilmeyerek ya da önemsenmeyerek hükümle hukuk aynı şeylermiş gibi kabul edilip hukukun kaynakları başlığı altında doğrudan hükmün kaynakları anlatılmaktadır. İslâm hukukunun kaynakları *el-edilletü's-ş-şeri*'yye başlığında işlenir, denildikten sonra hükmün kaynakları sayılmaktadır. Hâlbuki delil veya edille doğrudan İslâm hukukunun kaynağı olmayıp hükmün kaynağıdır. Hüküm de hukukun bir unsuru olduğu için onun kaynağı da dolaylı olarak hukukun kaynağı olmaktadır. Yani doğrudan hükmün kaynağı olan *delil-edille*, dolaylı olarak da hukukun kaynağı olmaktadır. Bunun için biz de hükmün kaynaklarına kısaca değindikten sonra, birçok çalışmada Fıkıhın/İslâm hukukunun kaynakları olarak zikredilen hükmün kaynaklarını inceleyeceğiz.⁹

Yukarıda pozitif hukukta kaynak kavramının taşıdığı anlamları kısaca incelemiştik. Şimdi de İslâm hukuku açısından kaynak kavramının taşıdığı anlamları kısaca inceleyeceğiz.

2.2.1. İslâm hukuku açısından kaynak kavramının taşıdığı anlamlar

Menşe anlamında kaynak: Semavi özelliği açısından, İslâm hukuku kurallarının “menşe/ilk çıkış yeri” anlamında kaynağının ilahi olduğu hususunda Müslüman hukukçular ittifak halindedir (Ensârî, tsz.: I, 25; Şelebî, 1988: 119; Hudarî, 1389/1969: 21). Dolayısıyla İslâm hukukunda ilk önce hüküm koyma yetkisinin (inşâü'l-hüküm) yalnız Allah'a ait olup, bu manada aklın müstakil olarak hüküm koyma yetkisi bulunmadığı kabul edilmektedir (Molla Hüsrev, 1966: 561; Şelebî, 1988: 119; Hudarî, 1389/1969: 21. Ayrıca bkz. Dönmez, 1981: 11-15). Başka bir ifadeyle, İslâm hukukunda hükümlerin kaynağı, köken bakımından, insanlara gönderilen vahyin içerisinde yani Kur'an ve Sünnet'te aranması gereken/bulunan ilahî iradeye dayanmaktadır. Ancak köken bakımından, ilahî iradeye dayanan İslâm hukukunun, bazı konularda, sadece temel esasları belirterek/zikrederek, ayrıntılarını değişen şartlara göre hukukçulara ve yasama kurumlarına bırakmış olduğu görülebilir (Krş. Sargin, 2001: 165). Menşe anlamında kaynak pozitif hukuktaki sosyolojik kaynağa karşılık gelmektedir.

Yaratıcı/organik kaynak: Pozitif hukukta olduğu gibi hükmün/hukukun kaynağına bir de yaratıcı/organik açıdan baktığımızda şöyle bir değerlendirme yapabiliriz: İslâm hukukunda hükmün kaynağı, *Hâkim'in/Şari'in* iradesine dayandırılmaktadır. Şer'i hükmün tanımında da görüldüğü gibi İslâm hukukunda hükümleri koyma yetkisinin Allah'a ait olduğunda, başka bir ifadeyle şer'î hükümlerin yaratıcı kaynağının Allah ve onun ilahi iradesi olduğu hususunda görüş birliği bulunmaktadır (Molla Hüsrev, 1966: 561; Ensârî, tsz.: I, 25; Bilmen, 1964: 55, 56; Beyânûnî, 1998: DİA, XVIII, 466; Karaman, 1996: DİA, XIII, 3. Ayrıca bkz. Ebû Zehrâ, Muhammed, tsz.: 71). Dolayısıyla İslâm hukukunda hüküm koyma hakkının yalnızca Allah'a ait olduğu konusunda herhangi bir şüphe ve ihtilaf

9) el-Asl kelimesinin çeşitli anlamları ve delil kelimesi ile irtibatı hakkında bkz. Abdülazîz Buhârî, 1414/1994: I, 62-64 ve 63. sayfada 3. dipnot. Ayrıca bkz. Ensârî, tsz.: I, 8; İbn Hâcib, 1316: I, 25; İsnævî, 1982: I, 18.

bulunmamaktadır. Nitekim Kur'ân-ı Kerim'de mutlak olarak hüküm koyma yetkisinin Allah'tan başkasına tahsis edilemeyeceği açıkça bildirilmiştir.¹⁰

Hukukun yasalaşmasında üçlü bir katkı söz konusu olmaktadır. Allah ve Rasûlü menşe anlamında kaynak, bu iki menşeden sadır olan nasslardan hüküm çıkaran müçtehitler de hukuku oluşturan anlamda organik kaynak, bu hukuku yasalaştıran kamu otoritesi ise kanunun organik kaynağı olarak kabul edilebilir. Kısaca hükmün kaynağı Allah ve Rasûlü, hukukun kaynağı müçtehitler, kanunun organik kaynağı da teşri'/yasama yetkisini elinde bulunduran kamu otoritesidir.

Yürürlük kaynakları: Hz. Peygamber devrinde, yürürlük kaynakları, sonuç itibarıyla Kur'an ve Sünnet'le sınırlı bulunmaktaydı. Daha sonraki dönemler açısından ise, kamu hukuku sahası ile özel hukuk sahasında, çok kesin olmamak kaydı ile bir ayırım yapılabilir. Hz. Ömer tarafından, bazı görevlilere gönderilen talimat nitelikli yazılardan bu konudaki gelişmelerle ilgili bir takım sonuçlara varılabilir; fakat her halükarda kamu otoritesinin, zaman zaman değişiklik gösteren müdahaleleri bir kenara bırakılacak olursa, doktrinlerin teşekkülünden önceki dönemde Kitap ve Sünnet'in doğrudan yürürlük kaynağı olduğu söylenebilir. Doktrinlerin teşekkülünden sonraki dönemlerde ise, başlıca yürürlük kaynağını doktrin meydana getirdiği söylenebilir (Dönmez, 1981: 16). Demek ki, problemlerin çözüm yollarını öncelikli olarak İslâm hukukunun ilk biçimsel kaynaklarında aranmalıdır. Ancak bu kaynaklarda konuyla ilgili doğrudan veya dolaylı bir hüküm bulamazsa, o zaman biçimsel kaynaklardaki teşri' metodunu da dikkate alarak çözüm üretilmelidir. Kaynaklarımızda Hz. Peygamber ve Raşit Halifeler tarafından değişik konularla ilgili olarak yapılan uygulama örnekleri bulunmaktadır (Bkz. Ebû Dâvûd, tsz.: Akdiye, 11; Tirmizî, tsz.: Ahkâm, 3; İbn Mâce, tsz.: Menâsik, 38; Ahmed b. Hanbel, tsz.: I, 37; V, 230, 236, 242).

Yürürlük kaynakları ile ilgili olarak şöyle bir değerlendirme yapılabilir: İslam hukukunun yürürlük kaynakları, doktrinlerin oluşmasından başka bir ifadeyle hakimlerin kendi icihadlarına göre hüküm verdikleri ettikleri dönemler açısından kitap-sünnet, icma-kıyas-istihsân vb. delil, usul-yöntem-metod anlamındaki kaynaklardır.

Doktrinlerin oluşmasından sonraki dönemler açısından ise yürürlük kaynağı bu doktrin içerisinden dönemin idarecilerinin tercih ettiği mezhep, müftabih görüşler ve o mezhebe ait müftabih görüşlerin toplandığı fıkıh kitaplarıdır.

Kanunlaştırma hareketlerinin başlamasından sonra ise yürürlük kaynağı değişik mezheplerin görüşlerinden de tercihler yapmak çok az olarak bazen de yeni icihadlar yapmak suretiyle yasama yetkisini elinde bulunduranlar tarafından oluşturulan/tercih edilen hukuk normlarıdır.

Bilgi kaynakları: Bilgi kaynaklarının, yürürlük kaynakları ile sıkı bir ilişkisi bulunduğundan bu konuda söyleneceklerin yürürlük kaynağı hakkındaki bilgilerden bağımsız düşünülmesi mümkün değildir. Bu bağlamda Kur'an, Sünnet ve doktrin hakkında bilgi

10) İlgili ayetler için bkz. Mâide 5/47, 49, 50; Yûsuf 12/40; Şûrâ 42/10; En'âm 6/57, 62, Yûsuf, 12/40, Kasas 53/70, 88. Benzer değerlendirmeler için bkz. Ebû Zehrâ, Usûlü'l-Fıkh, s. 283.

sağlayan bütün yazılı ve yazısız kaynaklar başlıca bilgi kaynakları olarak düşünülebilir (Bkz. Dönmez, 1981: 16-17). Buna göre fıkıh ve fetva kitapları ile çeşitli dönemlerde çıkarılan kanunname ve padişah fermanları ve bunların toplandığı yerler bilgi kaynağı olarak değerlendirilebilir.

Günümüzdeki bilimsel doktrinler gibi doktriner birer kaynak olan fıkıh ve fetva kitaplarına bazı dönemlerde resmi bir hüviyet verilerek bağlayıcılık vasfı kazandırılmış ve böylece bu kitaplar yürürlük kaynağı olmuştur. Bazı dönemlerde ise, meriyete sokulan hukuk kuralları yani yürürlük kaynakları hakkında bilgi elde edilecek bilgi kaynağı konumunda olmuştur. Bu durumda söz konusu kaynakların üstlendiği rol/yaptığı işlev her ne kadar bir kanun koyma işi değilse de, aynen pozitif hukuktaki doktrinin rolü/işlevi gibi, “...*kanun koyucuya ve hâkime değişik açılardan yol göstererek kanunlar ve mahkeme içtihadlarında etkileyici ve yönlendirici bir etkiye sahip*”¹¹ olabilir. Zira burada bahsedilen fıkıh kitaplarından maksat İslâm hukuk literatüründeki bütün fıkıh ve fetva kitapları değil, devletin tercih ettiği fıkıh ve fetva kitaplarıdır. İslâm hukuku bakımından bütün fıkıh ve fetva kitapları hukukun gelişmesine katkıda bulduklarından dolayı her zaman için doktriner anlamda birer kaynaktır. Kanunlaştırma hareketlerinden önceki dönemler açısından ise fıkıh ve fetva kitapları bilgi kaynağı olmalarının ötesinde kendilerini uygulama kaynağı olarak kabul eden devletler açısından aynı zamanda birer yürürlük kaynağıdır.

2.2.2. İslâm hukukunun yürürlük kaynakları

İslâm dininin aynı zamanda hukukunun temel iki kaynağından birincisi Kur’an, diğeri de Hz. Peygamberin açıklama ve uygulama örneklerinden ibaret olan Sünnet’tir. Müslüman toplumlarda hayatın birçok alanında teori ve uygulama bu iki kaynaktan yer alan bilgiler, ilke ve örneklendirmeler etrafında gelişmiş ve bu iki kaynağa bağlılık âdeti meşruiyet ölçüsü sayılmıştır (Bardakoğlu, 1999: 361). İslâm Hukukunun bütün kaynakları meşruiyetlerini direkt veya dolaylı olarak Kitap ve Sünnet’ten alırlar (Gazzâlî, tsz.: I, 100; Şâtübî, 1991: III, 29-30; Bardakoğlu, 1994: DİA, IX, 139; Karaman, 1991: I, 145, 159 vd.). Dolayısıyla bunların dışındaki diğer kaynakların şer’î delil grubuna girebilmesi, başka bir ifadeyle diğer delillerin muteber olabilmesi için Kitap ve Sünnet’in lafzına ve ruhuna ters düşmemesi gerekir.

Zaten Hz. Peygamber hayatta iken Müslümanlar, şer’î hükümleri inmekte olan Kur’an vahyi veya hadis yolu ile bizzat Hz. Peygamber’den alırlardı. Bundan dolayı sahabiler, özellikle Hz. Peygamber’in yanında bulunanlar için bu hükümlere bir kaynak veya belge aramağa lüzum yoktu. Ancak Hz. Peygamber’in vefat etmesiyle Kur’an ve hadis nasslarında bildirilmemiş bir takım yeni olaylarla karşılaşıldıktan sonra bu hükümlere başka yollarla ulaşmanın zarureti baş göstermiş ve böylece icma ve kıyas denilen bu iki kaynak ortaya çıkmıştır.

Mesâlih-i mürsele,¹² sedd-i zerâî¹³ ve hatta örf-adet (Demir, 2001: 191) gibi tali kaynaklar belirli sınırlamalarla delil kabul edilebilmektedir. Bunları, genel çerçeveli pren-

11) Benzer değerlendirmeler için bkz. Dönmezer-Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, I, 158.

sipler olmaları ve kendilerine dayanılarak hüküm verilmesine izin verilmiş olmalarından dolayı belirli sınırlar içinde yetki veren kanunlar gibi görmek mümkün olduğu gibi söz konusu kaynakları bazı müelliflerin ifade ettiği şekliyle içi boş yasama faaliyeti şeklinde değerlendirmek te mümkündür (Akgündüz, 1990: I, 128).

3. Pozitif Hukuk ile İslâm Hukukundaki Kaynak Kavramı Arasında Mukayese

İslam hukuku ile pozitif hukuk arasında bir mukayese yapabilmek için her şeyden önce bu hukukların kaynakları(menşeleri) ve oluşum sürecinde bunlara tesir eden etkenler açısından meseleye bakmak gerekmektedir. Mukayeseli olarak bakıldığında İslâm hukukunun beşeri hukuklara göre birtakım temel farklar ve özellikler taşıdığı görülür. İlkönce İslam hukuku kaynağı itibariyle ilahi olup Kur'an-ı Kerim'de ve sahih hadislerde ifadesini bulan vahye dayanmaktadır. Başka bir ifade ile, gerek Hz. Peygamber gerekse diğer âlimlerin ictihadlarına dayanan İslam hukuku ilhamını/yol haritasını-parolasını vahiyden almaktadır.

İslam hukuku, Kur'an ve Sünnet'te hüküm bulunmayan hususlarda hukukçuların beşeri faaliyetleri ile geliştirilmiştir. Çünkü Kur'an ve Sünnet daha çok, genel prensiplere değinerek teferruatı ictihada terk etmiştir/bırakmıştır. Bu da İslâm hukukunun ictihad yolu ile gelişip ilerlemesine sebep olmuştur. İslâm hukuku, menşe itibariyle Kur'an-ı Kerim ve hadislere dayanmakla birlikte ictihadla geliştirildiği için oluşumunda (formülasyonunda) beşer katkısı da bulunmaktadır; ancak ilahi yönü ağır basmaktadır. Dolayısıyla iki önemli kaynağı ilahî olan bu hukuk sistemi ile, asli kaynakları beşeri irade mahsulü olan pozitif hukuk sistemleri arasında önemli orijinal farklılıklarının bulunması gerekmektedir (Berki, 1973: AÜİFD, XIX, 29; aynı sayfa 3. dipnot).

İslam hukukunun doğuşunda, usul ve fîru olarak ortaya çıkışında en önemli ve belirleyici kaynak vahiydir. Kur'an-ı Kerim ve kısmen de hadislerle ümmete intikal eden vahiy, insan-Allah, fert toplum arasındaki ilişkilerin düzenlenmesinde birinci kaynak olmuş, başka tesirler bu kaynağın süzgecinden geçerek meşruiyet vasfını buradan aldıktan sonra müslümanların hayatını etkileyebilmiştir. Fıkhın ibadet, helâl-haram konuları dışında kalan bölümleriyle bunlara dayalı kurumların İslâm tarihi boyunca diğer kültür ve medeniyetlerden etkilenmiş olması ihtimalden uzak değildir, hatta sınırı tartışmalı olsa da böyle bir etkileşim gerçekleşmiştir (Karaman, 1996: DİA, XIII, 3). Ancak bu etkileşim İslâm hukukunun ilahi menşee dayanan özelliğini değiştirecek düzeyde değildir. Yani, İslâm hukukunda gerçek anlamıyla hüküm koyucu/şâri' Allah'tır. Bunun dışındaki hüküm kaynaklarına gerçek anlamda hüküm koyucu nazarıyla bakılmayıp, belki bunlar ilahî iradeye uygun hukukî hükümleri tespit etme kaynağı olarak görülmektedir. O halde İslâm hukukunda gerçek anlamda kanun koyucusu Allah ve ilahî hükümleri tebliğ eden ve bunun yanında Allah tarafından hüküm vazedilmemiş alanlarda hüküm koyma yetki-

12) Mesalih-i mürselenin kaynak olması ve şartları konusunda geniş bilgi için bkz. Gazzâlî, tsz.: I, 296 vd.; Hallâf, 1985: 265; Ebû Zehrâ, tsz.: 279; Şa'bân, 1990: 149, 153.

13) Zerayin İslâm hukukunun kaynaklarından birisi olduğuna dair deliller için bkz. Karafî, 1347: II, 32-33; İbn Hazm, 1998: III, 110 vd.; Ebû Zehrâ, tsz.: 279; Şa'bân, 1990: 149, 153; Zeydân, tsz.: 209-211.

sine sahip olan Hz. Peygamberdir. Bu ikinci işlevi açısından Hz. Peygamber de yaratıcı kaynaktır. Ancak bu iki kaynak bütün hukukî meselelerin çözümlerini ayrı ayrı tespit etmemiş ve bazı konuların sadece genel esaslarını vazederek şartlara göre değişen ayrıntılarını, ulü'l-emre (ilmî ve idarî açıdan otorite sahiplerine) bırakmıştır. Bu durumda ihtiyaç anında kamu otoritesi de şâri-i mutlak olan Allah'ın verdiği yetkiye dayanarak, icthad gücüne sahipse bizzat kendisi, sınırlı alanlarda ve sınırlı ölçülerde olsa bile, hüküm vazeder; değilse müçtehitlerin yapmış oldukları icthadlar tercihler yaparak sahip olduğu kamu gücüyle bunlara yürürlük kazandırabilir.

Bazı yazarlar, pozitif hukukla İslâm hukuku arasında içtihada yer verip vermemeleri açısından fark bulunduğuna dikkat çekmektedirler. Bu cümleden olarak Suriyeli çağdaş İslam hukukçusu Marûf ed-Devâlibî, Kur'ân-ı Kerim ve onun tatbikatı olan Sünnet'ten sonra anayasal kaideler meyanında icthadı, bir teşrî' kaynağı olarak kabul edenin sadece İslâm hukuk düşüncesi olduğunu belirtmektedir Dolayısıyla diğer hukuklara nisbetle şu iki özellik İslâm hukukunun ayrıcalıklı özelliklerini oluşturmaktadır: Bunlardan birincisi İslâm hukukunun, kaide ve prensiplerinde bulunan mantıkî vasıfları sebebiyle sabit ve zamanlar üstü oluşu yani evrenselliği;¹⁴ diğeri ise, değişen ve gelişen hayat şartlarına uyarak icthad yoluyla her zamana uygun çözümler bulmaya imkân veren dinamikliği yani üretkenliğidir. Yani İslâm hukuku dinamik ve üretkendir, zamanla değişen toplumsal şartlara göre değişik hükümlere yer verebilir (Devâlibî, 1985: 75-76). Hayreddin Karaman da, toplum hayatının bir kısım ilişkilerini düzenleyen İslâm hukukunun, değişmez ilahi hükümlerle değişen toplum şartları arasında bağ kurmaya ve yeni meseleleri bu çerçevede çözümlenmeye imkân vermiş olmasının temelinde, her mesele için bağlayıcı bir hüküm koymak yerine geniş çerçeveli genel hükümler getirerek zaruret ve kamu yararının da gözetilmesi suretiyle icthada geniş bir alan bırakmış olmasının yattığını belirtmektedir (Karaman, 1996: DİA, XIII, 3).

Bilindiği gibi, Şari' tarafından değişik ayetlerle bildirilerek korunması istenen "makâsıd-ı şeri'yye" denen ilke ve değerlerin, her ne kadar bildirilmesi vahiy yoluyla olsa da bunların algılanması akılla mümkün olmaktadır. Dolayısıyla İslâm hukukunun iki ana kaynağı olan Kur'an ve Sünnet ilahi olmakla birlikte, bu nasların anlaşılıp yorumlanması insan aklı vasıtasıyla olmaktadır. Ancak burada bir hususa daha dikkat etmek gerekir. İslâm hukukunun iki ana kaynağı açısından insan aklı vasıta rolü oynamakla birlikte bu kaynaklarda yer verilmeyen hususlarda beşer unsuru doğrudan menşe anlamında kaynak olarak dahi kabul edilebilir. Ancak bu durumda da İslam'ın ruhuna ve onun getirmiş olduğu ana ilkelere aykırı hüküm veremez.

Hukuk, bir nevi değişik kaynaklardan gelen hükümlerin, normların ve değer yargılarının toplamı olduğuna göre onu hükümden farklı değerlendirmek gerekmektedir. Yani hukukun kendisi hükümden farklı olduğuna göre kaynak açısından da ondan farklı olması gerekir. Değişik köklerden geldiğini kabul ettiğimiz hukukun bu köklerinin içinde

14) Şu âyet-i kerimeyi buna misal olarak verebiliriz: "Allah adalet ve ihsanı, yakın akrabaya vermeyi emreder; hayâsızlıktan, çirkinlikten ve azgınlıktan da men eder. Allah size nasihatte bulunuyor, belki öğüt alırsınız." (Nahl 16/90).

ilahi olanların yanında beşeri olanlar da bulunmaktadır. Ayrıca hukukta, hükmün anlaşılmasına ve yorumlanmasına oranla daha fazla beşeri katkı bulunmaktadır. Şöyle ki, İslâm hukukunun nasslardan başka birtakım tali kaynakları da bulunmaktadır. Örneğin bu kaynaklardan sayılan icmâ, kıyâs, istihsân, maslahat/istislâh, istishâb, sedd-i zerâyi' gibi kaynaklar, değişik dayanakları bulunmakla birlikte içlerinde içtihadın dolayısıyla aklın aktif olarak rol oynadığı kaynaklardır. Öncekilerin şeriatı Kitap ve Sünnet'in onayından geçtikten sonra kaynak olarak kabul edildiği için onlara râci' bir kaynak niteliğindedir. Sahabe kavline gelince Hz. Peygamber'den duyulmuş olması ihtimaline binaen hadis gibi değerlendirilebilirken; sahabe'nin kendi içtihadına göre görüş beyan ettiği kabul edilerek yukarıda bahsedilen (icmâ, kıyâs, istihsân vb.) kaynaklar gibi aklî ve ictehad ürünü olan kaynaklardan kabul edilebilir. Örf ise, toplumların, tarihin derinliklerindeki, dinî açıdan yaşamış oldukları durumlarına göre ilahî ve beşeri kökler taşıma ihtimaline sahiptir. Kaldı ki, örfün kaynağı ne olursa olsun tarihi süreçte beşer elinde şekillenerek gelmiştir. Ancak şu kadar var ki, örfün İslâm hukukunda kaynak kabul edilebilmesi için mezkûr hukukun ilahî boyutuna/ana ilkelerine ters düşmemesi gerekmektedir.

Devletin, yasama yetkisini elinde bulunduran kişi ve kurumları yoluyla oluşturduğu veya oluştuktan sonra pozitif hukuk/kanun, olarak kabul edip yürürlüğe koyduğu hukuk normlarına gelince yukarıda bahsedilen hüküm ve hukuka nazaran bunda beşeri boyut daha ağır basmaktadır. Çünkü bir hukuk normunun kanun vasfını kazanabilmesi için diğer özelliklerin yanında devlet gücüyle yaptırıma bağlanması da gerekmektedir. Bu da, hüküm ve hukuka oranla, kanundaki beşer katkısını artırmaktadır.

Daha önce de vurgulandığı üzere İslâm Hukuku kaynakları, meşruiyetlerini nasslardan almaktadır. Aslında devletin sınırlı yasama ve düzenleyici tasarruf yetkisi ile oluşan kaynakların isimleri değişik asırlarda farklılık gösterse de netice itibariyle bunların da nasslara dayandığı, meşruiyetlerini onlardan aldığı söylenebilir. Ancak burada nasslara dayanmak ifadesiyle o hükmü mübah kılan bir nass bulunmasını değil sadece onu yasaklayan bir nassın bulunmamasını kastediyoruz. Zira bir hükmün, bir normun nasslara aykırı olmamasının gözetilmesi, dolaylı da olsa o hükmün nasslara dayandırılması olarak değerlendirilebilir. Yani hükümlerin nasslarla temellendirilmesi doğrudan o hükmü mübah kılan bir nassın bulunmasıyla olabileceği gibi o hükmü yasaklayan nassın bulunmasıyla da olabilir.

Kısaca pozitif hukuk sadece akıl ve tecrübe yardımıyla beşer tarafından konulan, sadece beşerî ve mevzu bir hukuktur. Başka bir ifadeyle pozitif hukukun yaratıcı kaynağı sadece insan unsurudur. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, burada söylediklerimiz pozitif/mevzu hukuk tanımı için geçerli olmakla birlikte, bugün başta Batı ülkeleri olmak üzere dünyanın değişik yerlerinde yürürlükte bulunan ve pozitif hukuk olarak nitelenen hukuk normlarının içinde ilahî menşee dayanan hukuk kuralları da bulunmaktadır. Başka bir ifadeyle başta aile hukuku ve genel ahlakı ilgilendiren konular olmak üzere din ve ahlak kuralları gelenek hukuku niteliğinde başlangıçta hukuka kaynaklık etmiştir. Ancak bunlar artık sadece bir din, ahlak ve gelenek kuralı olmayıp hukuk müeyyidesiyle kuvvetlendirilerek bir hukuk kuralı haline gelmiştir. Özellikle genel ahlakın ve hemen bütün dinlerin

“hırsızlık, ırza geçme/tesaddi, adam öldürme” biçimindeki yasakları bugün birer hukuk kuralı olarak hukuk sistemlerinde yer almış bulunmaktadır (Köprülü, 1979: 9).

İslâm hukukunda ise, ilk önce mutlak yaratıcı kaynak Allah olmakla birlikte onun, hüküm vazetmeyerek boş bıraktığı alanlarda çizdiği genel çerçeveye ters düşmemek şartıyla Hz. Peygamber de yaratıcı kaynaktır. Ancak Hz. Peygamber’in kaynaklığı, değişik açıklamalar/yaklaşımlar bulunmakla birlikte, mutlak değil, tabiri caizse, mukayettir. Bu her iki kaynağın değinmeyerek boş bıraktığı alanlarda ise yaratıcı/organik kaynak, kısmen de olsa, kamu otoritesidir. Ancak kamu otoritesinin kanun vazetme durumu Kitap ve Sünnet’e ters düşmemekle kayıtlıdır. Buradan hareketle yaratıcı kaynak olan ilahi iradenin bilinme yeri olan/ilahî iradeyi yansıtan Kitap ve Sünnet nassları, *menşe anlamında kaynak* olmalarının yanında, aynen uygulanma imkânı olduğu durumlarda bu nasslar *yürürlük kaynağı* olarak; böyle olmayıp ta ichtihad sonucu çıkarılan hükümlerin ancak uygulanabileceği durumlarda ise bu nasslar *menşe anlamında kaynak* olarak kabul edilebilir.

İslâm hukukuyla pozitif hukukların çıkış ve oluşum noktaları ve içtihadta yer vererek dinamiklik kazanmaları açısından bu farklılıklarına değindikten sonra bu hukuklara uygun hareket edenlerin görecekleri mükâfat, hukuku çiğneyenlerin de görecekleri ceza açısından da farklılıklar bulunmaktadır. Her şeyden önce pozitif hukuklarda hukuki ve cezai müeyyidelerin etkisi dünya hayatı ile sınırlı kalırken İslâm hukukunda müeyyideler ebedî hayata da taşınmaktadır. Bunun yanında iyi niyetle kanuna itaatin dünyevî sonuçlarına ilave olarak uhrevî açıdan da sevabı, itaatsizliğin de uhrevî sorumluluğu ve günahı bulunmaktadır ki, bu günahın müeyyide olarak, sevabın da teşvik olarak, kanunlara itaat edilmesinde önemli bir rol üstlenmesi söz konusudur. *Dünyevî* ve *maddi müeyyidenin* yanı sıra sevap ve günah telakkisi gibi *uhrevî* ve *manevî müeyyideler* vicdanların eğitilmesinde ve kanuna itaatin aynı zamanda bir kulluk vazifesi olarak algılanmasında etkili olmaktadır (Karaman, 1996: DİA, XIII, 3; bkz. Yaylalı, 2003: 29, 32).¹⁵

Ayrıca İslâm hukuk normlarının kaynağı olan nassların hepsi doğrudan dine dayandığından fertlerin gönüllerine tesir etmekte; bu da onların kanunlara gönül rızasıyla tabi olmalarını sağlayarak uygulanmalarını kolaylaştırmaktadır. Beşeri kanunlarda durum böyle değildir. Zira pozitif hukuklarda kanunlar genellikle idarecilerin temayül ve isteklerine göre şekillenmekte ve manevî bir müeyyide içermemektedir (Udeh, tsz.: 44). İslamî hükümlerin helal-haram gibi diyânî yönünün de olması, işlenen suçlarda dünyevî cezanın yanında uhrevî cezaı da içermektedir. Hâlbuki beşerî hukuk için uhrevî ceza söz konusu değildir (Yaylalı, 2003: 32). Sevap ve günah telakkisi vicdanların eğitilmesine yardımcı olarak kanuna itaatin aynı zamanda bir iman ve kulluk vazifesi olarak algılanmasını sağladığı gibi; İslamî hükümlerin helal-haram gibi diyânî yönünün olması da işlenen suçlarda dünyevî cezanın yanında uhrevî cezaı da içererek kanunların toplum üzerindeki etkisini artırmaktadır.

15) İslam hukukunda hukuki normların hukukilik, ahlakilik ve dinilik gibi farklı açılardan değerlendirilmesi ve dini hüküm - hukuki hüküm ayırımı hakkında bkz., Gözübenli, 2003: 2-3; 18-20.

Bütün bunlara ek olarak, İslâm dini, güzel ahlaka büyük önem verdiği için dolayı ahlaki fiillere de cezai müeyyideler uygularken beşeri kanunlar ahlakla ilgili bütün meseleleri, ondan doğacak zarar fertlere veya devletin güvenliğine halel getirmediği müddetçe, ihmal ederek cezai müeyyideye bağlamaz. Bu fiiller ne zaman ki, toplum düzenine zarar vermeye başlar o zaman onlarla ilgilenir. Mesela beşeri kanunlar zinayı ve içki içmeyi cezalandırmazken İslâm hukuku bunların her ikisini de suç sayarak cezalandırmaktadır (Udeh, tsz.: 45).

Pozitif hukukta olduğu gibi hükmün/hukukun kaynağına bir de yaratıcı/organik açıdan baktığımızda şöyle bir değerlendirme yapabiliriz: İslâm hukuku açısından hükmün kaynağı ile hukukun/fıkıhın kaynağı ayırımına gidilebilir. Buna göre Allah ve Rasûlü'nün hüküm bildirdiği hususlarda Allah ve Rasûlü menşe anlamında hükmün kaynağı; Allah ve Rasûlünün hüküm bildirmediği veya içtihadî hüküm konulması gereken yerlerde ise bu iki menşeden sadır olan nasslardan hüküm istinbat eden müçtehitler de hukuku oluşturan anlamında olmak üzere organik kaynak olarak kabul edilebilir. Olaya bir de kanun/yasa açısından baktığımızda ise, özetle şöyle bir değerlendirme yapabiliriz: Pozitif hukukta kanunları yapan yaratıcı veya organik kaynağa karşılık olarak İslâm hukukunda kanun formunda olan nasslar açısından hem menşe anlamında kaynak hem de yaratıcı kaynak Allah ve Rasûlü, nasslardan çıkarılan içtihadî hükümler açısından menşe anlamında kaynak Allah ve Rasûlü, organik kaynak müçtehitler ve özellikle yasa olarak kabul edilip uygulanmaları açısından ise dönemin idarecileridir.

Yine pozitif hukukta yürürlük kaynakları olan kanun, tüzük, yönetmelik vb. kaynakları ise, İslâm hukukunda, Hz. Peygamber dönemi için ayet-hadislerden meydana gelen nasslar, doktrinlerin teşekkülünden önceki dönem için bu nassların yanında halifenin, şurayı da devreye sokarak, aldığı kararlar ve doktrinlerin teşekkülünden sonraki dönemler için dönemin idaresi tarafından tercih edilerek yürürlüğe konulan doktrinlerdeki görüşler yani mezheplerin görüşleri karşılamaktadır. Kanunlaştırma hareketlerinin başlamasından sonra ise tedvin veya taknin yoluyla oluşturulan kanunlar yürürlük kaynağı olmaktadır.

Burada bir noktaya değinmek istiyoruz: Ayet ve hadislerin yürürlük kaynağı olduğu dönemler açısından menşe anlamında kaynak ile yaratıcı/organik kaynak aynı anlamı ifade etmektedir ve bu durumda menşe anlamında kaynak da yaratıcı kaynak da Allah ve Rasûlü olmaktadır. Çünkü bu dönem itibarıyla menşe anlamında kaynak olan Allah ve Rasûlü aynı zamanda yürürlük kaynağını da oluşturan yaratıcı kaynak olmaktadır. Fıkıh kitaplarının yürürlüğe koyularak uygulandığı dönemlerde ise, müçtehitler yürürlük kaynağını oluşturmaya katkı sağlayan organik kaynak olmakla birlikte bu fıkıh normlarının yasalaşmasını sağlayarak yürürlüğe koyan kamu otoritesi asıl organik kaynaktır. Yalın bir ifadeyle hükmün organik kaynağı Allah ve Rasûlü, fıkıhın/hukukun organik kaynağı müçtehitler, yasa formuna sokularak yürürlüğe konulan hukukun/kanunun organik kaynağı ise yasama yetkisini elinde bulunduran kamu otoritesidir.

Sonuç

Pozitif hukuk açısından, toplum vicdanında, hukuki kanaatler olarak yaşamakta olan hak ve adalet düşüncesine, *hukukun kökenini* ya da *sosyolojik kaynağını oluşturmaktadır*

(Çağlı, 1966: 94; Aral, 1985: 92; Bilge, 1999: 27; Dönmez, 1981: 10). Parlamenter sistemlerde, yasama meclisleri, hukukun yaratıcı kaynağı olurken, kanun biçiminde yaptığı işlemler de, yürürlük kaynakları olurlar. Devletin yetkili organları tarafından konulmuş ve yürürlükte bulunan kaynakların bütünü yürürlükteki hukuku oluşturur ve bunların tamamına hukuk dilinde *pozitif* veya *mevzu hukuk* denir (Teziç, 1991: 6; Gözler, 1998: 155). Belli şekillerde görünen hukukun nerelerde bulunacağını, muhtevası hakkında nelerden bilgi edinileceğini gösteren kaynaklar da hukukun bilgi kaynakları olmaktadır (Aral, 1985: 93; Dönmez, 1981: 10).

Hukukun maddi kaynağı olarak da isimlendirilen sosyolojik kaynak, hukuk kurallarının oluşmasına neden olan tarihi, ahlaki, dini, ideolojik, ekonomik, kültürel, teknik vb. her türlü toplumsal ve fikri veriyi ifade etmektedir/içine almaktadır. Dolayısıyla hukukun menşenin veya sosyolojik kaynağının kamu vicdanı olduğu söylenebilir. Pozitif hukuktaki sosyolojik kaynağı İslâm hukukunda menşe anlamındaki kaynak karşılamaktadır.

İslâm hukuku açısından hükmün kaynağı ile hukukun/fıkhın kaynağı ayırımına gidilerek şöyle bir değerlendirme yapılabilir: Buna göre Allah ve Rasûlü'nün hüküm bildirdiği hususlarda Allah ve Rasûlü menşe anlamında kaynak; Allah ve Rasûlünün hüküm bildirmediği veya içtihadî hüküm konulması gereken yerlerde ise bu iki menşeden sadır olan nasslardan hüküm istinbat eden müçtehitler hukuku oluşturan anlamında olmak üzere kaynak olarak kabul edilebilir.

Kitap ve Sünnet nassları, *menşe anlamında kaynak* olmalarının yanında, aynen uygulanma imkânı olduğu durumlarda *yürürlük kaynağı* olarak kabul edilebilir. Aynen uygulanma imkânı olmayıp ta ichtihad sonucu çıkarılan hükümlerin ancak uygulanabileceği durumlarda ise bu nasslar yine *menşe anlamında kaynak* olarak kabul edilebilir. Ayrıca, İslâm hukukunun iki ana kaynağı açısından insan aklı vasıta rolü oynamakla birlikte bu kaynaklarda yer verilmeyen hususlarda beşer unsuru doğrudan menşe anlamında kaynak olarak dahi kabul edilebilir. Ancak bu durumda da İslam'ın ruhuna ve onun getirmiş olduğu ana ilkelere aykırı hukuki düzenleme yapılamaz.

Pozitif hukukta hukuk kurallarını meydana getiren güce/güçlere yaratıcı/organik kaynak denilmektedir. Pozitif hukukta kanunları yapan organik kaynağa karşılık olarak İslâm hukukunda kanun formunda olan nasslar açısından hem menşe anlamında kaynak hem de yaratıcı kaynak Allah ve Rasûlüdür. Nasslardan çıkarılan içtihadî hükümler açısından menşe anlamında kaynak Allah ve Rasûlü, organik kaynak müçtehitlerdir. Yasa formuna sokularak yürürlüğe konulan hukuk normları açısından ise organik kaynak yasama yetkisini elinde bulunduran kamu otoritesidir.

Hukuk kurallarının ortaya çıkıp yürürlüğe girerken, anayasa, yasa, tüzük, yönetmelik şeklinde büründüğü şekli/şekilleri ifade eden kaynaklara, hukukun yürürlük kaynakları denir ve bu kuralların tamamı pozitif hukuku oluşturur.

Bu kaynakların İslâm hukukundaki karşılıkları ise, Hz. Peygamber dönemi için ayet-hadislerden meydana gelen nasslar; doktrinlerin teşekkülünden önceki dönem için bu nassların yanında halifenin, şurayı da devreye sokarak, aldığı kararlardır. Doktrinlerin teşekkülünden sonraki dönemlerde, dönemin idaresi tarafından tercih edilerek uygulamaya konulan mezheplerin görüşleri ya da mezhep içerisindeki müftâbih görüşler; kanun-

laştırma hareketlerinin başlamasından sonra ise tedvîn veya taknîn yoluyla oluşturulan kanunlar yürürlük kaynağı olmaktadır.

Ayet ve hadislerin yürürlük kaynağı olduğu dönemler açısından menşe anlamında kaynak ile yaratıcı/organik kaynak aynı anlamı ifade etmektedir ve bu durumda menşe anlamında kaynak da yaratıcı kaynak da Allah ve Rasûlü olmaktadır. Fıkıh kitaplarının yürürlüğe konularak uygulandığı dönemlerde ise, müçtehitler yürürlük kaynağını oluşturmaya katkı sağlayan organik kaynak olmakla birlikte bu fıkıh normlarının yasallaşmasını sağlayarak yürürlüğe koyan kamu otoritesi asıl organik kaynaktır.

Bir cümle ile ifade etmek gerekirse, hükmün hem menşeyini hem de organik kaynağını Allah ve Rasûlü/Kur'an ve Sünnet, fıkıhın/İslam hukukunun menşeyini yine Allah ve Rasûlü, organik kaynağını müçtehitler; yasa formuna sokularak yürürlüğe konulan hukuk/kanunun organik kaynağını ise yasama yetkisini elinde bulunduran kamu otoritesi oluşturmaktadır.

Kaynakça

- Abdülazîz Buhârî (1414/1994). Keşfü'l-Esrâr (Usûlü'l-Pezdevî ile birlikte), Beyrut.
- Adal, Erhan (1988). Hukukun Temel İlkeleri (2. bs.). İstanbul.
- Ahmed b. Hanbel (tsz.). Müsned. Mısır.
- Akgündüz, Ahmet (1990). Osmanlı Kanunnameleri I, İstanbul.
- Âmidî, Seyfüddîn Ebû'l-Hasan Ali b. Ebî Ali (1985). el-İhkâm fi Usûli'l-Ahkâm. Beyrut.
- Apaydın, H. Yunus (1999). "Siyasal Hayat", İlmihal, II, İstanbul.
- Aral, Vecdi (1985). Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine. İstanbul.
- Aral, Vecdi (1992). Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları (2. bs.), İstanbul.
- Arsebük, Esat (1946). "Kanun Karşısında Hukukun Rolü", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. III, sa. 2-3-4, İstanbul.
- Ataay, Aytekin (1971). Medeni Hukukun Genel Teorisi. İstanbul.
- Atar, Fahrettin (1993). Fıkıh Usûlü, İstanbul.
- Ayengin, Tevhit (1999). Hukukta Köken Problemi Açısından Sosyal Realite Nass İlişkisi (Basılmamış Doktora Tezi). Erzurum.
- Ayiter, Ferit (1944). Yabancı Kanunlar ve Milli Hukuk, Medeni Kanunun XV. Yıldönümü İçin. İstanbul.
- Bardakoğlu, Ali (1994). "Delil" DİA, IX, İstanbul.
- Bardakoğlu, Ali (1999). "Teorik Açından İslâm ve Demokrasi: Yasama", İslâm ve Demokrasi Kutlu Doğum Sempozyumu-1988, (2. bs.) Ankara.
- Başgil, Ali Fuat (1956). "Hakkı ve Hukuku Devlet mi Yarattır ve Yapar?", Tahir Taner'e Armağan, İstanbul.

- Başgil, Ali Fuat (1945). Esas Teşkilat Hukuku Dersleri, c. I, Fas. 1, yy.
- Berki, Şakir (1973). “İslâm Hukukunun Ana Hatları II”, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, XIX, Ankara.
- Beyânûnî, Muhammed Ebü'l-feth (1998). “Hüküm”, DİA, XVIII, İstanbul.
- Bilge, Necip. (1999). Hukuk Başlangıcı, (13. bs.). Ankara.
- Bilmen, Ömer Nasuhi (1964). “Ahkâm-ı Şer'iyeye ve Ahkâm-ı Fıkhiyye”, Yüksek İslâm Enstitüsü Dergisi, Sayı: 2. İstanbul.
- Bilmen, Ömer Nasuhi (tsz.). Hukukî İslâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu, İstanbul.
- Buhârî, Muhammed b. İsmâîl (1987). Sahîh. (nşr. Mustafâ el-Buğâ), Beyrut.
- Büyük Haydar Efendi (1326). Usûl-i Fıkıh Dersleri, İstanbul.
- Cürcânî, es-Seyyid eş-Şerîf (1357/1938). et-Ta'rifât, Mısır.
- Çağıl, Orhan Münir (1966). Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş (Hukuk Başlangıcı Dersleri) I-II, (3. bs.). İstanbul.
- Del Vecchio, Giorgio (1951). Hukuk Felsefesi Dersleri (çev. Sahir Erman), 8. bs., İstanbul.
- Demir, Bayram (2001). İslam Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi (Basılmamış Doktora Tezi), Erzurum.
- Devâlibî, Ma'rûf (1985). İslâm'da Devlet ve İktidar (Çev. M. Said Hatiboğlu), İstanbul.
- Dönmez, İbrahim Kâfi, (1981). İslâm Hukukunda Kaynak Kavramı ve VIII. Asır İslâm Hukukçularının Kaynak Kavramı Üzerindeki Metodolojik Ayrılıkları (Basılmamış Doktora Tezi), İstanbul.
- Dönmezer, Sulhi-Erman, Sahir (1994). Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, İstanbul.
- Ebû Dâvûd, Süleymân b. el-Eş'as (Tsz.). Sünen (nşr. Muhyiddîn Abdulhumejd), Beyrut.
- Ebû İshâk eş-Şîrâzî (1988). Şerhu'l-Lüm'a (nşr. Abdülmecîd et-Türkî), Beyrut.
- Ebû Zehrâ, Muhammed (Tsz.). İslâm Hukuk Metodolojisi (Çev. Abdulkadir Şener), Ankara.
- Ebû Zehrâ, Muhammed (Tsz.). Usûlü'l-Fıkh, İstanbul.
- Ensârî, Muhammed b. Nizâmiddîn (Tsz.). Fevâtihu'r-Rahamût Şerhu Müsellemi's-Sübût (el-Mustasfâ ile birlikte), Beyrut.
- Eren, Hasan ve diğ. (1988). Türkçe Sözlük, Ankara.
- Gazzâlî, Huccetü'l-İslâm Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed (Tsz.). el-Müstasfâ min 'İlmi'l-Usûl, Beyrut.
- Gözler, Kemal (1998). Hukuka Giriş, Bursa.
- Gözübenli, Beşir, (2003). “Ebû Hanîfe'nin İçtihat Sistematiğinde Norm Grupları”, İmâm-ı Âzam Ebû Hanîfe ve Düşünce Sistemi, Bursa.

- Gözübüyük, A. Şeref (1995). Yönetim Hukuku, 8. bs., Ankara.
- Gözübüyük, A. Şeref (1973). Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, 4. bs., Ankara.
- Güngör, Erol (2000). İslâmın Bugünkü Meseleleri, İstanbul.
- Güriz, Adnan (1996). Hukuk Başlangıcı, (5. bs.). Ankara.
- Hâkim et-Tirmizî, Muhammed b Abdillâh (1990). Nevâdirü'l-Usûl (nşr. Mustafa Abdülkadir Ata), Beyrut.
- Hallâf Abdülvehhâb (1984). 'İlmu Usûli'l-Fıkh, İstanbul. (Hulâsatü Târîhi't-Teşri'i'l-İslâmî, (1376/1956). Mısır. ile birlikte)
- Hallâf Abdülvehhâb (1985). İslâm Hukuk Felsefesi (İlmu Usuli'l-Fıkh) (Çev. Hüseyin Atay), 2. bs., Ankara.
- Hamidullah, Muhammed (1998). "Hristiyanlıkta ve İslâm'da Anayasa", İslâm Anayasa Hukuku, İstanbul.
- Hırş, Ernest (1996). Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri (Güncel dile uyarlayan: Selçuk Baran Veziroğlu) (2. bs.). Ankara.
- Hudârî, Muhammed (1389/1969). Usûlü'l-Fıkh, (6. bs.). Mısır.
- Hudârî, Muhammed (1390/1970)Târihüt-Teşri'il-İslâmî. Mısır.
- İşıktaç, Yasemin (1992). Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Âdet Hukuku. İstanbul.
- İbn Mâce, Muhammed b. Yezîd (Tsz.). Sünen, Thk. Muhammed Fuad Abdülbaki, Beyrut.
- İnalcık, Halil (2001). "Kanun", DİA, XXIV, İstanbul: TDV Yayınları.
- İsnevî, Cemâlüddîn Abdurrahîm b. Hasan (1982). Nihâyetü's-Sûl fî Şerhi Minhâci'l-Usûl (Minhâcü'l-Usûl ve Süllemü'l-Vusûl ile birlikte). Beyrut.
- Karâfî, Şihâbüddîn Ebü'l-Abbâs Ahmed b. İdrîs (1347). Envâru'l-Bürûk fî Esrâri'l-Fürûk (Tehzîbü'l-Fürûk ile birlikte). Mısır.
- Karaman, Hayreddin (1996). "Fıkıh", DİA, XIII, İstanbul: TDV Yayınları.
- Karaman, Hayreddin (1991). Mukayeseli İslâm Hukuku, (3. bs.). İstanbul.
- Köprülü, Bülent (1979). Medeni Hukuk(Genel Prensipler-Kişinin Hukuku), İstanbul.
- Kunter, Nurullah (1989). Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul.
- Molla Hüsrev (1966). Mir'âtü'l-Usûl fî Şerhi Mirkâti'l-Usûl. İstanbul.
- M. Yusuf Musa (1973). Fıkh-i İslâm Tarihi (Çev. Ahmed Meylânî). İstanbul.
- Nesefî, Ebü'l-Berekât Abdullah b. Ahmed (1986). Keşfü'l-Esrâr (Nûru'l-Envâr ve Kameru'l-Ekmâr ile birlikte). İstanbul.
- Oğuzman, M. Kemal (1985). Medeni Hukuk Dersleri (Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar). İstanbul.

- Öktem, Niyazi (1995). Sosyoloji ve Felsefenin Verileriyle Devlet ve Hukuk Felsefesi Akımları, (2. bs.). İstanbul.
- Pezdevî, Fahu'l-İslâm (1414/1994). Usûlü'l-Pezdevî (Keşfü'l-Esrâr ile birlikte). Beyrut.
- Said Ramazan (1988). İslam Hukuku (Çev. Bayram Can), yy.
- Sargın, İzzet (2002). İslâm Hukuk Tarihinde Devlet ve Fonksiyonları (Basılmamış Doktora Tezi). Erzurum: Atatürk Üniversitesi.
- Serahsî, Şemsüddîn Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl (1984). Usûlü's-Serahsî, İstanbul.
- Şa'bân, Zekiyyüddîn (1990). İslâm Hukuk İlminin Esasları (Usûlü'l-fikh), (Çev. İbrahim Kafi Dönmez), Ankara.
- Şâtübî (1991). el-Muvâfakât fî Usûli'ş-Şerî'a. Beyrut.
- Şelebî, Muhammed Mustafâ (1988). Ta'lîlü'l-Ahkâm, Beyrut.
- Şafî' (1996). er-Risale (İslam Hukukunun Kaynakları), (Çev. Abdülkadir Şener-İbrahim Çalışkan). Ankara.
- Teziç, Erdoğan (1991). Anayasa Hukuku (2. bs.). İstanbul.
- Tirmizî, Muhammed b. İsâ (Tsz.). Sünen (Nşr. Ahmed Muhammed Şakir ve diğr.). Beyrut.
- Türcan, Talip (2001). Devletin Egemenlik Unsuru ve Egemenlikten Kaynaklanan Yetkileri. Ankara.
- Udeh, Abdülkadir, (tsz.). İslâm ve Beşeri Kanunlar (Çev. Mustafa Nuhoğlu) (2. bs.). İstanbul.
- Yaylalı, Davut (2003). "İslam Hukukunda Kaza-Diyânî Hüküm Ayırımı", Dinî Araştırmalar, c. V, sa: 15, Ocak-Nisan
- Yörük, Abdülhak Kemal (1946). Hukuk Başlangıcı Dersleri. İstanbul: Tan Matbaası.
- Zeydân Abdülkerîm (1982). Fıkıh Usulü (Trc. Ruhi Özcan). yy.
- Zeydân, Abdülkerîm (tsz.). el-Vecîz fî Usûli'l-Fikh. İstanbul.