

MARMARA ÜNİVERSİTESİ
İLÂHİYAT FAKÜLTESİ
DERGİSİ

SAYI : 4

İstanbul — 1986

**İSLÂM HUKUKUNDA MÜCTEHİDİN NASSLAR KARŞISINDAKİ
DURUMU İLE
MODERN HUKUKLARDA HÂKİMİN KANUN KARŞISINDAKİ
DURUMU ARASINDA BİR MUKAYESE**

Doç. Dr. İbrahim Kâfi DÖNMEZ

XIX. Yüzyılın meşhur hukukçuları THİBAUT ile SAVIGNY arasında cereyan eden «kodifikasyon» ile ilgili mücadele hakkında, yani, kodifikasyonun ister mutlak değeri ister pratik faydası hakkında ne düşünülürse düşünülün, günümüzde bu hâdise, olmuş bitmiş bir sosyal vâkıa olarak varlığını hissettirmektedir.¹

Bilindiği gibi, kanunlaştırmanın biri genel diğeri ise özel olmak üzere iki anlamı vardır. Genel anlamda kanunlaştırmadan, kanun halinde kurallar koyma, yani kanun yapma (taknîn = legislation) anlaşılır. Özel anlamda kanunlaştırma ise, mahallî hukuku birleştirme gayesiyle ve hukukun belirli bir kolu ile ilgili olmak üzere mevcut hukuk kurallarını kanun şeklinde derleme (tedvîn = codification) demektir.

Esasen çok eski devirlerden beri her iki anlamda kanunlaştırma fikrine ve olayına raslanmaktadır. Milâttan önce XXIII. yüzyıl'da Babil'de hazırlanan Hammurabi Kanunu, M.Ö. V. yüzyılın ortalarında hazırlanan XII Levha Kanunu ve M.S. VI. yüzyıl'da Justinianus zamanında Bizans'ta hazırlanan «Corpus Juris Ci-

* Bu yazı, 19-26 Temmuz 1983 tarihlerinde Cezayir'in Konstantin şehrinde yapılan ve «İslâm'da İctihad» konusuna tahsis edilen Uluslararası XVII. İslâm Düşüncesi Semineri'ne sunulmuş arapça tebliğin türkçesidir. Dipnotlarda işaret edilen bütün eserlere bibliyografyada yer verilmiştir.

1 GENY, Méthode d'Interprétation, I, 61.

vilis» eski devirlerde girilen kanunlaştırma hareketlerinin en önemli örneklerini teşkil eder. Yine, Osmanlı Devleti dönemindeki en meşhur kanunnâmelerden Fatih Sultan Mehmed'in ve Kanunî Sultan Süleyman'ın kanunnâmeleri bu arada zikredilebilir.

Ne var ki, sistem ve muhtevaları itibariyle bu kanunlar, modern anlamda birer kanunlaştırma eseri sayılmamaktadır. Bunlarda, hukukun çeşitli bölüm ve kollarını ilgilendiren hükümlere birarada yer verilmiştir.

Modern anlamda kanunlaştırma denince, özellikle medenî hukuk alanında XVIII. yüzyılın ikinci yarısından sonra ortaya konmaya başlanan kodifikasyon ürünleri kastedilir. Bu akım, Avrupa'da XVIII. yüzyılın sonlarında başlamış ve XIX. yüzyılda —İngiltere dışında— bütün kıtaya yayılmıştır.²

«Kur'ân, kodifikatörü Hz. Muhammed olan bir tedvin sayılabilir mi?» sorusunu ortaya attıktan sonra, «Şüphesiz ki, XIX. asrın kodlarına bakarak bir tedvin fikri edinmiş olanlar için, bu suâle müsbet cevap verilmesi mümkün değildir» şeklinde görüşünü açıklayan meşhur Türk Sosyolog Ziyâeddin FINDIKOĞLU'nu³ takiben, İslâm hukukundaki nasslar ile modern kanunlar arasında bir benzerlik kurulması konusunda tereddüde düşülebilir ve hatta olumsuz sonuca varılabilir.

Zaten biz peşinen belirtmek istiyoruz ki, burada, sistem ve muhteva özellikleri bakımından modern kodifikasyon ile İslâm teşri'i arasında bir benzerlik arama gayreti içinde değiliz. Kaldı ki, İslâm teşri'ini mutlak anlamda bir kodifikasyon olarak mü-talâa etmek, Kur'ân ve Sünnet'in Cahiliyye hukukunun kanunlaştırılmasından ibaret sayılması gibi sakıncalı ve tarihî vâkıa ile bağdaşmaz bir sonucu kabullenmek anlamına gelecektir.

Eziz böyle bir yaklaşıma sevkeden esas âmili ise şöylece açıklayabiliriz:

Zikri geçen Avrupa'daki kodifikasyon hareketlerinden önce birtakım kanunların yapıldığı, pratik hukuk sahasının çok önem-

2 Bu konuda bkz. ARMINJON/NOLDE/WOLFE, 'Traité de Droit Comparé, cilt: II.

3 FINDIKOĞLU, Hukuk Sosyolojisi, s. 12.

li gelişmelere sahne olduğu, meselâ kendi zamanlarında olduğu gibi sonraki asırlarda da haklı şöhretlerini koruyan (Romalı hukukçularca hukukun ana kavramları ve bunların uygulamaları konusunda önemli merhaleler katedildiği bilinmekle beraber⁴, İslâm hukukçuları tarafından «usûlü'l-fıkh» adıyla ortaya konan ilmi çalışmalardan önce, kanun fikrine dayalı bir pozitif hukuk külliyyatı meydana getirme hedefini güden, hukuk kurallarının felsefi temelini inceleyen ve tahrîr' (légiferer), tefsîr (interpréter), nesh (abroger) gibi metodları kendisine konu edinen bir hukuk ilmi çalışmasına tesadüf edilmektedir.⁵)

Usul-
F. k.

Justinianus'un «Corpus Juris Civilis»i belki hukuk metodolojisi sahasında da öncülük için Romalı hukukçulara önemli bir imkân sağlamış olacaktı. Fakat bizzat Justinianus zamanında bile gerçek bir kanun gibi tatbik edilebildiği epeyce şüpheli olan bu kanun, artık Roma toplumunun parlak devirlerindeki seviyesine sahip bulunmayan vârislerince değerlendirilememiştir.⁶ Herne kadar XI. asrın sonu ve XII. asrın başlarından itibaren, bir Digesta metninin bulunmuş olması başlıca âmillerinden biri olarak gösterilen yeni bir canlanma hareketi görülmekte ve sonra Glassatorlar ve Postglassatorlar diye bilinen hukukçuların Roma hukuku mirasını değerlendirmek için çaba sarfettikleri müşahede olunmakta ise de⁷, kodifikasyon hareketlerini takibeden yıllara kadar Avrupa'da kanun fikrine dayalı hukuk metodolojisi çalışmalarının ortaya konduğuna rastlanamamaktadır.

İşte biz bu tebliğimizde, hukuk tarihi içinde kanun fikrinden hareketle sistemli bir şekilde ortaya konmuş hukuk metodolojisi çalışmalarının ilk örneğini teşkil eden ve hukuk ağacının dalları (furû') mesabesindeki salt hukuk kuralları kolleksiyonundan ayırdetmek üzere «usûlü'l-fıkh» (hukukun kökleri) adı ile anılan ilmi disiplinde⁸ —daha doğrusu bu alandaki eserlerde— yer alan «nassların uygulanması metodları»nı, az önce sözünü ettiğimiz ko-

4 UMUR, Roma Hukuku, s. 284.

5 HAMİDULLAH, «Histoire d'usul al-fıkh», s. 77 v.d.

6 UMUR, Roma Hukuku, s. 258.

7 bkz. UMUR, Roma Hukuku, s. 260. v.d.

8 DEL VECCHIO, «Les Diverses sources du droit», s. 37-38; HAMİDULLAH, «La Philosophie juridique», s. 137.

difikasyon hareketleri dolayısıyla Kara Avrupası hukuk ilmi çalışmalarınca ortaya konan «kanunların uygulanması metodları» bakımından bir yaklaşımla ele almaya çalışacağız.

Ancak, ileride üzerinde daha fazla durulacağı üzere, usûlcülerin koydukları bütün kaidelerin, fiilen ictihad etmiş bulunan müctehidlere mal edilmesi mümkün olmadığı için, usûl eserlerindeki terim ve yaklaşımlardan birer çerçeve olarak faydalanacak, öz itibariyle ise konuyu nassları uygulama mevkiindeki müctehid açısından ele almaya gayret edeceğiz.

Biz burada, kanunların/nassların özellikleri, yürürlüğe konması ve yürürlükten kaldırılması konularına hiç değinmeksizin, doğrudan doğruya kanunun/nassın uygulanması konusunu ele alacağız. Kanunların uygulanması bahsi içinde genellikle yer verilen kanunun zaman itibariyle uygulanması (l'application dans le temps)⁹, mekân itibariyle uygulanması (l'application dans l'espace)¹⁰ ve emredici (dispositions impératives) veya yedek hüküm (dispositions supplétives ou déclaratives) oluşu itibariyle¹¹ uygulanması konularına da değinmeyeceğiz.

KANUNUN/NASSIN UYGULANMASI

1 — Genel Olarak:

Toplum hayatında ortaya çıkabilecek bütün olayları önceden farzedip, hiçbir olayı dışarıda bırakmayacak şekilde kanunlar hazırlanması, erişilemeyecek bir gayedir. Nitekim Prusya Devletleri Genel Land Kanunu (=ALR), bu yöndeki sonuçsuz kalmış çabaların tipik örneğini teşkil etmektedir ve modern kanunlaştırmalar

9 bkz. GHESTIN, Traité de Droit Civil, s. 228 v.d.; DU PASQUIER, Introduction, s. 134 v.d.

10 bkz. GHESTIN, Traité de Droit Civil, s. 186 v.d.; DU PASQUIER, Introduction, s. 137 v.d.

11 bkz. GHESTIN, Traité de Droit Civil, s. 223 v.d.; DU PASQUIER, Introduction, s. 91-92.

bu gerçeği dikkate alarak benzeri adımlar atmaktan kaçınmışlardır.

Bu gerçeğin kabulü ile kanunlar hazırlanması halinde ise, kanunda olaya uygulanabilecek hükmün bulunmaması ihtimali de varıddir. Kanunda olaya uygulanabilecek bir hüküm bulunmadığı zaman hangi yola başvurulacağı hususu, hukuklara göre farklılıklar taşımaktadır. Bu konudaki değişik görüşlere ileride yer vereceğiz.

Takip edilecek yol ne olursa olsun, hukukî ihtilâfın çözümsüz kalmaması, hukukun varlığının bir gereğidir. Fransız Medenî Kanunu, hâkimin, önüne getirilen hukukî ihtilâfı çözmek mecburiyetinde olduğunu açıkça ifade etmiş ve bundan kaçınması halinde Ceza Kanunundaki hükümle cezaî müeyyideye çarptırılması öngörülmüştür.¹² Türk Medenî Kanunu ve bunun me'hazı olan İsviçre Medenî Kanunu da, kanunda veya örfte olaya uygulanabilecek hüküm bulunmaması halinde, hâkime o'ayı çörmek için vâzı-ı kanun gibi davranarak hüküm koyma görevini yüklemiştir.¹³

Kanunu uygulama durumuyla karşı karşıya kalan hâkimin, ya önünde, çözeceği olaya uygulanabilecek hüküm bulabilmesi, ya da o olaya uygulanabilir hüküm bulamaması sözkonusudur. Birinci halde olayı kapsayan kanun hükmünün araştırılması yapmakta, yani yorum veya hüküm içi boşlukların doldurulması yoluyla olay o hükmün kapsamına dahil edilmektedir. İkinci halde ise, kanunda olaya uygulanabilir bir hüküm mevcut olmadığından, «kanun boşluklarının doldurulması» metedlarına başvurulmaktadır. Bütün bu faaliyetler en geniş anlamıyla «kanunun uygulanması»dır.

İslâm hukukunda, kanun fikrine dayalı hukuk metedolojisi çalışmalarına imkân hazırlamış bulunan metinlere «nass» adı verilmektedir. Nass denince, genellikle Kitâb ve Sünnet metinleri birlikte kastedilir.¹⁴ Yazılı hukuk sistemlerinde olduğu gibi İslâm

12 Fransız Medenî Kanunu, madde: 4; Fransız Ceza Kanunu, madde: 185.

13 İsviçre ve Türk Medenî Kanunları, madde: 1.

14 SERAHSİ, Usûlü's-Serahsî, II, 128, 129, 142. Hz. Peygamber'in bütün tasarruflarının «teşriî» niteliğe sahip olmadığına ve her bir tasarrufu hangi sıfatla yaptığı hususunun tesbiti gerektiğine, do-

hukukunda da asıl kaynak nasslardır. Bir hukukî olay hakkında nassın varlığı halinde re'y yoluna gidilemeyeceği, İslâm hukukçularının hassasiyetle üzerinde durdukları bir noktadır.¹⁵

Bununla birlikte hayat olaylarının sınırsız, nassların ise sınırlı bulunduğu, usûlcüler tarafından genellikle kabul edilmektedir.¹⁶ Aynı şekilde, hiçbir hukukî olayın hükümsüz bırakılmayacağı'nın da bir prensip olduğu¹⁷, Sahabe'nin hakkında nass yok diye hiçbir olayı hükümsüz bırakmadığı¹⁸, bu prensibin, Sahâbe, Tâbiûn ve sonraki nesillerde geçerliliğini aynen koruduğu ve hatta İslâm hukuk külliyyatı içinde mevcut çözümlere bakıldığında bunların onda dokuzunun, nassların kapsamına katılamayacak hükümler olduğunun müşahede edileceği, yine usûlcüler tarafından belirtilmektedir.¹⁹

Nassların kapsamına alınamayan bir hukukî olay hakkında hükme varma faaliyetine «ictihâdü'r-re'y», «el-ictihâd fi'l-ahkâm» veya «re'y» denmektedir²⁰. «İctihâd»ın dar anlamı budur. Nasslarda hükmü bulunmayan bir olay için bu yola başvurulacağı Muâz hadisinde yer aldığı gibi²¹ mezhep imamlarınca da ifade edilmiştir²².

Geniş anlamda «ictihâd» ise, yorum ve hâkimin takdir yetkisi de dahil olmak üzere hukukî olayın hükmünü tesbit için göste-

layısıyla, bizim bu tetkikimizde esasen teşriî nitelikteki hadislerin sözkonusu olduğuna dikkat edilmelidir. Bu konuda Karâfi'nin ve et-Tâhir b. Âşûr'un taksimlerinden faydalanabilir. bkz. KARÂFİ, el-Furûk, I, 206 v.d. (36. fark); İBN ÂŞÛR, Makâsîd, s. 28 v.d.

15 ŞÂFİİ, er-Risâle ş: 1817 v.d.; SERAHSÎ, Usûlü's-Serahsî, II, 66, 142.

16 CESSÂS, Usûlü'l-fıkh, el yazması, v. 261/a; CÜVEYNÎ, el-Burhân, II, 743; BUHARÎ, Keşfu'l-esrâr, III, 270-271.

17 CESSÂS, Usûlü'l-fıkh, el yazması, v. 261/a; CÜVEYNÎ, el-Burhân, II, 743; BUHARÎ, Keşfu'l-esrâr, III, 271.

18 CÜVEYNÎ, el-Burhân, II, 764-765.

19 CÜVEYNÎ, el-Burhân, II, 768.

20 SERAHSÎ, Usûlü's-Serahsî, II, 109, 132.

21 Hadisin metni ve tenkidi için bkz. SERAHSÎ, Usûlü's-Serahsî, II, 107; İBN HAZM, Mülâhhas ibtâli'l-kıyâs, s. 14-15; ŞEVKÂNÎ, İrşâdü'l-fuhûl, s. 202; BİLTÂCÎ, Menhecû Umer, s. 64.

22 bkz. MÂLİK b. ENES, el-Muvatta; Ukûl: 5, 10; ŞÂFİİ, er-Risâle, ş: 59 v.d., 1326; İBN KAYYİM, İ'lâmu'l-muvakkîm, I, 22; EBÛ ZEHRA, Ebû Hanîfe, s. 235.

rilen çabanın tamamını ifade eder²³. Hz. Peygamber'in, «ictihâd edip isabet edene iki ecir, hata edene bir ecir verileceği»ne dair hadisinden²⁴, ictihâdî sonucun, karakter itibariyle hata ihtimali bulunan bir faaliyet olduğu²⁵ anlaşıldığına göre, kesinlik taşımayan yorum ve takdir hallerinin ictihad olarak nitelenmesi nassların ruhuna da uygun düşmektedir.

Dikkatten uzak tutulmaması gereken nokta, bütün bu faaliyetlerin en geniş anlamda «nassların uygulanmasını» hedef almasıdır²⁶.

2 — Kanunda/Nassda Olaya Uygulanabilir Hüküm Bulunması :

a) Olayı kapsayan kanun/nass hükmünün araştırılması (YORUM):

Kanunda olaya uygulanacak hükümün bulunduğu kabulü, her şeyden önce düz veya zıt anlam itibariyle olayı kapsayan bir hükümün varlığının tesbitine bağlıdır. Düz anlam, bir hükümün doğrudan doğruya ifade ettiği anlamdır. Zıt anlam ise, bu ifadenin aksinden çıkarılan anlamdır. Fakat bir hükümün zıt anlamını tesbit ederken ve uygularken çok dikkat edilmesi gerektiği, hukukçularca üzerinde durulan bir husustur²⁷. Çıkarılan zıt anlamın (argumentum a contrario) isabetli olup olmadığını genellikle hükmün gayesi gösterir; bazen de bir hükmün zıt anlamının uygulanması başka hükümlerle sınırlandırılmış olabilir.

Bir kanun hükmünün anlamının tam olarak tesbitine o hükmün yorumlanması denir²⁸. Yorumu yapan makama göre yorum, yasama yorumu (teşrîî tefsîr), yargı yorumu (kazâî tefsîr) ve

23 ĞAZZALÎ, el-Mustasfâ, II, 229; BUHÂRÎ, Keşfu'l-esrâr, III, 268.

24 ŞÂFÎÎ, er-Risâle, §: 1409

ادا حكم الحاكم فاجتهد فاصاب فله اجران ، وادا حكم فاجتهد
ثم اخصا فله اجر .

25 ŞÂFÎÎ, er-Risâle, §: 1410 v.d.

26 bkz. SERAHSÎ, Usûlü's-Serahsî, II, 142; ĞAZZALÎ, el-Mustasfâ, I, 6.

27 bkz. GENY, Méthode d'interprétation, I, 34.

28 DU PASQUIER, Introduction, s. 196; «Yorum, kanunkoyucunun vazettiği metinlerden kanunî hükmün çıkarılmasıdır» EDÎB SÂLÎH, Tefsîru'n-nüs, I, 107 (SENHÜRÎ ve EBÛ SİTTÎT, Usûlü'l-kaanûn, s. 235'ten naklen).

doktrinel yorum (ilmî tefsîr) şeklinde üç nevidir²⁹. Gerek lâfzı incelenerek gerekse ruhu araştırılarak kanun yorumlanır ve bu yorum sonunda elde edilen sonuç kanunun lâfzından anlaşılan anlamla eşit olursa, bu yoruma «açıklayıcı yorum» (interprétation declarative) denir. Kanunun lâfzından anlaşılan anlamdan farklı olursa bu durumda değiştirici bir yorum söz konusu olur. Değiştirici yorum da iki yönde olabilir: Ya lâfızdan anlaşılanı genişletir ki buna «genişletici yorum» (interprétation extensive) denir, veya lâfızdan anlaşılanı daraltır ki buna «daraltıcı yorum» (interprétation restrictive) diye anılır³⁰.

Kanunların yorumlanması konusunda ortaya konmuş değişik metodlar vardır. En dar olanından en geniş olanına doğru bu metodlar şöylece sıralanabilir: Kanunun sadece metnini gözönünde bulundurmak suretiyle kanunun anlamını tesbit etmeye çalışan «lâfzî yorum» (interprétation littérale, interprétation grammaticale), mantık yoluyla kanunun anlamını tesbite çalışan «mantıkî yorum» (interprétation logique), kanun koyucunun hükmü koyarken güttüğü gayeyi araştırarak kanunun anlamını tesbite çalışan «tarihî yorum» (interprétation historique), kanunun bir defa meydana gelmekle evveliyatından tamamen bağımsız bir varlık kazandığı görüşünden hareketle, kanun koyucunun kanunu koyarken güttüğü gayenin değil, kanun koyucunun kanunun uygulanacağı sıradaki şartlar ve ihtiyaçlar karşısında bulunmuş olması halinde güdeceği gayenin araştırılması ve hükmün ona göre yorumlanması gerektiğini, böylece kanunun dinamik bir varlık haline geleceğini ve hayatın değişen icaplarına uymayı sağlayan bir elâstikiyet kazanacağını savunan «modern yorum» veya «kanunun zamana göre objektif yorumu» (Die objektiv - zeigemaesse Méthode) ve nihayet kanunun metni ile bağlı kalmaksızın tamamen serbest bir şekilde âdil sayılan bir çözüme varılabileceğini, hatta bu çözümün kanunun metnine aykırı (contra legem) olabileceğini kabul eden «serbest yorum» (L'école du droit libre'in metodu)³¹.

İslâm hukukçuları, zıt anlam itibariyle olayı kapsayan bir nassın varlığı halinde, nassda olaya uygulanacak hükmün bulun-

29 GHESTIN, Traité de Droit Civil, s. 237 v.d.

30 DU PASQUIER, Introduction, s. 204.

31 bkz. DESCHENAUX, Traité De Droit Civil Suisse, II, 75 v.d.; DU PASQUIER, Introduction, s. 199 v.d.

muş sayılıp sayılmayacağı konusunda birleşememişlerdir³². Mütellimîn metodu ile yazılmış usûl eserlerinde «delilü'l-hitâb» diye anılan ve fukahâ metodu ile yazılmış eserlerde «el-mahzûs bi'z-zikr» başlığı altında ele alınan mefhum-ı muhâlif ile (mefhûm-ı lâkab hariç) hüküm sabit olacağı, İslâm hukukçularının çoğunluğunca kabul edilmektedir. Hanefî doktrinine mensup hukukçular ise bunun aksini savunmakta ve karşı görüşle birleşen kendi fer'î sonuçlarını «el-berâe el-asliyye» ve «el-adem el-asli» gibi prensiplere dayandırmaktadırlar. Ancak, mefhum-ı muhâlif ile varılan sonucun nassın kapsamından mı sayılacağı yoksa «kiyâs» olarak mı niteleneceği hususunda ve yine mefhûm-ı muhâlifin şartları ve çeşitleri hakkında başkaca ihtilâflar mevcuttur. Burada belirtilmesi gerekli bir husus, mefhûm-ı muhâlifi kabul eden İslâm hukukçularının da bu konuda sıkı kayıtlar koymakta ve ihtiyatlı davranmaya çalışmakta olduklarıdır³³. Modern hukuk doktrinlerinde de mefhum-ı muhalifin uygulanması hususunda ileri sürülen endişeler burada hatırlanmalıdır³⁴.

Buradaki yaklaşımımız açısından, İslâm hukukunda yorumu yapan makama göre bir ayırma gitmenin önemli olmadığını belirtmeliyiz. Zira burada esas olan, genel tarzda nassları yorumlama ve hüküm çıkarma yetkisine sahip olan kişilerdir. Bunların doktrin adamı veya yargı görevlisi olması nassların yorumlanması açısından önemli olmayıp, aranan ortak nitelik müctehid olmaktır. Yapılan yoruma etkisi ise, pozitif hukukla ilgili bir meseledir ve yürürlük kaynaklarının tayininde önem taşır.

Usûlü'l-fıkhın ilmî bir disiplin olarak ortaya konusu ve bu konudaki gelişmelerin seyri hakkında söylenebilecek şeyler³⁵, bu ilim içinde çok önemli yer tutan nassların yorumu ile ilgili kaideler hakkında da prensip olarak söylenebilir³⁶.

32 EDİB SÂLİH, Tefsîru'n-nusûs, I, 665.

33 bkz. CESSÂS, Usûlü'l-fıkh, el yazması, v. 49/b v.d.; ÂMİDÎ, el-İhkâm, III, 87-95; ŞEKÂNÎ, İrşâdü'l-fuhûl, s. 178-183; EDİB SÂLİH, Tefsîru'n-nusûs, I, 665-756.

34 bkz. GENY, Méthode d'interprétation, I, 34.

35 Meselâ bkz. İBN HALDÛN, el-Mukaddime, s. 453-455; MERÂĞÎ, Tabakâtü'l-usûliyyîn, s. 15-21; BİLTÂCÎ, Menâhicü't-teşrî' el-İslâmi, I, 11-15; ŞA'BÂN, Usûlü'l-fıkh, s. 15 v.d.; EDİB SÂLİH, Tefsîru'n-nusûs, I, 90-96.

36 EDİB SÂLİH, Tefsîru'n-nusûs, I, 90.

İslâm teşri'inin kendi şartları içinde Sahabe'nin sahip olduğu özellikler, onlara, bu konuda kaideler konmuş olmasının sağlayacağı faydaları fazlasıyla karşılamakta ve onları kaideler koymaktan müstağni kılmakta idi³⁷. Daha sonraki dönemde yavaş yavaş teoriye yönelme ihtiyacının duyulmaya başlandığını gösteren işaretler mevcut ise de, Şâfiî'ye kadar bu ihtiyacın yazıya dökülmesine dair henüz bize kadar ulaşmış kesin bir vesika mevcut değildir³⁸. Tabii ki bu söylediğimiz, usûl kaidelerinin usûl eserlerinde görülen detayları ile Şâfiî'nin kitabında (er-Risâle) yer aldığı anlamında değildir.

Ancak, hemen ilk usûl eserlerinden itibaren bu literatür içinde yorum konusunun ne kadar önemli bir yer tuttuğu açıkça görülmektedir. Meselâ, Şâfiî'nin er-Risâle'sinden sonra bize kadar ulaşmış usul eserlerinin ilklerinden olan Cessâs'ın «Usûlü'l-fıkh»ında yorumla ilgili konuların, eserin bütününe nisbetle üçte biri aşan bir yer tuttuğu müşahede edilmektedir.

İslâm hukukçularının, nassların yorumunu belli kaidelere bağlama konusundaki kassasiyetleri neticesi usûl eserlerinde sergiledikleri büyük emek mahsulü incelemeleri topluca görmek ve yorumla ilgili terimlerin bu eserlerdeki gelişme seyirlerini adım adım takip etmek isteyenler için, Dr. Muhammed Edîb Salih tarafından gerçekleştirilmiş bulunan «Tefsîru'n-nusûs fi'l-fıkh el-İslâmî» isimli araştırma oldukça doyurucu bir kaynaktır^{38a}/a. Buradaki bilgiler bizim incelememizin dışında kalacaktır; biz sadece konu ile ilgili bazı kesitlere dikkat çekmekle yetineceğiz.

Biz burada, özellikle, Pandekt hukukçularının özenle inceledikleri «yorumlamada başvurulacak unsurlar»ın herbirine gösterdikleri alâkayı belirleme bakımından İslâm hukukçularının tavrına özlü bir şekilde atf-ı nazarda bulunmaya çalışacağız:

Dil Unsuru :

Nassların lâfızları ve lâfızların anlamları ile ilgili konuların

37 İBN ABDİLBERR, Câmî'u beyâni'l-ilm, II, 37; İBN HALDÜN, el-Mukaddime, s. 454; DEVÂLİBÎ, el-Medhal ilâ ilm usûli'l-fıkh, s. 91.

38 Cüveynî, Şerhu'r-Risâle'den naklen: Mustafa Abdürrâzık, et-Temhîd li târihi'l-felsefe el-İslâmiyye, zikreden: EDİB SÂLİH, Tefsîru'n-nusûs, I, 95-96; YÜSÜF MÜSÂ, Tarîhu'l-fıkh, II, 165.

38a Türkçede, İslâm hukuku terimlerine dayanarak hukukta yorum konusunu işleyen değerli bir eser Ali Himmet BERKİ tarafından yayınlanmıştır (Ankara, 1948).

sistemli bir şekilde ve inceden inceye işlendiği usûl eserlerinde, lâfzî yoruma ve (bir ölçüde) mantıkî yoruma büyük ağırlık verildiği açık bir şekilde dikkati çekmektedir. Bu durum, ilk nazarda Fransız doktrinindeki «şerhçi okul»u (l'école de l'exegèse) hatırlatmaktadır³⁹. Fakat bu ekole yöneltlen başlıca tenkitlerin, kanunların metinlerine aşırı bir değer tanınmasında ve kanun koyucunun kanunlardaki bütün kelimeleri titiz bir elemenden geçirdikten sonra ve kendi iradesini tam olarak anlatan bir şekilde kullandığı varsayımına dayanılmasında merkezileştiği dikkate alınınca, İslâm hukukçularının lâfzî yoruma çokça eğilmiş olmalarını isabetsiz bir tutum olarak değerlendirmek mümkün görünmemektedir. Çünkü, İslâm hukukundaki nassları modern kanunlardan ayıran en önemli sayılabilecek özellik, bunların değiştirilemezliğinin ve bütün unsurlarının Şâri' tarafından özellikle seçilerek terkip edilmiş olduğunun kabulüdür. Bununla birlikte, bu konuda Kur'ân nassları ile Sünnet nasslarını tamamen bir mütalâa etmek doğru olmasa gerekir. Hernekadar usûlcüler, «zâhir» lâfzın rivayetinde râvinin fakih olması şartını nazari olarak ifade etmişlerse de⁴⁰, pratikte mana ile hadis rivâyetinin önemli bir yere sahip olduğu vâkıası⁴¹ bizi, Kur'ân lâfızları ile Sünnet lâfızları arasında lâfzî yorumda gösterilecek titizlik bakımından bir ölçüde farklı davranmak gerekeceği kanaatine götürmektedir. Dikkat edilmelidir ki, her şeye rağmen lâfız, beşer lâfzıdır; râvî doğru anlamış olsa dahi bir kanun koyucu gibi metin sevketmemekte, anladığını kendi kullandığı lâfızlarla ifadelendirmektedir. Nitekim, Râzî'nin «el-Mahsûl»de nassın imâ yoluyla illeti göstermesi konusunda «Öyle görünüyor ki, illetin hükme tekaddümü, illiyeti göstermede daha kuvvetli olmaktadır; aksi ise böyle değildir.» dediğini naklettikten ve bu konudaki münakaşalara işaret ettikten sonra Şelebî, bu münakaşaların faydasız olduğunu söylemekte ve hadisin manen rivâyet özelliğine dikkat çekmektedir⁴².

39 Şerhçi okul hakkında bkz. BONNECASE, L'Ecole de L'Exegèse En Droit Civil, Paris, 1924; GHESTIN, Traité de Droit Civil, s. 92 v.d.

40 DEBÛSÎ, Takvîmü'l-edille, el yazması, v. 80/b-81/a.

41 Hatta bizzat Hz. Peygamberin -mana değişmemek kaydıyla- hadisin manasile rivâyetine izin vermiş olduğu, bkz. HATÎB, el-Kifâye, s. 199-200.

42 ŞELEBÎ, Ta'lîlü'l-ahkâm, s. 163-164.

Hiç şüphesiz İslâm hukukçuları, nassların lâfızları ile yetinmiş değildirlere. Bilâkis onların, nassların ruhu üzerinde de durdukları ve birçok yollarla nassların ruhunu araştırıp bu araştırmalarla nassların lâfızlarını kontrol ettikleri görülmektedir.

Sistematik Unsur :

Daha önce işaret edildiği üzere, Kur'ân ve Sünnet, birer hukuk kuralları koleksiyonu ve kendini sırf hukukla çevreleyen birer kod olmadığına göre, modern kanunlaştırma mahsullerinin sistematikliğini ve bu sistematikliğin kanunun ruhunun araştırılmasındaki rolünü aynen Kitâb ve Sünnet nassları için düşünmek doğru olmayacaktır. Ancak bu, Kitâb ve Sünnet nasslarının birbiriyle bağlantısı olmayan parça parça ve birbiriyle çelişebilen hükümler ihtiva ettiği, fikrî bir bütünlük taşımadığı anlamına gelmez. Nitekim İslâm hukukçuları, hukuk ilminde (Hukuk Metodolojisinde) çok önem taşıyan intikadî metodu fiilen çokça kullanmışlar ve hâssaten bu metodun hedeflerinden biri olan «hukukun mantikî sıhhatinin kontrolü» konusuna önemle eğilmişlerdir. Meselâ Hanefî ve Mâlikî doktrinlerinde, haber-i vâhidin İslâm hukukunun umumî kaidelerine vurularak⁴³ ve ayrıca Mâlikî usûlünde Medîne icmâ'ına, Hanefî usûlünde Kur'ân, mütevâtir (hatta meşhûr) Sünnete vurularak⁴⁴ dahili kritiğe tabi tutulması, mantikî sıhhatin kontrolünün hangi ölçülere ulaştırıldığını açıkça göstermeye yeterlidir.

Yine, fıkıh usûlündeki «istihsân» bahislerinin önemli bir bölümü de «mantikî sıhhatin kontrolü» ile ilgilidir. Şöyle ki: Bura-rada, İslâm hukukundaki fikhî hükümlerin (ya fer'î çözümlere istikrâ' metodunu tatbik ederek veya «delîl-i âmmin muktezâsı» fikrinden hareketle) kendi altında birleştirilebileceği çatılar (umumî kaideler) tasavvur edilmekte ve aynı konuda bu çatının dışına çıkılmasını gerektirici özel durumlarla karşılaşıncı bunla-

43 DEBÛSÎ, Te'sîsü'n-Nazar, s. 77; PEZDEVÎ, Kenzü'l-vusûl, III, 249; ZENCÂNÎ, Tahricü'l-furû', s. 195-196; ŞÂTİBÎ, el-Muvâfakaat, III, 21 v.d.; KEVSERÎ, Te'nîb, s. 153 ve Fıkh ehli'l-İrak, s. 34-35.

44 DEBÛSÎ, Takvîmü'l-edille, el yazması, v. 81/a-83/b, 84/a; BİLTÂCÎ, Menâhicü't-teşrî' el-islâmî, II, 579-580.

rın bir gerekçeye dayandırılması ihtiyacı duyulmakta ve böylece mantikî sıhhatin önemi vurgulanmış olmaktadır⁴⁵.

Bunlardan başka İslâm hukukçuları, bir Kitâb veya Sünnet nassının hükmünü tesbit ederken, cem' (özellikle tahsis), tercîh ve nesh metodlarını kuyumcu işçiliğinin titizliği ile ele alarak bu nassın diğer nasslarla ilişkisini incelemişler, bununla da yetinmeyip ictihâd yoluyla elde edilmiş hükümleri de bu nassın yorumlanması sırasında dikkate almışlardır. Hâssaten «kiyâsla tahsis» bahsi bu açıdan yapılmış çok değerli ilmî tartışmaların zemîni olmuştur⁴⁶.

Tarihi Unsur :

Kanunların yorumunda, kanun koyucunun maksudını araştırmak üzere, kanunların hazırlık çalışmalarından ve esbâb-ı mücibe lâyhahalarından faydalanıldığı gibi, İslâm hukukçuları tarafından da nassların yorumu sırasında âyetlerin «nüzü'l» ve hadislerin «vürûd» sebepleri üzerinde önemle durulmuştur. Şu kadar var ki, kanun malzemeleri, gerek hukuk sosyolojisi gerekse hukuk politikası açısından büyük değer taşırsa da, modern hukuklarda hakim olan görüş, bunların kesin ve bağlayıcı bir yorum vasıtası olmayıp yardımcı birer vasıta olduğu yönündedir. Bu konuda İslâm hukukçularının tutumu, belirtilen görüşle uyumaktadır. Gerçekten, hikmet-i teşri' incelemelerinde ve her bir nassın yorumlanmasında «nüzü'l» ve «vürûd» sebepleri üzerinde önemle durmuş olmakla birlikte, İslâm hukukçuları bunların bağlayıcı bir yorum vasıtası olmasını kaideleştirmiş değildirlere^{46/a}.

45 Delile dayanma ihtiyacının hissedilmesinde birleştikleri halde, iki usulcünün aynı meselede farklı delillere dayanmalarına misal için bkz. SERAHSÎ, Usûlü's-Serahsî, II, 203; PEZDEVÎ, Kenzü'l-vusûl, IV, 5.

46 bkz. GAZZÂLÎ, el-Mustasfâ, II, 122 v.d.; İBN ABDİŞŞEKÜR, Müselleme's-sübût, I, 357 v.d.; DEVÂLİBÎ, el-Medhal ilâ ilm usûli'l-fikh, s. 227-232.

46a Usûlcülerin genellikle kabul ettiği «hüküm çıkarmada, nassın sevki sırasındaki özel sebep ile sınırlı kalınmayıp lâfzın umûmunun dikkate alınacağı» kuralı etrafındaki münakaşalar bu konuya ışık tutucu niteliktedir, bkz. ŞEKÂNÎ, İrşâdü'l-fuhûl, s. 117-118; karşı görüş için bkz. İSNEVÎ, et-Temhîd fi tahrîci'l-furû' alâ'l-usûl, s. 410 v.d.

Gâi Unsur :

Kanunların yorumlanmasında lâfızlar, prensipler ve tarihi malzeme ile yetinilmeyip, kanunun sevk gayesinin (ratio legis) tesbit edilmesi yoluna gidildiği gibi, İslâm hukukçuları tarafından da bu konu ile çokça meşgul olunmuştur. Nassların sevk gayesi, icthad müessesesinin açıkça işlediği dönemlerde İslâm hukukçularının düşüncelerine yön veren en önemli âmil olarak belirlemektedir. Nassların «ta'lîl»i konusunda gerçekleştirilmiş bulunan değerli bir araştırmadan⁴⁷ faydalanarak, bu konuda özetle şunları söylemek mümkün görünmektedir: Sahâbe, Tâbiûn ve Etbâu't-tâbiîn müctehidleri ile fiilen icthad eden sonraki İslâm hukukçuları, pratik bir düşünceden hareket etmişler, «mesâlih»i dikkate alarak mevcut hal ve şerâite göre nassları ta'lîl etmişler, kısaca, ta'lîl konusunda bir takım vasıfların ardına düşmemişler; buna karşılık incelemelerini fiilen işleyen bir icthad müessesesinin dışında sürdüren usûlcüler «teorik» bir anlayışla ta'lîli sıkı kurallara bağlama çabası içine girmişlerdir. Aynı zamanda bu konudaki görüşlerin kelâm sahasındaki görüşlerle sıkı bir ilişkiye sahip olduğu, hatta bazı usûlcülerin iki sahadaki görüşleri arasında tutarsızlık içine düşmemek için bir takım zorlamalara gittikleri de gözlenmektedir⁴⁸.

Fakat «illet» anlayışı ne olursa olsun, usûlcüler tarafından «hüküm, illetinin varlığı halinde vardır; yokluğu halinde yoktur» şeklindeki kurala⁴⁹ ulaşılabilmiş olması, prensip olarak İslâm hukukçularının tefekkürlerinde «ratio legis» fikrinin yeri hakkında kanaat edinmeye yeterli sayılabilir. Kaldı ki, usûl sahasındaki bu nazarîliğin yanısıra, İslâm hukuku fiilen yürürlükte bulunduğu için —icthad adı altında olmasa bile— doktrin hükümlerinden «tahrîc»de bulunulurken mezhep imamlarının bu konudaki prensipleri mümkün olduğunca işletilmeye çalışılmıştır.

47 ŞELEBÎ, Mustafâ, Ta'lîlü'l-ahkâm: Ard ve tahlîl li tarîkati't-ta'lîl ve tatavvurâtihâ fi usûri'l-icthad ve't-taklîd, Mısır, 1947.

48 bkz. ŞELEBÎ, Ta'lîlü'l-ahkâm, s. 36-128, özellikle 12,71,91,92,96-97, 105-111,112,126-128. Usûlcülerin bu iki sahadaki tutarsızlıklarına işaret eden bir ifade için bkz. ŞÂTİBÎ, el-Muvâfakaat, II, 6; bu hususta açıklama ve karşı görüş için bkz. BÜTÎ, Davâbitü'l-maslaha, s. 96-99, özellikle 98.

49 SERAHSÎ, Usûlü's-Serahsî, II, 182.

Sosyolojik Unsur :

«Realist unsur» da denen bu unsura göre, yorumlama sırasında, realiteler yani fiilî ilişkiler de gözönüne alınmalı; iktisâdî verilere, ilmî ve teknolojik gelişmelere, örf ve âdetlere bakılmaksızın yorum yapılmamalıdır.

İslâm hukukçularının bir kaynak olarak örf karşısındaki tavırlarına müteâkip başlıkta işaret edilecektir. Burada, bir nassın yorumu sırasında örf ve âdetlerin İslâm hukukçularınca gözönünde bulundurulup bulundurulmadığı sorusunun cevaplanması söz konusudur. Bu sorunun cevabı olarak usûl-i fıkıh incelemelerinde önemle ele alınan «örf-i kavli ile tahsis» ve «örf-i amelî ile tahsis» konusundaki görüşler dikkat çekici bir nitelik taşımakta ise de⁵⁰, buna bakılarak örfün nassların yorumundaki rolü hakkında yanlış bir kanaat edinilebilir. Gerçekte bu konu «dil hususiyetleri» ile ilgilidir ve «târi' olmama» şartı dikkate alınınca⁵¹, Hz. Peygamber devrinden sonraki örflerin burada sözkonusu olmadığı kolayca anlaşılır.

Örfe dayalı nassın (en-nass el-mübteni alâ'l-urf) yorumunun örfün değişmesiyle değişeceğini savunan Ebû Yûsuf'a ait görüş, önceleri istisnâî bir görüş olarak takdim edildiği halde, sonraları bunun kural haline getirildiği ve hatta mezhep imamlarından nakledilen çözümlerin zamanın şartlarına uydurulmasında da aynı kuraldan faydalandığı gözlenmektedir⁵².

Bu nevi nassların bulunduğu şüphesiz olmakla beraber, «örfe dayalı nass» meselesi nâzik ve mecrâsından saptırılmaya çok elverişli bir konudur. Bu sebeple, Dr. Bûtî «zamanın değişmesiyle hükümlerin değişmesi» (tebeddül'l-ahkâm bi tebeddül'l-ehmân) konusunu incelerken, bu konudaki endişelerini dile getirmekte-

50 bkz. ĞAZZÂLÎ, el-Mustasfâ, II, 111, İBN ABDİŞŞEKÛR, Müselle-mü's-sübût, I, 345; EBÛ SÛNNE, el-Urf ve'lâde, s. 91-94, 124-125; ZERKÂ', el-Medhal el-fikhî el-âmm, II, 832, 848.

51 İBN NÜCEYM, el-Eşbâh ve'n-nezâir, I, 133; EBÛ SÛNNE, el-Urf ve'l-âde, s. 65; DEVÂLİBÎ, el-Medhal ilâ ilm usûli'l-fıkh, s. 236-237.

52 bkz. CESSÂS, Usûlü'l-fıkh, el yazması, v. 276/b; İBN HÛMÂM, Fethu'l-kadir, VI, 157; BÂBERTÎ, el-Inâye, VI, 157; İBN ÂBİDİN, Neşru'l-arf, II, 118; REŞİD PAŞA, Ruhu'l-mecelle, I, 123.

dir⁵³. Bu hususun tayini sırasında, varılacak çözümün nassın gayesi (bundan önce işaret ettiğimiz unsur ile) iyice kontrol edilmesi gerekir. Sahabe devrinde sosyolojik unsura verilen önemi gösteren pek çok uygulama görmek mümkündür⁵⁴ ve onların bu konulardaki isabeti sonraki âlimlerce genellikle kabul edilmektedir⁵⁵.

- b) Bulunan uygulanabilir kanun/nass hükmünde hâkimin takdir yetkisi (HÜKÜM İÇİ BOŞLUKLAR)

Kanunda olaya uygulanabilir bir hüküm bulunmakla birlikte, anlamının tesbiti için hüküm dışı unsurlara başvurmak gerekebilir. Bu durumlara «hüküm içi boşluklar» (Lücken intra legem) denir. Hâkim, bu boşlukları, kanunun kendisine verdiği yetkiye dayanarak ve yetkinin sınırları içinde dolduracaktır⁵⁶.

Bizzat nasslar tarafından hâkime takdir yetkisi verilmiş durumlarda yapılacak ictihâd, hemen bütün İslâm hukukçularınca kabul edilen bir metoddur. Hanefî literatüründe buna «istihsân» adı verilmekle birlikte, Cessâs, ihtilâf konusu istihsânın bu olmadığını söylemekte ve bu nevi istihsânı, verdiği istihsân tarifinin dışında tutmaktadır⁵⁷. Cessâs ve Serahsî'nin «Hiçbir hukukçunun, istihsânın bu nevine muhalefet edebileceği düşünülemez» dediği (nafaka miktarının tayini gibi konulardaki) «takdirî hüküm istihsân»na, istihsâna cepheler alan Şâfiî'nin bile «estahsinu» ibaresini kullanarak başvurduğu belirtilmektedir⁵⁸.

53 BÜTÎ, Davâbitü'l-maslaha, s. 280-292, özellikle 292.

54 Burada misal olarak, «diyât miktarı» ve «âkile» ile ilgili nassaların yorumlanmasında, zaman içinde toplumda meydana gelen değişikliklerin etkisini zikretmek mümkündür, SERÂHSÎ, el-Mebsût, XXVI, 66,124-126; ZEYLÂÎ, Tebyînü'l-hakâik, VI, 176-177; İBN RÜŞD, Bidâyetü'l-müctehid, II, 475.

55 Misaller için bkz. İBN KAYYİM, İ'lâmu'l-muvakkîn, III, 3-58; ŞELEBÎ, Ta'îlîlü'l-ahkâm, s. 35-65; BÜTÎ, Davâbitü'l-maslaha, s. 143-161.

56 DESCHENAUX, Traité de Droit Civil, s. 92.

57 CESSÂS, Usûlü'l-fıkh, el yazması, v. 294/a-295/b.

58 CESSÂS, Usûlü'l-fıkh, el yazması, v. 294/a-295/b; SERÂHSÎ, Usûlü's-Serahsî, II, 200,207; AMİDÎ, el-İhkâm, IV, 136; BUHÂRÎ, Kesfu'l-esrâr, IV, 13.

3 — Kanunda/Nassda Olaya Uygulanabilir Hüküm Bulunmaması :

Karşılaşılan olayın, doğrudan kanun kapsamı içerisine katılmaması halinde, «kanun boşluğu»ndan (Lücken praeter legem) söz edilir.

Kanun boşlukları önce, kanun koyucunun bilerek veya unutmama-ihmal sonucu boşluk bırakmış olması bakımından «bilinçli boşluklar» (bewusste Lücke) ve «bilinçsiz boşluklar» (unbewusste Lücken) diye ikiye ayrılmaktadır.

Bir de, boşluğun açıklığı-kapalılığı bakımından ayırım yapılmaktadır. Buna göre, hukuken çözüme varılması gerekli bir konuda uygulanabilir kanun hükmünün bulunmadığının açıkça belli olduğu durumlara «açık boşluk» (offene Lücke) denmektedir. Kanunda bir hüküm bulunmasına rağmen, a) Hükümün lâfzı ile ruhunun bağdaştırılması mümkün olmayan hallerde, b) Bir kanun hükmünün lâfzı ve ruhu itibarıyla tesbit edilen anlamda uygulanmasının dürüstlük kuralı ile çatıştığı ve bir hakkın kötüye kullanılması sayılacağı hallerde, c) Mevcut hüküm aynı degerde başka bir hükümle çatıştığı hallerde «örtülü» (zımnî) kanun boşluğundan (verdeckte Lücke) sözedilmektedir⁵⁹.

Kanun boşluğu bulunması halinde, boşluğun doldurulması için hangi yola başvurulacağı, değişik kanunlarda değişik şekillerde belirlenmiştir.

Mâselâ 1794 tarihli Prusya Devletleri Genel Land Kanununun (=ALR) 46. maddesi, hakkında kanunî hüküm bulunmayan hallerde, hâkimin meseleyi nasıl çözeceğini kanun komisyonundan sorması gerekeceği esasını koymuştu.

1811 tarihli Avusturya Medenî Kanununun 7. maddesi ise, kanunda uygulanabilecek bir hüküm bulunmaması halinde, tabii hukuk prensiplerine göre meselenin çözülmesi gerekeceğini ifade etmişti.

59 bkz. DESCHENAUX, Traité de Droit Civil, s. 93 v.d.; MEIER-HAYOZ, Berner Kommentar, Artikel 1 ZGB, N. 271 v.d., zikreden: OĞUZMAN, Medenî Hukuk, s. 71 v.d.

Hâkim için davaya bakma mecburiyeti bulunan Fransa'da XIX. yüzyıl boyunca, bütün meselelerin çözümleri kanun hükümlerinin yorumlamasına bağlanmış, kanun kapsamına katılmayacak olaylara da kanunun yorumu ile çözüm bulunmaya çalışılmıştır. Şerhçilik Ekolü (L'Ecole de l'Éxegèse) adı verilen bu akım, «yorum» ile «boşluk doldurma» arasında fark görmüyordu. Bu fikir akımı, XIX. yüzyılın sonlarında özellikle François GENY'nin fikirlerinin etkisi ile gücünü yitirmiştir. Géný, «Methodes d'interprétation et Sources En Droit Privé Pozitif» adlı eserinde, kanunun çerçevesine katılmayacak olayları bu çerçeveye katma zorlamasının doğru olmadığını, kanunun yanısıra kanunla aynı değerde olmasa bile hukukî değere sahip başka kaynakların kabulüne (örfe ve çok kısa ifadesiyle «ictihad») ihtiyaç bulunduğunu ifade ediyordu⁶⁰.

İsviçre Medenî Kanunu ve bu kanundan iktibas edilmiş olan Türk Medenî Kanunu (mad. 1) ise, kanunda lâfzıyla ve ruhuyla olaya uygulanabilecek bir çözüm bulunamaması halinde örf ve âdet hukukuna başvurulacağını, burada da hüküm bulunamazsa, hâkimin kanun koyucu gibi (modo legislatoris) hareket edeceğini ifade etmiştir. Hâkimin, bu şekilde hukuk kuralı koyma görevi ile karşı karşıya gelmesi halinde hangi metodları kullanacağı kanunda belirtilmiş değildir. Doktrinde kabul edilen genel eğilime göre, hâkimin bu faaliyet sırasında faydalanabileceği imkânların başında «kıyâs» gelmektedir. Hâkim, kanunun, benzeri durumları düzenlemek için koyduğu fakat önündeki meseleyi kapsamına almayan bir hükümden öncelik (evleviyet, argumentum a fortiori) veya kıyas yoluyla faydalanacaktır. Hâkim bu faaliyeti esnasında, kıyastan başka, kanunun ruhundan, doktrin ve mahkeme ictihadlarından, hukuk tarihinden ve mukayeseli hukuktan faydalanabilecektir⁶¹.

İslâm hukukçuları arasında, hiçbir olayın nassların kapsamı dışında kalmayacağını savunan, dolayısıyla kanun boşluğunun

60 Bu metoda «hür ilmi araştırma (libre recherche scientifique) metodu» denmektedir, bkz. GHESTIN, *Traité de Droit Civil*, s. 99-100; DEVÂLİBÎ, *el-Medhal ilâ ilm usûli'l-fikh*, s. 353.

61 TUOR, *Le Code Civil Suisse*, s. 35 v.d.; DESCHENAUX, *Traité de Droit Civil*, s. 101 v.d.

varlığını kabul etmeyen Zâhirîler ve yine Şevkânî gibi bu konuda aynı görüşü paylaşanlar⁶² bulunmakla birlikte, büyük çoğunluk nassların sınırlı olayların ise sınırsız olduğu ve mevcut boşlukların ictehad yoluyla doldurulacağı görüşündedir⁶³. Hz. Peygamber ile Muâz b. Cebel arasında geçen meşhur konuşma da bu görüşü açıkça te'yid etmektedir.

Daha önce, Kur'ân ve Sünnet'in sırf birer hukuk kuralları koleksiyonu olmadığını ve burada sistem ve muhteva özellikleri bakımından modern kodifikasyon ile İslâm teşri'i arasında bir benzerlik arama gayreti içinde olmadığını ifade etmiştik. Binâenaleyh, modern kodifikasyonda genellikle, kanun boşluğu denince bilinçsiz boşluklar hatıra gelmekte olduğu halde, İslâm teşri'inde «kanun boşluğu» (lacune de la loi) tabiri kullanılabildiği takdirde, sadece, Şâri'in bilerek düzenlemediği ve çözümünü ictehadla bıraktığı durumlar hatıra gelmelidir.

Kanundaki açık boşlukların yanı sıra örtülü boşluk durumları ile nassların uygulanması sırasında da karşılaşılmaktadır:

a) Nassın ruhu ile lâfzın bağdaştırılmasının mümkün olmaması sebebiyle boşluğun ortaya çıkması durumuna, Rasûlüllah devrinde sanatkârların tazmîn sorumluluğu ile ilgili uygulamaya uymayan Hulefâ-i Râşidîn devrindeki uygulama misal olarak gösterilebilir⁶⁴. b) Bir nass hükmünün lâfzı ve ruhu itibariyle tesbit edilen anlamda uygulanmasının, dürüstlük kuralı ile çatıştığı ve bir hakkın kötüye kullanılması sayılacağı duruma, ölüm hastalığına (maradu'l-mevt) tutulan kadının, kocasını mirastan mahrum bırakma sonucunu doğuracak irtidadi⁶⁵ veya ölüm hastalığına tutulan erkeğin, karısını mirastan mahrum etmek üzere onu boşaması (talâku'l-fârr)⁶⁶ olayında olduğu gibi kanuna karşı hile tegebbüslerini misal göstermek mümkündür. c) Mevcut hükmün aynı degerde başka bir hükümle çatışması ile boşluğun ortaya

62 bkz. İBN HAZM, Mülâhhas ibtâlî'l-kıyâs, s. 5; ŞEVKÂNÎ, İrşâdü'l-fuhûl, s. 204, 205.

63 CESSÂS, Usûlü'l-fıkh, el yazması, v. 261/a; CÜVEYNÎ, el-Burhân, II, 743, 1348-1349; BUHÂRÎ, Keşfu'l-esrâr, III, 270-271.

64 bkz. ŞELEBÎ, Ta'lîlü'l-ahkâm, s. 63.

65 bkz. EBÛ YÛSUF, Kitâbü'l-harâc, s. 182.

66 BÂCÎ, el-Müntekâ, IV, 85, zikreden: ŞELEBÎ, Ta'lîlü'l-ahkâm, s. 63.

çıkması durumu pratikte pek kabullenilmek istenmemekle beraber, bu durum, «ikisi de eşit olduğundan ikisi de sâkit oldu» şeklinde teorik olarak ifadelendirilmektedir⁶⁷.

«Maslahat» ve «hakkaniyet» düşüncesiyle mevcut çözümün terkedilmesi ve başka çözüme gidilmesi (a ve b şıkları) için Hanefiler «istihsan» terimini kullanacaklardır. Mâlikîler de istihsân terimini kullanma hususunda Hanefilerle aynı tutumu paylaşacaklardır⁶⁸. Fakat diğer mezhepler, başta yeni bir «delil» ihdas etmiş olma kaygısıyla bu terimi kullanmaktan sakınacaklardır. Şu var ki, bunlar da, genellikle İslâm hukuku prensipleri çerçevesinde «âdil» ve «maksada uygun» çözüme ulaşma noktasında öncekilerle birleşeceklerdir⁶⁹. Lâkin, nassın ruhu ile lâfzının bağdaştırılmasının mümkün olmaması gerekçesi ile, yani «maslahat» düşüncesine istinaden lâfzın dışında bir uygulamaya gidilmesi durumunda, nassın ruhunun tesbiti ve karşılaşılan olayda bu çatışmanın varlığının kabullenilmesi, çok nazik bir konudur. Bu durumların kaide haline getirilmesi, «hukuk emniyeti»ni bertaraf edecektir. İşte bu noktada, İslâm hukukunun ruhunu çok iyi kavramış, çok iyi yetişmiş hukukçulara ihtiyaç vardır. Belirtilen türden durumların misallerine Sahâbe devrinde çokça raslanması, onların bu konudaki üstün meziyetlerinden kaynaklanmaktadır.

Nasların kapsamına katılamayacak bir olayla karşılaşılması (kanun boşluğunun bulunması) halinde ise, —dar manada— «ic-

67 Bu konuda bkz. ŞÂTİBÎ, el-Muvâfakaat, IV, 295-299; İBN RÜŞD, Bidâyetü'l-müctehid, I, 94-95; ŞEVKÂNÎ, İrşâdü'l-fuhûl, s. 273 v.d.; BEREZENCİ, et-Teâruz ve't-tercîh, I, 59 v.d., 272 v.d., özellikle 282.

68 bkz. CESSÂS, Usûlü'l-fıkh, el yazması, v. 294/b-298/b; ŞÂTİBÎ, el-Muvâfakaat, IV, 205-209, el-İ'tisâm, II, 139; HALLÂF, Usûlü'l-fıkh, s. 82-83.

69 Esasen «istihsân», zengin muhtevaya sahip bir kavram olup, burada işaret edilen mana ile sınırlı değildir. Bu bakımdan, tebliğin aslında istihsan ile ilgili ek açıklamalara yer verilmiştir. Fakat yakında «istihsân» ile ilgili özel bir araştırma yazısı yayınlamayı düşündüğümüzden, bu açıklamaları türkçe metinden çıkarmış bulunuyoruz. Bu tebliğin sonucunu etkilemesi açısından burada çok kısa olarak belirtmemiz gerekli bir husus şudur ki, usûl eserlerinde istihsân, faal bir icthad müessesesinin bir kavramı olarak değil, önceki icthâdî hükümlerin izahı ile sınırlı olarak ele alınmış ve zamanla çok nazarî bir kavram haline getirilmiştir.

tihâd»a başvurulacağını ifade etmiştik. İşte bu mânâdaki ictehad faaliyeti sırasında müctehidin hangi metodları takip edeceği hususu, usûlü'l-fıkh ilminin en önemli konularından birini teşkil edecektir. Esasen, Hz. Peygamber'in, Muâz b. Cebel'e, nasıl hüküm vereceğine dair sorular sorup sonunda «re'yimle ictehad ederim» cevabını aldığı anda, ictehadını hangi esas ve metodlara göre gerçekleştireceği yönünde bir soruyu da yöneltmesi mümkündür. Fakat O, bu yönde bir soru ortaya atmamış; bu konu, —aslında Şâri'in kendi iradesine uygun olarak—, kısa bir süre sonra oluşması beklenen İslâm hukuk ekollerinin tetkik ve münakaşalarına bırakılmıştır⁶⁹/a.

Belirtilen manadaki «ictihâd» faaliyetini yürütürken, müctehidin başvuracağı imkânların başında şüphesiz «kıyâs» bulunmaktadır. Ancak, kıyâs amelîyesinde, karşılaşılan olay ile hükmü ta'diye ettirilecek nass arasında kurulacak bağ için çok sıkı şartlar bulunduğu takdirde, kıyâs imkânı belirli misallere inhisar edecektir. Nitekim, usûlcülerin «illet» konusunda gittikçe sertleşen tutumlarının, kıyâsı çok nazarı bir bahis haline getirdiğine dolaylı olarak işaret etmiştik.

Karşılaşılan olayın mutlaka çözümünün bulunması gerektiği prensibi, bu olay ile nasslar arasında kıyâstaki kadar sıkı olmayan bağların kabulünü zorunlu kılar. Nitekim, örf ve âdet, sedd-i zerâyi' gibi tâli kaynak ve prensipler ve bunların hepsini içine alabilecek bir kavram olan «mesâlih» düşüncesi, nazariyatta ifade farklılıkları bulunmakla beraber, İslâm hukukçularının tefekkürlerinde tesirini icra etmiş ve boşluklar bu şekilde doldurulmuştur⁷⁰.

Usûl'ül-fıkh sahasındaki görüşlerini yazıya dökmüş ve yazdıkları bize kadar ulaşmış bulunan mezhep imâmı Şâfiî'nin ifadelelerinden, bu konuda tesbit edebildiğimiz bir kaç kesite işaret etme-

69a Yakın bir ifade için bkz. OSTOROG, Ankara Reformu, s. 27 v.d.

70 Mesâlih düşüncesinin İslâm hukukçularının tefekküründe tuttuğu yer konusunda Saîd Ramadân el-BÜTÎ'nin «Davâbitu'l-maslahat» isimli eserine ve oradaki kaynaklara bakılabilir. Burada işaret etmek isteriz ki, mesâlih-i mürsele esasına göre hüküm çıkarma metodu olan «istislâh»ı bazı yazarların sadece «kamu yararı» (l'utilité publique) prensibinden ibaret saymaları, bizce isabetli değildir, meselâ bkz. CHEHATA, «Logique juridique», s. 125.

miz, konuya ışık tutucu nitelikte olacaktır, ümidindeyiz. Şâfiî: a) «Kıyâs» ile genişletici yorum»u birbirinden ayırdetmektedir⁷¹. b) «Evleviyet»in «kıyâs» olarak isimlendirilip isimlendirilmeyeceği hususunda ilim ehlinin ihtilâf ettiğini yazmaktadır; ifadelerinden anladığımızı göre O, bunu kıyâs olarak nitelemek taraftarıdır ve kıyâsın en kuvvetli şekli olarak görmektedir⁷². Ayrıca Cüveynî, Şâfiî'nin, illet konusunda sıkı kayıtlar koymadığını, «mürsel mânâ»larla hükümleri gerekçelendirdiğini, buna da imkân bulmadığı takdirde «şebeh» kıyâsına gittiğini ifade etmektedir⁷³. Cüveynî'nin bu ifadesi ile, Zencânî'nin, Şâfiî tarafından İslâm hukukunun küllî prensiplerine göre makbul sayılabilecek mesâlihe dayanılarak hükümlere varıldığı yönündeki ifadesi⁷⁴ birleştirilecek olursa, Şâfiî'nin kıyâs anlayışına «ıstıslâh»in da dahil olduğu düşünülebilir⁷⁵.

Örfe gelince, bu konuda, mezhep imâmlarından Ebû Hanîfe'ye müsbet sözler atfolunmakta⁷⁶, ve furû' eserlerinde örfe çok önemli bir mevki tanınmaktadır. Ne var ki örfün, usûl eserlerinde menfî veya müsbet bir «delîl» olarak ele alındığına raslanamaktadır. Gerçekten, usûl eserlerinde istihsân ve benzeri delillere karşı çıkan başlıklar görebildiğimiz halde⁷⁷, örfe karşı çıkan veya örfü müsbet manada ele alan bir başlık görememekteyiz.

Enteresan bir durumdur ki, istihsânı inceleyen aynı müellif, furû' eserinde «örf sebebiyle istihsân»dan sözdebildiği halde, usûl eserinde böyle bir ifadeyi kullanmamayı tercih etmektedir⁷⁸. Yine, başka bir Hanefî usûlcü (el-Cessâs), istihsân bahsinde «halkın tcamülü sebebiyle» ibaresini kullanmakla beraber, istihsânın tiplerini tasnif ederken «örf sebebiyle istihsân» şeklinde bir tip

71 ŞÂFİİ, er-Risâle, ş: 1322,1470, 1675. «Kıyâs» ile «genişletici yorum»un birbirinden ayırdedilmesi gerektiği hususunda bkz. GENY, Méthode d'interprétation, I, 304.

72 bkz. ŞÂFİİ, er-Risâle, ş: 1483-1491, krş. s: 1492-1495.

73 CÜVEYNÎ, el-Burhân, II, 1118; ayrıca bkz. ŞÂTİBÎ, el-İ'tisâm, II, 111.

74 ZENCÂNÎ, Tahrîcül-furû', s. 169 v.d.

75 BÜTÎ, Davâbitü'l-maslaha, s. 375.

76 EBÛ ZEHRA, Ebû Hanîfe, s. 309.

77 Meselâ: ĞAZZÂLÎ, el-mustasfâ, I, 274 v.d.

78 krş. SERAHSÎ, Usûlü's-Serahsî, II, 202-203, el-Mebsût, XII, 159.

ayırdetmemektedir⁷⁹. Bütün bunların ötesinde, «örf»ün ilk tarifine, H. 710 yılında vefat eden Nösefi'ni eserinde ras'anısı ve bu tarifi —usûl sahasında çok rağbet görmüş bir eserin de sahibi olmasına rağmen— belirtilen müellifin usûle dair değil furu' alanındaki bir eserinde yer alışı da⁸⁰ dikkat çekicidir.

Çok kısa olarak örf hakkında şunları söylememiz mümkündür: İslâm hukukçuları, İslâm hukukunun ruhuna uygun olarak, sosyal birer realite olan örflerin fert ve toplum üzerindeki derin izlerine karşı kayıtsız kalmamışlardır. Yani, örf ve âdetin mevcut olduğu ve Kitâb, Sünnet yahut naklî icmâ tarafından doğrudan düzenlenmemiş bir konuda hüküm istinbat ederken müctehidi birinci derecede etkileyen vâkıa, örf ve âdet olmuştur; fakat örf —bazı sebeplerle— İslâm hukukunun «şekli kaynakları» arasında bir yer tutamamış, daha çok istihsân ve istislâh aracılığıyla fonksiyon icra etmiştir⁸¹.

Son olarak işaret etmeliyiz ki, Avrupa'da hukukî pozitivizme ve şerhçiliğe (l'école de l'éxegèse adıyla temsil edilen akıma) karşı şiddetli bir tepki olarak ortaya çıkan ve hâkimin, gerek kanunun yorumunda gerekse kanun boşluklarının doldurulmasında serbest davranabileceğini, hatta kanuna aykırı (contra legem) sonuçlara varabileceğini savunan «serbest hukuk ekolü» (l'école du droit libre, freirechtshule)'nün tepkisine benzer tepkilere İslâm muhitinde de raslanabilmektedir. İslâm hukuk tarihinde bu açıdan şimşekleri üzerine çekmiş olmasıyla tanınan Necmüddîn et-Tûfi'nin tepkisini burada misal olarak zikredebiliriz⁸². Kurân ve Sünnet'in sadece birer «model teşri» olduğunu, İslâm hukukçularının yapacağı işin bunların teşri ruhundan faydalanmaktan ibaret bulun-

79 krş. CESSÂS, Usûlü'l-fıkh, el yazması, v. 297/b ve v. 298/b.

80 EBÛ SÛNNE, el-Urf ve'l-âde, s. 8.

81 İslâm hukukunda örf kavramının yeni bir bakışla ele alınışı için bkz. DÖNMEZ, İbrahim Kâfi, «Nazra cedide ilâ mekânati mefhûmi'l-urf ve'l-âde fi'l-fıkh el-islâmî (1)»: Emîr Abdülkadir İslâmî İlimler Üniversitesi Dergisi, sayı: 1, Konstantin (Cezayir), 1986 (Araştırmanın ikinci bölümü de aynı dergide yayınlanacaktır).

82 Necmüddîn et-TÛFÎ'nin «mesâlih»in «nass»lara takdimi konusundaki ifadeleri için bkz. TÛFÎ, er-Risâle fi'l-maslaha el-mürsele, özellikle, s. 46-48. Bu görüşün tenkidi için bkz. DEVÂLİBÎ, el-Medhal ilâ ilm usûli'l-fıkh, s. 244-245; BÛTÎ, Davâbitu'l-maslaha, s. 202 v.d.

duğunu savunan muâsır müellif Fazlurrahmân'ın görüşleri de⁸³, bu tepkinin farklı bir ifadesi sayılabilir.

S O N U Ç

Bu tebliğimizde, İslâm hukukunun kaynaklarının ve bu kaynaklardan hüküm çıkarmada kullanılan (istihsân, istislah gibi) metodik kavramların tahliline çalışmadık. Modern hukuklarda hâkimin kanun karşısındaki durumunu çerçeve edinerek, müctehidin nasslar karşısındaki durumunu —genel çizgileriyle— ele almayı denedik.

Te'sir-teessür problemi tamamen bir yana, şu bir hakikat olarak karşımıza çıkmaktadır ki, fikirler tarihi sürekli bir yeniden başlayış içindedir. Değişmezliği kabul edilmiş nasslar önünde bulunan İslâm muhitinin «bu nassların nasıl uygulanacağı» sorusuna aradığı ve bulduğu cevaplar ile köklü kanunlar yapma ihtiyacı duyan ve bunu gerçekleştiren Kara Avrupası hukuk çevresinin aynı soruya bulduğu cevaplar (nasslar ile beşerî kanunlar arasındaki karakter farkından doğan ayrılıklar bir yana) hemen hemen aynıdır.

Fakat uygulanma seyri bakımından nasslar ve kodifikasyon mahsulleri arasında önemli bir fark dikkatten kaçmamaktadır, ki o da şudur: İslâm hukukunda nasslar, bizzat bunların teşri' kılındığı mektepte (Rasûlüllah'ın mektebinde) yetişmiş, kısaca hem dil hususiyetlerine hem nassların ruhuna vukuf konusunda mükemmel uygulayıcıların (Sahabe'nin) elinde hedefine ulaşabilmiş, toplumun ihtiyaçlarını karşılayabilmıştır. Sahabenin bu uygulamalar sonunda vardıkları fer'î çözümlerden çok, onların takip ettikleri yola (ictihâd) önem veren sonraki müctehidler de bittabi onlarınkine yakın bir başarı elde etmiş oldular. Sıra nazariyaya gelmişti. Fakat, bilinen faktörlerle, nasslar, müslüman toplumların pozitif hukuklarının doğrudan yürürlük kaynağı olmaktan çıktı. Bütün hukuk sahalarında olmamak üzere ve kamu otoritesinin müsamahası ile orantılı olarak, İslâm hukuk doktrinleri (mezâhib) bu toplumların yürürlük kaynağı haline geldi. İşte bu

şartlarda başlayan nazariyât, iki ayrı istikamette yürüdü. Biri, nassların doğrudan yürürlük kaynağı olduğu anlayışından hareketle konan kaideler ilmi «usûlü'l-fıkh»ı doğurdu (ki bu sahadaki kaideler, mütekellimîn metodu ile yazılanların da tamamen ayrı mütalâa edilemeyeceği tarzda, mezhep imamlarının nasslar karşısındaki tutumunun yorumlanması yoluyla konmuş oluyordu). İkinci istikamet ise, yürürlük kaynağı olan doktrin hükümlerinin yaşanan hayata uygulanması sebebi ile geliştirilen furû-ı fıkıh külliyyatını ortaya çıkardı.

İslâm hukukunun nazariyatını gerçekleştirme işini başlatan İslâm hukukçuları, önlerinde çok zengin bir hukukî çözümler külliyyatı bulmuşlardı. Bu külliyyatın taşıdığı değer, münakaşa götürmeyecek derecede açıktır. Dolayısıyla, İslâm muhitinin, kendisini, mezhep kurucuları döneminden aşağı yukarı XX. asıra kadar bu hazinenin verdiği rahatlık içinde hissettiğini söylemek yanlış olmasa gerekir. Bu «rahatlık» ifadesinden, mezhep kurucuları dönemini takibeden dönemlerde İslâm hukukçularının değerli incelemeler ve zihnî çalışma mahsulleri ortaya koymadıkları anlaşılacaktır; zira az önce, iki ayrı istikamette gelişen hukuk ilmi faaliyetlerine işaret etmiştik. İşte bu şartlarda gelişen iki yönlü nazariyât, birbirine çok faydalı olmadı.

Furû sahası, yaşanan hayatla temas halinde olduğu için, az önce işaret edilen zengin külliyyata rağmen gelişmeye mecburdu. Fakat nasslar aslî kaynak, önceki ictihaddan faydalanma yolu ise tâlî kaynak olması gerekirken, bu durum tersine dönmüştü. Onun için, bu gelişme esnasında, «nassların uygulanması metodları (ictihad)» değil, «mezhep hükümlerinin uygulanması metodları (tahrîc)» geliştiriliyordu. «İmâmımız bizim zamanımızda, bizim bulunduğumuz şartlarda olsa idi şöyle hükmederdi» düşüncesi, hukukî tefekkürün hareket noktasını teşkil ediyordu. Bu yüzden, bu sahadaki gelişmelerin usûl eserlerine yansımaları pek mümkün değildi. İlk «örf» tarifine bir furû eserinde raslanması, örfün aynı müellife ait furû eserinde tuttuğu yeri usûl eserinde tutamayışı, bu durumun açık belgesidir. Zaten son devirlerin âlimlerinden Hamevî, usûl eserleri ile furû eserleri arasında farklılık görürse, usûl eserlerine itibar edilmemek gerekeceğini ifade edecektir.

Usûl ilmi, ilk ortaya konduğu devirlerin şartları içinde, dünya hukuk kültürüne orijinal bir katkı teşkil etmiş oldu. Bu ilimde,

daha önce işaret ettiğimiz haklı gerekçe ile lâfzî yorum kaideleri üzerinde çokça duruldu. Fakat bu eserlerde dil unsuruna ve mantıkî unsura verilen emek, —Şâtıbî'nin «Muvâfakât»ı gibi istisnalar dışında— İslâm teşrî'inin ruhî unsuruna verilmedi. Bu sahada oynatılan kalemler, daha çok, müctehidin olaylara hukuk sisteminin özüne en uygun çözümü bulma konusundaki şahsî kabiliyet ve katkılarına olabildiğince kapalı, ihtiyatlı, ve bir manada hukuk emniyetini hukukun diğer fonksiyonlarına üstün tutan bir anlayışı karakterize ediyordu. Romalılar «en iyi kanun, hâkime en az takdir yetkisi tanıyan kanundur» demişlerse de, Roma devrindeki kanun anlayışından farklı olarak, «köklü» kanunlar yapmaya yönelmiş bulunan modern akım, hâkimi yüceltme, ona büyük görevler verme yolunu tercih etmiştir. Burada, İslâm teşrî'inin aynı yolu tercih ettiği, nasrlarda bulunmayanın müctehid tarafından bulunmasını emrettiği, müctehide hangi metodları takip edeceğine dair (ışık tutucu prensipler göstermekle beraber) kesin talimat vermediği, bunlara ilâveten dinî karakteri itibariyle, müctehidin hata ve isâbet halinde karşılaşacağı manevî değerlendirmeyi de belirterek onu nasıl teşvik ettiği hatırlanmalıdır. Dikkat edilmelidir ki, burada işaret edilmek istenen husus, kazâî teşkilât meseleleri ve bidayet mahkemesi hâkimlerinin yetkileri ile ilgili değildir. Burada, toplumun hukukî ihtiyaçları karşısında çözüm arayan müctehidin, yani en yetkili hukuk mütehasısılarının durumundan söz edilmektedir.

Netice olarak ifade edelim ki, Kara Avrupası hukuk ailesinin, lâfızcılık, mantıkçılık eğilimlerini denedikten sonra yöneldiği gâi ve sosyolojik unsurlara daha çok önem veren metodlar, bizzat Rasûlullah'ın mektebinden yetişen Sahabe'nin ve Sahabe yolunu benimseyen müctehidlerin uyguladıkları metodları hatırlatmaktadır. Şüphesiz bu metodların hukuk emniyeti bakımından sakıncaları vardır; fakat kanunun yaşatılması ancak bu yolla mümkündür. Çok iyi yetişmiş ehil ellerde, tehlikelere karşı tedbir alınarak canlı bir organizmanın korunması mümkün ise de, bu organizmanın, kendisini mezkûr tehlikelerden koruyan fakat fosilleşmeye mecbur eden bir atmosfere terk edilmesi, onun korunması olarak telâkki edilemez. Binânaaleyh, İslâm muhitinin, kendi içinde oluşan —geçmiş devirlerdeki ve asrımızdaki— tepki hareketlerini de (aynen kabullenmesi demiyoruz) dikkate alınması, modern yorum metodlarına «hukukun nisbîliği» (relativisme juridique) açısından yöneltilecek tenkitleri de gözönünde bulundurmaya kaydıyla

nassları zengin bir yoruma açması ve usûl eserlerinde nazariyatı başlatılan kavramları işletmesi ve geliştirmesi gerekir. Altını çizerek söylemek gerekir ki, müctehidin bir «hukuk teknisyeni» olarak düşünülmesi büyük bir hata olur.

B İ B L İ Y O Ğ R A F Y A

- ÂMİDİ, Seyfüddin: el-İhkâm fi usûli'l-ahkâm, Kahire, 1967.
- ARMINJON/NOLDE/WOLFE: Traité de Droit Comparé, Paris, 1950.
- BÂBERTÎ, Akmelüddin: el-Inâye alâ'l-hidâye, Mısır, 1306 H.
- BEREZENCİ, Abdüllâtif: et-Teâruz ve't-tercîh beyne'l-edille eş-şer'iyye, Bağdat, 1977.
- BİLTÂCÎ, Muhammed: Menâhicü't-teşrî' el-islâmî fi'l-karn es-sânî el-hicrî Riyad, 1977.
- BİLTÂCÎ, Muhammed: Menhec Umer b. el-Hattâb fi't-teşrî', Kahire, 1970.
- BUHÂRÎ, Abdülâzîz: Keşfü'l-esrâr, İstanbul, 1308 H.
- BÛTÎ, Saîd Ramadân: Davâbitü'l-maslaha, fi'ş-şeria el-islâmiyye, Dımaşk, 1966-1967.
- CESSÂS, Ebûbekr er-Râzî: Usûlü'l-fıkh, el yazması, Dâru'l-kütüb el-mısriyye, no: 129.
- CHEHATA, Chafik: «Logique juridique et droit musulman», Studia Islamica, XXIII, 1965.
- CÜVEYNÎ, İmâmü'l-harameyn: el-Burhân fi usûli'l-fıkh, (tahkik: Abdülâzîm ed-DÎB), Devha, 1399 H.
- DEBÛSÎ, Ebû Zeyd: Takvîmü'l-edille, el yazması, İstanbul Süleymâniye Kütüphanesi, Bağdadlı Vehbi no: 350.
- DEBÛSÎ, Ebû Zeyd: Te'sisü'n-nazar, Mısır, t.y.
- DEL VECCHIO, Giorgio: «Les diverses sources du droit, leur équilibre, leurs hiérarchies dans les divers systèmes juridiques», Mémoires de l'Académie Internationale de Droit Comparé, t. II, 2. partie, Paris, 1934.
- DESCHENAUX, Henri: Traité de Droit Civil Suisse, Fribourg, 1969.
- DEVÂLİBÎ, Muhammed Ma'rûf: el-Medhal ilâ ilm usûli'l-fıkh, Beyrut, 1965.
- DU PASQUIER, Claude: Introduction à la Théorie Générale et à la Philosophie du Droit, Neuchâtel, 1942.
- EBÛ SÛNNE, Ahmed Fehmî: el-Urf ve'l-âde fi re'yi'l-fukahâ', Mısır, 1948.
- EBÛ YÛSUF, Ya'kûb b. İbrâhîm: Kitâbü'l-harâc, Kahire, 1352 H.
- EBÛ ZEHRA, Muhammed: Ebû Hanife, Mısır, 1951.
- EDİB SÂLİH, Muhammed: Tefsîru'n-nusûs fil-fıkh el-islâmî, y.y, t.y.
- FAZLURRAHMAN: İslâm, tercüme: Mehmet DAĞ-Mehmet AYDIN, İstanbul, 1981.
- FINDIKOĞLU, Z. Fahri: Hukuk Sosyolojisi (İctimâiyyât III), İstanbul, 1958.
- GENY, François: Méthode d'Intepretation et Sources En Droit Privé Positif, Paris, 1954.

- GHESTIN, Jaques: *Traité de Droit Civil/Introduction Générale*, (avec Gilles GOUBEAUX), Paris, 1977.
- GAZZALÎ, Muhammed b. Muhammed: *el-Mustasfâ min ilm'il-usûl*, Mısır, 1324 H.
- HALLÂF, Abdülvehhâb: *İlm usûli'l-fikh*, Kuveyt, 1968.
- HAMİDULLAH, Muhammed: «Histoire d'usul al-fıqh chez les musulmans», *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, nos: 9-11, İstanbul, 1959.
- HAMİDULLAH, Muhammed: *La philosophie juridique chez les musulmans*, *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, nos: 29-32, İstanbul, 1968.
- HATİB, el-Bağdâdî: *Kitâbü'l-kifâye fi ilmi'r-rivâye*, Medîne, t.y.
- İBN ABDİLBERR, Ebû Umer Yûsuf: *Câmi' beyânî'l-ilm ve fadlih*, Kahire, 1968.
- İBN ABDİŞŞEKÛR, Muhibullah: *Müsellemü's-sübût*, Mısır, 1324 H.
- İBN ÂBİDİN, Muhammed Emîn: *Neşru'l-arf fi binâ' ba'dı'l-ahkâm alâ'l-urf*, «Mecmûatü'r-resâil» içinde, İstanbul, 1325 H.
- İBN AŞÛR, Muhammed et-Tâhir: *Makâsıdu's-şerîa el-islâmiyye*, Tunus, 1978.
- İBN HALDÛN, Abdurrahmân: *el-Mukaddime*, Beyrut, t.y.
- İBN HAZM, Ali: *Mülâhhas ibtâli'l-kıyâs ve'r-re'y ve'l-istihsân ve't-taklîd ve't-ta'lîl*, Dimaşk, 1960.
- İBN el-HÛMÂM, Kemâlüddîn: *Fethu'l-kadîr*, Mısır, 1306 H.
- İBN KAYYİM'il-Cevziyye: *İ'âmü'l-muvakkîn an rabbi'l-âlemîn*, Beyrut, 1973.
- İBN NÛCEYM, Zeynülabidîn: *el-Eşbâh ve'n-nezâhir*, Mısır, 1321 H.
- İBN RÛŞD, el-Hafid: *Bidâyetü'l-müctehid ve nihâyetü'l-muktesid*, Mısır, 1975.
- İSNEVÎ, Cemâlüddîn: *et-Temhîd fi tahrîci'l-furû' alâ'l-usûl*, tahkik: Hasen HEYTO, Beyrut, 1984.
- KARÂFÎ, Şihâbüddîn: *Envâru'l-burûk fi envâ'l-furûk*, Tunus, 1302 H.
- KEVSERÎ, Muhammed Zâhid: *Te'nîbü'l-Hatîb alâ mâ sâkah fi terceme Ebî Hanife min'el-ekâzib*, y.y., 1942.
- KEVSERÎ, Muhammed Zâhid: *Fıkh ehli'l-Iraak ve hadîsühüm*, Beyrut, 1970.
- MÂLİK b. ENES: *el-Muvatta'*, tahkik: Muhammed Fuâd Abdülbâkî, 1951.
- MERÂĞÎ, Abdullah: *el-Feth el-mübîn fi tabakaat'il-usûliyyîn*, Beyrut, 1974.
- OĞUZMAN, M. Kemal: *Medenî Hukuk Dersleri*, İstanbul, 1978.
- OSTROROG, Léon: *Ankara Reformu*, tercüme: Yusuf Ziya KAVAKÇI, İstanbul, 1972.
- PEZDEVÎ, Ali b. Muhammed: *Kenzü'l-vusûl ilâ ma'rifeti'l-usûl*, İstanbul, 1308 H.
- REŞİD PAŞA, Şerif Ahmed: *Rûhu'l-mecelle*, İstanbul, 1326 H.
- SERAHSÎ, Şemsüleimme: *el-Mebsût*, Mısır, 1331 H.
- SERAHSÎ, Şemsüleimme: *Usûlü's-Serahsî*, tahkik: Ebû'l-Vefâ el-EFGÂNÎ, Haydarâbâd, 1372 H.
- ŞAFİÎ, Muhammed b. İdrîs: *er-Risâle*, tahkik: Ahmed Muhammed ŞÂKİR, Mısır, 1940.
- ŞATIBÎ, Ebû İshâk İbrâhîm: *el-İ'tisaam*, Mısır, t.y.
- ŞATIBÎ, Ebû İshâk İbrâhîm: *el-Muvâfakaat fi usûli's-şerîa*, (Abdullah DRÂZ'ın açıklamalarıyla), Kahire, t.y.
- ŞELEBÎ, Mustafâ: *Ta'lîlü'l-ahkâm/ard ve tahlîl li tarikati't-ta'lîl ve tetavvurâtihâ fi usûri'l-ictihâd ve't-taklîd*, Mısır, 1947.

- ŞEVKÂNÎ, Muhammed b. Ali: İrşâdü'l-fuhûl ilâ tahkîk'l-hakk min ilmi'l-usûl, Mısır, 1937.
- TÜFÎ, Necmüddîn: er-Risâle fi'l-mesâlih el-mürsele, Beyrut, 1324 H.
- TUOR, Pierre: Le Code Civil Suisse (traduit par Henri DESCHENAUX), Zürih, 1950.
- UMUR, Ziya: Roma Hukuku/Tarihî Giriş ve Kaynaklar, İstanbul, 1967.
- YÜSUF MÜSÂ, Muhammed: Târihu'l-fıkh el-islâmî, Kahire, 1966.
- ZENCÂNÎ, Şihâbüddîn Mahmûd: Tahricü'l-furû' alâ'l-usûl, tahkîk: EDÎB SÂ-LÎH, Dımaşk, 1962.
- ZERKÂ', Mustafa Ahmed: el-Medhal el-fıkhî el-âmm, Dımaşk, 1964.
- ZEYLÂÎ, Usmân b. Ali: Tebyîn'ül-hakâaik şerh kenzi'd-dekaaik, Bulak, 1315 H.