

Hukuk

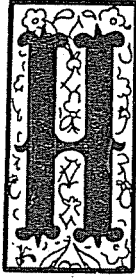
İSLÂM HUKUKUNDA ADALET ESASLARI VE ADALET TEŞKİLÂTI...

FURAT
PROF. DR. ŞAKİR

II

3. İCMA.

A — İcma'nın mahiyeti ve benzerlerinden farkı.



ukukî mânasında, hukukî bir mesele hakkında içti-
had yaratmaya muktedir maruf hukukcuların rey-
lerinde ittifak demektir ki, İslâm Hukukunun üçüncü
kaynağıdır.

İçtihadla icmayı yekdiğerine karıştırmamak lâ-
zumdur: her ikisi de bir ihtilâfın hallinde müessir ol-
makla beraber, icma, bütün kaadiler yâni hâkimler
tarafından riayeti mecburî ve hilâfına şahsî içtihadın
muteber olamayacağı bir hukuk kaynağıdır. İç-
tihad ise, her hâkimin icmayı bulunmadığı tak-
dirde kendisi kanun vâzı olsa idi ihtilâfı hal ve-dâvayı bir hük-
me bağlamak için nasıl kaide tatbik eder idi ise o kaideyi tesis
eden reyidir ki, şahsîdir ve diğer hâkimleri, ihtilâfa benzer mahi-
yetde olsa bile bağlamaz. Hatta içtihadı tesis etmiş olan hâkimi
bile müteakip benzer meselelerde bağlayıcı mahiyette değildir.
Bu meseleyle ilerde yeteri kadar temas olunacaktır. Demek oluyor
ki, kanunda ve örfü âdetde hüküm bulunmayan hallerde hâkimin
re'sen hareket ve içtihad serbestisini ilân eden İsviçre Medenî Ka-
nununun 1 inci maddesinin 2 nci fıkrasındaki kaide, İslâm huku-
kunun meçhulü değildi ve bütün hâkimlere tanıdığı makul ve za-
rurî bir esas olarak tatbik olunmakta idi. İslâm hukukunda her
içtihadın muteberliği ve muhteremliği «İçtihad içtihadla nakzedi-
lemez» şeklindeki vecize ile ifade olunmaktadır. İcma ise, bir me-
sele hakkında içtihad yaratabilecek vukuf ve kıymeti hâiz olan
hukukcuların hepsinin oy birliği yapmalarıdır. Biraz sonra şart-
ları izah edilecek olan İcmayı bu günki Tevhidi İçtihadla kıyasa
imkân var ise de, bu kıyas her iki müessesenin oynadıkları kazai
rol bakımındandır; mahiyetleri itibariyle değildir. Zira şimdi gö-
rüleceği üzere, Tevhidi içtihad ile İcma arasında mahiyetleri iti-
barıyla pek mühim farklar mevcuttur. Evvelâ Tevhidi içtihad ile
İcma'nın müşterek rolünü kaydedeceğiz: Bu gün Tevhidi İçtihad

¹ Ömer Nasuhi Bilmen, Hukuku İslâmiye ve Is-
tilahatı Fıkhiye Kamusu, İstanbul, 1949, Cilt. 1, Sah:
165-172; Ali Himmet Berki, İslâm Hukuku, Ankara,
1955, Sah: 13.

kazâî kararlar da yeknesaklığı temin maksadiyle ihdas edilmiş resmî bir İctihaddır. Mahkemelerin içtihadı aksi olsa bile hâkim Tevhidi İctihadla hükmetmek mecburiyetindedir. Kendi içtihadı ile karar veremez. Umumi Hey'et kararları hakkında da hüküm böyledir.² İcmanın rolü de bundan ibarettir. Kazâî, yani hâkim, kendi içtihadı başka türlü olsa bile İcma ile hükmetmeye mecburdur.

Görülüyorki, Tevhidi İctihad ile İcmanın oynadığı rol aynıdır, yani kazada vahdeti temindir. Roldeki bu benzerliğe rağmen İcma ile Tevhidi İctihad arasındaki farklar çok bârız ve üzerinde durulacak kadar derindir:

1) Tevhidi içtihat ekseriyetin içtihadı da olabileceği halde ekseriyetle İcma olamaz. Bir devirde Kur'an ve hadisleri içercesine bilen meşhur hukukçuların hepsi bir meselede ittifak etmedikçe, icma teessüs edemez. Bina-enaleyh, içtihad sahibi 100 hukukçudan biri bir meselede aksi reyde olsa, 99 u ittifak etse, kadı, yani hâkim içtihadında kaideten serbestir. Bu, içtihadın içtihad ile cerh edilemeyeceği kaidenin bir neticesidir.³

2) Tevhidi içtihad resmen kazâ ile mükellef zevatın rey'i olduğu halde, icma için rey sahiplerinin memur olmasına lüzum yoktur. İlim mehafilinde otoritesi ve şöhreti mevcut her hukukçunun icmayı teiste hakkı vardır.

3) Tevhidi içtihat bazan kanun ve nizamnamele muhalif olması halinde riayeti mecburi olduğu halde, icma İslâm hukukunun, Anayasası ve ana kanunları ile hukuk prensipleri hükmünde olan Kur'anı Kerim ve Hadislere, umumî ve şâmil ifade ile, sünnete aykırı olamaz. Binnetice bu hukuk kaynaklarına muhalif olan icma⁴ karşısında kadı⁵ şahsî içtihadı ile hükmetmek selâhiyetini muhafaza eder. Ancak Kur'an ve sünnetde hüküm varsa içtihad edemez. O hükümleri tatbik eder. Hüküm yoksa, Kur'an ve Hadislere muhalif düşmeyen şahsî bir içtihad ile hüküm vermeye mecburdur.⁶

Keyfiyet modern mevzuatın tamamen aynıdır. Bugün de medenî kanunlarda⁷ kanunda ve örfü adette ihtilâfı halleden bir kayıt mevcut değilse, hâkim kendisi kanun vâzı olsa idi nasıl hükmeder idi ise öyle hükmeder, davayı neticelendirmeye mecburdur. Medenî Kanunun hâkim için «kendi kanun vâzı olsa idi nasıl hükmeder ise öyle hükmeder» mealinde sevk ettiği bu hükmü (hakim içtihad eder) sözünden hiç farklı değildir.

-B — İcmanın Şartları :

Adaletin tecellisine mesnet olacağı ve kaza teşkilâtını bağliyacağı cihetle, icma, çok mühim şartlara tâbi tutulmuştur. Bu şartlar sırası ile şöyle özetlenebilir.

1) İhtilâflı meselenin mevzuu bahis olduğu devir ve asırda içtihat sahibi büyük hukukçuların hepsinin ittifak etmiş olması ilk şarttır. Aksi halde icmadan değil, ekseriyetin içtihadından bahsedilir ki, bu içtihadı kadı uymağa hukuken mecbur değildir. Fakat biraz evvel kaydedildiği üzere ekalliyetin rey'i ekseriyetin rey'ine nazaran daha kuvvetli ve isabetli bulunacağı zayıf ihtimal olduğundan, filiyatda İslâm hâkimi ekseriyete uyarak hükmetmekte serbest idi. Lâ-

kin şahsen şu kanaatteyiz ki, uymaması bozma sebebi olamazdı. «İctihadın içtihad ile nakzedilemeyeceği» kaidenin başka türlü müdafaası imkânsız olurdu. Kayd edelim ki, serd ettiğimiz kanaat modern usul hukuku esaslarına da uygundur. Filhakika usul kanunlarında⁸ Hâkimlere Temyiz dairelerinin bozma kararlarına karşı eski kararlarında ısrar hakkı tanınmıştır. Bu şu demektir ki, bir hâkim icamında beş veya daha ziyade hâkimden müteşekkil bir heyetin içtihadına muhalif içtihadta bulunabilir.⁹

2) İcmanın ikinci şartı: bir kaç şehir veya ilim merkezindeki içtihat sahibi hukukçunun ittifakı kâfi değildir. İslâm âlemi içinde, İslâm devletindeki bütün namdar hukukçuların hepsinin ittifakı şarttır.

3) İcma için aynı reyde bulunan hukukçuların içtihat sahibi büyük hukukçulardan olmaları lâzımdır. İslâm hukukunda isabetli ve büyük hukukçu olabilmek için şartlar şunlardır: Kur'anı Kerim ahkâmının tamamına vukuf peyda etmiş olmak ve sünnetden hüküm istihraç edebilecek derece ve kuvvette Hadis ilmini öğrenmiş bulunmak. Filhakika icma için bu iki vukuf şartı iki bakımdan elzemdir:

a) İcma gibi müttehit bir içtihad tesis edebilmek için evvelâ İslâm hukukunun ana kaynaklarına

² Hâkim, Temyiz Dairelerinin vermiş olduğu karara uymak mecburiyetinde değildir. Kendi kararında ısrar da edebilir. Bu, «İslâm hukukunda içtihad içtihadla nakzedilmez» kaidenin modern usul kanunlarında da tatbik edilmekte olduğunu gösteren bir esastır. Kararında ısrar eden hâkimin ısrar kararını artık Temyizin hükmü tetkik eden dairesi tetkik edemez; Umumi Hey'et tetkik eder. Umumi Hey'etin kararı kat'idir. Ya Temyiz Dairesinin rey'ini, veya Hâkimin ısrar kararını tensib eder. Bu hususta bakınız: Şakir Berki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara, 1959, S. 88. Şurada işaret edelim ki, Taraflar ısrar kararını Temyiz etmedikleri takdirde, ısrar eden hâkim ısrar kararını Temyize re'sen göndermez. Zira ısrar kararı da yeni bir hükümdür, binnetice taraflarca temyiz edilmediği takdirde, adalet, Temyiz mahkemesinin bir dairesinin menfi rey'ine rağmen hâkimin içtihadı ile tecelli etmiş sayılır. Temyiz müddeti içinde temyiz edilmeyen ısrar kararı kaziyei muhkeme teşkil eder.

³ Yukarıdaki misalde icma değil cumhurda içtihad ekseriyeti vardır. Tatbikatta kadı bu içtihadı da itibar ederdi. Doğrusu da budur. Zira kahir ekseriyet karşısında (ekalliyetin, tek bir hâkimin) içtihadında isabet olacağı daha az muhtemeldir.

⁴ Kur'an ve sünnete muhalif icma olamaz, bilfarz olsa, İslâm hâkimi şahsî içtihadı ile harekete mezdur. Aksi halde hukukun ilk ve asli kaynaklarından en mühimmini çiğneyerek adaletsiz hüküm vermiş olur.

⁵ Kadı, kaazi den galatdır; kaazi, kaza vazifesi gören memur (hâkim) demektir ki, dilimizde kadı olmuştur.

⁶ Adalet ve kaza işi amme hizmeti ve intizamı amme meselesi olduğundan bugün olduğu gibi, İslâm kaza teşkilâtında da kadılar kendilerine arz edilen ihtilâfları Kur'an ve Hadisde hüküm olmadığı mülâhazası ile rüyet etmekten kaçınmazlar. Bugün olduğu gibi İslâm kazasında da hâkim doğru veya yanlış bir hükme vararak davayı intaca mecburdur.

⁷ Türk Kanunu Medenî Md. 1.

⁸ H. Muhakemeleri Usulü Kanunu Md. 1.

⁹ Usul kanununa göre ısrar kararı umumî heyet de tetkik edilir. Umumî heyet kararı kat'idir. Umumî heyet ısrar kararının doğru olduğu yolunda da karar verebilir.

vukuf lâzımdır. ¹⁰ Aksi halde hukukçu vasfı iktisap edilemez.

b) Sâniyen icma, Kur'anı Kerim ve sünnetde bir hüküm bulunmadığı zaman nazara alınacak bir hukuk kaynağıdır. O halde icmaya iştirak edebilecek hukukçu bir mesele hakkında icma tesisine iştirak etmeden evvel Kur'an ve sünnetde o meseleyi halleden sarîh veya zımnî bir hüküm olup olmadığını bilmek mecburiyetindedir.

4) İcma daima şer'i yanlı hukukî meselelerdeki rey birliği için mevzuubahistir. Sair meselelerde en meşhur hukuk alimleri ittifak etse, bu rey ittifakı hukukî mânasıyla icma sayılamaz. Meselâ, balda filân hassanın bulunup bulunmadığı, kadınlarda sakal bıyığın neden olmadığı, ilh. gibi meselelerde ittifak icma değildir.

5) İcma için ittifak eden hukukçuların bir araya gelip meselede müşterek olduklarını beyan etmelerine lüzum yoktur. Aynı şehirlerde bulunup da bir mesele hakkında aynı içtihadı izhar etmek de kâfidir.

6) İcma için mutlaka reyin sözlü veya yazılı beyan edilmesine lüzum yoktur. Zira fiili icma da mümkündür. Meselâ, içtihad kudretini haiz hukukçular, aralarında bir şirket kursalar ve bu şirket mucibince çalışsalar, bu hareketleri de böyle bir şirketin muteberliği hakkında bir icmadır. Bu sonuncuya (amelî icma) denilmektedir ki, zımnî icma da denilebilir. Zımnî icmaya daha birçok misaller verilebilir.

İcma hakkında İslâm hukuku âlimleri arasında nazik bir ihtilâf çıkmıştı ki, bizce de üzerinde durulacak mühim ve pek enteresan mevzuudur. Bu itibarla bu ihtilâfın mahiyetini ve bu husustaki şahsi kanaatimizi beyan tecrübesinde bulunacağız: Bu ihtilâflardan bir kısmı icma'nın şumûlüne, bir kısmı da mecburi bir hukuk kaynağı olup olmayacağı mevzularına dairdir.

Bazı hukuk mektep ve mezheplerinin mensupları yalnız ashâbın icmasını kabul ederler, sonradan gelen İslâm âlimlerinin icmasını menba addetmezler. Bunların ¹¹ kanaati o merkezdedir ki, icma da Kur'an ve sünnet gibi kutsî olması iktiza eden bir kaynaktır. Bu görüş bizce yanlıştır. Zira Ashâb da beşeri içtihat sahibidir ve binnetice diğer müslüman âlimleri gibidir. ¹²

İcmayı sahabelerin müttefik reyi olarak kabul eden görüş, icmanın sünnet kadar kıymetli ve kutsî kaynaklardan olduğu z'nniyetini müdafaa eder. Bu halde ise, icmadan değil sünnetten bahsetmek iktiza ederdi. Halbuki icma sünnetden sonra üçüncü hukuk kaynağı olarak nazara alınmaktadır. Şu hususta şüphe yoktur ki, Cenâbı Peygamberin sünnetlerine iktiran etmiş olarak ittifak teşkil eden içtihat, icma değil bizce sünnettir, yani ikinci kaynaktır ki, ikinci kaynak üzerinde hiç bir müslüman ve İslâm hukuku âlimi münakaşa kabul etmiş değildir ¹³.

C — İcmaya yapılan itirazlar :

Bazı şiiiler (Şia mezhebi mensupları) icman hukuk kaynağı olmayacağını bazı delillerle savunmaktadırlar. Bunların itiraz sebepleri şöyle hülasa olunabilir :

1) Ashâp zamanında bile İslâm müctehitleri dağınıktı. Bir meselenin bütün İslâm ülemasının ittıla-

ına arz ve hepsinin reyini almak muhal idi. Binaenaleyh reyde ittifak mânasına gelen icma teşekkül edemezdi.

2) Saniyen bir mesele hakkında icma tesisi mümkün olsa bile bu ittifağa, yani icma'ya ittıla imkânsızdır. Bu ikinci delile istinad eden Şia mezhebi ülemasının bizzarur içtihad etmesi kanaatini savunmaktadırlar. Şahsen münhasıran ilmi ve mantıkî delillerden hareketle itirafa mecburuz ki, ileri sürülen bu deliller tamamen yanlış değildir. Bilhassa ikinci delil bizi ziyadesiyle durdurucu ve teemmüle sevk edicidir. Şöyle ki: Hâkim, icmaya muttali olmadığı halde ¹⁴ ihtilâfı halletmek için mesele hakkında icma olup olmadığını tahkik edecektir. Eğer böyle bir tahkike koyulacak olursa adaletde sür'at prensibi akamete uğrayacağı gibi, devlet dahilindeki bütün meşhur müctehitleri bilemeyeceğinden icma teşkil eden müttefik reye de muttali olamayacak ve bu suretle bizzarur yine içtihadı ile hükmetmeğe mecbur kalacaktır. Hatta icma mevzuu olan mesele hakkında ittifak etmiş olan müctehitlerin dahi o mesele hakkında ittifak olup olmadığını bilmeleri mümkün değildir. Zira icmanın şartlarından bahsederken müctehitlerin bir araya gelerek birlikte bir beyanda bulunmalarının şart olmadığı kayd edilmişti. Bundan başka zımnî yani, amelî icma da vardır ki, hâkimin bunu tahkik etmesi de güc ve muhaldir. Kısaca arz edilen bu sebeplere binaen icma'nın bir hukuk kaynağı olabileceği fikrine itiraz edenlerin mütalâatına ehemmiyet atfetmemek bizce, münasip olamaz. Bundan başka öyle hâkimler (Kadılar) vardır ki içtihad sahibidir, çok kıymetlidir. İcmaı böyle hakimlerin içtihadına mâni addetmek bizce adaletin bihakkın tecellisi için de bir engel olarak mütalâa edilebilir. Eğer icma içtihat sahibi hukukçuların resmî ve tevsik edilmiş olan reyleri, içtihatları mahiyetinde olsa idi, kazada vahdet

¹⁰ Bugün de keyfiyet aynıdır. Hukukun umumî prensiplerine ve bunlardan doğacak olan mühim neticelere bihakkın vakıf bulunmayan kimse hukuk meseleğinde ismi geçecek kimselerden olamaz binnetice içtihad da tesis edemez. Zira hukukda içtihad alelâde bir noktaî nazar ve rey değildir. Fakat hukuk kültürünü ve mucip sebepleri ihtiva etmesi lâzım gelen bir hükümdür ki, kanunda sarahat bulunmayan müşkül ve müddil meselelere taâllük eder.

¹¹ Bunlar Zâhiriye mezhebi taraftarlarıdır. Bu hususta bakınız: Ali Himmet Berki, İslâm Hukuku, Ankara, 1955, S. 11-12.

¹² Ashâbın vâsi ve pek samimî iman ve din sahibi bulduklarını, vakur ve sürekli musalliliklerini münakaşa mevzuu etmiyoruz. Yalnız insan olmak sıfatıyla bir mesele hakkında izhar ettikleri reylerini bahis konusu ediyoruz. Bu cepheden onların da hatâdan sâlim olamayacaklarını hiç bir insan ve müslüman iddia edemez. Binaenaleyh, asırlarca sonra gelen ve İslâm ilmine ve esaslarına göre İslâm dinini ve Hukukunu içercesine tahsil etmiş olan selefleri tarafından tashih olunabilirler. Ancak Ashâbın İcmandan maksat, Hz. Peygamberin de zimnen veya sarîh surette reylerini beyan ve ilâve buyurdıkları içtihad ittifakı kasd ediliyorsa, böyle rey ittifaklarının sekliden icma olup, hakikatı halde sünnetden ibaret olduğu kanaatini açıklamış olduğumuzdan mesele münakaşa mevzuu olmaktan tabiatıyla çıkar.

¹³ Münakaşalar ve ihtilâflar ancak sahih ve gayri sahih hadisler bahsinde cereyan edebilir.

¹⁴ İlk zamanlarda Kur'an ve Hadis mazbut idi, icma mazbut değildi.

ve ittirat için itiraz kabul etmez bir hukuk kaynağı olabilir. Mamafih mevcudiyeti sâbit ve kadının ittirlanında olan icmaya muhalif hüküm de doğru olamaz. Bu son kayıtla, icmanın muteberliği ve muteber olmadığı meselesi hakkında vâki münakaşalarda telif edici bir yola taraftar olduğumuzu ifade etmiş bulunuyoruz.

İslâm hukukunda üçüncü kaynak olan icmaya son vermeden evvel icmadan rücu câiz olup olmadığı meselesine de temasa mecburiyet hissediyoruz:

İcma hüküm itibarıyla kat'îdir. Binnetice icma teessüs ettikten sonra rücu, yani teessüs eden icmaya muhalif icma tesis edilemez¹⁵. Bu kaîdenin kat'î olmayacağını beyana aşağıdaki sebeplerden dolayı cesaret ediyoruz.

İcmayı tesis edenler de insanlardır ve mesleklerinde çok nâdir de olsa yanlış reyde ittifak etmiş olabilirler. Asıl olan, hukukçunun ve hele içtihad sahibi hukukçularla mercî ve hey'etlerin hatâ işlememek için adâlete taâllük eden meselelerde iyice imalı fikir ve tetebbü ile dikkatin azamî haddini sarf etmeleridir. Böyle hareket ederek hüküm verilmiş olsa bile icmada yine yanlışlık vukubulmuş olabilir. Bu halde bizce icmayı tesis edenler nazara alınan zevatın birlikde veya münferiden reylerinden rücu etmelerine adaletin bihakkın tecellisi için cevaz olmak lâzımdır.¹⁶ Bu noktai nazar modern içtihad esaslarına da uygundur. Zira bu gün bir mesele hakkındaki Tevhidi içtihad değişebilir. Ve eskisi sakıt olarak yenisi ile hükmedilir.

Son olarak kayd edelim ki, modern usul kanunlarında ve bilhassa bizim usul kanunumuzda Tashihi karar müessesesi¹⁷ vardır ki, bu bir hey'etin tarafarca yanlış görülen kararının, hey'ete müracaatla yeniden incelenerek eski kararından adalet uğrunda caymasını âmir bir müessesedir.

Cidden çok enteresan bir mevzu olan icma hakkında bu¹⁸ yazıda bu kadar bilgi vermekle iktifa ediyoruz.

4. KIYAS. 18

A — Mahiyeti.

Lügat mânası ile bir şey'i diğer bir şey'e benzetmek demek olan kıyas, Hukuk istilâhı ve kaynağı olarak modern hukukun hususiyetlerinden değildir. Zira, bu tâbir ve hukuk kaynağı İslâm hukukunda da vardır ve müessese enteresan şekilde işlenmiştir.

B — Kıyasın unsurları.

Kıyas, hukukî müessese olarak, sarîh bir mesele- nin hükmünü benzer meselelerde nazara almak ve benzer meseleyi hal için hukuk kaynağı olarak kullanmak demektir. Şu halde kıyasda üç unsur vardır:

- Asıl,
- Fer,
- İlet ve menat.¹⁹

a: Asıl.

Kendisine benzetilecek olan meseleye denir. Buna eski tâbiri ile Makisunaleyh de denilmektedir...

b) Fer' (Veya Mâkis).

Benzetilen vakıa veya hükümdür.

c) İlet ve menat.

Mâkis ile Makisunaleyh arasındaki benzerliğe, ilgi ve münasebete denir.

Kıyas, tamamlayıcı tefsirdendir²⁰. Çünkü Mâkis ile makisunaleyh arasındaki münasebet, yani illet ve menat, araştırılarak kanunun maksadı ve ruhu tahkik olunur. Kıyas, zaruridir. Çünkü kanunlar kısa yazılır; hukukun esaslarını belirten umumî hükümleri ifade ederler. Böyle olmasa idi 100 sahifelik bir kanun 2000 sahife gibi uzun ve kalın kitaplar halinde çıkar- dı. Kanunlardaki umumî hükümlerden kanunların derpiş etmek istemediği veya etmediği ihtilâf ve vâkıalara uyan neticeleri istihraç edecek olanlar, hâkimler ve sair hukukçulardır. Modern hukuk sistemlerinde ve doktrininde de keyfiyet aynen İslâm hukukunda olduğu gibidir. Kanunların yalnız lâfızlarıyla değil, ruhu ile de kabili tatbik buldukları esası, kıyasın da hukuk kaynağı olabileceğini ispata kâfidir. Zira kıyasda kanunun ruhu araştırılır ve bu ruh benzer hâdiselere uygulanarak ihtilâfın halli cihetine gidilir.

Kıyas, İslâm hukukunda da ceza sahasında kabili tatbik olmayan bir delil ve kaynaktır. Bu, kanunsuz ceza olmaz prensibinin, bir şahsa ceza verebilmek için işlediği fiilin ceza kanunlarında cezayı mucib olduğunun sarahatle belirtilmiş olması esasının bir neticesidir. Kıyası ceza sahasında kabul etmek, hâkime takdir hakkı vererek kanun vâzını imiş gibi ceza tertibine mezuniyet izafe etmek demek olurdu.

Buraya kadar ana hatlarına temas suretiyle izah edilen hukuk kaynakları İslâm hususî hukukunun²¹ aslı kaynaklarıdır ki, bilinmedikçe hem İslâm hukukunun en iptidai esaslarını anlamaya imkân yoktur, hem de fer'i kaynaklarına nüfuz mümkün olamaz.²²

2. FER'İ KAYNAKLAR :

İslâm hukukunun fer'i kaynaklarından bazıları ihtilâflı bazılarının hükme medar olacağına mektepler arasında münakaşa vardır.²³ Esasen bu fer'i kay-

¹⁵ Ali Himmet Berki a. g. e, Sa. 11. Ancak şuna işaret etmek lâzımdır: İcmaya dahil bir hukukcu reyinden rücu etse, icma da sakıt olması lâzımdır: Bu da gösterir ki İslâm'da içtihad "icma" dan mühimdir.

¹⁶ Ancak Hz. Peygamberin de reyleriyle teessüs etmiş olan müşterek içtihadından rücu câiz olmaz. Çünkü bu ittifak şeklen icma olup, esas itibarıyla Sünnet addedilmek lâzımdır. Hz. Peygamberin kendiliklerinden sordukları ve hukukçuların ve kendilerinin ittifak ettikleri veya başkası tarafından sorulup da hukukçularla birlikde reylerini ittifak ettirdikleri meseleler hakkında şekli icma, sünnet ve Hadis gibi kavirdir.

¹⁷ Burhan Gürdoğan, Tashihi karar müessesesi, Esat Arsebük Armağanı (Ank. H. Fak. Neşriyatı), 1958, S. 285'e müteakip.

¹⁸ Ömer Nasuhi Bilmen, a. g. e, S. 1732-198; Ali Himmet Berki, a. g. e, S. 12 ve müteakip;

¹⁹ Ali Himmet Berki, a. g. e, S. 12.

²⁰ Ali Himmet Berki, a. g. e, S. 12; Keza aynı müellifin "Hukuk Mantığı ve Tefsiri" adlı eserinin 111 inci sahifesine bakınız.

²¹ Mamafih sayılan bütün kaynaklar, İslâm hususî hukukuna münhasır değildir. Filhakika Kur'anı Kerimde bazı hükümler vardır ki, Ceza hukuku ile alakalı olduğu gibi, İdare hukuku ve Devletlerin umumî hukuku ile de alakadardır. Binnetice Kur'an ve Hadislerdeki bazı esaslar amme hukukunun da aslı kaynaklarıdır.

²² Fer'i kaynaklar için: Ömer Nasuhi Bilmen, a. g. e, s 197 ve müteakip, Ali Himmet Berki, İslâm hukuku, s. 15-16; keza Hukuk Mantığı ve Tefsir sa. 11-13

²³ Ömer Nasuhi Bilmen, a. g. e, s. 197 ve müteakip.

naklar asıl itibariyle aslı kaynaklara muhalif olamayacağından, müstakil kaynaklardan addedilemez²⁴ Mamafih bu kaynaklara kısaca temasda nazari bakımdan da fayda vardır.

Fer'i kaynakların zikre şâyân olanları şunlardır:

a) Sâbık Peygamberlere tebliğ edilmiş olan ahkâm.

b) İstishab,

c) Örfü âdet,

d) Maslahat,

a) Sâbık dinî ahkâm (Şerayî sâlife).

Kur'anı kerimin nüzülüne iki sebebden zaruret hâsıl olmuştur: Birinci terakkî eden beşeriyete en kâmil ve noksansız ahkâmı hediye etmek; ikincisi zamanla insanlar tarafından değiştirilerek hakikî mahiyet ve ahkâmını zâyi etmiş olan mukaddes kitapların muhtevasının lüzumlu yerlerini bütün beşeriyete tekrarlamak ve bu suretle insanlığın sâbık kavimlerin içinde ızdırıp çektikleri şeraite düşüp onlar gibi muzdarip hayat sürmemeleri için ihtaratta bulunmaktan ibarettir.²⁵ Şu halde artık Kur'anı Kerim varken eski dinlerin ahkâmını gerek dinî gerek hukukî sahada kaynak olarak nazara almak doğru olmaz. Aksi iddia kabul edilecek olursa, sünnet ikinci derecede değil, üçüncü derecede bir kaynak haline sokulmuş olur ki, buna hiç bir İslâm âlimi ve hukukcusu cevaz vermez.

b) İstishab.

Mazide vâki olup, halde halâ mevcut olduğu zan edilen bir hâdisenin halde mevcudiyetiyle hükmetmektir. Meselâ ölümü bilinmeyen bir gaibin hayatta bulunduğu hükmetmek böyledir. Münakaşah olan bu mevzu hakkında İslâm Hukuk mektepleri arasındaki görüş farkı için Ömer Nasuhi Bilmen beyin adı geçen eserinin 198 inci sahifesine müracaat ediniz. Biz kayd edelim ki, hilâfî sâbit oluncaya kadar İstishabı hükme mesnet yapmak, hüsnüniyet esaslarıyla de kabili telifdir. Aksi halde İstishab delilinin istismarı mümkün olurdu. Hanefî mezhebi de aynı görüşü savunmaktadır²⁶.

c) Örf ve âdet.²⁷

Muasır hukukda olduğu gibi, İslâm hukukunda ve hattâ bütün sair ilâhi hukuk manzumelerinde de Örf ve âdet hukuk kaynağı olarak kabul edilmiştir. Bunun müsterek makul sebebi şudur: hiç bir örfî âdet, beşerî ve ilâhi hukuk nazarında kanunlara, daha doğrusu mevzu hukuk kaidelerine aykırı olamaz; bilhassa intizamı ammeye ahlâk ve adaba muhalif bulunamaz. Böyle bir hareket bir câmiada ötedenberi halk tarafından tekrar edilegelir ve bu kabil hareketlere hiç bir otorite müdahale etmek istemez. Bu itibardır ki İslâm hukukunda da Kur'anı Kerim ile Hadislere aykırı olmayan Örf ve âdetler hukuk kaynağı olarak tatbik olmaktadır. Örfü âdeti aslı kaynaklardan addetmemiş olmamızın sebebi örfün sünnetle teyid edilmiş olmasındandır. Binaenaleyh, örfü âdete, sünnete riayetden dolayı riayet olunmaktadır. Bu itibarla haddi zatında aslı kaynak olan sünnete itibar ediliyor demektir. Filhakika Cenabı Peygamber: (Maraâhül müslimüne hasenen fehüve indallahi hasen: Müslimanların eyi gördükleri şey Allah indinde de eyidir) kaidelerini vaz etmişlerdir.

İşte İslâm hukukunda Örfü âdetin²⁸ hukuk kaynağı olması bu Hadise binaendir. Binnetice haddi zatında örfü âdet, kuvvet ve tatbik kabiliyetini aslı kaynak olan Hadise bulmaktadır. Bunun içindir ki, İctihad Örfü âdetden sonra gelen dördüncü aslı kaynak olarak nazara alınmaz.

Muasır hukukda olduğu gibi, İslâm hukukunda da örfî âdetler umumî ve mahallî olabilir. Eyi örfden oldukça her ikisi de hukuk kaynağıdır.²⁹

Umumî olsun, hususî olsun örfü âdetler bazı nevilere ayrılır:

1) Örf sözle de olur. Buna Örfü Kavli denir.³⁰

2) Amelî örfü âdet: Fiilî örfü âdet de denilebilen bu örfü âdet en fazla câri olanıdır.

Her iki örfü âdete birer misal verdikten sonra, fer'i kaynaklardan "Maslahat"ın izahına geçeceğiz:

Bir kelimenin halk tarafından yanlış kullanılması fakat buna rağmen aynı mânanın anlaşılması ve meselâ hakikî mânası Kaazi' olan kelimenin Türk dilinde «Kadı» olarak geçmesi; yine meselâ' bir şahıs filânın evine ayağını basmam dese, bundan maksad o eve hiç bir vesile ile girmek anlaşılır, Lâkin o adam mezkûr evin kapısı eşğine ayak bassa, fakat içeri girmese kavli sakıt olmaz.

Bir memleketde yalnız mısır ekmeği yenilmesi, veya yalnız çavdar ekmeği kullanılması da fiilî örfdür. Binaenaleyh, böyle bir yerde bir şahıs diğere iki ekmeğe ödünç verse, iadede francala vesaire isteyeemez. Ödünç, mısır ekmeği yemek âdet olan mahalde veya şehirde verilmiş olsa, ödünç veren mısır ekmeğine râzı olur. Meğer ki, buğday ekmeği verdiğini iddia ede. Bu halde buğday ekmeği veya ona tekkabül eden bedelinin verilmesi lâzımdır. Zira ödünçde mislen iade asıldır.

d) Maslahat.

İslâm hukukunun gelişmesinde Maslahat üzere hükmetmenin büyük rolü olmuştur. Üzerinde uzun boyu durulmaya mütehammil olan bu mesele hakkında³¹, bazı kayıtlarda bulunmakla iktifa edeceğiz:

²⁴ Ali Himmet Berki, a. g. e, s. 15.

²⁵ Peygamberlerin kıssalarına dair olan âyetler ve Hz. İsa'nın öldürülüp çarmıha gerilmiş olduğunun yanlışlığını ve Hristiyan Âleminin Çarmıhdaki İsayı Allah veya Allahın oğlu diye tanıyıp tapınmasının sakatlığını ve mantıksızlığını ihtar eyleyen Kur'anı Kerim ahkâmı ve buna benzer sair Kur'an hükümleri bu kabilendir.

²⁶ Ömer Nasuhi Bilmen, a. g. e, s. 199.

²⁷ Ömer Nasuhi Bilmen, a. g. e. s. 199 ve Mütetâkîp Ali Himmet Berki, Hukuk Mantığı ve Tefsir, Ankara, 1943, s. 11-13. Keza aynı eserin 95-98 inci sahifelerine bakınız.

²⁸ İki çeşit örf vardır: Akli selimi mantık ve ahlâkı rencide eden örfü âdet hukuk kaynağı olamaz; Akli selim, ahlâk ve adalet esaslarına uygun olan hareketler efkâr ve vicdanı umumîyece itirazla karşılanamayacağından eyi, ve binnetice, kaynak olabilen örfü âdetlerdendir: Ali Himmet Berki, Hukuk Mantığı ve Tefsir, S. 97; Ömer Nasuhi Bilmen, a. g. e, S. 200.

²⁹ Ömer Nasuhi Bilmen, a. g. e, S. 200-201. Ali Himmet Berki, Hukuk Mantığı ve Tefsir, S. 96.

³⁰ Ömer Nasuhi Bilmen, a. g. e, S. 200; Ali Himmet Berki, Hukuk Mantığı ve Tefsir, S. 96.

³¹ Maslahat hakkında geniş bilgi için: Ömer Nasuhi Bilmen, a. g. e, S. 202-205.

Maslahat salaha müncer olan hükümlere denir. Maslahatın muteberlik şartları vardır. Bir şey'in maslahat icabından olduğu kat'i olmalıdır. İntimale binaen maslahata istinadla hükmedilemez. Ferdî ve şahsî menfaatleri vikaye için maslahata istinad olunmaz. Maslahat, İslâm hukukunun ana kaynakları olan Kur'an ve Hadislere asla aykırı olamaz. Zira bu kaynaklara aykırı mülahaza ve hükümler maslahat değil, mazarrat, mefsedetdir. Maslahat dinî ve dünyevî olmak üzere ayrılır: zihin ve fikirleri hurafelerden ve safatalardan temizlemek dinî; intizami temine matuf maslahatlar da dünyevî-nev'e misaldir.

IV — İSLÂMDA ADALET TEŞKİLÂTI:

Adalet teşkilâtı, bir câmiada çıkan hukukî her nevi ihtilâfın hallini temin eden kazai teşkilât demektir.

İslâmda kaza teşkilâtını mebbeinden, İslâmiyetin başlangıcından itibaren ele alıp hülâsa etmek, sonraki kaza teşkilâtının kolaylıkla ve bihakkın anlaşılabilmesini temin için zarurîdir. Zira sonraki devirlerdeki kaza teşkilâtının ilk devirlerdeki adalet mekanizması ile sıkı alakası mevcuttur.

I. İlk devirlerde kaza vazifesini gören memurlar.

İslâmda hukuk kaynaklarına göre hükmederek davaları halleden memurlara Kaazî (yani kaza vazifesini gören mânasına gelen ve sonraları galat olarak lisanımıza «Kad» şeklinde geçerek sözü örfü âdet şeklinde kullanılmakta olan) hakimlerdir. Fakat bu günkü hâkim ile İslâmın ilk devirlerindeki hâkimler arasında selâhiyet itibariyle farklar vardır. Nitekim İslâmiyetin ilk devirlerinde, ve hattâ bazı hallerde sonraları, kaazîlik vâililik vazifesi de gören, memurlar tarafından yapılırdı.

İslâmda hâkim, hüküm bulunmayan hallerde içtihad eder ve bu suretle bir ihtilâf hiç bir veçhile neticesiz kalmazdı. Yani, aynen modern hukukda olduğu gibi, İslâm hukukunda da hâkim, bir mesele hakkında hüküm bulunmadığı zaman davâyâ bakmaktan imtina edemez, o meseleyi halledecek olan ve kendi kanaatinden ibaret bulunan "İçtihad" ile hüküm tesisine mecbur olurdu. Şu halde İsviçre Kanununun 1 nci maddesindeki "Hâkimin hukuk yaratacağı" şeklindeki sevk edilmiş olan esas, tâ İslâmiyetin ilk devirlerinde kabul edilmiş ve tatbik sahasına konulmuştu.³²

İçtihad sahibi bir hukukcu, ve hâkim olabilmek için bazı mühim şartlar vardır ki, bunlar olmadıkça içtihad edebilecek derecede kıymetli hâkim olmaya ve binnetice, hele ilk devirlerde, Kaazî tâyin edilebilme-ye imkân yoktu. Bu mühim şartlar kısaca şunlardır: Kur'anı Kerim'in âyetlerini eyice ve her bakımdan bilmek³³; Hadis, daha doğrusu sünnet ilmini içerecesine bilmek³⁴; İcmaa iktiran eden bütün meselelerden haberdar olmak, doktrini takip etmek,³⁵ Kıyas esaslarına vâkıf olmak.

Görülüyor ki, İslâm kazasında hâkim, olmak içtihad yaratabilecek olgunluğa erişmek şartlarına bağlı idi. Doğrusu da budur. Zira cemiyet ve fertlerin en çok üzerinde durduğu ve yanlış tecelli ettiği zaman en çok asabiyet ve hassasiyet gösterdikleri mesele

adalet meselesidir.

Ehemiyyetle işarete değer ki, içtihadta iktiran eden her mesele de ta'mamiyle adalete tevafuk etmeyebilir. Çünkü içtihad, en kuvvetli zandan ibarettir. Bundan, modern hukukda da ittifakla kabul edilmiş olan ve tatbiki ehemmiyeti pek büyük iki netice doğmaktadır:

1) İçtihad içtihadla nakzedilemez.

2) İçtihad değişebilir.

Bu iki mesele üzerinde durmak zaruridir:

1: İçtihad içtihadla nakzedilemez.

Zira, hangi içtihadın daha doğru olduğu anlaşılabilir. Her ikisi de galibi zandır. Bunun içindir ki, Hz. Peygamber, Muaz bin Cebel'in «İçtihad ederim» cevabına memnun olmuş «Kur'an ve Hadisde sarahat bulamadığım zaman beni istişare et»³⁶ yolunda bir direktif vermeği aklından bile geçirmemiştir.

İçtihadın içtihadla nakzedilemeyeceği kaidesinin pratik mânâsı şudur ki, aynı meselede bir hâkim başka, diğer hâkim başka türlü hükmetmiş olsa, her iki hüküm de muteberdir ve icra olunur. Modern hukukta da böyledir: Bir hâkim, kanunda hüküm bulunmayan hususlarda içtihad etse, ve bu içtihad hukukun umumî prensipleriyle hukuk ilmine muğayir bulunmasa, Temyiz Mahkemesi, hükmü kendi içtihadı başka olduğu mucib sebebiyle nakzedemez.

2: İçtihadın rücu câizdir.

İçtihad, galibi zan olduğundan tesis eden taraftan dahi değiştirilebilir. Meselâ bir Hâkim yahut, Kaazî bir şahsa ait benzer meselede başka hüküm verirse sonraki hüküm içtihad addolunur; vaktiyle

³² Hz. Muhammed, Vali tâyin ettiği Muaz bin Cebel'e "Kur'an ve Sünnetde hüküm bulamadığın zaman nasıl hükmedeceksin" diye sormuş, Muaz da "İçtihad ederim" cevabını vermiş ve Hz. Peygamber pek memnun olarak ona hayırlı başarılar dileyerek selâmetlemiştir. Dikkati câlib cihat şudur: Cebel, "Kur'an ve sünnetde hüküm bulamazsam sizi istişare ederim" dememiştir. Bundan çıkacak netice şudur ki, İslâmda içtihad çok mühim bir kaynaktır ve pek muhteremdir. Öyle olmasa idi, Cenabı Peygamber, Muaz bin Cebel'e, "müskil durumda kalınca beni istişare et" derdi. Bunu iki bakımdan söylemedi: 1) Hâkimlerin istiklâline müdahale etmemek. 2) Hukukcuları içtihad sahibi maruf zevat haline çıkarmak. Zira bir hukukcu kendiliğinden imali fikir etmez, sıkısınca başkalarının fikirlerini alır naklederse, içtihad kabiliyet ve melekesine sahip olamaz. Bu ise hukuk ve adalet ilmi aleyhinedir.

³³ Zira ilk adalet kaynağına vukufu olmayanın içtihad yaratması şöyle dursun mevcut esaslarla sâlim ve âdil bir hüküm vermesi bile muhaldir.

³⁴ Zira Hadisler umumiyetle İslâm adaletinin en emin ve değişmesinin imkân olmayan Kur'anın en isabetli ve hatasız tefsirinden ibarettir. Mamafih, bir Hadisin sahih veya gayrı sahih Hadis olup olmadığını aramak da Hadis ilmi zümresindedir.

³⁵ Ali Himmət Berkî, a. g. e, S. 16. Şurada itiraf edelim ki İslâm Ülkelerinin genişlediği devirlerde icmaa iktiran etmiş olan meselelerin hepsini bilmek bir hâkim için çok zor ve hattâ bazan imkânsız olurdu. Bu itibarla Kaazinin bu gibi hallerde şahsî içtihadı ile hükmetmesi zaruridir. İcmaan Hukuk kaynağı olmasına yöneltilen itirazların en kuvvetlisi bu olmak lâzımdır. Teferruat için "İCMA" bahsine bakınız.

³⁶ Mamafih, yâsi ve titiz düşünceli bir hâkim ve hukukcu, içtihadta vâsil olmadan evvel istişareyi ihmal etmez.

verilen hüküm, hükmünü icra etmiş içtihad mahiyetinde kalır.

Modern hukukta hey'etler dahi içtihadlarından rücu» edebilirler. Nitekim aynı meselede vaktiyle verilen bir tevhibi içtihadın bilâhare değiştiği görülmektedir.²⁷

Doktrin sahasında da hüküm aynıdır. Yani bir hukukçu bir mesele hakkında bu gün başka, bilâhare farklı düşünüp fikir beyan eder veya yazı yazabilir. Muahhar reyî nazarı itibare alınır.

Gerek Hâkimlerin gerek doktrinlerin eski içtihadlarından rücu, gurur kırıcı ağır bir hareket değildir. Ancak adaletde ve ilimde istikrar ve otorite de icab ettiğinden ilk içtihad tesis edilirken tetkikat ciddi ve titiz şekilde yapılarak içtihadı varmak lâzımdır. Bu suretle Kaza teşkilâtı ile ilimde yekdiğerini nakzederek rey ve kararlar mümkün mertebeye az olur ve binnetice, halkın ve ilim muhitinin adalet ve ilmin istikrarına itimad ve itibarı artar.

Şu izahatdan anlaşılıyor ki, içtihad tesis etmek kolay bir iş değildir. Müçtehit mevkiine gelebilmek için hâkim veya hukukla işgal eden zevatın her şeyden evvel kendisini mesleğine olanca samimiyet ve alâka ile vermesi, hattâ hukukî meselelerle işgalî yevmî zevkî meşgaleleri arasında görmesi, hukuk mantığı ve tefsir ilimlerinin ana prensipleriyle tefferuatını bilmesi, meseleyle alâkalı kanun madde ve fıkralarının hiç birini ihmal etmeksizin üzerinde imali fikir etmesi, bütün bu faaliyete rağmen muhkem bir rey'e, sâbit bir kanaate varıp varılmakta şüpheye düştüğü takdirde yabancı ve yerli müelliflerin ve Mahkeme İçtihadının reylerini tetkik ederek bunların aynı mesele hakkında ne yolda olduğunu tetkik etmesi ve mezkûr fikir ve mahkeme içtihadlarındaki mucib sebepler üzerinde de fikir yorarak kendi reyinde ısrar veya bundan rücu eyleyerek kat'i kanaat ve içtihadı tesis eylemesi lâzımdır. Şu ifadeler de gösteriyor ki, içtihad tesis etmek alelâde bir mesele hakkında fikir beyan etmek gibi basit mesailden değildir.

İçtihad tesisinde yabancı veya yerli müelliflerin eserlerini tetkik edenlerin, eserlerinin adedi ve hacmi ile iştihar etmiş zevatın bu şâyi veya mevsuk otoritesinden çekinip, yukarıda kaydedilen ilmi faaliyeti icradan sarfı nazar ederek, böyle zevatın meseleyle alâkalı fikir ve görüşlerini olduğu gibi kabul etmek hissinden ve meylinden içtinab etmeleri elzemdir. Aksi halde istiklâl ile içtihad tesis faaliyeti sarf edilmemiş olur ve esasen filan meşhur hukukçunun fikrine atıf yapıp meseleyi halletmiş görünmek içtihad tesis değil, mevcut bir içtihadı zikir ve nakilden ibaret kalır. Eğer bu nakli yapan hâkim veya sair hukukçu, naklettiği fikrin bazı delillerini ta'lil eyleyebilir veya o fikri teyide yarar yeni mucib sebepler ilâvesine muvaffak olursa, bizce mevcut içtihadda hissesi bulunur ve o içtihad vaktiyle tesis etmiş olanın kendi öz malı olmaktan yarı yarıya çıkmış olur. Mevcut fikirleri ve vaktiyle müesses yanlış veya nâkis mucib sebepli ve fakat netice itibarıyla doğru içtihadların yanlış mucib sebeplerini tashih ve eksik mucib sebeplerini ikmal eyleyen hukukçuya da müçtehid demekte hata olamaz. Fakat bir

yabancı yahut yerli müellifin reyini olduğu gibi kabul ve nakil bazan zaruret ise de, bu, nakli yapana müçtehit vasfı izafesine vesile teşkil edemez. Hele yabancı bir müellifin fikrini tercüme suretiyle başka lisanla zikir ve ilân etmek bu fikirleri, üzerinde biraz evvel kayd edilen ilmi faaliyete yer vermeden benimser görünmek, yalnız tercümelîği ifade eder ki, bu tarzda fikir beyanının ve eser yazmanın içtihad tesis ile alâkası olamaz ve hattâ bu tip çalışmalar, bu çalışma sistem ve metodunu meslek hayatında itiyad edinmiş olan hukukçuyu sahası için çok lâzım ve tavsiyeye şâyan ilim istiklâli ve cesaretinden mahrum edebilir. Terümeciliği meslek hayatında itiyad edinmiş olan hâkim ve ilim adamları içtihad tesis edebilmek meyil ve melekkesinden mahrum kalırlar. Zira, bütün meslekî faaliyetleri tercüme sanatı ile heder olmuştur; bu sanatı başarabilmek için sarf ettikleri azim zamanı imali fikir, meseleler üzerinde durmak ihtiyacı için istihlak eylememişlerdir.

İslâm hukukunda, içtihadın içtihadla nakzedilemeyeceği kaidesinin, her içtihadta isabet bulunduğu ihtimalinin neticeleri şunlardır:

1) Bir hâkim, bir mesele hakkında, benzer meselede başka içtihad edebilirdi. Bu iki mütenakıs içtihadın ikisi de lâzımül'riaye idi.²⁸

2) Aynı meselede bir hakim başka, diğer hâkim başka karar verse her iki hüküm muteberdir ve icra olunur.

3) Son içtihad evvelki içtihadı neticeleriyle nakzedemez.²⁹

4) Âlimlerin içtihadı ne kadar kuvvetli olursa olsun, Devlet tâkip edilmesi lâzım olan içtihadı tâyinde serbesttir. Keyfiyet bu gün de böyledir. Devletçe kabul edilen içtihad, Tevhidi içtihadıdır. İslâm hukuku da aynı kaideyi ilân etmiştir.³⁰

İçtihadın rolü şüphe yokki, hâkimlerin kaza vazifesini neticesiz bırakmamaları zaruretini tatmindir. İslâm hukukunda da kaazî, kendisine arz edilen ihtilâfı halledecek olan bir esasa Kur'an ve Hadislerde tesadüf edemezse, davaya bakmaktan sarfınazar eyleyemez, ihtilâfî içtihadı ile doğru veya yanlış bir hükümle neticelendirmeye mecburdur.³¹

²⁷ Tashihi karar üzerine hey'etin eski kararından cayması hakiki mânası ile içtihadı rücu sayılmaz. Zira tashihi kararda tashihi istenilen karar henüz muhkem kazıyye haline gelmiş değildir.

²⁸ Keyfiyet bu gün de aynen İslâm hukukundakî gibidir.

²⁹ Hz. Ömer, Hz. Ebubekir'in kendi içtihadına muhalif kararlarını ve bu kararlara müsteniden başlamış olan muamelâtı iptal etmemiştir: Ali Himmet Berki, a. g. e, S. 18.

³⁰ Mecellenin Esbabı Mucibe mazbatasında Veli-yül'emir hangi içtihadla hükmedilmesini emrederse o içtihadta amel olunacağını beyan ediyor: Ali Himmet Berki, a. g. e, S. 19.

Şurada tekrar kayd edelim ki Mecelle, İslâm hukukunun bir cüz'üdür. Tamamı değildir. İslâm hususî hukukundan maksad, Şahıs, Aile, Miras, aynı Haklar ve Borçlar hukukunu içine alan "Fıkah"tır.

³¹ Keyfiyet, yani içtihadta verilen ehemmiyetin mânası bu gün de aynıdır.