

MECELLE-İ AHKÂM-I ADLİYYE VE HUKUKUN KAYNAKLARI*

İrem Karakoç**

Mecelle-i Ahkâm-i Adliyye and The Sources of Law

ÖZ

Hanefî mezhebinin/ekolünün görüşlerinin benimsendiği Osmanlı özel hukukunda Tanzimat'tan sonra tedricen, Cumhuriyet'ten sonra ise tamamen Kara Avrupası Hukuk Sistemi'ne geçilmiştir. Çalışmamızda yeni sistemin kaynakları ile Mecelle'nin kaynakları genel hatlarıyla karşılaştırılmak istenmiştir. Mecelle'deki hükümler de sistemli bir akıl yürütme sonucu elde edilen hükümlerdir. Nitekim kanuna kaynak olan Hanefî mezhebi, kendi döneminde, istihsan deliline başvurduğundan, hüküm çıkarmada akla fazla yer vermekle suçlanmıştı. Hükümlerin elde edilmesi sırasında uygulanan yöntemin nakle ve nassa dayalı iki boyutu bulunduğundan, salt akla dayalı hukuk sistemlerinin yöntem ve ilkeleri ile bazı ortak noktalara sahip olmakla birlikte, her zaman uyumlu olmayabileceğini, olmasının da beklenmemesi gerektiğini kabul etmek gerekmektedir. Çalışmamızda insan aklının bir araç olarak, muhâkeme süreci boyunca nasıl çalıştığı, çalışma ilkeleri ve delillerden sonuçlara varma mekanizması araştırılmış bu bağlamda ta'lil (tümdengelim), istikrâ (tümevarım) ve temsil (analoji) yöntemlerine ulaşılmıştır. Sonuçta akıl (mantık) bilimsel bir araçtır. Hukukta deney ve gözlem bulunmadığından örnek olaylar, meseleler ve uyuşmazlıklar önemlidir. Aklın, hangi delillerden hareket ederek hangi yollarla, hangi sonuçlara vardığı araştırılmalıdır.

Fıkıh usûlü ve ilk müctehitlerin aslî kaynaklardan hüküm çıkarma yolları konumuzla bağlantılıdır. Aslî kaynaklar bir konuda Yaratıcı'nın iradesinin bulunup bulunmadığını ve durumunu tespit açısından önemli iken, burada hüküm bulamayan hukukçu kendi reyleri ile içtihat etmeli; bu sırada aklın algılama (idrak) yollarını kullanmalıydı. Ardından hükmün somut olaya uygulanma aşaması gelmektedir. Sonuç olarak her iki hukuk sistemi arasında, hukukta mantık ve yorum farkları olduğu görülmüştür. Bu konu, Mecelle'deki hükümler bağlamında kısmen örneklerle ortaya konulmaya çalışılmıştır. Anahtar Kelimeler: Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, Mantık, İstidlâl, İstinbat, Kıyas.

* Bu çalışma, 27 Eylül 2014 tarihinde Afyon Kocatepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde düzenlenen Mecelle Sempozyumu'nda "Mecelle ve Hukukun Kaynakları" başlığı ile tebliğ olarak sunulmuştur.

** Yrd. Doç. Dr., DEÜ Hukuk Fakültesi Hukuk Tarihi Anabilim Dalı.

ABSTRACT

In Ottoman private law adopting Hanefi doctrine/school, Continental Law system was gradually accepted in Tanzimat, but completely after Republic. It was aimed at generally to compare the sources of new system and the sources of Mecelle in our study. Provisions in Mecelle obtained in consequence of a systematic reasoning progress. Even Hanefi doctrine, that was source of the Code, was accused of preferring logic more in obtaining provisions, because of using *istihsan* method in self-term. The method implemented in progress of obtaining provisions has two ways as *nakil* and *nass*. Therefore it has some common points with method and principles of law system based on just logic. For all that, it should be accepted these can not be always compatible and also not be expected this compatibility in all time.

In our study, it was researched how to work human logic as a reasoning tool in that progress, principles of working and mechanism of reaching consequences from evidences, so *ta'lil* (deduction), *istikrâ* (induction) and *temsil* (analogy) methods were reached in that context. In the event, mind (logic) is a scientific tool. Examples of events, issues and conflicts are important, because of absence of experiment and observation in the law. It must be researched from which evidences mind moves, which ways it uses and what consequences it obtains.

Usul ul-fiqh and the first mujtahids' (interpreter of islamic law, jurists) ways of obtaining provisions from the main sources are related to our topic. Main sources are important for if there is the Creator's will or not and also to determine about that. When jurists could not find the provisions from them, they should have decided with their own views and at the same time should have used ways of perception of mind (cognition). After that, there is the stage of implementation of the provisions in present case. Eventually, it was observed differences of logic and comment in between two legal systems. This topic has been tried to partially be explained with examples in the context of the provisions in Mecelle. Keywords: Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, Logic, Deduction (İstidlâl), In-depth Research (İstinbat), Analogy

...

Giriş

Batı hukukunun alınması, Osmanlı Devleti'nde Tanzimat'la birlikte başlayan Batılılaşma sürecinin son aşamasıdır. Osmanlı özel hukukuna esas olan İslâm hukuku bir içtihat hukuku sistemi idi. Osmanlı hukuk sisteminde ortaya çıkan yenileşme ihtiyacının giderilmesi iradesinin Batılılaşma yönünde kullanılmasıyla birlikte ülkedeki tüm mahkemeleri bağlayıcı kanunlar yapılması gerekmiş ve öncelikle içtihat sistemi terk edilmiştir. Tanzimat devrinde yapılan münferit kanunlarda açıkça hissedilen Batı etkisi giderek tüm hukuk hayatına yayılmıştır.

Tanzimat devrinde her ne kadar tüm ülkede bağlayıcı kanun (code) sistemine geçilmiş ise de yapılacak olan düzenlemelerin yerli ve millî mi olacağı, yoksa Batı kanunlarından tercüme mi edileceği konusu tartışmalı idi. Bu dönemde Ahmed Cevdet Paşa gibi hukukçuların ferdî gayretleri ile yerli-millî kanunlar da yapılmıştı.

Çalışmamızın konusu, Tanzimat ve Cumhuriyet olmak üzere iki dönüm noktası bulunan yenileşme sürecini izlemek ve neden-sonuç ilişkileri kurmak değildir. Bu konularda yazılmış ve yararlandığımız birçok değerli çalışma ve eser vardır. Çalışmamızda asıl amaçlanan, yeni dâhil olunan Kara Avrupası (Continental) Hukuk Sistemi'nin kaynakları ile Mecelle'nin kaynaklarını genel hatlarıyla karşılaştırarak, birbirleriyle uyumlu olup olmadıklarının değerlendirilmesidir.

Çalışmamızın bir gâyesi de Mecelle'deki hükümlerin sistemli bir akıl yürütme sonucu elde edilen hükümler olduğunun ortaya konulmasıdır. Fakat bunlar elde edilirken uygulanan yöntemin nakle (nassa) dayalı bir boyutu da bulunduğundan, salt akla dayalı hukuk sistemlerinin yöntem ve ilkeleri ile bazı ortak noktalara sahip olmakla birlikte her zaman uyumlu olmayabileceği tezi de açıklanmaya çalışılmıştır.

Çalışmamızda mantık olgusu, yaradılışın ve varlığın açıklanması için eski Yunan düşüncesindeki "logos" veya kelâm ilminin konularından *südur teorisi* gibi yaklaşımlar bağlamında ele alınmamıştır. İnsan aklının bir araç olarak, muhâkeme süreci boyunca nasıl çalıştığı, çalışma ilkeleri ve delillerden sonuçlara varma mekanizması üzerinde durulmaya gayret edilmiştir. Sonuçta *akılın işleyiş biçimi* anlamında mantık, tüm bilimlerde kullanılan bir araçtır. Pozitif bilimlerde deney ve gözlemlerle elde edilen verileri kabul ederek tabiat kanunu şeklindeki sonuçlara varılmaktadır. Hukukta deney ve gözlem bulunmadığından örnek olaylar, meseleler ve uyuşmazlıklardan yola çıkılmaktadır.

Sonuç olarak kanun yapma ve muhâkeme bir aklî etkinliktir. Bu aşamada sorulması ve cevaplanması gereken sorular muhakeme sırasında aklın, hangi delillerden hareket ettiği, hangi yollarla, hangi sonuçlara, ne şekilde vardığı ve kabul ettiği'dir?

Mecelle ve hukukun kaynakları bağlamında başladığımız çalışmamız esnasında, fıkıh usûlü ve ilk müçtehitlerin aslî kaynaklardan hüküm çıkarma yolları üzerinde de durmak zorunluluğu doğmuştur. İlk dönem hukukçuları somut bir uyuşmazlıkta uygulanacak olan hukuk kuralını öncelikle aslî kaynaklardan elde etmek durumunda idiler. Ardından ikinci safha olarak bu hükmün somut olaya uygulanması gelmektedir.

Eğer aslî kaynaklarda hüküm varsa bunu uygulamak daha kolaydır. Eğer hüküm bulamazlarsa kendi reyleri ile içtihat etmeleri gerekirdi. Hukukçular bu sırada aklın algı-lama (idrak) yollarını kullanmışlardır. Fakat yine de İslâm dininin genel ilke ve bütününe hâkim olan esaslarına aykırı hüküm oluşturamazlardı. Buna rağmen müçtehit hukukçuların birbirinden farklı görüşleri olabilmiştir. Onları izleyen dönemlerde yaşayan hukukçular bu yöntem ve görüşlerden tercihler yapmışlardır. Sonuç olarak her iki hukuk sistemi arasında, hukukta mantık ve yorum farkları olduğu görülmüştür. Çalışmanın bu ikincil veya yan sonucu da Mecelle'deki hükümler bağlamında kısmen örneklerle ortaya konulmaya gayret edilmiştir.

I. Fıkıh Usûlünde Delil/Kaynak Kavramı

A. Genel Açıklama

İslâm hukukunun tüm diğer sistemlerden temelde ayrı olduğu özgün bir niteliği vardır. Bu da “İslâm” sözcüğünün taşıdığı anlamı yansıtmaktadır¹. Ancak öte yandan hukuk, insan ilişkilerini düzenleyen kurallar bütünüdür. İnsanın doğası ve ihtiyaçları değişmediğinden tüm sistemlerde benzerlik taşıyan yönler de vardır.

İslâm Hukuku'nun² kaynakları olan nasslar, kutsal olması yönü ile sisteme ayrı bir özellik katmaktadır. Bu nedenle kimi hukukçular-tarihin çeşitli dönemlerinde farklı hukuk sistemlerine sahip insan topluluklarıyla ilişki içinde olmasına rağmen-İslâm Hukuku'nun bunlardan etkilenmiş olmasını mümkün görmemişlerdir³. Bu bağlamda kaynak farkı sebebiyle İslâm Hukuku, Roma Hukuku'ndan etkilenmiş olamaz⁴. Corpus Iuris Civilis, esaslarını hıristiyan ahlâkının oluşturduğu, insan aklının eseridir⁵.

İslâm'daki hukuk kavramı, Romalıların hukuk algısından çok farklıdır. Romalılara göre hukuk insan iradesinin şekil almış ve müeyyideye bağlanmış olan bir ifadesi idi ve bir kutsallığı bulunmadığından bunun değiştirilmesi her zaman mümkündü. Bir devletin yönetiminde bulunan bir siyasî partinin kendi iktidarında iken yapmış olduğu her hangi bir kanun, sonradan seçilen bir başka parti tarafından değiştirilebilirdi. İslâm'da hukukun dinden ayrı düşünülmesi mümkün değildir⁶.

Mecelle'nin temeli olan Hanefî ekole göre, hukuk, İslâm hüküm ve kanunlarının iki temel taşı olan Allah'ın kelâmına ve Hz. Peygamber'in sünnetine dayanan bir aklın eseridir. İslâm hukuk sisteminde ve Mecelle'de İslâm Hukuku'nun iki ana kaynağına dayanmayan veya ana kaynaklarla doğrulanmayan, tek bir hüküm bulmak mümkün değildir⁷.

¹ *İslâm*'ın sözcük anlamı, “teslim olma, Allah'ın iradesine teslimiyet gösterme”; şer'î anlamı ise, “iman”dır (Ansay, s. 1). “Silm” ve “selâm” kökünden türemiş olan sözcüğün köklerinin anlamları barış, güven, huzur, mutluluk, esenlik ve güvenlidir. İslâm ise, Allah'a teslim olmak, boyun eğmek ve itaat etmektir. Sadece Allah'a teslim olmak ve kulluk etmeyi ifade etmektedir (Paçacı, *İslâm*, s. 322-323). Ayrıca bkz. Keskin, s. 36.

² Eski kaynaklarda “Târihü't-teşrî” de denilen fıkıh tarihi, genel tarihin aşamalarından farklı düşünülmelidir. Fıkıh tarihi ilminin kapsamına hukukun peygamberlikten başlayarak -nasıl oluştuğu, geliştiği; bu ilmin gelişmesine katkıda bulunan ilk büyük hukukçuların (müçtehit) emek, çaba ve başarıları girmektedir (Bilmen, C. I, s. 311).

³ Bilmen, C. I, s. 338.

⁴ Sava Paşa, C. I, s. 12.

⁵ Hristiyanlığın ahlâk ilkelerinin, birçok bakımdan Roma hukukunu etkilemiş olduğu tezi için bkz. Sava Paşa, C. I, s. 4 vd.

⁶ Hamidullah, s. 149-150.

⁷ *Sava Paşa*, Etude sur la théorie du droit Musulman, s. XXI'den aktaran, Ansay, s. 2. İnsanın bu dünyadaki varlık sebebi bir imtihan sürecini tamamlamasıdır. Bunu başarabilmesi için helâl ve haram kavramlarını ayırabilmesi gerekmektedir. Kurallar, meşrûyetlerini Allah'ın emir ve yasaklarından almaktadır. Müslümanın zihni, temel kuralların Allah'ın iradesinden kaynaklandığına göre yapılandırılmıştır. Kuralların temelinin aklî bir zorunluluktan mı yoksa ilâhî hitaptan

Tüm bunlardan, İslâm Hukuku'ndaki mezheplerin görüşlerinin ve nasslara dayalı akılcı yaklaşımla yapılan kanunların sanki akıl-dışı yöntemler kullanılarak ya da akıl yürütmeyi hüküm çıkarma sürecinin dışında bırakarak meydana getirildiği gibi bir anlam çıkarmak doğru değildir.

Hukukun gelişim sürecindeki aşamalar bağlamında nasslara dayalı karar verme, sonrasında icmâ, kıyas ve istihsana başvurma gibi yaklaşımlar, insanlardaki hukuk algısının gelişip, modernleşmesine katkıda bulunmuştur. Usûl-i fikhın, kanunların yapılmasındaki katkısı çok büyüktür. Fıkıh usûlü çalışmalarından önce hukuk metodolojisi bilimi yoktu. Avrupa'da sonradan yazılmaya başlanan eserlerin konuları kapsamında hukukun felsefesini inceleyen Fransızlar bu bilim dalına "methodologie de droit" demişlerdir. İngiliz hukukçular ise anayasa hukuku, devletler hukuku gibi dallar ile müesseselerin felsefesini de yapan hukuk bilgisini içermek üzere "jurisprudence" ifadesini kullanmaktadırlar⁸. Fıkıh Usûlü, günümüz metodoloji (mantık-ı tatbikî/usûliyyat) veya yöntembilimin ilk şeklidir⁹.

Doktrinde bazı yazarlar, İslâm hukukunun teorik temellerini ve hukukun kökenini (de origine iuris) ortaya koyması bakımından usûl-i fikhı "legal theory" olarak tercüme etmiştir. Usûl çalışmalarında usûl-i fikhın, hukukun kökleri ve kaynakları (roots/sources) ile bu kaynaklardan hüküm çıkarmanın yol, yöntem ve araçları olmak üzere iki anlamı bulunduğu belirtilmektedir. Hukuk kâidelerinin kaynakları ile bunlara neden uyulması gerektiği gibi konular hakkında ilk esaslar usûl-i fikihta yer almıştır¹⁰.

Yukarıda açıklanmaya çalışılan görüşlere karşın İslâm hukukunda Roma hukukunun izlerini bulan hukukçu ve araştırmacılar da vardır. Bu görüşlerin her birinin kendine göre sağlam dayanakları bulunmaktadır. Gerçekten de farklı hukuk sistemlerinde benzer hükümler olabilir. Kanunlar, insan aklı ile yapılmakta ve insan topluluklarının düzen ihtiyacını karşılamaktadır. Temelde insan ve ihtiyaçları, toplumdan topluma çok büyük farklar göstermeyen ve evrensellik taşıyan olgulardır. Farklı kültürlerle ilişkiler ve etkileşimler nedeniyle, İslâm hukuku uygulayan toplumların sistemlerine giren bazı yabancı kurum ve kavramlar olmuş ise de, bunlara İslâm'ın özgün teslimiyet anlayışı katılarak, tamamen başka bir şekil ve anlam kazandırıldığı görülmektedir.

Düzenleme alanı insan ilişkileri olduğundan İslâm hukukunda başka hukuk sistemleri ile bire bir aynı hükümlere rastlanabildiği gibi, sadece benzerlik gösteren birçok kavram ve kurum da tespit edilebilir. Fakat üzerinde asıl durulması gereken konu, İslâm hukuku hükümlerinin aslı kaynaklardan –özel bir akıl yürütme süreci sonucunda– çıkarılması ve yine aslı kaynak hükümleri ile doğrulanması zorunluluğudur¹¹.

mı kaynaklandığı tartışmaları (hüsn-kubh tartışması) için bkz. Bedir, s. 222. Ayrıca bkz. Gür, s. 111. İmam Muhammed Şeybânî'nin usûl-i fikh edebiyatındaki önder rolü ve sonrakilere etkisi ile Klâsik dönem Roma hukukçularının görüşlerinden oluşan Digesta'nın Corpus Iuris Civilis'e katkısı arasındaki mukayese için bkz. Jokisch, s. 517, 521.

⁸ Usûl-i fikhın doğuşu ve ilk kaynaklarla ilgili genel bilgi için bkz. Hatemi, s. 54-56, no: 62-68; Jokisch, 521.

⁹ Bilmen, C. I, s. 37; Hamidullah, s. 53, 55.

¹⁰ Hamidullah, s. 26; Jokisch, s. 522.

¹¹ Akla dayalı karar verme sistemi Hz. Peygamber tarafından da desteklenmiştir (Gür, s. 113).

Mantık, sūfî (formel) ve tatbikî (usûlî) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Zihin ne kadar farklı konularla meşgul olsa da, bunlardan bağımsız, genel ve zihne ait kanunlarla düşünür ve sonuca varır. O hâlde zihnin bu etkinliği de tıpkı matematikte olduğu gibi, konulardan bağımsız, bazı şekilsel fakat herkes için aynı olan kurallarla ifade edilebilir. Buna sūfî mantık denir. Tatbikî mantık ise, zihnin, uğraştığı farklı konularla uyumunu sağlamaya çalışır. Farklı konular üzerinde çalışılırken, bunları öğrenme tarzlarımız da değişir. Ama bu ikisi birbirini tamamlamaktadır¹².

Bütün bu süreçlerde akıl aracı kullanıldığından nasıl çalıştığı ve algılama yollarının bilinmesi gerekir. Bu bağlamda bir fıkıh usûlü kitabı olan *Mustasfâ*'nın başında "akılların algılama yolları"ndan (medâfîku'l-ukûl) ve bunların "tanım" ve "bürhân"a münhasır olduğundan ..." bahsedilen bir kısma yer verilmiştir. Yazar bu mukaddimenin usûl ilminden bir bölüm olmadığını ve aslında tüm teorik bilimlerin ihtiyaç duyduğu genel bir açıklama olduğunu belirtmiştir¹³.

Yazar burada teorik bilgilerin kaynakları, nefy ve tasdik bağlamında olumsuzlama/yokluk ve olumlama/varlık; idrak bağlamında, mârifet/tanım ve tasavvur ile ilim (bilgi/tasdik) ve zannın yanı sıra bilginin doğrulanması gibi mantık esaslarını inceleme konusu yapmıştır¹⁴.

Hakkında hiçbir hüküm bulunmayan bir olayda, öncelikle bu duruma uygulanabilecek mevcut bir nass olup olmadığına bakılmakta, konu ile ilgili bir nass bulunamaz ise İslâm hukukunun gösterdiği düşünce şeklini kullanarak akıl yürütmek sûretiyle içtihat etkinliğine girilmektedir¹⁵.

İslâm hukukçularının çoğunluğunun kabul ettiği tanıma göre içtihat, bir hukukçunun, hukukî sonucunu belirlemek istediği bir hukukî bir mesele hakkında hükme varmak için, Allah'ın emirlerine ve sünnete dayanarak (ilim); zekâsının bütün gücünü etkinleştirerek fikir ve düşüncesini bu işe yoğunlaştırması ve bu sırada insanî tüm gücünü sonuna kadar kullandığına kanaat getirinceye kadar sebat göstermesidir¹⁶. İctihadın bir amacı da adlî ve hukukî uğraş alanlarını (meslek) düşünsel alanda belirlemek ve nitelendirmektir.

Eğer hükmü mevcut bir meselenin hükmü, benzerlikten dolayı, hükmü olmayan duruma uygulanabilirse buna *kıyas içtihadı* denmektedir. Bazen kıyas içtihadı yapılması bile mümkün olmayabilir. O zaman hukukçu/müçtehit, *nassların lafız ve ruhuna uygun* yeni bir görüş oluşturmak durumundadır (re'y içtihadı)¹⁷. Geçerli bir re'y içtihadı yapabilme-

¹² Ağaoğlu, s. 11-13; Öner, s. 22-23.

¹³ Gazzâlî, s. 16.

¹⁴ Dönmez, s. 32. Hz. Peygamber kendisine bir konunun hükmü sorulduğunda cevabı doğrudan vermemekte ve karşı tarafın mevcut bir hükme kıyaslaması için onu teşvik etmekte idi. Karşı tarafın da bildiği bir başka meseleyi ona sorar. Verdiği cevabın kendi sorduğu hükme benzediğini belirterek kendisinin bulmasını isterdi (Avcı, s. 52).

¹⁵ İctihat sözcüğü, Hz. Peygamber'den sonraki dönemlerde oluşturulan tüm yorum yöntemlerini kapsayacak genişlikte bir kavramdır. Mezhepler devrinde yetişen büyük hukukçu müçtehitlerin kullandıkları istihsan, istislah, sedd-i zerâ/zerâyî gibi tüm usûlleri kapsamaktadır (Gazzâlî, s. XII). Ayrıca bkz. Şener, s. 123; Demir, Tarih, s. 66.

¹⁶ İctihat, "İslâmileştirmek sûretiyle tedvin"dir (Sava Paşa, C. II, s. 13-14).

¹⁷ Re'y içtihadı yapılırken, Mekâsidü'ş-şeria ve kavâid-i külliyyenin de dikkate alınması gerekir (Kaşıkçı, s. 85). Usûlcüler içtihadı tahkîku'l-menat, tenkîhü'l-menat ve tahricü'l-menat olmak üzere üçe ayırmışlardır (Şener, s. 124-125). Ayrıca bkz. Apaydın, *Re'y*, s. 37.

nin en önemli şartı sünnetler de dâhil olmak üzere tüm nassları bilmektir. İşlem sırasında hukukçu bir hatâ yaparsa, Hz. Ömer'in yermiş olduğu kişiler arasında yer alacağından risk taşıyan bu işlem, özel bilgi düzeyi, özen ve dikkat gerektirmektedir. Şartlarına uygun yapılan görüş tespiti ve açıklamasına muteber/memduh re'y denir¹⁸.

Eski hukukumuzda bu aslı kaynaklardaki hüküm dayanaklarına “*delil*” denmekte idi¹⁹. İslâm hukukuna, kendine özgü kuralları olan bir hukuk sistemi özelliği veren bu delillerdir²⁰. İslâm hukuku belli bir devletin/topluluğun hukuk sistemi olmayıp İslâm dinini benimseyen tüm kişi/toplumların hukukudur²¹.

B. Fıkıh Usûlü Biliminin Özgün Niteliği

Bazı Batılı kaynaklarda eski hukuk sistemlerinin hemen hemen hepsinin az veya çok Yunan hitabeti ve düşünce sisteminden etkilendiği düşüncesi ileri sürülmektedir. Özellikle hukuk alanında bunun tezâhürü Roma hukuku ilkeleridir. Hanefî doktrinin hukuk kaynakları incelenerek Roma Klâsik dönem hukukçularının görüşlerinin bulunduğu *Digesta* bölümü ile mukayese yapılmış ortaya çıkan benzerlikler nedeniyle etki alındığı şeklinde yorumlanmıştır. Justinianus'un *Corpus Iuris Civilis*'inin bir bölümü olan *Digesta*, milâttan sonra ilk üç yüzyılda yaşamış olan Salvius, Iulianus, Celsus, Marcellus, Papinianus, Paulus gibi Roma Klâsik Dönem hukukçularının eserlerinden alınmış ve belli bir sistem içinde toplanmış parçaların özetlerinden (*fragmenta*) oluşmuştur. Doktrinde burada yer alan ilkeler ile Serahsî'nin usûle dair eserini kıyaslayarak aynı ilkelerin ortaya konduğunu ileri süren karşılaştırmalı çalışmalar vardır. Bu benzerliğin temel nedeni hukukun insan ilişkilerini düzenlemesi ve insanın ve insan topluluklarının ihtiyaçlarının çok benzer olmasıdır. Sonuçta tüm hukukçular hüküm tesis ederken akıl aygıtını kullanmaktadır. Benzer bir durumda benzer hükme varmak için muhakkak birbirlerini takip edip etki almış olmak gerekmemektedir. Hukuk sistemleri arasında benzer ilkeler var ise de özellikle kaynaklar bakımından farklı olan hususlar da vardır.

Çalışmanın başında, şer' tarafından aklın tek başına kavrayamayacağı bazı hükümler getirilmiş olduğu²² noktasından hareket edilmiştir. İslâm dinine göre insanın, zaafllara sahip bir varlık olarak yaratılmasında hikmetler vardır. Eski hukukçuların, bir insanın içsel durumu hakkında da değerlendirme yaptıkları ve günümüzde psikoloji alanına giren mevzuları bildikleri görülmektedir. İnsanın nasıl ki görünen ve çeşitli unsurlardan oluşan bir dış yapısı varsa; aynı şekilde fakat görünmeyen kısımlardan oluşan bir iç yapısı da vardır. Bunun bileşenlerinin birbiri ile ilişkisi ve sağlıklı şeklinin nasıl olması gerektiği de hukukçunun üzerinde durması gereken önemli bilgiler arasında yer almaktadır²³.

¹⁸ Mezmum (yerilmiş/kınanmış) re'y kavramı hakkında bkz. Şener, s. 123; Kaşıkçı, s. 84.

¹⁹ Çalışmamız boyunca “delil”i, “kaynak veya dayanak” anlamı ile kullandık. Günümüzde yargı makamları önünde davanın ispatına yarayan araçlara delil denmekte ise de, eski hukukta bunlara *beyyine* (kanıt) denirdi.

²⁰ *Bergstraesser*'in görüşü için bkz. Ansay, s. 2.

²¹ Gözübüyük, s. 14; Hamidullah, s. 153.

²² Gazzâlî, s. 9.

²³ Hacı Reşid Paşa, C. I, s. 5; Mehmed Seyyid Efendi, s. 15; Bilmen, C. I, s. 9, 38; Berki, *İslâm*, s. 27

Sonuçta suç işleme, söz verme, sözü tutma ya da tutmama, hata, hile, cebir, ehliyet gibi birçok hukukî konu, fiil ve işlemlerin ilk adımları, insanın iç dünyasında atılmaktadır. Bu konuların çözümlenmesi ile işe başlamak için öncelikle, insanın yaratılmış bir varlık olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Bütün bunlar ayrı bir bilim dalının konusu olmakla beraber hukukla yakından ilgilidir ve sonuçta hukukun da özünde yaratıcı ile olan bağı kesmemek düşüncesi yer almaktadır.

İmam-ı Âzam hukuku, “insanın leh ve aleyhine olanları; hak ve yükümlülüklerini bilmesi şeklinde tanımlamıştı²⁴. Bu tanım kişinin hem dünyada hem de âhiret hayatında lehine ve aleyhine olan hususlara işaret etmektedir. Tam bu noktada İmam-ı Âzam hukuk düzenine ahlâk ve felsefeyi de dâhil etmektedir. Kendisi özellikle ahlâkî hukukun bir tamamlayıcı parçası olarak görmüştür²⁵.

Hukuk teorik ve uygulama olmak üzere usûl-i fıkıh ve fîrû-ı fıkıh şeklinde ikiye ayrılmakta ise de bunlar birbirinden bağımsız alanlar değildir. Asıllar anlamındaki usûl, fîrûn esasını ve kaynağını; her ikisi birlikte bütün hâlde fikhî meydana getirmektedirler. Hukukçular arasında bu ilmin, insanı dünyada kötü davranış ve fiillerden korumaya, âhirette sevaba ulaşmaya yarayan bir ilim olduğu görüşü genel kabul görmüştür²⁶.

C. Fıkıh Usûlü’nde Delil-İstidlâl ve İstinbat

1. Genel Olarak

İslâm hukukunda bir hukukçunun gerçeğe ulaşması, birbirinden farklı iki ana aşama veya süreçten oluşmaktadır. Birincisi aslî kaynaklardan hüküm çıkarmak, ikincisi ise somut bir uyuşmazlıkta karar vermektir. Bu iki aşama doğrudan bağlantılı değildir. Somut bir uyuşmazlık için, varsa mevcutlar arasından hüküm bulmak veya yoksa elde etmek günümüzdeki yasama sürecine benzetilebilir. Fakat somut uyuşmazlığı çözüp, haklıyı haksızı ayırt etmek ise, yargılama sürecidir. Her durumda hukukçunun kesin bilgiye ulaşabilmek için delillere ve bu delilleri değerlendirme yöntemlerine ihtiyacı vardır. Aşağıda öncelikle İslâm hukukunda hukukçunun kesin bilgiye olan ihtiyacından, bunun aslî kaynaklardan elde edilme sürecinden ve yöntemlerinden söz edilmiştir²⁷.

²⁴ “Mârifetü’n-nefsi mâ nefsi-i mâ lehâ ve mâ aleyhâ” tanımının yapıldığı dildeki karşılığıdır (Sava Paşa, C. I, s. 123).

²⁵ Sava Paşa, C. I, s. 88.

²⁶ “Fıkıh insanı selâmete îsal eyleyen öyle bir emin yoldur ki insan bunun mevcudiyetini ancak ve ancak Allah’ın lütuflarına medyûndur (borçludur)” (Sava Paşa, C. I, s. 124). Ayrıca bkz. Üçok-Mumcu-Bozkurt, s. 60. Her ne kadar bu konudaki ilk eserin *İmam Şâfiî* tarafından yazıldığı söylenirse de er-Risâle, el-Ümm ve Usûl-el Serahsî gibi eserlerin temel dayanağı *İmam Muhammed Şeybânî*’nin külliyâtıdır (Digests) (Jokisch, s. 520).

²⁷ Kelâmcılara göre delil, kendisine ilimden, yani kendisini bilmekten başka bir şeyi bilmek lâzım gelen şeydir. Bir kişinin, bir şeyi bildikten sonra, onun sonucunda bir başka şeyi de bilmesidir (Mehmed Seyyid Efendi, s. 68). Ayrıca bkz. Paçacı, *Delil*, s. 118.

2. Fıkıhta Delil-İstidlâl Kavramı ve İstinbat

a. Delil Kavramı

Sava Paşa, kaynaklardan hüküm çıkarma ile hükmün somut olaya uygulanmasını birbirini izleyen süreçler değil de içtihadın iki farklı anlamı olarak değerlendirmiştir. İctihadın bir anlamı yasama ve kanun yapma (legislation) iken diğer anlamı ise, mahkeme önüne gelen bir meselenin hâllidir. İlk anlamında kullanıldığında yasama/kanun yapma aracı; ikinci anlamında kullanıldığında hâkim tarafından kanundan çıkarılan hüküm/sonuç/karardır (yargı/kazâ)²⁸.

Yukarıda söz edilen anlamlandırma, Kara Avrupasının özel hukukta kullandığı code/kanun tarzı hukuk sistemine uygun bir yaklaşımın sonucudur. Osmanlı Hukuku'nda Kara Avrupası sistemine ait kanunların, İslâm hukuk sistemine uyumlaştırılması çalışmaları ve çabaları vardır. Bu bağlamda olmak üzere *Sava Paşa*'nın eserinde "... Bu eserimizle iddiamızı ispatlamış olabilirsek, İslâm hukukunun (extensibilité-ittisa) kabiliyeti hakkındaki bütün tereddütler nihayet bulacak ve Avrupa'nın en mükemmel kanunlarını İslâm hukukuna intibak ettirebilmek imkânları vücut bulmuş olacaktır" demektedir²⁹.

Mezheplerin oluşumu döneminde, İslâm hukukçularından bazıları önerilerine somut bir uyumsuzluk gelmediği müddetçe, farazî sorunlar için ilk aşamayı kullanıp, hüküm dahi vermemişlerdir. Elbette sonraki dönemler için bunu sürdürmek mümkün değildi. Aslî kaynaklardan çıkarılan hükümler sistematize edilmiş ve mezheplerin görüşlerini, genel eğilim ve sistemlerini oluşturmuştur.

Hukukçunun hükmünü bulmak, yani bilmek (ilim)³⁰ istediği problem/hususa, matlub denmektedir. Bulunan hükmün, gerçeğin kendisine (nefsü'l-emir) uygun, değişmez, dönüşmez, sarsılmaz (tezelzül) ve kalıcı (câzim) inanç biçiminde olması gerekmektedir. Hukukta buna *ilim* denmekte ve nassları akla getirmektedir³¹. İlim, hiçbir şekilde ve şartta yok olmayacağı gibi, kesinlik taşımaktadır. Bu aynı zamanda onay (tasdik/olumlu), itikat ve hükümdür³². Hükümler bazen sabit olmayıp, ileride sarsılması ve değişmesi mümkün de olabilirdi. Buna ise *taklid* denmektedir³³.

²⁸ Sava Paşa, C. II, s. 16.

²⁹ Sava Paşa, C. II, s. 12. Söz konusu eser, 1892 tarihinde Fransa'da yazılmıştır. Tarih itibariyle Mecelle'den sonra olup Mecelle'nin yaklaşımını desteklemektedir.

³⁰ *İlim (İlm)*; bilmek, bilinçte ortaya çıkmak/oluşmak (şuurla hâsıl olmak), sağlam ve kesin bir şekilde bir şeyin gerçeğini bilmek demektir. Kelâm ilminde ilim, vâkıya uygun olan kesin inanç; aklın ve duyuların konusuna giren her şeyin tanınmasını sağlayan sıfattır (F. Karaman, *İlim*, s. 310).

³¹ *İlim*, mantık geleneğinde *tasavvur* ve *tasdik* olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Her ikisi de *bedihî* ve *nazarî* olabilmektedir.

Bedihî bilgi; ispata ihtiyaç olmadan aklın doğrudan doğruya kabul ettiği bilgilerdir.

Nazarî bilgi; bir akıl yürütme yoluyla elde edilerek, bunun sonucunda akıl tarafından kabul edilen bilgilerdir. Başka bir ifade ile, bilinmeyene varmak için, bilinenleri düzenlemek de denebilir. Mantıkta *tasavvurların* amacı tanım yapmaktır. *Tasdiklerin* ise, araçları önermeler olup, amacı kıyas yapmaktır (Filizok, s. 2).

³² Buradaki "hüküm" sözcüğü, mantıktaki anlamında değil, şer'î hukuk anlamında kullanılmıştır (Mehmed Seyyid Efendi, s. 311).

³³ *Taklid*; fıkıh usûlünde başkasının sözünü hüccetsiz ve delilsiz olarak kabul etmek anlamına gelmek-

Usûl-i fıkıhın tanımındaki “edille”, delilin çoğuludur. Bu anlamda delil ise, “kendisine nazar-ı sahih ile nazar olunduğunda bir matlub-ı haberîye îsal eyleyen (ulaştırılan) şeydir”³⁴. Başka bir ifade ile kendisinde, farklı durumlarında (ahvâl) ve özelliklerinde, geçerli bir düşünme sürecinden geçirildikten sonra (fıkr-i sahih ile teemmül), istenen bir sonuç veya hükme (matlûb-ı haberî) ulaştırabilen şeydir³⁵.

Fıkıh usûlünde ulaşılmak istenen sonuç, bir işlem, fiil veya durumun hukukî (şer’î)³⁶ hükmüdür. Bununla doğrulanabilir (tasdikî) bilgiler kastedilmekte ise de³⁷fıkıhta tasdik âyet ve hadislerle olmaktadır. Bu yönüyle mantıktaki tasdikten biraz farklıdır.

İslâm fıkıh usûlünde delil “şer’î ve amelî bir hükme götüren şey”dir. İslâm hukukçuları şer’î hükmün çıkarıldığı asıl ile birlikte şer’î hüküm elde etmede kullanılan yöntem ve genel prensipleri de delil kabul etmişlerdir. Neticede asıl ve delil kelimeleri bazen eş anlamlı olarak kullanılmaktadır³⁸.

Delil dar ve geniş anlamda kullanılabilen bir terimdir. Genel olarak hem şer’î hüküm çıkarılan asl’ı, hem de hükmü elde etmede kullanılan yöntem ve genel ilkeleri kapsamaktadır. Nitekim başlı başına fıkıh usûlünün kendisi, “fıkıh delilleri” şeklinde de anlaşılmaktadır³⁹.

Örneğin, “*innellâhe ye’muru bi’l-adl*”⁴⁰ ve “*lâ ta’tedû*”⁴¹âyetleri, bu âyetlerden hareketle elde edilmiş olan birincisi “adl, vâcibtir”, ikincisi “zulüm, haramdır” kâziyelerini tasdik etmektedir. Bu âyetler adaletli olmanın bir zorunluluk; zulüm yapmanın ise yasak olduğunu belirtmektedir. Bir kez de geriye doğru akıl yürütüldüğünde, söz konusu âyetlerin, bu kuralları ispat eden birer delil/kaynak oldukları görülmektedir. İşte bu yönüyle âyetler,

tedir. Kitap, sünnet ve icmâdan dayanak olan delilini bilmeden bir müçtehidin görüşünü alıp benimsemektir. Taklid eden hukukçu (mukallid), hükmü çıkararak müçtehide güvenmekte ve ona uymaktadır. Ancak sonraki hukukçu öncekinin görüşünü benimserken, aynı zamanda görüşünü aldığı müçtehidin delillerine de bakarsa, buna *ittiba*’ denir (Paçacı, *Taklid*, s. 630). Ayrıca bkz. Demir, *Tarih*, s. 72.

³⁴ Buradaki *nazar, matlub-ı haberî* gibi terimler mantık ve cedel ilimlerinin de terimleridir (Mehmed Seyyid Efendi, s. 68, 310).

³⁵ Hacı Reşid Paşa, C. I, s. 30; Atar, s. 23; Bilmen, C. I, s. 10; Yavuz, *Delil*, s. 136. Ulaşılan sonuç, kesin veya zannî olabilir. Mütakellimin ekolünden olan usûlcülere göre bir araç, kesin bilgiye ulaştırıyorsa *delil*, zannî bilgiye ulaştırıyorsa *emâre* denir (Bardakoğlu, *İstishab*, s. 139). Kelâmcılara göre deliller ulaştırdıkları sonucun değerine göre kat’î ve zannî olmak üzere ikiye ayrılmaktadır (Paçacı, *Delil*, s. 118). Âyetin delil olduğuna ilişkin bkz. Üçok-Mumcu-Bozkurt, s. 63.

³⁶ Şer’ kökünden türemiş olan, “şâri” “yaratıcı olan Allah”tır. Ancak şeriatın sahibi olan Hz. Peygamber de bu kapsamda düşünülmelidir (Mehmed Seyyid Efendi, s. 89; Bilmen, C. I, s. 6, 9). Şâfilere göre şer’ dinin kendisidir. Gerçek anlamda şâri’ Allah, mecâzî şâri’ ise Hz. Peygamber’dir (Keskin, s. 35). Ayrıca bkz. Üçok-Mumcu-Bozkurt, s. 59.

³⁷ Mantıkta tasdik, “olumlu” anlamına gelmektedir. Delilin sözlük anlamı, “yol gösteren, kılavuz, iz, işaret ve rehber”dir (Paçacı, *Delil*, s. 118).

³⁸ Ebû İshak eş-Şîrâzî, I, 161’den aktaran Bardakoğlu, *Delil*, s. 139.

³⁹ Bardakoğlu, *İstishab*, s. 139; Kaşıkçı, s. 32.

⁴⁰ *Kur’an*, Nahl: 90. Âyetin anlamı, “muhakkak ki Allah adaletli olmayı, emreder” şeklindedir. Benzer anlamda olmak üzere bkz. *Kur’an*, Nisâ: 58.

⁴¹ *Kur’an*, Maide: 87. Âyetin anlamı “... haddi aşmayın, aşırı gitmeyin...” şeklindedir. Benzer anlamlı başka âyetler de vardır.

birer delil-i şer'iyeye, yani hukukî dayanaktır⁴². Hakkında hüküm bulunmayan meselelere hüküm aranırken, kıyasın öncülleri olarak âyetlerdeki bu genel hükümler kullanılmaktadır⁴³.

b. Delil Türleri

Genel olarak deliller, farklı bilim alanlarında farklı kısımlara ayrılmaktadır. Ancak çalışmamız bakımından üzerinde durulması gereken ayrıma göre delil, İslâm hukukunun kaynakları bağlamında ele alınmıştır⁴⁴. Deliller hakkında Hz. Peygamber'den aktarılan *Muaz Hadisi* önemlidir. Söz konusu hadisin doğruluk değerini sorgulayan görüşlere rağmen⁴⁵ doktrinde aslı kaynaklar ve içtihadın yerini tâyin bakımından dayanak noktası olarak genel kabul görmektedir. Konu ile ilgili hemen hemen tüm kaynaklarda bu hadise atıf yapılmaktadır⁴⁶. Zaten hukuktaki gelişme süreci de hadisi doğrular nitelikte olmuştur.

Bu anlamda deliller tafsilî (cüz'î) ve icmâlî olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Fıkıhın tanımında geçen *tafsilî delil*, özel bir mesele ile ilgili belirli bir şer'î hüküm bildiren delildir. Miras payını bildiren âyetler ile ortak ve komşunun şuf'â hakkını belirleyen hadis buna örnek gösterilebilir⁴⁷. İcmâlî deliller ise, şer'î hükümlerin genel kaynakları olan Kur'an, Sünnet, İcmâ ve Kıyas'tır⁴⁸.

Doktrinde deliller konusunda yapılan "aklî delil-naklî delil" ayrımının yanı sıra⁴⁹, mürekkep delil ve müfret delil olmak üzere yapılan ayırım da önemlidir. Mantıktaki kıyas, mürekkep delildir. Büyük ve küçük önermelerden çıkan sonucu ifade etmektedir. Müfret delil ise, iki öncülde oluşmamaktadır. Sadece bu delilin durumu ve özellikleri değerlendirildiği zaman, ulaşılmak istenen başka bir sonuca kendiliğinden varılmaktadır. Örneğin,

⁴² "Allah, emânetleri ehline vermenizi emrediyor" âyetinin, vâcip kılıcı nitelikte bir delil olduğu açıktır. İbadete ilişkin örnekler için bkz. Atar, s. 23.

⁴³ Örneğin, emanet akdine konu olan eşyanın sahiplerine geri verilmesinin gerekip gerekmediği araştırıldığında, cevap olarak "Emanetleri sahiplerine iade ediniz" âyetine ulaşılmaktadır (Bilmen, C. I, s. 10).

⁴⁴ Bu delillere başvuru sırası, *Muaz bin Cebel* adlı sahâbi tarafından Kitap, Sünnet ve içtihat şeklinde belirtilmiş, Hz. Peygamber tarafından onay görmüştür (Tirmîzî, *Ahkâm 3*, Ebû Dâvud, *Akdiye* 11; Hamidullah, s. 23, 37; Şener, s. 127; Apaydın, *İctihad*, s. 434; Kaşıkçı, s. 32; Demir, *Tarih*, s. 51).

⁴⁵ Sözü geçen hadisteki sıralamada neden "icmâ" bulunmadığını sorgulayarak hadisin doğruluğundan şüphe eden görüş için bkz. Jokisch, s. 526. Ancak icmâ Hz. Peygamber'den sonraki dönemlerde oluşan bir delil olup kaynaklarda genellikle Kur'an ve Sünnet dışındaki yolların *icthâh* etkinliği kapsamında değerlendirildiği görülmektedir. Orada kullanılan içtihat sadece kıyas değildir. Hz. Peygamber'in hadisinde vurgu yapılan durum, "Kur'an ve Sünnet'e ilk başta itibar edilmesi gereği"dir. Hanefî doktrininde delil sıralaması zaman içinde, mezhep kuran hukukçular tarafından oluşturulmuştur. Yazarın bu noktada hadisi eleştirmesi içtihadı geniş anlamda kullanmamasından kaynaklanmaktadır (Hamidullah, s. 41).

⁴⁶ Örneğin, bkz. Gür, s. 113.

⁴⁷ *Kur'an*, Nisâ: 11-12; *Buhârî*, "Şuf'â", 1; Şevkânî, V, 372-378'den aktaran Bardakoğlu, *Delil*, s. 139.

⁴⁸ *Kur'an*, Nisâ: 11-12; *Buhârî*, *Şuf'â*: 1. Diğer hüküm âyetleri için bkz. *Mehmed Vehbi*, *Ahkâm-ı Kur'âniye*, İstanbul 1971.

⁴⁹ Kaşıkçı, s. 32.

“şu kâinat, onu yaratan Allah’ın varlığına delildir” çıkarımında kâinat bir delil olarak belirtilmiştir. Fıkıhın tanımındaki edille, müfret delillerdir. Hattâ buradaki *kıyas* dahi başlı başına müfret olup, mantıktaki gibi iki öncülden oluşmamakta ise de, istenilen konuya ilişkin hüküm çıkarmak için bir istinbat yapılırken, büyük önerme (kübrâ), küçük önerme (suğrâ) ve sonuç (netice) yolu izlenmektedir. Fakat buradaki büyük önerme Kur’an, Sünnet veya icmâda yer alan emir kipindeki vâciplik hükmü olmaktadır⁵⁰.

Fıkıhtaki deliller sübut ve delâlet yönünden başka bir ayrıma daha tâbi tutulmuştur. Bu ayrıma göre Kur’an-ı Kerim, Hz. Peygamber’den günümüze kadar aynen intikal ettirildiğinde şüphe bulunmayan, tüm âyetleri sabit oluşu (sübut) bakımından kesin (kat’î) bir delildir. Kur’an-ı Kerim’deki ne anlama geldiği (delâleti) açık olan âyetlerle, mütevâtir veya meşhur hadisler ve icma delilleri kesinlik ifade ederler. Hadislerin mütevâtir ve meşhur olanları (bir görüşe göre) sabit olmaları bakımından kesinlik taşımaktadır. Naklî delillerin bazılarının sabitliği ve delâleti kesindir. Bazılarının sabitliği kesin olmakla birlikte, delâleti için aynı şey söylenememektedir (zannî). Bazılarının ise sabitliği kesin olmamakla birlikte (zannî), delâleti kesindir. Diğer bazılarının ise, her iki özelliği de kesinlik taşımaz (zannî). Ama zannî de olsa delil özelliği vardır⁵¹.

Fıkıhın tanımındaki *edille* sözcüğü, “edille-i tafsilîyesinden istinbat edileceği..” şeklinde kullanılmaktadır. Bu ifadedeki “*tafsilî deliller*” teriminden, kendisinden çıkarım yapılacak olan belirli ve somut deliller anlaşılmaktadır. Şer’î hükümlerin her biri kendisine özgü belirli ve somut bir delilden istinbat edilmiştir⁵².

c. İstinbat

İstinbat, kuyu kazarak su çıkarmak, çalışıp düşünerek bir sonuca varmak, gizli veya örtülü bir şeyi meydana çıkarmak anlamlarına gelen bir sözcüktür. Hukuktaki anlamı nasslardan/ana kaynaklardan hukukî hüküm çıkarmaktır. Hukukta deliller nasslar ve nass olmayanlar şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Nasslar Kur’an âyetleri ve hadisler olup hukukta yapılan ve yapılacak olan tüm istinbat etkinliklerinin kural olarak Kur’an ve Sünnet’e dayanması gerekmektedir⁵³.

Kur’an’ın Nîsâ Sûresi’nin 83’üncü âyetinde istinbat kelimesi, kapalı ve üzerinde düşünölmeye ihtiyaç gösteren bir haber üzerinde düşünmek sûretiyle o ifadeden asıl kastedilen anlama ulaşma etkinliği anlamında kullanılmıştır. Bu etkinliğin hukuk usûlünde kendine özgü yöntemleri vardır. Bu yöntemlerin bazıları nassların lafızlarını anlamak ve anlamlandırmak maksatlı olabildiği gibi, bazıları ise, nass olmayan delillerden hüküm

⁵⁰ Mehmed Seyyid Efendi, s. 68.

⁵¹ Paçacı, *Delil*, s. 118.

⁵² Akitlerin yerine getirilmesinin gerekliliği Mâide Sûresi’nin 1’inci âyetinde “*Ey insanlar! Aranızda cereyân eden akitlerin ahkâmını ifâ ve hukukunu edâ edin*” anlamında olmak üzere, açıkça belirtilmiştir (Vehbi, s. 370). Örneğin, namazın vâcipliği, ilgili âyetlerden (Bakara: 43, 83, 110; Nîsâ: 77, 103 vd) anlaşılmaktadır (Mehmed Seyyid Efendi, s. 69, n. 46). Ayrıca bkz. Gazzâlî, s. XII.

⁵³ Koca, *İstinbat*, C. 23, s. 368.

çıkarmaya yardımcı olmaları bakımından birinci gruptaki yöntemlerden ayrılmaktadır⁵⁴.

Yukarıdakilerden başka, hukukî hükme dayanak olmuş birçok âyet örnekleri bulunmaktadır⁵⁵. Bu bağlamda ölçü-tartı esasları, hukukî işlemlerde yazılı belge değişimi, şahitlik, yemin, kira, kefalet, kur'a, emanetler, rehin, ödünç (karz-ı hasen), karşılıksız vermeye ilişkin tek taraflı işlemler (tasadduk muameleleri), vakıflar, ariyet, suç ve cezalar, kısas, hakem yöntemi, nikâh, mehir, boşanma, yasak evlilik türleri ve iddet, sulh olma, yetimlerin hukukî durumu, ölüm olayı ve vasiyetler, sefihlik gibi kısıtlılık hâllerine ilişkin âyetler sayılabilir⁵⁶.

“Ayrıca yetimleri ergenlik çağına gelinceye kadar deneyin, eğer onların reşit olduklarını; mallarını yönetebilecek hâle geldiklerini görürseniz kendilerine mallarını teslim edin”⁵⁷ âyeti, yetimlerin âciz olmaları illetine bağlı olarak mallarının velileri tarafından idare edilmesi zorunluluğunu bildirmektedir. Ehliyetini kazanan yetimlerin malları kendilerine verilmeden önce, kendi kendilerini idareye uygun olup olmadıklarını tespit için denemeleri gereğinden bahsedilmektedir. Hukukçular bu âyetten, yetimlerin, aynı illetten dolayı, evlenmeleri sırasında da velisinin gözetiminde olması gerektiği şeklinde bir hüküm çıkarmışlardır⁵⁸.

Kur'an'dan çıkarılan genel ilkeler; adalet, işlerinde danışarak karar verme (istişare), suç ve cezada oranlılık, af, başkasının malına zarar vermeme, birbirinin malını haksız şekilde yememe, hukuka-ahlâka-âdâba aykırı iş ve işlemlerin yasaklanması, suç ve cezada kişisellik, ahde vefâ, eşyada serbestliğin (ibâhe/mübahlık) asıl olması, insanları zararlı şeylerden korumanın gerekliliği gibi ilkelerdir⁵⁹.

3. İstidlâl

a. Tanımı

Genel anlamda istidlâl, hükümler arasında ilgi kurarak yeni bir hüküm elde etmek için yapılan zihnî bir etkinliktir. Zihin, bu sırada aklın ilkelerine uygun hareket eder⁶⁰ ve birtakım

⁵⁴ Paçacı, *İstinbat*, s. 337.

⁵⁵ Sünnet ve icmâdan da hüküm çıkarılmıştır. Örnekler için bkz. Hanbelî, s. 49-50. Alış-verişe ilişkin *Kur'an*, Bakara: 275-276'nci âyetlerinin; toplumsal bir yardımlaşma olarak muhafaza edilmek istenen ödünç (karz-ı hasen) akdi ile nasıl ilişkilendirildiği için bkz. Vehbi, s. 373.

⁵⁶ Vehbi, s. 370 vd.

⁵⁷ *Kur'an*, Nîsâ: 6.

⁵⁸ Hanbelî, s. 48-49. Kur'an'daki hüküm çıkarmaya uygun âyet (ahkâm âyetleri) sayısı tartışmalıdır. Doktrinde bu konuya ilişkin 200-600 arasında sayı verenler olduğu gibi, Mâlikî hukukçu *İbnü'l-Ârâbî*, Ahkâmü'l-Kur'an adlı eserinde, üçte biri ibadetlere ilişkin olmak üzere, 840 adet âyet ve bunlardan çıkarılan hükümleri açıklamıştır (Ekinci, *İslâm Hukuku*, s. 72).

⁵⁹ Vehbi, s. 412 vd; Ekinci, *İslâm Hukuku*, s. 72

⁶⁰ Demir-Deryal, s. 311. Aklın ilkeleri; “özdeşlik”, “çelişmezlik”, “üçüncü şıkkın imkânsızlığı” ve “yeter sebep ilkesi” ile buna bağlı olarak “nedensellik” ve “gâiyet ilkeleri”dir (Öner, s. 14-15, n. 4). Bilimsel bilgiyi gündelik (âmîyâne) bilgiden ayıran da budur (Ağaoğlu, s. 8). Ayniyet ilkesine göre, bir şey ne ise odur; her şey kendisinin aynısıdır. Çelişmezlik ilkesi aslında özdeşlik ilkesinin bir onaması niteliğindedir. Buna göre, bir şeyin kendisinden başka bir şeyle özdeş olduğunu düşünmek bir çelişkidir. Bir şey aynı zaman ve şartlar altında hem kendisi hem de başka bir şey

sonuçlara varır. Ancak bunu yaparken naklî delilleri değerlendirmeye tâbî tutmaktadır. Bir başka deyişle, bunları hareket noktası kabul etmekte; naklî delillerden yola çıkmaktadır. Akıl sahibi olan insan akıl yürütür, delillendirir (istidlâl) ve hüküm çıkarır (istihraç)⁶¹.

Fıkıhta istidlâl, ana kaynaklardan delil getirmek; bir delile dayanarak sonuç çıkarmak; delile nazar etmek; muhâkeme, mülâhaza ve anlama kudreti; delil ile anlamak; zihnin, sonuçtan (eser) sonucu meydana çıkaran etkin unsura (müessir) veya etkin unsurdan sonuca doğru gitmesi gibi anlamları da içermektedir⁶².

Kur'an'da yer alan kıssalar ve insanların bunlardan örnek/ibret alarak hayatlarını düzenlemelerinin istenmesi bir aklî etkinliktir. Geçmiş insanların hikâyeleri boşuna anlatılmamıştır. İnsanın doğası değişmediği için günümüzde dahi bunlar değerlendirilerek dersler çıkarılabilir. Bunlar akıl sahipleri için önemli kaynaklardır⁶³.

Fıkıh usûlünde istidlâl, hem aklın ilkelerine hem de fıkıh usûlünün kaynaklarına uyularak yapılan akıl yürütmedir. Deliller ortaya konulduğunda meydana çıkan sonucu aklın kabul etmemesi mümkün değildir.

Delil, içtihat, kıyas, re'y, istinbat ve istidlâl sözcükleri arasında anlam bakımından bütünlük olduğu için zaman zaman birbiri yerine kullanıldıkları da olmaktadır⁶⁴.

b. İlkeleri

Farklı bilim dallarının kendine özgü akıl yürütme ve sonuca varma yöntemleri olduğu gibi, fıkıh usûlünde de vardır. Trafikte yol alan bir aracın belli kurallara uyarak seyretmesi gibi fıkıh usûlünde akıl yürütme de belli kurallara bağlanmıştır. Gelişigüzel akıl yürütmelerle doğru sonuca varılamaz. Her ilim dalının olduğu gibi, fıkıhın da kendine özgü yöntem ve ilkeleri vardır. Aklın bu ilke ve esaslar doğrultusunda kullanılması gerekmektedir.

Usûlde Kur'an birinci ana kaynak ve Sünnet ikinci ana kaynak sayılmaktadır. Bu iki kaynağın kıyamete kadar insanlığa yeterli olacağı kabul edilmektedir (nassın potansiyel yeterliliği ilkesi). İnsana bunları anlama ve hüküm çıkarmada önemli görevler düşmektedir (nassları anlama ve üzerinde akıl yürütmenin zorunluluğu ilkesi)⁶⁵.

olamaz. Üçüncü şıkkın imkânsızlığı ilkesine göre, bir şey ya vardır, ya yoktur, bunun ortası olamaz. Bu üç ana ilkeye sonradan, *Leibniz* tarafından bir de, "yeter sebep ilkesi" eklenmiştir. Buna göre, her şeyin bir var olma sebebi ve başlangıç noktası vardır. Yoktan bir şey var olamayacağından, bu ilke bir açıdan da "varlık ilkesi"dir (Emiroğlu, s. 15-20). Hukukta hüküm çıkarır veya karar verirken aklın ilkelerinin hepsi kullanılmaktadır.

⁶¹ Hamidullah, s. 36.

⁶² Terimler konusunda doktrinde çok farklı kullanımlar olduğu tespit edilmiştir. Örneğin, istidlalin, tümdengelim demek olduğu için bkz. Ekinci, *İslâm Hukuku*, s. 65. Ayrıca bkz. Bilmen, C. I, s. 10; Atar, s. 237.

⁶³ Emiroğlu, s. 49. Âyet ve hadislerde bireysel hüküm çıkarma (istinbat) örneklerine rastlanmaktadır (Hamidullah, s. 37).

⁶⁴ Koca, *İstidlal*, C. 23, s. 323-324. Ayrıca bkz. Sava Paşa, C. I, s. 49; Apaydın, *Re'y*, s. 38.

⁶⁵ Koca, *İstidlal*, C. 23, s. 323-324.

Ana kaynaklara bağlı olarak serbest ve kişisel akıl yürütme (re'y) etkinlikleri Hz. Peygamber'den sonraki ilk üç nesilde yaygınlaşmıştır. İstihsan ve istislâh gibi ikincil deliller keşfedilerek hukuk usûlü zenginleştirilmiştir⁶⁶. Kimi hukukçular “her problemin çözümünün orada (Kur'an) olduğunu” düşünmüşlerdir. Bu hükümlere ancak nass ve istidlâl (kıyas) ile ulaşılabilir. Söz konusu bu görüş taraftarları akıl yürütme etkinliğini sıkı şekilde sınırlama eğiliminde olmuşlar; kimi hukukçular ve ekoller ise, istihsan yöntemini kullanarak bu sürece, nassların izin verdiği ölçüde biraz daha esneklik kazandırmışlardır. İstidlâlin ne olduğu ve kapsamı da doktrinde tartışmalı bir konudur. Dar anlamda istidlâl, kıyas dışındaki akıl yürütmeler için kullanılmakta; geniş anlamda ise, kıyası da kapsamaktadır⁶⁷.

Kelâmda istidlâl, bir hüküm veya kavramın doğruluk ya da yanlışlığını kanıtlamak için yapılan zihinsel bir iş; akıl yürütmedir. İslâmın getirdiği tüm mesajların düşünülerek sonuçlar çıkarılırken mutlaka delile⁶⁸ dayandırılması, doğruya ulaşmanın vazgeçilmez şartıdır. Kur'an'daki istidlâl yöntemleri, bir düşüncenin kanıtlanması ya da yanlışlığının ortaya konulması için deney-gözlem-kıyas; iddiaya karşı delil getirme/isteme; çelişkinin isbatı; ihtimallerin tartışılması gibi usûllerdir. Hz. Peygamber de bu yöntemleri zaman zaman kullanmıştır⁶⁹.

c. Türleri

İnsan akılı gerçeğe ulaşmada üç türlü hareket edebilmektedir. Bunlar ta'lil (tümdengelime), istikrâ (tümevarım) ve temsildir (kıyas, analogi). Ancak duruma ve hangi bilim alanında kullanıldığına bağlı olarak bunlardan birine ağırlık verilebilmektedir. Sonuçta *akıl işleyiş biçimi* anlamında mantık, tüm bilimlerde kullanılan bir araçtır⁷⁰.

Akıl, gerçeği bulup çıkarma işlemi sırasında delillerden yararlandığına göre, delillerin doğruluk ve kesinlik değerleri önemlidir. Doğruluğunda şüphe bulunmayan ve tüm şüpheleri silerek, itiraza yol açmayacak kadar zarûrî bilgi getiren kesin kaynağa/delile, *bürhan* denmektedir. İddiaların tümü bu yolla kesin sonuca bağlanabilir. Çünkü bürhanın içerdiği bilgiler doğrudur. Bürhan, İslâm'ın ilk devirlerinde fikhî kıyasın bizzat kendisi gibi algılanmış ve kısaca, *öncülleri yakîniyattan⁷¹ olan kıyas* biçiminde tanımlanmıştır. Öncüller bu kadar kesinlik taşıdığı için bunlarla yapılan kıyastan elde edilen sonuç da şüphesiz; hakkı batıldan, doğruyu yanlıştan ayırt edecek kesinlikte bir delil (âdil kanıt/beyyine-i âdile) olmaktadır⁷².

Mecelle'nin 75'inci maddesinde “*Bürhan ile sabit olan şey, âyanen (îyanen) sabit*

⁶⁶ Ancak re'y, kesin bilgi değil baskın zan (gâlip zan) değeri taşımaktadır (Apaydın, *Re'y*, s. 39).

⁶⁷ Yavuz, *İstidlâl*, s. 325.

⁶⁸ Kesin bilgi (ilim), âyet, beyyine, bürhan, hüccetler delildir (Yavuz, *İstidlâl*, s. 325).

⁶⁹ Yavuz, *İstidlâl*, s. 325.

⁷⁰ Demir-Deryal, s. 311; Filizok, s. 17 vd.

⁷¹ *İbni Sînâ*'ya göre yakîniyyat (kesin bilgi), evveliyat (aksiyom); deney-gözlem (tecrübiyat); ve duyular (mahsûsat) yoluyla elde edilen bilgilerdir (Yavuz, *Bürhan*, s. 430).

⁷² Hacı Reşid Paşa, C. I, s. 161. Bürhan aynı zamanda mantıktaki, ispatı sağlayan beş sanattan biridir. *Fârâbî*, *Aristo*'nun mantığının bu kısmını mantığın en önemli konusu saymıştır (Yavuz, *Bürhan*, s. 429-430).

gibidir” hükmü yer almaktadır. Bürhanın burada kullanılan şekli, hâkimin önüne gelen uyuşmazlıkta karar verirken kullandığı delilleri değerlendirme aşamasıdır. Hâkimin karar verirken kesin delile dayanmayan soyut ihtimale itibar etmeyeceğini belirtmektedir⁷³. Çalışmanın başında belirtilen kanun/kural yapma ve yargılama olmak üzere her iki aşamada da bürhanın önemi vardır. Mecelle’nin yukarıda geçen bu hükmü, genel ilkelerden olduğundan her iki alanı da kapsayabileceği düşünülmektedir.

Ateşin dumana delil oluşturması (delâlet) örneğindeki gibi, etkin unsur olan ateşten çıkan bir sonuç olan dumana yapılan bir delillendirme vardır. Buna kesin ispat anlamında; açık, kesin delil (bürhan-ı limmî/argument a priori) denir. Eğer dumandan ateşin varlığına hükmediliyorsa, bürhan-ı innîden (delâlet edici delil/argument a posteriori) söz edilmektedir⁷⁴.

ç. Fıkıh Usûlünde Tedvin Ekollerinde Akıl Yürütmedeki Tercihlerin Etkisi

Akıl yürütmedeki tercihe göre, fıkıh usûlünün tedvininde başlıca üç yol ve yöntem (meslek) ile bunlara bağlı ekoller ortaya çıkmıştır. Bunlar Hanefî (fukahâ), Şâfiî (mütakellimîn) ve memzûc ekollerdir⁷⁵. Hanefî yöntemini izleyen (meslek) hukukçular, usûl kurallarını fıkıhın uygulamasından çıkarmışlardır. Konuları açıklarken, tüm ihtimalleri değerlendirerek bol bol örnek vermişlerdir. Böylece benzer durumlarda kullanabilecekleri ortak, soyut ve genel nitelikli kurallar elde etmişlerdir. Bu genel kuralların bazıları -akitlerde olduğu gibi- aynı konudaki özel konuların dayandığı ortak nitelikli hükümler (dâbıt/zâbıt) şeklinde olabilirken diğer bazıları ise tüm hukuk dallarında geçerliliği olan geniş kapsamlı kâidelerdir (küllî kavâid). Usûlde benimsenen bu yöneme fukahâ metodu/mesleği denmektedir⁷⁶.

Hanefî yönteminin anlaşılması Şâfiî yöntemine göre daha zor, fakat İslâm hukukunun genel mantığına (içtihat sistemi) ve bununla birlikte anlaşılmasına daha uygundur. Hanefî usûlcüleri kural olarak mantıktaki tümevarım (istikrâ) yöntemini (cüzden külle) kullanmışlardır. Hanefî yönteminde olaylardan hareketle genel kâidelere varılmaktadır⁷⁷.

Şâfiî yönteminde ise, yasama usûlleri, aklî delillendirmeye eğilimli şekilde açıklanmıştır. Bu ekolü benimsemiş hukukçuların eserlerinde çok sayıda örnek verilmemektedir. Sözü geçen usûl, mantıktaki tümdengelim (ta’lil/dedüksiyon/ küllden cüz’e) yöntemine uygundur. Talep edilen olayların hükmü genel kâidelerden çıkarılmaktadır⁷⁸. *Molla Fenârî* ve *Molla Hüseyin* gibi

⁷³ Gür, s. 149-150; İlhan, s. 54.

⁷⁴ Kur’an’ın, Allah’ın büyüklüğünü, birliğini ve gücünü delillendirmek için (lizâtihi maksat), dünyadaki bazı fizik, kimya, biyoloji ve coğrafya gibi bilimsel verilerden söz etmesi (ligayrihi maksat) buna örnek gösterilebilir. Başka örnekler için bkz. Yavuz, *Burhan*, s. 430; Filizok, s. 3, 13.

⁷⁵ Dönmez, s. 24; Hamidullah, s. 74.

⁷⁶ Bu sırada benzer olaylar arasındaki farklılıklar (fürûk) da tesbit edilmiş; bunlardan ise, bağımsız hukuk kuralları doğmuştur (Kızılkaya, s. 96). Hukukçuların çalışma sistemleri ile ilgili somut örnek olarak, *Serahsî*’nin yöntemi için bkz. Hamidullah, s. 71; Bedir, s. 222. Köksal-Dönmez, s. 203.

⁷⁷ *Kerhî*, *Cessas ve Serahsî*, *Debbusî ve Pezdevî*, *Neseftî*, *Bâbertî*, *İbni Melek*, *Avnî*, *İbni Nüceym*’in eser ve şerhleri bu yöntemle yazılmış eserlere örnek verilebilir (Ekinci, *İslâm Hukuku*, s. 65).

⁷⁸ Dönmez, s. 28; Hamidullah, s. 59.

sonra gelen hukukçular, her iki yöntemi birleştirerek karma bir yol (memzûc) izlemişlerdir⁷⁹.

4. Fıkıh Usûlü ve Mantıkta Ortak Konular

Fıkıh usûlünün konusu, mantık biliminin⁸⁰ konusu ile tam olarak örtüşmese de, başta kıyas olmak üzere mantıktaki akıl yürütme yöntemleri fıkıhta da kullanılmaktadır⁸¹. O nedenle çalışmamızda genel olarak mantık ve akıl yürütmenin kuralları konusunu açıklamak gereği duyulmuştur. Hukukta mantık, özellikle kıyas ve akıl yürütme yolları, hüküm çıkarma, kanun yapma ve uygulamada çok önemli birer araç işlevi görmektedir.

İstidlâl, kıyas ve yorum kuralları, her iki bilim dalının ortak konuları arasındadır. Klâsik mantığın amacı, “ispat”ı (bürhan) meydana getirmektir. Bunun için önce tasavvurlar, kavramlar, tanımlar, terimler, önermeler (kâziye) ve bunlar arasındaki ilişkilerin incelenmesi ile işe başlanmaktadır. Tasavvur, mantığın temel taşı, düşüncenin temel maddesi, bir binanın tuğlaları gibidir. Bir hükmün tek bir terime indirgenmesi veya bir objenin zihindeki canlandırılmasıdır. Fikirler dille ifade edildiği zaman terim hâline gelmektedir. Terimler önermeleri, önermeler kıyasları meydana getirmektedir⁸².

Nitekim kavramlar hukukta da çok önemlidir. Bir şeyin kavramı onun bilgisidir. Her konuya başlarken o konu ile ilgili kavramların tanımlanması gerekmektedir. Kavram bir fikri, düşünce veya sistemi anlatmak için kullanılan sözcüklerdir. Kavram, kullanıldığında karşı taraftakinin zihninde canlanan unsurlardan oluşan tasavvurun adıdır. Kavramların, “seçiklik” ve “açıklık” olmak üzere iki önemli özelliği bulunmaktadır. Bir kavram, tanımlandığı anda, seçilmiş ve diğer kavramlardan ayrılmış olmaktadır (kavramların seçikliği). Ayrıca içeriğinin de belirli olması (açıklığı) gerekmektedir. Bir kavramın diğerlerinden ayrılarak tanımlanması değişmemekle birlikte (esas mânâ), içeriği, toplumdan topluma veya sistemden sisteme göre değişebilir (izâfi mânâ). O nedenle kavramlar içinde tanımlandıkları sisteme göre değerlendirilmelidir⁸³.

Terimler, sağlam ve doğru bir önerme (kaziye/hüküm) ortaya konmasının temel şartıdır. Bir kıyas ve doğru bir ispat ancak buna bağlıdır. Bu yüzden de mantığa önce dil ile düşünce ve fikirler arasındaki bağlantıdan başlanmakta; dilin düşünce karşısında daima dar ve güçsüz kaldığı vurgulanmaktadır⁸⁴.

⁷⁹ Ekinci, İslâm Hukuku, s. 65; Atar, s. 13-14. Müteahhirîn Dönemi için bkz. Dönmez, s. 31.

⁸⁰ Mantık, Yunanca *logike* sözcüğünün Arapçadaki karşılığıdır. Kelime anlamı ile hem söz, hem de akıl ve akıl yürütme ile ilgili bir süreçtir. Mantık kelimesi, *nutk*'u hem dış söz, hem de iç söz (düşünme) olarak kapsamına almaktadır (*Ali Sedad*, *Mizanü'l-Ukul fi'l-Mantık ve'l-Usûl*, s. 14'ten aktaran, Öner, s. 13-14).

⁸¹ Fıkıh usûlü kuralları, Kur'an ve Sünnet'in yanı sıra dil, mantık ve kelâm bilimlerinden elde edilerek, hukukun kendi özgün doğasına uyumlaştırılmıştır. Bu nedenle fıkıh usûlünün, çeşitli bilimlerin parçalarından meydana geldiği görüşü ileri sürülmüştür (Hanbelî, s. 40).

⁸² Filizok, s. 3.

⁸³ Örneğin Kur'an'da kullanılmış olan kavramlar, bu kitabın bütünlüğü içinde değerlendirilmelidir. Kavramın içeriğinin rastgele daraltılıp genişletilememesi gerekmektedir (Karagöz, *İcma*, s. 365).

⁸⁴ Mantık biliminin kurucusu sayılan *Aristo*'nun mantığa *Kategoriler* kitabı ile başlamasının nedeni de budur (Emiroğlu, s. 267).

Mantıklı düşünme, doğru veya tutarlı düşünme olup, “fikirlerden yapılan hükümlerden çıkarılan sonuçların tutarlı olması gerekmektedir”. Bunun için zihnin kendi kendisiyle uyumluluğu aranmaktadır. Doğru düşünmede önemli olan, varılan hükümlerde bir çelişki olup olmadığıdır. Mantık başlı başına bir amaç değil, her bilim dalında kullanılabilen bir araçtır⁸⁵.

Kur’an âyetlerinin, öğüt alanlar, anlayanlar, bilenler, düşünenler ve aklını kullananlar için çok önemli birer kaynak olduğu bizzat âyetlerde belirtilmiştir⁸⁶. Bu nedenle aklın nasıl çalıştığını, bir araç olarak ne şekilde işlediğini –doğru sonuç çıkarmak ve karar vermenin mekanizmasını anlamak bakımından– bilmek gerekmektedir. Ardından da fıkıh usûlü açısından, naslarla birlikte aklın nasıl işlediği değerlendirilmelidir.

Fıkıh usûlünde doğru ve sağlam bilgi sahibi olmak çok önemlidir. Hakkında hüküm bulunmayan meselelerde hukukçunun sağlam bir dayanak noktasından başlayarak hüküm çıkarması gerekmektedir. Bunu, kayalık bir yerde sağlam çıkıntı arayıp ipi ona bağlamak ve sonra da ipin izin verdiği ölçüde ve serbestlikte salınmaya benzetmek mümkündür. Bu örnekte sağlam tutunma noktası kesin bilgiler olmaktadır.

Duyu organlarının his ve gözlemlerine dayanarak elde edilen bilgiler aynelyakîn bilgilerdir. Başka kaynaklardan okuyarak veya görenlerden dinleyerek ilmelyakîn bilgi elde edilir. Görmek, insana anlatılana nazaran daha güçlü bir bilgi sağlamaktadır⁸⁷. Kişinin bir konu hakkında bizzat yaşayarak bilgi edinmesine hakka’l-yakîn denmektedir⁸⁸.

Yakîn sözcüğü, ilim sözcüğü ile birlikte tamlama oluşturduğunda kesin; kendisinde hiç şüphe bulunmayan; vâkıya uygun bilgiyi ifade etmektedir (ilme’l-yakîn/ikân/istikân). Bu tür bir bilgi, akıl tarafından anlaşılıp kabul edilen ve nakil tarafından iletilen; nazar ve haberin ifade ettiği; gerçeği yansıtan; içinde yalan bulunmayan, kesin olan bilgidir. Örneğin, ölüm olayı ve ölümden sonrası ile ilgili âyet ve hadislerde aktarılan bazı hususları insan bilir, şüphesiz inanır, fakat henüz görmemiş ve yaşamamıştır (ilme’l-yakîn). Ancak kıyamet koptuktan sonra bizzat yaşayarak bilecektir (ayne’l-yakîn). Tekâsür Sûresi’nin 5, 6 ve 7’nci âyetlerinde bu bilmeler arasındaki fark “*hayır, ilme’l-yakîn bilseydiniz elbette cehennemi görürdünüz (gözünüzle görmüş gibi kabul ederdiniz). Sonra, onu elbette ayne’l-yakîn göreceksiniz*”⁸⁹ şeklinde belirtilmiştir.

Ayrıca Beyyine Sûresi de akıl ve delillerin değerlendirilmesiyle doğrudan ilgilidir. İkinci âyette apaçık delil olarak “Allah’tan gelen bir Peygamber’in insanlara tertemiz sahifeler okuması” hususu vurgulanmıştır. Kur’an’a göre “o sayfalarda dosdoğru hükümler vardır. Kitap ehli ancak kendilerine apaçık deliller geldikten sonra ayrılığa düştüler. Birinci âyetteki “kitap ehlinden ve müşriklerden kâfir olanlar kendilerine apaçık deliller

⁸⁵ Sûrî ve tatbikî mantık tanımları için bkz. Ağaoğlu, s. 11, 17, 39. Güriz, s. 99.

⁸⁶ Kur’an, En’am: 98, 126, 55; Kur’an, Âraf: 32; Kur’an, Yûnus: 24; Kur’an, Rûm: 28.

⁸⁷ Tekâsür Sûresi’nin 5’inci âyetinde bu husus belirtilmektedir. Bu âyetin tercümesi “Sonra andolsun onu ayne’l-yakîn göreceksiniz” (bileceksiniz) şeklindedir (F. Karaman, *Aynelyakîn*, s. 45). *Ayn* sözcüğü, göz, çeşme, kaynak, bir şeyin aslı, kendisi, zâtı” anlamındadır (Canbulat, s. 45).

⁸⁸ F. Karaman, *Hakkalyakîn*, s. 220. Kur’an, Vâkıa: 95; Kur’an, Hâkka: 51.

⁸⁹ Karagöz, *İlmelyakîn*, s. 311. Ayrıca bkz. Kur’an, Hicr: 99.

gelinceye kadar inkârlarından ayrılacak değillerdi” ifadesinden kitabın âyetlerinin delil değerinin sağlamlığı belirtilmektedir.

Ç. Hanefî Mezhebinin Delilleri ve Sıralaması

1. Genel Olarak

Hukukta kaynaklardan hüküm çıkarmada kullanılan deliller, akla ve nakle dayalı olmak üzere iki kısma ayrılmaktadır. Bir kişinin delil niteliği taşıyan sözünü nakletmeye dayanan delillere naklî; bunun dışındaki delillere ise, akıl deliller denmektedir. Naklî deliller (edille-i nakliyye), mütevâtir veya haber-i vahid şeklinde olabildiği gibi, doktrin anlamında, bir kişinin sözüne de dayanabilir. Bu anlamda naklî delil kavramı, şer’î delilden daha geniş ve kapsayıcıdır⁹⁰.

Şer’î deliller, aslî ve tâlî olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Aslî kaynaklar Kitap, Sünnet, İcmâ ve Kıyastır. İkincil deliller ise, istihsan⁹¹, istislâh (maslahat-ı mürsele)⁹², istishab, berâet-i asliye, örf-teâmül, sahabe sözü ve şerâi-i sâlifedir. İkincil delillerin her biri aslî delillerden bir veya ikisine dönmektedir⁹³. Söz konusu kaynaklar arasında bir hiyerarşi bulunmaktadır. Altan üste doğru her biri bir üst kaynağa ve hepsi Kur’an’a uygun ve/veya uyumlu olmak durumundadır.

Tüm fıkıh bilginlerinin paylaştığı kanaate göre, *akıl* da İslâm hukukunda bir şer’î delil türüdür. Bazı dinler bundan kaçınmasına rağmen İslâm’da akıl, Allah tarafından insana sunulmuş en önemli bürhan (hüccet) kabul edilmiştir. Bir başka ifade ile akla, ispatlanmış kesin deliller arasında yer verilmiştir. Hüccetler arasında tezat (teâruz) olamayacağından dolayı, şer’î hukukun izin verdiğini aklın yasaklaması söz konusu değildir. Fıkıhta, bu konu ile ilgili, *istiâre* adı altında ayrı ve özel bir çalışma alanı meydana getirilmiştir. Hz. Peygamber’in “*Hak nerede ise ondan ayrılma. Onun bulunduğu yerde sen de beraber ol.*

⁹⁰ Mehmed Seyyid Efendi, s. 324.

⁹¹ *Hacı Reşid Paşa*, istihsanı, aslî kaynakların bir alt başlığı olacak şekilde incelemiştir (Hacı Reşid Paşa, C. I, s. 42-43).

⁹² Sözlük anlamı yarar, fayda, bir şeyin doğru, düzgün ve uygunluğu olan maslahatın çoğulu “mesâlih”tir. Fıkıh usûlünde, âyet ve hadisler yorumlanırken veya hakkında nass bulunmayan durumlarda içtihat yapılırken göz önünde tutulan; dinî açıdan geçerli olan yararlardır. Hukuk koyucunun getirmiş olduğu kuralların anlaşılmasında bu yararların dengesinin iyi kurulması gerekmektedir (Paçacı, *Maslahat*, s. 411). Usûlcüler maslahatları üçe ayırmaktadır. Bunlardan biri mesâlih-i mürsele (maslahat-ı mürsele) olup, toplum hayatı içinde hukuk tarafından, ne değeri olduğu; ne de iptal edildiği bilinmeyen yararlardır. İnsanlara bir fayda sağlayan veya bir zararı kaldıran maslahat-ı mürsele’nin bir hükme esas yapıp yapılamayacağı hukukçular arasında tartışılmıştır. Çünkü hükmü nassla açıklanmayan kendisine kıyas edilecek bir hüküm bulunmayan durumlarda, ortaya konulması gereken bir hükme gerekçe olmaktadır (Bilmen, C. I, s. 203).

⁹³ Mehmed Seyyid Efendi, s. 324; Hacı Reşid Paşa, C. I, s. 30. Delillerin farklı ölçütlere göre ayrımları için bkz. Atar, s. 24. Doktrinde farklı ayrımlar vardır. İkincil delillerin en kapsamlı sayımı *Ekinci* tarafından yapılmıştır. Yukarıda geçenlere ek olarak zarûret, umumî belvâ, hukukî çareler (hile-i şer’iyye), sedd-i zerayi, Medine halkının örfü, tâbî kavli, istikrâ, karfne, şehâdet-i vicdan, taharrî, kurra, ilham, rüya ve söylenenin en azını almak gibi farklı deliller de belirtilmiştir (Ekinci, *İslâm Hukuku*, s. 105 vd).

Seni şüpheye düşüren şeyler hakkında kendi aklın ile ayırt etmeyi (temyiz) gerçek edin, şüpheyi yok et (def'i iştibah). Zira Allah'ın senin aleyhine olan ilâhî hücceti sende mevcuttur ki, o hüccet Allah'ın senin aleyhine kullanacağı bir hüccettir”⁹⁴.

2. Delil Sıralaması

Mecelle Hanefî mezhebini esas aldığı için, dayanaklarının tespitinde söz konusu ekolün nasıl bir yol ve yöntem izlediği; kullandığı kaynaklar ve sıralaması önemlidir. Mezhebin kurucusu *İmam-ı Âzam Ebû Hanife*'nin fıkhıta kullandığı deliller, Kitap, Sünnet, sahabe icmâi ve sahabe görüşü⁹⁵, fakihlerin icmâi, kıyas, istihsan ve örfdür. Büyük hukukçu Hz. Peygamber ve ashabından sahih olarak kendisine aktarılan hadisleri kullanmıştır. Kûfe ehlinin naklettiği hadisleri bilmektedir. Yaşadığı yerdeki insanların uygulamalarını da aksatmayacak şekilde hüküm vermeye gayret etmiştir. Nâsîh-mensuh⁹⁶ üzerinde özellikle durmuştur.

Hanefî doktrinde Kitap, sünnet ve icmâ, ahkâm ispatında bağımsız deliller olan edille-i müstakileyani “mutlak/bağımsız asıllar”dır (usûl-i mutlaka). Her ne kadar görünürde hükümün, sağlam bir delile (kitap/sünnet/icmâda bulunan bir hüküm) dayandırılması gerekli ise de, kıyas da ahkâm ispatında delil olduğu için, bunların tümüne birden “dört delil” (edille-i erbaa) denilmiştir.

Hanefiler yukarıda sözü geçen ilk kaynaklarda hüküm bulunmadığı takdirde, kıyası kullanmışlar, kıyas hakkaniyetin gerçekleşmesi bakımından iyi bir sonuç vermemişse, istihsana başvurmuşlardır. Eğer bu da hukukta aranan hakkaniyet, adalet ve nısfete uygun bir sonuç ortaya koyamamış ise, Müslümanların kendi aralarında kullandıkları işlemlere ve uygulamalara yani örf'e önem vermişlerdir⁹⁷.

Doktrinde *Ebû Hanife*'ye kıyası, sünnetin önüne geçirdiğine ilişkin eleştiriler yöneltilmiştir. Ancak bizzat kendisi, nass varken kıyasa ihtiyaç duyulmayacağını belirtmiştir. Kendisi her konuda insan aklını Allah'ın görevlendirmiş olduğu şekilde çalıştırmaya gayret göstermiştir. İnsan idrakini hiçbir zaman ilâhî emirlerin önüne geçirmemiş fakat bu akıl aracını, ilâhî emirleri açıklamak ve delillendirmek için yerli yerinde kullanmayı da bilmiştir⁹⁸. Bu konuda *Ebû*

⁹⁴ Mehmed Seyyid Efendi, s. 325. Bu ifadede akıl, delilleri birbirinden ayırt etmede şüpheyi gidermede kullanılacak bir araç şeklinde tanıtılmaktadır.

⁹⁵ Büyük hukukçu, sahabenin icmâi varsa bunu mutlaka kullanmıştır. Hükümünü aradığı konuyla ilgili farklı farklı sahabe görüşleri varsa, başka görüşlere yönelmemiş, fakat mevcut görüşlerden, Kitap, Sünnet ve kıyasa göre, uygun bulduğu birisini seçmiştir. Örneğin sahabe görüşlerinden birinin Kitap, Sünnet ve kıyasa uygunlukla seçilmesi akılla yapılan bir işlemdir. Tâbîlerin görüşleri arasından seçim yapmak yerine ise, kendi içtihat etmiştir (Sâğircî, s. 25, 29; Erdoğan, s. 47). “Kitap, Sünnet, ihtilafsız sahabe telakkisi, sahabe kavli, kıyas, istihsan, ve örf” şeklindeki sıralama için bkz. Yiğit, s. 109, 110.

⁹⁶ *Nesih*; şer'î hükümün, ondan sonra gelen şer'î bir delil ile ortadan kaldırılmasıdır. Sonradan gelen ve eskiyi kaldıran şer'î hükme *nâsîh*, kaldırılan hükme *mensuh* denir (Ansay, s. 16; Üçok-Mumcu-Bozkurt, s. 63; Ekinci, *İslâm Hukuku*, s. 37, 73; Atar, s. 260). Neshin meşrûluğuna, *Kur'an*, Bakara: 106 âyeti delildir. Ayrıca bkz. Hamidullah, s. 28, 52.

⁹⁷ *Mekkî*'nin Menâkıb adlı eserinden aktaran, Sâğircî, s. 29-30.

⁹⁸ Kızılkaya, s. 97-98. “İmam-ı Âzam'ı diğer müctehitlerden tefrik eden en büyük hassa, delil inti-

Yusuf un *Ebû Hanîfe*'den naklettiği bir olay örnek gösterilebilir. Bu olay sünnetin ne şekilde bir hukukî hükme dayanak oluşturduğunu açıkça göstermektedir.

Ebû Yusuf hocasına, bir alım-satım akdinde alıcı ile satıcının bir aylık bir muhayyerlik şartıyla işlem kurmalarının hükmünü sormuştur. Hocası cevabını bir hadise dayandırarak, alım satımda muhayyerlik süresinin en çok üç gün olacağını belirtmiştir. Bu durumda sorulan soruya konu olan işlem fâsittir⁹⁹.

Ebû Hanîfe sahabe'nin farklı görüşlere sahip olduğu durumda, "...iki konu hakkında illet vasıtasıyla bir hükmü diğerine kıyas ederiz. Böylece mânâ ortaya çıkar" demiştir¹⁰⁰. Kendisi kıyası matematiksel bir işlem gibi gördüğünden, kim tarafından yapılırsa yapılsın, aynı sonuca varılması gerektiğini belirtmiştir. Kıyas mantıkta bir akıl yürütme şekli olduğu için; aynı öncüllerden, farklı bir sonucun çıkması mümkün değildir¹⁰¹.

3. Aslî Deliller

a. Kur'an / Kitap

Kitap¹⁰², usûlüne göre Hz. Peygamber'e, Allah tarafından indirilip, O'ndan sağlam aktarımla (mütevâtiren) iletilen, kutsal kitapla bildirilen anlama delâlet eden (dâl olan) nazm-ı celfidir. Kur'an sûrelerden, sûreler âyetlerden oluşmaktadır. Âyet, bir kelime hattâ harften meydana gelebilir¹⁰³. Bu nedenle kitaba "vahy-i metlüv" de denmektedir. Kur'an'ın Furkan, Hakîm, Tenzil gibi başka adları da vardır¹⁰⁴. İslâm kanununun/hukukunun asıl kurucusu Allah'tır ve doğru bilgiler Kur'an yoluyla öğrenilip aktarılmaktadır. Bu kitap tamamen Allah sözüdür¹⁰⁵. İslâm'a göre, Kur'an'ın "mütevâtiren sabitliği ilkesi" kabul edilmiştir¹⁰⁶.

habındaki ciddiyetidir" (Mısır mollası Nuh Efendi'nin Mabsûtü'l-mesâil adlı eserinden aktaran, Sava Paşa, C. I, s. 85).

⁹⁹ Büyük hukukçunun cevabına dayanak gösterdiği hadisteki olayda Hz. Peygamber bir kişinin, memeleri yapay şekilde şişirilmiş bir koyun satın alırsa üç güne kadar iki seçenektan birini tercih etmesi gerektiğini belirtmiştir. [Dilerse onu olduğu gibi kabul eder,] dilerse bir sâ' hurma veya bir sâ' arpayla birlikte geri verir (Yiğit, s. 113).

¹⁰⁰ Sağirci, s. 31; Yiğit, s. 110, n. 3.

¹⁰¹ Nitekim *Fârâbî* de kıyasın madde ve sûreti ile kıyasın sûretinin, toplumdaki topluma değişmediğini; evrensel olduğunu belirtmiştir (Durusoy, s. 42).

¹⁰² "Kitap" sözcüğünün kelime anlamı "yazılı olan"dır. Diğer anlamları için bkz. Mehmed Seyyid Efendi, s. 325. *Kur'an* kelimesi "kıraat edilecek veya okunacak" anlamına gelmektedir (Ekinci, *İslâm Hukuku*, s. 67). Kur'an sûrelerinin 93'ü Mekke'de, 21'i Medine'de aralıklarla indirilen, 23 yılda tamamlanan ve 6660 (bu sayı hakkında -6616, 6211, 6666 gibi farklı rivâyetler vardır) âyetten oluşan bir bütündür. Âyet; *delil*, *işaret*, *Allah tarafından emir/vahiy* demektir (Ansay, s. 13). Ayrıca bkz. Aydın, Tarih, s. 32; Cin-Akyılmaz, s. 50; Avcı, s. 43; Demir, *Tarih*, s. 52; Sava Paşa, C. I, s. 35.

¹⁰³ Hacı Reşid Paşa, C. I, s. 31; Mehmed Seyyid Efendi, s. 68, 326; Sava Paşa, C. I, s. 34; Berki, *Mantık*, s. 14, n. 3; Karagöz, *Âyet*, s. 44; Karagöz, *Kur'an*, s. 386. Ayrıca bkz. Keskin, s. 63.

¹⁰⁴ Bilmen, C. I, s. 41; Ansay, s. 12; Avcı, s. 43; Karagöz, *Kur'an*, s. 386-387.

¹⁰⁵ Karagöz, *Kur'an*, s. 387.

¹⁰⁶ Hacı Reşid Paşa, C. I, s. 33; Mehmed Seyyid Efendi, s. 314-315; Ekinci, *İslâm Hukuku*, s. 69; Hanbelî, s. 51. Şaz rivâyetler için bkz. Hanbelî, s. 50.

Kitabın ilâhî unsurları, nazım ve anlamdır. Her ikisi de ilâhî vahye dayanmaktadır. O nedenle Kur'an'da kullanılan sözcüklerin yerine bir başka sözcük kullanılamaz. Kur'an bu yönüyle fıkıhın hükümlerinin en aslî, sağlam ve temel dayanağı/delilidir¹⁰⁷. Kur'an'ın düzenlemesini bizzat Hz. Peygamber kendisi yapmıştır¹⁰⁸.

Kitap konusu, fıkıh usûlünün en önemli kısmıdır. Çünkü kitap, esasların esasıdır(üss-ü'l esas). Kitaba ilişkin konulardan biri sarf-ı kitapla ilgilidir. Dilbilimsel bir anlamı olan "sarf", bir dili oluşturan kelimelerin değişip, dönüşmesi ve birbirinden çıkmasını (tasrif ve iştikâk) konu edinen bilim dalıdır. Sarfta, soyut kelimenin hâl değişim ve dönüşümleri (tebeddülât ve tegayyüurat) incelenmektedir. Bir kelimenin konuşma düzeninde (tertib-i kelâm) tuttuğu yerin incelendiği bilim alanı ise nahivdir¹⁰⁹.

Kitaba ilişkin bir diğer konu kitap ile sünnet arasındaki ortak hususlardır. Bunlar, sözün ifade ediliş biçimi (lâfzın vaz'ı), hangi anlama gelmek üzere kullanıldığı (mânâya delâleti), sözün anlamına uygun yerde kullanılması (mânâda isti'mâli), söz ve anlama vâkıf olmak bakımından ortaya çıkan durumlar ve ayrımlara ilişkin konulardır¹¹⁰.

Kur'an'da doğrudan hukuka ilişkin âyetler sayıca sınırlıdır¹¹¹. Kur'an'dan hüküm çıkarabilmek için öncelikle nazmını anlamak, ardından istinbat edilmiş olan meselelerin kaynak, anlam, düzenleniş ve sonuçlarını (ahkâm) bilmek gerekmektedir. Örneğin, kelimelerin farklı anlamları bazen çatışabilirdi (teâruz). Sözlerin sözlük anlamları, hangi dönemde hangi durum için kullanıldıkları ve şer'î hukukta ne anlama geldiklerinin yanı sıra hangi anlamın uygulanması gerektiğini bilmek müçtehit için çok önemlidir¹¹².

Kelimelerin anlamları ve ardından hüküm tespit edildikten sonra sıra, tespit edilen hükümler ve sonuçların kesinliği konusunda bir yargıya varmaya gelmektedir. Elde edilen hükmün *kesin* veya *zanna* dayalı olup olmadığı değerlendirilmelidir. Bir fiile bağlanan hüküm ve sonuçların; o fiilin yapılmasının zorunlu (vâcip), mübah (ibâha), nedb veya yasak (tahrim) olup olmadığının açıkça ortaya konulması gerekir¹¹³.

Yukarıda açıklanan nedenlerle, sözlerin, anlamların, kelimelerin ve söz-anlam ilişkilerinin -hem Kitab'ın hem de Sünnet'in yorumlanmasındaki büyük rolü de düşünülerek- ayrı birer bilim dalı hâline geldiği görülmektedir. Bu konuda eski ve yeni hukuk usûlü kaynaklarında geniş açıklamalar yapılmıştır¹¹⁴.

¹⁰⁷ Bilmen, C. I, s. 43; Üçok-Mumcu-Bozkurt, s. 62.

¹⁰⁸ Ansay, s. 13.

¹⁰⁹ Hacı Reşid Paşa, C. I, s. 33; Ansay, s. 15-16.

"Sarf"ın sözlük anlamı çıkmak; harcamak, hukukî işleme konu etmek, kullanmak, istimal etmek; çevirme, döndürme, uzaklaştırmaktır (*Kâmus-ı Türkî*). Sâğircî, s. 30.

¹¹⁰ Hacı Reşid Paşa, C. I, s. 34. Kelime anlamları için bkz. Mehmed Seyyid Efendi, s. 329.

¹¹¹ 80-100 veya 500 olduğu konusunda doktrinde tartışma vardır (*Fitzgerald ve İzmirli İbrahim Hakkı Efendi'nin görüşleri için bkz. Ansay, s. 15. Kur'an'da anlatılan örnek olaylardan ve kıssalardan dahi hukukî hüküm çıkarılabilir (Demir, Tarih, s. 53).*

¹¹² Hanbelî, s. 52.

¹¹³ Hacı Reşid Paşa, C. I, s. 34; Aydın, Tarih, s. 33.

¹¹⁴ Örnekler için bkz. Bilmen, C. I, s. 43, 132.

Kur'an'ın nazmı, şer'î hükümlere delâleti bakımından dörde ayrılmaktadır. Bunlar, anlam bakımından (has-eam-müşterek-müevvel); anlama delâleti bakımından (açık-kapalı), anlamın da kullanımı bakımından (gerçek-mecaz-açık-kinâye); kastedilen anlamının anlaşılması bakımından (ibarenin delâleti-işaretin delâleti-delâletin delâleti-iktizânın delâleti) yapılan sınıflandırmalardır¹¹⁵.

b. Sünnet / Sünnet-i Nebevî

aa. Tanımı

Sünnetin sözlük anlamı, yol (tarik) ve âdettir. Şer'î hukuktaki anlamı Hz. Peygamber'den, sözle (kavlen), fiilen veya susması sûretiyle (takrîran) kaynaklanan iş, davranış ve sözlerdir¹¹⁶.

Sünnet ihtiyaç duyulan noktalarda Kur'an'ı açıklamıştır. Bunu yaparken takrir, tefsir ve tebdil (nesh) yollarını kullanmıştır. Kur'an'da mücmel olarak değinilen konulara -örneğin, ibadetlerin ne şekilde ifa edileceğine- sünnetle açıklık kazandırılmıştır. Genellik (umum) ifade eden bir nasstan hemen sonra yapılan bu tahsis, tefsir yoluna bir örnek olabilir¹¹⁷.

Sünnetin hukukta delil olması iki aşamada incelenmelidir. Birincisi Hz. Peygamber hayatta iken; oluşma aşamasıdır. Diğeri, O'nun vefatından sonraki aktarılma aşamasıdır.

Sünnetin Hz. Peygamber'den kaynaklanmasının bir tür vahiy olduğu da düşünülebilir (tarîkı'l-vahiy). Vahiy, açık (zâhir) ve örtülü (bâtın) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Açık vahiy, üç kısımda incelenmektedir. Birisi, melek dili (lisan-ı melek) ile Hz. Peygamber'e indirilen, Allah tarafından kendisine tebliğ edilen, melekten duydukları ve işittikleridir. Arapça olan bu muciz kitaba "Kur'an" denmektedir¹¹⁸.

İkincisi, "hâtıru'l-melek" denilen vahydir ki, Hz. Peygamber'in kalbine harfsiz ve şekilsiz olarak; melek işaretiyle meydana getirilen şeydir. Örnek olarak, "*Rûhü'l-Kudüs, kalbime nefh ve î mâ eyledi ki; hiçbir nefis rızkını istikmâl etmeyince, terk-i dağdağa-i dünyayı fânî etmeyecektir. Allah'tan korkun ve rızkınızı güzellikle arayın*" anlamındaki; "*inne rûha'l-kudüs nefese fî rû'î enne nefsen len temûte hattâ testekmile rizkahâ fettakullâhe vecmilû fî'ttalebi*" hadisi gösterilebilir¹¹⁹. Hadiste geçen, rûhü'l-kudüs, vahiy getiren Cebrâil adlı melektir.

¹¹⁵ Hanbelî, s. 55.

¹¹⁶ Hacı Reşid Paşa, C. I, s. 34; Sava Paşa, C. I, s. 40; Berki, *Mantık*, s. 13, n. 3; Üçok-Mumcu-Bozkurt, s. 64; Aydın, *Tarih*, s. 33; Cin-Akyılmaz, s. 51; Hanbelî, s. 225; İkinci, *İslâm Hukuku*, s. 82, 87; Kaşıkçı, s. 39; Demir, *Tarih*, s. 54; Yiğit, s. 99. "Haber" sözcüğü hadis bilginlerine göre, sünnet ve hadis ile eşanlamlı olup, aynı maksatla kullanılmaktadır. Ancak haberin anlamı biraz daha geneldir. Herhangi bir kişinin kendi sözüne, naklettiği söze veya fiile haber denmektedir (Çeşitleri için bkz. Bilmen, C. I, s. 154-155).

¹¹⁷ Aydın, *Tarih*, s. 36; Cin-Akyılmaz, s. 52; Koca, *Tahsis*, s. 434. Örnekler için bkz. Sağirci, s. 30-31. Ayrıca bkz. *Ferhat Koca*, İslam Hukuk Metodolojisinde Tahsis (Daraltıcı Yorum), TDV-İSAM, İstanbul 1996.

¹¹⁸ Hacı Reşid Paşa, C. I, s. 35; Hanbelî, s. 227; Apaydın, *İctihad*, s. 433; Kaşıkçı, s. 33.

¹¹⁹ Hacı Reşid Paşa, C. I, s. 35.

Üçüncüsü, sadece Allah'ın ilhâmı ile; meleğin aracılığı olmaksızın Hz. Peygamber'in kalbine, şüpheden arınmış olarak indirilen "hadis-i kudsi" türünden hadislerdir. Hz. Peygamber'e Cebrail tarafından getirilen; anlamı Allah'tan fakat sözleri Hz. Peygamber'den olan hadislerdir. Hz. Peygamber kendisine vahyolunandan başkasını söylemez¹²⁰. Kudsi sünnet ve Hz. Peygamber'in kendisine verilen yetki ile koyduğu sünnetler bağlayıcıdır¹²¹. Sözü edilen bu üç kısım hadisin tümü, Hz. Peygamber'den, ümmetinin üzerine bağlayıcılık niteliğine sahip bir hüccet olup; onlara uyulması her Müslüman için zorunludur (vâcip)¹²².

Örtülü vahiy (vahy-i bâtin), Hz. Peygamber'in nassların hükmü üzerinde etraflıca düşünmesi (teemmül) sonucunda, içtihat ederek ulaştığı hüküm ve sonuçlardır. Buna, "me'l itibariyle vahy" denmektedir. Çünkü Hz. Peygamber'in bizzat kendisinin içtihat ederek karar vermesi, o içtihadın gerçekten ve baştan beri vahiy ile sâbit olmuş gibi, hak ve doğru olduğu sonucuna varılmasını gerektirmektedir¹²³. Ancak bu konuda bilim adamları arasında, -açık vahiyde olduğu şekliyle- bir kanaat birliği (müttefik-i aleyh) yoktur¹²⁴. Hz. Peygamber'in günlük olaylara yaklaşımı, alışkanlıkları ve görgü kurallarıyla ilgili işleri ve fiilleri müslümanlar için bağlayıcı değilse de, yapılması teşvik edilmiştir¹²⁵.

Sünnetin hükme varmada kesin bilgi ve delil (hüccet) olduğu kuralı, Allah'ın "*resûlün size delil getirdiğini (ityan) alın; yasakladığı şeyden çekinin*" anlamına gelen ve "*ve mâ etâkümü'r-rasûle fenhuzühü ve mâ nehâküm fentehü*" sözleri ile sabittir¹²⁶.

Örneğin, Hz. Peygamber'in sözleri ile, H. 8'inci yüzyılda dört hukukî işlem hukuken geçersiz sayılmıştır. Bunlar, sözleşmelere birbirini ortadan kaldıran çelişkili şartlar koymak; malı teslim almadan (tesellüm) bedelini peşin vermek; bir kişinin hakkı olmayan malı satması ve bir kişinin maliki olmadığı maldan yararlanmasıdır¹²⁷.

¹²⁰ *Kur'an*, Yunus: 15; *Kur'an*, Necm: 4.

¹²¹ İkinci, *İslâm Hukuku*, s. 83.

¹²² Hacı Reşid Paşa, C. I, s. 35.

¹²³ Hacı Reşid Paşa, C. I, s. 36; Hanbelî, s. 228. Hz. Peygamber'in re'y ve içtihad yoluyla hüküm koymasını (istinbat), vahiy-benzeri (şibh vahiy) kabul ederek bu yolla elde edilen hükümleri de vahiy olarak değerlendirmek gerekir. Bu hüküm de vahiyyle sabit hükümler gibi kesin hüccettir (Apaydın, *İctihad*, s. 433).

¹²⁴ *İmam Mâlik*, *İmam Şâfi*, *Ebû Yusuf* ve hadis ekolü imamları (eimme-i ehl-i hadis), Hz. Peygamber içtihadını mutlak olarak kabul etmişlerdir. *İmam Ebû Yusuf* dışındaki Hanefî imamlarına (eimme-i hanefiye) göre, Hz. Peygamber bir olay karşısında belli bir süre açık vahiy inmesini beklemiştir. Bu belli sürede, vahiy nazil olmadığı zaman, o olayla ilgili olarak telâfisi mümkün olmayacak bir zarar veya kayıp ortaya çıkacak ise, kendi içtihadı ile uygulama yapılmasını emrederdi. Hz. Peygamber için "vahiy asıl, içtihat halef" olduğundan halefe başvurmaya, ancak ve ancak asl'a başvurma imkânı yoksa hukuken izin verilmiştir Buradan doğan bir küllî kâide; "*Halefe rücû, asl'a vusûlden acz halinde câiz ve müteahakkık olur*" şeklindedir (Hacı Reşid Paşa, C. I, s. 36).

¹²⁵ İkinci, *İslâm Hukuku*, s. 83. Ayrıca bkz. Avcı, s. 52.

¹²⁶ Hacı Reşid Paşa, C. I, s. 36. Bilmen, C. I, s. 134 vd; Atar, s. 40. Diğer âyetler için bkz. Hanbelî, s. 225; İkinci, *İslâm Hukuku*, s. 82-83; Kaşıkçı, s. 39-40.

¹²⁷ Ansay, s. 15, n. 27.

bb. Hadislerin Şeklî Özellikleri ve Delil Niteliği

Sünnet/hadis, şekil bakımından senet ve metin olmak üzere iki kısımdan oluşmaktadır. Sünneti ilk kaynağından üçüncü yüzyılın ortalarına kadar getirenler, aktaranlar (râvî/rivâyet eden) zincirine senet; sünnetin içeriğinin yer aldığı asıl kısma ise, metin denmektedir. Zincirde bir eksiklik olup olmadığı, sünnetin güvenilirlik derecesi ile doğru orantılıdır. Hadisler, senetteki aktarıcı sayısına göre bir ayrıma tâbî tutulmuşlardır. Buna göre hadis, *mütevâtir*, *meşhûr* veya *âhad* olabilir¹²⁸.

Yalan söylemek konusunda anlaşmalarını aklın kabul edemeyeceği vasıflarda ve sayıda olan bir topluluğun verdiği habere tevâtür (ardışık aktarım) denir. Bu şekilde iletilen hadislere mütevâtir hadis denir. Tevâtürün özellikleri haberi veren sayısının belirli olmaması ve içeriğinin kesin bilgi özelliği taşımasıdır. Haberi veren sayısı, zaman ve yere göre değişebilir. Yüce erdemlere sahip, faziletli elli kişinin beyanları, ahlâken zayıf yüz kişinin beyanlarından bilgi olarak daha sağlam ve vicdanî kanaat oluşturmada daha etkilidir. Örneğin bir kişinin, gidip görmediği ülkeler, yaşam tarzları ve gezegenler hakkında sağlam kaynaklardan duyarak/okuyarak sahip olduğu bilgiler sağlam aktarım (haber-i mütevâtir) yolu ile edinilmiştir. Haber, fen bilimlerinde gözlem (müşahede) kadar kuvvetli bilgi ifade etmemekle beraber, usûlde, her ikisi de aynı kesinliktedir¹²⁹.

Hadislerle ilgili olarak senedinde kopukluk olup olmamasına göre *muttasıl* (kesintisiz) ve *munkatı* (kesintili) olmak üzere bir başka ayırım yapılmıştır. Birinci aktaranı bulunmayan, yani tâbîlerin neslinden bir kişinin geriye doğru, sahabileri atlayarak doğrudan Hz. Peygamber'den naklettikleri (irsal) hadislere *mürsel/zâhir mürsel* hadis denmektedir. Senette ismi geçmese de aktarıcının sahabi olduğu biliniyor ya da bilinmiyor olabilir. Eğer biliniyorsa bu mürsel hadis ittifakla kabul edilmiştir¹³⁰.

Bir sahabinin başka bir sahabiden, Hz. Peygamber'e ilişkin bir bilgiyi aktardığı türden mürsel hadisler vardır (sahabi mürseli). Bunlar da sahih olarak kabul edilmiştir. Ayrıca bir sahabi, kendisiyle karşılaşmadığı çağdaşı olan bir başka sahabiden de hadis aktarımı yapabilir (mürsel-i hafî)¹³¹.

Hadisler ve türlerinin tespitinde yapılan tüm bu detaylı çalışmaların gâyesi hadisin

¹²⁸ Bu ayırım Hanefîler tarafından kabul edilmiştir (Gelişgen, *Âhad*, s. 11). Ayrıca bkz. Kaşıkçı, s. 58. "Sahih-hasen-zâif"; "mudrec-metruk-mevzû" ve "merfu-mevkuf-maktu" şeklindeki diğer ayrımlar için bkz. Üçok-Mumcu-Bozkurt, s. 66; Demir, *Tarih*, s. 55.

¹²⁹ Gelişgen, *Mütevâtir*, s. 508.

¹³⁰ Koçyiğit, s. 292; Aydın, *Tarih*, s. 36; Cin-Akyılmaz, s. 53, n. 26; Sağircî, s. 31; Demir, *Tarih*, s. 56. Farklı ölçütler esas alınarak yapılan hadis ayrımları için bkz. İkinci, *İslâm Hukuku*, s. 88.

¹³¹ Mürsel bir hadisin tâbîlerden olan aktaranı, adalet ve zabt yönlerinden kusurlu bulunup reddedilmemişse (cerh) bu hadis mutlak olarak kabul edilmiştir. *Ebû Hanîfe*, *İmam Malik* ve meşhur görüşünde *Ahmed bin Hanbel* bu kanaatte olmuşlardır. Fakat adı açıklanmadığı için sahabi olduğu düşünülen aktarıcısının, sahabi dışında biri olma ihtimaline karşı, bu tür hadisleri zayıf sayıp delil olarak kabul etmeyenler de vardır. *İmam Şafî* gibi düşünenler ise bu tür hadislere, örneğin birçok sahabi/âlimin bunu uygulaması ya da diğer bir yoldan muttasıl senetle aktarılmış olması gibi bir başka delille desteklendiği takdirde, yani şartlı olarak delil niteliği tanımıştır (Gelişgen, *Mürsel*, s. 501).

sağlamlık, doğruluk, güvenilirlik değerini ortaya koymaktır. Bir hadisin sağlamlığı, delil olmadaki değerini belirtmektedir. Başka bir deyişle, yakîn bilgi (ilim/kesin bilgi) özelliği taşıyan hadis en güvenilir hadistir (mütevâtir)¹³². Tevâtürün kesin bilgi ifade etmesi için dört şartı taşıması gerekmektedir. Öncelikle bilgiyi (haber) aktaranlar, zan kaynaklı değil, bilgi kaynaklı olarak haber vermelidirler. Bu bilgi, doğrudan aktaranın kendi duyularıyla algılamış olduğu bir bilgiye dayalı olabilir. Haberin, duyan ve kendisinden duyulan olmak üzere iki tarafının, vasıtası eşit olmalı ve haber verenler çok sayıda olmalıdır¹³³.

Senet zincirinin ilk veya ikinci halkasında tek râvî olan, daha sonraki dönemlerde râvîleri artan ve yalan üzere birleşmeleri mümkün olmayan kişilerden aktarılarak gelen hadislere *meşhur* hadis denir. Bunlar yakîn bilgi değilse de emin olunan bilgi ifade etmektedir¹³⁴. Bir hadisin, kesin bilgi seviyesinde olmaması, onun delil olarak kullanılmaması anlamına gelmemektedir.

Bir hadis mütevâtir veya meşhursa, hukuken onu uygulamak gerekmektedir. Çoğunluğa göre mütevâtir ve meşhur hadisler kesin delildir. Onunla çatışan kıyasa itibar edilmediği gibi, hadis, her zaman kıyasa tercih edilmelidir. Meşhur hadis kalbî kanaat oluşturan bir delil olduğundan, zan ifade eden bir delilden (örneğin, kıyas) daha kuvvetlidir¹³⁵.

Bir hadis, işin mahiyeti gereği, ancak iki veya üçüncü yüzyılda meşhur sıfatını kazanabilir. Meşhur hadis şartlarını taşımayan, bir veya iki aktaran tarafından rivâyet edilen hadislere *âhad hadis* denmektedir (haber-i vâhid/âhad haber). Önceleri tek kişinin aktardığı hadislerle âhad denirken, sonraları bu sözcük mütevâtir olmayan hadisler için kullanılmıştır. Bu nedenle hadis bilginleri hadisleri mütevâtir ve âhad olmak üzere öncelikle ikiye ayırmışlardır. Âhad hadisler “garib”, “aziz” ve “meşhur” olmak üzere bir alt bölümlenmeye tâbî tutulmuştur. Bunlar aynı zamanda “sahih”, “hasen” veya “zayıf” olabilir. Sahih ve hasen özellik taşıyan âhad hadisler, inanç dışındaki konularda ve daha çok hukukî işlemlerde delil olabilirler¹³⁶. O devrin şartları düşünüldüğünde hukukî mevzuları bilen kişi sayısının az olması doğaldır.

Âhad hadislerin Hz. Peygamber’den geldiği, yakîn bilgi ile değil ise de, baskın zan ile sabittir. Hiç şüphe kabul etmeyen inanca ilişkin konularda olmasa da, uygulamaya ilişkin (amelî) konularda kaynak olarak kullanılırlar¹³⁷. Bunların ikisi de zannî delil olduğu için,

¹³² *Ebû Hanîfe*’nin böyle bir hadisi bilip de inkâr ettiği ve delil olarak kullanmadığı olmamıştır (Sâğircî, s. 31). Mehmed Seyyid Efendi, s. 331; Ekinci, *İslâm Hukuku*, s. 89; Hanbelî, s. 229; Avcı, s. 46; Gelişgen, *Mütevâtir*, s. 508. Ayrıca bkz. Mecelle, m. 1733, 1735.

¹³³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Gazzalî, s. 227 vd.

¹³⁴ Bazı bilim adamlarına göre, meşhur hadis yakîn değil, zan ifade eder. Kimileri ise, bunun, ilm-i zarûrî yoluyla değil, akıl yürütme yoluyla (istidlâl) yakîn ifade ettiğini söylemişlerdir (Sâğircî, s. 31; Hanbelî, s. 230). Ancak hadislerin kastedilen anlama delâlet ettiklerinin açık (sarih) olması gerekir. Aksi hâlde belirsizlik (müphemlik) söz konusu olacağından kesin bilgi (ilm-i yakîn) veya ilm-i itminâniyet (kanaat-i kalp) ifade etmezler. Kesin olmamakla birlikte zannî delil teşkil ederler (Mehmed Seyyid Efendi, s. 331-332).

¹³⁵ Ekinci, *İslâm Hukuku*, s. 89; Kaşıkçı, s. 59.

¹³⁶ Gelişgen, *Âhad*, s. 11; Avcı, s. 47.

¹³⁷ Örneğin, kölenin emanı konusunda *Ebû Hanîfe* kendisine Hz. Ömer’den âhad olarak aktarılan bir hadisi uygulamıştır. Kendisi âhad hadisin metninden illetine ulaşır ve kıyas yaparak sonuca varır (Sâğircî, s. 32).

kıyas karşısındaki durumları tartışmalıdır¹³⁸.

Hanefîler âhad hadisi belli şartlarla delil kabul etmişlerdir. Bu şartlar arasında başta hadisin Kur'an ve sünnete aykırı olmaması; aktarıcının, kendi aktardığı rivâyete aykırı davranışı olmaması ve bir aktarıcıda aranan tüm özellikleri taşıması (fıkhu'r-râvî) yer almaktadır. Bunlara ek olarak genelin ihtiyaç duyduğu bir konuya ilişkin olmaması (umûmü'l-belvâ) da gerekmektedir¹³⁹. Hadisin konusu sahabe arasında tartışmalı bir hususa ilişkinse, sahabe istidlâlinin dışında kalmaması ve kıyasa aykırı olmamasına da bakılmıştır¹⁴⁰.

Hadis aktarıcısının akıllı ve âdil olmasının yanı sıra muhafaza edeceği hadisi kuralına uygun olarak hafızasına alabilecek yetkinlikte bulunması gerekmektedir. Aktaranda bulunması gereken bu olumlu özelliklerin tümüne birden *hüsn-ü zabt* denmektedir¹⁴¹. Aktaran her yönden içtihadı yetkinse, rivâyeti kıyasa uygun olsun olmasın, aktardığı hadis delil kabul edilmektedir. Eğer bu kişinin içtihadı yetkinliği yoksa, aktardığı hadisin delil kabul edilebilmesi için, rivâyetin kıyasa doğrulanması gerekmektedir. Bu tür hadisleri kullanmak için dört halifenin, tanık istemek ve yemin verdirmek gibi uygulamalar yaptıkları da bilinmektedir¹⁴².

c. İcmâ

İcmân sözlük anlamları arasında, “birleştirmek, derleyip toparlamak, toplanmak” gibi mânâların yanı sıra sertlik belirten sağlam ve kesin karar; “azm, kasd ve ittifak” sayılmaktadır¹⁴³. Hukukî terim anlamı, Hz. Peygamber'in ümmetinden, herhangi bir asırda bulunan tüm müçtehitlerin, bir şer'î hüküm üzerinde ittifak etmeleridir¹⁴⁴.

İlk icmâ uygulamaları Dört Halife Devri'nde olmuştur. Hz. Ebû Bekir, sadece tartışmalı konularda değil en açık hususlarda bile dostlarıyla fikir alışverişinde bulunmuştur. İcmâ-i ümmet adı da verilen bu toplanmaların en sürekli üyesi Hz. Ömer'di. Hz. Ömer de, Hz. Peygamber'in bir konudaki yaklaşımını bilen olup olmadığını sormak amacıyla ümmeti toplardı¹⁴⁵.

İcmâ günümüzdeki “ortak akıl”a benzetilebilir. Bundan farklı olan tarafı, nakle dayalı hükümler bulunması ve akılla naklin sistem içerisinde uyumlu bir şekilde birlikte kullanılmasıdır¹⁴⁶. Tüm hukukçuların katıldığı böyle bir fikir ve görüş birliğinin sağlam bir delil olduğu

¹³⁸ Mehmed Seyyid Efendi, s. 332; Kaşıkçı, s. 59.

¹³⁹ Bu sebeple Hanefîler tarafından reddedilen hadisler için bkz. Yiğit, s. 316 vd.

¹⁴⁰ Yiğit, s. 217 vd.

¹⁴¹ Mehmed Seyyid Efendi, s. 332 vd. Kabul ve reddedilen hadisler cetveli için bkz. Hanbelî, s. 235.

¹⁴² Örnekler için bkz. Ekinci, *İslâm Hukuku*, s. 89.

¹⁴³ Paçacı, *İcma*, s. 291; Kaşıkçı, s. 60.

¹⁴⁴ Hacı Reşid Paşa, C. I, s. 36; Berki, *Mantık*, s. 13-14, n.3; Aydın, *Tarih*, s. 37; Cin-Akyılmaz, s. 54; Avcı, s. 54; Demir, *Tarih*, s. 56. İcmân delil olduğuna Kur'an'dan Nisa: 115, Âl-i İmran: 110, Bakara: 143'üncü âyetler ve sünnetten de “*Ümmetim delâlet üzere yanlış yolda birleşmez*”, “*Cemaatten ayrılan kimse câhiliye ölümüyle ölür*”, “*Mü'minlerin güzel gördüğü şey Allah katında da güzeldir*” hadisleri dayanak oluşturmaktadır (Ekinci, *İslâm Hukuku*, s. 96; Apaydın, *İctihad*, s. 434; Kaşıkçı, s. 61).

¹⁴⁵ Sava Paşa, C. I, s. 43.

¹⁴⁶ İcmâ “daha geniş bir temel üzerine kurulmuş içtihadıdan başka bir şey değildir!” (Mevlana Muhammed Ali'den aktaran, Gür, s. 113).

şüphe götürmez. Bu nedenle icmâ bir hüccettir. Çünkü aynı devrin tüm hukukçularını, aynı *yanlış* görüşte birleştirmek mümkün değildir. İslâm hukuk geleneğinde fikhın muâmelât konularında farklı görüş sahibi olmak teşvik edildiği için, yanlışlık durumunda hukukçulardan birinden birinin itiraz etmesi ya da farklı görüşünü açıkça ortaya koyması beklenir¹⁴⁷.

Yukarıdaki tanımdan açıkça anlaşıldığına göre, Hz. Peygamber'in dininden olmayan veya bu dinden olup da, içtihat yapabilme yetkinliğini kazanmamış olanların bir hususta fikir ve görüş birliğinde olmaları, üzerinde fikir birliğine varılan görüşün hukuken hüccet kabul edilmesini gerektirmemektedir. Çünkü icmân hüccet sayılması ümmetin, ehl-i sünnet ve'l-cemaatına özgüdür¹⁴⁸.

İçtihadî meselelerde görüş bildirmek bilgi gerektirmektedir. Bu şartlar, delil ve isbata ihtiyaç göstermeyecek kadar açıktır. Böyle olmakla beraber, halkın içtihadı ihtiyaç göstermeyen bir konuda görüş ve uygulama birliği geliştirmeleri ise, geçerli bir kural yaratabilir. Zira insanların, ortak olarak benimsenen bu kurallara uyması, zorunludur (vâcip)¹⁴⁹. Bir hüküm tevâtür yoluyla nakledilmişse *kesin icmâ*, âhad yolla nakledilmişse, *zannî icmâ* olmaktadır¹⁵⁰. Fakat sarih bir icmâ her hâlde kesin delildir¹⁵¹.

Kitap ve/veya sünnet hükmünün bir yorumu üzerinde icmân olması, görüş birliği bulunan o yoruma kesinlik kazandırmaktadır. Diğer kaynaklara dayanan icmâ için de aynı durum geçerlidir¹⁵².

İcmânın tanımında yer alan "hük-m-i şer'î" ifadesi, dinî olmayan bir hüküm ve sonuç üzerine olan bir oybirliğini tanımın dışında bırakmak için getirilmiş bir sınırlamadır. "Oybirliği"nden kastedilen ise, müçtehitlerin inanç, fiil veya sözlerinde sağlanacak ittifaktır¹⁵³.

¹⁴⁷ İslâm'da gerçeği (hakk) gördüğü/bildiği hâlde söylemeyenler "dilsiz şeytan"a benzetilmiştir. Öyle ki *İmam Şâfiî*'ye göre icmâda susmak onay anlamına gelmezdi. Hukukçu bildiğini söyler, susmaz. Eğer susuyorsa baskı altında olması daha kuvvetle muhtemeldir. Bu nedenle sükûfî icmâyı kesin delil kabul etmeyen görüşler de vardır (Bilmen, C. I, s. 167; Fendoğlu, s. 93). Ayrıca bkz. Üçok-Mumcu-Bozkurt, s. 67; Demir, *Tarih*, s. 57.

¹⁴⁸ Fendoğlu, s. 93; Üçok-Mumcu-Bozkurt, s. 66. *Fâsık*; günahkâr, Allah'ın emirlerinden çıkan, büyük günah işleyen veya küçük günaha ısrar eden kimsedir. İcmân şartları için bkz. Paçacı, *İcma*, s. 292.

Ehl-i bidat; Hz. Peygamber ve ashabının zamanında bulunmayan, sonradan ortaya çıkarılan sünnete aykırı, inanç ve sözleri (bid'at) çıkararak ve benimseyip sürdürenlerdir. Hz. Peygamber'in, ashabının ve tâbiinin yolunu takip edenler ehl-i sünnettir. Asr-ı saadetten sonra ortaya çıkan, şer'î delillerden yoksun bazı inanç, ibadet fikir ve davranışların tümüne bid'at denmektedir (Ekinci, *İslâm Hukuku*, s. 84; Özervarlı, s. 399; Yaran, s. 129 vd).

¹⁴⁹ Hacı Reşid Paşa, C. I, s. 37; Sava Paşa, C. I, s. 43; Bilmen, C. I, s. 164-165; Hanbelî, s. 260, 269; Atar, s. 49-50. Kimi kaynaklarda bu delil, *icmâ-yı ümmet* şeklinde ifade edilmektedir (Ekinci, *İslâm Hukuku*, s. 96).

¹⁵⁰ Sarih ve sükûfî icmâ ayrımı için bkz. Paçacı, *İcma*, s. 292. Ayrıca bkz. Jokisch, s. 525.

¹⁵¹ Bazı hukukçular aksi kanaatte olmakla birlikte Hanefîlerin çoğunluğu ve Ahmed bin Hanbel'e göre sükûfî icmâ da kesin delil sayılır (Paçacı, *İcma*, s. 292). Ayrıca bkz. Üçok-Mumcu-Bozkurt, s. 66.

¹⁵² Aydın, *Tarih*, s. 37; Cin-Akyılmaz, s. 54.

¹⁵³ Hacı Reşid Paşa, C. I, s. 37; Hanbelî, s. 264; Gür, s. 113; Kaşıkçı, s. 61.

ç. Kıyas/Kıyas-ı Fukaha

aa. Genel Olarak

Fıkıh usûlünde mantığın yöntemlerinin geçerli olduğu bir alan vardır. Kur'an'da formel (sûrî, şeklî) mantık açıkça yer almaktadır. Bunu ilk ortaya koyan İmam Gazzâlî'dir. O'na göre, mantık Kur'an'daki "kıstasü'l-müstakim"dir (doğru ölçü). Kur'an'da, gerek kıssalar anlatılırken, insanların bunlardan kendilerine göre sonuç çıkarmaları açıkça ifade edilmiş, gerekse örtülü bir şekilde değinilen hususlardan hüküm çıkarılması tavsiye edilmiştir. Tüm Peygamberler, Allah tarafından Cebrâil yoluyla indirilmiş olan mantığı kullanmışlardır. Aslî kaynaklardan, hüküm çıkarmak mantık ve kıyas yoluyla olmaktadır¹⁵⁴. Kıyasın hukukta kaynak olarak dinamik bir değeri vardır. Mecelle'yi uygulayacak olan bir hukukçunun mutlaka akıl yürütme ve kıyası kullanacağı düşünülerek, kanunun temel mantığı ve şekli buna göre oluşturulmuştur¹⁵⁵.

Çalışmamızın konusunu yakından ilgilendirdiği için mantıkta ve fıkıh usûlünde kıyasın kullanımını kısaca açıklamak gerekmektedir. Fıkıh usûlünde naklî deliller esastır. Bunlardan sağlanan bilgiler kesindir. Kıyas aşamasında devreye giren mantık yürütme bu temel üzerine kuruludur. Kıyas, hakkında nass bulunan bir olayın hükmünü aralarındaki ortak illetten dolayı, hakkında nass bulunmayan bir olaya uygulamaktır.

İslâm hukukundaki aslî kaynaklar olan Kur'an ve Sünnet hükümleri, doğru ve küllî kâziyeler kabul edildiğinde, bunlar kıyasın öncülleri gibi düşünülebilir. Bu hükmü belli kaziyelerin (tümel) hükmü -eğer ortak illet varsa- hakkında hüküm bulunmayan olaya (tekil/tikel) aktarılabilir. Dolayısıyla sağlam bir kıyasa dayalı olarak elde edilen hüküm de sağlam ve kabule şâyân olmaktadır.

bb. Fıkıh Usûlünde Kıyasın Unsurları

Fıkıh usûlünde kıyasın dört unsuru vardır. Hakkında hüküm bulunan meseleye, *makîsünaleyh / asl*, hüküm bulunmayan meseleye *fer'* veya *makîs*, ortak nedene *illet / menat* denmektedir¹⁵⁶. Dördüncü unsur ise, *aslın hükmüdür*¹⁵⁷.

Âlimler nassların belli bir sebep ve illete dayandığını ve bunun belirlenmesinin diğer hükümler için bir ölçü olabileceğini düşünmüşlerdir. Asl'da bulunan her özellik (vasıf) illet olmayabilir. Bu nedenle illeti bulup çıkarmak için özelliklerini bilmek gerekmektedir.

¹⁵⁴ Emiroğlu, s. 49.

¹⁵⁵ Bir sorunun Kur'an ve sünnette olan bir hükme dayanılarak kıyasla çözümlenmesine içtihat denmektedir (Üçok-Mumcu-Bozkurt, s. 68). Aynı kanaat için bkz. Sava Paşa, C. I, s. 49.

¹⁵⁶ İlet, "nassın siyaten veya iktizâen müstemil olduğu evsaktan hükm-i nassa alâmet kılınan vasıftır" (Hacı Reşid Paşa, C. I, s. 41). Daha yeni kaynaklarda asıl, hükmün üzerine kurulduğu nitelik ve özellik olarak tanımlanmıştır (Atar, s. 63-64; Berki, *Mantık*, s. 112-113; Hanbelî, s. 292).

¹⁵⁷ "Kıyas, bir meselenin hükmünü o meseleye mümâsil ve müşâbih (emsal ve benzer) olan diğer bir meselede izhar eylemektir" (Mehmed Seyyid Efendi, s. 343; Sava Paşa, C. I, s. 48). Bilmen, C. I, s. 173; ; Hanbelî, s. 291; Ekinci, *İslâm Hukuku*, s. 101; Aydın, *Tarih*, s. 38; Cin-Akyılmaz, s. 55; Atar, s. 57; Berki, *Mantık*, s. 14, n. 3; Kaşıkçı, s. 65; Demir, *Tarih*, s. 59.

Söz konusu özelliklerin başında, illetin görünen; akıl veya duyularla algılanabilir olması; kişi,durum ve yere göre değişmemesi ve ifade ettiği anlamın sınırlı olması gelmektedir¹⁵⁸.

Örneğin, hukukta çocuğun malları üzerinde, babanın velâyet hakkı vardır. Bu hükmün illeti kendi malını idare edememedir (acz). Her sarhoş edici maddenin yasak sayılmasının illeti, “sarhoş etme” özelliğidir. Asl’ın hükmünün, başka bir somut duruma kıyaslanması için, illetteki özelliğin, asl’a özgülenmiş bir durum olmaması gerekmektedir¹⁵⁹.

Kıyasta kullanılan hükmün illeti bilinebilir veya bilinmeyebilir. İleti bilinen hükmün örnek olarak, yolculuk sırasında farz oruç tutulmamasına izin verilmesi gösterilebilir¹⁶⁰. Modern zamanlarda yolculuklar külfetli olmamakla beraber, münferit bir veya birkaç yolculuk bazı kimseler için hâlâ külfetli olabilir ve kişiler şer’î hukukun tanıdığı kolaylıktan yararlanmak isteyebilir¹⁶¹.

İleti bilinmeyen hükme, taksirle öldürmelerde, cinâyet fiilini işlemedikleri hâlde, failin yakın akrabalarının (âkile) diyeti ödemekle yükümlü tutulmaları, örnek gösterilebilir¹⁶². İletin tespiti için çeşitli yollar öngörülmüştür¹⁶³.

cc. Mecelle’de Kıyas

Osmanlı Devleti özel hukukunda kıyasa sık başvurulduğundan bu aslî kaynağın hâkimlerce kullanılacağı düşünülmüş olmalı ki, Mecelle buna uygun düzenlenmiştir. Mecelle’deki hükümlerde, hukukî kıyasın nerelerde kullanıldığı ve nasıl kullanılacağı şerhlerde açıklanmaktadır. Mecelle, hukuk mantığına ve akıl yürütmeye dayalı bir kanundur. Mantıksal süreç kavramlar ve anlamları ile başlamaktadır.

Nitekim kanununun 101’inci maddesi ve devamında satıma ilişkin hukukî terimler açıklanmıştır. Kavramların bu kanunun sistemi içindeki anlamları verilerek tanımları yapılmış, şart ve unsurları belirtilmiştir. Örneğin, Mecelle’nin 104’üncü maddesinin metni, “İn’ikad; icap ve kabulün müteallikında eseri zâhir olacak vecihle yekdiğerine (yekdiğere) bervechi meşrûh ta’likıdır” şeklinde olup akdin kuruluşundan ne kastedildiğini ifade etmektedir¹⁶⁴.

Ali Haydar Efendi,104’üncü maddede geçen icap, kabul, akit ve in’ikada ilişkin hükümlerin ve Mecelle’deki konuya ilişkin tanımların, satım, kira, kefâlet, bağışlama, şirket ve diğer şer’î akitlerin tümüne uygulanacağını ifade etmiştir. Fakat konunun başlığına bakılırsa, bu hükümler “Satım” (bey’) içinde yer almışlar, şerhlerde de bu bağlamda açıklanmışlardır¹⁶⁵.

¹⁵⁸ Gelişgen, *İllet*, s. 311.

¹⁵⁹ Atar, s. 66.

¹⁶⁰ Atar, s. 65; Hanbelî, s. 287. Diğer bazı örnekler için bkz. Kaşıkçı, s. 66.

¹⁶¹ Atar, s. 65.

¹⁶² Hacı Reşid Paşa, C. I, s. 41; Berki, *Mantuk*, s. 117.

¹⁶³ Şener, s. 125.

¹⁶⁴ Hacı Reşid Paşa, C. 2, s. 11, m: 104. Ayrıca bkz. Akgündüz, *Özel Hukuk-II*, s. 299.

¹⁶⁵ Ali Haydar Efendi, C. I, s. 133-134, m. 104; Gür, s. 165.

Satım dışındaki diğer akitlerdeki “icap ve kabul” ile “akid ve in’ikad”, satımda açıklanan bu hükümlere kıyasla anlaşılıp, bilinebilir. Örneğin, 433’üncü maddede, kiranın icap ve kabulle kurulmuş olacağı belirtilmiş fakat icap, kabul ve bu ikisinin uyuşmasının nasıl olacağı açıklanmaya gerek görülmemiştir¹⁶⁶.

Kıyas şeklinde bir istinbatla elde edilen ve Mecelle’ye girmiş birçok hüküm vardır. Örneğin, özgür zannederek, bir başkasının kölesiyle evlenmiş bir adamın doğan çocuklarının yaptıkları hizmetlerin paraya çevrilemeyeceği hususunda icmâ vardır (asl)¹⁶⁷. Hukuk bilginleri bu icmâ hükmünü asıl kabul edip gasp edilmiş bir maldan elde edilen faydanın da paraya çevrilip, tazminata konu edilemeyeceği hükmünü kıyasen çıkarmışlardır. Mecelle’nin 86’ncı maddesi “ücret ve tazmin bir arada bulunmaz” biçiminde düzenlenmiştir¹⁶⁸.

d. İstihsan

Hukukun *mantikî doğruluk ve adalete uygunluk* olmak üzere iki temel şartı vardır. Gerek değişen ve gelişen hayat şartları ve gerekse adaleti sağlama ihtiyacı karşısında hukukta salt mantıksal doğruluğu esas almak, bazı toplumsal sıkıntılar yaratmaktadır. Bazı durumlarda mantığın kuruluşunun ve sertliğinin hakkaniyet ve nisfete yumuşatılması insanın adalet duygusuna daha uygun gelmektedir. Bunların aşılması için, her hukuk sistemi kendi iç dinamikleriyle bazı yöntemler geliştirmiştir. İslâm hukukunda istihsan bu işlevi görmektedir. İstihsan için önce doğru bir kıyas yapılmalıdır. Ardından bu kıyasla elde edilen hüküm yerine farklı bir yaklaşım benimsenmektedir. Bunun nedeni yeni hükmün hakkaniyet ve nisfete daha uygun olmasıdır¹⁶⁹.

Kerhî’nin, Hanefîlerin kullandığı istihsana ilişkin tanımı doktrinde yaygın kabul görmüştür. Buna göre hukukçunun, bir meselede icmâ, zaruret, örf, maslahat ve gizli kıyas gibi özel ve daha kuvvetli görünen bir delile dayanarak o meselenin benzerlerinde izlenen genel kuraldan ve akla ilk gelen çözümden vazgeçmesi ve hukukun amacı olan adaletin sağlanmasına daha uygun bulduğu başka bir hüküm vermesine istihsan denmektedir¹⁷⁰. Bir başka Hanefî hukukçu *Pezdevî*’ye göre istihsan, bir kıyasın gerektirdiğinden daha kuvvetli bir kıyasa meyletmektir¹⁷¹.

El-Halvânî’nin tanımını aktaran *Serahsî*’ye göre istihsan, “kıyası terk edip insanlar için daha uygun olanı almaktır”. Doktrinde, “havas olsun avam olsun herkesin başına gelen konularla

¹⁶⁶ Maddede kira, satıma kıyasla “icab-ı icare, inşa-yı icare için ibtida söylenilen sözdür ki, tasarruf, yani icare onun ile isbat olunur. Ve kabul-i icare inşa-yı icare için saniyen söylenilen sözdür ki, onun ile akd-i icare tamam olur” denmektedir (Ali Haydar Efendi, C. I, s. 134).

¹⁶⁷ İcmâya konu olan olayın Hz. Ömer devrinde nasıl geliştiği ve icmân oluşma şekli için bkz. Hanbelî, s. 49.

¹⁶⁸ Hanbelî, s. 50; Gür, s. 154; İlhan, s. 56-57.

¹⁶⁹ Kılıç, s. 159. Sözcüğün kelime anlamı “güzel saymak, bir şeyi güzel görmek”tir (Paçacı, *İstihsan*, s. 334).

¹⁷⁰ Bardakoğlu, *İstihsan*, s. 340; Bilmen, C. I, s. 12; Paçacı, *İstihsan*, s. 334. Bu tanım günümüzde yapılan dar ve geniş anlamda istihsan ayrımında, geniş anlamda istihsana karşılık gelmektedir (Söz konusu ayırım için bkz. Atar, s. 71-72).

¹⁷¹ Güçlü, s. 35; Atar, s. 72; Kaşıkçı, s. 69.

ilgili hükümlerde kolaylık talep etmektir”, “genişliği almak, rahatlığı aramaktır” ve “kolaylığı almak, kendisinde rahatlık bulunan hükmü aramaktır” biçiminde başka tanımlar da yapılmıştır¹⁷².

İstihsan delili, hüküm koymada kolaylık ilkesine uygundur. Hz. Peygamber iki şeyden birini seçmek gerektiğinde kolay olanı tercih etmiştir. Mecelle’de “Meşakkat (zorluk) teysiri (kolaylığı) celbeder” ve “Bir iş zıyk oldukta (daraldığında) müttessî olur (genişler)” olmak üzere iki küllî kâide bulunmaktadır¹⁷³.

Hanefilere göre istihsan, “gizli kıyas istihsanı” ve “özel bir delil sebebiyle genel kuraldan istisna yapılan istihsan” olmak üzere ikiye ayrılabilir¹⁷⁴.

Kıyas, açık ve net olmakla birlikte etkisi zayıf; istihsan, kapalı olmakla birlikte etkisi güçlüdür. Bir meselede hangi hükmün tercih edileceğine karar verirken, yaptığı etkiye bakmak gerekmektedir. İstihsan hukukun tüm alanlarında uygulanabilen bir delildir. Ancak bu yolla elde edilen sonuç istisnâ olduğundan yeniden bir kıyasa asıl teşkil edemezdi¹⁷⁵.

Mecelle’de mezhep görüşünün kabulü ile ya da küllî kâide olarak yararlanılan istihsan sonucu elde edilmiş hükümler bulunmaktadır. Örneğin müzâraa akdi, kiraya kıyas edilirse, taraflardan biri öldüğünde, akdin son bulması gerekirdi. Fakat söz konusu akde bu sonucun bağlanması, işin niteliği gereği, istenen ve uygun bir durum değildir. Bu yüzden müzâraa, istihsan yoluyla şirkete benzetilerek hüküm verilmiştir¹⁷⁶. Fakat burada da yapılan akıl yürütme öncelikle kıyastır.

Bundan başka, arazi vakfının, satımdansa kiraya benzetilerek hükme bağlanması istihsanla elde edilmiş bir hükümdür. Çünkü satma kıyas edildiğinde üzerindeki irtifak haklarının akde dâhil olmaması gibi bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Bu sonuç vakfın hukukî niteliğine uygun değildir. Bir hayır etkinliği olan vakıf kurulurken arazi/taşınmaz üzerindeki irtifak haklarının işleme dahil edilmesi daha uygundur. İrtifaklar işleme dâhil olmaz ise, arazinin amacına uygun kullanılması için bunların sonradan bir başka işlemle tekrar tesisi gerekecektir¹⁷⁷.

Hukuk tarihinde istihsanı en çok Hanefiler kullanmıştır. Her ne kadar *İmam Şâfi* buna karşı çıkmışsa da, kendisi de başka bir ad altında istihsan yapmıştır. *İmam Mâlik* istihsanı kullanmış, fakat maslahat kapsamında olmak üzere *mesâlih-i mürsele* demeyi tercih etmiştir¹⁷⁸.

¹⁷² Allah’ın insanlar için kolaylık istediği, zorluk istemediğine ilişkin âyetler için bkz. *Kur’an*, , Zümer: 17-18; Maide: 6; Bakara: 185. “Ümmetimin güzel gördüğü şey Allah katında da güzeldir” anlamındaki hadis için bkz. Ekinci, *İslâm Hukuku*, s. 108. Konuyla ilgili birden çok hadis vardır (Serahsî, s. 268-269).

¹⁷³ *Mecelle* m: 17-18.Gür, s. 123-127; İlhan, s. 48.

¹⁷⁴ Ekinci, *İslâm Hukuku*, s. 109; Paçacı, *İstihsan*, s. 334.

¹⁷⁵ Kaşıkçı, s. 71.

¹⁷⁶ Müzâraa; taraflardan birinin tarlasını, diğerinin emeğini (işçilik) koyduğu, elde edilen ürünü belirlenen oranda paylaşacakları konusunda yapılan zirâî bir akittir (Bilmen, C. 5, s. 533; Ansay, s. 183-184, prg. 146; Demir, *Tarih*, s. 62). İstihšana dayalı farklı hüküm örnekleri için bkz. Avcı, s. 60.

¹⁷⁷ Ekinci, *İslâm Hukuku*, s. 109.

¹⁷⁸ *İstislâh*; kamu yararı bakımından karar verebilmektir. İstislâh sanki Mâlikîlere özgü bir yolmuş gibi gösterilse de, diğer mezhepler tarafından da kullanılmıştır. Maslahat şer’î delillerin en kuvvetlisidir (akvâ). (Ansay, s. 43; Avcı, s. 61; Atar, s. 74; Demir, *Tarih*, s. 63; Özen, *İstislâh*, s. 383).

İstihsanla çıkarılan hükümler arasında Hz. Ömer'in, bir defada ard arda söylenen üç talâk sözünü geçerli boşama sayması¹⁷⁹, yine aynı halife devrinde kalpleri İslâm'a ısındırılmak için fakir olmasa da Müslüman olmayanlara zekât verilmesi mümkün iken bunun kaldırılması sayılabilir. Hz. Ömer'in, açlık ve kıtlık yılında hırsızlardan had cezasını düşürmesi, hamile ve emziren kadının had cezasını ertelemesi de maslahata dayalı birer hükümdür. Aynı sebeple hastalık zamanlarında cezanın uygulanmasının geri bırakıldığı da olmuştur¹⁸⁰.

Farklı nassların veya kıyasların aynı hükümde bir araya gelmesinde olduğu gibi aynı türden, ya da kitap, sünnet ve icmâin aynı hükümde toplanması veya birleşmesi gibi farklı türden birden çok ve çeşitli delillerin, bir tek hükümde toplanması mümkündür. Bu durum klâsik kaynaklarda, birçok şer'î hüküm isbat edilirken, "bu hüküm hem kitap, hem sünnet, hem de icmâ ile sabittir" ifadesine yer verilmiştir¹⁸¹.

4. İkincil Deliller

Hukukî hüküm çıkarmada dört aslî delile dayalı bazı ikincil deliller de vardır. Çünkü hukukçular bu dört delille yetinmemiş ve şer'î hükümleri isbat konusunda muteber sayılmasa da, duyulan ihtiyaçtan dolayı ikinci dereceden bazı deliller daha ortaya koymuşlardır. Bunların başlıcaları; istishab¹⁸², tahkimü'l-hâl¹⁸³, fıkdan-ı delil¹⁸⁴, taklid¹⁸⁵ ve şahadet-i

¹⁷⁹ Hz. Peygamber zamanında bu yol kötüye kullanıldığı için yasaklanmıştır (Ansay, s. 43).

¹⁸⁰ *İzmirlî İsmail Hakkı*, "İlm-i Hilâf", s. 98, 99, 105'den aktaran, Ansay, s. 43.

¹⁸¹ Nitekim Mecelle'nin 105'inci maddesinin açıklamasında ifade edildiği şekliyle, satımın hukuken kabul edilen bir işlem olması; kitap, sünnet ve icmâ ile sabit olup, diğer delillerin de bu hükmü doğruladığı söylenmiştir (Ali Haydar Efendi, C. 134; Hacı Reşid Paşa, C. I, s. 46). İlhan, s. 58-59; Bardakoğlu, *İstihsan*, s. 344.

¹⁸² *Istishab*'ın sözlük anlamı, bir şeyi olduğu hâl üzere kabul etmek; beraberce bulunma, sohbet etme, bir kimsenin diğer bir kişiyi kendisine hemdem ve musâhip kulmasıdır. Buna ibkâ (bâkî kulma) denir. Hukukî terim anlamı, geçmiş zamanda sabit olan hükmün değişmesini gerektirecek bir sebep yoksa, hâlen mevcut (bâkî) olduğuna hükmetmektir. Bir şeyin bulunduğu şekilde kalması demektir. Belli bir zaman diliminde var olduğu bilinen bir şeyin, bir başka zaman diliminde de varlığına hükmetmek, o şeyi ikinci zamana "musâhip" hâle getirmek demektir. Buna «istishâbü'l-hâl» de denir. Geçmişte olan bir hükmü, bugüne ya da bugün mevcut bir hükmü, geçmişte sabit olan bir hükme sahip kılmak şeklinde de ifade edilebilir (Mehmed Seyyid Efendi, s. 358-359; Hacı Reşid Paşa, C. I, s. 44). Üçok-Mumcu-Bozkurt, s. 69; Avcı, s. 63; Bardakoğlu, *İstishab*, s. 376; Demir, *Tarih*, s. 65.

¹⁸³ *Tahkimü'l-hâl*; mevcut durumu (hâl-i hazır) hakem kılmaktır. Hanefîler'e göre bu da bir istishab türü olup, "istishâbü'l-mâzî ve istishâbü'l-maklûb" da denilir. İstishab, önceden mevcut durumun hâlen sürdüğünü kabul etmek iken, tahkîmü'l-hâl, şimdi mevcut olan durumun, önceden beri var olduğunun kabulüdür. Biri eskiye bakarak bu âna, diğeri şu âna bakarak eskiye ilişkin sonuç çıkarmaktır (Hacı Reşid Paşa, C. I, s. 44; Mehmed Seyyid Efendi, s. 359; Atar, s. 77. Ayrıca bkz. Mecelle m. 1776-1777; İlhan, s. 562-563).

¹⁸⁴ *Delil yokluğu ya da yetersizliği (fıkdan-ı delil)*; hakkında şer'î bir delil olmayan şeyin, yokluğuna (nefy) hükmetmektir (Hacı Reşid Paşa, C. I, s. 44).

¹⁸⁵ *Taklid*; bir kimseye uymak konusunda bir şer'î delil olmadığı hâlde, sözlerinde isabet ve haklılık (musîb ve muhık) olduğuna inanarak ona uymak ve görüşünü benimsemektir (Hacı Reşid Paşa, C. I, s. 45).

kalbdir¹⁸⁶. *Bilmen*, bunlara şerâyi-i sâlife¹⁸⁷, istidlâl bi-ademi'l-medârik¹⁸⁸, maslahat ve örf-âdet gibi eklemeler de yapmıştır¹⁸⁹.

Maslahat, bir işin kişi ve toplum için en iyi şekilde çözüme kavuşturulmasında itici güç olan her şeydir. “Dinî-dünyevî”, “zorunlu- hâcib-tahsinî”, mürsel-mûteber-merdûd¹⁹⁰ gibi ayrımlara tâbî tutulabilir. Maslahatın olumsuzuna mefsetet denmektedir¹⁹¹.

İstishab deliline dayanılarak meydana getirilen küllî kâideler vardır. “Eşyada aslo-lan ibâhedir”¹⁹², “Berâet-i zimmet asıldır”¹⁹³, “Şek ile yakîn zâil olmaz”¹⁹⁴ ve “Bir şeyin bulunduğu hâl üzere kalması asıldır”¹⁹⁵ küllî kâideleri bunlar arasında sayılabilir. Bunlar aynı zamanda Mecelle'nin genel kâidelerindedir.

Örneğin, bir alacak-borç ilişkisinde alacaklı olduğunu iddia eden ile borçsuz olduğunu iddia eden iki kişi karşı karşıya gelmektedir. Burada alacaklı, iddia sahibidir (müddeî). İddiasını ispat için, öncelikle borçlunun zimmetinde bir borç bulunmadığına ilişkin ön kabulümüzü ortadan kaldırmak için delil getirmesi gerekir. İstishaba dayalı genel kurala göre, aksi isbatlanmadığı müddetçe herkesin borçsuz olduğu kabul edilmelidir¹⁹⁶.

Yukarıda sayılan her bir delilin farklı özellikleri vardır. Örneğin *Muhtar*'ın görüşüne göre tahkimü'l-hâl, olumsuz bir hükme, def'i sayılacak şekilde, hüccet olmakla birlikte bir şer'i hükmü isbat için hüccet olamazdı. Mecelle'nin 11'inci maddesinde yer alan; konulmuş bir emrin, yakın zamanlarına (akrab-i evkat) izâfe edilmesi¹⁹⁷ ve aynı kanunun 1776'ncı maddesinde açıklanan “değirmen” meselesinde¹⁹⁸, hüküm tesis ederken mevcut durumun, tahkim edildiği görülmektedir¹⁹⁹.

¹⁸⁶ Dış delillerden hiç birinin olmaması durumunda, şer'î hükmü belirleyebilmek (tesbit) için çoğunlukla kalbin tanıklığı deliline başvurulur. Yargılama aşamasından olan bilirkişi (ehl'i-hıbre) delilinin, hâkim tarafından takdir edilmesi akla gelen kalbin tanıklığı örneklerindedir (Hacı Reşid Paşa, C. I, s. 43; Ali Haydar Efendi, C. I, s. 349; Akgündüz, *Mukayeseli*, s. 419; İlhan, s. 112-113). Şehadet-i vicdan için bkz. Ekinci, *İslâm Hukuku*, s. 148-149.

¹⁸⁷ *Şerâyi-i sâlife / şer'u men kablânâ*; eski milletlere peygamberler yoluyla bildirilen hukuklar/şeriatlerdir. Bunların aynen kullanılması değil, fakat tarihsel bir etkisi söz konusu olabilir (Bilmen, C. I, s. 197-198; Hanbelî, s. 257; Ekinci, *İslâm Hukuku*, s. 141; Kaşıkçı, s. 71; Avcı, s. 68).

¹⁸⁸ *İstidlâl bi'l-medârik*; varlığına bir delil bulunmayan bir olgunun yokluğuna hükmetmektir. Bu doğru bir yol kabul edilmemiş ve fâsit hüccet sayılmıştır. Çünkü varlığına delil olmayanın yokluğuna da delil yoktur. O hâlde hem var hem yok kabul edilemeyeceğine göre, yokluğa hükmetmek de yanlış olacaktır. Bu durumda hiçbir yargıya varmamak yani durmak (tevakkufl) gerekir. Bilmen, C. I, s. 199.

¹⁸⁹ Bilmen, C. I, s. 197-198; Kaşıkçı, s. 72.

¹⁹⁰ *Merdûd* reddedilen, delil kabiliyeti bulunmayan rivâyettir.

¹⁹¹ Bilmen, C. I, s. 12-13; Kaşıkçı, s. 73.

¹⁹² Bilmen, C. I, s. 298.

¹⁹³ *Mecelle*: m. 8 (İlhan, s. 46-47); Gür, s. 119.

¹⁹⁴ *Mecelle*: m. 4 (İlhan, s. 46-47); Gür, s. 117.

¹⁹⁵ *Mecelle*: m. 5 (İlhan, s. 46-47); Gür, s. 117-118.

¹⁹⁶ Mehmed Seyyid Efendi, s. 360.

¹⁹⁷ Gür, s. 119; İlhan, s. 46-47; Akgündüz, *Mukayeseli*, s. 99.

¹⁹⁸ İlhan, s. 562-563; Akgündüz, *Mukayeseli*, s. 760.

¹⁹⁹ Hacı Reşid Paşa, C. I, s. 44. *Mecelle*: m. 1776-1777 (İlhan, s. 562-563).

1176'ncı madde kiraya veren (mûcir) ile kiracı (müstecir) arasındaki bir değirmen kirasını konu edinmektedir. Kiracı, kira süresi içinde iken, değirmenin suyunun bir süreliğine kesildiğini ileri sürerek, o süreye karşılık gelen müddete karşılık gelen kira payının, toplam kiradan (ücret) düşürülmesini istemektedir. Bu iddia, kira süresi dolduktan sonra ileri sürülmektedir. Karşı taraf ise, onun iddialarını inkâr etmekte olduğundan, aralarında uyuşmazlık çıkmış ve olay hâkim huzuruna getirilmiştir. Olayda çeşitli ihtimallere göre farklı sonuçlara varılması mümkündür. Ancak tarafların uyuşmazlığı suyun kesilme süresinde olmayıp, doğrudan doğruya kesilip kesilmediğinde (asl-ı inkıta) ise, bir başka ifade ile, kiraya veren suyun kesildiğini dahi kabul etmiyorsa, kararda mevcut durum esas alınır (hâl-i hazır tahkim olunur)²⁰⁰.

II. Mecelle'nin Maddelerinin Kaynakları

A. Genel Olarak

Mecelle yapıldığı sırada Osmanlı Devleti'nde ikili bir yargı sistemi vardır. Bir yandan şer'î mahkemeler, öte yandan ticarî davalara bakan ticaret mahkemeleri ve karma divanlar bulunmaktadır²⁰¹.

Mecelle'nin Gerekçesi'ne göre, fihhın dünyaya ilişkin hükümleri muâmelat, ukûbat ve münâkehattir. Batı kanunları da bu üç kısma ayrılmakta ve muâmelat kısmına, medenî kanun denmektedir. Ancak ticaret mahkemesinin görev alanına giren bir konu da olsa özel hukuka ilişkin bir yargılama söz konusudur. Ticaret kanunu özelleşmiş ve muâmelattan ayrılmıştır. Batılı ülkelerde de ticarî işlemler, Medenî Kanun dışında bir Ticaret Kanunu ile düzenlenmeye başlanmıştır. Ancak ticaret mahkemesinde görülen bir davada dahi, ticaret dışındaki hususlarda karar verilmesi gerekebilmektedir. Bu durumda özel hukukun genel düzenlemesi olan medeni/borçlar kanununa başvurulmaktadır²⁰².

Osmanlı Devleti'nde davanın bir kısmı örneğin, ticaret mahkemesinin, bir kısmı şer'î mahkemenin alanına girebilirdi. Bu iki hukukî yapı, gerek kaynakları gerekse usûlleri bakımından farklı idi.

Mecelle'deki hükümlerin kaynakları Gerekçe'de²⁰³ Hanefî ekolünün görüşleri olarak belirtilmiştir. Kanun yapılırken başka bir mezhebin görüşünden yararlanılmamıştır. Ancak Hanefî ekolünün²⁰⁴ sadece baskın görüşü değil, mezhep içi hukukçuların ferdî içtihatla-

²⁰⁰ Ali Haydar Efendi, C. 4, s. 411. Bir kimsenin hânesine akan suyunun sonradan mı oluştuğu, yoksa eskiden beri mi var olduğu konusundaki uyuşmazlığın düzenlendiği Mecelle'nin 1777'nci maddesinde mevcut durumun, davaya mesned kabul edilmesinin bir diğer örneği bulunmaktadır (Ali Haydar Efendi, C. 4, s. 411).

²⁰¹ Gür, s. 99; Ekinci, *Mahkemeler*, s. 105.

²⁰² Gür, s. 99-100.

²⁰³ Gür, s. 98. Sadeleştirilmiş metin için bkz. Akgündüz, *Mukayeseli*, s. 47.

²⁰⁴ İslâm hukukunun ilk dönemlerinden itibaren hukukçular Kur'an ve Sünnet metinlerini incelemiş, onlardan tümdengelimle hükümler çıkarmış, bunları somut olaylara uyguladıkça, genel kâideler elde etmişlerdir (tümevarım/istikrâ). Bazı kaynaklarda fıkıh kurallarının, *masnun* ve *müstenbat* olarak ayrılmasının sebebi budur (Kızılkaya, s. 92).

rından da yararlanılmıştır. Bunların hangi konularda olduğu ve tercih sebepleri hakkında Gerekçe’de açıklamalar yapılmıştır²⁰⁵.

Mecelle’de başlangıcın ikinci makalesinde *İbni Nüceym*’e atf yapılarak yer verilen küllî kâidelerin²⁰⁶ doğal hukuk ve modern hukukun son aşamada vardığı esaslarla uyumlu olduğu dikkat çekmektedir²⁰⁷.

Mecelle İslâm hukuk sisteminin esas alındığı bir kanun olduğu için kaynakları da İslâm hukukunun kaynaklarıdır. Mecelle İslâm hukukunun gelişim sürecindeki Kanunlaştırma (Taknin) Devri’nin bir ürünüdür. Bu devir Osmanlı Devleti’nin Tanzimat Fermanını ilânıyla başlatılmaktadır. İslâm hukukunda zamanla büyük boyutlara ulaşan içtihatları ayıklamak, bir araya toplayarak genel hükümler çıkarmak ve mahkemelerde aynı içtihatların tercihini sağlamak sûretiyle yargıda birliği kurma ihtiyacı her devirde doğmuştur. Osmanlı Hukukunda hâkim mezhep uygulaması bu ihtiyacın bir sonucudur²⁰⁸. Fakat buna rağmen bir mahkeme zorunlu ise gerekçesi yerinde ise somut olayda mezhep içinden bir başka görüşe de başvurulabilirdi.

Kâdî ve müftî atamalarının belli bir mezhepten hukukçulardan yapılması, Ebussuûd Efendi döneminde padişahın şer’î hukukta düzenleyici rol üstlenmesi²⁰⁹, Anadolu ve Rumeli mahkemelerinde kadıların Hanefî mezhebinin baskın (esahh) görüşü dışında bir görüşe göre karar verilmesinin yasaklanması²¹⁰, kanun devletine doğru gidişin göstergeleri olarak kabul edilmektedir²¹¹. Mecelle yapılırken, hukukçulardan kanunlaştırmaya yönelik bir itiraz gelmemiştir. Bunda Osmanlı tarihindeki hem örfî kanun geleneğinin, hem de şer’î hukuktaki münferit

²⁰⁵ Alım satım akdinde (temlik-temellük), akid esnasında ileri sürülen şartlar konusunda, mevcut olmayan malın satışı (Mecelle, m. 197, 205), bir yığın misli malın kilosu üzerinden anlaşılacak satışında (şübrâ), şart seçimliğinde sürenin belirlenmesinde, nakit seçimliğinde, istisna akdinden dönmede tercih edilen farklı görüşler ve gerekçeleri için bkz. Mazbata, Akgündüz, *Mukayeseli*, s. 51. Ayrıca bkz. İlhan, s. 74-77.

²⁰⁶ Demir, *Mecelle*, s. 16; Belgesay, s. 563; Kızılkaya, s. 33, 230; Karakoç, s. 94. *İbni Nüceym* hakkında bilgi için bkz. Gür, s. 108, n. 68.

²⁰⁷ Hanefî doktrinde bazı kavâid (kaideler) kitapları için bkz. Yıldırım, s. 25-27.

²⁰⁸ Aydın, *Hukuk ve Adalet*, s. 86; Cin-Akyılmaz, s. 87. Başlangıçta farklı birçok içtihat arasında bir hiyerarşi yoktu. Sonradan baskın görüşün (esahh-ı akval) belirlenerek, mahkemelerde bunun tercih edilmesi sağlanmıştır. İslâm hukukunun oluşmasında yasama organının rolü olmadığı; bizzat hukukçular hukuku olduğu açısından yaklaşan kimi hukukçular, devletin resmî mezhep uygulamasını doğru bulmamışlardır. Türk devletlerinde Büyük Selçuklu Sultanı Tuğrul Bey’den itibaren Hanefî doktrin tercih edilmiştir (Aydın, *Hukuk ve Adalet*, s. 87-88). İbni Sînâ da Hanefî’dir (Ansay, s. 39).

²⁰⁹ Bu uygulama, o zamana kadar kadılarca uygulanan *esahh* kavil dışında bir hükmün uygulanabileceğinin, padişah onayıyla belirlenmesi şeklinde yapılmıştır (Aydın, *Hukuk ve Adalet*, s. 90). Ayrıca bkz. Aydın, *Tarih*, s. 91.

²¹⁰ Bunun anlamı baskın görüşün dışında bir görüşü hiç kullanmamak demek değildir. Eğer kullanılacaksa padişah onayı ile yapılabilirdi. Buna ilişkin Ebussuûd Efendi’den fetvâ örnekleri için bkz. Aydın, *Tarih*, s. 91, n. 74-76.

²¹¹ Kadınlara, kötü muamele nedeniyle kocalarını boşayabilmeleri ile ilgili hukukî süreçteki gelişim için bkz. M. Akif Aydın, “Osmanlı Hukukunda Kazaî Boşanma, Tefrik”, *Osmanlı Araştırmaları*, C. V (1986). Köksal-Dönmez, s. 202.

kanunların etkisi olmalıdır²¹². Hukukta ihtiyaçlar ve zorunluluklar her zaman önem taşımaktadır.

B. Mecelle'nin Hükümlerinin Dayanakları

Fıkıh bilimi meseleler açısından, “fıkıh meselelerinin ilkeleri (mebâdi-i mesâil-i fıkhiyye)” ile “fıkıh meseleleri (mesâil-i fıkhiyye)” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır²¹³. Fıkıh meselelerinin ilkeleri, kavramsal ilkeler/tasavvur ilkeleri (mebâdi-i tasavvuriyye) ile onaylama ilkeleri (mebâdi-i tasdikiyiye) olmak üzere bir ayrıma tâbî tutulabilir. Meselelere dayanak olan ilkeler, fıkıh biliminde doğrudan doğruya kastedilen (maksud-ı bizzat) meseleler değildir. Fakat fıkıh meseleleri bunlara dayandırılmak zorunda olduğundan, bilinmeleri ve açıklanmaları gerekmektedir.

Sonra gelen, asıl hükümler fıkıh meseleleridir. Bunlara maddeler (mevâdd) de denir. Bunlar dayanak hükümler (mebâdi) değildir. Fakat bir konunun anlaşılması için o konuyla ilgili tanımlar, ayrımlar ve terimlerin bilinmesi gerekmektedir. Bu nedenle Mecelle'nin her kitabının başında o kitap içeriğine ilişkin tanımlar, ayrımlar ve terimlerine yer verilmiştir. Bunlara kavramsal ilke veya dayanaklar (mebâdi-i tasavvuriye) denmektedir²¹⁴. Kavramsal asıllar, konu ile ilgili olarak, zihinde ilk beliren şekillerdir. Mecelle'nin bu şekli dahi mantık ilkelerine ne kadar uygun olduğunu anlatmaya yeterlidir. Çünkü mantık süreci zihindeki tasavvurlarla başlamaktadır.

Tasavvur, bir şeyin sûretinin insanın aklında şekil kazanmasıdır. Mantıkta ilim, tasavvur ve tasdik olarak ikiye ayrılmaktadır. Tasavvurların kaynakları beş tümel; amacı ise, tanımdır. Tasdikler hüküm cümleleri olup, bunların amacı ise, kıyas yapmaktır. Burada hüküm, hukuk açısından Kur'an ve Sünnete uygun bir çıkarım olması durumunda önem taşımaktadır. Kıyas, yeni bir kompozisyonun kurulmasıdır. Kıyasın sağlamlığı veya zayıflığı, önermeler arasındaki bağa bağlıdır. Bilginin değeri sağlamlığına, kaynağına, güvenilirliğine göre farklılaşmaktadır²¹⁵. Başka bir deyişle aynı hüküm, gözleme dayanılarak elde edilirse farklı, söylentiye dayalıysa farklı anlam taşımaktadır. Mecelle'de önce tanımlar yapılmış ve tasavvurî ilkeler belirlenmiştir.

Onaylama ilkeleri/dayanakları, fıkıh meselelerinin isbatı için getirilen delillerdir. Bu delillendirme fıkıh ilminde kullanıldığı şekliyle mantıkî bir akıl yürütme sürecinin bir aşamasıdır. Mecelle'nin maddelerinin Hanefî hukukçuların İslâm hukukunun aslî kaynaklarından istinbatla elde ettiği hükümler oldukları, bu sebeple Kur'an, Sünnet, İcmâ ve Kıyasa dayandıkları kolaylıkla söylenebilir. Her mezhebin ayrı bir delillendirme sistemi olduğu için bir kanunda tek bir mezhep tercih edilmiştir²¹⁶. Bir ülkede uygulanacak olan

²¹² Aydın, *Hukuk ve Adalet*, s. 95.

²¹³ Mebâdi, *mebde*'in çoğuludur. Mebde', başlama, başlangıç, ağız, baş, ibtidâ-i zuhur demektir. Tasavvur ise; zihinde sûret verme, fikren kurma, bir fikir peydâ etme anlamlarına gelir (*Kâmus-ı Türkî*). Aklın, bilimlerin veya varlığın ilkesi anlamına gelen sözcük, kendinden önce bir önermenin gelmediği, bir ilimde problem çözmek için kullanılan, kanıt teşkil eden ilk önermemelerdir. Bunun yerine günümüzde *ilke* sözcüğü kullanılmaktadır (Kutluer, s. 210).

²¹⁴ Hacı Reşid Paşa, C. II, s. 7.

²¹⁵ Filizok, s. 3.

²¹⁶ Örnek için bkz. Kızılkaya, s. 98-99.

tüm hukuk sistemi için tek bir mezhebin esas alınması, aynı kaynak sistemi ve sıralamasına dayanması bakımından daha uygundur.

Mezhepler arasında Kur’andaki hükümlerin tanımlanmasından başlayarak²¹⁷ birçok farklılıklar vardır. Örneğin, kulların fiillerine (ef’al-i îbâd)²¹⁸ ilişkin olan ve ilâhî hitap ile belirlenmiş bulunan eser/sonuç anlamına gelen “hüküm”²¹⁹, usûl ilminde Hanefî ve Şâfiîler tarafından tanımlanışına bakılırsa, bir ülkede hukuk düzeni tesis ederken tek bir mezhep üzerinden gitmenin önemi ortaya çıkmaktadır. Hanefîlere göre *hüküm*, “Allah’ın iktizâ²²⁰, tahyîr²²¹ ve vaz²²² bakımından mükelleflerin fiillerine ilişkin *hitabının eseridir*”. Buna göre Mâide Sûresi’nin 1’inci âyetindeki “*akitleri yerine getiriniz*” ifadesi, Allah’ın kullarına bir hitabı olup aynı zamanda akdin ifasını zorunlu (vâcip) kılan bir hükümdür²²³.

Şâfiîlere göre ise hüküm, “Allah’ın talep, tahyîr ve vaz’ bakımından mükelleflerin fiillerine ilişkin *hitâbudur*”. Yukarıdaki akdin ifasının zorunlu kılınmasına ilişkin hüküm örneği burada da verilebilir²²⁴.

Şârî’in (Allah) hitâbı, Allah’ın kelâmı demektir. Dar anlamda Kur’an’da yer almakta olan âyetlerdir. Fakat geniş anlamda sünnet, icmâ ve diğer şer’î delilleri de kapsamaktadır. Usûlcülere göre, Allah’ın hitabından, sadece mükellef fiillerine ilişkin olanlar hüküm olarak vasıflandırılabilirler. Kur’an’da yer alan diğer konular, örneğin geçmiş kavimlerle ilgili hikâyeler veya başka canlılara ilişkin ifadeler hüküm sayılmazlar²²⁵.

Mecelle’deki hükümler oluşturulurken dil ve mantık kurallarının göz önünde bulundurulduğu açıkça görülmektedir. Örneğin alım-satımı tanımlayan 101’inci maddede akdin kurulması için gereken îcap ve kabulün sözlük anlamları ve terim olarak anlamları ayrı ayrı

²¹⁷ Hükümün sözlük anlamı, “yasaklamak”, “karar vermek” veya “bir şeyi bir başka şeye isnad etmek, dayandırmak”tır. Felsefe ve mantık bilimlerinde iki fikir arasında olumlu ya da olumsuz bağlantı kurmaya (isnad); bunu idrak etmeye de hüküm denmektedir (*Kâmus-ı Türkî*; Bilmen, C. I, s. 27; Atar, s. 113). Fıkıhta hüküm, yargılama sonunda varılan karardır. Fıkıh usûlünde ise bir şey üzerine terettüp eden eser/sonuç anlamında kullanılmaktadır (Atar, s. 113). Ayrıca bkz. Bilmen, C. I, s. 218.

²¹⁸ *Mükellefin fiili*, hükümün sadece mükellef olan insanın fiillerine ilişkin olabileceğini, eşyaya ya da genel anlamda bir fiile ilişkin bulunmadığını ortaya koyan bir sınırlamadır. Örneğin “çalışma vaciptir/haramdır” ya da “şu eşya/mal haramdır” şeklindeki ifadeler doğru değildir. Çünkü haram olan, bir malın kendi varlığı değil; onun yenilmesi, satılması, kullanımı vs. şeklindeki bir fiildir. Hüküm bu fiile ilişkindir.

²¹⁹ Hacı Reşid Paşa, C. I, s. 46.

²²⁰ *İktizâ ve talep*; bir şeyin yapılmasını veya yapılmamasını istemektir. Yapılması istenen fiil için, zorunluluğun derecesine göre, farz-vacip-mendup sözcüklerinden biri kullanılır. Allah kulundan bir fiili yapmasını/ yapmamasını isteyebilir (talep); bir işi yapmasının daha iyi ve güzel olduğunu söyleyip, teşvik edebilir (mendup). Bunlar iktizâ yolu ile mükellefin fiiline bağlanan hitaptır (Bilmen, C. I, s. 219).

²²¹ *Tahyir*, bir işin yapılması veya yapılmamasını aynı derecede istemektir. Mendup sözcüğü ile ifade edilen bu durum seçme hakkının kişiye bırakılmasıdır.

²²² *Vaz’* sözcüğü, bir şeyi, başka bir şeyin sebebi, illeti, rüknu, şartı veya engelinin işareti kılmaaktır.

²²³ Ali Haydar Efendi, C. I, s. 12-13; Mehmed Seyyid Efendi, s. 66; Atar, s. 11, 116.

²²⁴ *Fevâitih*, I, s. 54’den aktaran, Atar, s. 113.

²²⁵ Atar, s. 113.

değerlendirilerek, kanun koyucunun hükmü hangisine tahsis ettiği belirtilmiştir²²⁶. Örneğin, icapta bulunan kişi karşı tarafa, kabul konusunda bir seçim hakkı tanıyarak, kendisini onun cevabına kadar bağlamaktadır. Kabul ile birlikte sözleşme kurulmaktadır²²⁷.

Mecelle'nin kâidelerinin oluşmasında mezhep hukukçularının büyük etki ve katkısı vardır. Örneğin İmam Muhammed, Medinelilerin sedd-i zerâyi uygulamasını eleştirirken, “şek ile yakîn zâil olmaz” kâidesine dayanmıştır (Mecelle, m: 4). Mezhep imamlarının görüşleri mutlaka asıllara dayanır. Ebû Hanife'nin içtihat yaparken daima yakîni uyguladığı ve şüpheliyi bıraktığının örnekleri çoktur²²⁸.

Her sözleşme türünün, Kur'an ve Sünnet'teki dayanak âyetleri veya hadisleri farklı farklı olduğu için, Mecelle'de de her hukukî mesele ayrı ayrı maddeler hâlinde düzenlenmek yoluna gidilmiştir²²⁹. Örneğin, satım akdinde taraflarca bilinmeyen, bu nedenle üzerinde anlaşılmamış olan bir unsur varsa, akit fâsîd olmaktadır²³⁰. Eski tâbirle; “Meçhûl-i bey' fâsiddir” kuralının nasıl çıkarıldığına bakalım. Geriye doğru giderek, bu kurala nasıl ulaşıldığının zihinsel süreçlerinin izinin sürülmesi gerekir. Sonuca varmamızı sağlayan öncüllere bakılırsa; “Bilmemek çekişmeyi (nizâ) gerektirir”, “Satımın sıhhati rızalara bağlıdır”²³¹, “Çekişme rızaya aykırıdır. Her ikisi aynı anda bulunamaz” şeklindeki hükümler olduğu görülür. Sonuçta, “satımda bilmemek, akdın sahih olmasına engel olur” hükmüne varılmaktadır. Tarihin her devrinde bu kıyası kim yaparsa yapsın aynı sonuca ulaşır. Aynı çıkarım yöntemi fâsîd ve batıl akit tanımlanırken de kullanılabilir.

Yukarıda yapılan açıklamayı anlayabilmek için en başta “bey”, “fâsîd” ve “sahih” kavramlarının zihinlerde hangi tasavvuru uyandırması gerektiği belirtilmelidir. Bu tanımlar üzerinde anlaşılması gerekmektedir. Örneğin, Şâfiî ekolüne göre sözleşmeler, ya sahih ya batıldır. Başka bir deyişle fâsîd ve bâtil aynı anlamdadır. Batılandan başka bir de fâsîtlük (fesat) durumu ayrıca tanımlanmamıştır²³². O nedenle kanunun, hangi hukuk mezhebine (ekol) göre kurgulandığı büyük önem taşımaktadır. Ayrıca sözü geçen kelimelerin kullanım yerinin ve anlamlarının, kaplam ve içlemlerinin tanımlanması da gerekmektedir. Tüm bunların Mecelle'nin kitaplarının giriş kısımlarında tanımlanmalarına kavramsal ilkeler denmektedir. “Rızanın çekişme ile bir arada bulunamaması” ile “bilmemenin, satım akdini fesada uğratacağı”nın beyan edilmesi gibi hükümler ise, onaylama ilkelerindedir²³³.

²²⁶ Menkul ve mürtecel kavramları hakkında bkz. Hacı Reşid Paşa, C. 2, s. 5-6; Ali Haydar Efendi, C. I, s. 132; Bilmen, C. I, s. 5-6.

²²⁷ *Aynî*'den aktaran Ali Haydar Efendi, C. I, s. 132, m. 101-102.

²²⁸ Gür, s. 117, 121; Kızılkaya, s. 96. Konu ile ilgili bir diğer örnek, “Alâ hilâfi'l-kıyas sabit olan şey, sâire makîsünaleyh olmaz” kuralıdır (Mecelle, m: 15). Bunun anlamı, kıyasa aykırı şekilde sabit olan bir hükmün başka bir hükme kıyas aslı yapılamayacağıdır (İlhan, s. 46-47; Gür, s. 121).

²²⁹ Ekinci, *İslâm Hukuku*, s. 41.

²³⁰ Tahâvî, s. 177, 179; Sâğircî, s. 494-497; Aydın, *Tarih*, s. 379.

²³¹ Bu hükmün dayanak âyeti, “Ey iman edenler! Aranızda mallarınızı haksız yollarla yemeyin. Bu konuda izleyeceğimiz tek yol, karşılıklı rıza ile yapacağınız ticarettir” âyetidir (*Kur'an*, Nisa: 29).

²³² Tahâvî, s. 184, n. 250; Sâğircî, s. 493. Ayrıca bkz. Keskin, s. 107.

²³³ Hacı Reşid Paşa, C. 2, s. 7.

Uygulamaya yönelik (amelî) şer'î meseleleri çıkarmak için hukukçuların dört ana kaynaktan aldıkları ve hükme dayanak kıldıkları deliller, onaylama ilkesi türündendir. Çünkü fikhî meseleleri isbatta her biri bürhan olup, müsellemtan (aksiyom) kabul edilen bu dört delilin hüccet olduğu kesindir²³⁴.

Mecelle'de her kitabın başında kavramsal ilkelere yer verilmişse de, sadece beş on yerde, ilgili onaylama ilkelerinden söz edilmiştir. Oysa *Hacı Reşid Paşa*'ya göre, yukarıdaki satım örneğinde olduğu gibi, fıkıh meselelerinin sonucunu anlayabilmek için, kavramsal ilkelerden çok, onaylama ilkelerinin bilinmesi gerekmektedir. Bunlar bilinmeden sadece meselelerin hüküm ve sonuçlarının bilinmesi kısa süre için hukuk düzenini sürdürmeye yetse de bir ülkedeki hukuk uygulamalarının sistem hâlini almasını sağlamaz. Bir hukuk düzeninin hukuk sistemi olabilmesi için zaman zaman kendisini özüne uygun şekilde yenileyebilmesi gerekmektedir. *Hacı Reşid Paşa*, Mecelle Cemiyeti'nin bunlardan söz etmemesi bir eksiklik değil, şerh yazarlara bırakılmış bir iştir²³⁵.

C. Küllî Kâidelerin Kaynakları

1. Genel Olarak

Mecelle'nin Makale-i Sâniye başlığı altında küllî kâideler yer almıştır²³⁶. Kâideler öncelikle usûl ve furû kâideleri olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Usûl kâideleri fıkıh usûlünün tanımında geçen tafsilî delillerinden tikellerine uygulanan külliyât, malûmat ve küllî kavramlar (mefhum) olup ayrıca usûl meselelerine ait küllî kâiziyelerdir²³⁷.

Küllî kâideler büyük ölçüde *İbni Nüceym* ve *Hâdimî* gibi Hanefî kavâid (kâideler) yazarlarının eserlerinden alınmıştır²³⁸.

Birçok cüz'î meselenin dayanakları olan bu kurallar tümevarımla (istikrâ)²³⁹ elde edilen soyut, genel kapsamlı ve veciz bir şekilde ifade edilmiş kâidelerdir. *İbn Nüceym*, küllî kâidelerin fıkıh usûlünün bizzat kendisi olduğunu düşünmüştür. Fıkıh kitaplarında genel olarak "ahkâm" adı verilen hükümler, mükellefin fiillerinin hükmünü belirten kâiziyeler / cümlelerdir. "*Ma'dumun bey'i batıldır*" önermesi buna örnek gösterilebilir. Fakat bunlar

²³⁴ Ancak bu durum bizi, nassların kesinlik taşıdığı için durağan olduğu ve toplumsal hayatın gelişmesine uyum sağlayamayacağı gibi bir sonuca götürmemelidir. Hüküm çıkarma yollarını ve esneklikleri iyi bilen biri böyle bir yanılğı içerisine düşmez. Nasslar kesinlik taşısa da esnektiler. Kıyas hukukun matematiği; istihsan ise, hakkaniyet ve dağıtıcı adaleti sağlayan bir yumuşatıcıdır. Mesâlih-i müresele yaşamada esnekliğin son sınırı sayılmaktadır (Hanbelî, s. 18, 29).

²³⁵ Hacı Reşid Paşa, C. 2, s. 7.

²³⁶ Kızılkaya, s. 75. Küllî kâide yerine "kanun" sözcüğünü kullanan yazarlar da vardır (Kızılkaya, s. 86).

²³⁷ Usûl kâideleri "haber-i vâhid zan ifade eder" örneğinde olduğu gibi delillerle ilgili hususları konu edinir. Fikhî kâideler mükellefin fiilinin (özne) sonucunu (yüklem) belirtir (Kızılkaya, s. 87).

²³⁸ *Debbûsî'nin* Tesisü'n-Nazara dlı kitabının, Mecelle'nin küllî kâidelerine etkisi hakkında bkz. Kızılkaya, s. 159.

²³⁹ İstikrâ burada tikellerin incelenerek genel kâidelere ulaşılması olarak anlaşılmalıdır (Kızılkaya, s. 63, 306).

her zaman küllî kâide veya fıkıh kâidesi olmayabilir²⁴⁰.

Küllî kâideler, Kur'an, Sünnet, icmâ, kıyas ve istihsan kaynaklı küllî kâideler olmak üzere kaynaklarına göre beşe ayrılmaktadırlar²⁴¹. Her kanunun hükümlerinin, belli bir asla/kâideye bağlanabilen veya döndürülebilen bir illeti olmalıdır. Bu asıllar, bütün hâlinde o kanunun mantığını oluşturmaktadırlar. Mecelle'nin küllî kâideleri, *Berki*'ye göre, kanunun dayandığı asıllardır. Ama kanunun asılları bu 99 madde ile sınırlı değildir. Kanunun geri kalan asılları ve dayanakları fıkıh ilminin kapsamı dâhilinde belirtilmektedir. Mezhepler arası tartışmalarda âlimler, kendi görüşlerinin ne denli sağlam olduğunu ortaya koymak için kâide yerine "el-asl" ifadesini de kullanırlardı²⁴².

Medenî, Borçlar ve Ticaret kanunlarında ana kâideler ayrı ayrı belirtilmemiş, usûlüne göre, gerektiğinde hâkimlerin çıkarması (istihraç/tahriç) ve istinbat yapması istenmiştir²⁴³. Küllî kâide hükümleri cüz'î meselelerin tamamı/çoğu için geçerlilik taşımaktadır²⁴⁴.

2. İstihraç

İstihraç/tahriç, çıkarmak anlamına gelen bir sözcüktür. Fakat farklı bilim dallarında farklı anlamlarda kullanılmıştır. Örneğin, hadis biliminde bir hadisi isnadıyla birlikte nakletmek demektir. Bir hadis kitabındaki hadislerin tümünü tüm isnatlarıyla ve ilk râvîsiyle birlikte göstermek, sıhhat durumunu açıklamak, eksik ve fazlalarını belirtmek de bir tür tahriçtir²⁴⁵.

Kâidelerin kaynakları arasında nasslar, hukukçu ve bilginlerin içtihatları ve içinde yaşanılan toplumun kültürel kabullerinden elde edilen kurallar bulunmaktadır. Doktrinde fikhî kâidelerin âyet ve hadislerden ilham alınarak oluşturulduğu ve fakat bir kâidenin doğrudan doğruya nasslardan bir delile dayanmasının zorunlu olmadığı görüşü²⁴⁶ kabul edilmiştir. Nasslar dışında olduğu belirtilen kâideler genel mantık kuralları, kültürel unsurlar ve atasözleridir. Fakat tüm bunların da fikhî kâide olabilmesi için bir nassla desteklenmesi; nassın etki alanına dâhil olması veya İslâm hukukunun genel esasları ile uyumluluğu gerekmekte idi. Ne kadar eski zamanlardan beri kullanılan bir atasözü de olsa eğer nasslara veya genel esaslara uygun değilse kâide olarak kabul edilemez.

Mecelle'deki tüm hükümlerin açıkça bir nassa dayanan (mensus) ve sükûtî (meskût) olmak üzere iki türlü illeti vardır. Eğer hükmün açıkça nassa dayalı bir illeti varsa, hukukçunun işi daha kolaydır. Bu açık hükmü, ilişkili olan tüm meselelerde uygulayabilir. "*Emsali emsale kıyas*" adı verilen bu asıl, hem Mecelle'de hem de sonraki dönemde kullanılan bir

²⁴⁰ Kızılkaya, s. 297. İbni Nüceym hakkında bkz. Gür, s. 108, n. 68.

²⁴¹ Demir, *Mecelle*, s. 78-80.

²⁴² Gür, s. 107; Kızılkaya, s. 63.

²⁴³ Berki, *Mantık*, s. 73. *Asıl, kaide, zâbit, gâlip, zâhir, esas, eşbah ve 'n-nezâir* sözcükleri kaynaklarda birbiri yerine kullanılmıştır (Demir, *Mecelle*, s. 16; Yıldırım, s. 16-17). *Kaide* kavramı için bkz. Ali Haydar Efendi, C. I, s. 27.

²⁴⁴ Demir, *Mecelle*, s. 19; Yıldırım, s. 15-16.

²⁴⁵ Gelişgen, *Tahric*, s. 629.

²⁴⁶ Kızılkaya, s. 90. Örnek hükümler için bkz. Kızılkaya, s. 106.

genel esastır. Bu esasın kökeni, Hz. Ömer'in *Musa el-Eş'ari*'ye yazdığı mektuba kadar geri götürülebilir. Kur'an ve sünnette bildirilmemiş hususlarda hukukçunun, somut olayda, benzer ve emsalleri (eşbah ve 'n-nezâir) esas almasını; bunu yaparken Allah ve Hz. Peygamberine daha sevimli gelecek olanı tercih etmesinin gereği üzerinde durulmuştur²⁴⁷. Fakat illet gizli ise, hukukçunun, kendi zekâ, anlayış ve bilgisi ile nassın gizli anlam ve hükümünü çıkarma işlemini yapması gerekmekte idi²⁴⁸.

Örneğin Türk Medenî Kanunu'na göre, kanun aksini emretmedikçe, taraflardan her biri iddiasını ispatlamakla yükümlüdür (4721 sayılı TMK m: 6). Bu hükmün gerekçesi (illet ve menat), delil bulup getirmenin kişiye bir yük yüklemesidir. Çoğu zaman günlük hayatta işlemler kurulurken, delil elde edilmesi düşünülmez. Çünkü –kötü niyetli değilse– hiç kimse bir işlemi, “bozulursa delilim olsun” diye düşünerek yapmaz. Madde hükmünün illeti tespit edildikten sonra, artık somut olay farklı şekillerde de gelse, delil ve yeminin hangi tarafa yükleneceği kolaylıkla belirlenebilir²⁴⁹.

Mecelle'nin başlangıcında yer alan fıkıh kâideleri, şer'î delillerin özenle ve teknik bir şekilde seçilmiş bir özeti (zübde) gibidir. Kur'an'da hukuka ilişkin tüm hükümleri kapsayan, hukukçuların ayrıntı hükümlerini koyarken dayanak yaptıkları genel yasama âyetleri vardır. “*Şüphesiz Allah adaleti ve iyilik yapmayı ... emreder*”²⁵⁰, “*Allah insanlar arasında hüküm vereceğiniz zaman adaletli davranmanızı emreder*”²⁵¹ şeklindeki genel anlamlı âyetler olabildiği gibi, “*Ey iman edenler! Anlaşmalarınıza sadık kalın*”²⁵², “*Verdiğiniz sözü yerine getiriniz*”²⁵³, “*Allah size emanetleri; görev ve sorumlulukları ehline vermenizi ... emreder*”²⁵⁴ hükümlerini içeren anlaşmalara ilişkin âyetler de bulunabilir.

“*Allah sizin için kolaylık ister, zorluk istemez*”²⁵⁵, “*Allah size din hususunda hiçbir zorluk yükledi*”²⁵⁶, “*Allah size taşıyamayacağınız yükü yüklemez*”²⁵⁷ anlamına gelen âyetlerden elde edilen “kolaylık (teysîr) ilkesi” önce İslâm hukukuna, oradan da Mecelle'ye aktarılmıştır²⁵⁸. Dayanak hükümler sadece âyetler değildir. Dikkat edilirse hadislerin de benzer şekilde

²⁴⁷ “*Emsal ve eşbahu iyi öğren. Yanındaki meseleleri onlara kıyaslayarak hallet. Karşına çıkan meselelerde Allah'ın emrine en yakın olanı ve doğruya en çok benzeyeni esas al*” (Berki, *Mantık*, s. 74, n. 32; Demir, *Mecelle*, s. 21).

²⁴⁸ Berki, *Mantık*, s. 74.

²⁴⁹ Örnekler için bkz. Berki, *Mantık*, s. 77.

²⁵⁰ *Kur'an*, Nahl: 90.

²⁵¹ *Kur'an*, Nîsâ: 58.

²⁵² *Kur'an*, Mâide: 1.

²⁵³ *Kur'an*, İsrâ: 34.

²⁵⁴ *Kur'an*, Nîsâ: 58.

²⁵⁵ *Kur'an*, Bakara 185.

²⁵⁶ *Kur'an*, Hac: 78.

²⁵⁷ *Kur'an*, Bakara:286, A'raf: 42; Mü'minun: 62; Talak: 7.

²⁵⁸ Hanbelî, s. 23, 25; İkinci, *İslâm Hukuku*, s. 38. “Meşakkat teysiri celbeder (Zorluk, kolaylık gösterilmesi için sebep teşkil eder) (Mecelle m: 17) ve “Bir iş zıyk oldukça müttesi” olur” (Bir iş fazlaca sıkışırse kendiliğinden genişler) (Mecelle m: 18). İlkelerin açıklaması için bkz. Gür, s. 123, 126.

kâidelere kaynak teşkil ettiği açıkça görülmektedir. Bunlar arasında “Müslümanlar sözleşme şartlarına bağlıdır”, “zarar vermek ve zararı zararlarla gidermek yoktur”, “Delil davacıya, yemin inkâr edenedir”, “Kolaylaştırın, zorlaştırmayın” anlamındaki hadisleri sayılabilir²⁵⁹.

Yukarıda geçen kâidelerin tümü, İslâm hukukçuları tarafından benimsenen ve kullanılan genel kâidelerdir. Bunların çoğu müsellemtandır (aksiyom/postulat/öndöğru). Müsellemtat; ispatı imkânsız veya çok zor olan fakat her akl-ı selimin kolayca ve biraz düşünmekle tereddütsüz kabul edeceği ilkeler/gerçeklerdir. Örneğin Mecelle'nin 14'üncü maddesinin “*mevrid-i nassta içtihadı mesağ yoktur*” hükmü *İmam Muhammed*'in eserinde yer vermiş olduğu bir genel kâidedir²⁶⁰.

Mecelle'nin küllî kâidelerinin çoğu günümüzde var olan Hukukun Genel İlkeleri ile bire bir örtüşmektedir. Söz konusu ilkeler bugün de objektif hukuk kuralları olup müsellemtattan sayılmaktadırlar²⁶¹. Ancak Mecelle'ye göre hâkim bu ilkeleri, sahih bir nakil bulunmadıkça, doğrudan doğruya kararına temel alamazdı²⁶². Çünkü Kur'an, Sünnet, icma, kıyas ve istishab kaynaklı olan tüm kâidelerin dahi asıllarda dayanakları bulunması veya bunlarla doğrulanmaları zorunlu idi. Osmanlı Devleti'nin son dönemlerinde hâkimler tarafından yalnızca bir küllî kâideye dayanarak verilen kararların bu sebeple temyiz merciinde bozulduğu görülmektedir. Çünkü kararın özel hükme dayalı olarak verilmesi gerekmektedir²⁶³. Küllî kâideler kanun boşluklarının doldurulmasında büyük bir yer ve öneme sahiptir²⁶⁴.

III. Fıkıh Usûlünün Kaynaklarından Batı Hukukunun Kaynaklarına Geçiş ve Uyumlaştırma

A. Genel Açıklama

Mecelle'nin uygulamaya girdiği dönemde Osmanlı Devleti'nde, hem Batı hukukundan tercüme ile alınmış özel ve kamu hukuku düzenlemeleri, hem de şer'î hukuk ve mahkemeleri vardır. Eskiden beri Osmanlı Devleti'nde birçok kanun ve düzenleme yapılmıştır. Bunlar insanlar arasında yaygın olan tüm işlemleri düzenlemeye yeterli olmadığı aşamada yeni kanun yapılabilmemiş, fıkıh ilminin, bu konuda ihtiyacı karşılamaya yeterli bir iç dinamiğe sahip olduğu kabul edilmiştir. Fakat Tanzimat'ın ikili yargı-mahkeme yapısında Ticaret Kanunu gibi Batı kaynaklı düzenlemeler vardı. Bu ikisinin aynı ülkenin hukuk sisteminin, aynı anda birer parçası olarak kabul edilmesi sorun yaratabilirdi.

Mecelle, Hanefî mezhebinin görüş ve usûlünü esas alarak hazırlanmış, özel hukuka ilişkin yerli-millî özellik taşıyan bir kanundur. Bu mezhepte gerek hüküm çıkarılacak meselelerin çokluğu, gerek farklı müçtehit tabakalarının oluşması, gerekse dallanıp budaklanmış

²⁵⁹ Hanbelî, s. 29.

²⁶⁰ Gür, s. 121; Kızılkaya, s. 98.

²⁶¹ Örnekler için bkz. Belgesay, s. 561; Berki, *Mantık*, s. 120.

²⁶² Aksi görüşte olanlar da vardır (Demir, *Mecelle*, s. 75-76).

²⁶³ Mecelle'nin Gereği; Demir, *Mecelle*, s. 76-77; Yıldırım, s. 19; Kızılkaya, s. 92; Kaşıkçı, s. 206.

²⁶⁴ Demir-Deryal, s. 357.

olan bu dağınık içtihatlardan yeni hükümler çıkarılması çok zorlaşmıştır. Fakat kanunun yapılması bakımından olan bu zorluklar başarıyla aşılmıştır. Ancak gün geçtikçe Batı hukukunun kullanıldığı alan genişlemeye başlamış ve tam bir resepsiyon kaçınılmaz olmuştur.

Yüzyıllarca kullanmış olduğumuz bir hukuk sistemi her şeyiyle hafızalardan silinip atılamazdı. Bu yüzden Osmanlı Hukukunu yeni hukuk sistemi ile uyumlaştırmak gerekmektedir. Bu bağlamda *Ebul'ûlâ Mardin*, *Ali Himmet Berki* ve *Mustafa Reşit Belgesay* gibi hukukçular önemli bir rol üstlenmişlerdir. Sözü geçen büyük hukukçular yazmış oldukları eserlerinde, İslâm hukuku ve usulünü Batı hukukuna uyumlaştırma yollarını göstermişlerdir. Çalışmanın bu bölümünde özellikle kaynakları farklı olan bu iki sistemin uyumlaştırılması için ne gibi çalışmalar yapıldığı üzerinde durulmak istenmiştir.

B. Yeni Türk Hukuku'nun Kaynakları

1. Genel Olarak

Günümüzde Kara Avrupası hukuk sistemine dâhil olan ülkemizde pozitif hukukun kaynakları, yazılı (kanun) ve yazılı olmayan kaynaklar (örf-adet) olmak üzere ayrılmaktadır. Tanzimat döneminde bir yandan Batı'dan hukuk düzenlemeleri alınırken, öte yandan şer'i hukuk da muhafaza edilmiştir. Bu ikili yapı uzun süre devam edemezdi. Cumhuriyet'ten sonra hukuk alanında tam bir resepsiyon yapılarak bütünüyle Batı hukukuna geçiş sağlanmıştır²⁶⁵.

Cumhuriyet'in başlangıcında, ihtiyaç olduğu oranda yerli-millî hukukun, Batı hukuku ile telif edilmesi yaklaşımı benimsenmiştir²⁶⁶. Bu amaçla 1923 yılında Mecelle Vâcibât, Mecelle Ahvâl-i Şahsiyye, Usûl-i Muhakeme-i Hukukiyye ve Şer'iyye, Ticaret-i Bahriyye ve Berriyye, Usûl-i Muhakeme-i Cezâiyye ve Kanun-ı Ceza Komisyonları kurularak İslâm hukukunu esas alan bazı kanun tasarıları hazırlanmıştır²⁶⁷.

Cumhuriyet döneminin ikinci aşamasındaki kanunlaştırmalarda ise, Batılı devletlerin adlî kapitülasyonlarını, yeni kurulan Türkiye Cumhuriyeti üzerinde de devam ettirmek istedikleri açıkça görülmektedir. Batılı devletler Türkiye Cumhuriyeti'nin Batı hukuk sistemini alacağı konusunda garanti vermesini yeterli görmeyip, yeni kanunlarını hazırlarken, kanun komisyonlarında yabancı hukuk müşavirlerinden yararlanmasını şart koşmuşlar, ancak böyle yapılırsa kapitülasyonlardan vazgeçeceklerini söylemişlerdir²⁶⁸.

Mecelle Ahvâl-i Şahsiyye Komisyonu tarafından hazırlanmış özel hukuka ilişkin bir kanun tasarısı vardı. Lozan Andlaşması'nın 42'inci maddesi doğrultusunda Türkiye Cumhuriyeti aile ve kişinin hukuku konularında gayrimüslimlerin örf ve âdetlerine uygun

²⁶⁵ Berki, Mantık, s. 11; Bozkurt, s. 213; Aydın, *Batılılaşma*, s. 167; Cin-Akyılmaz, s. 566.

²⁶⁶ Bu görüşün delili olarak, 1921 Anayasası'nın 7'nci maddesinde, "ahkâm-ı şer'iyyenin tenfizinin, Büyük Millet Meclisi'nin görevleri arasında sayılmış olması" ile "yapılacak kanunlarda fıkıh hükümlerinin göz önünde bulundurulacağına belirtilmesi" gösterilebilir (Aydın, *Hukuk ve Adalet*, s. 325).

²⁶⁷ Aydın, *Hukuk ve Adalet*, s. 326. 1940, 1851, 1858 tarihli Ceza Kanunnâmeleri için bkz. Cin-Akyılmaz, s. 555-556.

²⁶⁸ Tarihsel süreç ve belgeler için bkz. Aydın, *Hukuk ve Adalet*, s. 327. Ayrıca bkz. Cin-Akyılmaz, s. 544.

hükümler getirmeyi taahhüt ettiğinden bunları belirlemek üzere karma heyetler de oluşturulmuştu. Türk hükümeti tüm bu hazırlıklara rağmen medenî hukukunu tamamen İsviçre Medenî Kanunu'na göre düzenlemeye karar verdiğini açıklayınca işler değişmiş, yukarıdaki karma komisyonlara gerek kalmamıştır. Tüm komisyonlar Adliye Vekâleti'ne başvurarak İsviçre Medenî Kanunu'nun alındığı takdirde Lozan Andlaşması ile kendilerine tanınan ayrıcalıklardan vazgeçtiklerini açıklamışlardır²⁶⁹.

Doktrindeki bir görüşe göre yabancı kanunlar, yerli doktrin ve uygulama ile birlikte uygulandığında zaten zaman içinde millîleşerek, yabancı karakterini kaybederdi. Günümüzde Türk hukuk sistemi her ne kadar şekil, kaynaklar ve uygulama biçimi açısından Kara Avrupası Hukuk Sistemi'ne dâhil gibi görünmekte ise de, rûhu/özü/dayanakları/asıllarının, Batı devletlerinin kanunlarınınkinden farklı olduğunu savunan görüşler vardır²⁷⁰.

2. Kaynak Kavramı

Günümüzde hukukun kaynakları denildiğinde akla biçimsel kaynaklar ve mevzuat gelmektedir. Biçimsel ya da yürürlük kaynakları hukukun görünüm biçimidir. Oysa hukuk aslında toplumdan ya da toplumsal ilişkilerden kaynaklanan bir olgudur (*ubi societas ibi ius*). Hukukun asıl kaynakları (maddî/sosyolojik kaynak) bunlardır. Aslı kaynaklar arasında toplumsal, ekonomik, siyasî, ahlâkî, felsefî ilişkiler ve bilimsel çalışmalar bulunmaktadır. Aslı kaynakların incelenmesi hukukun dışındaki bazı bilim dallarının konusunu bizzat oluşturmaktadır. Fakat hukuk diğer bilimlerden farklılıklar taşıdığı için hukuk felsefesi, hukuk tarihi, sosyolojisi, psikolojisi gibi özgün bilim alanları ortaya çıkmıştır²⁷¹.

Hukukun kaynağı problemi, üzerinde çok tartışılmış bir konudur. Toplumsal düzeni sağlamaya yönelik kuralların kim tarafından, hangi değer ölçülerine göre ve ne şekilde kurgulanması gerektiği hususlarında doktrinde kapsamlı tartışmalar olmuş ve farklı görüşler ortaya konulmuştur. Hukukun maddî kaynağının hangi iradeye dayalı olduğu ya da hukuk normunu inşa etme yetkisinin kime ait olduğunun tespiti, hukuk felsefesinin konuları arasındadır²⁷².

3. Kaynak Sınıflandırması

Günümüz hukuku aslı kaynaklarla değil, pratik önemi dolayısıyla biçimsel (şeklî/organik) kaynaklarla daha çok ilgilidir. Toplumun örf-âdeti, dinî, ahlâkî, siyasî ve insanlar arasındaki diğer sosyal ilişkileri ile tarihsel tecrübelerinden oluşan asıl kaynaklar Batı ülkelerinde üzerinde önemle durulan konulardır. Avrupa hukuklarının temeli olan Cermen

²⁶⁹ Aydın, *Batılılaşma*, s. 167.

²⁷⁰ Farklı görüşler ve dayanakları için bkz. Bozkurt, s. 211.

²⁷¹ Aybay-Aybay, s. 97.

²⁷² Hukukun temeli ile ilgili teoriler arasında doğal hukuk felsefesi, ilâhî hukuk teorisi, ulusların ruhu teorisi, normcu pozitivizm, sosyal sözleşme teorisi, devlet teorisi, sosyal gerçeklik teorisi gibi farklı düşünce ve yaklaşımlar bulunmaktadır (Deryal, s. 31). Ayrıca bkz. Başgil, *Devlet*, s. 577.

örf-âdet ve Roma hukukları hukuk araştırmacılarının ilgi odağı durumundadır. Avrupa'daki bir akademisyen sadece Roma hukukçusu değil bununla birlikte aynı zamanda günümüz medenî hukukçusu, iş hukukçusu, eşya veya borçlar hukukçusudur.

Türk hukukçularının farklı bir toplumun örf-âdetinde yetişmeleri sebebiyle Roma ve Cermen hukuklarını derinden benimsemeleri ve onların asıllarına vâkıf olmaları beklene-
mez. Bir hukukçu kendi içinden yetiştiği toplumu daha iyi tanır ve anlar. Asılların ihmalî muhtemelen bu sebebe dayanmaktadır.

Şeklî kaynaklar hukuk kurallarının hangi makam veya organ tarafından yapıldığını göstermektedir. Çünkü salt hukukî bir inceleme veya değerlendirme yapılacağı zaman, kural, yürürlükteki biçimiyle ele alınmaktadır. Bu yaklaşıma göre, somut ilişkilerde uygulanacak esasların yazılı ve bağlayıcı kurallara dönüştürülmesi ve bunların toplum ve uygulayıcılar tarafından bilinmesi çok önemlidir. Bir hukuk kuralının karşımıza hangi biçimde çıkacağı önemlidir. Bir ülkede yetkili makamlarca konulan, *yazılı* ve şeklî bağlayıcı metinlere *mevzuat* denilmekte ve farklı kısımlara ayrılmaktadır²⁷³.

Genel olarak pozitif hukukun kaynakları yazılı ve yazısız kaynaklar olarak ikiye ayrılmaktadır. Yazılı kaynakların başında anayasa gelmekte, bunu, hiyerarşik olarak kanun, devletler arası anlaşma, kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik ve diğer düzenleyici işlemler izlemektedir. Anayasanın şeklî kaynağı “kurucu iktidar”; kanunlarınki “yasama organı”; tüzüklerinki “Bakanlar Kurulu” ve yönetmeliklerinki ise, “yetkili idare”dir. Kural olarak hâkim önce yazılı kaynakları, sonra da yazısız kaynakları uygulamaktadır. Kamu hukukunda yazılı kaynaklar uygulanırken yazısız kaynaklar, genellikle özel hukukta uygulama alanı bulmaktadır. Bir yazılı hukuk kaynağı kendinden önceki sırada olan hukuk kaynağından daha soyut, genel ve güçlü olamamakta ve normlar hiyerarşisine göre, alttaki kaynak, bir üst derecedeki kaynağa aykırı hüküm taşıyamamaktadır²⁷⁴.

Türk Medeni Kanunu'nun, “*Hukukun uygulanması ve kaynakları*” başlıklı 1'inci maddesinde bu husus şöyle ifade edilmiştir:

“Kanun sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır. Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idi ise ona göre karar verir. Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır”²⁷⁵.

Yukarıdaki maddede değinilen iki esas -kanun ve örf-adet- küllî asıllara karşılık gelmektedir. İnsan, tek başına varlığını sürdüremeyecek yaradılıştaki bir varlık olduğundan, hayatta kalabilmek için diğerlerine muhtaçtır. O nedenle toplum hâlinde yaşamak zorundadır. Yaşamak için ihtiyaç duyduğu yeme-içme, uyuma, korunma ve barınma, evlenme, ailesine

²⁷³ Hukukun kaynakları “asıl kaynaklar-yardımcı kaynaklar olmak üzere ikiye ayrılır. Asıl kaynaklar “yazılı-yazısız”; yardımcı kaynaklar “doktrin-içtihat” olarak değerlendirilmiştir (Gözler, s. 150).

²⁷⁴ Özekes, s. 68, 72; Gözübüyük, s. 40-41; Gözler, s. 179; Güriz, s. 54; Dinçkol, s. 47; Deryal, s. 40; Aybay-Aybay, s. 97, 101.

²⁷⁵ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, Kabul Tarihi: 22. 11. 2001; R.G. 8. 12. 2001, S. 24607; *Düstur*, Tertip: 5, C. 41.

bakma-geçindirme ve koruma gibi zorunlulukları onu, bir başka insana bağımlı kılmaktadır. Dolayısıyla bir arada yaşama ve birbirinin eksikliğini tamamlama olgusu, beraberinde toplu yaşamaya ilişkin, yaptırımı olan düzen kuralları ve kanunlar yapmayı getirmektedir. Durum ve şartlar ile kişi ve toplum yararları gerektirdikçe mevcut kanunlarda değişiklikler yapılabilir²⁷⁶.

Yasama (teşrî), biri Allah/Yaratıcı (semavî), diğeri insan (beşerî) tarafından meydana getirilen etkinlik olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. İlâhî nitelik taşımayan, sadece insan tarafından meydana getirilen kanunları yapmak ve yürürlüğe koymak devletin hakkıdır. Ancak devlet, uygulayıcıların buna mutlak anlamda uymasını istiyorsa, kanunları asıllarına/kaynaklarına uygun şekilde yapmalıdır. Hukuku devlet yapmadığı gibi hakkın da devletin ve kanunun da üstünde bir yeri ve varlığı bulunmaktadır. Hukukun devlet adamlarının irade ve hırslarını aşan bir niteliği vardır. Devlet adamları sadece kanunları yaparlar. Belirli bir zamanda belirli bir toplumda, belirli medeniyet şartlarında, hukuk düzenince tanınan yüksek bir ideali, ortak bir ahlâk ve adalet duygusunu, toplumda ortak bir akıl, iz'an ve mantık ölçüsünü ifade eden kurallara hak denmektedir. Hukuk, hakkın çoğulu olduğuna göre aynı anlamları çağrıştıran bir kavramdır²⁷⁷.

Doğal (tabî) hukuk kuralları semavî dinlerde ilâhî bir şekilde ifade edilmiştir. İslâm dini bakımından düşünüldüğünde tabî kanunlar İslâm hukuku ve şeriattır²⁷⁸.

Yukarıda sözü edilen asıllara uymayan kanunlara bir müddet sonra uyulmamaya başlanmaktadır. Çünkü hiçbir insan topluluğunda medenî ilişkiler, kanunları takip etmemektedir. Tam tersine kanunlar toplumsal ilişkilerdeki değişimleri takip etmektedir. Ayrıca kanun ne kadar üstün ve modern bir özellik taşırsa taşısin, halkın yaşayış tarzının bunlarla uyumlu olması da gerekmektedir.

Kanunların, kişi hak ve özgürlükleri ile temel haklara uygunluğu esas, anayasalarda belirtilmektedir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 11'inci maddesi hükmüne göre:

“Anayasa hükümleri, yasama, yürütme, yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallardır. Kanunlar anayasaya aykırı olamaz”.

Anayasanın 12'nci maddesinde temel hak özgürlüklerin neler olduğu belirtilmiştir. Hâkimler anayasaya aykırı bir kanunla karşılaştıkları zaman bunu uygulamazlar. Ancak uygulamada yasamanın, yasama organına ait bir yetki olduğunu ileri sürerek, hâkime böyle bir imkân tanımayan görüşler vardır²⁷⁹.

Burada benimsenen esas fıkıh usulünde delillerin çatışması (teâruz) durumunda izlenecek yol ile mukayese etmek mümkündür. Fıkıhta ana kaynaklardan çıkarılan hükümlerin veya hüküm yoksa yapılacak kanunların, Kur'an ve sünnetteki esaslara uygun olması gerektiği, çalışmanın

²⁷⁶ Mecelle'de Allah'ın kural koyarken (teşri') gözettiği sebep ve hikmetlerin açıklanması ile karşılaştırıldığında günümüz doktrini ile benzer ifadeler kullanıldığı görülmektedir (Bkz. İlhan, *Mecelle*, Giriş, Birinci Makale, m. 1, s. 45. Toplum düzeni ile ilgili olarak bkz. Gözübüyük, s. 1.

²⁷⁷ Berki, *Mantık*, s. 12; Deryal, s. 34. Ayrıca bkz. Başgil, *Hak*, s. 429.

²⁷⁸ Başgil, *Devlet*, s. 580.

²⁷⁹ İki kanun arasında çatışma olduğunda hâkimin, bir üst norm olan anayasayı uygulamasının gerektiğini savunan görüşler için bkz. Berki, *Mantık*, s. 12.

ilk bölümlerinde belirtilmişti. Yeni hukuk sisteminde kaynak sıralamasında, eski aslî kaynakların yerini, anayasadaki soyut ve genel ilkeler almıştır. Bunların çoğu birbiri ile örtüşmektedir.

Örf ve âdetler, yeni hukuk sisteminin yazılı olmayan kaynaklarıdır. Ancak her örf-âdet kuralı hukuka kaynaklık edemez. Hukuk kaynağı olarak kabul edilen örf-âdetlerin mutlaka gerçek hukuk kaynaklarına da uygun olması gerekmektedir. Gerçek hukuk kaynağı olarak, insanların özgürlüğü, can-mal ve namusunu güvence altına alan ilke ve uygulamalar kabul edilebilir. Bunlara aykırılık taşıyanlar ise kabul edilemez²⁸⁰.

Hukukî örf ve âdet kuralları, başlangıcı bilinmeyecek kadar eski zamanlardan beri tekrarlanan, toplumun uyulmasını zorunlu saydığı ve hukuk düzeninin kendisine atıfta bulunduğu ortak davranış kurallarıdır²⁸¹.

İkincil kaynak olan örf ve âdetler, bir kanunla çatışırsa kanunun uygulanması gerekmektedir. Bazı kanun hükümlerinin yorumlanmasında ve boşluk doldurmada da örf-âdete başvurulmaktadır²⁸².

C. Hâkimin Bir Kanunu Somut Olaya Uygulaması

Kanunların, somut olaylara uygulanması demek olan, hâkimin karar vermesi bir akıl yürütme etkinliği yani içtihat faaliyetidir. Günümüz hukukunda akıl yürütmenin başlangıcı hukuk normudur (kural). Hukuk kuralı normatif olarak bir gerçekliği ortaya koyması, bir değer yargısına içermesi bakımından mantıkî kıyastaki büyük önermeye karşılık gelmektedir. Örneğin, Türk Medenî Kanunu'nun 145'inci maddesinin 1'inci fıkrasının hükmü:

“Eşlerden birinin evlenme sırasında evli bulunması hâlinde evlenme batıldır” şeklindedir. Hâkimin, karşısına gelen somut olayda bir kişi evli iken, ikinci kez evlenme akdi yapmış ise (küçük önerme) ikinci evlilik batıl olacaktır (sonuç/hüküm/karar). Soyut ve genel bir hukuk kuralının somut olaya uygulanmasına *atılma* faaliyeti denmektedir. Soyut kuralın somut olayda canlandırılması aslında akıl yürütme sürecinin bir parçası olan kıyastır. Aynı işlemi İslâm hukukçusu da yapmaktadır²⁸³.

Doğru sonuca ulaşabilmek için kıyasın, kurallarına uygun şekilde yapılması gerekmektedir. Bunların başında normun asıl meseleye özgülümlenmiş olmaması, genel bir düzenleme

²⁸⁰ Hukuka kaynak olabilecek örf-âdetin diğerinden ayrılması için doktrinde “*gelenek hukuku*” tabirini kullananlar vardır. Bununla, yargı organlarının hukuken değer verdiği; süreklilik, genel inanç ve devlet desteği unsurlarından oluşan gelenekler (teamül) kastedilmektedir (Berki, *Mantık*, s. 13; Gözübüyük, s. 55).

Örf-âdetin unsurları arasında devlet desteğinden söz etmeyen görüşlere göre, örf-âdet kuralının, zorunluluk inancı ve sürekli uygulama olmak üzere iki unsuru vardır. Eğer sürekli ve yaygın bir uygulamada zorunluluk inancı eksikse buna *teâmül* denmektedir (Deryal, s. 58). Aybay-Aybay, s. 130-131; Dinçkol, s. 68.

²⁸¹ Gözler, s. 169-171.

²⁸² Özekes, s. 72; Gözübüyük, s. 55; Deryal, s. 60.

²⁸³ Özekes, s. 75. Söz konusu norm, kanun koyucunun kendi değer yargısına göre oluşturulduğundan, bir başka ülke kanun koyucusu aynı duruma butlan sonucunu bağlamayabilir. Birden çok evliliğin batıl sayılmadığı bir ülkede, örnekte geçen ikinci evlilik geçerli olur (Güriz, s. 101).

olması gelmektedir²⁸⁴. Genel kuralın istisnası olarak yapılan hukukî düzenlemelere kıyas yapılamaz. Birbirine kıyaslanan konuların illetlerinin aynı olması gerekmektedir. Ortak illet, kıyasın şartıdır. Kıyasın varılan hüküm iki olaydaki karşılıklı çıkar dengesine uygun olmalıdır. Vergi hukuku, ceza hukuku ve idare hukuku gibi, kıyas yasağı bulunan bir hukuk dalında kıyas yapılamamaktadır²⁸⁵.

Bir normun somut olaya uygulanması (kanunî kıyas) gibi, o normun hakkında hüküm bulunmayan bir konuda uygulanması da (hukukî analogi/ilke kıyası) zihin tarafından yapılan bir kıyas etkinliğidir. Tümdengelimle ulaşılan böyle bir sonuç kesin bilgi kabul edilmektedir²⁸⁶. Günümüzde bir hukuk normunda, Yaratıcı'nın iradesine uygunluk aranmadığı için hukukçu, ne hukuk kuralını tespit ederken ne de yargılama yaparken zihninde bu araştırmayı yapmamaktadır. Ancak her iki sistemde de izlenen yolun/metodun aynı olduğu görülmektedir.

Günümüzde hakkında norm bulunmayan bir durumda kıyas yapmak çok sık rastlanan bir durum değildir. Bunun yapılabilmesini hâkime, ya kanun emretmekte ya da hukuk boşluğu varsa hâkim, kanun koyucu gibi hareket ederek bu boşluğu doldururken kıyası kullanmaktadır. Toplumsal ilişkilerde işlemler o kadar çeşitlidir ki, kanunda ne kadar düzenlenirse düzenlensin mutlaka boşluklar bulunmaktadır. Hukukçunun her zaman bunları doldurmaya hazır ve yetkin olması gerekmektedir. Bu yapılırken bazen benzetme yolunu da kullanmak gerekebilir. Ancak benzetme eksik tümevarım olduğu için, ulaşılan sonuç her zaman güvenilir ve mutlak doğru değildir. Günümüz hukukunda benzetme yolu, emsal kararlara kıyas etme şeklinde kullanılmaktadır²⁸⁷.

Türk Medenî Kanunu'nun 5'inci maddesine göre, Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu'nun genel nitelikli hükümleri -uygun olmak şartıyla- tüm özel hukuk işlemlerine uygulanabilir. Örneğin, Türk Borçlar Kanunu'nun 246'ncı maddesine göre taşınır satımına ilişkin hükümler, kıyasın taşınmaz satımında; Türk Borçlar Kanunu'nun 283'üncü maddesine göre satıma ilişkin hükümler, trampada; Türk Borçlar Kanunu'nun zamanaşımına ilişkin hükümleri diğer kanunlar bakımından da uygulanabilir²⁸⁸.

Bir hukuk normundaki kelimelerin anlamlarının yorumlanması zamana ve duruma göre değişiklik gösterebileceğinden hâkim bunu muhâkeme sürecinde göz önüne almak durumundadır. Hâkim somut olayda uygulayacağı hukuk kuralını bazen yorumlamak durumunda kalabilir. Bu yüzden hukuk kuralı oluşturulurken kullanılan kelimelerin anlamları günümüzde de önem taşımaktadır. Örneğin, bir hukuk kuralının şart içerip içermediğini belirlemek için, hükümde kullanılan "eğer" ve "ise" gibi sözcüklere dikkat edilmelidir²⁸⁹.

²⁸⁴ Berki, *Mantık*, s. 116.

²⁸⁵ Demir-Deryal, s. 351.

²⁸⁶ Demir-Deryal, s. 353.

²⁸⁷ Temsille yapılan kıyasta benzerliğin, tam olarak görülecek netlik ve açıklıkta olması gerekmektedir. Günümüzde hukukta boşluk doldurmada bunlardan başka mefhum-ı muhalif ve evleviyet kuralı da kullanılmaktadır (Demir-Deryal, s. 357).

²⁸⁸ Demir-Deryal, s. 354.

²⁸⁹ Güriz, s. 101.

Günümüzde kullanmakta bulunduğumuz sistemde hukukî muhâkemedede hâkim büyük önerme olan kanun hükmünün doğruluğu ya da yanlışlığını –kural olarak– araştırma konusu yapmamaktadır. Birden çok içtihadattan somut olaya en uygun olanı seçme etkinliğine de girişmemektedir. Hâkim, küçük önerme üzerinde yoğunlaşmaktadır²⁹⁰.

Bazı hukukçuların düşüncesine göre, bir somut olaya uygulanacak hukuk kuralının tespiti ayrı bir uzmanlık gerektirmektedir. O nedenle dava dosyasının tamamlanması ile somut olaya uygulanacak hükmün belirlenmesi birbirinden ayrı düşünülmesi gereken iki yargılama safhasıdır. Bu şekilde düşünen bilim adamlarına göre, ilk derece mahkemesi hâkiminin görevi, dava ile ilgili tüm beyan ve delilleri tam olarak toplamak ve olayı objektif bir biçimde tüm yönleriyle ortaya koymaktır. Buna karşın üst derece mahkemesinin görevi ise, soruna uygulanacak olan hukuk kuralını tespit etmektir²⁹¹.

D. Yasama Organlarının Kanun Yapma Etkinliği

1. Genel Olarak

Çalışmamızda bir kanun maddesinin hazırlanmasında izlenen süreçten de söz etmek gerekmektedir. İslâm özel hukuku alanına kanun koyucu kanun koymak yoluyla müdâhil olamazdı. Özel hukuk alanı nasslarla ve hukukçuların içtihatlarıyla oluşup gelişen bir alandı. Oysa yukarıdan beri sözü edilen süreçler neticesinde Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye yapılarak özel hukukun borçlar hukuku kısmı kanunlaştırılmıştır. Kanunların yapılması iki açıdan incelenebilir. Biri hukuk normunun oluşturulması; diğeri ise, bir ülkedeki tüm mahkemeleri bağlayıcı yazılı bütüncül anlamda kanunların yapılmasıdır.

2. Hukuk Normunun Yapılması

Yasama organının yaptığı bir hukuk kuralı, günümüzde eski hukukumuzda göre oldukça sadeleştirilmiştir. Osmanlı Hukukunda kullanılan fıkıh usûlü kâidelerine göre, hüküm ve kısımları oldukça detaylıdır. Günümüzde bir hukuk kuralı, *vâkıa* ve *hukukî sonuç* olmak üzere iki unsur/bölümden oluşmakta iken eski hukukumuzda bir meselenin hükmünü tayin ederken, dinî açıdan hükmünü de düşünmek gerekmekte idi²⁹².

Hükmün *vâkıa* kısmında genel ve soyut bir durum tanımlanarak ardından buna hukukî bir sonuç bağlanmaktadır. *Vâkıalar*, geçmişte yaşanan veya hâlâ mevcut olan dışsal veya içsel süreçlerdir. Bir kuralda genel ve soyut olarak tanımlanan olaya, *koşul vâkıa* veya *soyut (unsur) vâkıa*; koşul *vâkıanın* somut bir olaydaki görünümüne *somut vâkıa* denmektedir. Örneğin, kanunda bir sonucun gerçekleşmesi için bir *zararın varlığı* aranmakta ise, zarar somut *vâkıa* olmaktadır. Haksız fiil sorumluluğunu düzenleyen maddede olduğu gibi, bazen birden fazla koşul *vâkıa* da hükümde yer alabilmektedir. Türk Medenî Kanunu'nun

²⁹⁰ Hâkimin yargılamadaki hareket alanını daha çok hayat tecrübesi belirlemektedir (Güriz, s. 102).

²⁹¹ *Neil Mac-Cormick, Legal Reasoning and Legal Theory*, 1978, s. 6 vd'ndan aktaran, Güriz, s. 102, n. 106.

²⁹² Mukayese için bkz. Hacı Reşid Paşa, C. I.s. 46 vd.

11'inci maddesinin 1'inci fıkrasına göre, “*Evlenme kişiyi ergin kılar*” hükmünde evlenme, koşul vâkıa; kişinin ergin kılınması, hukukî sonuçtur²⁹³.

3. Kanunlaştırma

Teknik bir süreç olan kanun yapma etkinliğinin, anayasal sınırlamalar ve belli bir yönetime göre yürütülmesi gerekmektedir. Kanun yapmanın kesin kurallarının yanı sıra yazılı olmayan bazı kâide ve esasları da bulunmaktadır²⁹⁴.

Kanunlaştırmadan, iyi bir sonuç alabilmek için başlangıçta, hazırlanacak kanunun amaç ve felsefesinin doğru tespiti ve kanunun buna uygun yapılması gerekmektedir. Bu sırada başka ülke düzenlemeleri incelenebilir, toplum yapısı ve gelenekler araştırılabilir ve doktrindeki farklı görüşler göz önüne alınabilir. Kanun yapılırken, gereksiz ayrıntılardan kaçınılmalı, kanunun hukukun gelişimine hizmet etmesi, dil bakımından kurallara uygun, basit ve anlaşılır olması da sağlanmalıdır²⁹⁵.

Mecelle’de yukarıda sayılan kanun yapma teknikleri ve ilkelere dönemin şartlarına göre, olabildiğince uyulduğu görülmektedir. Örneğin, İslâm hukuku eserlerinde bulunan tasdikî asıllara kanun metninde yer verilmemiştir. Özel hukuk kurallarının asıl kaynakları, toplumun örf-âdetleri, dini ve o güne kadar mevcut olan hukuk uygulamalarıdır. Mecelle de, olması gerektiği gibi, Türk toplumunun örf-âdet hukuku kurallarını kanunlaştırmıştır. Bu yönüyle yerli ve millî özellik taşımaktadır.

Kanunlaştırma (yasalaştırma/kodifikasyon/tedvin) etkinliğinin iki farklı anlamı vardır. Hukuk kurallarının yazılı olarak tespit edilmesine kanunlaştırma dendiği gibi, bir ülkede yazılı/ yazılı olmayan, dağınık biçimdeki kuralları bir metinde toplayıp, belli bir sistem içinde, tek bir kanunda birleştirerek, tüm ülkede bağlayıcılık kazandırma da aynı sözcükle ifade edilmektedir²⁹⁶.

Devletlerin izlediği hukuk politikalarına göre, farklı kanunlaştırmalar olabildiği gibi²⁹⁷, kanun yapımında kullanılan teknik bakımından da ayrı ayrı uygulamalar söz konusu olabilmektedir. Dünyada kanunlaştırmada kullanılan iki yöntem vardır. Bunlar somut olay yöntemi ve soyut kural yöntemleridir. Her ihtimalin düşünülerek, çeşitli gerekçelerle²⁹⁸ genel ve soyut kurallarla yetinilmeyerek ayrıntılı düzenlemeler yapılmasına somut olay yöntemi denmektedir. Söz konusu gerekçeler, hâkimlerin keyfiliğini önlemek; boşluk bırakmamak; her türlü olaya özgü çözüm bulmak gibi nedenlerdir. Bu yöntemle yapılan kanunlar hem çok çabuk eskiyerek, toplumun ihtiyaçlarına cevap vermemeye başlamakta hem de amaçlananın aksine hukukta daha çok boşluk yaratmaktadır. Doktrinde bu tür kanunlara örnek verilirken, 1832 tarihli Çarlık Rusyasının altmış bin maddelik kanununun yanında,

²⁹³ Örnekler için bkz. Özkes, s. 74.

²⁹⁴ Sürecin aşamaları için bkz. Gözübüyük, s. 43 vd.

²⁹⁵ Özkes, s. 76-78.

²⁹⁶ Özkes, s. 77; Bozkurt, 5.

²⁹⁷ Siyasî kanunlaştırmalar, muhafazakâr veya devrimci amaçlarla gerçekleştirilebilir. Doktrinde Mecelle’nin muhafazakâr amaçlı kanunlaştırma örneği olduğu görüşü vardır (Bozkurt, s. 5).

²⁹⁸ Gözübüyük, s. 58-59.

Mecelle de sayılmaktadır²⁹⁹. Madde sayısı bakımından doğru gibi görünmekle beraber, Mecelle dinî temelli bir içtihat hukukunu tedvin etmesi nedeniyle, çalışmanın başında değinilen özelliklerinden dolayı kendine özgü ayrı bir kategoride de değerlendirilebilir. Çünkü bu hukuk sisteminde müçtehitler, kendi görüşlerini diğer bir müçtehidinkinden üstün görmemektedirler. Oysa kanuna esas olan muhakkak bir görüş olacaktır. Bu durumda o görüşe bir nevî üstünlük tanınmış olacaktır.

Mecelle’de soyut ve genel esaslar belirlen(e)memesinin temelinde, her somut sözleşme için aslı kaynaklarda ayrı âyet veya hadisler bulunması gibi bir neden yer almaktadır. Kur’an’da farklı hükümlerin kaynağı olan âyetlerin ayrı zikredilmesi hukukçuları, bunların her yönüyle aynı kapsamda değerlendirmem gerektiği gibi bir sonucuna ulaştırmıştır. Hukukçular, Kur’an’ın kullandığı kelime ve ifadeleri; yasaklamalar veya emirler bağlamında büyük bir titizlikle ve Allah’ın iradesine aykırı bir yorum yapmaktan özellikle kaçınarak değerlendirmek zorundaydı. Çünkü İslâm-Osmanlı özel hukuk sistemini diğer sistemlerden ayıran en önemli özelliklerden biri, insan ilişkilerini düzenleme amacının yanında, yapılan tüm düzenlemelerin ve çıkarılan hükümlerin aynı zamanda Allah’ın iradesine uygunluğunun da sağlanması; denetlenmesidir.

Aksi hâlde çok daha erken dönemde kanunlaştırmalar yapılabilirdi. Tarihte birçok denemeler söz konusudur. Mecelle’de bulunan genel hükümlerin kökeni, Osmanlı’dan çok daha eskilere dayanmaktadır.

Sonuç

İslâm hukukunun dayanağı olan İslâm inancına göre, insanı yaratan Allah’ın, yine insanın kendi hayrı ve yararına olmak üzere, ona yüklediği bazı mükellefiyetler bulunmaktadır. Buna ek olarak Allah tarafından yaratılmış olan bir insan, bir başka insan tarafından değil, yine sadece Yaratıcısı tarafından sınırlandırılabilir ve yasaklanabilirdi. O nedenle mükellefiyetler ancak aslı kaynaklardan çıkarılabilir ve bunların yetersiz kalması düşünülemezdi. İnsan duyuları yoluyla edindiği bilgileri aklı ile değerlendirerek sonuç çıkarır. Duyularla edinilen bilgiler bütüncül değil parçalardan oluşmaktadır. İslâm inancına göre Allah’ın bilgisi ise zaman ve mekânla sınırlı olmayıp bütüncüldür. Bu yüzden Kur’an ve Sünnet’ten edinilen hukuka ilişkin bilgiler kesin bilgi sayılmakta, Kur’an ve Sünnet hükümleri İslâm hukukçusu için önem taşımaktadır.

İnsan ve toplumlar için değişim kaçınılmazdır. Hukuktaki gelişmeler şüphesiz medenî ilişkilerdeki değişim ve dönüşümleri izlemektedir. Tanzimat’tan önce Osmanlı toplumunun geçirdiği büyük dönüşümün hukuka da yansması kaçınılmazdı. Osmanlı Hukukunda yenileşme ya Batı’dan esinlenilerek, ya tamamen Batılı kanunlar tercüme edilerek ya da yerli kanunlar hazırlanarak yapılabilirdi. Türk hukuk tarihinde bunların her birine örnek teşkil eden dönem ve uygulamalar olmuştur. Fakat devletin içinde bulunduğu zorlu savaş şartları ve ekonomik güçlükler giderek Cumhuriyet’e doğru devlet adamlarını, hukukta yenileşme tercihini Batı hukukunu bütünüyle almak yönünde kullanmaya zorlamıştır. Batı hukukunun tümüyle benimsenmesi bir günlük bir sonuç değil, uzun bir süreçtir.

²⁹⁹ Gözübüyük, s. 59.

Türk toplumu tarihte ilk tercihini, kanunlarını kendi yetkin hukukçularınca yapmak yönünde kullanmıştır. Üstelik bunu yaparken tarihî bir süreçten geçerek gelen İslâm hukukunu esas almıştır. Bu hukuk sisteminin müçtehit hukukçular tarafından zaman ve çağın gereklerine uyumlu bir gelişim gösterdiği görülmektedir. Her ne kadar Mecelle’de yapılmamış da olsa örneğin, aile hukukunu düzenleyen Hukuk-ı Aile Kararnâmesi’nde (1917) Hanefî mezhebi dışında mezhep görüşleri de kanuna kaynaklık edebilmiştir. Çağın gerektirdiği düzenlemeler İslâm hukuku içinde kalınarak gerçekleştirilebilmiştir. Oysa, Mecelle hazırlanırken birçok hukukçu resmî mezhep olan Hanefîlik dışında bir görüşün kanuna girmesine karşı idiler.

İslâm hukukunun kendine özgü yöntemleri ve sınırları içinde kalınmak kaydıyla, aslı kaynaklarda yer alan bir hüküm, Yaratıcı’nın bir hükmü koyuş amacı gözetilerek yeni durumlara uyarlanabilirdi. Sözü edilen hukuk koyucu / Yaratıcı / Allah’ın aslı kaynak Kur’an’da insanların yararına sevk ettiği hükümlerin neler olduğu ve bağlantı noktaları (illet), hüküm çıkarma yöntemleri fıkıh usûlü biliminin konusudur.

Zamanın değişmesiyle, şer’î kâideler değişmemekte (tagayyur etmemekte), fakat bunun olaylara uygulanışı (havâdise emr-i tatbiki) değişebilmektedir. Zamandaki değişiklikler (ihtilaf-ı zaman) ile kaynaklardaki değişiklikler (ihtilaf-ı bürhan) arasındaki farkı iyi ayırt etmek ve üzerinde dikkatle durmak gerekmektedir. Değişmeyen aslı/şer’î kâideler çekirdeğe benzetilebilir. O çekirdek ekildiğinde nasıl ki benzer bitkiler yetişirse hukuk sisteminin de asıllarının bozulmadan merkezde muhafaza edilmesi gerekmektedir. Birbiri ile uyumlu parçalardan oluşan bir hukuk sistemine sahip olunmak isteniyor ise, yapılması gereken yeniliklerin bu esaslara uygunluğunun sağlanması gerekmektedir.

Çalışmanın girişinde kısaca özetlenmeye gayret edilen nedenlerden dolayı İslâm hukukunun Hanefî ekolünü esas alan Mecelle’nin Batı hukuku ile uyumu oldukça zor gibi görünmektedir. Çalışmamızın ilk kısmında, fıkıhta hüküm çıkarmak ve hakikate ulaşmak bir zihinsel etkinlik olduğu için, aklın çalışma şekli anlamında genel mantığın esasları üzerinde durulmuştur. Ardından fıkıh usûlünde akıl yürütmenin nasıl yapıldığı; aslı kaynaklarla sınırlı bir zihin yürütme etkinliğinin kanunlara nasıl yansıdığı değerlendirilmeye çalışılmıştır.

Çalışmanın sonucunda eski dönem hukukçularının her aşamada klâsik mantık kurallarını ve yöntemini kullandıkları sonucuna varılmıştır. Bu sonuç kaynakların değerlendirilmesinden anlaşılmaktadır. Aklın işleyiş şekli her yerde aynıdır. O nedenle kural ve yöntemleri de aynıdır. Bu konuda inceleme ve araştırma yapan ve düşünen bir bilim insanı, hangi toplumun üyesi olursa olsun veya hangi devirde yaşıyor bulunursa bulunsun, sağlıklı bir akılla ve doğru yöntemle aynı sonuçlara ulaşır. Nitekim kusursuz insan örneği olan Hz. Peygamber doğru düşünme ve akıl yürütme süreçleriyle ilgili olarak o dönemin insanına yol gösterdiği gibi İmam-ı Âzam da kıyası talebelerine yaptırarak yoluyla onları mantıklı düşünmeye alıştırmıştır. Ancak tek fark, eğer varsa naklî delillerden yararlanılması gereğidir.

Salt akla dayalı kıyas ve diğer yöntemlerle varılan sonuçlar hukukçuyu her zaman tatmin etmeyebilmektedir. Çünkü hukukta, hakkaniyet de bulunmalıdır. Bu yüzden kıyastan başka ikincil kaynaklar da üretilerek kurallar oluşturulmuştur.

Osmanlı özel hukuku ile günümüz hukukunda, hukuk kuralı oluşturmada ve bunun meselelere uygulanmasında kullanılan yol, yöntem ve kaynaklar arasında farklar da vardır.

İslâm hukukunda, olaylarda uygulanacak olan kâide ve kurallar öncelikle sabit olan ana kaynaklardan (Kur'an ve Sünnet) çıkarılmak durumundadır. Hakkında hüküm bulunmayan durumlarda elde edilen hükümler de -geriye doğru- bu aslı kaynaklara aykırılık teşkil etmemelidir. Yani tıpkı bir işlemin sağlanması gibi; yapılan bir kıyasla elde edilen hükmün doğruluğu tasdik de edilmelidir. Hattâ bu tasdik, kıyas dışında nasslardan elde edilmeyen tüm diğer kurallar için geçerli idi. Hukukî yorumlar buna göre yapılmalıdır. Çünkü Kur'an ve Sünnet Allah ve Peygamberinden sâdır olduğu için doğruluğu kesin bilgiler içermektedir. Bunlardan çıkarılan kâideler, somut olaylara uygulanmaktadır. Benzer olaylar arasında bağlantı ve benzerlikler kurularak, genel hükümler meydana çıkarılmaktadır.

Başka bir deyişle, fıkıh usûlünden, dinî unsurlar olan Kur'an ve Sünnet'e uygun olma zorunluluğu çıkarılırsa geriye kalan kural ve kâideler, modern dönemdeki hukuk metodolojisi, yorumu ve mantığı ile örtüştürülecektir. Buna örnek olarak, fıkıh usûlündeki "genel-özel anlamlı lâfızların yorumu" konusu verilebilir. Bir fıkıh usûlcüsü bu kâideleri, Kur'an ve Sünnet'teki ifadeleri yorumlamada kullanırken modern hukukçu, kanun ve sözleşmelerin düzenlenmesi ve yorumlanması bağlamında kullanmaktadır.

Çalışmamızın sonucunda akıl yürütme süreçlerinin fıkıh usûlünde Kur'an kaynaklı hükümler üzerinde yapıldığının birçok örneklerine ulaşılmıştır. Bu yöntemin günümüzdeki durumdan farkı, modern hukukta aslı kaynaklar kısmının kesilmiş olmasıdır. İnsanın akli ile yapacağı kanunların, İslâm hukukunun anladığı anlamda aslı kaynaklardan çıkarılması veya onlarla tasdik edilmesi; doğrulanması gerekmektedir. Buna karşın bazen aynı sonuçlara da varılabilirse de kuralların Yaratıcı'dan sâdır olması nedeniyle kesin olduğu kabul edilen kâidelere ve ilkelere (tümel) uygun olması gerekmektedir. Tüm kanunlar, somut olaya uygulanarak karar verilmektedir. Benzer hükümler göz önüne alınarak, her hukuk dalının genel hükümleri elde edilmektedir. Son aşamada kanun koyucu kanunları şartlara göre değiştirebilmektedir.

Yöntem değişikliği yapılarak salt akla dayalı kural yapma esası getirilmesi ile birlikte günümüz kanunlarının akla mantığa daha uyumlu hâle geldiklerini söylemek son derece zordur. Günümüz kanunlarında mantiken tutarsızlık olarak değerlendirilebilecek bir takım aksaklıklar görülmektedir. Kanunla yeniden düzenlenen bir hususta, eski kanuna gönderme yapılması, kaldırılan veya değiştirilen kanun hükümlerinin muğlâk olmasına yol açacak ifadeler kullanılması, atıfların düzgün yapılmaması, hükümlerin birden çok anlama gelecek şekilde kurulması ve tutarsızlık içermesi doktrinde belirtilen aksaklıklardan sadece bir kısmıdır. Bunların büyük bir çoğunluğunun yaşanmasında, hukuk fakültelerinde gerek genel mantığın, gerekse hukuk mantığının ders olarak okutulmaması veya bazılarında seçimlik ders olarak okutulması çok önemli bir etken olabilir.

Hukuk bilimi, ülkenin siyasî, ekonomik, tarihî ve sosyolojik durumuna örf-âdetlere göre değişebilen bir özellik gösterdiği için sayısal bilimler gibi kesin kurallara bağlanamamaktadır. Farklı milletlerin kanunlarıyla hukukçuları arasında görüş ayrılıkları ortaya çıkmaktadır. Kanunun ruhuna ve mantığına uygun yorum, o kanunun düstur ve asıllarına dayanılarak yapılmalıdır.

Genel olarak tüm ülke kanunları özgürlük, can, mal ve namusun korunmasını, insanlar arası ilişkilerin düzen içinde sürmesini amaç edinmişlerdir. Ancak kanunlar yapılırken, ilişkilerini düzenledikleri toplumun ortak tarihî tecrübeleri ve örf-âdetlerinin de göz önünde tutulması gerekmektedir.

Kaynakça

- Ağaoğlu, Tezer: *Sûrî ve Tatbikî Mantık*, (Devlet Matbaası), İstanbul 1928.
- Akgündüz, Ahmet: *Mukayeseli İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı*, Diyarbakır 1986, (Mukayeseli).
- Ali Haydar Efendi: *Dürerü'l-Hükkâm fî Mecelleti'l-Ahkâm*, (Osmanlıca Aslından Çev. R. Gündoğdu-O. Erdem), İstanbul.
- Ansay, Sabri Şakir: *Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku*, (Turhan Kitabevi), Ankara 2002.
- Apaydın, Yunus: "İctihad" maddesi, *DİA*, C. 21, İstanbul 2000, (İctihad).
- Apaydın, Yunus: "İctihad" maddesi, *DİA*, C. 21, İstanbul 2008, (Re'y).
- Atar, Fahrettin: *Fıkıh Usûlü*, Beşinci Baskı, (Marmara Üniversitesi İlahiyat Fak. Vakfı Yayınları), İstanbul 2002.
- Avcı, Mustafa: *Türk Hukuk Tarihi Dersleri*, 5. Baskı, (Mimoza Yayınları), Konya 2015.
- Aybay, Aydın-Aybay, Rona: *Hukuka Giriş*, (İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları), 5. Baskı, İstanbul 2003.
- Aydın, M. Akif: *Türk Hukuk Tarihi*, 13. Baskı, (Beta Yayınları), İstanbul 2015, (Tarih).
- Aydın, M. Akif: "Hukuk Alanında Batıllaşma", *DİA*, C. 5, İstanbul 1992. (Batıllaşma)
- Aydın, M. Akif: *Osmanlı Devleti'nde Hukuk ve Adalet*, (Klasik Yayınları) İstanbul 2014, (Hukuk ve Adalet).
- Aydın, M. Akif: "Osmanlı Hukukunda Kazaî Boşanma, Tefrik", *Osmanlı Araştırmaları, The Journal of Ottoman Studies*, V,(Neşir Heyeti: H. İnalçık-N. Göyünç- H. W. Lowry), İstanbul 1986, (Boşanma).
- Bardakoğlu, Ali: "Delil" maddesi, *DİA*, C. 9, İstanbul 1994, (Delil).
- Bardakoğlu, Ali: "İstihsan" maddesi, *DİA*, C. 23, İstanbul 2001, (İstihsan).
- Bardakoğlu, Ali: "İstishab" maddesi, *DİA*, C. 23, İstanbul 2001, (İstishab).
- Bardakoğlu, Ali: "İstishab" maddesi, *DİA*, C. 9, İstanbul 1994, (Delil).
- Başgil, Ali Fuat: "Hakkı ve Hukuku Devlet mi Yarattır ve Yapar", *İÜHFD, Tahir Taner'e Armağan*, İstanbul 1956, (Hak).
- Başgil, Ali Fuat: "Devlet Nizamı ve Hukuk", Devlet ve Hukuk Hak İle Kanun Arasındaki Münasebete Dair Bir İzah Denemesi, *İÜHFD*, C. 16, S. 1-2, 1950 (www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/download/10230048/1023004365), (Devlet).
- Bedir, Murteza: "Usûlü's-Serahsî" maddesi, *DİA*, C. 42, İstanbul 2012.
- Belgesay, Mustafa Reşit: "Mecellenin Küllî Kâideleri ve Yeni Hukuk", *İÜHFM*, C. XII, S. 2-3, İstanbul 1946.
- Berki, Ali Himmet: *Hukuk Tarihinden İslâm Hukuku, I, Suret-i Zuhur ve inkişafı-İslâm'da kaza teşkilatı-Bu hukukun ana kâideleri*, (Diyanet İşleri Reisliği No: 37), Ankara 1955, (İslâm).
- Berki, Ali Himmet: *Hukuk Mantığı ve Tefsir, Kanun ve Mukavelelerin Tanzim ve Tefsirine Ait Kâide ve Asıllar*, (Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T.A.O) Ankara 1948, (Mantık).
- Bilmen, Ömer Nasuhi: *Hukuk-ı İslâmiyye ve Islahat-ı Fıkhiyye Kamusu*, C. 1, 5, (İstanbul Üniversitesi Yayınları), İstanbul 1951.
- Bozkurt, Gülnihâl: *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi*, (Türk Tarih Kurumu Yayınları), Ankara 1996.
- Canbulat, Mehmet: "Ayn" maddesi, *Dini Kavramlar Sözlüğü*, (DİB Yayınları), Ankara 2010.
- Cin, Halil-Akgündüz, Ahmed: *Türk Hukuk Tarihi*, (Osmanlı Araştırmaları Vakfı), İstanbul 2011.
- Cin, Halil-Akyılmaz, Gül: *Türk Hukuk Tarihi*, Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, (Sayram Yayınları), Konya 2015.
- Demir, Abdullah: *Mecelle ve Küllî Kâideler*, İstanbul 2011, (Mecelle).

- Demir, Abdullah: *Türk Hukuk Tarihi*, (Yitik Hazine Yayınları) İstanbul Kasım, 2014, (Tarih).
- Deryal, Yahya: *Hukukun Temel Kavramları (Hukuka Giriş)*, Güncellenmiş 7. Baskı, (Derya Kitabevi), Trabzon 2011.
- Deryal, Yahya: *Hukuk Başlangıcı ve Hukuk Metodolojisi*, (Metodolojik Hukuka Giriş), (Adalet Yayınları), Ankara 2013.
- Diñçkol, Abdullah: *Hukukun Temel Kavramları*, Gözden Geçirilmiş 9. Basım, (Der Yayınları), İstanbul 2013.
- Dönmez, İbrahim Kâfi: *Fıkıh Usulü İncelemeleri*, (İSAM Yayınları), İstanbul, Nisan 2014.
- Durusoy, Ali: *Örnek Çeviri Metinlerle Mantık İlmine Giriş*, (İFAV Yayınları), 4. Baskı, İstanbul 2012.
- Ekinci, Ekrem Buğra: *İslâm Hukuku Umumî Esaslar*, (Arı Sanat Yayınları), İstanbul 2006, (İslâm Hukuku).
- Ekinci, Ekrem Buğra; *Osmanlı Mahkemeleri (Tanzimat ve Sonrası)*, Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, (Arı Sanat Yayınları), İstanbul 2010, (Osmanlı).
- Emiroğlu, İbrahim: *Klâsik Mantığa Giriş*, (Elis Yayınları), Ankara 2012.
- Erdoğan, Mehmet: *Fıkıh İlmine Giriş*, (Dem Yayınları), İstanbul 2009.
- Fendoğlu, Hasan Tahsin: *Türk Hukuk Tarihi*, (Filiz Kitabevi), İstanbul 2000.
- Filizok, Rıza: "Mantık ve Anlam Problemi", <http://www.ege-edebiyet.org>
- Gazzâlî, İmam (Ter. Yunus Apaydın): *Mustasfâ, İslâm Hukuk Metodolojisi (El-Mustasfâ min İlmi'l-Usûl, C. I)*, (Klâsik Yayınları), İstanbul Aralık 2006.
- Gelişgen, Ahmet: "Âhad Hadis" maddesi, *Dini Kavramlar Sözlüğü*, (DİB Yayınları), Ankara 2010, (Âhad).
- Gelişgen, Ahmet: "İllet" maddesi, *Dini Kavramlar Sözlüğü*, (DİB Yayınları), Ankara 2010, (İllet).
- Gelişgen, Ahmet: "Mütevâtir Hadis" maddesi, *Dini Kavramlar Sözlüğü*, (DİB Yayınları), Ankara 2010, (Mütevâtir).
- Gelişgen, Ahmet: "Mürsel Hadis" maddesi, *Dini Kavramlar Sözlüğü*, (DİB Yayınları), Ankara 2010, (Mürsel).
- Gelişgen, Ahmet: "Tahrir" maddesi, *Dini Kavramlar Sözlüğü*, (DİB Yayınları), Ankara 2010, (Tahrir).
- Gözler, Kemal: *Hukuka Giriş*, Genişletilmiş 9. Baskı, (Ekin Yayınları), Eylül, İstanbul 2012.
- Gözübüyük, Şeref: *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, 15. Bası, (Turhan Kitabevi), Ankara 2001.
- Gür, Refik: *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle*, (Sebil Yayınevi), 3. Baskı, İstanbul 1993.
- Güriz, Adnan: *Hukuk Başlangıcı*, 13. Baskı, (Siyasal Kitabevi), Ankara 2011.
- Hacı Reşid Paşa: *Rûhü'l-Mecelle*, C. I-II, Dersaadet Çağaloğlu'nda Ayasofya Caddesinde "Matbaa-i Hayriyye" ve Şürekâsı, 1328.
- Hamidullah, Muhammed: *İslâm'ın Hukuk İlmine Katkıları*, Bütün Eserleri-15, Ed. Vecdi Akyüz, (Beyan Yayınları), İstanbul Aralık 2005.
- Hanbelî, Şakir (Ter. Mustafa Yıldırım): *Fıkıh Usûlü*, (İzmir İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları), İzmir 2010.
- Jokisch, Benjamin: "Islamic Imperial Law", Harun el-Rashid's Codification Project, Walter de Gruyter, Berlin-New York (Studien zur Geschichte und Kultur des Islamischen Orients Heausgegeben von Lawrence I. Conrad-Neue Folge-Bond 19), 2007.
- İlhan, Cengiz: *Günümüz Türkçesiyle*, Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye), Aslı ile Birlikte Tam Metin, Ankara 2011.
- İmam Tahâvî: *Mukayeseli Hanefî Fıkhi*, (Ter. Soner Duman) Tahâvî Muhtasarı, İstanbul 2013.

- Karagöz, İsmail: “Âyet” maddesi, *Dini Kavramlar Sözlüğü*, (DİB Yayınları), Ankara 2010.
- Karagöz, İsmail: “İcmâ” maddesi, *Dini Kavramlar Sözlüğü*, (DİB Yayınları), Ankara 2010.
- Karagöz, İsmail: “İlme'l-Yakîn” maddesi, *Dini Kavramlar Sözlüğü*, (DİB Yayınları), Ankara 2010.
- Karagöz, İsmail: “Kur'an” maddesi, *Dini Kavramlar Sözlüğü*, (DİB Yayınları), Ankara 2010.
- Karakoç, İrem; “Roma Özel Hukuku ile Osmanlı Özel Hukukundaki Gelişmeler Bağlamında Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'nin Özellikleri”, Ed. Fethi Gedikli, (*I. Türk Hukuk Tarihi Kongresi Bildirileri, THTK*, (XII Levha Yayınları), İstanbul 2014), s. 63-116.
- Karaman, Fikret: “Ayne'l-Yakîn” maddesi, *Dini Kavramlar Sözlüğü*, (DİB Yayınları), Ankara 2010.
- Karaman, Fikret: “Hakka'l-Yakîn” maddesi, *Dini Kavramlar Sözlüğü*, (DİB Yayınları), Ankara 2010.
- Karaman, Fikret: “İlim” maddesi, *Dini Kavramlar Sözlüğü*, (DİB Yayınları), Ankara 2010.
- Kaşıkçı, Osman: *İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle*, (OSAV Yayınları), İstanbul 1997.
- Kaşıkçı, Osman: *İslâm-Osmanlı Hukuku*, (Ufuk Yayınları), İstanbul Eylül 2015.
- Keskin, Mehmet: *Şafii Fıkhı (Hanefî Mezhebi ile Mukayeseli)*, I. Cilt, (DİB Yayınları), Ankara 2015.
- Kılıç, Muharrem: “Karşılaştırmalı Hukuk tarihinde Metodolojik Formalizmin Aşılmasında İki Yöntem: İstihsan ve Equity”, (*İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, S. 1, 2003, s. 147-165).
- Kızılkaya, Necmettin: *Hanefî Mezhebi Bağlamında İslâm Hukukunda Küllî Kâideler*, (İz Yayıncılık), İstanbul 2013.
- Koca, Ferhat: “İstidlal” maddesi, *DİA*, C. 23, İstanbul 2001, (İstidlal).
- Koca, Ferhat: “İstinbat” maddesi, *DİA*, C. 23, İstanbul 2001, (İstinbat).
- Koca, Ferhat: “Tahsis” maddesi, *DİA*, C. 39, İstanbul 2010, (Tahsis).
- Koçyiğit, Talat: *Hadis Istılahları*, Ankara 1980.
- Köksal, A.Cüneyd-Dönmez, İbrahim Kâfi: ; “Usûl-i Fıkh” maddesi, *TDV.İslâm Ansiklopedisi*, C. 42, İstanbul 2012.
- Kutluer, İlhan: “Mebde-Meâd” maddesi, *DİA*, C. 28, Ankara 2003.
- Mehmed Seyyid Efendi: *Usûl-i Fıkh-Medhal*, (Haz. Selçuk Camcı), (Akademi Yayınları), İstanbul 2011, (Medhal).
- Mehmed Seyyid Efendi: *Usûl-i Fıkh Dersleri*, (Haz. Selçuk Camcı-Haydar Yıldırım), (Akademi Yayınları), İstanbul 2011, (Dersler).
- Öner, Necati: *Klasik Mantık*, 11. Baskı, (Divan Kitap), Ankara 2011.
- Özekes, Muhammed: *Sorular/Şemalar/Örneklerle Temel Hukuk Bilgisi*, (Yetkin Yayınları), Ankara 2010.
- Özen, Şükrü: “Osmanlı Dönemi Fetva Literatürü”, *TALİD*, 3(5), 2005, (Fetva).
- Özen, Şükrü: “İstislah” maddesi, *DİA*, C. 23, İstanbul 2001, (İstislah).
- Paçacı, İbrahim: “Delil” maddesi, *Dini Kavramlar Sözlüğü*, (DİB Yayınları), Ankara 2010, (Delil).
- Paçacı, İbrahim: “İcmâ” maddesi, *Dini Kavramlar Sözlüğü*, (DİB Yayınları), Ankara 2010, (İcma).
- Paçacı, İbrahim: “İslâm” maddesi, *Dini Kavramlar Sözlüğü*, (DİB Yayınları), Ankara 2010, (İslâm).
- Paçacı, İbrahim: “İstihsan” maddesi, *Dini Kavramlar Sözlüğü*, (DİB Yayınları), Ankara 2010, (İstihsan).
- Paçacı, İbrahim: “İstinbat” maddesi, *Dini Kavramlar Sözlüğü*, (DİB Yayınları), Ankara 2010, (İstinbat).
- Paçacı, İbrahim: “Maslahat” maddesi, *Dini Kavramlar Sözlüğü*, (DİB Yayınları), Ankara 2010, (Maslahat).
- Paçacı, İbrahim: “Taklîd” maddesi, *Dini Kavramlar Sözlüğü*, (DİB Yayınları), Ankara 2010, (Taklid).
- es-Sâğircî, Esad Muhammed: *Delilleriyle Hanefî Fıkhı*, (Ter. Heyet), İstanbul 2010.
- Sami, Şemseddin: *Kâmûs-ı Türkî*, C. 1-2 (Tek ciltte), (Sahhaflar Kitap Sarayı), İstanbul Eylül-2011.
- Sava Paşa: *İslâm Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüd*, Birinci ve İkinci Cilt, (Çev. Baha Arıkan), (Diyanet İşleri Reisliği Yayınları) Yeni Matbaa-Ankara 1955.

- Serahsî, İmam: *El-Mebsût*, C. 10, (Ter. Cevat Akşit), (Gümüşev Yayıncılık), İstanbul 2008.
- Şener, Abdülkadir: “İslâm Hukukunda Re’y ve İctihad”, *AÜİFD*, 1973, www.dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/37/748/9565.pdf
- Üçok, Coşkun-Mumcu, Ahmet-Bozkurt, Gülnihal: *Türk Hukuk Tarihi*, 17. Baskı, (Turhan Kitabevi), Ankara 2015.
- Vehbi, Mehmed: *Ahkâm-ı Kur’âniye*, Dördüncü Baskı, İstanbul 1971.
- Yıldırım, Mustafa: *Mecelle’nin Külli Kaideleri*, (İzmir İlahiyat Vakfı Yayınları), İzmir 2001.
- Yavuz, Yusuf Şevki: “Delil” maddesi, *DİA*, C. 9, İstanbul 1994, (Delil).
- Yavuz, Yusuf Şevki: “Burhan” maddesi, *DİA*, C. 6, İstanbul 1992, (Burhan).
- Yavuz, Yusuf Şevki: “İstidlal” maddesi, *DİA*, C. 23, İstanbul 2001, (İstidlal).
- Yiğit, Metin: *İlk Dönem Hanefî Kaynaklarına Göre Ebû Hanife’nin Usul Anlayışında Sünnet*, 2. Baskı, İstanbul 2013.
- Zeydan, Abdülkerim: *İslâm Hukukuna Giriş*, (Çev. Ali Şafak), (Kayıhan Yayınları), İstanbul 2008.