

**T.C.**  
**FIRAT ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**  
**TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANA BİLİM DALI**  
**İSLAM HUKUKU BİLİM DALI**

# **İSLAM FIKHINDA HÜKMÜ BİLDİRİLMİYEN ALAN**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**Danışman**  
**Doç. Dr. İsmail KÖKSAL**

**Hazırlayan**  
**Semiha ZORBOZAN**

**ELAZIĞ-2006**

**T.C.**  
**FIRAT ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**  
**TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANA BİLİM DALI**  
**İSLAM HUKUKU BİLİM DALI**

**İSLAM FIKHINDA HÜKMÜ BİLDİRİLMİYEN ALAN**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**Bu tez .../.../2006 tarihinde aşağıdaki jüri tarafından oy birliği/oy çokluğu ile kabul edilmiştir.**

**Danışman: Doç. Dr. İsmail KÖKSAL**

**ÜYE**

**ÜYE**

**Bu tezin kabulü Sosyal Bilimler Enstitüsü Yönetim Kurulu'nun .../.../.... tarih ve ..... sayılı kararıyla onaylanmıştır.**

**Enstitü Müdürü**  
**Doç. Dr. Ahmet AKSİN**

## İÇİNDEKİLER

ÖZET .....	V
SUMMARY .....	VI
ÖNSÖZ .....	VII
KISALTMALAR .....	IX

### GİRİŞ

#### KAVRAMSAL ÇERÇEVE

<i>I. Kanun Kavramı</i> .....	1
A-Geniş Anlamda Kanun .....	3
B- Dar Anlamda Kanun .....	3
<i>II. Hukukta Boşluk Kavramı ve Çeşitleri</i> .....	4
A- Hukuk Boşluğu .....	5
B- Kanun Boşluğu .....	5
C- Kanun Boşluğunun Çeşitleri.....	6
1. Gerçek Boşluk .....	7
2. Gerçek Olmayan Boşluk .....	7
3. Çatışma Boşluğu .....	8
4. Örtülü (Gizli) Boşluk .....	8
5. Eksik Boşluk .....	9
<i>III. Boşluk Olarak Nitelendirilmeyen Durumlar</i> .....	10
A- Hukuk Dışı Alanlar .....	10
B- Kasıtlı (Bilerek) Susma.....	11
C- Kanun Kuralındaki Eksiklikler .....	13
<i>IV. Hukukta Boşluk Konusundaki Nazariyeler</i> .....	14
A- Şerhçi Okul .....	14
B- Kavram İctihatçılığı Okulu.....	14
C- Serbest Hukuk Okulu.....	15

**BİRİNCİ BÖLÜM**  
**BEŞERİ HUKUKTA KANUN BOŞLUĞU**

<b>I. Beşeri Hukukun Kaynakları.....</b>	<b>17</b>
<b>A- Yazılı Kaynaklar .....</b>	<b>19</b>
1. Anayasa.....	19
2. Kanun .....	19
3. Kanun Hükmünde Kararname .....	20
4. Tüzük .....	21
5. Yönetmelik .....	21
6. Diğer Yazılı Hukuk Kaynakları .....	21
<b>B- Yazılı Olmayan Kaynaklar .....</b>	<b>21</b>
<b>C- Hakimim Oluşturduğu Hukuk.....</b>	<b>26</b>
<b>II. Kaynaklarda Kanun Boşluğu Halinde Başvurulacak Yollar .....</b>	<b>27</b>
<b>A- Yazılı Kaynaklarda Bir Hükmün Bulunmaması.....</b>	<b>28</b>
<b>B- Yazılı Olmayan Kaynaklarda Bir Hükmün Bulunmaması .....</b>	<b>29</b>
<b>C- Hakimin Hukuk Oluşturması.....</b>	<b>29</b>
1. Hakimin Hukuk Oluşturması İle Takdir Yetkisinin Arasındaki Farklar .....	30
2. Hakimi Hukuk Oluşturmaya Zorlayan Sebepler .....	32
a) Eksiksiz Kural Öngörme Yetenek ve Olanağından Yoksunluk.....	32
b) Hukuki Uyuşmazlıkların Çözülmesindeki Toplum Yararı.....	32
c) Hukukun Evrimi Bakımından Yararı .....	32
d) Hukuki Sebepler .....	33
3. Hakimin Hukuk Oluştururken Gözeteceği İlkeler .....	34
a) Kanun Koyucu Gibi Hareket Etme İlkesi .....	34
b) Hukuk Düzeniyle Bütünleşme İlkesi .....	35
c) Bazı Elverişsiz Yöntemlerden Kaçınma İlkesi .....	36
4. Hakimin Boşluk Doldurma Biçimleri .....	37
a) Kıyasa Başvurma Yoluyla Boşluk Doldurma .....	38
b) Hukukun Genel İlkeleriyle Boşluk Doldurma .....	39
c) Doğrudan Kural Koyma Yoluyla Boşluk Doldurma.....	39
5. Hakimin Oluşturduğu Hukukun Niteliği.....	40

a) Kanun Hükümü Niteliğini Taşımaması .....	40
b) Kuvvetler Ayrılığı İlkesine Aykırı Olmaması .....	40
c) Kural Olarak Bağlayıcı Olmaması .....	41
d) Üst Yargı Denetimine Bağlı Olması .....	41

## İKİNCİ BÖLÜM

### İSLAM FIKHINDA KANUN BOŞLUĞU

<i>I. İslam Fıkhı İle İlgili Genel Bilgiler</i> .....	42
A- İslam Fıkhının Tarifi .....	42
B- İslam Fıkhının Özellikleri .....	44
C- İslam Fıkhı İle Beşeri Hukuk Sistemleri Arasındaki Temel Farklar	46
<i>II. İslam Fıkhının Kaynakları</i> .....	48
A- Aslı Kaynaklar .....	50
1. Kitap.....	51
2. Sünnet .....	53
3. İcma.....	54
4. Kıyas.....	55
B- Fer'î Kaynaklar.....	57
1. Mesâlih-i Mürsele .....	57
2. İstihsan.....	58
3. Örf .....	59
4. Seddi Zerai.....	61
5. İstishab.....	62
6. Şer'u Men Kablena.....	63
7. Sahabi Kavli .....	63
<i>III. Teklîfî Hükümler</i> .....	64
A- Yapılması İstenenler .....	66
1. Vâcip .....	66
2. Mendup .....	67
B- Terk Edilmesi İstenenler .....	69
1. Haram .....	69
2. Mekruh .....	70

<b>C- Serbest Bırakılan Alan .....</b>	<b>72</b>
<b>1. Mübah Alan.....</b>	<b>72</b>
a) İbâha-i Şer'iyeye.....	75
b) İbâha-i Akliye .....	78
<b>2. İctihat Alanı.....</b>	<b>82</b>
a) İctihadın Tarifi ve Kapsamı .....	82
b) İctihadın Gerekliliği .....	84
c) İctihadın Şartları .....	85
<b><i>IV. Meskûtun Anh'ın Kanun Boşluğuyla İrtibatı .....</i></b>	<b>88</b>
<b>A- Meskûtun Anh'ın Varlığını Kabul Etmeyenler ve Delilleri .....</b>	<b>92</b>
<b>B- Meskûtun Anh'ın Varlığını Kabul Edenler ve Delilleri.....</b>	<b>93</b>
<b>C- Kanun Boşluğunun Doldurulma Yolları .....</b>	<b>98</b>
1. İctihat/ Kıyas .....	98
2. İstislah ve Mesalihi Mürsele.....	99
3. Örf .....	99
4. İstishab.....	100
5. İstihsan.....	100
<b><i>SONUÇ.....</i></b>	<b>101</b>
<b><i>BİBLİYOGRAFYA .....</i></b>	<b>107</b>

## ÖZET

**Yüksek Lisans Tezi**

### **İSLAM FIKHINDA HÜKMÜ BİLDİRİLMİYEN ALAN**

Semiha ZORBOZAN

**Fırat Üniversitesi**

**Sosyal Bilimler Enstitüsü**

**Temel İslam Bilimleri Ana Bilim Dalı**

**İslam Hukuku Bilim Dalı**

**2006, Sayfa: IX+114**

Bu tez, beşerî hukuk sistemlerindeki, hukukun tatbiki sırasında karşılaşılan “kanun boşluğu” probleminin İslam Fıkında mevcudiyetinin araştırılması üzerine yapılan bir çalışmadır.

İslam Fıkında “meskûtun anı” denilen nassların sustuğu bir alanın mevcûdiyeti ve bu alanın ibâha ve içtihat alanı olduğu çoğunlukla kabul edilmiştir. Bununla beraber, bu alanın beşerî hukuktaki kanun boşluğuyla tam olarak örtüştüğünü söylemek doğru değildir. Çünkü doktrinal anlamda her şeyi bilen bir iradenin tezahürü olan İslam Hukukuyla, insan iradesinin ürünü olan beşerî hukuk mahiyet itibariyle farklıdır. İki farklı şey arasında tam bir mukayese yapmak pek sağlıklı olmayacaktır.

Hadis-i şerifin ifadesiyle, İslam’da helaller bellidir, haramlar da bellidir. İkisi arasında kalan şüpheli şeylerin hükmünü ise içtihadı salâhiyetli olan müçtehitler tespit ederler. Helale yakın ise helal, harama yakın ise haram hükmünü verirler. Her iki tarafa da bir yakınlık hissedilmiyorsa ondan kaçınılması daha iyidir şeklinde problemi açıklığa kavuşturmuşlardır.

**Anahtar Kelimeler:** İslam Fıkı, beşerî hukuk, kanun boşluğu, meskûtun anı, ibaha, içtihat.

## **SUMMARY**

**Master Thesis**

### **IN ISLAMIC JURISPRUDENCE THE FIELD THAT DON'T HAVE BEEN ITS JUDGMENT**

**Semiha ZORBOZAN**

**The University of Firat**

**Social Sciences Institute**

**The Department of Basic Islamic Sciences**

**Islamic Law Sciences**

**2006, Page: IX + 114**

This thesis is a study of human law system during the application of law when confronted with the missing of law in Islamic jurisprudence system.

In Islamic jurisprudence system the “maskut anh” is accepted by majority as an interpretation and legal area in the Kuranic texts and Sunna. To gather with this, it is not true to say that this field is suited with the human law system completely. Because the Islamic jurisprudence which knows every thing in doctrinal meaning is different from the human law which is law of the human volition, it will not be a good thing to compare two different things with each other.

It is written in the “hadish like thit” the lawful things are obvious in Islam and so are the illicit. The judgment of the things between them is determined by the experts of the subject. Those which are nearly illicit are called illegitimate. If they are far from both sides, it is better to keep far from them and the problem should be cleared.

**Key words:** Islamic jurisprudence, Human law, emptiness of law, maskut anh, Ibaha (permissibility), interpretation.



## ÖNSÖZ

Hukuk, toplumun olduğu yerde var olan, insan merkezli bir ilim olup, toplumda adaleti gerçekleştirmek, düzeni sağlamak ve ihtiyaçlara cevap verebilmek gayesindedir. Dolayısıyla hukukun nihai gayesi insanları mutlu etmektir. Ancak, bu gayelerin adalete en uygun şekilde gerçekleştireceği düşünülen, hukuk evrensel ilkeleri kapsayan ideal hukuktur. Belli bir yerde ve zamanda uygulanmakta olan hukuk ise, her toplumda örf-adet ve din ayrı olduğu için farklı farklı gelişmiştir.

Kanun koyucusu insan olan beşeri hukukta, toplum hayatında ortaya çıkabilecek bütün olaylar önceden farz edilip, hiçbir olayı dışarıda bırakmayacak şekilde kanunlar hazırlanması erişilmeyecek bir gayedir. Bu tabii gerçek, kanunda olaylara uygulanacak bir hükmün bulunmayacağı ihtimalinin kabulüne götürmektedir. Bu realiteden ve hukukun varlığının bir gereği olarak hiçbir hukuki problemin çözümsüz bırakılmaması prensibinden hareketle, takip edilecek yol ne olursa olsun karşılaşılan hukuki boşlukların doldurulması, hukukun gelişmesi ve toplumun yararı için bir zorunluluktur.

Kaynağı itibariyle ilahi bir hukuk sistemi olan İslam Fıkhdında ise, yasa koyucunun Allah olduğu kabul edildiği için, beşeri hukuktan farklı bir durumun olduğu muhakkaktır. Çünkü İslam inancına göre, eksiklikten münezze olan Allah için, unutmak, önceden, bilememek ihtiyaçlara ve zamanın isteklerine cevap vermemek mümkün değildir. Allah, kelamı olan Kuran ve Kuran'ın tebliğcisi olan Hz. Peygamber (sav) vasıtasıyla, insanlığa yol göstermiş, her türlü halde insanların nasıl davranacaklarına dair, direkt ya da dolaylı olarak hükümler koymuştur.

İslam Fıkhdının birçok olayın çözümünde genel prensipler koyması bu hukukun mümeyyiz karakterini ortaya koymaktadır. Dolayısıyla bazı konularda, hüküm çıkarmaya salahiyyetli olan hukukçuları, gerek içtihada ve gerekse ibaha kurallarına havale ederek, bilinçli boşluklar bırakması da bunun bir neticesidir. Ve bu ümmete olan bir rahmettir. Çünkü Allah ve Resulünün (sav) teşri' sırasında genellikle ayrıntıya yer vermeyerek, ümmete serbest bir hareket alanı tanıması, onları sıkıntıya sokmamak içindir. Ancak bu müsamahanın, beşeri hukuktaki kanun boşluğuna benzerliği meselesi bir problem olarak gündeme getirilmektedir.

Biz de bu bakış açısından hareketle, kanun boşluğu meselesini, "İslam Fıkhdında Hükmü Bildirilmeyen Alan" başlığında ele aldık. Araştırmamız, bir giriş, iki bölüm ve bir sonuçtan oluşmaktadır:

**Girişte;** çalışmanın ilham kaynağını pozitif hukuk oluşturduğu için, bu konuyla ilgili hukuk disiplinde kullanılan kavramlar tanıtılmıştır.

**Birinci bölümünde;** beşeri hukukun kaynakları tanıtılarak, kanun boşluğu halinde takip edilecek yöntemler anlatılmıştır.

**İkinci bölümde;** İslam Fıkhnın kaynakları ve hükümleri tanıtılarak, serbest bırakılan alanla ilgili bilgi verilmiştir.

Bu çalışmamız sırasında, İslam Fıkhnında kanun boşluğu problemi olmadığı ve daha önceden bu konuda yapılan müstakil bir çalışma bulunmadığı için kaynak konusunda bazı sıkıntılarla karşılaştık.

Bu çalışmanın gerek konusunun belirlenmesinde, gerekse hazırlanma aşamasında yardımlarını esirgemeyen danışman Hocam Doç. Dr. İsmail KÖKSAL Bey'e ve çalışmamızın olgunlaşmasında ve kaynak temininde önemli yardımlarını gördüğüm diğer hocalarıma teşekkür ederim.

Semiha ZORBOZAN

Elazığ- 2006

## KISALTMALAR

Ank.	: Ankara
AÜHFY	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
AÜİFD	: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi
b.	: bin (oğlu)
Bkz.	: Bakınız
Çev.	: Çeviren
DİBY	: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları
Hız.	: Hazreti
İst.	: İstanbul
MK.	: Medeni Kanun
m.	: Madde
MÜİFD	: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi
MÜİFVY	: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları
ö.	: Ölümü
s.	: Sayfa
sav	: Sallallahu aleyhi ve sellem
TDV	: Türkiye Diyanet Vakfı
TDVY	: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları
thk.	: Tahkik Eden
trs.	: Tarihsiz
Üniv.	: Üniversite
vb.	: Ve benzeri
vs.	: Ve saire

## GİRİŞ

İnsan toplumsal bir varlık olarak yaratılmıştır. Hukuk ise toplum hayatını düzenleme ve sosyal gereksinimleri karşılama ve adalet düşüncesini gerçekleştirme amaçlarıyla ortaya çıkan bir sistemdir.<sup>1</sup> Kaynağı itibariyle değerlendirildiğinde hukuk sistemleri beşeri hukuk ve ilahi hukuk olarak iki kısma ayrılmaktadır.

Kanun koyucusu insan olan beşeri hukukta kanun koyucu, olası veya karşılaşılabilecek her türlü hukuki ilişkiyi veya olayı düzenleyebilecek bir mükemmellikten, eksiksiz kurallar öngörebilme yeteneğinden ve olanağından yoksundur. Bu nedenle vad'î kanunlar ihtiyaçlara ve zamanın isteklerine tam olarak cevap veremeyeceklerdir. Hatta kanun koyucu, kendi eserinin eksik olabileceğinin, ihtiyaçlara ve zamanın isteklerine cevap veremeyeceğinin bilincine varmıştır. Çünkü kanunlar, niteliği bakımından genel kurallar öngörmektedir. Özel ve istisnai durumların varlığı halinde ise kanun koyucunun eksik düzenleme yaptığı yerlerde veya mutlak olarak yapıldığı yerlerde onun susmasını gidermek caiz ve doğru bir hareket olarak kabul edilmektedir. Bu hareket tarzının niteliği ise hukuk sisteminde belirlenmektedir.<sup>2</sup>

İlahi kaynaklı olan İslam Hukukunda ise, asıl kaynak Allah ve Resulü (sav) olduğu için, onların herhangi bir konuda susmasının kanun boşluğu olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği meselesi, beşeri hukukun yukarıda bahsettiğimiz karakterinden ilham alınarak ortaya atılan bir problemdir. Bu sebeple araştırmanın asıl konusuna geçmeden evvel, kanun boşluğunun pozitif hukukun bir problemi olması açısından, hukuk literatüründe bu konuyla ilgili geçen bazı kavramları kısaca tanıtmak istiyoruz.

## KAVRAMSAL ÇERÇEVE

### ***I. Kanun Kavramı***

Kanun, Arapça bir kelime olup izafet formatıyla kullanılır ve “bir şeyin kanunu”, onun miyasyı yani kriteri anlamına gelir. Çoğulu kavanîn'dir.<sup>3</sup> Ayrıca usul, nizam, adet,

---

<sup>1</sup> Bkz., Bilge, Necip, *Hukuk Başlangıcı*, Turhan Kitapevi, Ankara-1994, 9. baskı, s. 38 ; Bozkurt, Enver, *Genel Hukuk Bilgisi*, Asil Yay., Ank.- 2005, 2. baskı, s. 21-23. Karayalçın, Yaşar, “Hukuk Metodolojisi”, *Mekasid ve İctihad*, Hazırlayan: Ahmet Yaman, Yediveren Kitap, Konya-2002, s. 42.

<sup>2</sup> Bkz., Edis, Seyfullah, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, Ankara Üniv. Hukuk Fak. Yay., Ankara-1983, 2. baskı, s. 110-111.

<sup>3</sup> Bkz., İbni Manzur, Ebu'l-Fadl Cemalüddin Muhammed b. Mükerrrem, *Lisanu'l-Arab*, Daru's-Sadr, Beyrut-1994, s. 13/349.

kaide, resim, çalgı aleti, devletin teşrii kuvveti tarafından herkesçe uyulmak üzere konulan her türlü kural ve haklar manzumesi, yazılı yasa gibi farklı anlamlara gelmektedir.<sup>4</sup>

“Kanun” kelimesinin genel olarak bütün dillerde iki anlamı vardır. Birincisi, tabii kanunlardır. Bunlar tabiatda daima görülen ve hiç değişmeyen birtakım olayların daima aynı olan sonuçlarını ifade eder. Bunun Fen Bilimlerinde özellikle Fizik ve Kimyada birçok örnekleri vardır. İkincisi de Hukuk dilinde devletin, yetkili organı tarafından, usulüne uygun olarak çıkarılan, ilan olunarak yürürlüğe konan, hukuk kanunlarıdır. Kanun, fertler arasındaki veya fertle devlet arasındaki ilişkileri tanzim eden ve herkes için bağlayıcı olan hukuk kurallarını kapsar.<sup>5</sup>

Aslının Grekçe’de önceleri en dar anlamıyla, vergilemeye yönelik arazi tahririnde kullanılan bir uzunluk ölçüsü birimini belirten “kanon” kelimesi olduğu da tahmin edilmektedir. Daha sonra bu işlem sonucunda birer ölçüt teşkil etmek üzere hazırlanan vergi kural ve listelerine, hatta onların kaydedildiği tahrir defterlerine de isim olmuş, zamanla anlamı genişleyen kelime, “vergiye ilişkin olanlar başta olmak üzere kamu alanındaki çeşitli esas, kural, ilke ve düzenlemeler” manasında kullanılmaya başlamıştır. Muhtemelen Mısır ve Suriye bölgesinin Müslümanlar tarafından fethedilmesinden sonra Arapça’ya kanun şeklinde geçmiştir. Kelimenin anlamı zamanla ahlakî, dinî, içtimaî, siyasî, ilmî vb. konularda söz konusu edilebilecek her türlü esas, usul ve kaideleri (din, dünya, ahiret, şeriat, hisbe, edep, davranış, usul, siyaset, dil, nahiv, tıp kanunları tamlamalarında olduğu gibi) kapsayacak şekilde genişlemiştir.<sup>6</sup>

Kanun kelimesi, kazandığı “dünya ve ahiret işlerinde ölçüt alınması gereken dosdoğru kurallar” anlamına uygun bir hukuk terimi olarak Hıristiyanlık’ta kilise hukukunu ve kilise konsüllerinin kararlarını (canon law); İslam’da ise şer’î hukuku (el-kanunu’ş-şer’î) ifade etmekte de kullanılmıştır. Ancak İslam Hukuk terminolojisinde kanun kelimesiyle daha çok devlet başkanının belirli alanlardaki yasama yetkisine istinaden özellikle idare, ceza, anayasa ve mâliye hukuku alanlarında yürürlüğe koyduğu kurallar ve yaptığı düzenlemeler kastedilmiştir. Şer’î ahkamı yorumlayıcı,

<sup>4</sup> Bkz., Tercüman İlmî Araştırma Grubu, *Ansiklopedik İslam Luğatı*, Tercüman Gazetecilik ve Mat., İst.-1982, 1/320; *Yeni Ansiklopedi*, Timaş Yay. İst.-1991, s. 2/959; Erdoğan, Mehmet, *Fıkah ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Rağbet Yay., İst.-1988, s. 228, Bağdatlı, Selahattin, *Hukuk Sözlüğü*, Derin Yay., İst.-2002, s.363; Mutlu, Latif, *Hukuk Sözlüğü*, Akademi İst Yay., İst.-2004, s. 182.

<sup>5</sup> Bkz., İmre, Zahit, *Medeni Hukuka Giriş*, Yenilik Basımevi, İst.-1971, s. 131-132; *Yeni Türk Ansiklopedisi*, Ötüken Neş., İst.-1985, s. 5/1665.

<sup>6</sup> Bkz., İnalçık, Halil, “Kanun”, *İslam Ansiklopedisi*, DİB.Yay., İst.-2001, s. 4/323-324.

tamamlayıcı veya şartlara uyarlayıcı mahiyet taşıyan bu tür hüküm ya da yasaları ifade eden bu terimin kapsamı zaman içerisinde özellikle İran ile Türk hukuk ve törelerinin etkisiyle (Buveyhiler, Samaniler, Gazneliler, Selçuklular, Moğollar, Osmanlılar, Safeviler dönemlerinde) “kaynağını geleneksel şer’î hukuktan almayan örf ağırlıklı yasa” şeklinde daha özel bir anlam kazandığı, literatürde rastlanan şeriat-kanun ayrımının da bu gelişmenin bir ürünü olduğu görülür. Nihayet Osmanlı Devleti’nin son dönemlerinde Batı hukukunun etkisiyle başlatılan kanunlaştırma hareketleriyle birlikte kelime Türkçe’de geniş anlamıyla (mevzuat) yetkili kamu organları tarafından çıkarılan yazılı hukuk kurallarını, dar ve teknik anlamıyla yasama organı tarafından bu adla çıkarılan genel, sürekli ve soyut hukuk kurallarını ifade eder olmuştur. Aynı kökten türeyen kanuni “kanunlara uygun”, taknin “yasama”, kanun-ı esasi “anayasa”, kanunname “kanun ve kanunlar mecmuası” anlamına gelir.<sup>7</sup>

Dolayısıyla bizim de bir hukuk terimi olarak kullanacağımız “kanun” kelimesi hukuk kitaplarında geniş ve dar anlamıyla tarif edilmektedir.

### **A- Geniş Anlamda Kanun**

Hukuk kurallarının biçimsel anlamdaki kaynağı olan Anayasanın yetkili kıldığı otoriteler tarafından çıkarılan yazılı metinlerdir. Bunlara maddesel veya geniş anlamda kanun denildiği gibi eski bir deyimle “Mevzuat” adı da verilir.<sup>8</sup>

Bu bakımdan başta anayasa kuralları olmak üzere kanun, kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik, kararname, genelge, tebliğ gibi metinlerin hepsi de buradaki kanun terimine girer.<sup>9</sup> Nitekim araştırmamızın birinci bölümünde hukukun kaynakları konusunda ayrıca bilgi verilecektir.

Medeni kanunun birinci maddesinde geçen “Kanun, lafzıyla ve ruhiyle temas ettiği bütün meselelerde mer’îdir...”<sup>10</sup> cümlesindeki “kanun” deyimini de geniş anlamda anlaşılmalıdır.<sup>11</sup>

---

<sup>7</sup> İnalcık, 24/324.

<sup>8</sup> Bilge, 55

<sup>9</sup> Zevkliler, Aydın, *Medeni Hukuk*, Dicle Üniv. Hukuk Fak. Yay.,Diyarbakır-1986, s. 49.

<sup>10</sup> Dural, Mustafa; Seliçi, Özer, *Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu*, Üniversiteliler Yay., İst- trs., s. 13.

<sup>11</sup> Bkz., Tekinay, Selahettin Sulhi, *Medeni Hukuka Giriş Dersleri*, Fakülteler Mat., İst.-1970, s. 48-49; Zevkliler, 49; Bilge, 55.

## 1- Dar Anlamda Kanun

Dar ve teknik anlamda kanun ise, Anayasanın yetkili kıldığı organ tarafından yazılı bir şekilde ve bu ad altında tespit edilmiş bulunan genel, sürekli ve soyut kurallardan ibarettir. Kanunu çıkartacak olan yetkili organı her devletin Anayasası belirler. Kanun yapan kuruluşa yasama organı veya teşri kuvveti adı verilir. Bu kuvvet, devletin rejimine göre bir tek kişide veya bir mecliste toplanır. Yasama organının görevleri ve diğer organlarla ilişkisi Anayasa hukukunun konusunu teşkil etmektedir. Türk Anayasasına göre yasama organı Türkiye Büyük Millet Meclisidir.<sup>12</sup>

Araştırmamızda ise, “kanun” kelimesi geniş anlamıyla kullanılacaktır. Çünkü dar anlamda kanun kelimesi, yazılı hukuk kurallarının sadece bir çeşidini oluşturmaktadır. Çalışmamızın yapı taşını oluşturan “**kanun boşluğu**” kavramı ise yazılı hukuk kurallarını oluşturan metinlerin tamamını ihtiva edecek şekilde kullanılacaktır. Şimdi hukukta “boşluk” kavramını ve çeşitlerini tarif edelim.

## II. Hukukta “Boşluk” Kavramı ve Çeşitleri

Hukuk kuralları, toplumsal yaşamda karşımıza çıkabilecek olay ve sorunları düzenleme amacı taşımaktadır. Fakat mevcut hukuk kurallarının, ortaya çıkması olası tüm olay ve ilişkileri eksiksiz düzenlediğini ileri sürmek imkansızdır. Hukuk kuralları genel ve soyut niteliklidir; yani her bir somut olayı ayrı ayrı düzenlemeye yönelik değildir. Genel kuralın somut olaylara uygulanması yargıca ait bir iştir. Bazı durumlarda, genel ve soyut nitelikli de olsa karşımıza çıkacak olay ve ilişkilere uygulanacak bir kuralı bulmak da mümkün olmaz. Bu, toplumsal hayatın sürekli bir değişim ve gelişim içinde bulunmasının bir sonucudur. Yani günün birinde yasa koyucunun ve toplumun önceden kestiremediği, beklemediği yeni ilişkiler ve olaylar ortaya çıkabilir. Bunu doğal karşılamak gerekir. Medeni Kanun da bu durumu, “... Hakkında kanuni bir hüküm bulunmayan meselede hakim örf ve adete göre, örf ve adette dahi yoksa kendisi kanun vazı olsaydı bu meseleye dair nasıl bir kaide vazedecek idiye ona göre hükmeder...”<sup>13</sup> diyerek peşinen kabul etmiş ve bu birinci maddede yargıca hukuk oluşturma yetkisi tanımıştır. Yargıca hukuk oluşturma yetkisi tanıma ise hukukta boşluk bulunabileceği düşüncesinden kaynaklanmaktadır.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> Bilge, 58.

<sup>13</sup> Dural/ Seliçi, 13.

<sup>14</sup> Bkz., Zevkliler, 86.

Hukukçuların çoğu, yazılı hukuk hükümlerinin, matematik kurallarına benzemediğini, tipik kuralları düzenleyen hükümlerin uygulanamayacağı durumların söz konusu olabileceğini ve kanun koyucunun hiç düşünmemiş olduğu yeni durumların ortaya çıkabileceği realitesini kabul etmektedirler. Dolayısıyla, kanunların her zaman için boşluklar ihtiva etmesi mukadderdir.<sup>15</sup>

Boşluk kavramı; “hukuk boşluğu” ve “kanun boşluğu” olmak üzere iki bakımdan ele alınıp incelenebilir.<sup>16</sup>

### **A- Hukuk Boşluğu**

Bu kavram, adından da anlaşılacağı gibi somut olaya uygulanacak yazılı ya da yazılı olmayan bir hukuk kuralının bulunmaması manasındadır. Yani bir mesele hakkında, ne kanunda ne de örf ve adet hukukunda bir cevap bulunamaması hali “hukuk boşluğu” terimiyle ifade edilir. Bu sebeple “hukuk boşluğu”, “kanun boşluğu”ndan daha şümüllü bir kavramdır. Hukukta boşluk ise hakim oluşturduğu hukuk ile doldurulur.<sup>17</sup>

Pozitif hukukta, hukuki meselenin çözümü için bulunması gerekli bir kuralın yokluğu halinde ancak o zaman hukukta boşluktan söz edilir. Pozitif hukuku düzeltmeye yetkili olmaksızın onda kusur görülmesi ise teknik anlamda boşluk değildir. Bu itibarla kanuna karşı içtihat yoluyla boşluk doldurmaya kalkışmak doğru değildir.<sup>18</sup>

Hukukta boşluğun olduğu yerde, yargıç hukukunun alanı başlamaktadır. Yargıcın hukuku bulması, ona tanınan bir yetki olduğu kadar, hak dağıtımından kaçmayacağı için ayrıca bir ödevdir.<sup>19</sup>

Bazı yazarlar da hukukta boşluk olmayacağını, ancak kanunda boşluk olabileceğini savunmaktadırlar.<sup>20</sup>

### **B- Kanun Boşluğu**

Gerekli ve zorunlu bir düzenlemenin kanun koyucu tarafından yapılmamış olması demektir.<sup>21</sup> Yani bir uyuşmazlık hakkında uygulanması gerekli hukuk kural veya

---

<sup>15</sup> Bkz., Özsunay, Ergun, *Medeni Hukuka Giriş*, Filiz Kitapevi, İst.-1970, s. 211; Akipek, Jale G., *Türk Medeni Hukuku*, Sevinç Mat., Ankara-1973, s. 101-102.

<sup>16</sup> Edis, 115.

<sup>17</sup> Bkz., Zevkliiler, 86; Akipek, 124; Özsunay, 212; Mutlu, 141; Akipek, Jale; Akıntürk, Turgut, *Türk Medeni Hukuku*, Beta Basım Yay., İst.-2004, 5.baskı, s. 137.

<sup>18</sup> Ediz, 117.

<sup>19</sup> Özsunay, 213.

<sup>20</sup> Bkz., Fendoğlu, Hasan Tahsin, *Hukuka Giriş*, Mimoza Yay., Konya-1995, s. 50.

<sup>21</sup> Edis, 115.



hükümünün kanunda bulunmaması, diğer bir deyişle kanunun, ortaya çıkan bir meseleyi cevapsız (çözümsüz) bırakmış olması demektir.<sup>22</sup> “Gerekli kanuni düzenlemenin yapılmamış olması” şeklinde yapılan bu tanımda “gerekli” kelimesi önem taşır. Zira, kanuni düzenlemedeki eksiklik, “gerekli bir kanuni düzenlemenin” eksikliği anlamına gelmeyebilir.<sup>23</sup>

Başka bir tarife göre “kanun boşluğu” yasada kural bulunmaması, ya da bulunduğu halde bu kuralın çeşitli sebeplerle olayda olduğu gibi uygulanamamasıdır.<sup>24</sup>

Günlük hayatla ilgili, düzenleyici kuralların eksikliği veya hiç bulunmaması şeklinde de tarif edilir.<sup>25</sup> Diğer bir tarife göre boşluk, yürürlükte olan hukuk düzeni ölçüsü esasa alındığında, pozitif hukukun sınırları içerisindeki olana aykırı eksikliklerdir. Hukuk düzeninin bir bütün olarak pozitif bir kuralın varlığını gerektirmesine rağmen kanun veya örf ve adet hukuku bunu düzenlememiş ise boşluk söz konusudur.<sup>26</sup>

Avusturya ve Fransız Hukukları gibi İsviçre Hukukunda da kanunda boşluk bulunabileceği kabul edilir. Böylece yargıcı kanunların metniyle sınıksız bağlayan ve kanunun her soruya cevap vereceğini savunan görüş artık terkedilmiş olmaktadır. Yeni öğreti, sadece kanunlarda değil, hukukta da boşluk bulunabileceğini kabul etmektedir.<sup>27</sup> Hukukta boşluk bulunup bulunmayacağı konusundaki nazariyelere, ileride daha geniş bir şekilde temas edilecektir.

Türk hukukunda da boşlukların varlığı ve yargıcın hukuk oluşturma yetkisi, medeni kanunun birinci maddesinde belirtilmektedir.<sup>28</sup>

### **C- Kanun Boşluğu Çeşitleri**

Kanun boşlukları çeşitli bakımlardan ayırım konusu yapılmıştır. Kanun boşluğu sayılacak bu çeşitli durumları ifade etmek üzere; “kanun yanında boşluk” , “kanun kuralı içinde boşluk” , “eksik boşluk” , “bilinçli-bilinçsiz boşluk” , “açık boşluk-örtülü boşluk” , “fiilî boşluk-ihmal boşluğu” , “şekli boşluk-maddî boşluk” , “tam boşluk-görelî boşluk” , “çatışma boşluğu-unsur boşluğu” gibi deyimler ve ayrımlara da yer

---

<sup>22</sup> Bkz. İmre, 184; Bağdatlı, 364.

<sup>23</sup> Kırca, Çiğdem, “Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ank-2001, c. 50, s. 1/91.

<sup>24</sup> Zevkliler, 87.

<sup>25</sup> Bkz., Şafak, Ali, *Hukuk ve Emniyet Terimler Sözlüğü*, Rehber Yay., Ankara- 1992, s. 245; Mutlu, 183.

<sup>26</sup> Kırca, 92.

<sup>27</sup> Özsunay, 212.

<sup>28</sup> Bkz., Seliçi, 13.

verilmektedir.<sup>29</sup> Bunların bir kısmı aynı durumu anlatmak üzere kullanılan deyimlerdir. Bu kavramlardan aynı anlama gelenleri aynı başlık altında toplayarak ele almakta fayda vardır.

### **1. Gerçek Boşluk**

Bu çeşit boşluk, kanun yanında boşluk, kanun boşluğu-kanun dışı boşluk-tam boşluk preater legem boşluk olarak da isimlendirilmektedir.

Yasanın belirli bir olay ya da ilişkiyi, eylem ve davranışı olumlu ya da olumsuz yönde hiç düzenlememiş olduğu hallerde, yorum yoluyla da olay hakkında yasadan bir kural çıkarılmıyorsa, kanun yanında boşluktan söz edilir. Olaya doğrudan doğruya uygulanabilecek bir kural yoksa, fakat bu boşluk yorum yoluyla doldurulabiliyorsa kanun yanında boşluktan söz edilemez. Gerçek boşluk olan kanun yanında boşluk durumunda yargıç, olayı çözüme bağlamak için örfte başvurur. Töre hukukunda olaya uygulanacak bir kural varsa, yargıç onu uygulayarak olayı çözümler. Ancak; örfte de kuralı bulamazsa yargıç hukuk oluşturarak olayı çözüme kavuşturur.<sup>30</sup> Bu çeşit boşluk, genellikle yasa koyucunun iradesi dışında, öngörememesi, unutkanlığı dolayısıyla ortaya çıkar. Bu sebeple, bu çeşit boşluğa “Bilinçsiz Boşluk” da denilir.<sup>31</sup>

### **2. Gerçek Olmayan Boşluk**

Bu çeşit boşluk, kanun kuralı içinde boşluk-kural içi boşluk, intra legem boşluk, geniş anlamda boşluk olarak da isimlendirilir.

Somut olaya uygulanabilecek bir kural yasada vardır fakat bu kuralı katı bir biçimde ve olduğu gibi olaya uygulamak çıkarlar dengesine ve yasanın amacına aykırıdır. Burada yasa koyucu, yargıca, olayın özelliğine ve şartlara göre bir değerlendirme yapacak kuralı uygulama yetkisi vermiş, dolayısıyla boşluğu yargıcın kararıyla doldurmak istemiştir. Bu, son derece doğaldır. Çünkü yasa kuralları genel ve soyut niteliklidir ve her olayın özelliğini göz önünde tutarak kaleme alınmaz. Bu çeşit, yasa koyucu tarafından bilerek ve istenerek bırakılmıştır. Bu sebeple bu çeşit boşluğa “Bilinçli Boşluk” da denilir. Bu çeşitler, genellikle yasa dışı değerlere yollama yapılan durumlarda söz konusu olur. Örneğin yasada, “Hak ve Nisfet”e<sup>32</sup> yollama yapılan durumda bu çeşit boşluk söz konusudur. Yargıç bu çeşit boşluğu, takdir yetkisini

<sup>29</sup> Bkz., Zevkliler, 87; Edis, 122-126; Özsunay, 213-216; İmre, 187-180; Tekinay, 56-57; Fendoğlu, 50.

<sup>30</sup> Bkz., İmre, 187; Özsunay, 214.

<sup>31</sup> Zevkliler, 188.

<sup>32</sup> Bkz., Dral/Seliçi, 16.

kullanarak doldurur. Yani, somut olayın özelliklerini ve şartlarını göz önünde tutarak genel ve soyut nitelikli yasa kuralını olaya uygular.<sup>33</sup>

### 3. Çatışma Boşluğu

Yargıcın önüne gelen olaya uygulanabilecek nitelikte iki ayrı yasa kuralının bulunması durumunda böyle bir boşluktan söz edilir. Bu iki ayrı yasa kuralının varlığı halinde, çatışma boşluğundan söz edilebilmek için, kuralların her ikisinin de aynı anda yürürlükte bulunması, her iki kuralın da özel nitelikli ya da genel nitelikli yasalarda yer alması ve birini ötekine tercih edecek haklı bir sebebin bulunmaması gerekir. Eğer bunlardan biri özel, öteki genel nitelikli bir yasada yer alıyorsa o zaman bir çatışma yoktur ve yargıç, “yasanın zaman bakımından uygulanması meselesini” de dikkate alarak, birini tercih eder ve olaya uygular. Fakat; durum öyle değilse ve yargıç bu kurallardan birini tercih edemiyorsa, var olan kurallardan her ikisi de olaya uygulanamadığına göre, bir “çatışma boşluğu” vardır ve yasada hiç kural yokmuş gibi davranılır. Böyle bir durumda da yargıcın töre hukukuna bakması, orada da bir kural bulunmaması halinde hukuk oluşturması gerekir. Ancak; bazı yazarlar, bu durumun Medeni Kanunun ikinci maddesindeki “dürüstlük kuralı” doğrultusunda çözümleneceğini savunurlar.<sup>34</sup> Çatışma boşluğunun tipik örneğine, eski Ticaret Kanunu zamanında sık sık rastlanırdı. Zira ticaret hukuku ile ilgili pek çok konu, hem eski Ticaret Kanununda hem de Borçlar Kanununda birbirleriyle bağdaştırılmayacak biçimde düzenlenmişti.<sup>35</sup> Bazı yazarlar çatışma boşluğunu örtülü boşluğa dahil etmektedirler.<sup>36</sup>

### 4. Örtülü (Gizli) Boşluk

Türk-İsviçre doktrininde hakim görüş, boşlukları gerçek boşluk ve gerçek olmayan boşluk ayırımına tabi tutmakta ve örtülü boşluğu gerçek olmayan boşluk olarak ifade etmektedir.<sup>37</sup>

Ancak, örtülü boşluğun gerçek olmayan boşluk olarak nitelendirilmeyeceği de ifade edilmektedir. Buna göre örtülü (gizli veya istisnai) boşluk, kanunun çok geniş

<sup>33</sup> Bkz., Zevkliler, 88.; Özsunay, 213; İmre, 187.

<sup>34</sup> Zevkliler, 89; Akipek/Akıntürk, 134; Mütenakız normların oluşturduğu boşluk hakkında ayrıca bkz., Çağıl, Orhan Münir, *Hukuk Metodolojisi Dersleri*, Fak. Matbaası, İst.-1962, s. 133; Karayalçın, 71.

<sup>35</sup> Akipek/Akıntürk, 135.

<sup>36</sup> Bkz. Deryal, Yahya, *Hukukun Temel Kavramları*, Derya Kitapevi, Trabzon-2004, 4. baskı, s. 39.

<sup>37</sup> Edis, 125.

kapsamlı, gerekli istisnalara yer vermemiş olan kelime anlamının, kanunun amacı ve negatif eşitlik ilkesi esas alındığında bir sınırlandırmayı gerektirmesi durumunda ortaya çıkan boşluktur. Örtülü boşluk durumunda, kanunda somut olaya uygulanması mümkün bir kuralın açıkça düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Ancak kanunun amacı ve ruhu esas alındığında düzenleme somut olaya uygun değildir. Çünkü kanun, söz konusu olayların değerlendirmesinde önem taşıyan bazı özellikleri dikkate almamıştır. Kanunun lafzı çok geniş olup, tüm daraltıcı yorum çabalarına rağmen, somut olayın istisnai özelliklerine uymamakta adalete aykırı sonuçlar doğurmaktadır. İlk bakışta bir düzenleme varmış gibi görünmesinden dolayı bu boşluk örtülüdür. Ancak, örtülü boşluğun da hakime kural koyma olanağı tanıyan gerçek boşluktan farkı yoktur. Bu sebeple örtülü boşlukların gerçek olmayan boşluk olarak nitelendirilmeyeceği ifade edilmektedir.<sup>38</sup>

Örtülü boşluklar kanunun amacının gerektirdiği istisnanın eklenmesi veya geniş kanun lafzının somut olaya uygulanmaması yoluyla doldurulur. Bu yöntem “amaca uygun sınırlama” adı verilmektedir.<sup>39</sup>

### **5. Eksik Boşluk**

Bu boşluk durumu, toplumsal hayattaki sürekli değişiklik ve gelişme dolayısıyla, yasadaki kuralların zamanla yetersiz hale gelmesini ifade eder. Öyle ki, böyle bir kuralın somut olaya uygulanması günün şartlarına ve dürüstlük kuralına aykırıdır, sakıncalıdır ve tatmin edici değildir. Yasada var olan böyle bir kuralın düzeltilmesi ve günün gereklerine uygun hale getirilmesi gerekir. Bu işi doğrudan doğruya yasa koyucu yapabilir. O zaman problem yoktur ve boşluk giderilmiş olur. Fakat yasa koyucu böyle bir boşluğu gidermemişse, yargıç önüne gelen olayı çözümsüz bırakamayacağı için boşluğu doldurmak zorundadır. Yargıç böyle bir boşluğu, Medeni Kanunun ikinci maddesindeki “dürüstlük kuralı”na göre doldurur. Nitekim Yargıtay, yasadaki bazı çeviri hataları, açık olmayan ifadelerin kullanılmış olmasından doğan boşluğun sadece Medeni Kanunumuzun kaynağını oluşturan İsviçre Medeni Kanununa bakılarak düzeltileceğini öngörmüştür. Bu karardan çıkan sonuç yargıcın ancak Medeni Kanun ikinci maddeye göre davranabileceği, bunun dışında yasadaki bir düzenleme yapamayacağıdır.<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> Kırca, 96,114.

<sup>39</sup> Kırca, 114.

<sup>40</sup> Bkz., Zevkliler, 89; İmre, 190.

Bazı yazarlar, eksik boşluk denilen bu durumun, kanun boşluğu hallerinden sayılmayacağını, çünkü eksik de olsa, yasada bir kural bulunduğunu eksikliğin de “dürüstlük kuralına” göre giderileceğini savunurlar.<sup>41</sup> Nitekim daha sonra anlatılacak olan “boşluk olarak nitelendirilemeyen durumlar” bahsinde de bu konuya temas edilecektir

Kanunda boşluk bulunup bulunmadığını, kanunun yorumu ortaya çıkarır. Yorumu yapanın izleyeceği metoda göre, boşlukların alanı az veya çok geniş olabilir. Mahkeme içtihatları da bu konuda bazı değişiklikler gösterebilir. Özellikle, zamanın gerçeklerine önem veren objektif metodun uygulanması, sonradan husule gelen boşlukları kolayca ortaya koyabilir. Mesela, Hematoloji (insan kanı üzerinde inceleme yapan bilim kolu) ve antro-biyolojik araştırmalar sonucunda ananın iffetsiz bir hayat sürmesi halinde babalık davasının red olunacağına ilişkin MK. m. 302 hükmü<sup>42</sup> bugün anlam ve önemini kaybetmiştir. Çünkü kanunun amacı anayı cezalandırmak değildir; 302. maddenin güttüğü gaye kadının birçok erkekle münasebette bulunması yüzünden çocuğun babasının kim olduğunun belirsiz olmasıdır. Halbuki ulaşılan yeni sonuçlarla buna benzer birçok hallerde bir erkeğin babalığı tespit edilebilmektedir. Bunun gibi çocuğun nesebini red davasını açacak şahıslar arasında, bu konuda en çok menfaati bulunan çocuğun, MK. m.242’de<sup>43</sup> sayılmamış olması da bu günün sosyal icap ve zorunluluklarına uygun değildir. Bütün bu hallerde preater legem bir boşluk vardır. MK. 302’deki halde gizli bir boşluk söz konusudur.<sup>44</sup>

Kanun boşluğu çeşitleri, hukuk kitaplarında daha teferruatlı bir şekilde izah edilmektedir. Biz bu kadarıyla iktifa etmeyi uygun bulduk.

“Kanun boşluğu” ve “hukuk boşluğu” kavramlarının daha iyi anlaşılabilmesi için boşluk teşkil etmeyen durumların da üzerinde durulmasında yarar vardır.

### **III. Boşluk Olarak Nitelendirilmeyen Durumlar**

Belirli bazı konularda yasada kural bulunmaması ya da olayı çözümlenecek olumlu yönde bir kuralın bulunmaması hemen “boşluk” olarak nitelendirilmemelidir. Bu durumları aşağıdaki gibi sıralayabiliriz.<sup>45</sup>

---

<sup>41</sup> Bkz., Zevkliler, 89-90,

<sup>42</sup> Dural/Seliçi, *Medeni Kanun*, m. 302, s. 91.

<sup>43</sup> Dural/Seliçi, *Medeni Kanun*, m. 242, s. 78.

<sup>44</sup> İmre, 191-192.

<sup>45</sup> Zevkliler, 90.

## **A- Hukuk Dışı Alanlar:**

Hukuk nizamının içine girmeyen, kanunun tanzim etmediği birtakım sosyal durumlar vardır. Bunlar dinî inanışlara, şeref ve haysiyete, ahlak kurallarına, birtakım merasimlere ve görgüye ilişkin kurallardır. Keza; hovardalar, kabadayılar, sportif oyun oynayanlar arasında da birtakım kurallar vardır. Bunlar hakkında kanunda bir hüküm bulunmaması, bir kanun boşluğu teşkil etmez; çünkü bu gibi haller hukukun dışında bırakılmış hususlardır.<sup>46</sup> Ayrıca, dinî nikahın hangi şartlarda ve nasıl yapılacağı, kurbanın kimler tarafından ve nasıl kesilmesi gerektiği gibi hususların, hukuk kuralıyla düzenlenmemiş olması kanun boşluğu olarak değerlendirilmez. Çünkü bunlar bütünüyle din kurallarının ilgi alanına girmektedir.<sup>47</sup>

## **B- Kasıtlı (Bilerek) Susma**

Bazen yasada, somut olayı çözümlenmeye yönelik bir kural bulunmayabilir. Fakat o olayın karşıtı olan bir olayı düzenleyen herhangi bir kural yasadaki mevcutsa, karşıt kavram kanıtı (argumentum a contrario) yoluyla yasadaki bu olumsuz çözüm benimsenerek olay çözüme kavuşturulur. Bu yolla çözüme ulaşılabildiği sürece de boşluktan söz edilmez. Örneğin; Medeni Kanununun 14. maddesinde, ayırım gücüne sahip bulunmayanlarla (gayri mümeyyizler), küçükler ve kısıtlıların (mahcurlar) fiil ehliyetine sahip olmadıkları düzenlenmiştir. Ayrıca, ayırım gücüne sahip olanların, küçük ve kısıtlı da olmayanların fiil ehliyetine sahip oldukları konusunda bir düzenleme yasadaki yoktur. Fakat bu, yasadaki bir boşluk bulunduğu anlamına gelmez. Çünkü Medeni Kanununun 14. maddesindeki olumsuz çözümü, ters yönde, karşıt kavram kanıtı yoluyla olumlu olaya uygulanarak sorun çözümlenebilmelidir.<sup>48</sup>

Kavramdan aksi sonucu çıkarmaya (mefhumi muhaliften mana çıkarmaya) birkaç örnek daha verebiliriz: Boşanma sebepleri, Medeni Kanun madde 129-134te tanzim olunmuştur. Bunların dışında bir boşanma sebebinin ileri sürülmesi halinde, kanunda boşluk yoktur. Burada boşanma da istenemez.<sup>49</sup> Zikredilen sebepler dışında bir sebeple boşanmaya karar verilmesi için dava açılmaz. Zira kanunun buradaki susması,

---

<sup>46</sup> Bkz., İmre, 284; Zevkliler, 90; Edis, 118.

<sup>47</sup> Deryal, 39.

<sup>48</sup> Bkz., Zevkliler, 90

<sup>49</sup> İmre, 185.

bu sebeplerin dışındaki herhangi bir sebeple boşanmaya imkan vermemek içindir; kanun olumsuz bir çözüm benimsemiştir.<sup>50</sup>

Yine; Medeni Kanun madde 92de kimlerle evlenmenin yasak olduğu tek tek belirtilmiş; fakat süt kardeşlerden söz edilmemiştir. Buradaki susma da olumsuz bir çözümün benimsendiğini gösterir.<sup>51</sup>

Ancak; bir kural veya kavramdan, diğer bir hal için aksi sonucun çıkarılmasının sadece bir ihtimal olduğu unutulmamalıdır. Zira, bugünkü doktrin, bir hukuk kuralından genel olarak menfi hukuk kuralı çıkarılmasını reddetmektedir. Bu, genel bir uygulama kabiliyetini haiz değildir. Çünkü, bu, genel bir şekilde kabul olunsaydı, bununla kanunda boşluk olmayacağı sonucuna varmak gerekecekti. Bu ise kabule şayan değildir. Aslında bu bir yorum meselesidir. Hakimin bu mesele hakkında karar verebilmesi için yapacağı yorum objektif bir yorumdur. Hakim bu konuda hissiyatı ile, şahsi mülahazalarla ve sübjektif kriterlerle hareket edemez.<sup>52</sup>

Mesela; büyük anne ve büyük babaların torunları ile şahsi münasebet kurabilip kuramayacakları ve çocuğu kısa bir süre için yanlarına alıp alamayacakları meselesinde, İsviçre Federal Mahkemesi Kanunda bir boşluk bulunduğu iddiasını reddetmiştir. Kanun bu hakkı ana-babaya tanımıştır, çocukların büyük anası ve büyük babası arasındaki münasebeti kanun tanzim etmemiştir. Bunun neticesi olarak, bu hak büyük anaya ve büyük babaya verilmemiştir. Bu mantıki sonuç tarihi gelişmeye ve aksine hal tarzının haiz bulunduğu sakıncalara dayandırılmıştır.<sup>53</sup>

Aynı meseleye ilişkin olarak, mahkemenin aksi sonuca varması da mümkündür. Bu takdirde büyük ana ve büyük babaların torunları ile şahsi münasebet kurması konusunda kanunda bir boşluğun bulunduğu sonucuna varılacak ve bunun doldurulması hakkında hakim tarafından bir hukuk kuralı konması yoluna gidilecekti. Nitekim, Türkiye Yargıtayı'nın bir içtihat birleştirme kararında, büyük ana ve büyük babaların torunlarıyla şahsi münasebet kurma hakları kural olarak kabul edilmiş ve bunların torunları ile her hafta bir saat görüştürülmeleri karara bağlanmıştır.<sup>54</sup>

Ancak aşağıdaki örneklerde susma kasıtlı değildir, boşluğa delalet eder:

---

<sup>50</sup> Bkz., Edis, 119; Tekinay, 57.

<sup>51</sup> Edis, 119. Ancak İslam'a göre süt anne ve süt kardeşlerle evlenmek haramdır. Bkz. Nisa Suresi, 4/23.

<sup>52</sup> Bkz., İmre, 185; Edis, 120.

<sup>53</sup> Bkz., İmre, 185; Edis, 120

<sup>54</sup> İmre, 186.

Borçlar kanununda “salahiyete müstenit temsil”<sup>55</sup> düzenlenirken temsilcinin kendi kendisiyle sözleşme yapmayacağına dair hüküm konulmamıştır. Burada kasıtlı susma yoktur.<sup>56</sup>

BK. m. 413<sup>57</sup> (İBK. m. 422)’de vekaletsiz iş görenin hakları ve borçları öngörülmüştür. Buna karşılık ivazsız vekalet sözleşmesi bakımından böyle bir hüküm öngörülmemiştir. Bu, bir kanun boşluğu teşkil eder.<sup>58</sup>

Kanun koyucu evliliğin boşanma ile (MK. m. 129 vd.)<sup>59</sup>, evlenmenin butlanına karar verilmesi ile (MK. m. 122 vd.)<sup>60</sup> veya evliliğin feshi ile (MK. m. 120; MK. m.94)<sup>61</sup> sona ereceğini açıklamış fakat ölümün veya eşlerden birinin sonradan cinsiyetinin değişmesinin evliliği sona erdirip erdiremeyeceği konusunda açık bir hüküm getirmemiştir. Burada da bir kanun boşluğundan söz edilebilir.<sup>62</sup>

### **C- Kanun Kuralındaki Eksiklikler :**

Bazı yazarlar, eksik boşluk durumunu boşluk çeşitlerinden saymazlar. Gerekçe olarak da yargıcın böyle bir durumda yasayı düzeltme yetkisinin bulunmadığını ve problemi dürüstlük kuralına göre çözümleyeceğini, yasadaki çeviri hataları ile kapalı ve anlamsız ifadeleri de İsviçre Medeni Kanununa bakarak tamamlayacağını gösterirler. Ancak; belirtildiği gibi olayı dürüstlük kuralına göre çözümlenmek ve gerektiğinde İsviçre Medeni Kanununun metnine bakarak sonuca ulaşmak da bir çeşit boşluk doldurma niteliğinde bulunduğundan, böyle bir durum boşluk olarak değerlendirilebilir.<sup>63</sup>

Mesela, bir haksız fiilden doğrudan doğruya değil de dolayısıyla zarar gören kimselerin tazminat isteme hakları kanunda tanzim edilmemiştir. Bu halde kanunda bir

---

<sup>55</sup> Bkz., Dural/Seliçi, *Borçlar Kanunu*, Madde 32, s. 277.

<sup>56</sup> Edis, 120.

<sup>57</sup> Bkz., Dural/Seliçi, *Borçlar Kanunu*, Madde 413, s. 388-389.

<sup>58</sup> Edis, 120.

<sup>59</sup> Bkz., Dural/Seliçi, *Medeni Kanun*, Madde 129, s. 49.

<sup>60</sup> Bkz., Dural/Seliçi, *Medeni Kanun*, Madde 122, s. 47.

<sup>61</sup> Bkz., Dural/Seliçi, *Medeni Kanun*, Madde 120, s. 47; Madde 94, s. 41.

<sup>62</sup> Edis, 120. İslam Fıkhdında ise, eşlerden birisinin ölümü evliliği sona erdirir. Ölen erkek ise, kadın yeni bir evlilik yapabilmek için dört ay on gün iddet bekler. Bkz. Bakara Suresi, 2/234. Erkeğin ise, iddeti yoktur. Bkz. Kuduri, Ebu'l- Hasen Ahmet, *Kuduri ve Tercümesi*, çev. Süleyman Fahir, Kit-San Mat., İst.-1979, s. 291. Ancak cinsiyet değiştirme meselesi fıkıh kitaplarında da gündeme gelmemiştir.

<sup>63</sup> Bkz., Zevkliler, 91.



eksiklik söz konusudur. Fakat burada tam bir boşluk yoktur. Bunlar daha ziyade eksik boşluklar veya hukuk politikası açısından boşluklar olarak mülahaza olunur.<sup>64</sup>

Dolayısıyla, bir sorunun düzenlenmesi hukuk dışı bir alanda bulunduğu için (mesela ahlaki ve dinî bir konuda olduğu için) gerekmebilir veya susma yoluyla, kanun koyucu tarafından negatif olarak düzenlenmiş olabilir. Bütün bu durumlarda kanunda boşluk yoktur.<sup>65</sup>

Kanun, boşluk ve çeşitlerini bu şekilde tarif ettikten sonra hukukta boşluk bulunup bulunmayacağı konusundaki farklı görüşlere değinerek, kavramsal çerçeveyi noktalayalım.

#### **IV. Hukukta Boşluk Konusundaki Nazariyeler**

Daha önce de belirttiğimiz gibi Avusturya, Fransız, İsviçre Hukukunda “kanun boşluğu”nun bulunabileceği kabul edilir. Hatta yeni öğreti sadece kanunlarda değil, ayrıca hukukta da boşluk bulunabileceğini kabul etmektedir.<sup>66</sup> Medeni Kanunun birinci maddesi, yargıcın hukuk oluşturmamasını hukukta boşluk düşüncesinden hareketle gerekli görmüştür.<sup>67</sup> Bununla birlikte hukuk bilimi ve tarihi açısından aynı düşüncenin her zaman paylaşıldığı söylenemez. Bu konudaki nazariyeler üç maddede değerlendirilmektedir.<sup>68</sup>

**A- Şerhçi Okul:** On dokuzuncu asırda Fransa’da hakim olan bu hukuk akımına göre, her meselenin çözümü kanun hükümlerinin yorumlanması yoluyla bulunabilir. Kanun boşluk ihtiva etmez. Her türlü mesele hakkında kanunda bir çözüm bulunur. Yargıç sadece bir kanun uygulayıcısıdır. Çözümü mutlaka kanundan çıkarmalıdır. Kanunda öngörülmemiş hukuki ilişkilere ve olaylara, yorum yoluyla kanunu uygulayıp bir çözüm bulmalıdır.<sup>69</sup>

**B- Kavram İçtihatçılığı Okulu:** Fransa’daki Şerhçi Okul’a karşılık aynı yüzyılda Almanya’da gelişen bu akıma göre kanunlardaki boşlukların yine kanunlardaki hükümlerden çıkarılacak “kavramlar” ile doldurulması mümkündür. Bu akımın hareket

---

<sup>64</sup> İmre, 186.

<sup>65</sup> Kırca, 91; Akipek/Akıntürk, 133.

<sup>66</sup> Bkz., Özsunay, 212.

<sup>67</sup> Bkz., Dural /Seliçi, 13.

<sup>68</sup> Bkz., Edis, 106; Ayan, Mehmet, *Medeni Hukuka Giriş*, Mimoza Yay., Konya-2003, s. 55

<sup>69</sup> Edis, 106.

noktası kavramlar olduğu için “kavram içtihatçılığı” adı verilmiştir. Bu akıma mensup olanlara göre kanundaki hükümlerden olayın çözümüne yarayacak bir kavram çıkarılamazsa, yargıç kendisi hukuk oluşturamaz. Ancak; yasama organına başvurabilir.<sup>70</sup>

Bu nazariyelerle ilgili Seyfullah Edis şöyle bir yorum yapmaktadır:

“Bu iki akım kanunda boşluk olabileceğini reddetmektedirler. Bunlara göre herhangi bir somut olayda uygulanabilecek bir kural yoksa “hukuki düzenlemede boşluk” meydana gelir. Düzenleme yapılmamış ise bu konuda düzenlemeye ihtiyaç duyulmamış olmasındandır. Şerhçi Okul daha sonra önemini yitirmiş. Bugün artık hukuk felsefesi veya düşünceler tarihi bakımından değer taşıyan bir akım olarak kalmıştır. Zira, kanunun kendi alanına giren bütün meselelerin çözüme bağlanmasını sağlayacak kuralları kapsayabileceği düşüncesi bir varsayım veya bir hayalden ibarettir. Aynı eleştiri kavram içtihatçılığı içinde söz konusudur.”<sup>71</sup>

**C- Serbest Hukuk Okulu:** Hukuki pozitivizme ve özellikle Fransa’da 19. yy.’da hakim olan Şerhçi Okula bir tepki olarak “Serbest Hukuk Okulu” diye adlandırılan bir akım ortaya çıkmıştır. 20. yy. başlarında oldukça taraftar toplayan bu okul mensuplarından bazılarının göre kanunun amacı, iş hayatının gerekleri, hukuki istekler ve ihtiyaçlar göz önünde tutularak, kanun yargıç tarafından yerine göre değiştirilebilir. Diğer bazılarının göre ise, yargıç sadece kanunun açık olan metnini göz önünde tutmakla yükümlüdür. Kanunun açık metninin değinmediği konularda yorum veya kıyas yahut başka bir yolla kanundan hüküm çıkarmak için yargıç ne kendini yormalıdır ne de zorlamalıdır. Aksine, karşılıklı çıkar uyumsuzluğu ölçülerek yargıç tarafından serbestçe bir çözüm bulunmalıdır.<sup>72</sup>

Serbest Hukuk Okulu, hukukta boşluğu reddeden ve yargıca hukuk yaratma yetkisi tanımayan Şerhçi Okul’a ve Kavram İchtihatçılığı Okulu’na tercih edilebilirse de, yapısı itibariyle sakıncaları olan bir görüşü benimsemiştir. En başta yargıcı kanun karşısında gerektiğinden çok güçlü bir duruma getirmektedir. Bu da, hukuki güvenliği, hukuk önünde eşitliği ve yine hukuki işlemlerde güvenlik ilkesini giderilmesi güç bir biçimde zedeleyebilir ve bir bakıma “yargıçlar istibdadı”na yol açabilir. Türkiye –

---

<sup>70</sup> Edis, 106.

<sup>71</sup> Edis, 107.

<sup>72</sup> Edis, 108.

İsviçre hukuk sistemlerinde ne Şerhçi Okulun yargıcı yalnız bir “kanun uygulayıcısı” gören görüşü ne de kavram içtihatçılığı görüşü benimsenmiştir. Aksine yargıca güvenilmiş ve boşlukları doldurabilmesi için yargıcın hukuk oluşturmasında sakınca görülmemiştir. Bununla birlikte Türk- İsviçre kanun koyucuları, Serbest Hukuk Okulu’nun görüşünü de benimsemiş değildir. Çünkü yargıcın hukuk boşluğu doldurması sınırlıdır. Türk- İsviçre kanun koyucusu, yargıca hukuk oluşturmada “sınırlı yetki” tanımıştır.<sup>73</sup>

---

<sup>73</sup> Edis, 108-109.

## BİRİNCİ BÖLÜM

### BEŞERİ HUKUKTA KANUN BOŞLUĞU

Pozitif hukuk, soyut ve genel olan objektif hukukun, muayyen bir memlekete veya muhite tatbik edilmiş şeklidir. Yani Türk Hukuku, İngiliz Hukuku, Fransız Hukuku gibi muayyen bir cemiyet dahilinde riayeti müeyyide ile temin edilmiş kaideler bütünüdür.<sup>74</sup>

İşte, bu kaidelerin nasıl ve ne şekilde tezahür ettiği, hukukun kaynaklarının neler olduğu ve hakim bunlar karşısında nasıl davranacağı; yani hukukun tatbiki meselesi gündeme gelmektedir. Bu nedenle, bu bölümde öncelikle hukukun kaynakları üzerinde durulacak, daha sonra da hukuk kurallarının hayat olaylarına aksettirilmesi anlamına gelen hukukun tatbiki sırasında karşılaşılan mevcut boşlukların doldurulma şekilleri anlatılacaktır.

#### ***1. Beşeri Hukukun Kaynakları***

Bir şeyin çıktığı yer anlamına gelen “kaynak” sözcüğü hukukta çeşitli anlamlarda kullanılır. Bilgi kaynağı, organsal kaynak, biçimsel kaynak deyimleri bu arada sayılabilir. Ayrıca; asli kaynak, tamamlayıcı kaynak ve yardımcı kaynak deyimleri de vardır.<sup>75</sup>

“Bilgi kaynağı” deyimi, pozitif hukuk kurallarının bulunacağı yerleri, onların kapsamı hakkında bilgi edinilecek belgeleri ifade eder. Bunlar; Resmi Gazete, Düstur, Tutanak Dergileri gibi resmi belgeler; ayrıca, yazılı metinleri ve içtihatları toplayan kitaplar, dergiler ve benzerleridir. Kaynak sözcüğü bir de organsal anlamda kullanılmakta ve bununla sosyal bir normu hukuk kuralı durumuna getiren organ kastedilmektedir. Bu anlamda kanunların kaynağı, Yasama Meclisleri; tüzüklerin kaynağı, Bakanlar Kurulu ve yönetmeliklerin kaynağı, Bakanlıklar ve yetkili idare organlarıdır. İdare veya hükümet kanun yapamadığı gibi yasama organları da örneğin yönetmelik yapamazlar. Hukuk kuralı oluşturan organlara bazen “oluşturucu kaynak” da denilmektedir. Ancak hukuk kuralı, onları biçimsel olarak oluşturanlardan önce, ekonomik, sosyal, kültürel ve benzer gereksinimlerin etkisiyle toplum vicdanında oluşur

---

<sup>74</sup> Oğuzoğlu, Cahit, *Medeni Hukuk Dersleri 1*, Alaeddin Kral Basımevi, Ankara- 1941, s. 38.

<sup>75</sup> Bilge, 48.

ve yetkili organları hukuk kuralı yapmaya iter. Hukukun kökenlerini oluşturan bu kaynağa da “sosyolojik kaynak” denilebilir.<sup>76</sup>

Hukukun bir de “biçimsel kaynağı”ndan söz edilir. Bundan maksat, hukukun sosyal düzenleme içinde varlık kazanmak için büründüğü biçimlerdir. Hukuk kurallarını bir ifadeye bağlayan bu biçimler, onların yürürlüğe girmelerinin şartı oldukları için bunlara “yürürlük kaynakları” da denir. Burada üzerinde durulacak kaynaklar biçimsel kaynaklar olup, genel olarak yazılı metinler, gelenekler ve içtihatlar olmak üzere üç bölümde incelenir.<sup>77</sup>

Bununla birlikte pozitif hukukun kaynakları hakkında Cahit Oğuzoğlu şöyle demektedir: “Hukukun kaynaklarını tespit hususunda hukukçular tam bir anlaşmaya varamamışlardır. Bazılarının zannettiği gibi hukukun kaynağı sadece kanun, yazılı ve resmi metinlerden ibaret olsaydı, kaynak meselesinin halli de çok kolay olmuş olurdu. Hukuk kaidelerini sadece kanunlarda arayıp bulabilirdik. Lakin, hukuk tamamıyla kanundan ibaret değildir. Objektif hukukun muayyen bir muhite münhasır olan hariçî tezahürü iki surette vuku bulabilir: Biri kanun diğeri de örf ve adettir. Hukukun kaynaklarını tasnif ve ifade hususunda müellifler arasında ittifak mevcut değilse de kanunla örf ve adete kaynak vasfını izafe etmekte herhangi bir ihtilaf yoktur. Bunlara hukukun aslî ve esasi kaynakları ismini veren bazı hukukşinaslar, ilmî içtihatlarla kazaî kararları, fer’î ve yardımcı kaynaklar adı altında toplamaktadırlar. Kanun, örf ve adet, hukukun yekdiğerinden ayrılmayan ve yan yana tetkik edilmesi icap eden iki önemli kaynağıdır. Bunlar, pozitif hukukun temel taşlarıdır.”<sup>78</sup>

Hukuk kurallarının önemli bir bölümü, yasa koyma yetkisine sahip belirli bir organ ya da makamlarca konulup, genellikle yazılı metinler içinde yer alır. Buna karşılık, bazı hukuk kuralları da, yazılı metinler içinde yer almaz, toplumsal yaşam içinde oluşurlar ve yazılı olmasalar da bunlara uyulması zorunludur. Bu iki çeşitten birine girmeyen, sadece önüne gelen bir olayı çözmek üzere ve herhangi bir hukuk kuralı bulunmaması nedeniyle, yargıç tarafından oluşturulan hukuk kuralı da vardır. Bu değişik durumlara göre hukuk kaynaklarını yazılı kaynaklar, yazılı olmayan kaynaklar ve hakimin oluşturduğu hukuk şeklinde üç kısımda değerlendireceğiz.<sup>79</sup>

---

<sup>76</sup> Bilge, 48.

<sup>77</sup> Bilge, 48-49.

<sup>78</sup> Oğuzoğlu, 39.

<sup>79</sup> Bkz., Zevkliler, 17.

## A- Yazılı Kaynaklar

Bu çeşit hukuk kaynakları, hukuk kuralı koymaya yetkili kişi ya da makam tarafından (yasama organı, bakanlar kurulu, yetkili yönetim birimleri vb.) düzenlenir ve yazılı metinler içinde, öteki hukuk kuralları ile bir arada yer alacak biçimde konulur. Vazedilmiş olan bu çeşit kuralları yazılı ve yayınlanmış oldukları için belli; herkes hakkında uygulanabildikleri için genel ve objektiftirler. Hukuk kurallarının soyutluğu ilkesinin bir gereği olarak da zaman içinde benzer olaylara uygulanmak üzere çıkarılmış bulunmaları nedeniyle de sürekli nitelik taşırlar. Bunun sonucu olarak da usulüne uygun bir biçimde değiştirilmedikleri sürece uygulanmaları zorunludur.<sup>80</sup>

Yazılı hukuk kurallarının aralarındaki öncelik ve sonralık ilişkisine göre, sırasıyla Anayasa, kanun, kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik, genelge gibi çeşitleri vardır.<sup>81</sup> Bu çeşitleri kısaca tarif edelim:

**1. Anayasa :** Devletin temel yapısını, yani kuruluşunu, yönetim biçimini, devletin temel organlarını, bunların birbirleriyle olan ilişkilerini, kişilerin devlete karşı olan temel haklarını ve ödevlerini düzenleyen kanun, “Anayasa” adını alır. İngiltere gibi Anayasası geleneklere dayanan ülkeler dışında, hemen bütün devletlerin Anayasaları yazılıdır.<sup>82</sup> Kanunlar; Anayasa ve diğer yasalar şeklinde ikiye ayrılır. Dolayısıyla Anayasa, bir ülkede bulunan bütün mevzuatın üstünde yer alan bir kanundur ve kanunların hiçbiri Anayasaya aykırı olamaz. Buna “Anayasa’nın üstünlüğü prensibi” denir.<sup>83</sup>

**2. Kanun :** Buradaki “kanun” kelimesi geniş anlama göre değil, dar ve teknik anlama göredir. Bu kanun, Anayasa’nın yetkili kıldığı organ tarafından yazılı bir şekilde ve bu ad adı altında tespit edilmiş bulunan genel, sürekli ve soyut hukuk kurallarından ibarettir. Kanunların genel nitelikte ve sürekli olmaları, soyut ifade taşımaları, hukuk güvenliğinin sağlanması bakımından çok önemlidir. Kanun yapan kuruluşa, yasama organı veya teşri kuvveti adı verilir. Bu kuvvet, devletin rejimine göre bir tek kişide veya bir mecliste toplanır. Mesela; Türk Anayasa’sına göre, yasama organı TBMM’dir. Bu halde yalnız TBMM’den çıkan hukuk kuralları “kanun” adını alabilir.<sup>84</sup>

---

<sup>80</sup> Ayan, 14; Bilge, 59-61.

<sup>81</sup> Bkz., Zevkliler, 17-18; Bilge, 62-66; Ayan, 14-15; Fendoğlu, 91-93; İmre, 133.

<sup>82</sup> Bilge, 62.

<sup>83</sup> Fendoğlu, 91.

<sup>84</sup> Bilge, 58-59.

Kanunlar, kapsamlarından hareketle “genel kanun” ve “özel kanun” şeklinde ikiye ayrılabilirler. Genel kanunlar, benzer hukuki ilişkilerin ana hatlarıyla düzenleme amacına yönelik geniş kapsamlı kanunlardır. Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu bu çeşit kanunlara örnek verilebilir. Özel kanunlar ise, çoğu zaman genel konuların kapsamında yer alan belirli bir kısım ilişkileri ayrıca ve özel şekilde düzenlemeyi amaçlar. Gayri Menkul Kiraları Hakkında Kanun, Finanssal Kiralama Kanunu gibi kanunlar da özel kanunlara örnek verilebilir.<sup>85</sup>

Anayasa'nın 90. maddesinin 5. fıkrasına göre, usulüne uygun şekilde yürürlüğe konulmuş milletler arası anlaşmalar da kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulamaz.<sup>86</sup>

**3. Kanun Hükmünde Kararname:** Kanun hükmünde kararnameler, yasama organının yavaş işlemeden kaynaklanacak sakıncaları bertaraf etmek için Bakanlar Kurulu'nun acele hallerde kanun gücünde düzenlemeler yapabilmesi amacıyla kabul edilmiştir.<sup>87</sup> Kanun kuvvetinde olan kararnameler, yürütme organı olan Bakanlar Kurulu tarafından çıkarıldığı halde yasama organı tarafından çıkarılan yasalar düzeyinde ve gücündedir. Fakat; yürütme organı, kanun kuvvetinde kararname çıkarma yetkisini yine yasama organından almaktadır. Anayasa'nın 91. maddesine göre belirli konularda sınırlı olmak üzere TBMM'nin verdiği yetkiye dayanarak (yetki kanunu) bakanlar, kanun kuvvetinde kararnameler çıkarabilirler. Yetki kanununda, çıkarılacak kanun hükmünde kararnamenin amacı, kapsamı, ilkeleri, yetki yasasının kullanma süresi belirtilir.<sup>88</sup>

Bu kararnamelerin, gücünü ve geçerliliğini sürdürmesi için, Resmi Gazete'de yayımlandıkları gün, TBMM'nin onayına sunulmalıdır. Aksi halde yayımlandığı gün yürürlükten kalkmış sayılır. Yayımlandığı gün TBMM'nin onayına sunulan kararname, onay alırsa yayımlandığı tarihten itibaren geçerli olmak üzere kesinlik kazanır. Onaylanmama durumunda, onaylamama kararının Resmi Gazete'de yayımlandığı gün yürürlükten kalkar.<sup>89</sup> Fakat, o güne kadar, kanun hükmündeki kararnameye dayanarak yapılmış işlemler geçerli kalır. Kanun hükmünde kararnameler tümüyle yasa niteliğinde

---

<sup>85</sup> Bkz., Edis, 67; Ayan, 15.

<sup>86</sup> Bkz., *Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 1982*, Madde 90, Kocaoluk Yay., İst.-1985, s. 68-69.

<sup>87</sup> Ayan, 16.

<sup>88</sup> Bkz., *T.C. Anayasası 1982*, Madde 91, s. 69-70-71.

<sup>89</sup> Bkz., *TC. Anayasası 1982*, Madde 91, s. 71.

olmamakla birlikte, birçok yönden yasaların özelliklerini taşıdığından, hiyerarşide yasadan sonra fakat tüzükten önce gelir.<sup>90</sup>

**4. Tüzük (Nizamname):** Nizamname de denilen tüzük, bir kanuna dayanır. Dayanak kanun yoksa tüzük çıkarılamaz. Genellikle bir kanun, hangi alanda tüzük çıkarılacağını belirtir. Tüzüğü Bakanlar Kurulu çıkarır. Anayasa'nın 115. maddesine göre bir yasanın uygulanmasını göstermek ya da emrettiği işleri belirtmek üzere o yasaya bağlı olarak çıkarılır. Tüzükler yasaya aykırı olamaz ve Danıştay'ın denetiminden geçirilir. Cumhurbaşkanı tarafından imzalanarak, yasalar gibi Resmi Gazete'de yayınlanır.<sup>91</sup>

**5. Yönetmelik (Talimatname):** Anayasa'nın 124. maddesine göre, Başbakanlık, Bakanlıklar ve kamu tüzel kişileri kendi görev alanlarını ilgilendiren kanun ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarılabilir. Bu yönetmeliklerde yer alan kurallar, yazılı kurallardan olmakla birlikte kendinden önce gelen yasa ve tüzük kurallarına aykırı olmazlar. Yönetmeliklerin hepsi Resmi Gazete'de yayınlanmaz. Hangilerininin Resmi Gazete'de yayınlanacağı yasayla belirtilir.<sup>92</sup>

**6. Diğer Yazılı Hukuk Kaynakları :** Yukarıda belirtilenler dışında, Bakanlar Kurulu ve Bakanlıklarca çıkarılan Kararname, Genelge, Tebliğ, Karar gibi yazılı düzenlemelerde kurallar da yazılı hukuk kaynakları içinde yer alırlar. Ancak bunlar, yukarıda belirtilen kaynaklara nazaran genellikle daha dar kapsamdaki özel durum ve ilişkilere yöneliktir.<sup>93</sup>

## **B- Yazılı Olmayan Kaynaklar**

Yazılı olmayan hukuk, “örf ve adet”, “gelenek hukuku”, “töre hukuku”, “konulmamış hukuk”, “toplumsal yaşamın oluşturduğu hukuk” şeklinde de anlaşılır.<sup>94</sup> Bazı hukuklarda, örf ve adet hukuku ancak, asıl kaynaklarda uygulanabilecek bir hüküm bulunmaması halinde uygulama alanı bulduğundan buna “tamamlayıcı kaynak” adı da verilebilir.<sup>95</sup>

---

<sup>90</sup> Zevkliler, 17.

<sup>91</sup> Bkz., *TC. Anayasası 1982*, Madde 115, s. 93.

<sup>92</sup> *TC. Anayasası 1982*, Madde 124, s. 102.

<sup>93</sup> Bkz., Zevkliler, 18.

<sup>94</sup> Zevkliler, 19.

<sup>95</sup> Ataay, Aytekin, *Medeni Hukukun Genel Teorisi*, Fakülteler Matbaası, İst.-1971, s. 98.



Genellikle yazılı olmayan hukuk kuralları, örf ve adet hukuku şeklinde adlandırılırken, Hüseyin Hâtemi' ye göre, yazılı olmayan kaynaklar; a) Anayasa'nın iktibas ettiği veya yollama yaptığı tabii hukuk ilkeleri, b) Anayasa'nın hüküm içi boşluk bırakarak yollama yaptığı "genel ahlak" ilkeleri, c) örf ve adet hukuku şeklinde üçe ayrılır.<sup>96</sup>

Pozitif hukukun kaynaklarından biri olan örf ve adet, pozitif hukukun önemli bir bölümünü teşkil eden Medeni Hukukun da kaynaklarından biridir. Türk Medeni Kanunu'nun birinci maddesi, hukukun kaynaklarını zikrederken, kanun yanında örf ve adeti de zikretmek suretiyle ona önemli bir yer ayırmıştır.<sup>97</sup>

Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, örf ve adet hukukunun oluşumunu şöyle anlatmaktadır: "Örf ve adet hukuku, bir şahsın veya bir meclisin şuurlu ifadesiyle değil, gayri meş'ur bir şekilde kendi kendine meydana gelir. Bir cemiyette birkaç kişi arasında, mahiyetleri birbirine benzeyen hadiselerde aynı şeylere riayet etmeye başlanır; riayet olunan bu hususlar gitgide insanların ruhunda yer eden bir kaide haline gelir, zamanla bu kaidelerin tatbik çevresi genişler ve cemiyeti kaplar. Bu suretle bir gelenek, yani muayyen hadiselerle muayyen neticelere terettüp ettirilmesi ve muayyen kaidelerin tatbik olunması hususunda bir alışma meydana gelir; böylece başlangıçta şuurlu bir iradeye dayanmayan bu alışma, sonradan cemiyet fertleri arasında şuurlu bir hal alır ve bu suretle örf ve adet hukuku meydana gelir. Bu hukuk yazılı olmayıp cemiyetin ve fertlerin ruhunda, vicdanında yaşar."<sup>98</sup>

Yazılı olmayan hukuk kurallarını ihtiva eden örf ve adet hukuku, halkın içinde yaşayan ve hukuki ilişkilere devamlı olarak uygulanan bir kural "genellik" kazanır ve devletin yargı organı tarafından benimsenirse, örf ve adet hukuku kural haline gelmiş olur. Avrupa'da kanunlaştırma çağı başlamadan önce hemen hemen yalnız örf ve adet hukukları uygulanıyordu. İngiltere'de hala uygulanan hukuk budur.<sup>99</sup>

Dolayısıyla örf, beşerî hukuklarda ikinci hatta bazen birinci derecede hukuk kaynağı olabilmektedir. Roma Hukuku, Türk Hukuku'na İsviçre Medeni Hukuku yolu ile tesir etmiştir. Gerek İsviçre ve gerekse Türk hukukunda, kaynak olma yönünden örf ve adet hukukuna da yer verilmiştir.<sup>100</sup>

<sup>96</sup> Hatemi, Hüseyin, *Medeni Hukuka Giriş*, İst.- 1997, s. 36.

<sup>97</sup> Oğuzoğlu, 39.

<sup>98</sup> Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, *Türk Medeni Hukuku 1*, Sermet Mat., İst.-1968, s. 102-103.

<sup>99</sup> Tekinay, 58.

<sup>100</sup> Bkz., Şener, Mehmet, *İslam Hukukunda Örf*, Öğrenci Basımevi, İzmir-1987, s. 94-98.

Fakat hukuk sistemimize göre her örf ve adet geçerli sayılmaz. MK.'un birinci maddesinde geçen örf ve adetin pozitif hukukumuzda geçerliliği için, üç unsur aranır. Bunlar; maddi, ruhi ve hukuki unsurlardır. Maddi unsur, devamlılıktır. Yani, bir adetin geçici değil, istikrarlı ve uzun zaman aynı tarzda devam edici olmasıdır. Bir adet devamlı olmazsa, hukuk mertebesine çıkamaz ve devlet müeyyidesine layık hale gelemez. Ruhi unsur ise, umumi kanaattir. Bir adetin, örf ve adet hukuku teşkil edebilmesi için ayrıca içtimai vicdanın kanaati hasıl olmuş bulunmalıdır. Yani, fertlerde buna mutlak suretle riayetin gerekli olduğuna dair bir iç inanın doğmuş olması gerekir. Hukuki unsur ise müeyyidedir. Bir kaidenin örf ve adet niteliğini kazanabilmesi için süreklilik ve genel inanç unsurlarının bulunmasının yanında, cemiyetin ve onun müşahhas ifadesi olan devletin bunu benimsemiş olması ve kendi müeyyidesiyle kuvvetlendirmiş olması gerekir.<sup>101</sup>

Mesela, düğünlerde veya sünnetlerde hediye götürmek öteden beri devamlı ve istikrarlı bir adettir. Ve cemiyet fertleri buna riayetten kendilerini vareste kılamazlar. İçimizde bu adete riayet için yerleşmiş bir duygu ve kanaat de mevcuttur. Ancak; hediye götürmeyen kimseye, devlet bir şikayet üzerine veya doğrudan doğruya müdahale ederek onu buna zorlayamaz. Bu itibarla bu adet, devlet müeyyidesinden mahrum alelade bir adettir. Görülüyor ki burada istikrar ve içtimai kanaat var ise de, müeyyide bulunmadığı için o, bir örf ve adet hukuku teşkil etmeyip, alelade bir gelenek olmaktadır. Mecellenin 36. maddesi “adet muhakkemdir”<sup>102</sup> yani hükme esas tutulur demekle ve Medeni Kanun'un birinci maddesi de “hakkında kanuni hüküm bulunmayan hallerde örf ve adete göre verileceği”ni emretmek suretiyle, örf ve adet hukukunun devlet müeyyidesine mahzar olduğunu göstermektedir.<sup>103</sup>

Örf ve adet hukuku, yöresel-yaygın, özel-genel, ticari-adi şeklinde çeşitlere ayrılmaktadır. Bu konuda teferruatlı bilgi hukuk kitaplarında mevcuttur.<sup>104</sup>

Örf ve adet hukukunun hem faydalı hem de zararlı yönleri vardır. Faydalıdır çünkü; örf ve adet, her milletin kendisine mahsus ruhunu aksettirir. Bu sebeple ilgililer tarafından kolayca saygı görür. Ayrıca örf ve adet, hukuk kaidelerini, ihtiyaçların tesiriyle yavaş yavaş ve zor kullanmaksızın geliştirmeye yarar. Böylece bir kaide,

<sup>101</sup> Bkz., Velidedeoğlu, 104-105; Ataay, 99; Akipek, 82-83.

<sup>102</sup> Bkz., Berki, Ali Himmet, *Açıklamalı Mecelle*, Madde 36, Hikmet Yay., İst.-1979, İkinci Baskı, s. 22.

<sup>103</sup> Velidedeoğlu, 104-105.

<sup>104</sup> Bkz., Edis, 104-105; Akipek, 89; İmre, 194-195; Bilge, 52.

zaman, ihtiyaçlar ve kanaatlerin tesiriyle iyice tekemmül eder. Şu halde örf ve adeti tanımamak imkansızdır. Çünkü o, tabii bir haldir. Başka açılardan da mahsurludur. Çünkü sadece örfü dikkate almak, hukukun gelişmesini inkar etmek olur. Zamanımızda ihtiyaçlar süratle halledilmek ister. Bilerek ve çabuk müdahaleleri gerektirir; halbuki örf ve adet hukukunun teşekkülü uzun zamana bağlıdır. Bu sebeple hemen hemen her hukuki meseleyi kanunla, yazılı hukukla düzenlemek bir zarurettir. Diğer bir taraftan örf ve adet hukuku müphemdir, açık ve kesin değildir. İspatı da, oldukça zordur. Halbuki, zamanımızın hukuki münasebetleri açıklık, kesinlik ister. Bu nitelikler de ancak, yazılı hukukta vardır.<sup>105</sup>

Örf ve adet hukukunun, yazılı hukuk kaideleriyle münasebeti ve onun karşısındaki durumu genel olarak zaman ve mekana göre değişiklik arz eder. Zaman bakımından ilkel toplumlarda, hukuk kurallarının daha ziyade yazılı olmayan örf ve adet kurallarından oluştuğu malumdur. İlerlemiş toplumlarda ise örf hukuku, yerini zamanla yazılı hukuk kurallarına terk etmiştir. Ne var ki her yerde hukuki tekamülün bu şekilde cereyan ettiği de söylenemez. Bu hiç olmazsa Kara Avrupa'sı Hukuk sistemini benimsemiş ülkelerde böyle olmuştur. Roma Hukuku'nda da hukuki tekamül bu seyri takip etmiştir. Anglo-Amerikan Hukuk sisteminin geçerli olduğu memleketlerde örf ve adet hukukunun önemi çok daha büyük olup, yazılı hukuk kuralları ile aynı kuvveti haizdir. Tarihçi Okulun da örf ve adet kurallarına ne kadar büyük önem verdiği bilinen bir hakikattir. Örf ve adet hukukunun kanun karşısındaki durumunun ne olacağı kanunlarla tespit edilmiş olabilir. Böyle olmadığı hallerde ise genellikle onun kanunlarla olan münasebeti üç şekilde tecelli edebilir.<sup>106</sup>

1- Tamamlayıcı Rol (Preater Legem) : Örf ve adet hukuku, kanun yanında, onda bir hüküm bulunamayınca onu tamamlamaya yarar. Örf ve adet hukukunun en önemli rolü kanun boşluklarının doldurulmasında görülür. İleride ayrıca bu konuya temas edilecektir.<sup>107</sup>

2- Açıklayıcı Rol (İnter Legem): Örf ve adet hukuku, özellikle kanun metninin müphem olan kısımlarını açıklamaya, belli bir şekilde yorumlamaya ve ona anlam vermeye yarar.<sup>108</sup>

---

<sup>105</sup> Bkz., Arık, Kemal Fikret, *Türk Medeni Hukuku1*, Balkanoğlu Mat., Ank.-1963, s. 111.

<sup>106</sup> Akipek, 83-84.

<sup>107</sup> Edis, 95-96; Arık, 114.

<sup>108</sup> Edis, 98; Arık, 114.

3- Kanunu Değiştirici Rol (Contra Legem): Örf ve adet hukuku, kanunla aynı kıymeti ve kuvveti haiz olabilir. Yani, kanunla birlikte uygulanır. Kanunla birlikte hukukun asli kaynağı olarak kabul edilir. Örf ve adet hukukuna, kanun karşısında müstakil ve onunla aynı kuvveti haiz bir hukuk kaynağı mahiyetini izafe eden hukuk sistemlerinde, kanuna muhalif bir örf ve adet hukuk kaidesinin teşekköl edebileceği ve kanunun bir hükmünü ilga edebileceğini de kabul ederler.<sup>109</sup>

Mesela, İsviçre’de anonim şirketlerinin unvanına gerçek kişilerin adı konulmayacağına dair bir kanun hükmü vardı. Zamanla anonim şirketi unvanına bir şahıs adı ilave etmek adet oldu ve kanun hükmü fiilen bertaraf edildi. Daha sonra 1936 tarihinde İsviçre BK.’da yapılan bir tadil ile bu adet kanuna alındı. Bizde de 1924 Anayasa’sında olağanüstü hallerde hükümete kanun kuvvetinde kararname çıkarma yetkisi verilmemişti. Fakat, Türk Parasını Koruma ve Milli Koruma Kanunları gibi kanunlarla Meclis bu yolda Anayasa’ya aykırı bir adet hukuku kabul etmiştir.<sup>110</sup>

Bununla beraber adet hukukunun kanunu değiştirici tesiri hususunda tartışma vardır. Oğuzoğlu bu konuda şöyle demiştir: “Hukukşinaslardan bir kısmı, tefsir ve ikmal eden örf ve adet kaidelerinin mevcut olabileceğini kabul ettikleri halde örf ve adet hukukuna ait bir kaidenin kanun hükmünü, ilga ve tadil edebileceği fikrini reddederler. Bu mesele uzun münakaşalara yol açmış olan meselelerdendir. Örf hukuku da, kanun gibi cemiyetin iradesi mahsulü olduğu için, kanun derecesinde bir kuvveti haiz bulunması, mahiyeti itibariyle kanundan farklı tutulmaması icap eder, aradaki fark örf hukukunun yazılı hukuk gibi sarih iradeye değil, zımni iradeye müstenit bulunmasından ibarettir. Kanunlar, sadece teşrii makamın sarih iradesiyle ilga edilmeyip, tatbik olunmamak suretiyle metrukiyetten mütevellit bir örf hukuku neticesinde de ortadan kalkmış olabilir. Kanunu tatbik etmek hususunda bir adet kaidesi teessüs eder. Teşrii makam tarafından sarih surette ilga edilmedikçe kanunun, meriyet mevkiinde kalacağına ve örf-adet kaidesinin yazılı hukuk kaidesini ortadan kaldıracağını ileri süren hukukşinaslara bilhassa Fransa’da çok tesadüf olunur. Bununla beraber örf ve adete, kanunu, mevcut bir hukuk kaidesini tadil ve ilga kuvvetini tanıyan, cereyan kuvvetidir ve fikrimizce bu rey kabul edilmelidir.”<sup>111</sup>

<sup>109</sup> Akipek, 84; Arık, 114; Tekinay, 60.

<sup>110</sup> Arık, 115.

<sup>111</sup> Oğuzoğlu, 45-46.

### C- Hakimin Oluşturduğu Hukuk

Hukuk kuralları, yazılı biçimde de olsa, örf ve adet hukuku niteliğinde de olsa genellikle geçmişin deneyim ve izlenimlerinden o anda mevcut şartlar ve gereksinimlerden esinlenerek çıkarılır. Bazen de, geleceğe yönelik gereksinimler hukuk kurallarının çıkarılmasında belirli ölçüde etkili olur. Fakat, geleceğe dönük olay ve koşullar her zaman eksiksiz biçimde kestirilip öngörülemez. Bu sebeple günün birinde öyle bir hukuki olay karşımıza çıkar ki, o olaya uygulanacak yazılı ya da yazısız bir hukuk kuralı bulunamaz. Fakat hukukun görevi, toplumsal hayatı düzenlemek ve ilişkilerden doğacak problemleri çözümlenektir. Bu yüzden herhangi bir olay, hakkında yazılı ya da yazısız bir kural yoktur diye çözümsüz bırakılamaz. İşte bu gibi durumlarda “hukuk boşluğu” bulunduğu zamanlar, yargıcın bizzat yasa koyucu gibi davranarak o olayı çözümlenmek üzere kural koyacağı Medeni Kanun’un birinci maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, yargıcın koyduğu hukuk, yazılı ve yazısız hukuk kuralından sonra üçüncü sırada gelir. Yani kanun ya da örf ve adet kuralı yoksa, sorun yargıcın oluşturacağı hukukla çözümlenir.<sup>112</sup>

Hukukun bu kaynağı için “içtihat hukuku” tabiri de kullanılmaktadır. Bu kaynağın diğerlerinden farkı vardır. Adet ve kanun hukukunun kesin ve temel kaynakları oldukları halde, içtihadın ancak yardımcı bir kaynak sayılması gerektiği söylenebilir. Medeni Kanun’un birinci maddesinin son fıkrası da bu görüşü desteklemektedir. Zira orada, hakimin ilmî içtihatlarla ve kazai kararlara uyacağı değil, bunlardan yararlanacağı, istifade edeceği yazılıdır. Kanunun “kazai karar” tabiriyle ifade ettiği kavram, “kazai içtihat” adı ile de anılmaktadır. Bu itibarla her ikisi “içtihat” sözcüğü içinde birleştirilebilir. Bu halde, hukuksal bir deyim olarak içtihat, bir meselenin çözümü hakkında, mahkemelerce verilen kararları veya hukuk bilginlerince belirtilen düşünceleri ifade eder. Bu tarife göre içtihatlar, yargısal (kazai) içtihatlar ve bilimsel içtihatlar olmak üzere iki kısımda incelenebilir.<sup>113</sup>

Ancak şu unutulmamalıdır ki yargısal kararlar, yargıca yol gösterici nitelikte olup hiçbir zaman Medeni Hukuk’un kaynağı değildir. Yargıç, yalnızca hukuk

---

<sup>112</sup> Akipek, 90; Zevkliler, 19-20; İmre, 198-199.

<sup>113</sup> Bilge, 109.

oluştururken değil, hukuku uygularken de bunlardan yararlanmalıdır. Fakat bunlar yargıcı bağlayıcı değil ona yol göstericidir.<sup>114</sup>

Hakime düzenleme boşluğunu doldurma yetkisini veren MK. m.1<sup>115</sup> hükmü Medeni Kanunda yer almasına rağmen genel bir hükümdür, özel hukuk hatta idare ve vergi hukukunda da uygulanır. Ancak bu esasın, kişinin hak ve hürriyetlerini korumak amacıyla kabul edilmiş üç istisnası vardır.<sup>116</sup>

a. Ceza hukuku bakımından: “Kanunun sarıh olarak suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez. Kanunda yazılı cezalardan başka bir ceza ile kimse cezalandırılmaz. Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz.”<sup>117</sup>

b. Mali yükümlülükler bakımından: “Vergi, resim, harç vb. yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir ve kaldırılır.”<sup>118</sup>

c. Yargı yetkisi bakımından: “Mahkemelerin yargı yetkisi ancak kanunla düzenlenebilir.”<sup>119</sup>

Bu sayılan istisnalar dışında hakim, davayı kural boşluğu vardır diyerek karara bağlamaktan çekinemez. Bu sebeple kural boşluğunu yani kanun ve gelenek boşluğunu doldurmak, kural koymak ve ona göre davayı sonuçlandırmakla mükelleftir.<sup>120</sup>

Pozitif hukukun kaynaklarını izah ettikten sonra, hukukun tatbiki sırasında bu kaynaklarda karşılaşılabilecek boşluklar durumunda baş vurulacak yollar konusunu anlatmamız gerekmektedir.

## **II. Kaynaklarda Kanun Boşluğu Halinde Başvurulacak Yollar**

Kanunda ve hukukta boşluk olduğu kabul edildiği takdirde, boşlukların doldurulmasında yetki problemi ve boşlukların doldurulma şekli konusu ortaya çıkmaktadır.

Genel olarak, boşlukların doldurulmasındaki yetki konusunda üç çözüm düşünülebilir. Boşlukları doldurma işini, kanun koyucu doğrudan doğruya üstlenebileceği gibi bu işin yargıca ya da başka bir organa bırakılabilmesi de

---

<sup>114</sup> Zevkliler, 64.

<sup>115</sup> Bkz., Dural/Seliçi, *Medeni Kanun*, Madde1,s. 13.

<sup>116</sup> Karayalçın, 64-65.

<sup>117</sup> Bkz., *TC. Anayasası*, Madde 38, s. 30-31.

<sup>118</sup> Bkz., *TC. Anayasası*, Madde 73, s. 55.

<sup>119</sup> Bkz., *TC. Anayasası*, Madde 37, s. 30.

<sup>120</sup> Karayalçın, 64.

mümkündür. Tarihi bakımdan her üç çözüme de rastlanabilir. Örneğin; mutlakiyetçilik devrinde kanunları tamamlama hakkı sadece kanun koyucuya tanınmakta idi. Prusya Devletleri, Genel Land Kanununda ise, bu görev özel bir komisyona bırakılmıştı. Türk Hukukunda ise boşlukları doldurma görevi yargıca verilmiştir. Medeni Kanun 1/II; 2 ve 4 hükümlerinden başka yargıcı, “hakkaniyet” e dayanarak hüküm vermekle yükümlü kılan çeşitli maddeler bulabilmek mümkündür.<sup>121</sup>

Hukukun kaynaklarının kanun, örf-adet ve hakimin oluşturduğu hukuk olduğu daha önce izah edilmişti. Bilhassa, Medeni Hukukun kaynaklar hiyerarşisinde birinci sırayı kanun, ikinci sırayı ise örf ve adet hukuku almaktaydı. Biz de bu sırayı esas alarak, öncelikle yazılı kaynaklarda daha sonra yazılı olmayan kaynaklarda boşluk bulunması halinde, boşluğun doldurulma keyfiyetini izah edelim.

### **A- Yazılı Kaynaklarda Bir Hükümün Bulunmaması**

Hakim, yazılı kaynaklarda somut olaya uygulanacak herhangi bir hüküm bulamayabilir. Anlaşmazlık konusu olay, olumlu ya da olumsuz hiç düzenlenmemişse böyle bir durumda kanun boşluğundan söz edilir.<sup>122</sup>

“Hakkında kanuni bir hüküm bulunmayan meselede hakim örf ve adete göre... hükmeder” maddesine göre demek oluyor ki, yazılı medeni hukuk kurallarının yetersiz olacağı düşüncesinden hareketle kanun koyucu, boşlukların örf ve adet kuralıyla doldurulacağı esasın benimsemiştir. Bu halde, örf ve adet hukukunu, boşlukların doldurulmasında tali bir hukuk kaynağı olarak görmektedir. Örf ve adet hukukunun bu özelliği hem kural içi hem de kural yanında boşluklarda etkisini gösterir. Örf ve adet hukuku, kanunun yollama (atıf) yapmadığı hallerde de uygulandığı için örf ve adet hukukunun uygulama alanı Türk/İsviçre Medeni Hukuklarında daha geniştir. Bununla birlikte, Türk Hukukunda İsviçre Medeni Hukukuna oranla örf ve adetin tamamlayıcı rolü sınırlıdır. Çünkü Türk Medeni Kanunu devrimci bir özelliğe sahiptir. Türk Medeni Kanunu, Türkiye’de hem Mecelleyi hem de onun ruhuna uygun adetleri ilga etmiş olduğu halde, İsviçre Medeni Kanunu bakımından kodifikasyondan önceki eski kanton hukukları “örf ve adet hukuku” niteliğinde kabul edilip uygulanır.<sup>123</sup>

---

<sup>121</sup> Özsunay, 216.

<sup>122</sup> Ayan, 55.

<sup>123</sup> Bkz., Edis, 96; Tekinay, 59.

Türk Medeni Kanununda olayın genel olarak düzenlendiği ve uygulanmayla ilgili ayrıntılarda töre hukukuna yollama yapıldığı durumlara sayısız örnekler verilebilir. Örneğin; Medeni Kanunun 318. maddesi, töre hukukuna göre, ev reisinin kim sayılacağı; 390. maddesine göre, gerektiğinde töreye göre mirasçıların miras paylarına düşecek şeylerin belirleneceği; Borçlar Kanununun 182. maddesinde, alıcı ve satıcının borçlarını ne zaman yerine getirecekleri hakkında, töre hukuku kuralı varsa ona göre uygulanacağı düzenlenmiştir.<sup>124</sup>

Medeni Hukukun genel nitelikteki düzenlemesinin ayrıntılarına ilişkin, uygulamada geçerli olacak örf hukuku kuralına örnek olarak öğretide, ortakçılık, yarıcılık, örfü belde ve Paftos ile ilgili görenekler gösterilmektedir. Örf hukukunun bu şekilde ayrıntıya ilişkin çözüm getirmesine öğretide “Töre Hukukunun Belirtici Olması” da denilmektedir.<sup>125</sup>

### **B- Yazılı Olmayan Kaynaklarda Bir Hükmün Bulunmaması**

Örf ve adet hukukuna müracaat eden hakim, burada da olaya uygulanması mümkün bir kural tespit edemeyebilir. Böyle bir durumda “hukuk boşluğu” ve “hukukta boşluk” tan söz edilir. Hukuk boşluğuyla karşılaşan hakimin nasıl hareket edeceği ise Medeni Kanunun birinci maddesinde gösterilmiştir. Söz konusu hükmün ikinci fıkrasına göre, “kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hakim örf ve adet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir.”<sup>126</sup>

### **C- Hakimin Hukuk Oluşturması**

Kanunların yorumlanmasıyla yakından ilgili olan bir konu da, hakimin pozitif hukukta bulunabilecek boşlukları doldurmak üzere hukuk oluşturmasıdır. Gerçekten, yürürlükte olan pozitif hukuk kuralları, ortaya çıkan bir sorunu çözmeye bazen yetmeyebilir. Sorunu çözecek bir kural bulunmamasına uygulamada “kanun boşluğu” denilmekte ise de “hukuk boşluğu” demek daha uygun olur. Çünkü Medeni Kanunun birinci maddesi, hakkında uygulanabilecek sadece kanun hükmü değil, aynı zamanda

---

<sup>124</sup> Zevkliler, 56.

<sup>125</sup> Bkz., Zevkliler, 86; Edis, 96; Ayan, 57.

<sup>126</sup> Ayan, 58.



gelenek kuralı da bulunmayan olaylarda, hakimin kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre hüküm vereceğini belirtmektedir.<sup>127</sup>

Kanun koyucu, Prusya Medeni Kanunu denemesinden elde edilen olumsuz sonucu da –muhtemelen- göz önünde tutarak yazılı hukuk kurallarının toplumsal hayatın türlü evrim ve oluşumlarının gerektirdiği çözümleri kapsayacak bir mükemmellikte ve güçte olmayacağı düşüncesinden hareket edip, boşlukları doldurmakla yargıcı yükümlü kılmıştır. Hukuk boşlukları iki türdür: Bunlardan biri “kural yokluğu” (Lacune Praeter Legem = kural yanında boşluk= kanun boşluğu), ikincisi de “kural içi boşluk” (Lacune İntra Legem) olarak adlandırılabilir. Kural yokluğu halinde, “yargıcın hukuk oluşturması”; kural içi boşluk halinde de, “takdir yetkisini kullanması” gerekir.<sup>128</sup>

Bu bilgiye göre hakimin hukuk oluşturmasıyla takdir yetkisini kullanması arasında fark vardır. Bu farka kısaca değinmemiz gerekmektedir.

### **1. Hakimin Hukuk Oluşturmasıyla Takdir Yetkisi Arasındaki Fark**

Boşluk doldurmayla yani hakimin hukuk oluşturmasıyla, takdir yetkisini kullanması arasında fark vardır. Bazı durumlarda kanunda olaya uygulanacak soyut bir norm, bir hukuk kuralı bulunmakla beraber, olayın önceden bilinemeyen özellikleri dolayısıyla, hakime bir değerlendirme, bir tercih yapma yetkisi tanınmaktadır. Boşluk doldurma ile takdir yetkisini ayıran nokta şurada kendisini göstermektedir. Boşluk doldurmada var olmayan soyut nitelikte bir norm, bir kural konması söz konusu olduğu halde; takdir yetkisinde mevcut olan soyut kuralın, somut olaydaki özelliklere göre değişik biçimde uygulanması durumu vardır.<sup>129</sup>

Kanun takdir yetkisi verilen hallerde hakimin, hakkaniyet ve nesafet dairesinde yani adalete uygun olarak hüküm vermesi gerektiğini belirtmektedir. Hakimin takdir hakkı açıkça tanınmış olabileceği gibi, bazen de “hal icabı, muhik sebep, gerekli tedbir” gibi ifadeler kullanılmak suretiyle zımnen de tanınmış olabilir. Hakimin hukuk

oluşturma ve takdir yetkisi yalnız Medeni Hukukta veya özel hukuk alanında değil kamu hukuku alanında da uygulanabilir. Ceza hukukunda kanunsuz suç ve ceza yok ise de, bir suç için öngörülen cezanın aşağı ve yukarı sınırları arasında hakim takdir yetkisini kullanabilir; fakat, hakimin kendiliğinden suç ve ceza oluşturması

---

<sup>127</sup> Bilge, 200.

<sup>128</sup> Edis, 63.

<sup>129</sup> Bilge, 200-201.

düşünülemez. Buna karşılık idare hukukunda hem boşluk doldurma hem de takdir yetkisinin geniş ölçüde mevcut olduğu söylenebilir.<sup>130</sup>

Hakimin hukuk oluşturma yetkisiyle, takdir hakkı arasındaki farkı Akipek şöyle anlatmaktadır: “Hakimin takdir hakkı, kanun karşısında haiz olduğu serbestinin bir neticesi olarak gözüktür. Bu hak, hakimin hukuk kaidesi oluşturma yetkisinden farklıdır. Her ne kadar bazı hukukçular takdir hakkı münasebetiyle hakimin kanunu tadil edici mahiyetteki bir hukuk oluşturma salahiyetinden bahsederlerse de bunun Medeni Kanun 4 karşısında varit olmayacağı kanaatindeyiz.

Zira hakimin hukuk kaidesi yapma salahiyetini kullanabilmesi için kanun, örf ve adet hukuku içinde önüne gelen meseleyle ilgili bir hüküm bulunmaması lazımdır. Halbuki, hakimin takdir hakkı mevzu bahis olan hallerde, hakimin önündeki hadiseye uygulanabilecek olan bir hüküm kanunda mevcuttur. Fakat bu hüküm ile sadece meseleye tatbik edilebilecek bir hal sureti, ana hatları itibariyle gösterilmiş, bundan bütün teferruatıyla neticeler çıkarılarak hukuk kaidesinin muşahhas hadiseye uydurulması yetkisi hakime bırakılmıştır. Takdir hakkı olan hallerde hakim az çok kanunla bağlıdır. Zira takdir hakkının hangi hususlarda kullanılacağını prensip olarak bizzat kanun tayin etmektedir. Yani, takdir hakkının, sahası ölçülüp işaretlenmiş, takdir yetkisinin alanı MK.1/I deki hakimin salahiyetine nazaran daha mahduttur. Örneğin, MK.’nun 142. maddesi boşanma halinde hakimin, kabahatli olan tarafın bir seneden az, iki seneden fazla olmamak üzere muayyen bir müddet geçmeden yeniden evlenmesini men edebileceğini amirdir.<sup>131</sup> Kanun burada sadece umumi bir hüküm koymuştur. Maddedeki evlenme memnuiyetine hangi hallerde karar verilmesi gerektiğini ve bu müddetin bir sene veya iki sene mi olacağını her hadisenin hususiyetlerini göz önünde tutarak takdir yetkisine binaen tayin etmeyi hakime bırakmıştır.”<sup>132</sup>

Anlaşıldığı gibi, hakimin takdir yetkisiyle, hukuk oluşturma arasında hukukçulara göre fark vardır. Konumuzun kanun boşluğu olması münasebetiyle, konuyla direk ilgili olan hakimin hukuk oluşturma ile ilgili hususları beyan etmeye devam etmemiz yerinde olacaktır.

---

<sup>130</sup> Bilge, 201.

<sup>131</sup> Bkz., Dural/Seliçi, *Medeni Kanun*, Madde 142, s. 52.

<sup>132</sup> Akipek, 137.

## **2. Hakimi Hukuk Oluşturmaya Zorlayan Sebepler**

Türk-İsviçre kanun koyucularını yargıca hukuk oluşturma yetkisi tanımaya zorlayan birçok fiili ve hukuki sebepler sayılabilir. Bu sebepler aşağıdaki gibi sıralanabilir.

### **a) Eksiksiz Kural Öngörme Yetenek ve Olanğından Yoksunluk**

Yasa koyucu, olması veya karşılaşıması muhtemel; ya da gelecekte ortaya çıkabilecek her türlü hukuki ilişkiyi veya olayı düzenleyebilecek bir mükemmellikte, eksiksiz kurallar öngörebilme yeteneğinden ve olanağından yoksundur. Kendi eserinin eksik olabileceğinin ihtiyaçlara ve zamanın isteklerine olabildiğince cevap veremeyeceğinin bilincine varmıştır. Esasen bu en eski çağlardan beri sezilen bir zorunluluktur. Nitekim Aristo da hukuk yaratma düşüncesini şöyle ifade etmektedir:

“Kanun, niteliğı bakımından ancak genel bir kural öngördüğünden özel ve istisnai durumların varlığı halinde, yani kanun koyucunun eksik düzenleme yaptığı yerlerde veya mutlak olarak kanun koyucunun yanıldığı hallerde onun susmasını gidermek, keza eğer kanun koyucu orada bulunsaydı nasıl bir hüküm verecek idiye aynen o tarzda bir hüküm vermek, başka bir değışle kanun koyucunun söz konusu öznel ve istisnai durumu bilseydi ne gibi bir kanun yapacak idiye aynen o tarzda bir kanun meydana getirmek doğru ve caiz bir hareket olur.”<sup>133</sup>

### **b) Hukuki Uyuşmazlıkların Çözülmesindeki Toplum Yararı**

Eskiden kanun koyucular, yargı içtihatlarına uzun süre kuşku ile bakmışlardır. Ancak çağdaş hukuk sistemleri, hukuk boşluklarını doldurmada yargıca hukuk oluşturma yetkisi tanımakta sakınca görmemişlerdir. Bunun sebebi, hukuki ilişkilerden doğan uyuşmazlıkların hukuk düzenince toplum yararına mutlaka çözüme bağlanmasının gerekli oluşudur. Bu sebeple kanun, tamamlanmaksızın hukuki ilişkiyi çözüme bağlamıyorsa yargıca bu imkan verilmelidir.<sup>134</sup>

### **c) Hukukun Evrimi Bakımından Yararı**

Yargıca bu yetkinin tanınmasının bir sebebi olarak, hukukun gelişmesini sağlamadaki yarar da zikredilebilir. Hukukta yasama yolu ile düzenleme yapılınca kadar kişiler arasında belirecek yeni ilişkilerde gözlenebilen evrimlere ve oluşumlara bu yöntemle çözüm bulunur. Yeni ihtiyaçlara zaman geçirilmeksizin bir cevap verilmiş olur. Bu da, yargıcın bulduğu çözümlerle kanun koyucuya yol göstermesine ve yasa

<sup>133</sup> Edis, 110.

<sup>134</sup> Edis, 110-111.

koyucunun da yargıcın bulduğu çözümleri benimseyip kanun haline dönüştürülmesine imkan sağlar.<sup>135</sup>

#### **d) Hukuki Sebepler:**

Yargıca hukuk oluşturma yetkisi tanınması zorunluluğu, yukarıda sayılan yalnız fiilî sebepler değil; aynı zamanda Türk hukuku açısından bazı hukuki sebeplere de dayanır.

Türk hukukunda yargıcın hukuk oluşturma bir anayasa emri niteliğindedir. Anayasa'nın 36. maddesinde kişilere "Hak Arama Hürriyeti" tanınmıştır.<sup>136</sup> Buna göre, "Herkes meşru bütün vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak, iddia ve savunma hakkına sahiptir." Anayasa'da öngörülen bu hürriyetin gerçekleşebilmesi için kanunda bir çözüm öngörülmediği gerekçesiyle yargıcın davaya bakmaktan ve uyuşmazlığı uygun bir çözüme bağlamaktan kaçınmaması gerekmektedir. Nitekim bu özellik göz önünde tutularak, Anayasa'da hak arama hürriyeti "Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınmaz"<sup>137</sup> kuralı ile pekiştirilmiştir. Bu duruma göre, yargıca gerektiğinde belirli şartlarda hukuk oluşturma yetkisinin tanınması hukuki bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır. Bunlardan anlaşılacağı üzere hukuk oluşturma yetkisi "kuvvetler ayrılığı" ilkesine de aykırı değildir<sup>138</sup>.

Dolayısıyla yargıcın hukuk oluşturma olaya uygulanacak bir yasa ya da töre hukuku kuralı bulunmaması durumunda bir bakıma zorunluluktur. Bu zorunluluk hukukta boşluk bırakılmaması ve her türlü anlaşmazlığın çözümlenmeden bırakılmaması gerektiği temel düşüncesine dayanmaktadır. Hem Anayasa'nın 36. maddesinde hem de yargılama hukukunun temel yasası sayılan Hukuk Mahkemeleri Usulü Kanunu ve Ceza Kanununda bu düzenlenmiştir. Bu yasalarda yer alan ve "ihkak-ı haktan istinkaf yasağı" (hakkı tanınmasından kaçınma yasağı) denilen ilke gereğince yargıç, önüne gelen davaya bakmak ve ona şu ya da bu şekilde bir çözüm bulmak zorundadır.<sup>139</sup>

---

<sup>135</sup> Edis, 111.

<sup>136</sup> Bkz., *T.C. Anayasası 1982*, Madde 36, s. 30.

<sup>137</sup> Bkz., *T.C. Anayasası 1982*, Madde 36, s. 30.

<sup>138</sup> Edis, 111.

<sup>139</sup> Zevkliler, 60.

### 3. Hakimin Hukuk Oluştururken Gözeteceği İlkeler

Yazılı hukukta veya örf-adet hukukunda boşluk olup olmadığını, yargıç yorum yoluyla tespit edecektir. Olaya uygulanabilecek yazılı bir hukuk kuralının ya da örf ve adet hukuku kuralının bulunmadığı sonucuna varılırsa, bu takdirde yargıç, hukuk oluşturma ödevini yerine getirecektir. Bunun için MK. madde 1 uyarınca “*kendisi vâzı-ı kanun olsaydı nasıl bir kaide vazedecek idiyse ona göre*” hükmedecektir. Buna göre, kanun koyucu, yargıca, hukuku oluştururken gözeteceği ilkelerden yalnız birine işaret etmiştir. Bu da “kanun koyucu gibi hareket etme ilkesidir.” Bununla birlikte, yargıcın gözeteceği ilkeler sadece bundan ibaret değildir. Öte yandan hukuk oluşturmada yargıcın bazı yöntemlerden kaçınması gerektiği de yine MK. Madde 1’deki ifadeden anlaşılmaktadır. Dolayısıyla yargıcın hukuk oluştururken gözeteceği ilkeler ve kaçınması gereken yöntemler vardır.<sup>140</sup>

Bu ilke ve yöntemleri bazı maddeler halinde izah edelim:

#### a) Kanun Koyucu Gibi Hareket Etme İlkesi

Hakim, hukuk kuralını öngörürken kendini kanun koyucunun yerine koyup o açıdan elverişli bir çözümü kapsayan bir kural bulmaya çalışmalıdır. Böyle hareket etme ilkesi, hakimin kanun koyucunun kural öngörürken dikkat etmesi gereken hususlara aynı titizlikle uymasıyla mümkündür. “Kanun koyma” aslında sanıldığından çok daha bir “sanat”tır.<sup>141</sup>

Bir hukuk kuralı koymadan önce yargıcın yapacağı ilk iş, menfaatler durumunu ortaya koymaktır. Menfaatler durumunu bulup çıkarmak, yargıcı, hayatın gerçekleriyle karşı karşıya getirir. Ancak menfaatler durumu tespit edilirken, yargıcın önündeki somut olayla (davacı ve davalı ile) ilgili menfaatleri değil, soyut ve genel olarak, böyle bir duruma ilişkin menfaatleri göz önüne almalıdır. Yani soyutluk ve genellik ilkelerini gözetmelidir.<sup>142</sup>

Soyutluk ve genellik ilkesinin bir gereği olarak da kendi sevgi, tutku, antipati gibi kişisel duyguları ile felsefi ve dinî inançlarının yahut kişisel eğilimlerinin etkisinden sıyrılarak bir kural bulmalıdır.<sup>143</sup>

<sup>140</sup> Edis, 126-127; Özsunay, 216. Karayalçın, 65.

<sup>141</sup> Edis, 127.

<sup>142</sup> Özsunay, 217; Edis, 127.

<sup>143</sup> Edis, 128.

Menfaatler durumunun tespiti, bir ön çalışmadır. Yargıcın asıl görevi ise, bu menfaatlerin tartılması ve değerlendirilmesidir. Zira bütün hukuk kuralları, değer hükümlerine dayanır. Bu değerlendirmeyi yaparken hakim iyi bir kanun koyucu gibi davranarak başlıca iki ölçüde hareket etmelidir: Sosyolojik ölçü ve ahlaki (etik) ölçü. Yargıcın, kural koyarken, hem sosyolojik olaylara; hem de doğru hukukun normatif ilkelerine dayanması zorunludur. O halde yargıç, hukuk oluştururken adaleti gerçekleştirmeli, halkın düşüncesinde yaşayan değer hükümlerini bulup araştırmalıdır. Hukuk kurallarını öngörürken, toplumun ahlak kurallarını sarsmamaya dikkat etmek gerekir. Karşılıklı çıkarların tespiti ve değerlendirilmesi, kanun koyucu gibi hareket etme ilkesi ile hareket etmek demektir.<sup>144</sup>

Toplum çıkarları ile ferdi çıkarlar arasında âdil bir denge kurması gereken hakim, ortaya koyacağı kuralda hukuki güvenliği de gözetmelidir. Yani koyduğu kural, aynı veya benzer nitelikte olan bütün olayları ve olaylar topluluğunu kapsamaya elverişli olmalıdır.<sup>145</sup> Gerçi münferit olaylarda, yargıcın benimsediği çözümün, daha sonraki uygulamalarda da kesin olarak kabulü gereken bir çözüm olmadığı bir gerçektir. Bununla birlikte, yargıcın daha önceki çözümüyle bağlı olmaması, kural oluştururken, benzer olaylarda da uygulanabilme ölçüsüne uygunluk ilkesini değersiz kılmaz. Nitekim, yargıç tarafından konulan kural, ileride doğacak aynı özellikleri taşıyan olayları da kapsayacak olursa, benzer olaylarda aynı kararın verilmesi sonucunu doğurur. Böylelikle mantığın olduğu kadar adaletin de buyruğu yerine gelmiş olur. Benzer olaylarda uygulanabilirlik ilkesi hukuki güvenliği sağlar. Hukuki güvenlik, tek anlama gelen, önceden öngörülebilir çözümleri gerektirir.<sup>146</sup>

### **b) Hukuk Düzeniyle Bütünleşme İlkesi**

Menfaatlerin tartılmasında, boşluk dolduran yargıç, kanun koyucuya oranla daha az bağımsızdır. Kanun koyucu, kanun hukukunu oluştururken tamamen serbest olduğu halde, hakim mevcut hukuk düzeniyle geniş ölçüde bağlıdır. Tüm pozitif hukuk düzeni, kural koymaya çalışan hakim için sadece bir sınır çizmekle kalmaz, ayrıca onun hukuk oluşturmasında, “yön gösterici” bir etken rolü de üstlenir. Bu bakımdan yargıç, hukuk

---

<sup>144</sup> Özsunay, 217-218; Edis, 128.

<sup>145</sup> İmre, 203.

<sup>146</sup> Edis, 129.

oluştururken, yürürlükteki hukuk düzenini de göz önünde bulundurmaya mecburdur. Zira yargıç hukuku, mevcut hukuk düzenine dahil olmak zorundadır.<sup>147</sup>

Yargıç kanuna rağmen, ona aykırı olarak hüküm veremez. Kanundan bilebile ayrılmak saygısızlık olur ve yasaktır. Nitekim Anayasa'nın 138. maddesi "hakimler... Anayasa'ya, kanuna hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler."<sup>148</sup> Yargıcın hukuk oluştururken yazılı hukuk kuralları ile çelişmeme ilkesine delalet etmektedir.

Boşlukları doldururken yargıcın kaçınması gereken yollar vardır. Bu yollar, hukuk kitaplarında ayrıntılı olarak anlatılmakla<sup>149</sup> beraber biz bir maddede değerlendirmekle yetindik.

### **c) Bazı Elverişsiz Yöntemlerden Kaçınma İlkesi**

Kanun koyucu, hakime hukuk oluşturma yetkisi ve ödevi tanırken, zımnen bazı yöntemlerden kaçınma direktifi de vermiştir. Bu yöntemler; yorum metotlarına başvurumama, olgu varsayımıcılığından kaçınma, ikinci derecede başka bir hukuk kaynağına dayanmama, kazuistik metotlardan kaçınma olarak detaylandırılmıştır.<sup>150</sup>

MK'nın birinci maddesi kanunlarda boşluk bulunmayacağı kanısını kabul etmediğinden, yargıç sırf yorum yoluyla boşlukları doldurma zorunda değildir. Türk hukukuna göre, bir boşlukla karşılaşan yargıç tıpkı kanun koyucu gibi hareket ederek, kural koyma suretiyle bu boşluğu gidermekle mükelleftir. O halde boşlukların doldurulmasında yargıç, kavramlardan ve kanunun sisteminden üst kavramlar inşa etmeye (yapıcı metot ya da kavram içtihatçılığı) mecbur olmadığı gibi; kanun koyucunun muhtemel iradesini aramaya ( tarihi metot) ya da çözümlenmesi gereken somut olaya bir kanun hükmünün varlık sebebinden (teolojik metot) çözüm bulmaya da mecbur değildir.<sup>151</sup>

Yine, kanundaki bir boşluğun gerçekte var olmayan bir olguyu varsayarak doldurma yöntemi cazip gelebilir. Kavram içtihatçılığıyla birlikte başvuru bu olgu varsayımıcılığı bugün yargıcın hukuku oluşturmasında hoş görülmemeyen bir yöntemdir. Zira, MK madde 1 deki sınırlar içinde hukukun serbestçe araştırılıp bulunması ile olgu varsayımıcılığı bağdaşmaz. Bu yöntem, medeni kanunlarında, kanun boşluğu açıkça

<sup>147</sup> Özsunay, 219.

<sup>148</sup> *T.C. Anayasası 1982*, Madde 138, s. 117.

<sup>149</sup> Bkz., Özsunay, 219-224; Edis, 130-133.

<sup>150</sup> Edis, 130; Özsunay, 219.

<sup>151</sup> Özsunay, 220.

tanınmamış olan hukuk sistemlerinde bir çare olarak kabul edilebilir. Oysa Türk Medeni Kanununda yargıca, olgu varsayımıcılığında olduğunun tersine somut bir duruma ilişkin belli bir çözüm getirecek yerde, genel ve soyut bir kural öngörme yetki ve ödevini, tanımıştır. Bu pratik mülahazalara da uygundur.<sup>152</sup>

Yukarıda yargıcın kanun koyucu gibi hareket ederken, soyut ve genel kural öngörmesi gerektiğinden bahsedilmişti. Kazuistik metot, bunun tersidir. Kazuistik metot yalnız somut belirli durumlar için çözüm getirir. Bu çözümler ya “hakkaniyet içtihatçılığı” esasına ya da “duygulara dayanan içtihatçılık” esasına dayanmak suretiyle bulunur. Birinci halde, akla dayanılır. İkinci halde ise, duygusal nedenlerle hareket edilir. Bu ince farka rağmen, her ikisinde de yargıç, ortak bir özellik olarak, yalnız belirli bir somut olay için çözüm bulmaya çalışır. Böylece yargıç, kendi kişisel duygusuna göre hareket etmek zorunda kalmaktadır. Her ikisi de kazuistik birer yöntem olduğundan Türk- İsviçre hukuk sistemlerinde reddedilmiştir. Zira duygulara dayanan içtihatçılık, keyfiliğe müncer olmakta; buna karşılık hakkaniyete göre hukukta boşluk doldurma, belli bir somut durum için hakkaniyete uygun çözüm bulma anlamına geldiğinden, hukuku oluştururken genel ve soyut bir hukuk kuralı bulmakla yükümlü olan yargıcın işleviyle bağdaşmamaktadır.<sup>153</sup>

Ayrıca Türk- İsviçre hukuk sistemlerinde, müşterek hukuk, tabii hukuk veya hukukun genel ilkeleri, hukukun birer kaynağı olarak kabul edilmemiştir. MK madde 1/II bilimsel içtihatlarla yargı içtihatlarını bile hukukun uygulanmasında kaynak olarak değil, araç olarak kabul etmiştir. Şu halde, yargıç bir zamanlar ve bazı hukuk sistemlerinde örf ve adetin yanında üçüncü bir hukuk kaynağı olarak kabul edilen müşterek hukuku, tabii hukuku veya hukukun genel ilkelerini çözüm bulmada yalnız araç olarak kullanacaktır. Yoksa onu üçüncü bir hukuk kaynağı olarak başvurulacak nitelikte kabul etmemelidir. Şu halde bu görevi yerine getirirken bunlardan yararlanabilir; fakat bunlara sıkı sıkıya bağlı değildir.<sup>154</sup>

#### **4. Hakimin Boşluk Doldurma Biçimleri**

Hukuk oluşturma ödevini yerine getirecek olan yargıç, hangi biçimi seçmelidir. Bu konuyu daha önce yapılan açıklamaları da göz önünde tutarak üç kısımda inceleyebiliriz.

---

<sup>152</sup> Edis, 131- 132.

<sup>153</sup> Bkz., Edis 132; Özsunay, 223.

<sup>154</sup> Edis, 132-133.



### a) Kıyasa Başvurma Yoluyla Boşluk Doldurma

Bir olay hakkında, yasada mevcut olan bir hükmün ya da bir hüküm içinde yer alan bir ilkenin, hakkında hüküm bulunmayan benzer bir olaya uygulanmasına kıyas, başka bir ifadeyle örneksime denir.<sup>155</sup>

Hakim, kanundaki boşluğu, kanunun sınırları içinde, kıyas yoluyla doldurabilir. Kanun boşluğuyla karşılaşan hakim, bunun benzeri haller için konulmuş bir kural bulunup bulunmadığına bakacaktır. Böyle bir kural varsa, bunun eldeki meseleye uygulanması yoluna gidilebilir. Buna kıyas yoluyla uygulama denir.<sup>156</sup>

Kanunun kıyasen tatbiki için, her iki davranış ve münasebetin az çok birbirine benzer mahiyetteki menfaat ihtilaflarına vücut vermiş olması kâfidir. Böyle bir vaziyette kanundaki hukuk kaidesi, işin mahiyeti itibariyle aynı menfaat ihtilafını halletmekte ve bundan dolayı bu hadisedeki menfaat ihtilafı içinde maslahata uygun bir hal sureti temin edilebilmektedir.<sup>157</sup> Kıyasa başvurma yoluyla boşluk doldurmaya bir çok örnek verilebilir: Cenaze giderleri hakkındaki boşluğun nafakaya ilişkin kanundaki kuralların uygulanması suretiyle doldurulması; evlilik birliğinin sıyaneti hakkında tedbirlerin alınması davasında yetkili mahkemenin gösterilmemiş olmasından doğan boşluğun boşanma davasında yetkili mahkemeyi gösteren kuralın uygulanması suretiyle doldurulması;<sup>158</sup> mirasın paylaşılmasında ad çekme (kura) yöntemine başvurulacağı yolundaki kuralın (MK madde 590), müşterek mülkiyette paydaşların anlaşmaması hali için bir kuralın öngörülmemesinden doğan boşluğun doldurulmasında uygulanması; sürekli hukuki ilişki meydana gelen hallerde ayrıca düzenleme yapılmamış ise ve haklı sebeplere binaen sürekli ilişkiye son verileceği ön görülmemiş ise doğan hukuk boşluğunun kira hakkındaki hükümlerden (BK m. 264-286) ömür boyunca veya on yılı aşkın süreli hizmet akdi (BK m. 344) veya adi ortaklık (BK m. 535/7) gibi diğer sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler için öngörülen kurallardan yararlanarak doldurulması.<sup>159</sup>

Özel hukukta boşluk doldurmada yalnız yazılı hukuk kuralları kıyas yoluyla uygulanmaya veya boşluk doldurmaya elverişli değildir. Aynı zamanda örf ve adet hukuku kuralları da kıyas yoluyla boşluk doldurmada işe yararlar. Aynı şey, yargıcın

---

<sup>155</sup> Bkz., Zevkliler, 61.

<sup>156</sup> İmre, 203.

<sup>157</sup> Akipek, 126.

<sup>158</sup> Akipek, 126.

<sup>159</sup> Edis, 134.

oluşturduğu hukuk kuralları içinde söylenebilir. Hukuk boşluğunu doldurmak amacı ile kıyasın seçilmesi halinde, kıyas kavramı, belirli bir durum için öngörölmüş bulunan kuralın başka bir durum için haydi haydi ( = yeğlikle= evleviyetle= a fortiori) uygulanması esasını da kapsar.<sup>160</sup>

### **b) Hukukun Genel İlkeleriyle Boşluk Doldurma**

Hukukun genel prensipleriyle veya Alman hukukçusu Josef Esser'in terimi ile "hukukun temel esasları" ile, çok büyük şümulü bulunan kanun kuralları ve kuralları ve kanun dışındaki temel prensipler anlaşılır. Mahkeme içtihatları tarafından konmuş olan bu nitelikteki kurallar da buraya girer. Temel hukuki esaslar, çeşitli hukuk kurallarında veya hukuk müesseselerinde soyutluk kazanmış olan prensiplerdir. Bunlar kanun kuralının yorumunun bir unsurunu teşkil ettiği gibi, kanun boşluklarının doldurulmasında da kendilerini gösterirler. Hakim, kanun boşluklarını kanundaki genel hukuk prensipleri ile doldurabilir. Mesela Türk Ticaret Kanununun birinci maddesi, kanun boşluklarının doldurulmasında, ticari adetlerden sonra, hukukun genel esaslarına dayanılması gereğini açıklamaktadır. Buna karşılık, kanunda kural olarak bulunmayan tabii hukuk esasları ile, kanundaki boşluk doldurulamaz. Tabii hukuk, tıpkı eşyanın tabiatı gibi, hakime vazifesini yerine getirmede yardımcı olan hususlardır; fakat bunların doğrudan doğruya boşluk doldurma fonksiyonları yoktur.<sup>161</sup>

Hakimin, hukukun temel esaslarını uygulayarak kural koyması halinde, doktrinde "genel veya külli kıyas" veya "hukuki kıyas" tan söz edilmektedir. Hukukun genel prensipleri, çoğu zaman mutlak değildir; bunlarda bazı değişiklikler ve hafifletmeler yapılabilir. Şu halde, bunlar hakimi icbar etmezler; gerekiyorsa hakim bu yola başvurmaksızın, yeni bir kural koymak yoluna gidebilir.<sup>162</sup>

### **c) Doğrudan Kural Koyma Yoluyla Boşluk Doldurma**

Kıyas yoluyla veya hukukun genel ilkelerine başvurarak boşlukların doldurulması uygun görülmediği zaman hakim, önündeki olaya uygulanabilecek kuralı büsbütün orjinal nitelikte olmak üzere oluşturur. Bu halde hakim, yukarıda değinilen ilkelere bağlı olmakla beraber, kıyas yoluyla boşluk doldurmada veya hukukun genel ilkeleriyle boşluk doldurmada olduğundan daha geniş bir serbestiye sahiptir.<sup>163</sup>

---

<sup>160</sup> Edis, 134-135; Karayalçın, 67.

<sup>161</sup> İmre, 206.

<sup>162</sup> İmre, 207.

<sup>163</sup> Edis, 142.

Ancak daha önce de ifade ettiğimiz gibi yargıcın oluşturduğu hukuk kuralı, genel ve soyut, toplumun duygu ve düşüncelerine hukukun temel ilkelerine ve yasaların genel politikasına uygun nitelikte olmalıdır.<sup>164</sup> Hakimin hukuk oluştururken başta gelen yardımcıları doktrin ve mahkeme içtihatlarıdır. Hakim, Medeni Hukuk doktrini yanında diğer hukuk dallarına özellikle mukayeseli hukuk ve hukuk tarihi bilgilerine başvuracaktır.<sup>165</sup>

## **5. Hakimin Oluşturduğu Hukukun Niteliği**

### **a) Kanun Hükmü Niteliğini Taşımaması**

Hakimin oluşturduğu hukuk, hukuk kaynakları arasında yer alır. Bununla birlikte kanun hükmü niteliğini taşımaz. Çünkü, hakimin oluşturduğu hukuk ile yasama yolu ile öngörülen kurallar arasında farklar vardır: Bir defa bağlı buldukları usul farklıdır. Gerçekten kanunlar TBMM tarafından yapılabilir. Anayasa’da öngörülmuş belirli usullere uyulmaksızın oluşturulup uygulanan kuralların “kanun” olarak nitelendirilmeleri mümkün değildir. İkinci olarak, bağlayıcılık nitelikleri farklıdır. Nitekim yargıcın oluşturduğu hukukun benzer olaylarda da uygulanmasının kesinlikle yasal bir zorunluluk olmayışı onu “kanun”dan ayıran bir başka özelliktir. Üçüncü olarak geleceğe dönük olup olmama özelliği de her ikisini ayıran bir ölçü teşkil eder. Gerçekten kanun yürürlüğe girdiği andan itibaren kapsamına giren bütün hukuki ilişkiler ve olaylara geleceğe ilişkin olması sebebiyle uygulanır. Buna karşılık yargıcın oluşturduğu hukuk kuralı ilke olarak, bir olaylar bütününe değil fakat, yalnız meydana gelmiş, olmuş, bitmiş ve yargıcın önüne gelmiş bir olay ve ilişkiyi çözüme bağlar.<sup>166</sup>

### **b) Kuvvetler Ayrılığı İlkesine Aykırı Olmaması**

Anayasa’nın 138. maddesinde öngörüldüğü üzere, hakimler görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasa’ya, kanuna, hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler.<sup>167</sup> Bu hükümde yer alan “hukuka” deyimini yasama organının düzenlemediği alanlarda da yargıcın faaliyet göstermek zorunda olduğunu, bunun sonucu olarak da kural yapabilmeyen gerekirse mümkün olduğunu göstermektedir. Bu nedenle MK madde 1 uyarınca yargıcın hukuk oluşturması kuvvetler ayrılığı ilkesinin ihlali olarak telakki edilemez. Aksine o konuda kanun koyucu işini bitirmiş

<sup>164</sup> Bkz., Zevkliler, 63.

<sup>165</sup> İmre, 207.

<sup>166</sup> Bkz., Edis, 142-143; Özsunay, 233; İmre, 207; Akipek, 130.

<sup>167</sup> Bkz., *T.C. Anayasası 1982*, Madde 138, s. 117.

bulduğundan onun yaratıcı yardımcısı sıfatıyla yargıç, hükme medar olan kural ortaya koymaktadır.<sup>168</sup>

### **c) Kural Olarak Bağlayıcı Olması**

Medeni Kanun madde 1 uyarınca yargıcın oluşturduğu hukuk kuralı, kural olarak, ne kendisini ne de herhangi başka bir yargıcı bağlar. Zira yargıcın koymuş olduğu kural oluş halinde olan hukuk niteliğini taşır. Hakimin oluşturduğu hukuk kuralının bağlayıcı nitelik taşıdığı tek hal Türk hukuku bakımından, hukuk oluşturmanın içtihadi birleştirme kararına konu olmasıdır; içtihadi birleştirme kararı usulünce değiştirilinceye veya başka bir sebeple ortadan kalkıncaya kadar ilk derece mahkemesini ve üst yargı yerlerini bağlar.<sup>169</sup>

### **d) Üst Yargı Denetimine Bağlı Olması**

Yargıcın oluşturduğu hukuk kuralı için üst yargı denetimi işleyip işlemeyeceği konusu tartışılır. Bu konuda belirli ve sağlıklı bir çözüme varılabilmesi, HUMK madde 428’de öngörülen kuralın dar veya geniş yorumlanışına bağlıdır. Sözü edilen maddede, bozma sebebi olan hukuk kuralının yanlış uygulanmasına işaret edilmek üzere “kanun” deyimini kullanılmıştır. Bu deyim dar yorumlanırsa yargıcın oluşturduğu hukuk kuralı, teknik anlamda kanun niteliğini taşımadığı için üst yargı denetiminin dışında kalır. Buna karşılık kanun terimi geniş yorumlanırsa teknik anlamdaki kanunlar, diğer yazılı hukuk kuralları, örf ve adet hukuku kuralları ile yargıcın oluşturduğu hukuk da Yargıtay’ın denetimine tabi olur. Bunun üst yargı denetimine tabi olmasının kişiler bakımından olduğu kadar hukuki güvenliği sağlama bakımından da yararı vardır. Esasen uygulamada oluşturduğu hukuka Yargıtay kararlarında ve Yargıtay’ca onanmış mahkeme kararlarında rastlamak mümkündür.<sup>170</sup>

Bazı yazarlara göre ise, yargıcın oluşturduğu hukuk, üst yargı merciince “sadece kanunların (mevzuat) amacına (ruhuna) uygunluk bakımından” denetlenebilir. Zira, kanun koyucu gibi hareket etse bile, yargıç kanuna aykırı hüküm veremez. Bu bakımdan, Yargıtay. yargıç tarafından bulunan hukuku sadece bu açıdan denetlemeye mezun olup, yargıcın hukuk oluşturma yetkisine hiçbir şekilde karışamaz.<sup>171</sup>

---

<sup>168</sup> Edis, 143.

<sup>169</sup> Bkz., Özsunay, 233; Ayan, 62; Edis, 144; İmre, 207.

<sup>170</sup> Edis, 144-145.

<sup>171</sup> Özsunay, 234.

## İKİNCİ BÖLÜM

### İSLAM FIKHINDA KANUN BOŞLUĞU

Birinci bölümde, beşeri hukukta kanun boşluğu konusunu ana hatlarıyla anlatmaya çalıştık. Araştırmamızın asıl kısmı olan bu bölümde ise, beşeri hukukta karşılaşılan kanun boşluğu durumunun İslam Fıkında karşılığının mevcut olup olmadığı anlatılacaktır. Ancak bilindiği gibi beşeri hukuk ile İslam Fıkhı arasında çok fark vardır. Bu sebeple beşeri hukuktaki bir problemin İslam Fıkında tam karşılığını aramak doğru değildir. Ne var ki, beşeri hukuk ile İslam Hukuku “hukuk” ortak paydasında buluştukları için, kanun boşluğu konusunda tamamen olmasa da kısmen benzer yönlerinin bulunabileceğinin tespitine geçmeden evvel, öncelikle İslam Fıkının tarifine, özelliklerine ve kaynaklarına değineceğiz.

#### ***I. İslam Fıkıyla İlgili Genel Bilgiler***

##### **A- İslam Fıkının Tarifi**

Genel olarak hukuk, cemiyet halinde yaşayan şahısların sosyal bakımdan önemli olan davranışlarını düzenleyen müşterek hayatın huzur, sükun ve karşılıklı güven içerisinde cereyanını sağlayan emir ve yasaklardan mürekkep sosyal davranış kaidelerinin tümüdür.<sup>172</sup>

Hukuk, kaynağı itibariyle laik hukuk ve dinî hukuk sistemleri olarak ikiye ayrılabilir. Laik hukuk sistemleri, veya ilkel insan topluluklarındaki kanunlar, örf ve adetler şeklinde tedricen teşekkül ederler. Topluluğun hayatı, anlayışı ve bilgi seviyesi gelişince ve bir hakimiyet ve iktidar sahibi olunca, kanunlaştırma hareketi (codification) başlar. Bu örf ve adetlerden, insanların muamelelerinde ve münasebetlerinde, emredici bir düzen husule gelir. Böylece kanun, bu örf ve adetin yerini alır, onun hükmünü sona erdirir, uygun görmediğini ilga eder, uygun gördüğünü ise yerinde bırakır. Bu örf ve adetler, kanun hükümleri ve kanunun ruhu ve kanun koyucunun maksadı için bir işaret ve gösterge olurlar. Daha sonra hukuk gelişir, terakki eder... Laik hukuk sistemlerinin yanı sıra, beşeriyete karşı ilahi vahyi bildiren, beşeriyetin hatalı gidişinde onlara yol gösteren ve onları ıslah edip düzelten peygamberler eliyle gelmiş dinî hukuk sistemleri yer alır. İslam Hukuku da dinî hukuk sistemlerinin bir çeşidini oluşturur. İslam Hukuku

---

<sup>172</sup> Akipek, 1.

adalet, iyilik ve menfaati celb ve kötülükleri def yolundaki gayelerine uygun olarak mükellef olanların anlaması ve akılları ile bu hükümlere uygun hareket edebilmesi için, hükümlerini delil ve sebepleriyle birlikte sunmuştur.<sup>173</sup>

İslam Hukukuna, İslam ulemasınca “fıkıh” denir. Fakat fıkıh tabiri Avrupalıların hukuk kelimesine verdikleri manadan farklı bir mana ifade eder.<sup>174</sup> Fıkıh kelimesinin sözlük anlamı; anlamak, kavramak, idrak etmektir. Aynı manayı ifade eden kelimelerden fikhın farkı, buradaki anlayışın sathi değil, derinliğine olması ve söyleyenin maksadını da içine almasıdır.<sup>175</sup> İmam Azam Ebu Hanife (ö.157/767), fikhı, “kişinin leh ve aleyhindeki şeyleri bilmesidir.” diye tarif etmiştir.<sup>176</sup> Bu tarif, Kelam ve Ahlak gibi İslamî ilimleri de kapsamaktadır. Ancak disiplinlerin birbirinden ayrılması üzerine, Kelam ve Ahlak gibi ilimleri tarifin dışına çıkarmak için daha sonra tarife “amelen” kaydı eklenmiştir. Böylece kelime anlam daralmasına uğramıştır. Buna göre fıkıh; “kişinin ameli yönden menfaat ve zararına olan şeyleri bilmesidir.”<sup>177</sup>

Taftazani (ö.792/1390), fikhı, “İslam’ın pratiklerine dair içtihadî hükümler bilgisi” olarak tarif etmiştir.<sup>178</sup>

Cürcani (ö.816/1413) ise, “tafsili delillerinden içtihat yoluyla elde edilmiş İslam’ın pratikleriyle ilgili hükümler bilgisi”<sup>179</sup> olarak tarif ederken Rağıb el-İsfehani, “fıkıh, ilm-i şahitle ilm-i ğaibe ulaşmaktır.” diyerek fikhın özel bir çeşidini ifade ettiğini söylemektedir.<sup>180</sup>

Genel olarak fakihler; “İslam’ın amele taalluk eden hükümlerini tafsili delillere dayanarak bilmektir.” tarifini benimsemişlerdir.<sup>181</sup>

İslam fikhı, siyasi ve hukuki kaideleri ihtiva ettiği gibi kulların uyması gerekli dini ibadet ve merasimleri de ihtiva eder. Bütün bu konuların ilmüne “fıkıh ilmi” denir.

<sup>173</sup> Zerka, Mustafa Ahmet, *Çağdaş Yaklaşımla İslam Hukuku*, Çev.: Servet Armağan, Timaş Yay., İst-1993, s. 1/31.

<sup>174</sup> Ansay, Sabri Şakir, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, AÜİFY., 2. baskı, Ank.-1953, s. 15.

<sup>175</sup> İbni Manzur, Ebu'l-Fazl Cemaleddin Muhammed b. Mükerrrem el-İfrikri el-Mısri, *Lisan'ül-Arab*, Daru'l-Fikr, Beyrut-1994, s. 13/522.

<sup>176</sup> Molla Hüsrev, Muhammed b. Feramuz, *Mir'atu'l-Usûl Şerh-u Mirkatil-Vusul*, (İzmiri Haşiyesi'nin kenarında), Bosnevi Mat., İst.-1285, s. 1/44.

<sup>177</sup> Molla Hüsrev, *Mir'at*, 1/19.

<sup>178</sup> Taftazani, Saadettin Mesud b. Ömer, *Risaletu'l-Hudûd*, Daru'l-Kitabi'l-İslami, trs., s. 8.

<sup>179</sup> Cürcani, Ali b. Muhammed b. Ali, Seyyid Şerif, *et-Ta'rifat*, Dersaadet, İst.-trs., s. 168.

<sup>180</sup> Bkz., İsfehânî, Rağıb, *Müfredat-u Elfazil-Kuran*, Thk. Safvan Adnan Davudî, Daru'l-Kalem, Dimeşk-1997, s. 642.

<sup>181</sup> Bkz. İbni Kudame, Ebu Muhammed Muvaffakuddin Abdullah b. Ahmet el-Makdisi, *Ravdatu'n-Nazir ve Cünnetü'l-Munazır*, (Nuzhetu'l-Hatır el-Atır ile birlikte), Daru'l-Fikri'l-Arabi, trs., s. 1/18-19; Molla Hüsrev, *Mir'at*, 1/19; Şevkani, Muhammed b. Ali, *İrşadu'l-Fuhul İla Tahkiki'l-Hak min ilmi'l-Usûl*, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut-1994, s. 5.

“İslam Hukuku” mefhumu, garp müsteşriklerinin bütün Müslüman milletlere şamil olmak üzere kullandıkları bir tabir olup, Müslüman milletlerin hukuk tarihlerinde görülen tekamüle uymamaktadır. Sonradan ortaya çıkarılan ve kullanılan İslam Hukuku terimi fikhın ibadat, muamelat ve ukubat bahislerinden yalnız son ikisini alır ve onunla meşgul olur.<sup>182</sup>

Böyle olmakla beraber, biz “İslam Hukuku” terimini kullandığımızda geniş anlamda, yani fıkıh kelimesinin yerinde kullanacağız.

Zerka; İslam Hukuku'nun iki ayrı manası olduğunu söylemiştir. “Birincisi, tatbikî şer’î hükümleri delilleriyle birlikte bilmektir. Yani, insanın bu hükümleri delillerinden istifade ederek bilmesidir. Hükümlerden maksat, kanun koyucunun insan için koyduğu, insanların sosyal hayatını ve hayat içinde birbirleriyle olan münasebetlerini düzenleyen tatbikî emir ve müesseselerdir. Mesela, gasbettiği malın telef olması halinde ondan mesul olması, gasp edenin durumu gibi. İkinci anlamı ise; şer’î hükümleri bilmeye denir. Bu esasa göre, İslam Hukuku İslam’daki şer’î ve tatbikî hükümlerin bütünü şeklinde tarif edilir.”<sup>183</sup>

Nitekim, Mecelle’de, fıkıh ilmi, mesail-i şer’iyye-i ameliyeyi bilmektir, şeklinde tarif edilmektedir. Mesail-i fikhiyye, ya emri ahirete taalluk taalluk eder ki, ahkâmı ibadattır. Veyahut, emri dünyaya taalluk eder ki, munakehat ve muamelat ve ukubat kısımlarına taksim olunur.<sup>184</sup>

## 2- İslam Fıkının Özellikleri

İslam Fıkı da, diğer hukuk sistemleri gibi toplum hayatının en önemli müessese ve kurallarını düzenlemekle beraber onu başka sistemlerden ayıran özellikleri vardır. Bunları şöyle özetleyebiliriz.

a) İslam Fıkı, tamamıyla orijinal ve müstakil bir hukuk sistemidir. O, ne Roma Hukukunun, ne de şu veya bu hukukun uzantısı ve kopyasıdır. Fıkının kurumları itibariyle kendisine özgü ve esas bakımından öteki hukuklardan farklı oluşu, buna tanıklık etmektedir. Aralarındaki benzerlikler ise, toplumların içinde buldukları icap ve şartların bir sonucudur. Özellikle içtihadı dayanan hususlardaki benzerlikler, beşerî

---

<sup>182</sup> Şafak, Ali, *İslam Hukukunun Tedvini*, Atatürk Üniv. Basımevi, Erzurum-1978, s. 2.

<sup>183</sup> Zerka, 52-53.

<sup>184</sup> Berki, Mecelle, madde 1, s. 17.

ortak iz'an ve aklın, ayrı zaman ve ayrı ülkelerde aynı kuralları bulup, aynı hüküm ve sonuçlara ulaşmasından ileri gelmektedir.<sup>185</sup>

b) İslam Fıkhı, din-dünya ayrımı yapmaz. Laikliğin de ötesinde din ve inanç hürriyeti tanır. Egemenliği ikiye ayırır: Emredici egemenlik ve uygulama egemenliği. Emredici egemenlik, yasama ile ilgili çerçeve normların belirlenmesinin, temel kaynaklara bırakılması demektir. Uygulama egemenliği ise bunu uygulamanın insanlara terk edilmiş olması demektir. Emredici egemenlik Allah'a ait olarak benimsenmiştir. Oysa icma-kıyas-örf-adet gibi kaynaklara verilen önemle uygulama egemenliği de insanlara tanınmıştır.<sup>186</sup>

c) İslam Hukukunun kendisi gibi sistemi de orijinaldir. Nev'i şahsına munhasır bir yapıya sahiptir. Çünkü İslam Hukuku en son ve en şamil dinî bir hukuktur. İki ana kaynağı Kuran-ı Kerim ve Rasulullah'ın sünnetidir. Diğer kaynakları bu ikisine tabidir. Diğer sistemlerde teşrî salahiyeti Anayasa'nın tayin ettiği bir heyete ait olduğu halde İslam Hukukunda bu salahiyet Allah'a aittir. Hakim ve Şâri' yani kanun koyucu Allah'tır. Allah'ın koyduğu kanunu vahiy kaynağından keşfetme ve yorumlama salahiyeti taht, seçim veya tayin ile değil, ilim ve ehliyet ile elde edilir. Bu ilim ve ehliyet sahiplerine "müçtehit" denir. Müçtehitlerin formülleştirdiği hükümleri kanunlaştırmak ise ulu'l-emr olan devlet başkanı ve şûrâsının vazifeleri cümlesindedir. Müçtehit olmayan devlet başkanı, İslamî içtihatlarla aykırı kanun vazedemez. Ayrıca hiçbir kanun ve içtihat; Kitap, Sünnet ve icmaya aykırı olamaz.<sup>187</sup>

d) Halihazır ve günlük problemleri bir nizama bağlamakla iktifa etmeyen İslam Hukuku ıslahatçı ve inkılapçıdır. Yani toplumu bazı noktalarda değiştirmek, muayyen bir plana göre yeniden şekillendirmek ister.<sup>188</sup>

e) İslam Hukuku, vicdanları terbiye ederek onları iyiliği sevmeye ve kötülükten kaçınmaya sevk eder. Bundan dolayı, her fiil için dünyevi ve uhrevi olmak üzere iki karşılık koymuştur. Dünyada yaptığının karşılığını görmeyen veya eksik görenin ahirette eksiksiz bir adalet ile cezalanacağı bilincini yerleştirmiştir. Yalnız kötü ve suç sayılan fiilleri cezalandırmakla kalmamış, iyi fiil ve davranışlara karşılık olarak manevi mükafat koymuştur.<sup>189</sup>

<sup>185</sup> Şener, Abdülkadir, *İslam Hukuku Dersleri 1*, Dokuz Eylül Üniv. Yay., İzmir-1992, s. 28.

<sup>186</sup> Fendoğlu, 60.

<sup>187</sup> Bkz., Karaman, Hayrettin, *Mukayeseli İslam Hukuku*, İz Yay., İst- 1999, 1/21,32-33.

<sup>188</sup> Karaman, 1/32.

<sup>189</sup> Karaman, 1/31.



f) İslam Hukuku bugüne kadar hukuk sistemleri tarihinde bilinen en büyük ve en geniş hukuk sistemidir. Ve onun içinde bir çok hukuk mezhepleri ortaya çıkmıştır. Bunların en meşhurları bugüne kadar yaşayan dört mezheptir: Hanefi, Şafii, Maliki ve Hanbeli mezhebi. Bu mezhepler arasındaki görüş ayrılıkları dinî bir ihtilaf olmayıp, hukuki- kazai bir ihtilafıdır. Ve bunlardan İslam Hukuku teorisinde bir hukuk zenginliği ortaya çıkmıştır.<sup>190</sup>

Bu özellikleri sayesinde İslam Hukuku, bin yıldan fazla bir zaman İslam aleminde kısmen veya kül halinde tatbik edilmiştir. Son asırlarda zamanın ihtiyaçlarına cevap vermemesi şeklinde bir iddianın ortaya atılmasını mazur gösteren sebep bu hukukun kendisi değil, içtihat hareketlerinin duraklaması ile mezhep taassubu olmuştur.<sup>191</sup>

### **C- İslam Fıkhı İle Beşeri Hukuk Sistemleri Arasındaki Temel Farklar**

İslam Ceza Hukuku ile Beşeri hukuk arasında bir mukayese yapan Abdülkadir Udeh; İslam Hukuku ile diğer hukuk sistemleri arasındaki farkları şu üç açıdan değerlendirmiştir. Bunlar: Tamlık, yücelik, süreklilik ve devamlılıktır. Yazar bu hususları ayrıntılı bir şekilde izah etmekle beraber biz bu bilgileri özetlemekle yetineceğiz.

a) Kanun, insan yapısıdır. İslam Hukuku ise Allah katındandır. Kanunlar, insan yapısı olduğundan, onlarda insanların aczi, noksanlığı, konulara çare buluşlarının dar bir alanda kalışı derhal kendisini gösterir. Bunun tabii bir sonucu olarak toplumda beklenilmedik gelişmeler olageldikçe, buna ayak uydurabilmek için hukuku kaideleri de değişikliklere maruz kalır. İnsanlardan ibaret kanun koyucu, yasama organı tamlıkla vasıflanmadığı müddetçe hukuk kuralları da tam kemale ulaşamaz. O tür hukuk kuralları, olanlara temas ederse de olacaklara ve olması lazım gelenlere temas etmez; buna imkan da yoktur.<sup>192</sup>

İslam dini ve Hukukuna gelince, koyucusu Allah'tır. Onda, yaratıcının kudreti, kemeli, azameti ve kurallarının, onlarla beraber gelecekte olacakları, olması beklenenleri de düzenleyişiyle anlaşılmaktadır. Düzenleyicisi, şimdi ve gelecekte her şeyi ilmiyle kuşatmış ve her şeyden haberdar olan Allah'tır. Bu azamet sahibinin, zat ve

<sup>190</sup> Zerka, 1/36.

<sup>191</sup> Karaman, 1/32.

<sup>192</sup> Bkz., Udeh, Abdülkadir, *Mukayeseli İslam Hukuku ve Beşeri Hukuk*, (Çev. Ruhi Özcan, Ali Şafak), Rehber Yay., Ank.-1990, s. 1/27-28.

sıfatına ilişkin hususlarda hiçbir değişme yoktur. O şöyle buyurur: "... Allah'ın sözlerinde asla değişme yoktur."<sup>193</sup> Çünkü O'nun sözleri yer ve zaman değişikliği, kişi ve toplumun değişmesiyle gelişmez ve değişmez.<sup>194</sup>

Bu noktada Şah Veliyullah Dehlevi de İslam Dininin mucizevi yönüne dikkati çekerek şunları söylemiştir: "İslam Fıkhi diğer hukukların en mükemmelidir. Herhangi bir beşerin gözetmekten aciz kalacağı bütün maslahatları gözetmiştir. Bu da onun mucizevi yönünü göstermektedir."<sup>195</sup>

b) Kanun, işleri düzenlemek, ihtiyaçları karşılamak için toplumun koyduğu geçici kurallardır. Bu kurallar cemiyetten sonra gelir, önce toplum sonra da sosyal düzen kuralları vardır. Bugün ancak, o kurallar cemiyetle eş seviyededir. Yarın ise, cemiyetten geri kalabilir. Oadaki gelişmelere ayak uydurmayabilir. Çünkü kanunlar, cemiyetin gelişme hızıyla orantılı bir değişiklik gösteremez. Onlar, cemiyetin geçici durumuna uyan toplumun tekamülü ve değişmesiyle değişebilen, değişmesi gereken kaidelerdir.

İslam Hukuku ise, cemiyet işlerini devamlı şekilde düzenlemek üzere Allah tarafından konulmuştur. Toplumunu sevk ve idare için konulmuş oluşuyla diğer kanunlarla birleşir. Fakat kurallarının devamlılığı, değişikliği kabul etmemesi bakımından kanunlardan ayrılır. İslam Hukuku kuralları ve hükümleri son derece esneklik ve genelliğe sahiptir. Bu İslam hukukunu diğer ilahi ve beşerî hukuk sistemlerinden ayıran en önemli bir özelliktir.<sup>196</sup>

c) Kanunu yapan ve onu örf ve tarihiyle renklendiren toplumdur. Kanunlarda temel espri, cemiyetin işlerini düzenlemek ve idare için konuluşudur. Toplumunu yönlendirmek için konulmamıştır. Bunun bir sonucu olarak kanunun, toplumun meydana getirdiği bir kısım kurallar olduğu halde; toplum, kanun yaptığı bir şey varlık olmamıştır.

Halbuki İslam dini, insanları yaptığı kanunlar gibi toplumun yapısından kaynaklanan ve onun gelişmesi ve hareketinin sonucu değil, fakat o, yarattığını tam yaratan ve yapan Allah'ındır.<sup>197</sup>

---

<sup>193</sup> Yunus Suresi, 10/64.

<sup>194</sup> Bkz., Udeh, 1/28-29

<sup>195</sup> Dehlevi, Şah Veliyullah İbni Abdirrahim, *Huccetullahi'l-Baliğa*, Daru İhyai'l-Ulum, Beyrut-1992, s. 1/37.

<sup>196</sup> Bkz., Udeh, 1/28-29.

<sup>197</sup> Bkz., Udeh, 1/30-31.

d) İslam Hukuku, ilahi ve beşeri maslahatlar ilmi olduğundan, beşeri hukukla “ilahilik” özelliği açısından ayrılır. Talmut Hukuku, Kilise Hukuku ve İslam Hukukunun ilahi kökenli olması karşısında, laik hukuklar ayrı bir kategori teşkil eder. İslam Hukuku, diğer dini hukuklar gibi, ikili (dünya-ahiret) dünya görüşüne sahiptir. Bu hukuk, insan-devlet-Allah üçgeni arasındaki ilişkileri konu aldığından, alanı, beşerî hukuka göre, daha geniştir.<sup>198</sup>

İslam Hukukunun, hukuk ilmine katkıları; dünyanın ilk yazılı Anayasası'nın niyet kavramının dünyada ilk kez devletler genel ve özel hukukunun İslam Hukuku tarafından tanzim edilmiş olmasıdır. Bugün Fransa'da ve Avrupa'daki diğer bazı ülkelerin hukuk ve iktisat fakültelerinde İslam Hukuku kürsüleri vardır.<sup>199</sup>

## **II. İslam Fıkının Kaynakları**

Beşeri hukukun kaynakları kısmında da ifade edildiği gibi hukukta kaynak denilince birkaç mana anlaşılır: Birincisi hukukun ilk çıktığı yer manasında kaynaktır. Buna “Source of Law = hukukun menbaı” denir. İkinci mana ise hukuku çıkarıcı yer manasına gelir. Kanun koyma yetkisini haiz otoriterler, teşri' organları kastedilir. Üçüncüsü de hukuki bilgileri ihtiva eden kitaplar anlamına gelir. Hukuk literatürünü, hukukun ilk zamanlardan sonuna doğru gelişen hukuki bilgileri ihtiva eden kitaplar kastedilir. Burada ise ilk mana olan İslam Hukukunun çıktığı yer menbaı kastedilir.<sup>200</sup>

İslam Fıkının özellikleri konusunda da geçtiği gibi, beşerî hukukla İslam Fıkı arasındaki en belirgin fark, kaynaklarının mahiyetinde kendini göstermektedir. Çünkü İslam Hukukunun ana kaynağı, vahye dayanmaktadır.

Aslında, İslam Hukukunun kaynakları ve bu kaynaklara dayanarak hüküm çıkarma yöntemleri konusu İslam Hukukunun metodolojisi olan usul-u fıkıh alanına girer.<sup>201</sup> İslami disiplinler arasında önemli bir yere sahip olan usul-u fıkıh, İslam'ın referans kaynaklarının tespiti ve bu kaynaklara aktivite kazandırma yöntemlerini öğreten bir metodolojidir.<sup>202</sup>

---

<sup>198</sup> Fendoğlu, 61.

<sup>199</sup> Fendoğlu, 62.

<sup>200</sup> Bkz., Şafak, Ali, *İslam Hukukunun Tedvini*, s. 11

<sup>201</sup> Bkz., Ebu Zehra, Muhammed, *İslam Hukuku Metodolojisi*, Çev. Abdülkadir Şener, Fecri Yay. 4. baskı, Ank.-1986, s. 11.

<sup>202</sup> Erdem, Mehmet, “Yeni Usul Arayışlarının Arka Planı ve Problemleri Üzerine”, **Fırat Üniv. İlahiyat Fak. Dergisi**, Elazığ-2002, s. 7/72.

Nitekim İslam Hukukunun kendine has bir usûlünün onun mümeyyiz vasıflarından olduğunu Ömer Nasuhi Bilmen şöyle ifade etmektedir. “Son zamanlarda garp alimleri, tarihlerinde, kanunlarda ve tecrübi ilimler vs.de tatbik edilmek üzere metodoloji denilen mecmuai usulü tedvin ederek ilim sahasına bir muntazam tetkik ve tenkit tariki vücuda getirmişlerdir. İslam alimleri ise bundan bin iki yüz kadar sene evvel usul-ü fıkıh ilmini tedvin etmişlerdir ki bu güzide ilim lisaniyata, rivayata, elfaz ve ibaratın havas ve mezayasına, delillerin derece-i kuvvet ve za’fına vesaireye dair en mükemmel menahic ve kavaidi cami bulunmaktadır.”<sup>203</sup>

İslam dininin, pratiğe yönelik hükümlerini tespit etmeyi konu edinen fıkıh, prensipte akıl ve nakil delillerinden hareket etmekte ve bunları kendi bakış açısına göre “şer’i deliller” başlığı altında detaylandırmaktadır. Burada hemen belirtmelidir ki; İslam Hukukunun kaynaklarından Kuran’ın dışındakilerin tamamının delilliği az veya çok tartışma konusu olmuştur. Dolayısıyla şer’i delillerin neler olduğu, etkinlik ve manevi değer itibariyle nasıl bir hiyerarşik düzene sahip olması gerektiği konusunda kendisini İslam’a nispet edenler tarafından ittifakla kabul edilen bir standart bulunmamaktadır. Ancak çoğunluk, ayrıntılarda farklı görüşlere sahip olsalar da delillerden dört tanesini prensip olarak kabul etmişlerdir. Bunlar; Kuran , sünnet, icma ve kıyastır.<sup>204</sup> Mesela, Debusî (ö.430/1039), Pezdevî (ö.482/1089) ve Serahsî (ö.483/1090) gibi usulcüler, şer’î hükümlerin asıl delillerinin Kitap, Sünnet ve icma olduğunu, kıyasın ise bu üç delile dayanarak hüküm çıkarma metodu manasında bir delil olduğunu belirtmişlerdir.<sup>205</sup> İmam Gazali (ö.505/1111) ve İbni Kudame (ö.620/1223) de şer’î hükümlerin Kitap, Sünnet, icma ve akıl delili olarak dört tane olduğunu, bu akıl delilinin de sahabi kavli, şer’u men kablena, istihsan ve istislah olduğunu belirtmişlerdir.<sup>206</sup>

İslam Hukukun kaynaklarını ifade etmek üzere, usul-ı fıkıh ilminde, “şer’i kaynaklar”, “hükümlerin asılları”, “hükümlerin delilleri” şeklinde birbirleriyle eş

---

<sup>203</sup> Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuku İslamiye ve Istilahatı Fıkhiye Kamusu*, Bilmen Basım ve Yay. İst., 1/40.

<sup>204</sup> Erdem, Mehmet, *İctihat Felsefesinin Filolojik Temelleri*, Şark Dağıtım Kitap ve Kültür Sarayı, Elazığ-2002, s. 76.

<sup>205</sup> Debusî, Ebu Zeyd Abdullah b. Ömer b. İsa, *Takvîmu’l-Edille*, Süleymaniye Kütüphanesi, Laleli numara 690, s. 6-7; Pezdevî, Fahru’l-İslam Ebu’l-Hasen Ali b. Muhammed b. Huseyn, *el-Usûl*, (Keşfu’l-Esrar’ın kenarında), Mektebetu’s-Sanayi’, 1307, s. 1/19; Serahsî, Ebu Bekir Muhammed b. Ebi Sehl, *Usûlü’l-Fıkh*, (Thk. Ebu’l-Vefa el-Efğanî), Kahraman Yay., İst.-1984, s. 1/279.

<sup>206</sup> Gazalî, Ebu Hamit Muhammed b. Muhammed b. Ahmed, *el-Mustasfa min İlmi’l-Usûl*, Bulak Emiriyye Mat., Mısır-1322, s. 1/100/245; İbni Kudame, *Ravdatu’n-Nazır*, 1/176.

anlamalı olan kavramlar kullanılmaktadır.<sup>207</sup> Kaynaklar, usul kitaplarında çeşitli kısımlara ayrılmıştır. Bu taksimler, fıkıhın kaynaklarına bakış açısına göre değişiklik arz etmektedir.<sup>208</sup> Fakat biz bu taksimlere yer vermeyip genellikle alimlerin üzerinde ittifak ettikleri delilleri asli kaynaklar başlığında ve bunun dışında kalan delilleri de fer'i kaynaklar başlığında kısaca anlatacağız.

## **A- Asli Kaynaklar**

Bilindiği gibi inananlara yol gösteren, bağlayıcı hükümler koyan, şeriat (kanun) vazeden Allah'tır. Allah'ın hükmü bize ya Kitap'ı (Kuran-ı Kerim), ya peygamberi (sünnet), ya bunlar üzerinde düşünülerek içtihat etmek (kıyas, istidlal), yahut da bunlardan birine dayalı ittifak (icma) yoluyla intikal etmektedir. Fıkıhın birinci devrinde bu kaynaklardan ilk ikisi tamamlanmış, Kuran-ı Kerim birçok hafız tarafından ezberlenmiş ve ayrıca yazılmış, sünnet kısmen yazılmış ve hafızalarda muhafaza edilmiş, diğer kaynaklar ise ya kullanılmış yahut da ileride kullanılabileceği açıklanmıştır.<sup>209</sup>

Alimlerin üzerinde ittifak ettikleri deliller; Kuran, sünnet, icma ve kıyas olmakla beraber; bir hüküm öğrenmek isteyen kimse için, bu kaynaklar içinde Kitap ilk delil, başvurulacak ilk kaynaktır. Çünkü Kuran, bütün delillerin dayanağı, kaynakların kaynağıdır. Eğer karşılaşılan meselelerin hükmünü burada bulursa, başka delile yönelmez. Burada çözümü bulamadığı takdirde, sünnetten araştırır. Mesele ile ilgili bir hüküm sünnette de bulamazsa icmayı inceler. İcmada da yoksa kıyasa başvurur. Kıyas ise zikredilen delillerin sonuncusudur.<sup>210</sup> Nitekim Müslümanlar arasında Muaz hadisi olarak şöhret bulan hadis, deliller arasındaki hiyerarşik düzeni vermektedir. Buna göre, Hz. Peygamber (sav) ile Muaz b. Cebel arasındaki diyalog şöyle cereyan etmiştir:

*\_ Sana bir problem arz olunursa neye göre hüküm vereceksin?.*

*\_ Allah'ın Kitabı'ndakine göre.*

*\_ Allah'ın Kitabı'nda yoksa?.*

*\_ Allah Rasulü'nün Sünnet'ine göre.*

<sup>207</sup> Zeydan, Abdülkerim, *Fıkıh Usulü*, Çev. Ruhi Özcan, MÜİFY., İst-1993, s. 139; Ebu Zehra, 63.

<sup>208</sup> Bkz., Zeydan, 139-140; Kaynaklarla ilgili ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. : Köksal, İsmail, *Teğayyuru'l-Ahkam Fi's-Seriatü'l-İslamiyye*, Müessesetü'r-Risale Beyrut-2000, s. 117-130

<sup>209</sup> Karaman, *İslam Hukuk Tarihi*, 59.

<sup>210</sup> Pezdevi, 1/19-20; Serahsi, *el-Usul*, 1/279; Hallaf, Abdu'l-Vehhab, *Mesadiru't-Teşri'l-İslami fi ma la Nassa fihî*, Daru'l-Kalem, Kuveyt-1972, s. 11/13; Şa'ban, Zekiyüddin, *İslam Hukuk İlminin Esasları*, Çev. İbrahim Kaki Dönmez, TDVY., Ank.2005, s. 45-46

– *Allah Rasulü'nün Sünnetinde bulamazsan ?.*

– *Hiç çekinmem kendi re'yimle hükmederim. (Muaz, naslarda doğrudan hüküm yok diye meselenin hükmünü araştırmaktan ve içtihat etmekten geri durmam demek istiyordu.)*

*Bu konuşmayı naklettikten sonra Muaz şöyle demiştir: Bunun üzerine Hz. Peygamber eliyle göğsüme vurdu ve “Allah'ın Rasulü'nün elçisini, Allah'ın ve Rasulü'nün hoşnut olduğu (cevaba) muvaffak kılan Allah'a hamd olsun.” dedi.<sup>211</sup>*

Biz de temel kaynakları bu tertibe göre tarif edelim:

**1. Kitap:** Kitaptan maksat Kuran-ı Kerim'dir.<sup>212</sup> Kuran'ın tarifinde, ilmi disiplinlerden her biri kendi sahasının perspektifinden hareket etmiş bu sebeple de birbirinden farklı tarifler ortaya çıkmıştır. Biz de Kuran'ın, hukukun kaynağı oluşunu esas alan usul-u fıkıh açısından tarifini vermekle iktifa edeceğiz.

Serahsî, Kuran'ı şöyle tarif etmektedir: “Şer'î delillerden olan Kitap, Allah'ın Rasulu (sav) ne indirilmiş Mushafların kapakları arasında yazıya geçirilmiş, meşhur yedi harf üzerine mütevatir bir nakille nakledilmiş Kuran'dır.<sup>213</sup> Pezdevî ve Gazali'nin tarifi de hemen hemen aynıdır.<sup>214</sup>

Maliki mezhebinden olan İbni Hacıp (ö.646/1249), “Şer'î delillerden olan Kitap Kuran'dır. Kuran da her bir sûresiyle mucize olmak üzere indirilmiş (ilahi) kelimedir.” şeklinde tarif etmiş ve “iki kapak arasında tevatüren nakledilen” şeklindeki tarifleri tenkit etmiştir. Ona göre bu daha sonraki bir hadisedir. Zira önce Kuran vardır. Daha sonra onun Mushaf haline gelmesi ve tevatüren nakli söz konusudur. Bu nedenle Kuran'ın tarifine onun Mushaf oluşunu dahil etmek doğru değildir.<sup>215</sup> Ancak, İbni Hacıp'ın bu tenkidi Kuran'dan hüküm çıkarma yönü ile ilgili olmadığından konumuz itibarıyla çok önemli değildir.

<sup>211</sup> Bkz., Ebu Davud, Süleyman b. Eş'as b. İsa el-Ezdi es-Sicistani, *Sünenü Ebu Davud*, Çağrı Yay., İst.-1992, Akdiye 11 (4/18); Tirmizi, Ebu İsa Muhammed b. İsa b. Sevrâ, *Sünenü't-Tirmizi*, Çağrı Yay., İst-1992, Ahkam 3 (3/616); İbni Mace, Ebu Abdullah Muhammed b. Yezid el-Kazvini, *Sünenü İbni Mace*, Çağrı Yay., İst-1992, Menasik 38 (2/989-990).

<sup>212</sup> Bkz., Pezdevî, 1/21; İbni Kudame, *Ravdatu'n-Nazır*, 1/178.

<sup>213</sup> Serahsî, *el-Usûl*, 1/279.

<sup>214</sup> Bkz., Pezdevî, 1/22; Gazali, 1/101.

<sup>215</sup> Bkz., İbni Hacıp, Ebu Amr Cemaluddin Osman b. Ömer, *Muhtasarü'l-Münteha*, Dar'ul-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut-trs., s. 2/18.

Suphi Salih'in, "Kuran, ne isim verirsen ver, Hz. Peygamber (sav)'e indirilmiş, sayfalara yazılmış ve ondan tevatür yoluyla nakledilmiş, tilavetiyle ibadet olunan mu'ciz bir kelimedir."<sup>216</sup> bu tarifi, bütün tariflerin özeti sayılacak niteliktedir.

Müslümanlar arasında Kuran'ın teşri' için birinci kaynak, herkes hakkında hatta bazen beşeriyet hakkında bir şer'î delil hüccet olduğunda ihtilaf yoktur.<sup>217</sup> Kuran'ın hüccet oluşunun delili, O'nun Allah katından oluşudur. Kuran'ın Allah katından oluşunun delili, Kuran'ın i'cazı (aciz bırakıcılığı, eşsizliği)dir. Allah katından oluşu, i'cazı ile sabit olunca, herkes tarafından Kuran'a uyulması icap eder.<sup>218</sup>

Kuran, İslam Fıkhı için en temel kaynak olup, diğer delillerin hücciyeti de Kuran'ın onayına bağlıdır. Fıkıh mezhepleri arasında vâki olan Kuran'la alakalı ihtilaflar daha çok istinbat metotlarıyla ilgilidir. Fıkıh metodolojisinde kullanılan âmm, hâs, mücmel, müsterek, vb. lafızların delaletleri hakkında Şâri' tarafından da bir beyan yoksa, ihtilaf konusu olmuştur.<sup>219</sup>

İslam Hukukunu modern yaklaşımla anlatan Zerka, Kuran'ın delilliği hususunda şöyle demektedir: "İslam hukukunda asıl olan, Kuran-ı Kerim'de dinin esasları belirtilmiş ve inanç mevzuunda tafsilatlı, ibadet ve hukuk mevzusunda ise icmali açıklamalar yer almıştır. Kuran-ı Kerim İslam Hukukunda laik hukuk sistemlerindeki Anayasa gibidir. Hz. Peygamber ve ondan sonrakiler için bir asıdır. Ve bu sebeple İslam Hukukunun kaynağıdır. Kuran, Anayasa olma özelliğinden dolayı hükümleri, özet naslarıyla açıklamış, cüz'iyata temas etmemiş ancak az bir şekilde mevzunun tafsilatını vermiştir. Çünkü bu şekilde bir tafsil onu uzatır, belağat vb. gibi Kuranî diğer gayelerin dışına çıkartır. Mesela, namaz ve zekat emri mücmel olarak bildirilmiş, bu iki dini vazifenin keyfiyeti ve miktarının tafsilatı verilmemiş, Hz. Peygamber, sözleri ve fiilleriyle tafsilatlarını belirtmiştir. Çünkü tafsilat konusunda Kuranda, Hz. Peygamberin (sav) sünnetine şu genel atıf yer almıştır: "***Peygamber size ne verirse alın, sizi neden men ederse ondan geri durun.***"<sup>220</sup> İşte bu sebeple sünnet Kuran'ın anahtarı olmuştur."<sup>221</sup>

<sup>216</sup> Suphi, Salih, *Mebahis fi Ulumi'l-Kuran*, Derseadet, İst.-trs., s. 21.

<sup>217</sup> Debusi, 8; İbni Kudame, *Ravdatu'n-Nazır*, 1/181.

<sup>218</sup> Bkz., Serahsi, *el-Usul*, 1/281-282; Zeydan, 145.

<sup>219</sup> Erdem, Mehmet, *Kuran'a Usuli Yaklaşımlar*, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, Erciyes Üniv. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri-1997, s. 25.

<sup>220</sup> Haşr, Suresi, 59/7.

<sup>221</sup> Zerka, 1/57-59.

Doğumdan ölüme, ibadetten hayat nizamına kadar çok geniş bir sahayı içine alan fıkıhın iki ana kaynağından ikincisi sünnettir.<sup>222</sup> Şimdi bu delili tarif edelim:

**2. Sünnet :** Bir fıkıh usulü terimi olarak sünnet, Hz. Peygamber (sav)'den vahye müstenit olarak sadır olan söz, fiil ve takrirlerdir.<sup>223</sup> Sünnetin farklı tarifleri, yapısı ve rivayet açısından çeşitleri vardır. Konumuz, sadece kaynakları kısaca tarif etmek olduğu için ayrıntılara girmeyeceğiz. Teferruatlı bilgi usul kitaplarında mevcuttur.<sup>224</sup>

İslam Hukukunun kaynağı olmak bakımından sünnet, derece olarak Kitap'tan sonra gelir. Sünnette Kuran'ın mücmelini beyan, anlaşılmayan noktalarını izah, mutlak olarak zikrettiğini takyit ve Kuran'da zikredilmeyen konulara çareler, çözümler vardır. O halde sünnet, bir bakımdan müstakil bir kaynaktır, çünkü Kuran'da mevcut olmayan hükümler onda yer alabilir; büyük annenin mirasçılığı gibi. Hz. Peygamber (sav)'in, müteveffanın büyük annesine, terekenin altıda birine mirasçı yaptığı sabittir. Ancak bir diğer cihetten sünnetin içinde Kuran'a bağlı manaların bulunduğu kabul edilir. Çünkü sünnette Kuran'a ait beyan ve açıklamalar yer alma özelliğine ilaveten, Kuran'da zikredilmeyen hükümlere ait olanlar da dahil, Kuran'ın genel prensip ve kaidelerinden dışarı çıkamaz. Bu sebeple sünnet, gerçekte Kuran'ın naslarına ve genel kaidelerine dayanır.<sup>225</sup>

Sünnetin Kuran karşısındaki durumunu birkaç örnekle daha izah edelim: Kuran-ı Kerim'de genel çizgileriyle anlatılan iman ve İslam konularını, namaz, oruç, hac, zekat gibi temel ibadetlerin ve benzeri hükümlerin geniş açıklamaları, Sünnet'in "açıklama" fonksiyonunun; fitır sadakası, vitir namazı, evli kişilerin zinalarının cezası, bir kadının üzerine, hala ve teyzesini almanın haram oluşu, ehli eşek etinin haram olması, ramazan orucunu kasten ve mazeretsiz bozan kimsenin yerine getireceği yüzlerce hüküm de "boşlukları doldurma" fonksiyonunun örnekleridir.<sup>226</sup>

Genel olarak, Kuran'ı anlamak için sünnet zaruridir. Onu anlama ve tatbik etmede sünnetten vazgeçilemez. Hatta onda, Kuran'ı anlamaya gerek olan bir hüküm

<sup>222</sup> Karaman, *İslam Hukuk Tarihi*, s. 65.

<sup>223</sup> Devâlibî, Muhammed *Marûf, el-Medhal ila İlm-i Usûli'l-Fıkh*, Metabi'i Dari'l-İlmi li'l -Melayin, Beyrut-1965, s. 32; Güzelhisari, Mustafa b. Muhammed, *Menâfiu'd-Dekâik Şerhi Mecâmiu'l-Hakâik*, Matbaai Amira, İst-1308, s. 191; Şa'ban, 71.

<sup>224</sup> Bkz., Serahsi, *el- Usûl*; Sem'ânî, Ebu'l-Muzaffer Mansur b. Muhammed b. Abdulcebbar, *Kavâtu'u'l-Edille fi'l- Usûl*, Thk. Mumammed Hasen İsmail, Daru'l Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut-1997, s. 1/322-396; Gazali, 1/129-173; İbni Kudame, *Ravdatu'n-Nazır*, 1/236-328; Zuhayli, Vehbe, *Usulu'l-Fıkhî'l-İslami*, Daru'l-Fikr, Dimeşk-1986, s. 1/449-455; Zeydan, 161-167; Şa'ban, 72-78; Ebu Zehra, 93-98.

<sup>225</sup> Zerka, 1/59-60.

<sup>226</sup> Bkz., Karaman, *İslam Hukuk Tarihi*, 66; Zuhayli, 1/400-464.



bulunmasa dahi ondan vazgeçilemez.<sup>227</sup> Fakat sünnetin bütün çeşitleri Kitap gibi “sübutu kesin kaynak” özelliğinde değildir. Bu açıdan sünnetin üç çeşidi bulunmaktadır. Sübutu kat’i olan “mütevâtir Sünnet”; sübutu kat’iyyete yakın olan Hanefiler’de “meşhur Sünnet”, diğerlerinde “müstefid Sünnet”; sübutu zanni olan “ahad Sünnet” adlarını almaktadır. Sünnet delalet bakımından da Kitap gibidir. Çünkü her ikisini de delaleti, bazen zanni bazen kat’i olabilmektedir. Bu halde Hz. Peygamber (sav)’e nispeti sabit ve sahih Sünnet’in, İslam Hukukunun kaynaklarından olduğu ve bunun gereğine göre amel etmenin vücûbu üzerinde bütün müçtehitler ve bilginler ittifak etmişlerdir.<sup>228</sup>

**3. İcma :** Sözlükte, bir şeyi azmetmek ve karar vermek, fikir birliği etmek anlamlarına gelen<sup>229</sup> icma, usul ıstılahında, Hz. Peygamber (sav) ümmetinden olan müçtehitlerin, Hz. Peygamber (sav)’in vefatından sonraki herhangi bir devirde, şer’i bir hüküm hakkında ittifak etmeleridir.<sup>230</sup>

Alimler, icma’ın imkanı, vukuu ve hüccet oluşu konusunda ihtilaf etmişlerdir. Bu hususlar usul kitaplarında detaylı bir şekilde anlatılmaktadır.<sup>231</sup>

Usul alimlerinin icma’ın imkanı üzerindeki ihtilafları icmaı sarîh icma ve sukuti icma diye ikiye ayırmalarına sebep olmuştur. Kaynak teşkil edip etmeme açısından her birinin kendine ait bir hükmü vardır. Herhangi bir zamanda bütün müçtehitlerin bir meselenin hükmüne dair görüşlerini tek tek açıklaması suretiyle ortaya çıkan icma anlamına gelen “sarîh (kavli) icma” bilginlerin büyük çoğunluğuna göre kesin delil teşkil eder. Ona uymak vacîp, muhalif davranmak haramdır. Hükmünde ittifak edilen o mesele içtihat ve ihtilaf konusu olmaktan çıkar. Herhangi bir meselede bir veya birkaç müçtehidin görüş belirttikten sonra bu görüşe muttali olan o devirdeki diğer müçtehitlerin açık şekilde bir katılma veya itiraz beyanında bulunmaksızın sukut etmesi anlamına gelen “sukuti icma”ın kaynaklığı konusunda ihtilaf vardır.<sup>232</sup>

İcma, fikhî hükümlerin istinbatında kuvvetli bir delildir. Ve derece bakımından Sünnet’ten sonra gelen bir kaynaktır. Hukukun bir kaynağı olmasının delili, ilim ve

<sup>227</sup> Zerka, 1/60.

<sup>228</sup> Bkz., Pezdevi, 2/679-697; Serahsi, 1/291-292; Sem’ani, 1/327-343; İsnevi, Ebu Muhammed Cemaluddin Abdurrahman b. el-Hasen el-Kureşî, *et-Temhid fi Tahrici’l-Furu’ ale’l-Usul*, Daru’l-İşaatî’l-İslamiyye, Mekke-1387, s. 133-136; İbni Kudame, *Ravdatu’n-Nazır*, 1/335-346; Şa’ban, 78-79.

<sup>229</sup> İbn-i Manzur, 8/57-58.

<sup>230</sup> Bkz., Pezdevi, 3/946-947; Sem’ani, 1/461; İbni Kudame, *Ravdatu’n-Nazır*, 1/331; Güzelhisari, 214; Molla Hüsrev, *Mir’at*, 2/51; Şa’ban, 105; Zeydan, 171.

<sup>231</sup> Bkz., Pezdevi, 3/955; Debusi, *Takvîmu’l-Edille*, 8-9; Serahsi, 1/295-298; Sem’ani, 1/461-489; Gazali, 1/173-181; Ebu Zehra, 172-177; Zeydan, 173-182; Şa’ban, 105-103.

<sup>232</sup> Bkz., İsnevi, 136; Serahsi, 1/303-310; Gazali, 1/181-197; Şa’ban, 108-112.

görüş sahibi kişilerin söz birliğinin değerine delalet eden bir çok ayet ve hadislerdir.<sup>233</sup> Cumhur, bu delillerden özellikle “*Kim kendisi için doğru yol belli olduktan sonra, Peygamber’e karşı gelir ve müminlerin yolundan başka bir yola uyarsa, onu o yönde bırakırız ve cehenneme atarız. O ne kötü bir yerdir.*”<sup>234</sup> ayetini ve Hz. Peygamber’in “*Ümmetim dalalet üzerinde birleşmez.*”<sup>235</sup> hadisini ve aynı manada birçok hadisi delil göstererek icma’nın hem imkanı hem de şer’i delil olduğunu savunmuşlardır. İcma’nın senedi hakkında ihtilaf vardır. Genellikle Kuran ve Sünnetin icma’a senet olabileceği kabul edilirken, kıyasın senet olup olmayacağı ihtilaf konusu olmuştur.<sup>236</sup>

İcma ile hükmün sübutuna bir örnek, bir kimsenin çocuğundan ve büyük babasından önce vefat etmesi halinde, büyük babanın çocuk ile birlikte o kimseye mirasçı olmasıdır. Bu takdirde, müteveffanın babası hayatta olmadığı için, büyük baba mirasta babanın yerini almaktadır ve müteveffanın oğluya birlikte mirasçı olmakta baba gibi altıda bir hisse almaktadır. Aynı şekilde istisna akdinin sıhhatinde de icma vardır.<sup>237</sup>

**4. Kıyas** : Sözlükte bir şeyi ölçmek, eşitlemek ve benzerine göre takdir etmek manalarına gelir.<sup>238</sup>

Şafii (ö.204/820) kıyası, “hakkında ayet ve hadis bulunmayan bir meselenin hükmünü, aralarındaki ortak illetten hareketle, hakkında ayet ve hadis bulunan meselenin hükmüne bağlamaktır” şeklinde tarif etmiştir.<sup>239</sup>

Serahsi (ö. 483/1090) ise kıyası, “hükmünün ne olduğunu bilmeye ihtiyaç duyduğumuz bir şeyi, hükmü nass ile sabit olan benzerine hamletmek suretiyle benzer hükme tabi olduğunu ispat etmektir.”<sup>240</sup>

Hanbeli mezhebinden olan İbni Kudame (ö.620/1223) de “fer’i, aralarındaki ortak illet sebebiyle aslın hükmüne hamletmektir” şeklinde tarif etmektedir.<sup>241</sup>

Dolayısıyla kıyas, kısaca asılla fer’ arasını hükümde cem etmeye denilmektedir. Ve dört rükünden oluşmaktadır. Bunlar; asıl (makisun aleyh), fer’(makis, müşebbeh), illet (makis ile makisun aleyh arasındaki ortak özellik), hüküm’dür.<sup>242</sup>

<sup>233</sup> Zerka, 1/60.

<sup>234</sup> Nisa Suresi, 4/115.

<sup>235</sup> İbni Mace, Fiten 8 (2/1303).

<sup>236</sup> Bkz., Serahsi, 1/301-303; Şa’ban, 121.

<sup>237</sup> Zerka, 1/61-62.

<sup>238</sup> Bkz.; İbni Manzur, 6/187; Komisyon, *el-Mucem’ul-Vasit*, Çağrı Yay., İst.-1996, s. 2/770.

<sup>239</sup> Şafii, Muhammed b. İdris, *Kitab’ul-Ümm*, Daru İhyai’t-Turasi’l-Arabi, Beyrut-2000, s. 7/85.

<sup>240</sup> Serahsi, *Usulu’l-Fıkh*, 2/143-144.

<sup>241</sup> İbni Kudame, *Ravdatu’n-Nazır*, 2/227.

Mesela, şarabın haram kılındığına dair bir nass vardır. Bu nass, Allah'ın şu sözüdür: *“Ey iman edenler! Şarap, kumar, putlara kurban kesilen sunaklar, fal okları, şeytana ait murdar işlerden başka bir şey değildir. Bunlardan geri durun ki felah bulasınız.”*<sup>243</sup> Fakihlerden bir kısmına göre şarap, sadece üzümden yapılan ve sarhoşluk veren içecektir. Şarap, hükmü hakkında nassın bulunduğu için asıldır. Hükmü, haram oluşudur. Arpa suyu veya hurma nebizi, hükmü hakkında nassın bulunmadığı fakat haramlık illetinin kendisinde bulunduğu fer'dir. İlet sarhoşluk vermektir. Her ikisi de illette müşterek oluşları sebebiyle, arpa suyu veya hurma nebizi şaraba kıyas olunur ve şarabın hükmü olan haramlık onların da hükmü olur.<sup>244</sup>

Kıyasa mecazen içtihat da denilir.<sup>245</sup> Fakat içtihat kıyastan eamdır ve iki türdür. Celi (açık) kıyas, hafî (kapalı) kıyas. Fıkıh usulü ıstılahlarında kapalı kıyas için çok kere istihsan sözü kullanılır.<sup>246</sup>

Kıyas, fıkhi hükümlerin istinbatında kitap, sünnet ve icmadan sonra dördüncü derecede yer alır. Fakat, fıkıh hükümlerinden kendisine müracaat edilme bakımından icmadan daha büyük bir tesire sahiptir. Çünkü icma meseleleri sınırlıdır ve artmaz. Müslüman alimler, genel ilmi şuraya engel olacak kadar çeşitli ülkeler dağılmışlar ve birinci asırdan sonra icma tam manasıyla gerçekleşmemiştir. Fakat kıyasta alimlerin görüşünün ittifakı şart değildir. Bilakis her müçtehit hakkında Kitap ve sünnette nass bulunmayan ve icma hasıl olmamış her hadisede kendi görüşüyle kıyas yapabilir. Bilinmektedir ki Kitap ve sünnet nasslarının sayıları mahduttur. Fakat vuku bulan ve bulması muhtemel olan hadiseler mahdut değildir. İslam Hukukunda yeni bir olay ve muameleye yer vermek başta kıyas olmak üzere içtihat yapmak dışında mümkün değildir. O halde kıyas, olaylara ait fer'i hükümlerin istinbatında fıkhi kaynakların en zenginidir.<sup>247</sup>

Kıyası delilliği akli ve nakli delillerle sabittir.<sup>248</sup> Cumhur kabul şartları farklı olmakla beraber kıyasın hücciyetinde müttefiklerdir.<sup>249</sup> Ancak onlar kıyasın bağımsız olarak hüküm ispat eden bir “delil-i müspit” değil, nassa dayanarak, onun hükmünü

<sup>242</sup> Bkz., Sem'ani, 2/133; Gazali, 2/325; İbni Kudame, *Ravdatu'n-Nazır*, 2/228; Şevkani, 348; Bilmen, 1/71-172; Zeydan, 184; Şa'ban 127; Ebu Zehra, 197; Hallaf, 25; Zuhayli, 1/605-606.

<sup>243</sup> Maide Suresi, 5/90.

<sup>244</sup> Zeydan, 184-185.

<sup>245</sup> Pezdevi, 3/987.

<sup>246</sup> Ansay, 27-28.

<sup>247</sup> Zerka, 1/62-63.

<sup>248</sup> Nesefî, Ebu'l-Berakat Abdullah b. Ahmet b. Mahmud, *el-Menar*, Derseadet, İst.-trs., s. 182.

<sup>249</sup> Bkz., Debusi *Takvimu'l-Edille*, 143; Pezdevi, 3/990; Gazali, 2/234.

ortaya çıkararak bir “delil-i muzhir” olarak telakki etmişlerdir. Bu bakımdan kıyası bir teşri’ kaynağı değil, bir içtihat sistemi olarak kabul ettiklerini söyleyebiliriz.<sup>250</sup> Nazzam, Zahiriler<sup>251</sup> ve Şiiiler<sup>252</sup> kıyasın bir hüccet olmadığı kanaatinde idirler. Kabul edenler de etmeyenler de görüşlerini desteklemek üzere birtakım deliller getirmişlerdir.<sup>253</sup>

İslam Hukukunda kıyas yapılan haller sayılamayacak kadar çoktur. Mesela, alım-satım hakkında, kira hakkında bulunan nasslardan daha fazla nass gelmiştir. Bu sebeple, İslam Hukukçuları, aynı manaya geldiği için kira hükümlerini, alım-satım akdi hükümlerine kıyas etmişlerdir. Çünkü gerçekte kira menfaatin satımıdır.<sup>254</sup>

## B- Fer’î Kaynaklar

Yukarıda sayılan dört kaynak dışında fıkhi hükümlerin ispatı için diğer şer’î dayanaklar da vardır. Bu dayanaklar hükümlerin ispatı için sahih bir dayanaktır ve muteber olduklarına dair Kuran ve Sünnet’in nasslarının delaleti vardır. Ancak bu kaynaklar, aslında dört temel kaynaktan ortaya çıkmış, onlara bağlı birer tebei kaynaktır. Ve bu sebeple birçok alim bunları, temel kaynaklara ilave yeni bir kaynak kabul etmemişler, belki onlara müracaat vasıtası kabul etmişlerdir. Delilliğinde ihtilaf olan bu kaynaklar; mesalih-i mürsele, istihsan, örf, seddi zerai, şer’u men kablena, sahabi kavli ve istishab’tır.<sup>255</sup> Bu kaynaklara da kısaca değinip teklifî hükümlere geçeceğiz.

**1. Mesalihi Mürsele (İstislah):** Mesalihi mürsele veya istislah, İslam’ın amaçlarına uygun olan, hakkında muteber veya ilga edilmiş olduğuna dair özel bir delil bulunmayan maslahatlardır. Eğer maslahatları gösteren bir delil bulunursa bu gibi maslahatlar kıyasın şumulüne girer; ilga edildiklerine dair bir tanık bulunursa onlar da batıl olup kabul edilmeleri İslam’ın amaçlarına aykırı düşer.<sup>256</sup>

<sup>250</sup> Erdem, *Kuran’a Usuli Yaklaşımlar*, 29.

<sup>251</sup> Bkz., İbni Hazm, Ebu Muhammed Ali b. Ahmet, *el- İhkam fi Usuli’l-Ahkam*, Daru’l-Kütübi’l-İlmiyye, Beyrut-trs., s. 2/515-556.

<sup>252</sup> Bkz., Muzaffer, Muhammed Rıza, *Usulu’l-Fıkh*, Müessesetü İsmailiyan, Kum-1417, s. 3/186-188.

<sup>253</sup> Bkz., Pezdevi 3/990; Debusi *Takvimu’l-Edille*, 143; Gazali, 234-240; İbni Hazm, 2/515-556; Şa’ban, 130

<sup>254</sup> Bkz., Zerka, 1/64-65; Hallaf, 23-24.

<sup>255</sup> Bkz., Gazali, 1/245; İbni Kudame, *Ravdatu’n-Nazır*, 1/400; Bilmen, 1/195-201; Zerka, 1/68; Zuhayli, 2/734; Dibulbuğa, Mustafa, *Eseru’l-Edille Muhtelef fiha (Mesadiru’t-Teşrii’t-Tebeiiyye) fi’l-Fıkhi’l-İslami*, Dara’l-İmami’l-Buhari, Dimeşk-trs., s. 24.

<sup>256</sup> Bkz., Bûtî, Muhammed Saîd Ramazân, *Davâbitu’l-Maslaha fi’s-Şer’iati’l-İslâmiyye*, Müessesetu’r-Risale, Beyrut-1992, s. 287-288; Ebu Zehra, 240; Zuhayli, 2/757; Hallaf, 88.

Mesela, Hz. Ebu Bekir (ra)'in hilafeti zamanında Hz. Ömer (ra)'in teklifi üzerine Rasulullah (sav)'ın ashabı, dağınık halde bulunan Kuran sahifelerinin bir mushafta toplanmasını icma ile kararlaştırmışlardır. Buna dair ne kitap ne de sünnette bir hüküm vardır. Bu, maslahat düşüncesi üzerine bina edilmiş bir iştir.<sup>257</sup> Ayrıca malî konularla ilgili divan teşkili, para basımı, hapishanelerin yapımı, Hz. Ömer (ra) döneminde Sevad arazilerinden haraç alınması, Hz. Osman (ra) zamanında Cuma ezanı öncesine ezan ilavesi gibi birçok örnek verilebilir.<sup>258</sup> Maslahatı mürselenin delilliğini en çok savunan İmam Malik'tir. Ancak bilginlerin büyük çoğunluğu, mesalihi mürselenin hüküm koyarken dikkate alınması gerekli olan bir temel prensip, bir şer'i delil olduğu kanaatindedirler.<sup>259</sup> Mesalihi mürsele veya istislah, nassların bıraktığı bilinçli boşlukları doldurmada kullanılan bir delil olduğu için ileride buna ayrıca temas edilecektir.

**2. İstihsan :** Fıkıh usulü istilahında, müçtehidin bir meselede, kendi kanaatince o meselenin benzerlerinde verdiği hükümden vazgeçmesini gerektiren nass, icma, zaruret, gizli kıyas, örf veya maslahat gibi bir delile dayanarak o hükmü bırakıp başka bir hüküm vermesidir Dolayısıyla istihsan ya müçtehidin özel bir delil sebebiyle genel hükümden ayrıldığı bir meseledir; ya da hakkında biri açık diğeri kapalı iki farklı kıyas imkanı bulunan ve müçtehidin kapalı kıyası daha güçlü bulduğu için açık kıyası terk ettiği bir meseledir.<sup>260</sup> Bu sebeple her kıyâsı hafî istihsan ise de her istihsan bir kıyası hafi değildir.<sup>261</sup>

Eser ile yani nass ile istihšana; selem akdi, icare ve unutmaya fiili ile orucun bekası gibi durumlar örnek verilmektedir. Mesela, oruçlu bir kimsenin yiyip içmesi orucunu bozarken, unutarak yiyip içmek orucu bozmaz. Bu, kıyasa aykırı olmakla beraber Hz. Peygamber (sav)'in **“Oruçluken unutarak yiyip içen kimse orucunu**

<sup>257</sup> Bûtî, 308-309; Şa'ban, 173.

<sup>258</sup> Hallaf, 88; Özen, Şükrü, **“İstislah”**, DİA, DİBY., İst.-2001, s. 23/384.

<sup>259</sup> Bkz., Gazali, 1/311; İbni Kudame, **Ravdatu'n-Nazır**, 1/415; Bûtî, 319-335; Dibulbuğa, 41-59; Şa'ban, 171.

<sup>260</sup> Bkz., Cassas, Ebu Bekr Ahmet b. Ali er-Râzî **el-Fusûl fi'l-Usû'l**, (Thk. Acil Casim en-Neşmi), et-Türasü'l-İslami, Kuveyt-1985, s. 4/233-234; Pezdevi, 4/1123-1125; Debusi, **Takvimu'l-Edille**, 125-126; Serahsi, 2/200; Sem'ani, 2/267-268; Gazali, 1/274; Şa'ban, 181-182. İstihsan kavramı fıkıh literatüründe usulden farklı olarak günlük yaşamdaki helal ve haramlarla ilgili genel konuları içeren, bab başlıkları içinde de kullanılmaktadır. Mesela bkz., el- Kâşânî, Alauddin Ebu Bekr b. Suud, **Bedaiu's-Sanai' fi Tertibi's-Serai'**, (Thk. Muhammed Adnan b. Yasin Derviş), Beyrut-1997, s. 4/288-317

<sup>261</sup> Bilmen, 1/174.

**tamamlasın. Zira onu Allah yedirip içirmiştir.**"<sup>262</sup> hadisi olan bu özel nassa dayanarak istihsanen orucu bozmaz.<sup>263</sup>

İslam Hukukçularından istihsanı çok kullanan İmam Malik'in, "İstihsan ilmin onda dokuzudur dediği rivayet edilir." İmam Malik ile İmam Ebu Hanife'nin fazlaca başvurduğu bir kaynaktır.<sup>264</sup> Ayrıca birçok alim istihsanı benimseyerek onu hüküm delillerinden biri saymış, Şafiiler gibi bazıları da onu reddetmiş hatta İmam Şafii'den, "İstihsanda bulunan kendiliğinden hüküm koymuştur." dediği naklolunur.<sup>265</sup>

İstihsan, hukukçuya daha çok serbest takdir imkanı veren ve teamül, sosyal şart ve imkanlara göre yapılan bir içtihattir.<sup>266</sup>

**3. Örf :** Beşeri hukukun yazılı olmayan kaynaklarında önemli bir kaynağı olan örf, İslam Fıkhiında da delil olarak kabul edilir. Örf, toplumun alışıp itiyat haline getirdiği yahut fiili olarak üzerinde yürüdüğü bir durumdur. Fakihlerce örf ve adet aynı manadadır. Örf, bazen sözlü, bazen ameli, bazen umumi veya hususi olabilir. Bütün bu kısımları sahih veya fasit olabilir.<sup>267</sup>

İbni Nuceym (ö.970/1562) "Eşbah"ta âdeti, selim tabiatçe benimsenen ve tekrar edile edile nefislerde yerleşen şeydir, şeklinde tanımlamıştır.<sup>268</sup>

Bir kavmin çoğunluğunun bir söz veya fiildeki adeti olan örf, ancak cereyan ettiği yerdeki insanlar arasında sık sık ortaya çıkan işlerde gerçekleşmelidir veya galiben olması gerekir. Yani, bu örfü kullananların çoğunluğunun ona riayet ve ona uygun hareket etmesi gereklidir. Mesela, bugün Şam bölgesinde nikah akdinde kadın için tayin edilen mehir üçte ikisi muaccel (hemen) ve üçte biri de vefat veya boşanmadan sonra verilmek üzere kabul edilir. Bu sebeple örfün teşekkülünde toplumun çoğunluğu arasında müşterek bir alışkanlığın tahakkuk etmesi gerekir. Bu ise ancak sık sık ortaya çıkması veya en azından çoğunlukla görülmesiyle mümkün olur. Aksi halde

---

<sup>262</sup> Buhari, Ebu Abdillah Muhammed b. İsmail, *Sahihu'l- Buhari*, Çağrı Yay., İst.-1992, Savm 26 (2/234).

<sup>263</sup> Bkz.,Pezdevi, 4/1125; Serahsi, 2/202; Ebu Zehra, 230; Şa'ban, 184. İstihsan bahsinin örnekleri için furu' eserlerinden olan "Mebcut"ta geniş bilgi verilmektedir. Bkz., Serahsi, *Kitabu'l-Mebcûd*, Daru'l-Marife, Beyrut-trs., s. 10/145.

<sup>264</sup> Bkz., Serahsi, 2/202-207; Ebu Zehra, 226; Zuhayli, 2/748-751.

<sup>265</sup> Bkz., Gazali, 1/274; İbni Kudame, *Ravdatu'n-Nazır*, 1/410; Zeydan, 221.

<sup>266</sup> Bkz., Şener, Abdulkadir, 87, Dönmez, İbrahim Kafi, *Kaynak Kavramı*, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, Basılmamış doktora tezi, İst.-1981, s. 299.

<sup>267</sup> Bkz., İbni Abidin, Muhammed Emin, *Mecmuatu Resaili İbni Abidin*, Thk. Seyyid Muhammed Emin, Alemu'l-Kütüb, s. 2/114-115; Zeydan, 237; Bilmen, 1/197-198; Hallaf, 145; Zuhayli, 2/828.

<sup>268</sup> İbn Nuceym, Zeynuddin İbrahim b. Muhammed el-Mısri, *el-Eşbah ve'n-Nezair*, el-Matbaatu'l-Hüseyniyetu'l-Misriyye, 1322, s. 37.

örf değil ferdi bir tasarruf olur.<sup>269</sup> Buna dayanarak İslam Hukukçuları “Adet ancak müttarid yahut galip oldukta muteber olur”<sup>270</sup> kaidelerini koymuşlardır.

İslam Hukukunda Örf adında müstakil bir eser yazan Mehmet Şener, hukuki değeri haiz olan örfün fukahanın kabulü açısından taksimini üç maddede değerlendirmektedir:

“1) Nassın herhangi bir münasebetle destekleyip kabulüne işaret ettiği örfdür ki, bütün fukaha bunu benimsemiştir. Bu bakımdan nassın desteklediği örf, ittifakla kabul edilir. Evlilikte kufuvün (denklik) aranması ve selem akdi buna misal teşkil edebilir.

2) Şari’in kesin olarak nassla haram kıldığı örfdür. Bu nevi örfün değeri olmadığı gibi kabulüne imkan da yoktur. Cemiyeti fesada götüren bu çeşit örfün silinmesine yardımcı olmak; iyilik ve takvada yardımlaşmak gibidir. Cahiliye devrinde Kabe’nin çıplak tavaf edilmesi, kadınların açık saçık gezmeleri, içki alemleri vs. gibi.

3) Kabul veya reddine dair herhangi bir nass veya ima dahi olmayan örf çeşididir. Hanefilerle Malikiler bunu benimserler ve buna hukuki değer verirler. Hatta müstakil delil kabul ederler. Hanefi, Maliki ve Hanbeli kaynaklarındaki örfe bağlı fetvaların bir çoğu buna misal teşkil eder.”<sup>271</sup>

İslam Fıkıhçıları, temel olan örf ve adet mevzuunda kaideler tespit etmişler ve örfeye dayalı fer’i hükümlerden birçoğuna ait genel hükümler koymuşlardır.<sup>272</sup> Mesela Eşbah’ta “Adet muhakkemdir”, kaidesi geniş bir şekilde anlatılmıştır.<sup>273</sup> Mecellede de bu kaidelerden bir kısmını zikredilmiştir: “Adet muhakkemdir.”, “Nas’ın istimali bir hüccettir ki onunla amel vacip olur.”, “Adeten mümteni’ olan şey hakikaten mümteni’dir.”, “Adetin delaletiyle manayi hakiki terk olunur.”, “Örfen maruf olan şey şart kılınmış gibidir.”, “Örf ile tayin nass ile tayin gibidir.”<sup>274</sup>

İslam Fıkıhçıları, özellikle Hanefi mezhebinden olanlar, insanlar arasında çeşitli hukuki işlemler ve tasarruf neveleri bakımından söz konusu olan hakların ispatı ve sona ermesine, büyük bir ağırlık vermişlerdir. Ve onu, ona engel olan özel bir dini nass ile

<sup>269</sup> Zerka, 1/105.

<sup>270</sup> Berki, *Mecelle*, Madde 41, s. 22.

<sup>271</sup> Şener, Mehmet, *İslam Hukukunda Örf*, Öğrenci Basımevi, İzmir-1987, s. 108-109.

<sup>272</sup> Bkz., İbni Abidin, 2/114-147.

<sup>273</sup> İbn Nuceym, 37-38.

<sup>274</sup> *Mecelle*, Madde 36, 37, 38, 40, 43, 45, s. 22.

çatışmadığı sürece, insanlar arasındaki hakları ispat eden önemli bir asıl ve büyük bir kaynak olarak kabul etmişlerdir.<sup>275</sup>

Ebu Zehra, Ebu Hanife'nin örf metodunu kullandığına dair şunları söylemektedir: “Ebu Hanife'nin fıkhıta usulu, mevsuk olanı almak, çirkin olandan kaçınmak, halkın muamelatına bakmak, işlerini salah üzere doğru gitmesini nazar-ı itibara almaktır. İşleri kıyas üzere yürütür. Kıyas yakışmayıp kabih olunca istihsana gider. İstihsan da uygun gitmezse Müslümanların muamelelerine dönerdi.”<sup>276</sup>

**4. Seddi Zerai :** Bu tamlama, fukahanın terminolojisinde, mefsedete yol açan fakat bizzat kendisinde herhangi bir mefsedet bulunmayan amellerin iptal edilmesi için kullanılan bir tabirdir. Seddi zerai, caiz olmayana yol açmaması için, caiz olanı yasaklamaktır, şeklinde de tarif edilmektedir.<sup>277</sup>

“Harama giden yolu tıkama” mahiyetinde olan seddi zeria metodu, Hz. Peygamber (sav)'in irşat ve eğitimiyle yetişen ashab tarafından kullanılmış, sonra diğer müçtehitlere intikal etmiştir.<sup>278</sup> Zeria prensibine göre harama vasıta olan şey haram, mübaha vasıta olan şey mübah, vacip için zaruri olan şey vacip olur. Zina haramdır; zinaya vasıta teşkil ettiği için kadının mahrem yerine bakmak da haramdır. Cuma namazı farzdır; bu namazı kılmak için alış verişi bırakmak da farzdır. Hacca gitmek farzdır; gücü yeten kimse için bu hususta gayret sarf etmek de farzdır.<sup>279</sup>

İbni Kayyim (ö.751/1350), İ'lamu'l-Muvakkî'n'de seddi zeria metodu için doksan dokuz örnek getirmiş ve “şüphesiz seddi zerai yükümlülüğün dörtte birini oluşturur. Çünkü yükümlülük ya emirdir ya da nehiydir. Birincisi bizâtihi maksut olan ya da ona vesile olan şeylerdir. Diğeri, yasak olan , ya bizâtihi mefsedet olan ya da ona vesile olan şeylerdir. Dolayısıyla harama götüren yolların kapatılması yani seddi zeria dinin dörtte biri olmaktadır” demiştir.<sup>280</sup>

İmam Malik bu prensibi fıkıh bablarının çoğunda dayanılacak bir esas olarak kabul etmiştir. Bu kaidenin genel anlamda dikkate alındığı konusunda ittifak olduğu

<sup>275</sup> Bkz., Nesefî, *Keşfu'l-Esrar Şerhu'l-Musannif ale'l-Menar*, İhsan Kitapevi, İst.-1986, s. 2/318; Zerka, 1/107.

<sup>276</sup> Ebu Zehra, *Ebu Hanife*, (Çev. Osman Kesioğlu), Can Kitapevi, Konya-1984, s. 383.

<sup>277</sup> İbni Aşur, Muhammed Tahir, *İslam Hukuk Felsefesi*, (Çev. Vecdi Akyüz, Mehmet Erdoğan), Rağbet Yay., 3. baskı, İst.-1999, s. 190.

<sup>278</sup> Bkz., Hacevi, Muhammed b. Hasen, *el-Fikru's-Sami fi'l-Fıkhî'l-İslami*, (Thk. Eymen Salih Şaban), Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut-1985, s. 1/162; Karaman, *İslam Hukuk Tarihi*, 73.

<sup>279</sup> Ebu Zehra, 246.

<sup>280</sup> İbni Kayyim, Ebu Abdillah Muhammed el-Cevziyye, *İ'lamu'l-Muvakkî'n an Rabbi'l-Alemîn*, Daru'l-Kitabi'l-Arabi, Beyrut-1996, s. 3/121-143.



ortaya çıkmaktadır. Aradaki görüş ayrılığı bir başka husus hakkında olmaktadır.<sup>281</sup> Dolayısıyla zeriaya göre amel etme işi bütün mezheplerde vardır, isterse bunu açıkça söylemesinler. İmam Malik ve Ahmet bin Hanbel zeraii çok kullanmışlardır. Ebu Hanife ve Şafii ise daha az kullanmışlardır, onu tamamen reddetmemekle beraber kendi başına bir delil olarak da kabul etmemişlerdir. Belki kıyas ve yalnız Şafii'nin anlayışına uymayan Hanefilerdeki örfe bağlı istihsan gibi sabit asıllara dahil saymışlardır.<sup>282</sup>

**5. İstishab :** İstishab, hükmün değiştiğini gösteren sahih bir delil gelinceye kadar önceden sabit olanın sabitliğinin devam etmesi, menfi olanın da menfiliğinin devam etmesidir. Şer'î konularda kendisiyle amel edilen akli bir delildir. Ancak yeni bir hakikati veya hükmü ispat etmez. Mesela, İslam gelmeden önce namaz farz olmadığı gibi; İslam, namazı beş vakit farz kılınca, artık namaz, altı vakit farz değildir. Namazı altı vakit farz olmadığının delili ise istishabtır.<sup>283</sup>

İstishabın tarifî ve çeşitleri<sup>284</sup> dikkate alındığında açıkça ortaya çıkmaktadır ki istishab yeni bir hüküm ortaya koymamaktadır. Bu hüküm ya ibaha-i asliyye kuralı veya beraat-i zimmet kuralı ile veya şer'an kabul edilen sebebinin varlığına binaen sabit sayılmaktadır. O yüzden alimler, istishab, olanı olduğu gibi bırakma hususunda hüccettir. Olmayanı var kabul etmek için hüccet değildir, demişlerdir. Unutulmamalıdır ki, bir olaya başvurulmadan evvel, olay hakkında Kitap, Sünnet, icma veya kıyasta özel bir delilin bulunup bulunmadığının araştırılması gerekir. Bunlardan birinde özel delil bulunursa ona göre hükmedilir; ancak özel delil bulunmadığı zaman müçtehit istishaba göre hükmedebilir. Yani istishab şer'î deliller arasında en son başvurulacak delildir.<sup>285</sup> İstishabın delil değeri usulcüler arasında tartışma konusudur. Başta İmam Malik ve İmam Ahmet olmak üzere alimlerin çoğu bu delille hükmetmişlerdir.<sup>286</sup> Özellikle Hanefilerden olan bazı alimler hüccet olmadığını söylemişler, sadece def' yönüyle yeterli delil görmüşlerdir.<sup>287</sup>

İstishaba, nasların sukut ettiği, bilinçli olarak bırakılan boşlukları doldurmada kullanılacak bir yol olarak ileride tekrar temas edilecektir.

---

<sup>281</sup> Şatibi, Ebu İshak İbrahim b. Musa, *el-Muvafakat fi Usuli's-Şeria*, Daru'l-Marife, Beyrut-1997, s. 4/556-558.

<sup>282</sup> Ebu Zehra, 252.

<sup>283</sup> el- Aşkar, Muhammed Süleyman, *el- Vadih fi Usuli'l- Fikh*, Mektebetü's- Segafe, Aden, s. 123-124.

<sup>284</sup> İstishabın çeşitleri hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: Hacevi, 1/145-146.

<sup>285</sup> Şa'ban, 220.

<sup>286</sup> Hallaf, 152.

<sup>287</sup> Bkz., Serahsi, 2/223-226; İbni Kudame, *Ravdatu'n-Nazır*, 1/ 392-394; Hallaf, 152; Dibulbuğa, 194.

**6. Şer'u Men Kablena :** Fer'i delillerden birisi de Hz. Muhammed (sav) şeriatinden önceki ilahi dinlerin hükümleri anlamına gelen şeraii salifedir.<sup>288</sup> Eski şeriatlerin bir kısım hükümleri Hz. Muhammed'in şeriatıyla nesh edilmiş bazıları da aynen bırakılmıştır. Söz gelimi kısas ve bazı cezalar, Tevrat'ta olduğu gibi İslam'da da aynı şekilde kalmıştır.<sup>289</sup>

Şer'u men kablena, aslında müstakil bir kaynak olmayıp, nihai tahlilde Kitap ve Sünnet'in kapsamına dahildir. Zira şer'u men kablena ile ancak, Allah veya Hz. Peygamber (sav) o hükmü red ifadesi taşımaksızın zikretmiş olursa ve hakkında Müslümanlar bakımından mensuh olduğuna dair delil bulunmazsa amel edilir. O halde Yüce Allah'ın zikrettikleri Kitabın, Hz. Peygamber (sav)in zikrettikleri de Sünnet'in dışında düşünülemez.<sup>290</sup>

**7. Sahabi Kavli :** Usul alimlerini çoğuna göre sahabi, Rasulullah (sav)'ı görüp O'na inanarak, örf ve adete göre arkadaş, dost denilebilecek bir müddet kadar O'nun yanında bulunan şahsa denir. Raşit halifeler, Abdullah b. Abbas, Abdullah b. Mes'ud ve diğer insanlar arasından Hz. Peygamber (sav)e inanıp, O'nu destekleyip, sözünü dinleyip, O'nun doğru yolu ile hidayeti bulanlar gibi. Hz. Peygamber (sav)in vefatından sonra ilmi ve fıkhi ile tanınmış ashabi fetva verdiler, hukuki meselelerde hükmettiler. Verdikleri fetva ve hükümleri bize intikal etmiştir. Eğer müçtehit, bir mesele hakkında Kitap, Sünnet ve icma hudud içinde hüküm bulamazsa sahabenin bu fetva ve hükümleri acaba kendisini bağlayacak bir fıkıh kaynağı mıdır? Alimler bunda ihtilaf etmişlerdir. Tercih edilen görüş sahabe kavlinin bağlayıcı bir hüccet olmayışıdır. Fakat, Kitap, Sünnet ve icmada mesele hakkında mesele hakkında bir nass bulunmadığı, başka muteber bir delil de olmadığı zaman sahabe görüşü hüccet olarak alınabilir.<sup>291</sup>

Mesela Muhammed Ebu Zehra, İmam Azam Ebu Hanife'nin sahabe kavline karşı tavrını şöyle anlatmaktadır: "Ebu Hanife sahabe kavlini delil olarak almakta, onları uymayı vacip saymaktadır. Sahabeden re'y naklolunan bir mevzuda içtihat ederse ashabin re'yelerini içinde seçiyor, başkalarının re'yine bakmıyor. Ashabdan naklolunmuş

<sup>288</sup> Bkz.,Debusi, *Takvimu'l- Edille*, 140-141; Gazali, 1/245; Pezdevi, 3/932-933; İbni Kudame, *Ravdatu'n-Nazır*, 1/400-403; Bilmen, 1/195.

<sup>289</sup> Ebu Zehra, 262.

<sup>290</sup> Bkz., Nesefi, *el- Menar*, 177; Şa'ban, 211-212.

<sup>291</sup> Bkz., Gazali, 1/260-274; İbn Kayyim, 4/102-103; Şatibi, 3/300; Nesefi, *el-Menar*, 177; Zeydan, 245-246.

bir re'y yoksa içtihat ediyor, tabiilerin re'yine tabi olmuyor. O tabiin mukallidi değildir; fakat sahabeyi taklit ediyor.”<sup>292</sup>

İslam Fıkhnın aslî ve fer'î kaynakları görüldüğü gibi çeşitliliğe ve zenginliğe sahiptir. İslam Fıkıhçuları bu kaynaklara dayanarak hükümler çıkarılmıştır. Araştırmamızın asıl konusunu İslam Hukukunda hükmü bildirilmeyen alan teşkil ettiği için teklifi hükümleri izah etmemiz elzemdir.

### **III. Teklifî Hükümler**

İslam Hukuku ile beşerî hukuk birçok açıdan farklı oldukları gibi hüküm konusunda da farklıdır. İslam Hukuku hem manevi hem de medeni bir düzendir. Çünkü İslam, din ve dünya işlerini düzenleyici olarak gelmiştir. Bu noktada, İslam Hukuku, “muamelat” dediğimiz medeni hukuk kısmında, laik hukuk kurallarından ayrılmaktadır. Bu laik kanunlarda helal ve haram düşüncesine yer yoktur, işlem ve fiillerin batınlarına değil bilakis zahirlerine ve ortaya çıkan şekillerine itibar edilir. Kanun, iç durumlara nüfuz edebilirse, ilgili hükümleri tatbik eder ve bu meşru bir hak olur. Nüfuz edemezse o artık bir hak değildir. İslam Hukuku içinse bünyesinde mevcut dini özellik sebebiyle iç dünyayı kontrol eden, insana refakat eden ve her amelinde ona ikaz eden helal ve haram düşüncesi vardır. Ve yargı, zorunlu olarak zahire göre hükmetse de hakların yorumunda hakikatlere itibar edilir.<sup>293</sup>

Zerka, İslam Hukukunun dini özelliğinin faydalarını şöyle anlatmaktadır. “İslam Hukukunun dini özelliği ondaki bir meziyettir, ayıp değil. Bu meziyetten çıkan İslam Hukuku hükümlerine karşı hürmet, bugün saf laik kanunların temenni ettiği fakat kendileri için temin edemedikleri bir şeydir. Çünkü bu hürmet ancak inanç yoluyla sağlanır.”<sup>294</sup>

Teklifî hükümlere geçmeden evvel hükümle ilgili bazı bilgiler vermemiz gerekmektedir. Hüküm sözlükte karar vermek, bir şeyi diğer bir şeye ispat veya nefiy suretiyle isnat etmektir. Bir şey üzerine terettüp eden esere hüküm denir. Çoğulu ahkamdır.<sup>295</sup> Şer'î hükümler itikada müteallik olursa “ahkamı asliye”; ibadete, muamelata ait olursa “ahkamı fer'iyye” adını alır. Hakim ise bir şeye ispaten veya nefyen hükmeden, karar veren zattır. Ahkamı şer'iyyede asıl hakim olan Allah'tır. Akıl

<sup>292</sup> Ebu Zehra, *Ebu Hanife*, 335.

<sup>293</sup> Zerka, 1/55.

<sup>294</sup> Zerka, 1/49.

<sup>295</sup> İbni Manzur, 12/140-141.

da bazı şeylerin hüsn ve kubhuna hükmeder veya Şari'in hükmündeki hikmetlere infazı nazarda bulunabilir.<sup>296</sup>

Hüküm kelimesi, sözlük anlamıyla da bağlantılı olarak İslam kamu hukukunda devlet idaresini ve siyasi otoriteyi, muhakeme usul hukukunda mahkeme kararını ifade eder. Fıkıhta hüküm ve ahkam, gerek ve vahiy gerekse re'y kaynaklı olsun bir konudaki hukuki değer yargısını, kuralı, ilişkilendirmeyi ve nitelendirmeyi ifade de kullanılır ve bu açıdan çeşitli ayrımlara tabi tutulur. Ancak, usul-u fıkıh, şer'î delillerden şer'î hükümler elde edilmesini, furu-i fıkıh da bu hükümlerin bilinmesini ve uygulanmasını konu edindiğinden hüküm kavramı fıkıhta merkezi bir önem ve yere sahip olmuştur.<sup>297</sup>

Biz de "hüküm" kavramını İslam Hukukunun metodolojisini oluşturması nedeniyle usul-u fıkıh açısından ele alacağız.

Fıkıh usulünde genellikle şer'î hüküm, "Allah'ın, mükelleflerin fiilleriyle ilgili iktiza (gerekli kılma), tahyir (serbest bırakma) veya vaz' (iki durum arasında sebep, şart, mani' bağı kurma) tarzındaki hitabıdır." şeklinde tanımlanır.<sup>298</sup> Şer'î hüküm; teklifi hüküm ve vaz'î hüküm şeklinde ikiye ayrılır. Vaz'î hüküm, Şari' tarafından mükellefin fiiline ilişkin olan iki şeyin birbirine bağlanmasını ifade etmektedir. Daha açık bir ifadeyle Şari'in, bir şeyi başka bir şey için sebep, şart, mani kılmasıdır.<sup>299</sup> Mesela, mirasçı olmakla murisin ölümü birbirine bağlıdır. Yani birinin ölümü yakınının ona varis olmasına sebep teşkil eder. Namaz için abdest, nikah için şahitlerin bulunması şart kılınmıştır.<sup>300</sup> Varisin murisini kasten öldürmesi miras hükmünün dolmasına mani' teşkil etmektedir.<sup>301</sup>

Teklifi hüküm ise, Şari'in mükelleften bir fiili yapmasını veya yapmamasını istemesi yahut onu yapıp yapmama arasında serbest bırakmadır.<sup>302</sup> Namaz kılmak, zekat vermek, hacca gitmek yapılması istenen hüküm için; yetim malı yemek yapılmaması

---

<sup>296</sup> Bilmen, 1/30.

<sup>297</sup> Beyanuni, Muhammed Ebu'l- Feth, "**Hüküm**", TDV. İslam Ansiklopedisi, DİB. Yay., İst- 1998, 18/466.

<sup>298</sup> Bkz., İsnevi 5; Şevkani, 23; Zuhayli, 1/37-38; Hasebellah, Ali, *Usulü't-Teşrii'- İslami*, Daru'l-Mesgafi'l-Arabi, 6. baskı, 1982, s. 375; Aşkar, 21; Şa'ban, 226; Ebu Zehra, 30; Zeydan, 39; Bilmen, 1/30.

<sup>299</sup> İsnevi, 5.

<sup>300</sup> Nikahta şahitlerin bulunmasıyla ilgili ayrıntılı bilgi için furu' eserlerine bkz., Serahsi, *Mebcut*, 5/30-37; İbni Kudame, *Muğni*, Mektebetu'l-Cumhuriyeti'l-Arabiyye, s. 450-451; Kâşânî, 2/523.

<sup>301</sup> Bkz., Ebu Zehra, 30-31; Şa'ban, 228-229; Hasebellah, 371; Zeydan, 40-41. Katilin mirası için ayrıca bkz., Serahsi, *Mebcut*, 30/46-47; İbni Kudame, *Muğni*, 6/291-292.

<sup>302</sup> Bkz., Gazali, 1/65; İbni Kudame *Ravdatu'n-Nazır*, 1/90; İsnevi, 5; Molla Hüsrev, *Mirkat'ul-Vusul*, Fazilet Neşriyat, İst.-trs., s. 57.

istenen hüküm için; yiyip, içmek, gezmek serbest bırakılan hüküm için birer örnektir.<sup>303</sup> Bu hükme teklifi hüküm denilmesinin sebebi külfetli, meşakkatli bir şeyi ilzam etmek olduğu içindir. Mesela, bir dini vazifeyi ifa, az çok külfetten hali olamaz. Bu külfetten dolayı insan sevaba layık olur.<sup>304</sup>

Araştırmamızın konusu teklifi hükümlerle direk bağlantılı olduğu için vaz'î hükümlere değinmeyeceğiz. Teklifi hükümlerin üzerinde duracağız.

Usulcülerin çoğu, teklifi hükümleri olumlu-olumsuz ve bağlayıcı olup olmama açısından beş kısma ayırmaktadır. Bunlar; icap, nedb, tahrim, kerahe ve ibahadır.<sup>305</sup> Tariften de anlaşıldığı gibi, Şari'in bir fiilin yapılıp yapılmaması hususunda yapılmasını isteme, terk edilmesini isteme, yapılıp yapılmamasını serbest bırakma şeklinde üç türlü tavrı olabilir. Şimdi bunları sırasıyla açıklayalım:

## A- Yapılması İstenenler

Yapılması kesin ve bağlayıcı olup olmama bakımından talep, vacip ve mendub şeklinde ikiye ayrılmaktadır:

**1. Vacip :** Şari'in kesin ve bağlayıcı tarzda talep etmesine "icap", bu talebe bağlanan sonuca "vucub", yapılması istenen fiile ise "vacip" denir. Talebin bu tarzda oluşu, talep siğasının kendisinden anlaşılabilmesi gibi, bir fiilin terk edilmesi haline ağır ceza tertip edilmesinden de anlaşılabilir. Mesela, mükelleflerden namaz kılma, zekat verme, haccetme ve akitlere bağlı kalmanın istenip; bunları terk etmenin ağır cezaya çarptırılma sebebi olduğunun bildirilmesi gibi. Vacibin yerine getirilmesi mutlaka gereklidir; yerine getiren sevabı, özürsüz terk eden ağır cezayı hak etmiş olur. Şayet kat'i delil ile sabit olmuş ise onu inkar edenin kafir olduğuna hükmedilir.<sup>306</sup>

Hanefiler, farzı vacip ile şer'an eş anlamda görmezler; fakat sözlük bakımından aynı anlama geldiğini kabul ederler. Farz ve vacibin kesin olarak yapılması gerektiğinde cumhurla birleşirler. Ancak onlara göre farz, kat'i bir delil ile, vacip ise zanni bir delille sabit olmuştur.<sup>307</sup> Böyle bir ayrımın neticesi, vacibin kesinliği, farzın kesinliğinden daha az olmasıdır. Dolayısıyla şer'i bir işte farz terk edilirse bu iş batıl olur. Mesela, Arafat'ta

<sup>303</sup> Bkz., Ebu Zehra, 30-31; Şa'ban, 227; Hasebellah, 370-371.

<sup>304</sup> Bilmen, 1/226.

<sup>305</sup> Bkz., Gazali, 1/65; İbni Kudame, *Ravdatu'n-Nazır*, 1/90; Molla Hüsrev, *Mirkat*, 57-58; Zuhayli, 1/44; Hasebellah, 383; Aşkar, 23; Ebu Zehra, 32; Zeydan, 44; Şa'ban, 235.

<sup>306</sup> Bkz., Cassas, *el-Fusul*, 3/247; Gazali, 1/55-65; İbni Kudame, *Ravdatu'n-Nazır*, 1/90-91; Molla Hüsrev, *Mirkat*, 1/57-58; Şa'ban, 236-237.

<sup>307</sup> Bkz., Serahsi, *el-Usul*, 1/110; Gazali, 1/66; İsnevi, 7.

vakfe yapmayan kimsenin haccı batıl olur. Çünkü bu vakfe farzdır. Bir kimse Safa ile Merve arasında sa'yı bıraksa haccı batıl olmaz. Çünkü bu sa'y vacip olup ifası gerektiği mütevatir bir delille sabit olmamıştır. Hanefilere göre farz ile vacip arasındaki ayrımın başka bir sonucu da farzı inkar edenin kafir olmasıdır. Çünkü bu durumda o, mütevatir bir delille sabit olan bir emri inkar etmiştir. Fakat sübut ve delalet bakımından zanni bir delil ile sabit olan bir emri inkar eden kafir olmaz.<sup>308</sup>

Cumhura göre farz anlamında olan vacip değişik açılardan kısımlara ayrılmıştır: Eda edileceği vakit açısından, mutlak-mukayyet vacip; miktarının belirli olup olmaması açısından, muhadded-ğayrı muhadded vacip; ifa etmesi istenen mükellef açısından, aynı-kifai vacip; istenen fiilin belirli olup olmama açısından, muayyen-mauhayyer vacip olarak usul kitaplarında teferruatlı bir şekilde anlatılmaktadır.<sup>309</sup>

**2. Mendub :** Şari'in bir fiili kesin ve bağlayıcı tarzda olmadan yapılmasını talebine ve bu talebe bağlanan sonuca "nedb", yapılmasını bağlayıcı olmaksızın istediği ve terk edilmesini kötülemediği fiile "mendub" denir. Nedb yerine "istihbab" kelimesi de kullanılmaktadır. Menduba "nafile", "sünnet", "tetavvu", "müstehab" ve "ihsan" adları da verilir. Bu isimlerin hepsi aynı şeyi ifade eder. Serahsi, bu konuyu sünnet başlığında anlatmıştır.<sup>310</sup>

Bir fiilin mendub olduğu çeşitli karinelerle anlaşılır. Şöyle ki, fiilin yapılmasının istendiğini gösteren ifade bağlayıcılık taşımaz veya bağlayıcı bir ifade olur ama onun bağlayıcılık niteliğini kaldıran karine bulunur. Bu karine bir nass veya İslam Hukukunun genel kaidelerinden biri olabilir; fiilin terkine ceza bulunmaması gibi başka bir karine de olabilir. Mesela, ***"Ey iman edenler belirli bir süreye kadar birbirinizle bir borç ilişkisi kurduğunuzda onu yazın."***<sup>311</sup> ayetindeki borcun yazılmasıyla ilgili emir bağlayıcı değildir, fiilin mendub olduğunu göstermektedir. Çünkü bağlayıcılık ihtimalini ortadan kaldıran karine bulunmaktadır. O da sonraki ayettir. ***"...Şayet, birbirinize güvenerseniz, güvenilen kimse Rabbi olan Allah'tan korksun da üzerindeki***

<sup>308</sup> Ebu Zehra, 32-33.

<sup>309</sup> Bkz., Gazali, 1/67-70; İbni Kudame, *Ravdatu'n-Nazır*, 1/93-104; Zuhayli, 1/48-65; Şa'ban, 239-243; Ebu Zehra, 33-40; Zeydan, 46-49; Hasebellah, 384-385.

<sup>310</sup> Bkz., Serahsi, *el-Usul* 1/113; Gazali, 1/75; İbni Kudame, *Ravdatu'n-Nazır*, 1/112-113; Molla Hüsrev, *Mirkat*, 58; Ebu Zehra, 40; Şa'ban, 236,244; Hasebellah, 386; Aşkar, 27.

<sup>311</sup> Bakara Suresi, 2/282

**emaneti ödesin....**”<sup>312</sup> Bundan anlaşılmaktadır ki alacaklı borçlusuna güveniyorsa borcu yazıya geçirmeden itimada dayalı bir borç ilişkisi kurabilecektir.<sup>313</sup>

Bazı eski eserlerde sünnet, sünnet-ü hüda ve sünnet-ü zevaid olmak üzere iki kısımda mütalaa edilmekle beraber<sup>314</sup> sonraki bazı muasır yazarlar son kısmı ikiye ayırmak suretiyle üç çeşide ayırmışlardır. Buna göre mendub üç kısımdır:

1) Dini vazifeleri ikmal edici fiillerdir. Ezan ve namazı cemaatle eda etmek gibi. Ve Hz. Peygamber (sav)’in devamlı yaptığı ve sırf bağlayıcı olmadığını göstermek üzere nadiren terk ettiği fiillerdir. Abdestte mazmaza, namazda fatihadan sonra Kuran’dan bir miktar okuma, sabah namazının farzından önce kılınan iki rekat namaz gibi... Bunlar “sünnet-i müekke” veya “sünnetü’l-hüda” diye de isimlendirilir. Bu tür mendubu yerine getiren sevabı hak eder. Terk eden ise cezayı hak etmemekle beraber kınanma veya azarlanmaya müstahak olur.<sup>315</sup>

2) Öncekine nispetle ikinci sırada yer alan bu sünnet, taat çeşidinden olup da Hz. Peygamber (sav)’in bazen yapıp bazen terk ettiği fiillerdir. Fakirler tasaddukta bulunma, ikindi ve yatsı namazlarından önce kılınan dörder rekatlık namaz, pazartesi ve Perşembe günleri tutulan oruç bu kısma girer. Buna “sünnet-i gayri müekke”, “nafile” veya “müstehab” adı da verilir. Yerine getiren sevabı hak eder, yapmayan ise kınanma ve azarlanmaya müstahak olmaz.<sup>316</sup>

3) Derece bakımından öncekilerden sonra gelen bu kısım mendub, Hz. Peygamber (sav)’den insan olması itibariyle sadır olan Allah’tan bir tebliğ ve Allah’ın dinini açıklama niteliği taşımayan normal beşeri davranışlardır. Hz. Peygamber (sav)’in yemesi, içmesi, yürümesi, uyuması ve giymesi gibi. Bu fiilleri terk eden kötü bir davranışta bulunmuş sayılmaz, kınanmaya ve azarlanmaya müstahak olmaz. Rasulullah (sav)’in sünnetine uyma niyetiyle yapan ise sevabı hak eder.<sup>317</sup>

---

<sup>312</sup> Bakara Suresi, 2/283.

<sup>313</sup> Bkz., Şa’ban, 244. Bakara 282’de geçen emrin anlamı için ayrıca ahkam tefsirlerine bkz., Cassas, *Ahkamu’l-Kuran*, Daru’l-Kütübi’l-Arabi, Beyrut-trs., s. 1/481-483; İbni Arabi, Ebi Bekr Muhammed b. Abdullah, *Ahkamu’l-Kuran*, Thk. Ali Muhammed el-Buhari, Daru’l-Fikri’l-Arabi, s. 1/247-248; el-Kiya el-Herrasi, İmaduddin b. Muhammed et-Taberi, *Ahkamu’l-Kuran*, Daru’l-Kütübi’l-İlmiyye, Beyrut-1985, s. 1/238.

<sup>314</sup> Bkz., Serahsi, *el-Usul*, 1/114-115, Molla Hüsrev, *Mirkat*, 58.

<sup>315</sup> Bkz., Serahsi, *el-Usul*, 1/114; Molla Hüsrev, *Mirkat*, 58; Zuhayli, 1/78-79; Hasebellah 387; Ebu Zehra, 40; Şa’ban, 245.

<sup>316</sup> Bkz., Serahsi *el-Usul*, 1/115; Ebu Zehra, 40; Şa’ban, 245; Hasebellah, 387.

<sup>317</sup> Bkz., Serahsi, *el-Usul*, 1/114; Zuhayli, 1/79; Şa’ban, 245; Hasebellah, 387.

## B- Terk Edilmesi İstenenler

Şari'in, yapılmamasını kesin ve bağlayıcı olup olmamasına göre talebi iki çeşittir.

**1. Haram :** Haram, vacibin zıddıdır.<sup>318</sup> Şârî'in, terk edilmesini kesin ve bağlayıcı tarzda istemesine "tahrîm", bu talebe bağlanan sonuca "hürmet", yapılması istenen fiile ise "muharrem" veya "haram" denir.<sup>319</sup> Cassas, Gazali gibi alimler, terki iktiza eden bu hükme haram yerine "mahzur" ve "hazar" tabirlerini de kullanmıştır.<sup>320</sup>

Haramlığa delalet eden bazı üsluplar vardır. Haramlık lafzı, helalliğin nefyedilmesi, "void" yani tehdit içeren ifadeler, haram kılmaya delalet eden nehiy siğası, fiilden sakınmanın kesin bir görev olduğunu gösteren bir delil ile birlikte kullanılan sakınma "ictinab" lafızları haramlık delillerinin çeşitlerindedir.<sup>321</sup>

Mesela, "**Sakın zinaya yaklaşmayın!**"<sup>322</sup>, "**Fakirlik korkusuyla çocuklarınızı öldürmeyin.**"<sup>323</sup>, "**...Lâşe size haram kılmıştır.**"<sup>324</sup>, "**...Yalan sözden kaçının.**"<sup>325</sup> gibi bir çok ayet belirtilen üsluplarla haramlığı bildirilmektedir.<sup>326</sup>

İslam dini ve Hukukunun hükümlerindeki "istikra" (tümevarım)'a göre Şari'in bir şeyi ya kendisine has kötülüğünden dolayı ya da kötülüğünün daha fazla bulunmasından dolayı haram kıldığı sabittir.<sup>327</sup> Bu kötülük ve fenalık ya haram fiilin kendisinde vardır; zina, hırsızlık gibi ki buna "bizatihi haram" denilir, ya da fenalık bizzat kendisinde yoktur da fiilin beraberindeki diğer bir husustadır. Bu fiil başkası sebebiyle haramdır. Gasb edilmiş arazide kılınan namaz, bayram gününde tutulan oruç, Cuma ezanı vaktinde alış-veriş gibi ki dolaylı bir şekilde olan haram ise "liğayrihi haram" dır.<sup>328</sup>

Allah'a ibadet niyetiyle haramı terk edene sevap vardır.<sup>329</sup> Mükellef, bizatihi haram fiili yaparsa batıl kabul edilir, fiile hiçbir olumlu sonuç bağlanmaz. Ve ulaşılmak istenen menfaat fiilin sahibi için tanınmaz. Mesela, zina fiili, nesep ve mirasçılığın

<sup>318</sup> Bkz., Gazali, 1/76; İbni Kudame, *Ravdatu'n-Nazır*, 1/126.

<sup>319</sup> Bkz., Cassas, *el-Fusul*, 3/247; Molla Hüsrev, *Mirkat*, 58; Zeydan, 53; Şa'ban, 236-247; Ebu Zehra, 42.

<sup>320</sup> Bkz., Cassas, *el-Fusul*, 3/247 Gazali, 1/65.

<sup>321</sup> Bkz., Aşkar, 26; Şa'ban, 247; Hasebellah, 388.

<sup>322</sup> İsrâ Suresi, 17/32.

<sup>323</sup> En'am Suresi, 6/151.

<sup>324</sup> Maide Suresi, 5/3.

<sup>325</sup> Hac Suresi, 22/30.

<sup>326</sup> Bkz., Zuhayli, 1/81.

<sup>327</sup> Zeydan, 54.

<sup>328</sup> Bkz., Gazali, 1/76; İbni Kudame, *Ravdatu'n-Nazır*, 1/127-128; Molla Hüsrev, *Mirkat*, 58.

<sup>329</sup> Aşkar, 24.



sübutu için sebep olamaz. Liğayrihi haram fiilin hükmü ise aslı itibariyle meşru, vasfı itibariyle gayri meşru sayılmasıdır. Bu nedenle Hanefi mezhebi fakihlerine göre böyle bir fiil kendisine hukuki sonuçlar bağlanacak bir sebep teşkil edebilir. Mesela, ribalı veya fasit şart ihtiva eden satış onlara göre batıl akitlerden değil, fâsit akitlerden sayılır.<sup>330</sup>

**2. Mekruh :** Mekruh fukaha örfünde müşterek bir lafız olup, haram için kullanılmakla beraber tenzihi nehy için yani terki yapılmasından hayırlı olan fiil için kullanılır.<sup>331</sup> Buna göre Şari'in terk edilmesini kesin ve bağlayıcı olmadan talep etmesine ve bu talebe bağlanan sonuca “kerahe”, tek edilmesi istenen fiile ise “mekruh” denir. Yani mekruh, yapılmaması, yapılmasından daha iyi olan davranış olup mendubun zıddıdır. Şari'in bu tarzdaki talebi ya bizzat “kerahe” lafzını kullanılmasıyla ya da mekruhluğu ifade ettiğine dair karine bulunan nehiy siğası ile veya fiilin yapılmamasına özendirici bir ifade kullanılmasıyla olabilir.<sup>332</sup>

Mesela, Hz. Peygamber (sav)'in şu hadisinde geçen “kerahe” lafzı mekruhluğa delalet eder. *“Allah, dedikoduyu, çok soru sormayı ve malları heder etmeyi sizin için mekruh görmüştür”*<sup>333</sup> Şu ayette de; *“Ey iman edenler Cuma günü namaza çağrıldığı zaman hemen Allah'ı anmaya koşun ve alış-verişi bırakın”*<sup>334</sup> “alış-verişi bırakın” sözü nehiy ifadesi olmakla beraber haramlığı değil mekruhluğu ifade etmektedir. Bunu ifade ettiğine dair gelen karine ise alım-satım yasağının bizzat alım- satıma yönelik olmayıp bunun dışındaki bir durumdan kaynaklanmış olduğudur. Bu durum Allah'ın Cuma nazmının edası için belirlediği vakittir.<sup>335</sup>

Elmalılı bu ayeti tefsir ederken şöyle bir fikhî mütâlâada bulunmuştur: “Buradaki emir vucub için olduğundan, ezan okununca cumaya koşmak farz kılınmış, muamelat ise nehyedilmiştir. Nehyin zamanı imamın namazdan çıkmasına kadar devam eder. Fakat bununla beraber, acaba bu süre içerisinde alışveriş yapılmış olsa bu akit fasit ve batıl olur mu? Hükmü nedir? Bazıları böyle bir alışverişin nehyedilmiş ve haram olduğunu ileri sürerek akdi geçersiz ve fasit saymışlarsa da fıkıh usulü ilminde Hanefi alimlerin kabul edilen bir kaide vardır ki bu mesele onunla çözülebilir. Şöyle ki, bir

<sup>330</sup> Bkz., Şa'ban, 248-249. Fasit akitler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Serahsi, *Mebhut*, 13/2-13.

<sup>331</sup> Bkz., Gazali, 1/66-67; İbni Kudame, *Ravdatu'n-Nazır*, 1/123-124.

<sup>332</sup> Şa'ban, 236,250.

<sup>333</sup> Buhari, Rikak 22 (7/183-184).

<sup>334</sup> Cu'ma Suresi, 62/9.

<sup>335</sup> Şa'ban, 250-251.

şeyin, zatından dolayı yasaklanması, batılığı, vasfından dolayı yasaklanması fasitliği, bir şeye yakınlığından dolayı yasaklanması da keraheti gerektirir. Çağrı vaktindeki alışverişte de, satılan şey, fiyat ve akitteki bozukluktan dolayı değil “namaza çağrıda bulunulduğu zaman” kaydıyla sırf çağrı vaktine yakınlığından dolayı nehyedilmiş olduğu için akit, diğer şartlar tam olarak yerine getirilmiş olursa, zat ve vasfında herhangi bir eksiklik söz konusu olmadığından dolayı batıl ve fasit olmayıp sahîh fakat tahrimen mekruh olur.<sup>336</sup>

Yukarıdaki mekruh tarifi cumhura göredir. Ancak Hanefiler farz ve vacip ayırımında olduğu gibi mekruhun tarifinde de cumhura muhalefet ederek, mekruhu ikiye ayırmışlardır. Kat’î delil ile yapılmaması istenen bir şeyin haram adını aldığını, zannî bir delil ile, yapılmaması istenilen şeyin de mekruh adını aldığını söylerler. Onlara göre mekruh iki kısımdır. 1) Tahrimen Mekruh, 2) Tenzihen Mekruh. Birincisi zanni bir delil ile yapılmaması kesin olarak istenilen bir şeydir ki bu vacibin karşıtıdır. Erkeklerin ipekli elbise giyinmesi, altın yüzük takınması bu türlü mekruhlar arsındadır. İkincisi, yani tenzihen mekruh da mendubun karşıtı olup Hanefilerin bu husustaki tarifi cumhurun tarifine uygundur. Çoğunluğa göre mekruh işleyen kimse kınanmaz, terk eden kimse övülür. Hanefilere göre ise, tahrimen mekruhu işleyen kimse kınanır; tenzihen mekruhu işleyen kimse kınanmaz. Her iki mekruhu terk eden kimse de övülür.<sup>337</sup>

Teklifi hükümlere hikmet açısından yaklaşanlar, bu hükümlerin hikmetini şöyle izah etmektedirler: İslam Şeriatinin esasını maslahat ve mefsetet yani fayda ve zarar teşkil etmektedir. İnsanların yararına ve çıkarına olan şeylerin hepsi ya farz ya vacip ya da sünnet kılınarak emir ve tavsiye edilmektedir. Zarar ve ziyan veren her şey ya haram veya mekruh kılınarak nehiy ve men edilmektedir. Eşyada asıl olan ibahadır, denilerek mahdut ve muayyen miktardaki emir ve yasakların dışında kalan geniş bir saha mübah kılınmaktadır. Burada insanlar serbest bırakılıp, maslahat ve mefsetete bakıp ona göre karar vermelerine ve tercihler yapmalarına, iradelerini ve düşüncelerini hür olarak kullanmalarına imkan verilir.<sup>338</sup>

<sup>336</sup> Yazır, Elmalılı Muhammed Hamdi, *Hak Dîni Kuran Dili*, Zaman Yay., İst.-trs, s. 8/43. Bu ayetin tefsiri için ayrıca bkz.; Cassas, *Ahkamu'l-Kuran*, 37448.

<sup>337</sup> Bkz., Molla Hüsrev, *Mirkat*, 58; Zuhayli, 1/85-86; Ebu Zehra, 45.

<sup>338</sup> Uludağ, Süleyman, *İslam'da Emir ve Yasakların Hikmeti*, TDV. Yay., Ank.-1992, 3. baskı, s. 40-41. Şer'î hükümlerin hikmeti hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz., Dehlevi, 1/27-28.

## C- Serbest Bırakılan Alan

Görüldüğü gibi, fıkıh usulü alimlerine göre beş esas terim üzerine kurulan yükümlülük teorisinde dinen yapılması istenen fiiller, talebin kesin ve bağlayıcı olup olmamasına göre vacip ve mendub, yapılmaması istenenler aynı ölçüte göre haram ve mekruh olarak nitelendirilmektedir. Yine bu teklifi hüküm düzenine göre yapılıp yapılmaması serbest bırakılan ise “mübah” olarak nitelendirilmiştir. Ancak biz fıkıhta serbest bırakılan alanı mübahla birlikte içtihat alanı olarak iki kısımda değerlendireceğiz. Ayrıca mübah alanla içtihat alanı üzerinde yukarıda geçen teklifi hükümlere nazaran daha fazla duracağız. Çünkü, muhayyer bırakılan bu sâha fıkıhta “kanun boşluğu” olabileceği yönündeki görüşler için birer ipucu oluşturmaktadır.

**1. Mübah Alan :** Mübah kelimesi, Arapça bir kelime olup, sözlükte “açmak, göstermek, bir şeyin açık olması” anlamındaki “bvh” kökünden türetilmiştir. İbahanın ismi mefulu olan “mübah”, “yasaklığı kaldırılmış, serbest bırakılmış” anlamına gelmektedir.<sup>339</sup> Cürcani ise, “ibaha”yı bir fiili kişinin dilediği gibi yapmasına izin vermek, “mübah”ı ise iki tarafı eşit olan şey, şeklinde tarif etmektedir.<sup>340</sup>

Fıkıh usulcülerine göre ise “ibaha”, Şari’in, mükellefi yapıp yapmamakta serbest bırakması, “mübah” ise Şari’in, mükellefi yapıp yapmamakta serbest bıraktığı fiil anlamındadır.<sup>341</sup>

Hanefi usulcülerinden olan Cassas (ö. 370-981), “mübah”ı yapılmasıyla sevabın ve terk edilmesiyle cezanın hak edilmediği fiil, şeklinde tarif etmektedir.<sup>342</sup> Şevkani ise “mübah”ı şöyle tarif etmiştir: “Yapılmadığı zaman da terk edildiği zaman da övgüyü gerektirmeyen şeydir. İşleyen veya terk eden için bir zarar yoktur. Mübah sözü bazen, aslında haram olduğu halde yapılırsa zararı olmayan şeye denir. “Mürtedin kanı mübahdır” sözü böyledir ki, onu öldüren için bir zarar yoktur. “Helal”, “caiz” ve “ruhsat” sözleri de mübah anlamında kullanılır.”<sup>343</sup>

<sup>339</sup> Bkz., İbni Manzur, 2/416.

<sup>340</sup> Bkz., Cürcani, 8,196.

<sup>341</sup> Bkz., Medkur, M. Sellam, *Nazarıyyetu'l- İbaha İnde'l-Usulıyyin ve'l-Fukaha*, Dahru'n-Nehdati'l-Arabi, 2. baskı, 1984, s. 32; Şa'ban, 236.

<sup>342</sup> Bkz., Cassas, 2/89, 3/247.

<sup>343</sup> Bkz., Şevkani, 24.

Bazı usulcüler, mübahın teklif anlamı içermediğini belirtmek üzere hüküm tanım ve tasnifinde iktiza ve tahyir unsurlarına ayrıca yer vermiş, bazıları ise teklifi hükümler tasnifi içinde mübahın da yer almasını değişik biçimlerde açıklamışlardır.<sup>344</sup>

Mesela, Ebu Zehra, fıkıh usulüyle meşgul olan Mutezili bilginlerinden el-Ka'bi'nin şer'î hükümler arasında mübahın bulunmadığı yönündeki görüşlerini şöyle nakletmektedir: Ona göre şer'î hükümler arasında mükellefin yapıp yapmamakta muhayyer olduğu bir iş yoktur. Şeriatta bir iş, ya yapılacaktır veya yapılmayacaktır. Yapılması ve yapılmaması eşit olan bir şey şeriatta mevcut değildir. Mükellefin bir işi yapması onun menfaatine, yapmaması da zararını muciptir. Zarar ve menfaat eşit olmayacağına göre Şari' menfaati çok olan şeyin yapılmasını, zararı çok olan şeyin de yapılmamasını emretmiştir. Dolayısıyla ne övülmeyi ne de kınanmayı gerektiren varlığı ve yokluğu bir olan mübahın bulunması imkansızdır. Mesela, ihtiyaca yetecek ve cismi telef etmeyecek kadar yiyip içmek gerekmektedir. İşte mübah denilen bir şey böyledir. Öte yandan şer'î hükümler, şahsın niyetine bağlıdır. Her iş bir maksatla yapılır. Ya sevap kazanmak veya cezadan sakınmak. Bir iş iyilik ise sevap, kötülükse cezayla neticelenir. Ebu Zehra, bu görüşleri şöyle değerlendirir. Ka'bi'nin bu görüşleri bir bakıma yerindedir. Bununla birlikte bir işi yapıp yapmamakta kişinin muhayyer olduğu şeyler yani mübah vardır. Evet, yemek mecburiyetindeyiz, fakat yiyeceğimiz şeyin çeşitlerini seçmekte serbestiz. İşte bu bir ibahadır.<sup>345</sup>

Mübahın teklifi hükümler kategorisinde yer almasını, bazıları, usulcülerin olabildiğince hükmün kısımlarını azaltmak amacıyla ve muhayyerlik hükmü “yiyiniz, içiniz” gibi talep sığasıyla konulduğundan bunu da teklifi hüküm terimi içinde mütalaa ettikleri şeklinde açıklarken<sup>346</sup> bazıları da muhayyerliğin teklifi hükümler içinde mütalaa edilmesinin müsamahaten veya ıstılah itibariyle olduğunu, ıstılahın ise inkar ve tenkit olunamayacağını belirtmişlerdir. Yahut, mübahın teklifi hükümlerden sayılışını mükellefe has bir hüküm oluşu bakımından yani, yapmakla yapmamaya icbar olunan sadece insan için, mevzu bahis olduğunu ve bu nedenle ibahanın teklifi hükümlerden sayıldığını açıklamışlardır.<sup>347</sup> Sonuç itibariyle, çoğunluğa göre, teklifi hükümler şeklindeki niteleme, bu tasnifte yer alan hükümlerin ekseriyeti ve yapılan tasvirin genel

<sup>344</sup> Dönmez, İbrahim, Kafi, “Mübah”, DİA, DİBY., İst.-2005, 30/341.

<sup>345</sup> Ebu Zehra, 47-48.

<sup>346</sup> Bkz., Gazali, 1/75; Şa'ban, 227-228.

<sup>347</sup> Bkz., Zeydan, 42.

karakteriyle ilgili olup mübahın gerçekten bir yük ve yükümlülük içermesi sebebiyle değildir.<sup>348</sup> Mutezili alimlerden Kadı Abdulcebbar da mübahın, teklifî hükümlerden olmadığını, çünkü mübah fiili işleyen failin haline itibar edilmediğini belirtmiştir.<sup>349</sup>

İleride, mübahın çeşitleri konusunda, ibahaya delalet eden üsluplara ayrıca değineceğiz. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, genel olarak mübah üç şeyden birisiyle sabit olur.<sup>350</sup> Bunlar; ya günah olduğu bildirilmekle olur ki şu ayet buna örnektir: **“Şüphesiz O, size murdar eti, kanı, domuz etini, Allah’tan başkası anılarak kesilen hayvanı haram kılmıştır. Fakat darda kalana aşırı gitmemek, haddi aşmamak şartıyla günah yoktur.”**<sup>351</sup> Ya da haram olduğuna dair bir nass bulunmamakla olur; radyo dinlemek gibi haram kılınmayan bir çok misal bulunabilir. Ya da helal olduğuna dair nass bulunmakla olur; buna da temiz şeyleri yiyip içmeyi örnek verebiliriz. Nitekim Kuran’da **“Bugün, size temiz olan şeyler helal kılındı. Kendilerine kitap verilenlerin yemeği size helal, sizin yemeğiniz de onlara helaldir.”** buyrulmuştur.<sup>352</sup>

Eşyanın mübahlığı, bunların vakit ve çeşitlerini tayin bakımındandır. Mesela, yemeğin vakit ve çeşidini seçmek mübahtır. Yemek yeme ise, hayatın devamı için zaruri bir şeydir. İnsan, istediği zaman ve istediği kadınla evlenebilir. Ancak evlenmesi matluptur. Kişi nezih bir şekilde eğlenebilir. Ancak bütün vaktini eğlenceyle geçiremez. Bu halde ibaha genel değil, özel şartlara bağlıdır.<sup>353</sup>

Şatibi, matluba yani istenilen şeye hizmeti bakımından mübahı dört kısma ayırır: Birinci kısım; yapılması istenilen bir işe yardımcı olur. Bu cüz itibariyle mübahtır, kül olarak yapılması matluptur. Yiyip, içmek ve evlenmek gibi. Bunları tamamen terk etmek doğru olmaz. İkinci kısım; terk edilmesi istenilen bir işe yardımcı olur. Bu da cüz’ itibariyle mübah olup, kül olarak terk edilmesi matluptur. Eğlence ve müzik dinleme gibi. Kişinin bütün vaktini bunlarla boşa geçirmesi ve işini gücünü bırakıp gezmesi caiz olmaz. Üçüncü ve dördüncü kısma giren mübahlar ya bir matluba yardımcı olur ya da hiçbir şeye yardımcı olmaz.<sup>354</sup>

<sup>348</sup> Bkz., İbni Kudame, *Ravdatu’n-Nazır*, 17121; Dönmez, “Mübah”, DİA, 30/341

<sup>349</sup> Bkz., Abdulcebbar, Kadı, *el-Muhit bi’t-Teklif*, el-Müessesetü’l-Mısriyye, Kahire-1965, s. 13.

<sup>350</sup> Ebu Zehra, 46.

<sup>351</sup> Bakara Suresi, 2/173.

<sup>352</sup> Maide Suresi, 5/5.

<sup>353</sup> Ebu Zehra, 46-47.

<sup>354</sup> Şatibi, 1/141-142.

Şatibi, bu son iki kısım için misal vermemiştir. Bundan anlaşılıyor ki mübah olan bir şey cüz'î bakımdan mübahdır; küll olarak mübah değildir. Bazı hal ve şartlar altında mübah olan bir şeyi toptan terk etmek veya her zaman yapmak doğru değildir.<sup>355</sup>

Genel olarak mübahın hükmü şudur: Yapılmasında da yapılmamasında da sevap veya günah yoktur; yapılıp yapılmaması eşittir.<sup>356</sup> Ancak, farzları ve sünnetleri yapmaya yardımcı olacak bir mübahı işlemeye kast eden kişiye sevap verilir.<sup>357</sup> Mesela, düşmanla savaşma hususunda vücudunu kuvvetlendirme niyetiyle beden eğitimine devam eden kimseye niyetinden dolayı sevap verilebilir.<sup>358</sup>

Usulu fıkhıta mübah, Şâri'in hitabıyla sabit olup olmaması açısından iki kısma ayrılır.<sup>359</sup>

**a) İbaha-i Şer'iyye :** Mübahlığı nassa dayalı alandır. Yani bizzat Şâri'in hitabıyla sabit olan ibahadır. "İbaha-i şer'iyye" olarak da isimlendirilen bu ibaha, aksine delil bulunmadıkça mükellefin bir şeyden yararlanıp yararlanmama veya veya fiili işleyip işlememe hususunda serbest bırakıldığını ifade eder. Bu sebeple helal olarak da isimlendirilir.<sup>360</sup>

Kuran ve sünnette geçen birçok ifade, karineye ihtiyaç duymadan izin anlamı çıkarmaya elverişli olduğu için sarih biçimde ibahaya delalet eden üsluplar arasında kabul edilir. Nasslardan, ibahaya delalet eden üsluplar çoktur.<sup>361</sup>

Bunlardan bazısı; sıkıntı, sakınca, günah ve bal olmadığı ve sorumlu tutmanın söz konusu olmadığını bildiren ifadelerdir. Birkaç örnek verelim.

*"Âmaya güçlük yoktur; topala güçlük yoktur; hastaya da güçlük yoktur...(Bunlara yapamayacakları görev yüklenmez, yapamadıklarından dolayı günahkar olmazlar.)"*<sup>362</sup> ayeti "haracın" yani zorluğun olmadığını açıkça ifade etmektedir.<sup>363</sup>

*Peygamberimiz (sav) veda haccındayken, bir adam gelip şöyle bir soru sormuş: "Ben, kurban kesmeden evvel bilmeden tıraş oldum, ne yapayım ?" Hz.*

<sup>355</sup> Ebu Zehra, 47.

<sup>356</sup> Bkz., Şaban, 254.

<sup>357</sup> Hasebellah, 390.

<sup>358</sup> Bkz., Zeydan, 59.

<sup>359</sup> Aşkar, 30; Dönmez, "Mübah", DİA, 30/342.

<sup>360</sup> Aşkar, 30.

<sup>361</sup> Bkz., Medkur, 65-80.

<sup>362</sup> Nur Suresi, 24/61

<sup>363</sup> Bkz., Şa'ban, 153; Medkur, 66; Zeydan, 58.

*Peygamber (sav) de “inhar ve la harace” yani kes bir sakınca yoktur, buyurmuşlardır.*<sup>364</sup>

Yine başka bir ayette şöyle geçmektedir. “...Eğer anne baba birbiriyle görüşerek ve karşılıklı anlaşarak çocuğu süttten kesmek isterlerse kendilerine günah yoktur.”<sup>365</sup> Yani çocuğun anne ve babası çocuğu süttten kesme konusunda fikir birliği ederlerse ve bunda çocuk için bir maslahat görürlerse bu konuda istişare ederek birleşirlerse bu takdirde onların ikisine de bir vebal, günah yoktur.<sup>366</sup> Dolayısıyla “la cünaha ve la isme” üslupları da açıkça mübahlığa delalet etmektedir.

*“Allah sizi kasıtsız yeminlerinizden dolayı sorumlu tutmaz. Lakin, kasıtlı yaptığınız yeminlerinizden dolayı sizi sorumlu tutar. Allah, ğafurdur, halimdir.”*<sup>367</sup> “Muaheze” yani sorumluluğun olmamsı, kasıtsız yapılan yemin fiiline cezanın olmadığı anlamına gelir. Yine ayetlerde geçen “ma aleyhim min sebil” ifadesiyle, özellikle hadislerde geçen “la be’s” ve “raf’ul kalem” ifadeleri ibahaya sarahaten delalet etmektedir.<sup>368</sup>

Bazı üsluplar da vardır ki ibahaya sarahaten delalet etmezler. Bunlardan başlıcaları şunlardır: İbaha anlamına geldiğine dair karineyle birlikte gelen emir siğası. *“Şafak vaktine, günün ağarması, gecenin karamasından fark edilinceye kadar yiyin için ...”*<sup>369</sup> ayetindeki emir fiiller ibahaya delalet etmektedir.<sup>370</sup> Debusi de oruçla ilgili olan bu ayetlerdeki emirlerin ibaha anlamında olduğunu örneklerle açıklamıştır.<sup>371</sup>

Karine bulunmaksızın emrin hakikat manasında olmak üzere ibahaya delalet ettiği yönündeki istisnai görüş bir yana bırakılırsa emrin vücup dışında bir manaya delaletini mecaz sayan çoğunluğa; nedb için, vücup ve nedbden her biri için veya bunların müşterek noktasını oluşturan talep için vaz’ olunduğunu, dolayısıyla ibahaya ancak mecazen delalet edebileceğini savunanlara; hatta hakikat anlamında olmak üzere vücup, nedb ve ibahayı ifade etmede müşterek olduğunu ileri sürenlere göre emir siğasından ibaha manası çıkarılabilmesi bunu gösteren bir karine bulunmasına bağlıdır.

<sup>364</sup> Buhari, İlim 46 (1/40)

<sup>365</sup> Bakara Suresi, 2/233.

<sup>366</sup> İbn Kesir, İmaduddin İsmail b. Ömer ed-Dimeşki, *Tefsiru’l-Kurani’l-Azim*, Çağrı Yay., İst.-1987, s. 1/284.

<sup>367</sup> Bakara Suresi, 2/225.

<sup>368</sup> Bkz., Medkur, 69-71.

<sup>369</sup> Bakara Suresi, 2/187.

<sup>370</sup> Bkz., Haşimi, Seyyid Ahmet, *Cevahiru’l-Belağa*, Mektebetu’l-Asriyye, Beyrut-2005, s. 72; el-Carim, Ali; Emin Mustafa, *el-Belağatu’l-Vadiha*, Müessesetu’s-Sadık, Tahran, s. 178-179.

<sup>371</sup> Bkz., Debusi, *Te’sisu’n-Nazar*, Eda Neşriyat, İst.-1990, s. 132.

Bu gibi durumların başında yasaktan sonra gelen emir yer alır. Mesela, **“İhramdan çıktığınızda avlanın.”**<sup>372</sup> ayetindeki emir böyledir. İhramlıyken avlanma yasak olduğundan bu emir siğâsından yeni bir emir değil, izin anlamı çıkar.<sup>373</sup> Bundan dolayı bazı usulcüler, “yasaktan sonra gelen emir, ibaha ifade eder”, şeklinde bir kural koymuşlardır.<sup>374</sup> Kurtûbî de yukarıdaki ayetteki emrin insanların icma ile ibahaya delalet ettiğini açık ve doğru olanın da bu olduğunu ifade etmiştir.<sup>375</sup>

Ayrıca helallik bildiren ifadeler sarih olmaksızın ibahaya delalet eder. Bunlar; yer yer sarih nitelikte olsa da sadece haramın karşıtı anlamında düşünüldüğünde mübahın yanı sıra vacip, mendup ve mekruhu da kapsayabileceği durumlarda ibahaya delaleti sarih olmaz. **“Bugün size iyi ve temiz olan şeyler helal kılındı...”**<sup>376</sup> ayeti buna örnektir.<sup>377</sup>

Vücuttan sonra gelen nehiy siğâsı da sarih olmadan mübahlığa delalet edebilir. Bu durumda çoğunluğa göre haram kılma ve bir görüşe göre mekruh kılma anlamı çıkarsa da bazı usulcüler bunun mükellefi muhayyer bırakma anlamı taşıyacağını ileri sürmüştür. Ayrıca nehiy, haramlığın veya nehyin olmadığını belirten ifadeler de kapalı bir şekilde mübahlığa delalet edebilir.<sup>378</sup> Mesela şu iki ayet buna örnek gösterilmektedir. **“De ki, Allah’ın kulları için yarattığı süsü ve temiz rızkları kim haram kıldı?!”**<sup>379</sup> Lafzen soru şeklinde gelse de nefiy manası taşımaktadır. **“Ey Peygamber! Eşlerinin rızasını gözeterek Allah’ın sana helal kıldığı şeyi niçin kendine haram ediyorsun?!”**<sup>380</sup>

Nasslarla sarahaten veya delaleten mübahlığı bildirilen ibaha-i şer’iyyeyi, böylece kısmen izah ettikten sonra, genellikle usul kitaplarında çok fazla değinilmeyen ve teklifi hükümlere de dahil edilmeyen mübahın diğer bir kısmı olan ibaha-i akliyyeye geçebiliriz.

<sup>372</sup> Maide Suresi, 5/2.

<sup>373</sup> Bkz., Medkur, 72-73; Dönmez, “Mübah”, DİA, 30/343.

<sup>374</sup> Bkz., Hasebellah, 254; Medkur, 73. Ancak yasaktan sonra gelen emrin vucub mu yoksa ibaha mı ifade ettiği konusu usulcülerin ihtilaf ettikleri bir noktadır. Şafii, Hanbeli ve bazı Malikiler ibaha ifade ettiğini; Hanefiler, Şafiilerin bir kısmı ve Malikiler de vucub ifade ettiğini söylemişlerdir. Bkz., Serahsi, *el-Usul*, 1/19; Sem’ani, 1/60-61; İbni Kudame, *Ravdatu’n-Nazır*, 2/75; Molla Hüsrev, *Mirkat*, 4; Neseî, *Menar*, 10; Zuhayli, 1/123-124.

<sup>375</sup> Kurtûbî, Muhammed b. Ahmet el-Ensârî, *el-Cami’ li Ahkami’l-Kuran*, Daru’l-Kütübi’l-İlmiyye, Beyrut-1993, s. 6/31.

<sup>376</sup> Maide Suresi, 5/5

<sup>377</sup> Medkur, 76.

<sup>378</sup> Bkz., Medkur, 76; Dönmez, “Mübah”, DİA, 30/343.

<sup>379</sup> Araf Suresi, 7/32.

<sup>380</sup> Tahrir Suresi, 66/1.



**b) İbaha-i Akliyye :** Bu kısım ibaha, nass ile sabit olmayan ibahadır. Yani, İslam'ın herhangi bir fiil hakkında sükut etmesi, yapılmasını da terk edilmesini de istememesidir. Bu çeşit ise, ibaha-i akliyye veya meskutun anı olan ibaha olarak isimlendirilir.<sup>381</sup> Şeker yemek, pamuk yatak üzerinde uyumak bu çeşit ibahaya örnektir. Bu çeşit ibaha, sahih olan görüşe göre teklifi hükümlere girmez.<sup>382</sup>

Nasslarla sarahaten veya delaleten yasaklığı bildirilmeyen şeylerin şer'an mübah olduğuna dair akli delil yanında birçok nakli delil de vardır. Bu delillerin başlıcaları, istidlal yönü hakkında görüş ayrılıkları bulunan bazı ayetlerdir.<sup>383</sup> Bu ayetlere birkaç örnek verelim:

*“O yerde ne varsa hepsini sizin için yarttı.”*<sup>384</sup>

*“Bugün size temiz ve iyi şeyler helal kılınmıştır.”*<sup>385</sup>

*“O göklerde ve yerde ne varsa hepsini kendi katından (bir lütfu olmak üzere) size boyun eğdirmiştir. Elbette bunda düşünen bir toplum için ibretler vardır.”*<sup>386</sup>

Bu konuyla ilgili Hz. Peygamber (sav)'den şöyle bir hadis rivayet edilmektedir: *“Allah yapılması gereken hükümleri farz kılmıştır, onları zayi etmeyin; bazı şeyleri de yasaklamıştır, onları çiğnemeyin; hadler koymuştur, onları aşamayın ve bazı şeylerden de unuttuğundan değil, size olan rahmetinden dolayı sükut etmiştir. Onları deşelemeyin.”*<sup>387</sup> Başka bir hadiste de *Rasulullah (sav)'a sade yağ, peynir ve firanın (yani yabani eşek veya deriden mamul elbise) hükmü soruldu. Rasulu Ekrem (sav): “Helal Allah'ın, Kitabı'nda helalligini bildirdiği; haram da Allah'ın, Kitabı'nda haramlığını bildirdiği şeydir. Kitab'ın (veya Allah'ın) söz etmediği şey de Allah'ın afuv ettiği (yani mübah kıldığı) şeylerdendir.”*<sup>388</sup> Bu hadis, haramlığı hakkında bir hüküm bulunmayan şeylerde asıl olanın helallik olduğuna delalet eder. “Allah'ın Kur'an-ı Kerim'de helal veya haram kıldığı şeyler” ifadesinden maksat, Kur'an'da açıkça bildirilen hükümler ile konulan genel hükümlerdir.<sup>389</sup>

<sup>381</sup> Aşkar, 30.

<sup>382</sup> Aşkar, 38.

<sup>383</sup> Dönmez, “Mübah”, DİA, 30/342.

<sup>384</sup> Bakara Suresi, 2/29.

<sup>385</sup> Maide Suresi, 5/5.

<sup>386</sup> Casiye Suresi, 45/13.

<sup>387</sup> Darekutni, Ali b. Ömer, *es-Sünen*, Thk. Abdullah Haşim el-Yemani, Daru'l-Marife, Beyrut-1966, s. 4/184,298.

<sup>388</sup> İbni Mace, Et'ime 60 (2/1117).

<sup>389</sup> Hatipoğlu, Haydar, *Sünen-i İbni Mace Tercemesi Ve Şerhi*, Kahraman Yay. İst.- 1983, s. 9/120-121.

Lafız olmadan ibaha hükmünü gösteren delillerden birisi, Hz. Peygamber (sav)’in bazı fiili ve tahriri sünnetleridir. Çünkü Rasulullah (sav)’ın beşer sıfatıyla yaptığı fiilleri yanında, mendubluğa veya başka şer’î hükme delalet etmeyen, Kuran’a açıklık getirme bağlamı dışındaki teşrii fiilleri ve onayları en azından mübahlık hükmünü gösterme noktasında birleşmektedir.<sup>390</sup>

Ömer Nasuhi Bilmen, “eşyada asıl olan ibahadır” kaidelerini külliyeye ek olarak almış ve örneğini şöyle anlatmıştır: “Eşyada asıl olan ibahadır, binaenaleyh bir kimse evine gittiği bir zat tarafından kendisine takdim edilen me’kulat kabilinden bir şeyi yiyebilir. “Acaba bunu helalinden kazanmış mıdır, acaba bunun semenini sahibine vermiş midir, yoksa bunu gasb mı etmiştir?”, diye bunları araştırması herhalde icab etmez; fakat o şeyin gasbedilmiş, gayrı meşru surette ele geçirilmiş olduğu bilirse o zaman ondan yiyilmesi helal olmaz.”<sup>391</sup>

“İbaha-i asliyye” denilen “eşyada asıl olan mübahlıktır” prensibi de ibaha-i akliyye kapsamına girer. Usulü fıkhıta ibaha ilkesi, özel bir delil biçiminde işletilerek edille-i şer’iyyeden istishab delili olarak karşımıza çıkmaktadır. Aksine delil bulunmadıkça bir şeyden faydalanmanın mübah olduğuna hükmedilmesi “istishabu hükmi’l-asl”, “istishabu hükmi’l-akl bi’l-ibaha” diye adlandırılır.<sup>392</sup>

Kuran’da, yeryüzünde bulunan her şeyin insanın emrine verildiğinin bildirilmesi<sup>393</sup> evlenme, yiyecek ve içecekler, ticaret, cezai sorumluluk gibi değişik alanlarda yasak ve yanlış olana işaretle yetinilmesi ve dini bildirim öncesi işlenen yasakların kapsam dışında tutulması hadislerde yer alan açıklamalarda da benzeri bir yöntemin izlenmesi, mesela, ihramlının ne giyebileceğini soran sahabiye Hz. Peygamber (sav)’in neleri giymeyeceğini belirtmesi<sup>394</sup>, dinî alanda serbestliğin asıl, kısıtlama ve yasaklamanın istisna olduğu fikrini teyit eder. “Eşyada asıl olan ibahadır” ilkesi hemen bütün fakihlerce benimsenmiştir.<sup>395</sup>

Ayrıca bazı fakihler mübah ile haram arasında bir derece olduğunu söylemişlerdir. Ve bu dereceye de “afv mertebesi” adını vermişlerdir. Onlara göre fayda ve zararı eşit olan veya failinin ne övüleceği ne de kınanacağı düşünülen bir hükmün

<sup>390</sup> Bkz., Sem’ani, 2/64; Medkur, 78-79.

<sup>391</sup> Bilmen, 1/298.

<sup>392</sup> Bardakoğlu, Ali, “İstishab” DİA, DİBY., İst-2001, s. 23/379; Hacevi, 1/145-146.

<sup>393</sup> Bkz., Casiye Suresi, 45/13.

<sup>394</sup> İbni Mace, Menasik 19 (2/997)

<sup>395</sup> Bardakoğlu, “İstishab”, DİA, 23/376-377. Eşyada asıl olanın, ibaha mı tahrim mi yoksa tevakkuf mu olacağı konusunda ilgili ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz., İbn Nuceym, 26-27; İbni Arabi, 1/13-14.

varlığı imkansızdır. Mesela Allah, içkiyi kesin olarak haram kılmadan önce bunun fayda ve zararının eşit olduğunu bildirmedığı gibi, onu bırakan kimsenin övülmeyeceğini ve içen kimsenin kınanmayacağını açıklamamış, sadece şöyle buyurmuştur: **“Sana içki ve kumarı sorarlar. De ki ikisinde de büyük günahlar ve insanlar için faydalar vardır; günahları faydalarından daha büyüktür.”**<sup>396</sup>

O halde günahı faydasından daha büyük olan bir şeyin mübah olması, failinin kınanmaması ve onu bırakan kimsenin övülmemesi mümkün değildir. Bir özür sebebiyle haram olduğunu bilmeyerek yasak olan bir şeyi işleyen kimsenin durumu da böyledir. Sözelimi, bir kimse aralarında evlenmeye mani bir mahremiyet bulunduğunu bilmeyerek bir kadınla evlense, sonra aralarında süt kardeşliği gibi bir mahremiyet olduğunu öğrense veya İslamiyet’i yeni kabul ettiği için bunun haramlığını bilmediği anlaşılırsa, o bâtil oluşu sonradan ortaya çıkan bir akitle evlenerek kadınla zifafa girmeden mazur sayılır. Fakat, nikah akdinin bâtil olduğunu öğrenmeden önceki durumuna nispetle bu fiil mübah sayılamaz. Belki günah ile mübah arasında bir mertebe teşkil eder. İşte buna “afv mertebesi” denilir.<sup>397</sup>

Özellikle Şatibi, “afv mertebesi” konusuna geniş bir şekilde yer verdiği için ondan kısaca bahsetmek yerinde olacaktır. Ona göre helal ile haram arasında bir “afv” mertebesi mevcuttur ve bunun beş teklifi hükümden birisi olduğuna da hükmedilmez. Şatibi, bu görüşünü aklî ve naklî delillerle temellendirmeye çalışır. Bu delilleri şöyle özetleyebiliriz.

1- Teklifi hükümler, mükelleflerin fiillerine ancak niyetin bulunması durumunda taalluk ederler. Kasıt bulunmadığı zaman ise taalluk etmezler. Hükümün konulması için mahal mevcut iken konulmayarak sukut edilmesi o şeyin “ma’fuvvun anı” olduğunu gösterir yani söz konusu fiilde sorgulama yok demektir.<sup>398</sup>

2- Bilhassa bu mertebeye ilgili nasslar mevcuttur. Hz. Peygamber (sav)’den şöyle rivayet edilmiştir: **“Allah yapılması gereken hükümleri farz kılmuştur, onları zayıf etmeyin; bazı şeyleri de yasaklamıştır, onları işlemeyin; bazı hadler koymuştur, onları aşmayın. Bazı şeyler hakkında da, unuttuğundan değil, size olan merhametinden dolayı sukut geçmiştir onları araştırmayın.”**<sup>399</sup> Ayrıca Kuran’ın nüzul sürecinde

<sup>396</sup> Bakara Suresi, 2/219.

<sup>397</sup> Ebu Zehra, 48-49; Zuhayli, 1/90.

<sup>398</sup> Şatibi, 1/40

<sup>399</sup> Bkz. Darekutni, 4/184,298.

Rasullah (sav)’a gereksiz sorular sorulmamasını içeren ve hakkında özel açıklama yapılmayan hususlarda Allah’ın kullarını muaf tuttuğunu bildiren ayet<sup>400</sup> ve hadislerle de açıklamıştır.<sup>401</sup>

3- Afv mertebesine kısmen delalet eden başka deliller de şeriatte içtihat konusunda yapılan hataların affedildiğine dair nasslardır. **“Allah seni affetti. Fakat doğru söyleyenler sana iyice belli olup sen yalancılara bilinceye kadar onlara niçin izin verdin.”**<sup>402</sup> **“Allah tarafından önceden verilmiş bir hüküm olmasaydı, aldığınız fidyeden ötürü size mutlaka büyük bir azap dokunurdu”**<sup>403</sup> (Tefsircilere göre ayette geçen ve hüküm manasına gelen “kitap”tan maksat, içtihat hata eden müçtehide azap edilmeyeceği hükmüdür.)<sup>404</sup> Usulcülerin de genişçe üzerinde durdukları gibi Fıkıhta içtihat konusunda yapılan hatalar affedilmiştir. Hz. Peygamber (sav), hakkında bir hüküm inmeyen konularda çok soru sorulmasını asli beraat hükmüne binaen iyi karşılamazdı. Asli beraatla, fiiller af kapsamına giriyorlardı. Nitekim bir hadisinde Hz. Peygamber (sav); **“En büyük cürüm işleyen insan, haram olmayan bir şey hakkında soru soran ve bu sorusu yüzünden o şeyin haram kılınmasına sebep olan kimsedir.”** buyurmuşlardır.<sup>405</sup>

Şatibi, bu delilleri verdikten sonra şöyle bitirmektedir: “Bunlar göstermektedir ki, mükellefleri fiilleriyle ve hükümleriyle ilgili soru sormanın pek iyi karşılanmadığı bir kısım bulunmaktadır. Bu da onun “ma’fuvvun anı” olmasını gerektirir. Bu halde afv mertebesi sabittir ve bunlar beş teklifi hüküm içinde yer almamaktadırlar.” Ve ma’fuvvun anı kapsamına giren diğer hususları saydıktan sonra konuyu, bazı olayların Allah’ın hükmü dışında kalmasının mümkün olup olmadığı meselesiyle de bağlantılı olarak geniş bir biçimde anlatmaktadır.<sup>406</sup>

Serbest bırakılan alan içerisinde, ibaha alanıyla birlikte Kuran ve Sünnet’in lafız ve manasından hareketle, nassın bulunmadığı yerlerde çeşitli metotlar kullanarak şer’î hüküm hakkında zannî bilgiye ulaşma çabasını ifade eden içtihat alanı bulunmaktadır. Şimdi bu alanı izah edelim.

---

<sup>400</sup> Bkz. Maide Suresi, 5/101.

<sup>401</sup> Bkz. Şatibi 1/140

<sup>402</sup> Tevbe Suresi, 9/43.

<sup>403</sup> Enfal Suresi, 8/68.

<sup>404</sup> Heyet, *Kuran’ı Kerim ve Türkçe Açıklamalı Meali*, TDV. Yay., 1992, s. 184.

<sup>405</sup> Ebu Davud, Sünne 6 (5/16)

<sup>406</sup> Şatibi, 1/143-153.

## 2. İctihat Alanı :

a) **İctihadın Tarifi ve Kapsamı:** İctihat kelimesi, sözlükte “güç, sıkıntı, çalışma” gibi anlamlara gelen “chd” kökünden türemiş iftial kalıbından mastar bir kelimedir. Belli bir gayret ve güç gerektiren hususlarda hedefe ulaşmak için elden gelen gayreti göstermek anlamına gelmektedir.<sup>407</sup>

Bir hukuk terimi olan icthah kavramı için, birçok tarif yapılmaktadır. Mesela, Malik b. Enes(ö.179/795)'in “icthah” kavramını rivayetler (Kuran ve Sünnet)de ve icmada hükmü bulunmayan ve karar yetkisi devlet başkanına havale edilen meseleler hakkında devlet başkanının, öngördüğü maslahatlar çerçevesinde verdiği hükümler anlamında kullanıldığı anlaşılmaktadır.<sup>408</sup>

Şafii(ö.204/819)' ye göre ise icthah kıyastır. Kıyas ise, bazı delillerden hareketle, Kitap ve Sünnet'e uygun olan hükmün araştırılmasıdır.<sup>409</sup>

Hanefi usulcülerinden olan Cassas (ö. 370/980), icthadı, “hakkında Allah'ın açık bir delili bulunmayan hadiselerin hükümlerini öğrenmek için gösterilen çabalar” olarak tarif eder.<sup>410</sup>

Zahiri mezhebinden olan İbni Hazm (ö. 456/1064) ise icthadı sadece nassları anlama faaliyeti olarak görmekte ve “bir meselenin hükmünü, Kuran ve sahih Sünnet'in nasslarından araştırmadır.” şeklinde tarif etmiştir.<sup>411</sup>

Dolayısıyla yapılan tariflerin ortak noktalarını dikkate alarak icthah hakkında, “bir müctehidin şer'î delilleri tespit etmek, onları Şari'in muradına uygun olarak anlamak ve zaman içerisinde meydana gelen hadiseler hakkında şer'î hükmün ne olduğuna dair bir kanaate ulaşabilmek için elinden gelen gayreti göstermesidir.” şeklinde tarif edilebilir.<sup>412</sup>

İslam'da Kuran ve Sünnet, dinî hükümlerin asli iki kaynağı ve belirleyicisi olmakla birlikte bunların kabulü, anlaşılması ve yorumlanması akılla mümkündür. Bu sebeple akıl ve nakil birbirini dengeleyen bir işlev ve öneme sahip olmuş, icthah da nakil karşısında aklın bu işlevini temsil eden kavramlar arasında merkezi bir yer işgal etmiştir. Kıyas, re'y, istidlal, istinbat, fıkıh gibi yakın içeriklere sahip kavramlarla

<sup>407</sup> İbni Manzur, 3/133.

<sup>408</sup> Bkz., Malik b. Enes, *el-Muvatta*, Çağrı Yay., İst-1992, Cihad 11 (2/457).

<sup>409</sup> Bkz., Şafii, *er-Risale*, (Çev. Abdülkadir Şener, İbrahim Çalışkan), TDV. Yay., Ank.-1996, s. 257.

<sup>410</sup> Cassas, *el-Fusul*, 4/11.

<sup>411</sup> İbni Hazm, 2/629.

<sup>412</sup> Bkz., Erdem, *İctihat Felsefesini Filolojik Temelleri*, 21.

birlikte içtihat, nassların lafız, mana ve bilinçli boşluklarında gizli şer'î-amelî ahkâmı ortaya çıkarmaya yönelik beşeri çabayı ifade eder. Bu çabayı gösteren kimseye “müçtehit”, hakkında içtihat edilen konuya da “müçtehedün fihi” denilir.<sup>413</sup>

İçtihadın, üç safhalı bir alanı vardır. Birincisi, şer'î delilleri tespit etme safhasıdır. Bu safha hazırlık safhası olarak kabul edilebilir. Tarihte Kuran'ın ve Sünnet'in tedvini bugün için ise özellikle Sünnet'in sıhhatinin araştırılması, bir problem hakkındaki delili tespit çalışması olarak kabul edilebilir. İkincisi, tespit edilen şer'î delilleri, Şâri'in muradına uygun olarak anlamaya çalışma safhasıdır. Bu kısım da iki aşamalı bir çalışmayı gerektirmektedir. İlki, Şâri'in ne dediğini anlamaya çalışma aşamasıdır ki, bunda nassların dili ve o dilin nevi şahsına münhasır özellikleri esas alınır. Diğer ise, Şâri'in ne demek istediğini anlamaya çalışma aşaması olup, bunda ise metin dilinin yanında, ayet ve hadislerin nüzul ve vürud sebepleri, metnin ilk muhataplarının üzerinde yaşadığı coğrafya ve sosyal arka plan gibi metin dışı unsurlar da dikkate alınır. Bu çalışma bir anlamda içtihadın imal safhasıdır. Üçüncüsü ise, karşılaşılan problemlerin şer'î hükmünü tespit etme safhasıdır.<sup>414</sup>

İçtihat faaliyeti, lafzın zahirî manasının anlaşılması çabasıdır. Lafzın mana ve amacının anlaşılması ve nassların bıraktığı boşlukların aynı sistem içerisinde tamamlanması çabasına kadar uzanan geniş bir alanda söz konusu olmakta ve yelpazenin bir ucunda İbn Hazm gibi lafzın zahirinden anlaşılmanın dışında bir mana aramayan katı lafzî yorum taraftarları, diğer ucunda ise Necmettin et-Tufi gibi lafzı ihmal pahasına anlam ve amacı dikkate almanın gereğine inanan gâî yorumcular bulunmaktadır. Ehli sünnet ve mutezile içindeki ekol ve eğilimler de bu iki nokta arasındaki çizgide belli aralıklarla yer alır. Şafii'nin bütün içtihat faaliyetini kıyastan ibaret gören yaklaşımı İbn Ebu Hureyre gibi birkaç usulcü hariç bizzat kendi takipçileri tarafından da kabul görmemiştir. Usulcülerin çoğunluğuna göre içtihat, hem kıyas işleminde olduğu gibi bir asla irca edilebilen şeyi hem de bir asla irca edilemeyen şeyleri ifade için kullanıldığından kıyastan daha geneldir. Buna göre her kıyas bir içtihatdır. Fakat her içtihat bir kıyas değildir. İçtihadın kıyastan daha genel olduğu kabul edilmekle birlikte ne tür zihni çabaların içtihat kapsamında yer alacağı konusu tartışmalıdır. Tartışma özellikle lafzın dil bakımından anlaşılmasının içtihat sayılıp sayılmayacağı konusu ile hikmet ve maslahat merkeze alınarak yapılan, istihsan ve

<sup>413</sup> Apaydın, H. Yunus, “İçtihad”, DİA, DİBY, İst-2000, s. 21/432.

<sup>414</sup> Erdem, *İçtihat Felsefesinin Filolojik Temelleri*, 21.

istislahın içtihat kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusu etrafında cereyan etmektedir.<sup>415</sup>

Netice olarak şunu söyleyebiliriz: İctihadın tarif ve şumulü üzerindeki ifadeler Şafii’de olduğu gibi, zaman; İbni Hazm’da olduğu gibi, mezhep ve benzeri faktörler ile farklı olagelmıştır. Tatbikatte “dini anlamak ve ameli hayata tatbik etmek” şeklinde özetleyebileceğimiz içtihat iki farklı sahada cereyan etmiştir. Birincisi; nasların bulunduğu zaman ve yerlerde onları anlamak, sözlerin maksat ve medlullerini tayin etmek usul ve yolları ile diğeri ise; nasların bulunmadığı yerde kıyas, istihsan, maslahat, istishab ve benzeri yollar ile.<sup>416</sup>

**b) İctihadın Gerekliliği: İslam** Hukukunun asıl ve ilk kaynağı, Kuran’dır. Kuran, genel kaideler koymaktadır. Ayrıntılara fazla girmemektedir. Sadece bazı meselelerde mesela evlenme, boşanma, miras meseleleri, evlenilmesi yasak olan hanımlar ve bazı suçların cezaları gibi konularda detaya inmektedir. İslam’ın ikinci kaynağı olan sünnet ise, Kuran’ın pratiğe nasıl aktarılacağını gösteren en sağlam bir örnek olmakla beraber, beşeri hadiseleri lafzıyla ihata edememektedir. Dolayısıyla, İslam’ın temel kaynaklarında olması muhtemel hadiseler, teker teker zikredilerek onlarla ilgili şer’i hükümler açıkça bildirilmemiştir.<sup>417</sup> Bu sebeple içtihadı ihtiyaç duyulmaktadır.

Bu konuda Cuveyni (ö.478/1085),’nin şöyle dediği nakledilmektedir: “Hüküm ve fetvaların onda dokuzu hakkında açık nass bulunmadığı için re’y ve istinbat yoluyla elde edilmiştir.”<sup>418</sup>

Şehristani (ö. 548/1153) ise, içtihadın gereğini şöyle ifade etmiştir: “Kesin olarak biliyoruz ki gerek ibadetler ve gerekse tasarruflar alanında olaylar sayılmayacak kadar geniş ve çoktur. Yine kesinlikle biliyoruz ki her hadise için bir nass gelmemiştir. Zaten bu tasavvur edilemez. Nasslar sınırlı, vakıalar ise sınırsız olunca, sınırlı olan sınırsızı içine alamayacağına göre içtihat ve kıyas gereklidir.<sup>419</sup> Bu nedenle İslam Hukukçuları sınırlı naslarla sınırsız problemlere cevap verebilmenin ancak içtihatla mümkün olduğu konusunda birleşmişlerdir.

<sup>415</sup> Apaydın, “İctihat”, DİA, 21/436.

<sup>416</sup> Bkz., Karaman, Hayrettin, *İslam Hukukunda İctihat*, DİBY., Ank.-1975, s. 22.

<sup>417</sup> Bkz., Umeri, Nadiye Şerif, *el-İctihat fi’l-İslam*, Müessesetu’r-Risale, Beyrut-1986, s. 256-257; Erdem, *İctihadFelsefesinin Filolojik Temelleri*, 63-64.

<sup>418</sup> Karaman, *İslam Hukukunda İctihat*, 27.

<sup>419</sup> Şehristani, Ebu’l-Feth Muhammed b. Abdülkerim, *el-Milel ve’n-Nihal*, Daru’l-Kütubi’l-İlmiyye, Beyrut-1990, s. 1/210.

İçtihat ihtiyacı yazılı kanunlara sahip olan hukuk sistemlerinin tamamı için söz konusudur. Çünkü kanunlar ne kadar itina ile yapılırsa yapılsın, ne kadar çok ihtimal dikkate alınır alınsın, bir müddet sonra hatta hemen yetersiz kaldığı noktalar ortaya çıkabilir. Bu durumda hukukçular kanunun ruhundan hareketle birtakım açıklama ve yorumlar yapmaya ihtiyaç duyarlar. Tabii ki bu açıklama ve yorumlar hakimlerin hukuk nosyonlarıyla ve özel kabiliyetleriyle paralellik arz eder. Beşerî hukuk için söz konusu olan içtihat ihtiyacı, temeli vahiy olan İslam Hukuku için de geçerlidir. Ancak, beşeri hukukta içtihadı ihtiyaç duyulması, insan bilgisinin yetersizliğinin bir sonucudur. İslam Hukukunda ise asıl kanun koyucu Allah yetersizlikten münezzehtir. Bu sebeple İslam Hukukunda bazı konuların içtihadı havale edilmesi İlâhi rahmetin bir tecellisi olarak kabul edilebilir. Nitekim Peygamberimiz (sav)’in hakkında nass bulunmayan hususlarda soru sormayı yasaklaması<sup>420</sup> ve Ehli Sünnet anlayışında müçtehitlerin içtihadı ihtilaflarının geniş bir nimet sayılması da bu bakış açısının bir yansımasıdır.<sup>421</sup>

İçtihadı olan ihtiyaçla birlikte içtihat görevini üstlenecek kişilere de ihtiyaç vardır. Tahir b. Aşur, bu konuyu şöyle ifade etmektedir: “İslam ümmeti, İslam Hukukunu doğru anlayacak basiretli, hükümlerinde gözettiği gayeleri kavrayabilecek dirayete sahip, ümmet içerisinde ihtiyaç duyulan konuları yakından bilen, ümmetin büyüklüğünü sürdürmek, açıklarını kapamak, çatlaklarını sıvayarak gidermek için, meselelere el atan, onu güçlendirecek, ona yardımcı olacak gerekli güç ve kuvvete sahip, büyük ilim adamlarına muhtaçtır.”<sup>422</sup>

**c) İçtihadın Şartları :** Ehli sünnet anlayışına göre İslam Hukukunda içtihat faaliyeti hukuk nosyonuna sahip bir hukukçunun sadece zihinsel aktivitesinden ibaret değildir. Bilakis, Cenabı Allah’ın muradını anlama ve açıklama gibi daha ciddi bir boyuta sahiptir. Bu nedenle usulcüler içtihadın konusu ve içtihat yapacak kişi hakkında bazı şartların bulunması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. İçtihadın konusu hakkında; dinî bir hüküm olması, ameli olması, problem hakkında kesin bir delilin bulunmaması şeklinde şartlar aramışlardır.<sup>423</sup> İçtihat konusu, itikadiyattan ve sarîh kat’î nasslar ile

---

<sup>420</sup> Buhari, İ’tisam 8 (8/148)Bu hadiste şöyle buyrulmaktadır: “Ben size bir şey söylemediğim müddetçe bana soru sormayınız. Çünkü sizden öncekiler, peygamberlerine karşı soru ve ihtilafları sebebiyle helak olmuştur. Size bir şeyi yasakladığım zaman ondan kaçının, bir şeyi emrettiğim zaman da gücünüzün yettiği kadar onu yapın.”

<sup>421</sup> Erdem, *İctihad Felsefesinin Filolojik Temelleri*, 64-65.

<sup>422</sup> İbni Aşur, 196-197.

<sup>423</sup> Bkz., Cassas, *el-Fusul*, 4/11-13;Umeri, 49-53;Zühayli, 2/1052-1054;Hallaf, 9-12;Erdem, *İctihad Felsefesinin Filolojik Temelleri*, 71.



sabit ibadetlere vs.'ye müteallik hükümlerden hariç kılınmıştır. Çünkü bu gibi aslı hükümler kat'îdir, sabittir, içtihadı mahal değildir. Dinî hüküm olması demek aklî ve hissî olan hükümlerden olmaması anlamındadır. Çünkü onları anlamak hususundaki mesai bir içtihadî fikhi değildir.<sup>424</sup>

İçtihat, konuyla ilgili nassın bulunmaması veya karşılaşılan fikhi meseleyi doğrudan düzenleyen fakat farklı biçimde anlaşılmaya müsait bir nassın bulunması durumunda söz konusu olur ve işlev yüklenir. Bunun için de, hakkında kesin delil bulunan meseleler, doğrudan içtihadı açık olmamakla birlikte ayrıntıları içtihadı açık olabilir. Mesela, abdestin su ile sahih olacağı konusunda görüş birliği bulunmakla birlikte gül suyu vb. sıvılarla abdest almanın caiz olup olmadığı; şarabın haramlığı sabit olmakla birlikte necis olup olmadığı; Cuma namazının farz olduğu kesin olmakla beraber edası için devlet başkanının iznine gerek bulunup bulunmadığı, nikahın meşruluğu kesin olmakla birlikte akit anında şahitlerin bulunmasının şart olup olmadığı tartışmalıdır.<sup>425</sup>

Mecelledeki “mevridi nassta içtihadı mesağ yoktur.”<sup>426</sup> kuralı da esasen içtihadın sadece hakkında nass bulunmayan konularda değil ayrıca hükmü doğrudan ve açıkça belirtilmemiş konularda değil ayrıca hükmü doğrudan ve açıkça belirtilmemiş konularda olabileceğini ifade etmektedir.<sup>427</sup>

Burada “nass varken içtihat yapılmaz.” kuralındaki “nass” kavramını subutu bakımından sahih, delalet bakımından açık olan Kuran ve Sünnet metni olarak anlamak gerekir. Yoksa nassların sübutu veya delaletinde zannilik bulunursa, burada nassın tespiti, anlaşılması ve olaya tatbiki bakımında içtihat söz konusu olur.<sup>428</sup>

İçtihatla ilgili bilgileri çoğaltmak mümkün olmakla beraber, asıl meselemiz bu konu olmadığı için bu kadarıyla yetineceğiz. Ayrıntılı bilgi için bu konuda yazılan müstakil eserlere müracaat edilebilir. Artık beşerî hukuktaki içtihatla, İslam Hukukundaki içtihat arasında bir mukayese ile bu konuyu bitireceğiz.

Hayrettin Karaman diğer hukuk sistemlerindeki içtihat anlayışıyla İslam Hukukundaki içtihat arasında şöyle bir mukayese yapmıştır:

---

<sup>424</sup> Bilmen, 1/242.

<sup>425</sup> Apaydın, “İçtihat”, DİA, 21/437.

<sup>426</sup> Berki, Mecelle, Madde 13, s. 20.

<sup>427</sup> Bkz., Pekcan, Ali, “Mevrid-i Nassta İctihada Mesağ Yok (mu?) dur.”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi* 2, Serhat Ofset Mat., Konya-2003, s. 69-84.

<sup>428</sup> Bkz., Umeri, 53.

“Gerek Avrupa Kıt’a Hukukunda ve gerekse Anglo-Sakson memleketler hukukunda yer verilmiş olan içtihat faaliyeti, birisi hakimin yaptığı mahkeme içtihadı diğeri de hukukçuların yaptığı ilmi içtihatlar olmak üzere iki kısımda mütalaa edilmiştir. Memleket hukuklarında içtihada verilen yer aynı keyfiyet ve ölçüde değildir. Özellikle mahkeme içtihatları bakımından üç farklı hukuku düzeni tespit edilmiştir: Birincisi; mahkeme içtihatlarına yer vermeyen hukuk nizamları. Prusya Devletlerinde olduğu gibi. İkincisi; mahkeme içtihatlarına çok geniş bir yer veren hukuk nizamları. İngiltere Hukuku gibi. Üçüncüsü; Türkiye gibi.

Mukayese bu açıdan ele alındığında Kitap ve Sünnet nasslarını kanunlara benzetir, hakimin içtihadını, bunların tefsiri ile nassların bulunmadığı yerde çeşitli metotlarla boşluğu doldurmak için hüküm istinbatı şeklinde telakki edersek “İslam içtihat nizamı” üçüncü çeşit hukuk nizamına benzer. Mecelle’ye kadar İslam’da hükme esas teşkil edecek kanunların Kitap, Sünnet ve fıkıh kitaplarından çıkarılarak tedvin edilmediğini göz önüne alırsak bu takdirde Anglo-Sakson Hukuk nizamıyla bir benzerlik bahis mevzuudur.

Mukayeseyi içtihat faaliyeti bakımından ele alırsak; hukuk ilmi çalışmalarını, kanun şerhlerini, hukuki tahlilleri, tenkit ve islah projelerini içine alan ilmi içtihatlar İslam Hukuk alimlerinin kavaid, eşbah-nezair kitapları ve fıkıh usulü çalışmalarıyla paralellik gösterir. Ancak işaret etmek gerekir ki ilmî içtihatlar kanun vasfında değildir ve hakimi bağlamaz. Türkiye, İsviçre Fransa vb. hukuklarında mahkeme içtihatları da hakimi bağlamaz. Fakat hakim, hükümlerinde ilmi içtihatlardan ve kazai kararlardan istifade eder.

Ancak İslam Hukuk düzeninde, her hakim müçtehit değildir. Hakim müçtehitse onu diğer müçtehidin kararı bağlamaz ve içtihadı başka bir içtihat ile nakzedilemez.<sup>429</sup> Hakim müçtehit değilse bu takdirde tâbi bulunduğu müçtehidin ilmi ve kazai kararlarıyla bağlıdır. Bu hüküm ve kararlar onun için kanun vasfındadır.

İslam Hukukunda tefsir ve kıyas kaideleri diğer düzenlerden çok daha teferruatlı olarak ele alınmış. Gerek nassların lafız ve ruhlarıyla anlaşılıp tatbik edilmesi, gerekse boşlukların doldurulması açık kurallara bağlanmıştır.<sup>430</sup>

Görüldüğü gibi İslam Hukukunda, hükmün kaynağı olan Allah, mükelleflere ibaha ve içtihat yollarıyla serbest bir hareket alanı bırakmıştır. Ancak, bu durum,

<sup>429</sup> Bkz. Berki, Mecelle, Madde 16, s.21.

<sup>430</sup> Karaman, İslam Hukukunda İctihat, 23-24.

insanları başı boş bırakma anlamında, kendi hallerine terk etme anlamında değildir. Gerek içtihatta, gerekse içtihadı yapacak kimsede belli şartlar ve kayıtlar konularak gayet titiz davranılmıştır. İnsanın yaptığı bütün fiiller hakkında Şâri'in bir hükmü olup olmadığı bağlamında meskutun anh'in varlığının kabulünde ihtilaf vardır. Şimdi meskutun anh'in kanun boşluğuyla irtibatı ve daha sonra da meskutun anh'in varlığını kabul edenlerle etmeyenlerin delillerine geçelim.

#### **IV. Meskutun Anh'in Kanun Boşluğuyla İrtibatı**

Bilindiği gibi İslam Hukukunda, kanun fikrine dayalı hukuk metodolojisi çalışmalarına imkan hazırlamış bulunan metinler “nass” adı verilmektedir. Nass denince genellikle Kitap ve Sünnet birlikte kast edilir. Yazılı hukuk sistemlerinde olduğu gibi İslam Hukukunda da asıl kaynak nasslardır. Bir hukuki olay hakkında nassın varlığı halinde re'y yoluna gidilmeyeceği İslam Hukukçuları'nın hassasiyetle üzerinde durduğu bir noktadır.<sup>431</sup>

Bununla birlikte hayat olaylarının sınırsız, nassların ise sınırlı bulunduğu usulcüler tarafından genellikle kabul edilmektedir. Aynı şekilde hiçbir hukuki olayın hükümsüz bırakılmayacağına da prensip olduğu, sahabenin hakkında nass yok diye hiçbir olayı hükümsüz bırakmadığı, bu prensibin sahabe, tabiun ve sonraki nesillerde geçerliliğini aynen koruduğu, hatta fıkıh kitapları içindeki mevcut çözümlere bakıldığında bunların onda dokuzunun nassların kapsamına katılmayacak hükümler olduğunun müşahade edileceği yine usulcüler tarafından belirtilmektedir.<sup>432</sup>

İbaha-i akliyye kısmında da bahsettiğimiz gibi nassın sustuğu alana “meskutun anh” denilmektedir. Kuran özellikle de muamelatta olmak üzere gereğini beşer zekasına havale ettiği bir alan bırakmıştır (Meskutun anh, kanun boşluğu) . Kuran yetiştirdiği ümmetin ahlaki terbiyesine de itimat ederek israf ölçüsüne varan her türlü davranış ve tasarruflarla ilgili kanunlar koyma ve böylece beşer zekasına bırakılan daraltma yoluna gitmemiştir. Hayat için zaruri olan hükümleri koymuş, helal ve haramları belirtmiş, birçok konularda da sukut etmiştir.<sup>433</sup>

---

<sup>431</sup> Dönmez, “İslam Hukukunda Müçtehidin Nasslar Karşısındaki Durumu ile Modern Hukuklardaki Hakimin Karşısındaki Durumu Arasında Bir Mukayese”, *Marmara Üniv. İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Bayrak Yay., İst-1986, s. 4/27-28.

<sup>432</sup> Bkz, Dönmez, “İslam Hukukunda Müçtehidin Nasslar Karşısındaki Durumu”, 4/27-28; Hallaf, 157-159; Köksal, 134-135.

<sup>433</sup> Bkz., Erdoğan, Mehmet, *İslam Hukukunda Ahkâmın Değişmesi*, MÜİFV. Yay., İst-1990, s. 42.

Kuran, meselelerin lüzumsuz sorularla zorlaştırılmamasını istemiştir. Mesela şu ayet bunu göstermektedir: **“Ey iman edenler, açıklanırsa hoşunuza gitmeyecek olan şeyleri sormayın. Eğer Kuran indirilirken onları sorarsanız size açıklanır. Allah onları affetmiştir. Allah çok bağışlayıcıdır, aceleci değildir. Sizden önce de bir toplum onları sormuş, sonra da bunları inkar eder olmuştur.”**<sup>434</sup>

Elmalılı, bu ayeti şöyle tefsir etmiştir: “Anlaşıyor ki bunlar, haber verilmesi ve açıklanması sahiplerini rezil edecek olan gizli sırlar veya sorulması edepsizlik ve terbiyesizlik olan münasebetsizlik, faydasız veya mânâsız şeyler kabilinden haberlere ilişik sorular, yahut derinleştirilmesi, güç yetirilemeyecek birtakım meşakkatli teklifleri gerektirecek duyulmamış şeylerle ilgili sorulardır. İsrailoğulları peygamberlerine birtakım şeyler sorarlar, sonra tutmazlar, yok olurlardı. Bundan dolayı, müminler de bu kafirler gibi olmamalı, onların mesleğine sarılmamalı, aynı şekilde cahiliye uydurması asılsız çirkin şeylerden vazgeçmelidirler.”<sup>435</sup> Bazıları, bu ayetle, nevazil yani vukuu muhtemel olan olayların vukuundan evvel hükmünü sormanın haram olduğu şeklinde istidlal etmişlerdir. Ancak bu doğru değildir, çünkü soru, dinde derinleşmenin yollarındandır. Aslında ayet, açıklandığında hoşla gitmeyecek olan şeylerin sırlarıyla ilgili soru sormayı yasaklamıştır.<sup>436</sup> Cassas ise, bu ayetteki **“Allah onları affetmiştir ”** ifadesini, soru sormayı terk etmenin mübahlığı konusunda afvın bir kolaylaştırma ve genişlik olduğunu söylemektedir.<sup>437</sup> Konuyla ilgili Hz. Peygamber (sav)’den rivayet edilen birkaç hadis de şöyledir: **“Ben size bir şey söylemediğim müddetçe bana soru sormayınız. Çünkü sizden öncekiler, peygamberlerine karşı soru ve ihtilafları sebebiyle helak olmuştur. Size bir şeyi yasakladığım zaman ondan kaçının, bir şeyi emrettiğim zaman da gücünüzün yettiği kadar onu yapın.”**<sup>438</sup>

**“Allah yapılması gereken hükümleri farz kılmıştır, onları zayi etmeyiniz; bazı şeyleri yasaklamıştır, onları çiğnemeyiniz; bazı şeyler hakkında da unuttuğundan değil, size olan merhametinden dolayı sukut etmiştir, onları da deşelemeyiniz.”**<sup>439</sup> Hadis, farklı şekillerde de rivayet edilmiştir.<sup>440</sup>

<sup>434</sup> Maide, 5/101-102.

<sup>435</sup> Elmalılı, 3/347-348.

<sup>436</sup> el-Kiya el-Herrâsî, 3/116.

<sup>437</sup> Bkz., Cassas, *Ahkam*, 2/485.

<sup>438</sup> Buhari, İ'tisam 8 (8/148).

<sup>439</sup> Bkz., Darekutni, 4/184,298.

<sup>440</sup> Bkz.,İbni Mace, Et'ime 60 (2/1117).

Ayrıca başka bir hadiste ise, **“Helal olan şeyler bellidir. Haram olanlar da bellidir. Fakat helal ile haram arasında bir takım şüpheli şeyler vardır ki bunları (helal midir, haram mıdır?) çok kimseler bilemezler. Kim bu şüpheli olanlardan sakınırsa dinini ve namusunu korumuş olur. Kim de şüpheli olanlara dalarsa sonunda harama dalar.(Bunun durumu) koruluğun etrafında sürüsünü otlatan çoban gibidir ki koruluğa dalması pek uzak değildir. Dikkat edin! Her sultanın bir koruluğu vardır. Allah’ın koruluğu ise, haram kıldıklarıdır. Dikkat edin vücutta bir et parçası vardır ki, o iyi olduğunda vücudun tamamı iyi olur. O bozulduğu zaman vücudun tamamı bozulur. Haberinizi olsun! O, kalptir.”**<sup>441</sup> buyrulmaktadır. Aslında bu hadis, araştırmamızın asıl konusu açısından çok büyük bir öneme sahiptir. Çünkü hükmün çeşitleri bu hadiste özetlenmektedir. Bu sebeple hadis şerhçilerinden olan Aynî (ö.855/1451), bu hadisi şerh ederken İmam Nevevi’yi de refere ederek özetle şu mütalaada bulunmuştur:

Hükümler üç çeşittir: 1) Helal olduğu gizli olmayan açık helaller. Mesela, ekmek yemek, konuşmak, yürümek... 2) Açık haramlar. İçki içmek, zina yapmak, yalan söylemek gibi... 3) Helale ve harama benzeyenler. Bu da helal ve haram olduğu açık olmayanlar anlamındadır. Bu sebeple insanlardan çoğu bunu bilemezler. Müctehit alimler; nass, kıyas, istishab veya başka yollarla bilebilirler. Bir şeyin helalliği ve haramlığı arasında şüphe varsa ve bu konuda nass veya icma da yoksa müctehit o mesele hakkında içtihat eder. Ve onun helalliği ve haramlığına dair şer’î delillerden birisine ilhak ederek hüküm verir. Müctehidin o konudaki delili de ihtimalden hali olmayacağı için verâli davranış yani şüphe ihtimalinden en uzak olan uygun davranış onu terk etmektir. Müctehit için de o konuda bir hüküm zahir olmuyorsa yani o meselenin hükmü şüpheliyse bu durumda hangi hükmün yani helallik veya haramlık ya da tevakkuf gibi bir hükmün verileceği konusu tartışmalıdır. Bu da İslam gelmeden önceki şeylerin dinî hükmü hakkındaki tartışma gibidir.<sup>442</sup>

<sup>441</sup> Bkz., Buhari, İman 39 (1/19).

<sup>442</sup> Bkz., Aynî, Bedruddin Ebu Muhammed Mahmut b. Ahmet, *Umdetu’l-Kârî Şerhu Sahihi’l-Buhari*, Daru İhyai’t-Turasi’l-Arabi, Beyrut, s. 1/299-302. Bu hadis hakkında benzer bilgiler için ayrıca bkz., İbni Hacer, Ebu’l-Fadl Şhabuddin el-Askalânî, *Fethu’l-Bârî Şerhu Sahihi’l-Buhari*, el-Mektebetu’l-Asriyye, Beyrut-2001, s. 1/167-181; Kastallânî, Şihabuddin Ebi’l-Abbas Ahmet b. Muhammed, *İrşadu’s-Sârî Şerhu Sahihi’l-Buhari*, Daru’l-Kütübi’l-İlmiyye, Beyrut-1996, s. 1/209-210; Zebidi, Zeynuddin Ahmet b. Ahmet b. Abdillatif, *Sahihi Buhari Muhtasarı Tecrid-i Sarih*, (Çev. Kamil Miras), DİBY., 6. baskı, Ank.-1982, 6/345.

Sapıtmak ve unutmaktan münezzehtir olan cenabı Allah,<sup>443</sup> böylece Kuran'da birçok konuya temas etmeyerek, beşer zeka ve kabiliyetlerine, ilim ve tecrübelerine terk etmiştir. O'nun bu büyük lütfu aynı zamanda da Kuran'a esneklik kazandırmıştır.<sup>444</sup>

Şatıbi'ye göre Şari'in hüküm koymayarak sukut geçmesi iki şekilde düşünülebilir.

1) Hükümün konulmasını gerektirecek "esbabı mucibe" henüz yoktur. Bu yüzden sukut edilmiştir. Nevazil denilen teşri döneminden sonra meydana gelen olaylar gibi. Bu gibi durumlarda boşluklar, İslam'ın genel prensipleri doğrultusunda olmak kaydıyla içtihatla doldurulmaya gidilecektir.

2) Hükümün konulmasını gerektirecek "esbâb-ı mûcibe" olduğu halde sukut edilmiş olabilir. Yani teşri' döneminde mevcut olaylar hakkında sukut edilmişse, sukut edildiği haliyle o şey kabul edilmiş demektir. Onun üzerine bir ziyadelik ya da noksanlık getirilemez. Şükür secdesini örnek veren Şatıbi, İmam Malik'in Hz. Peygamber (sav) zamanında gerektirici olaylar olmasına rağmen böyle bir secde ile emredilmeyişi, ya da bizzat Hz. Peygamber (sav)'in yapmayışi gerekçesiyle, Hz. Ebu Bekir (ra)'den şükür secdesi yaptığına dair gelen rivayeti, "nass" hükmünde olan Şârî'in sukutuna muhalif saydığı için kabul etmediğini belirtir.<sup>445</sup>

İbni Aşur ise, hukukun gayesinin teşri' sırasında ayrıntıdan kaçınmak bulunduğunu, İslam Hukukunun genel ve sürekli olduğunu, değişimin ise kainattaki değişmez bir kanun olduğunu belirterek şöyle devam etmektedir. "Rasulullah (sav) zamanında hukukun ayrıntıya girdiği konuları araştırdım. Ve bunların çoğunluğunun ibadet ahkâmına ait olduğunu gördüm. Bu ibadetlerin belli gayelere dayanıp ruhsat hükmü altına giren bazı ender haller dışında, bütün insanlık için her asırda sürekli ve bağlayıcı olmasında herhangi bir güçlük bulunmaması dolayısıyladır. Oysa muamelat böyle değildir. Zaman ve durumların değişmesiyle birlikte, muamelatla ilgili sayılan normların da değişmesine ihtiyaç vardır. Dolayısıyla muamelatla ilgili konularda değişmez hükümler getirmek, ümmetin tabakalarından pek çoğu için büyük zorluktur. Usulü fıkıh alimleri şöyle demişlerdir: "Bir konuda Şârî', norm (nass) belirtmemişse aslı mazarrat olan şeyin hükmünün haram olması, aslı menfaat olan şeyin

<sup>443</sup> Bkz., Meryem Suresi, 19/64; Taha Suresi, 20/52.

<sup>444</sup> Erdoğan, 44.

<sup>445</sup> Şatıbi, 2/681-682.

hükümünün de helal olması kuraldır.” Seddi zeriayı hukuk ilkelerinden saydığımızı göre, bu yolun açılması ve kapatılması, müçtehitlerin incelemesin bırakılmış olmalıdır.”<sup>446</sup>

Bu noktada ortaya çıkan mesele müçtehidin tavrının ne olacağı konusudur. Yukarıda geçen hadisin şerhinde belirtildiği gibi Şevkânî de, hükmü bizzat nassla bildirilmeyen hususlarda verilecek hükümde asıl olanın ibaha, men’ (hazar, haramlık) veya tevakkuf olacağı şeklinde üç ayrı görüşün olduğunu ve bu görüş sahiplerinin delillerini etraflıca anlatmıştır.<sup>447</sup> Bu mesele, gayemizin dışına taşıdığı için daha teferruatlı bir araştırma konusudur. Çünkü araştırmamızın gayesi, genel olarak İslam Fıkında nassların sustuğu alanın varlığını ortaya koymaktır.

Bütün bu bilgilerle beraber, nassın sustuğu alanın varlığını kabul edenleri ve etmeyenleri delileriyle birlikte izah etmek gerekmektedir.

### **A- Meskutun Anh’ın Varlığını Kabul Etmeyenler ve Delilleri**

İslam Hukukçuları arasında, hiçbir olayın nassların kapsamı dışında kalmayacağını savunan, dolayısıyla kanun boşluğunun varlığının kabul etmeyen Zahiriler ve Şevkânî gibiler bulunmaktadır.<sup>448</sup>

İbni Kayyim el-Cevziyye de (ö.751/1350) bu görüşü savunur. “İlamu’l-Muvakkîn” adlı eserinde konuya ilişkin görüşleri değerlendirdikten sonra şöyle der: “...Sözü edilen üç görüşten doğru olanı, nassların bütün olayların hükümlerini içine alacak derecede kapsamlı olduğudur. Dolayısıyla Allah ve Rasulü bizi kıyas ve re’ye başvurmaya itmez. Aksine bütün hükümler beyan edilmiştir. Kısacası nasslar, olayları hükme bağlamada kâfi ve vâfidir.”<sup>449</sup>

Şevkânî, Kitap ve Sünnetin umum ifadelerinin her hadiseyle ilgili bir hüküm ihtiva ettiğini söylemektedir.<sup>450</sup>

İbni Hazm ise, hakkında nass bulunmayan hiçbir hususun bulunmadığını, bulunsa bile, illet birliği varsayımına binaen hüküm vermenin delilsiz bir hüküm olacağını söyleyerek kıyası reddetmektedir.<sup>451</sup> Yine İmam Buhari’nin de nassların kafi olduğunu söyleyenler arasında olduğu nakledilmektedir.<sup>452</sup> Aynı şekilde İsnâşeriyye

<sup>446</sup> İbni Aşur, 166-168.

<sup>447</sup> Bkz., Şevkânî, 473-475.

<sup>448</sup> Dönmez, “Müçtehidin Nasslar Karşısındaki Durumu”, 4/41; Şevkani, 345; İbni Hazm, 2/515.

<sup>449</sup> İbni Kayyim, 1/312.

<sup>450</sup> Şevkânî, 348.

<sup>451</sup> İbni Hazm, 2/515-516

<sup>452</sup> Bkz., Erdem, *Kuran’a Usuli Yaklaşımlar*, 28-29.

Şiası, kıyasın teşri' kaynağı oluşunu reddetmektedir. Ne var ki şu anda imam da kayıp olduğu için, hükmü nassla sabit olmayan hadiseyle karşılaşınca, iyiye ulaşmak için akli kullanmayı kabul etmektedir.<sup>453</sup>

Meskutun anh'ın varlığını kabul etmeyenlerin delilerine şu ayetleri örnek verebiliriz:

*“O gün her ümmetin içinden kendilerine birer şahit göndereceğiz. Seni de hepsinin üzerine şahit olarak getireceğiz. Ayrıca bu Kitabı da sana her şey için bir açıklama, bir hidayet ve rahmet kaynağı ve Müslümanlar için bir müjde olarak indirdik.”*<sup>454</sup>

*“...Bugün size dininizi ikmal ettim, üzerinize nimetimi tamamladım...”*<sup>455</sup>

*“Biz o Kitapta hiçbir şeyi eksik bırakmadık.”*<sup>456</sup>

*“Yaş ve kuru ne varsa hepsi apaçık bir kitaptadır.”*<sup>457</sup>

Nitekim başta İbni Hazm (ö.456/1064) olmak üzere ve Zahiriler, bu ayetleri kendi doktrinlerinin merkezi yapmış ve ayetleri zahirlerine bakarak yorumlamışlardır. Mesela, İbni Hazm'a göre insan hayatının bütün alanlarında bu alanları düzenleyen Kuran ve Sünnet'ten bir nass mutlaka vardır. Bunu bizzat Kuran'ın kendisi söylemektedir. Dolayısıyla nass dışında başka bir delil ve hüküm çıkarma metoduna ihtiyaç yoktur. Hakkında nass olmayan konuların varlığından söz etmek son derece hatalı olup, insanın itikadını bile zedeler.<sup>458</sup> Dolayısıyla onlara göre kanun boşluğunun varlığı söz konusu değildir.

## **B- Meskutun Anh'ın Varlığını Kabul Edenler ve Delilleri**

Kuran-ı Kerim'in, özellikle muamelatta olmak üzere bazı şeyler hakkında sükut ettiği, ve bu alanı kıyas için bıraktığı bizim de buna sükut etmemiz gerektiği, çünkü sükut edilen alanın afv ve içtihat alanı olduğu ve sükut ile Kuran'ın şümulü arasında bir zıtlık olmadığı zira küllde umumî kaidelerin bulunduğu ama bu umumî kaidelerin tafsil edilemeyecek kaideler olmadığı belirtilmektedir.<sup>459</sup>

<sup>453</sup> Bkz., Muzaffer, 3/188-191.

<sup>454</sup> Nahl Suresi 16/89.

<sup>455</sup> Maide Suresi, 5/3.

<sup>456</sup> En'am Suresi, 6/38.

<sup>457</sup> En'am Suresi 6/59.

<sup>458</sup> Bkz., İbni Hazm, 2/516

<sup>459</sup> Köksal, 134-135.



İslam Hukukçularının büyük çoğunluğu, nassların sınırlı, olaylarınsa sınırsız olduğunu ve mevcut boşlukların içtihat ile doldurulacağı görüşündedirler.<sup>460</sup>

Çoğunluğu teşkil eden usul alimleri ihata ve beyanı ikiye ayırmış, Şari'in her meselenin hükmünü ismen ve lafzen beyanı murat eylemediğini, umumi kaide, kurallarla ve prensiplerle nassların bütün dinî, hükümlere şamil bulunduğunu, cüz'î hadiselerin, bu umumi kaidelerin ve genel ilkelerin şumulüne sokularak hükme bağlanmasının, en geniş manasıyla ve bütün nevileriyle içtihadı muhtaç bulunduğunu, bunun için de içtihadın farz kılındığını ileri sürmüşlerdir.<sup>461</sup> Bu görüş sahiplerinin dayandığı delilleri şöyle sıralayabiliriz:

a) Kuran-ı Kerim'de, **“Müminlerin hepsinin toptan sefere çıkmaları doğru değildir. Onların her kesiminden bir gurup dinde (dinî ilimlerde) geniş bilgi elde etmek ve kavimlerine döndüklerinde ikaz etmek için geride kalmalıdır. Umulur ki sakınırlar.”**<sup>462</sup> buyrulur. Bu ayette Allah kullarından bir kısmının dinin inceliklerini anlayıp, diğerlerine aktarmalarını istemektedir.<sup>463</sup> Cassas, Kurtubi ve İbni Kesir bu ayetten hareketle ilim talep etmenin farz-ı kifaye olduğunu ifade etmişlerdir.<sup>464</sup> Dolayısıyla bu kifaye olan ilim içtihat derecesine ulaştıracak ilimdir.

b) Diğer bir ayette; **“...Eğer bir hususta anlaşmazlığa düşerseniz –Allah'a ve ahirete gerçekten inanıyorsanız- onu Allah'a ve Rasul'e götürün. (Onların talimatına göre halledin) Bu hem hayırlı hem de netice bakımından daha güzeldir.”**<sup>465</sup> geçmektedir. Allah ve Rasulü (sav)ne götürmek, onlara ait nasslar çerçevesinde ilgili konuya çözüm aramak demektir, ki bu da içtihatla mümkündür.<sup>466</sup>

c) “Muaz hadisi” diye meşhur olan rivayet, başka bir delildir. Hz. Peygamber (sav) ile Muaz b. Cebel (ra) arasındaki diyalogun sonunda Muaz b.Cebel (ra) Kitap ve Sünnet'te hükmünü açıkça bulamadığı konularda re'yini devreye sokacağını söylemekte ve Rasulu Ekrem (sav) bunu onaylamaktadır. Aralarındaki diyalog şöyle cereyan etmiştir:

– **Sana bir problem arz olunursa neye göre hüküm vereceksin?**

– **Allah'ın Kitabı'ndakine göre.**

<sup>460</sup> Dönmez, “Müçtehidin Nasslar Karşısındaki Durumu”, 41; Umeri, 259.

<sup>461</sup> Bkz., Serahsi, *el-Usul*, 2/124-125; Umeri, 259-263; Karaman, **İçtihat**, 26.

<sup>462</sup> Tevbe Suresi, 9/122.

<sup>463</sup> Bkz., Karaman, **İçtihat**, 20.

<sup>464</sup> Bkz., Cassas, *Ahkam*, 3/161; Kurtubi, 8/186; İbni Kesir, 2/400-401.

<sup>465</sup> Nisa Suresi, 4/59.

<sup>466</sup> Bkz., İbni Arabi, 1/452-453; Cassas, *Ahkam*, 2/312-313; Karaman, **İçtihat**, 28.

\_ *Allah'ın Kitabı'nda yoksa?*

\_ *Allah Rasulü'nün Sünnet'ine göre.*

\_ *Allah Rasulü'nün Sünnetinde bulamazsan ?*

\_ *Hiç çekinmem kendi re'yimle hükmederim. (Muaz, naslarda doğrudan hüküm yok diye meselenin hükmünü araştırmaktan ve içtihat etmekten geri durmam demek istiyordu.)*

*Bu konuşmayı naklettikten sonra Muaz (ra) şöyle demiştir: Bunun üzerine Hz. Peygamber (sav) eliyle göğsüme vurdu ve "Allah'ın Rasulü'nün elçisini, Allah'ın ve Rasulü'nün hoşnut olduğu (cevaba) muvaffak kılan Allah'a hamd olsun." dedi.<sup>467</sup>*

İçtihat alanında bazı İslam alimlerinin bu doğrultudaki görüşlerine değindiğimiz için burada ayrıca değinmeyeceğiz.

İslam alimlerine göre yukarıda geçen deliller meskutun anı'nın varlığını göstermektedir. Şu halde, "Kuran'da her şey vardır." şeklindeki telakkiden maksat, genel prensipler, kaideler, külli yaklaşımlar ve amaç belirlenmesi ve yönlendirmesi itibariyledir.<sup>468</sup>

Meseleye felsefik açıdan yaklaşan Ferit Kam da Kuran'da her şeyin özü ve esası olduğunu ve tafsilatın olmama nedenini bir sohbet sadedinde şöyle anlatmıştır: "... Kuran'da aradığınız bütün şeyleri aramak hiçbir yönden doğru değildir. Dediğiniz tarzda bir kitap, gökten indirilmiş bir kitap değil olsa olsa bir ilimler ansiklopedisi olabilir. Vakıa, Kuran-ı Kerim eski ve yeni ilimleri kendinde toplamıştır; ama onun üslubu, metodu, tertibi Rahmanîdir, insani değil. Mesela insan elinden çıkan sayısız eserler dünyada önceden vardı ama hazır halde değildi. Bir akıl bunu bulup ortaya çıkardı. Aynı şekilde her şey Kuran'da vardır; ama hazır halde değildir. Fikir gücüyle (içtihatla) ortaya çıkarılır. Çünkü her şeye gücü yeten Yüce Allah, Kuran'dan çıkarılacak hakikatleri bizim idrakimize ve içtihadımıza bırakmıştır. Dolayısıyla Kuran ayetleri icmalidir. Eğer tafsili olmasını Allah murat etseydi elimizdeki Kuran nüshası, hali hazırdaki hacminin en azından bin kere daha büyük olması lazım gelirdi. Cenabı Hak, insanda kainatı nasıl öz halinde bir araya getirdiyse, sonsuz sayıdaki ilahi hükümlerini de öylece bir araya getirmiştir."<sup>469</sup> Kırtas olayında da olduğu gibi Hz.

<sup>467</sup> Bkz., Ebu Davud, Akdiye 11 (4/18); Tirmizi, Ahkam 3 (3/616); İbni Mace, Menasik 38 (2/989-990).

<sup>468</sup> Erdoğan, 44-45

<sup>469</sup> Kam, Ferit, *Dinî, Felsefî Sohbetler*, (Sadeleştiren: S.Hayri Bolay), DİBY., Pars Mat., Ankara, s. 25-31.

Ömer'in Kitabullah'ı yeterli görmesi muhtemelen genel prensipler açısından olmalıdır.  
470

Meskutun anı'nın varlığını kabul etmeyenlerin istidlal ettikleri ayetlerden, mesela: *"Yaş ve kuru ne varsa hepsi apaçık bir kitaptadır."*<sup>471</sup> ayetindeki kitaptan maksadın Kuran olduğu katiyen malum değildir. Birçok müfessirlere göre, bundan murat, Allah'ın ilmi veya levhi mahfuzdur<sup>472</sup>, böyle bir ihtimal sabit olunca da istidlal sakıt olur.<sup>473</sup>

Dolayısıyla, klasik fıkhıta içtihat alanının meskutun anı olarak kullanıldığını kabul edersek, yukarıda verilen deliller aynı zaman da içtihat ve kıyasın varlığını kabul edenlerin delilleridir. Aslında, "kanun boşluğu" kavramının klasik İslam fıkhında kullanılmadığına şahit olmakla beraber, İslam Hukukçularının "bilinçli boşluklar" kavramını kullandıklarını görmekteyiz.<sup>474</sup>

Mesela, Karadavi, "Hasaisu'l- Amme li'l-İslam" adlı eserinde "kanun boşluğu alanı" başlığında ayrıca yer vermiştir. Kanun boşluğu kavramını; "ictihat ehli olan emir ve re'y sahiplerinin genel maslahatları gerçekleştirmek ve şer'i maksatları gözetmek gayesiyle içtihat etmeleri için nassların kasıtlı olarak terk ettiği, yani Şâri'in emir ve yasakla kayıtlamadığı alan", olarak tarif etmiştir. O, bu alanın bazı fukahanın gelen bazı hadislerden ilham alarak "afv" ismini verdiğini de söylemektedir. Karadavi, hadler, farzlar ve yasaklar dışında kalanların, içtihat için terk edilmiş meskutun anı'la ilgili durumlar olduğunu belirtmiş ve bunun ümmete bir rahmet, kolaylık ve genişlik sağladığını ve bu sayede ümmetin, kolayca hareket edebileceği geniş bir alan bulunduğunu söylemiştir.<sup>475</sup>

Ayrıca Ali Bardakoğlu, İslam Hukukunda bilinçli boşluklar olduğunu şu şekilde ifade etmiştir. "Şer'i hukukun kemali, bilinçli boşluklar bırakarak her topluma zaman ve

---

<sup>470</sup> Erdoğan, 45.

<sup>471</sup> En'am Suresi, 6/59.

<sup>472</sup> Bkz., Razi, Fahrettin, *Tefsir-i Kebir*, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Tahran, s. 13/11; Kurtubi, 7/5; İbni Kesir, 2/137; Elmalılı, 3/438.

<sup>473</sup> Bkz., Bilmen, 1/181.

<sup>474</sup> Bkz., Karadavi, Yusuf, *el-Hasaisu'l- Amme li'l-İslam*, Mektebtü'l-Vehbe, Kahire-1989, s. 223-225; Bardakoğlu, "İslam Hukuku Araştırmalarında Gelenekçilik", *Günümüz Din Bilimleri Araştırmaları ve Problemleri Sempozyumu 27-30 Haziran 1989*. Eser Mat., Samsun-1989, s. 481; Erdoğan, s. 44; Köse, Saffet, "İslam Hukukunun Statik Olduğu İddiasının Tahlili", *Selçuk Üniv. İlahiyat Fakültesi Dergisi*, İst-1996, 6/274-278; Dönmez, "Müçtehidin Nasslar Karşısında Durumu", 23-49.

<sup>475</sup> Bkz., Karadavi, 223-225.

zemine göre kendi ihtiyaçlarını karşılayabilecek bir hareket faaliyeti taşımış olmasındandır.<sup>476</sup>

İslam Hukukunda müçtehit ile modern hukuklarda hakimin durumu konusunda bir makale yazan İbrahim Kafi Dönmez de orada şöyle anlatmıştır: “Kuran ve Sünnet sırf birer hukuk kuralları koleksiyonu olmayıp, sistem ve muhteva özellikleri bakımında modern kodifikasyonla İslam teşri’i arasında bir benzerlik olmadığını kabul etmekteyiz. Binaenaleyh, modern kodifikasyonda, genellikle “kanun boşluğu” denince bilinçsiz boşluklar hatıra gelmekte olduğu halde, İslam teşri’inde “kanun boşluğu” tabiri kullanılabilirliği takdirde sadece Şari’in bilerek düzenlemediği ve çözümünü içtihadla bıraktığı durumlar hatıra gelmelidir.<sup>477</sup>

Görüldüğü gibi, kanun koyucunun normları vazederken her toplumun zaman ve zeminine göre ihtiyaçlarını karşılayabileceği bir hareket alanı tayin etmek için bilinçli boşluklar bırakması, İslam Hukukunun esnekliğini sağlayan niteliklerden birisi olarak kabul edilmektedir.

Kafi Dönmez nassların uygulanması sırasında, kanundaki açık boşluklarının yanı sıra örtülü boşluklar durumlarıyla da karşılaştığını üç maddede izah etmektedir.<sup>478</sup>

a) Nassın ruhu ile lafzın bağdaştırılmasının mümkün olmaması sebebiyle boşluğun ortaya çıkması durumuna, Rasulullah devrinde sanatkarların tazmin sorumluluğu ile ilgili uygulamaya uymayan Hulefa-i Raşidin devrindeki uygulama misal olarak gösterilebilir.<sup>479</sup>

b) Bir nass hükmünün lafzı ve ruhu ile tespit 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 irtidadi veya ölüm hastalığına tutulan erkeğin karısını mirastan mahrum etmek üzere onu boşaması (talaku’l-farr) olayında olduğu gibi kanuna karşı hile teşebbüslerini misal göstermek mümkündür.<sup>480</sup>

<sup>476</sup> Bardakoğlu, “İslam Hukuku Araştırmalarında Gelenekçilik”, 481.

<sup>477</sup> Dönmez, “Müçtehidin Nasslar Karşısında Durumu”, 41.

<sup>478</sup> Dönmez, “Müçtehidin Nasslar Karşısındaki Durumu”, 41-42.

<sup>479</sup> Bkz., Şelebi, Muhammed Mustafa, *Ta’lilu’l-Ahkam*, Daru’n-Nehdati’l-Arabi, Beyrut-1949, s. 57,63.

<sup>480</sup> Bkz., Şelebi, 63.

c) Mevcut hükmün aynı değerde başka bir hükümle çatışması ile boşluğun ortaya çıkması durumu pratikte pek kullanılmak istenmemekle beraber, bu durum “ikisi de eşit olduğundan ikisi de sakıt oldu.” şeklinde teorik olarak ifadelendirilmektedir.<sup>481</sup>

### **C- Kanun Boşluğunun Doldurulma Yolları**

İslam Fıkıhçıları, bilinçli de olsa kanun boşluğu probleminin doldurulma şekli hakkında alternatif çözümler ortaya koymuşlardır. Mesela Karadavi, “İslam ümmeti, bu nassların kasıtlı olarak bıraktığı “kanun boşluğu” veya “afv alanını” nasıl dolduracaktır?”, şeklindeki soruya birçok yol ve metodun olduğunu belirtmiş, ancak, bu yolların belirlenmesi ve İslam Fıkıhçılarının kabul-red, mutlak-mukayyed, olmak üzere, kullanma bağlamında değişiklik vardır, şeklinde cevap veririz, demiştir.<sup>482</sup> Bunları, birkaç maddede toplayarak araştırmaya son vereceğiz.

**1. İctihat/Kıyas** : Nassların kapsamına katılmayacak bir olayla karşılaşılması (kanun boşluğunun bulunması) halinde dar manada içtihadı başvurulur. İctihat ve kıyasın tarifî daha önce geçmekle beraber dar manada içtihat, nassların kapsamına alınamayan bir hukuki olay hakkında hükme varma faaliyetidir. Buna “ıctihadu’r-re’y” de denilmektedir. Nasslarda hükmü bulunmayan bir olay için bu yola başvurulacağı, Muaz hadisinde yer aldığı gibi, mezhep imamlarınca da ifade edilmiştir.<sup>483</sup> Geniş anlamda içtihat ise, yorum ve hakimin takdir yetkisi de dahil olmak üzere hukuki olayın hükmünü tespit için gösterilen çabanın tamamını ifade eder. Hz. Peygamber (sav)’in içtihat edip isabet edene iki ecir, hata edene bir ecir verileceğine dair hadisinden, içtihadî sonucun karakter itibarıyla hata ihtimali bulunan bir faaliyet olduğu anlaşıldığına göre, kesinlik taşımayan yorum ve takdir hallerinin içtihat olarak nitelenmesi, nassların ruhuna da uygun düşmektedir.<sup>484</sup> Bütün bu faaliyetler en geniş anlamda nassların uygulanmasını hedef almaktadır. Dolayısıyla içtihat, lafız, mana ve bilinçli boşluklarında gizli şer’î ameli ahkamı ortaya çıkarmaya yönelik beşerî çabayı ifade eder.<sup>485</sup>

<sup>481</sup> Bkz., İsnevi, 154, Şatibi, 4/641-644.

<sup>482</sup> Karadavi, 225.

<sup>483</sup> Bkz., Serahsi, 2/128-131.

<sup>484</sup> Bkz., Serahsi, 2/131.

<sup>485</sup> Dönmez, “Müctehidin Nasslar Karşısındaki Durumu”, 28, 42,45; Apaydın, “İctihat”, DİA, 21/432.

Bu manadaki içtihat faaliyetlerini yürütürken müçtehidin başvuracağı imkanların başında kıyas bulunmaktadır.<sup>486</sup> Ancak, kıyasta karşılaşılan olay ile, hükmü verilecek olan nass arasında kurulacak bağ için çok sıkı şartlar konulduğu takdirde, kıyasın imkanı belirli misallere inhisar edecektir. Nitekim usulcülerin “illet” konusundaki sertleşen tutumları kıyası çok nazari bir bahis haline getirmiştir.<sup>487</sup>

**2. İstislah ve Maslahatı Mürsele :** Fer’î kaynaklar kısmında tarifi geçtiği gibi istislah, İslam fıkhnın genel ilkelerini özellikle de şer’an onaylandığına veya reddedildiğine dair bir delil bulunmayan maslahata göre hüküm verme yönteminin ifade eder.<sup>488</sup> Böyle olduğu için istislah, fıkhn usulünde nassların doğrudan veya dolaylı kapsamını belirlemeye yönelik dört şer’î delilin yani Kitap, Sünnet, icama ve kıyasın dışında kalan nassların bıraktığı bilinçli boşluğu doldurmaya yarayan şer’î delillerden biridir. Maliki fakihlerinin ayrı bir önem verip işlerlik kazandırdığı bu yöntem üzerinde zengin metodolojik çalışmalar cereyan etmiştir. İstislah, şer’î bir konuda mürsel maslahata dayanarak hüküm verme metodu olduğu için maslahat kavramıyla içiçelik özelliği taşımaktadır.<sup>489</sup>

**3. Örf:** Örf, şartları ve kayıtlarıyla boşluğu doldurmada başka bir yöntemdir. Nitekim “adet muhakkemdir”<sup>490</sup> ve “örfen bilinen nassen meşrut gibidir”, külli kaideleri buna işaret etmektedir.<sup>491</sup> İslam Fıkhnçıları, İslam Fıkhnın ruhuna uygun olarak sosyal birer realite olan örflerin fert ve toplum üzerindeki derin izlerine karşı kayıtsız kalmamışlardır.<sup>492</sup> Yani, örf ve adetin mevcut olduğu ve Kitap, Sünnet yahut naklî icma tarafından doğrudan düzenlenmemiş bir konuda hüküm istinbat ederken müçtehidini birinci derecede etkileyen vakıa, örf ve adet olmuştur; fakat örf bazı sebeplerle İslam Fıkhnın “şeklî kaynakları” arasında bir yer tutmamış, daha çok istihsan ve istislah aracılığıyla fonksiyon icra etmiştir.<sup>493</sup>

Fakihler, nass bulunmayan konularda fetva verirken örflere uymaktadırlar. Bu itibarla müftünün örf ve adetleri bilmesi gerekir.<sup>494</sup>

---

<sup>486</sup> Karadavi, 225.

<sup>487</sup> Dönmez, “Müçtehidin Nasslar Karşısındaki Durumu”, 43.

<sup>488</sup> Bkz., Gazali, 1/274; Bûtî, 287.

<sup>489</sup> Bkz., Özen, Şükrü, “**istislah**”, DİA, 23/383-384; Karadavi, 225.

<sup>490</sup> Bkz., İbni Nuceym, 37.

<sup>491</sup> Kardavi, 225.

<sup>492</sup> Bkz., İbni Abidin, 2/114-147.

<sup>493</sup> Dönmez, “Müçtehidin Nasslar Karşısındaki Durumu”, 45.

<sup>494</sup> Ebu Zehra, 238.

Hatemi de “emredici kurallar olan Kuran ve Sünnet yanında tamamlayıcı kurallar alanında, irade beyanlarının yorumlanmasında ve sözleşme boşluklarının tamamlanmasında Kuran anlamında örfün de kaynak olacağını ifade etmiştir.<sup>495</sup>

**4. İstishab :** Aksine delil bulunmadığı sürece serbestlik ve hükümsüzlüğe yahut daha önce varlığı bilinen bir durumun devam ettiğine hükmetme anlamındaki istishabın, diğer asli delillerde hüküm bulunmadığında başvurulacak bir çare olduğu belirtilmektedir.<sup>496</sup> Eşyada asıl olan ibahadır, prensibi, istishab delilinden hareketle konulmuş ve hakkında yasaklayıcı nass bulunmayan bir şeyin hükmünün mübah olmasını gerektirir.

**5. İstihsan :** Fer’î delillerde tarifi geçen istihsanı, Karadavi, özellikle Hanefî ve Malikilerin kullandığı ve bazılarının ilmin onda dokuzudur dedikleri bu delilin de boşluğu doldurmada başka bir metot olduğunu zikretmektedir.<sup>497</sup> Bizzat nasslar tarafından hakime takdir yetkisi verilmiş durumlarda yapılacak içtihat şekli olup, İslam Fıkıhçıları tarafından kabul edilmiş bir metottur.<sup>498</sup>

Hakkında nass bulunmayan şer’î hükmün istinbatı için, başka deliller de bulunabilir. Bunun için fıkıh usulü kitaplarına müracaat edilebilir.<sup>499</sup>

---

<sup>495</sup> Hatemi, Hüseyin, *İslam Hukuku Dersleri*, Birleşik Yay. 3. baskı, İst-1999, s. 111.

<sup>496</sup> Bkz., İsnevi, 149; Gazali, 1/217-222; Bardakoğlu, “İstishab”, DİA, 23/376-380

<sup>497</sup> Karadavi, 225.

<sup>498</sup> Dönmez, *Kaynak Kavramı*, 299. İstihsan delili ve örnekleri hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz., Casasas, *el-Fusul*, 4/233-253.

<sup>499</sup> Karadavi, 225.

## SONUÇ

İslam Hukukunun mümeyyiz vasıflarından en önemlisi, onun vahiy kaynaklı bir hukuk sistemi olmasıdır. Dinî bir hukuk sistemi olan İslam Fıkhı, insanları dünya ve ahirette mutlu etmeyi amaçlamaktadır. Çünkü İslam, insanı hiçbir zaman başıboş bırakmamış, sorumluluk hayatının her döneminde nasıl davranacağına dair hükümler koymuştur. Hiç şüphesiz bu hükümler insanlığa Kuran ve Sünnet yoluyla bildirilmiştir. Ehli Sünnette bu iki kaynak “nass” olarak isimlendirilmiş, kısmen diğer hukuk sistemlerindeki yazılı kanunu ifade etmiştir. “İslam Fıkhında Hükümü Bildirilmeyen Alan” adlı bu çalışmada, beşerî hukuktaki kanun boşluğu problemi tanıtılmış ve daha sonra da cihanşümul bir dinin hukuku olan İslam Fıkhında hükümü bildirilmeyen alanın tespitine çalışılmıştır. Bu çalışma ile varılan sonuçlar şöyle özetlenebilir:

1- Hukuk, genel anlamda toplumu nizamlayan ve devlet müeyyidesiyle kuvvetlendirilmiş bulunan kaideler bütünüdür. Hukuk sistemleri kaynağı itibariyle laik hukuk ve dinî hukuk olarak iki kısımda değerlendirilebilir. Laik hukuk sistemleri veya ilkel insan topluluklarındaki kanunlar, örf-adetler içtihatlar şeklinde tedricen teşekkül ederler. Topluluğun hayatı ve bilgi seviyesi gelişince ve topluluk bir hakimiyet ve iktidar sahibi olunca, kodifikasyon (kanunlaştırma) başlar. Bu örf ve adetlerden insanların muamelelerinde ve münasebetlerinde emredici bir düzen husule gelir. Böylece kanun örf ve adetin yerini alır, onun hükmünü sona erdirir. Uygun görmediğini ilga eder, uygun gördüğünü ise bırakır. Bu örf ve adetler, kanun hükümleri ve kanunun ruhu ve kanun koyucunun maksadı için bir işaret olurlar. Dolayısıyla, hukuk ilminde geniş anlamda “kanun”, yetkili kamu organları tarafından çıkarılan yazılı hukuk kurallarını ifade eder.

2- Kanun yapıcısı insan olan beşerî hukukta, toplumun hayatında ortaya çıkabilecek bütün olayları önceden farz edip, hiçbir olayı dışarıda bırakmayacak şekilde kanunlar hazırlanması ulaşılamayacak bir gayedir. Çünkü zaman değişken, insan ise aciz ve nakıstır. Ve bu noksanlık, insanın kendi eseri olan yasalara da sirayet eder. Hukuk kuralları ise genel ve soyut niteliktedir. Yani, her bir somut olayı düzenlemeye yönelik değildir. Toplumsal hayat da sürekli gelişim ve değişim içinde bulunmaktadır. Günün birinde yasa koyucunun veya toplumun önceden kestiremediği, beklemediği yeni ilişkiler ve olaylar ortaya çıkabilir. Dolayısıyla kanun koyucusu insan olan modern hukukta kanun boşluğunun bulunması tabiidir. Nitekim, Medeni Kanununun 1.



maddesinde boşluk durumu peşinen kabul edilmiş, yargıca hukuk oluşturma yetkisi tanınmıştır.

3- Beşerî hukukun, anayasa, kanunlar, tüzük, yönetmelikler gibi yazılı kaynakları; örf ve adet gibi yazılı olmayan kaynakları vardır. Bu kaynaklardaki hiyerarşik düzen ise pozitif hukukun uygulandığı memlekete göre değişir. Mesela, Türk Medeni Kanunu, hukukun uygulanmasında başvurulacak kaynakları gösterirken bunlar için belirli bir sıra da tayin etmiştir. Bu hiyerarşiye göre, yazılı hukuk kuralları öncelikle uygulanır. Bir konuda, yazılı hukuk kuralı bulunmadığı takdirde örf-adet kurallarına başvurulabilir. Olaya uygulanabilecek örf ve adet kuralı da yoksa, hakim hukuk kuralını kendisi oluşturur ve çözüm bekleyen olaya uygular. Dolayısıyla örf, beşerî hukuklarda ikinci, hatta bazen birinci derecede hukuk kaynağı olabilmektedir.

4- Hazırlanan kanunlarda olaya uygulanabilecek bir hükmün bulunmaması hukukta “boşluk” gerçeğini ortaya koymaktadır. Somut olaya uygulanabilecek yazılı ya da yazılı olmayan bir hukuk kuralının bulunmaması durumunu ifade eden hukuk boşluğu, kanun boşluğundan daha geniş bir anlamı ifade eder. Kanun boşluğu ise, yazılı kaynaklarda olaya uygulanabilecek bir kuralın bulunmaması halinde söz konusudur ya da somut olaya uygulanacak bir yasa kuralı vardır, fakat bu kuralın olduğu gibi uygulanması çıkarlar dengesine ters düşebilir. Veya, mevcut yasa kuralı aynı değerdeki bir başka yasa kuralıyla çatışmaktadır. Yahut, yasa kuralı günün şartlarının çok gerisinde kalmış, eskimiş ve güncel olaylara uygulanamayacak bir hale gelmiştir. Bu gibi durumlarda kanun boşluğundan söz edilir. Ancak, kanun boşluğu olarak nitelendirilen bütün durumlarda hakimin aynı şekilde davranması gerekmez. Yani, hakimin yapacağı iş, kanun boşluğunun çeşidine göre değişir.

5- Doktrinde çeşitli kanun boşlukları kabul edilir. Kanun yanında boşluk, kanun kuralı içinde boşluk, bilinçsiz boşluk, bilinçli boşluk, gerçek boşluk, gerçek olmayan boşluk, çatışma boşluğu gibi kanun boşluğu çeşitleri hukuka girişle ilgili eserlerde değişik taksimlerde teferruatlandırılmıştır.

6- Kanun boşluğunun kabul edildiği hukuk sistemlerinde, bütünüyle ahlak ve din kurallarının ilgi alanına girip, hukuku ilgilendirmeyen bir alanda hukuk kuralının bulunmaması kanun boşluğu olarak nitelendirilmez. Örnek olarak, dinî nikahın hangi şartlarda ve nasıl yapılacağı, kurbanın kimler tarafından ve nasıl kesilmesi gerektiği gibi hususların hukuk kuralıyla düzenlenmemiş olması gibi. Ayrıca, yasanın bilerek susması

ve eksik boşluklar da boşluk olarak nitelendirilmeyen durumlardan sayılmaktadır. Yasanın bilerek susmasından kasıt, somut olayı çözümlmeye yönelik olumlu bir kuralın bulunmaması halinde, o olayın karşıtı olan bir olayı düzenleyen herhangi bir kural kanunda mevcutsa, karşıt kavram kanıtı yoluyla yasadaki bu olumsuz çözümlün benimsenerek, olayın çözüme kavuşturulmasıdır. Yani hakim, yaptığı araştırma sonucunda kanunun gerçekten bir konuyu çözümlmek istemediği sonucuna varılırsa o zaman kanunda boşluk olduğundan söz edilmez. Kanunun, bu konuyu hukuk düzeninin, hukuk alanının dışında bırakmak istediği kabul edilir. Ancak, kanun boşluğunun varlığı veya yokluğu kanundaki susmanın yorumlayışına göre belirlenir.

7- Hakim, yorum yoluyla olaya uygulanabilecek yazılı bir hukuk kuralının ya da örf ve adet hukuku kuralının bulunmadığı sonucuna varırsa hukuk oluşturma görevini yerine getirir. Hakim boşlukları doldururken evvela kanun koyucu gibi hareket eder. Ayrıca ilmî içtihatlar ve kazai kararlardan da yararlanabilir. Hakim, menfaatlerin tespiti ve değerlendirilmesi, hukuki güvenliğin gözetilmesi, mevcut hukuk düzeninin göz önünde bulundurulması gibi ilkelere riayet eder. Aynı zamanda sadece yorum metotlarına başvurma, olay varsayımıcılığından ve kazuistik metotlardan kaçınma gibi hususlara da dikkat etmeli, elverişsiz yöntemlerden kaçınmalıdır.

8- Hakim, kıyas yoluyla, hukukun genel ilkeleriyle, ya da bizzat orijinal bir hukuk kuralı oluşturmak yollarıyla boşlukları doldurur. Ancak, hakimin oluşturduğu hukuk kanun hükmü niteliği taşımaz. Yani kanun olarak nitelendirilmez. Ve bağlayıcılık nitelikleri de farklıdır. Çünkü, hakimin oluşturduğu hukuk, oluş halinde olan hukuk niteliği taşır. Ne kendisini ne de başka bir yargıcı bağlar. İlke olarak olayların bütününe değil, bitmiş ve hakimin önüne gelmiş bir olayı veya hukuki ilişkiyi çözüme bağlar.

9- Dinî bir hukuk olan İslam Hukukunda ise, mutlak olarak hakim Allah'tır. şari' (kanun koyucu) olan Allah'ın vazettiği kanunu vahiy kaynağından keşfetme ve yorumlama salahiyeti taht, seçim ve tayin ile değil, ilim ve ehliyet ile elde edilir. Bu ilim ve ehliyet sahiplerine "müçtehit" denir. Müçtehitlerin formülleştirdiği hükümleri kanunlaştırmak ise, ulü'l- emr olan devlet başkanı ve şurasının vazifelerindedir. Müçtehit olmayan devlet başkanı, İslami içtihatlara aykırı kanun vazedemez. Ayrıca, hiçbir kanun ve içtihat, Kitap, Sünnet ve icmaya aykırı olamaz.

10- İslam Hukukunda kanun fikrine dayalı hukuk metodolojisi çalışmalarına imkan hazırlamış bulunan metinlere “nass” adı verilir. Ve nass denilince genellikle Kitap ve Sünnet metinleri birlikte kastedilir. Yazılı hukuk sistemlerinde olduğu gibi İslam Hukukunda da asıl kaynak nasslardır. İslam Hukukunun metodolojisini oluşturan usul-ü fıkhıta bu kaynaklara “şer’î deliller” denir. Kitap ve Sünnetle birlikte, icma ve kıyas da ittifakla kabul edilen asli kaynaklardandır. İstihsan, örf, mesalih-i mürsele, seddi zeraî, şer’u men kablena, sahabi kavli ve istishab gibi kaynaklara da “fer’î kaynaklar” denir. Beşerî hukuktaki kaynaklarda olduğu gibi, İslam Hukukunun kaynakları arasında da hiyerarşik bir düzen mevcuttur. Nitekim, Muaz hadisi olarak şöhret bulan rivayet, bu düzeni açıkça bildirmektedir. Buna göre bir hükmü öğrenmek isteyen kimse için Kitap ilk delil, başvurulacak ilk kaynaktır. Eğer o hüküm, Kuran’da mevcut değilse Sünnetten araştırılır. Mesele ile ilgili hüküm Sünnette de bulunamazsa, icmada incelenir. İcmada da bulunamazsa, kıyasa başvurulur. Dolayısıyla, bir hukuki olay hakkında nassın varlığı halinde re’y yoluna gidilemeyeceği, İslam Hukukçularının hassasiyetle üzerinde durdukları bir noktadır.

11- Şer’î kaynakların tespitiyle beraber bu kaynaklardan hüküm çıkarma metodolojisini veren usul-ü fıkhıta göre, şer’î hükmün çıktığı asıl kaynak Allah’tır. Şer’î hüküm ise Şâri’ olan Allah’ın mükelleflerin fiilleriyle ilgili hitabıdır. Bu hitabın şekline göre şer’î hüküm, teklifî ve vad’î olarak iki kısımda teferruatlandırılmıştır. Fıkıh usulcülerine göre beş esas terim üzerine kurulan teklif teorisinde, dinen yapılması istenen fiiller, talebin kesin ve bağlayıcı olup olmamasına göre vacip ve mendup, yapılmaması istenenler aynı ölçüde göre haram ve mekruh, yapılıp yapılmaması serbest bırakılan ise mübah olarak nitelenmiştir. Bununla birlikte mübahın teklifî hükümlerden sayılıp sayılmayacağı tartışmalıdır. Ancak çoğunluğa göre mübah, teklif içermemekle beraber, meşhur tasnifte ekseriyete uydurularak teklifî hükümler içerisinde değerlendirilmiştir.

12 - İslam fıkhında maslahat ve mefsedet yani fayda ve zarar prensibi dikkate alınarak insanların yararına ve çıkarına olan şeyler, ya farz, ya vacip ya da sünnet kılınarak emir ve tavsiye edilmiştir. Zarar ve ziyan veren şeyler ise ya haram ya da mekruh kılınarak nehyedilmiştir. Ayrıca, “eşyada asıl olan ibahadır”, denilerek mahdut ve muayyen miktardaki emir ve yasakların dışında kalan geniş bir saha mübah kılınmıştır. Böylece ümmete, maslahat ve mefsedete bakıp ona göre karar vermelerine

ve tercih yapmalarına, iradelerini ve düşüncelerini hür olarak kullanmalarına imkan verilmektedir.

13- Nasslarla sarahaten veya delaleten yasaklığı bildirilmeyen şeylerin şer'an mübah olduğuna dair, akli delil yanında birçok naklî delil vardır. Şari'in hitabıyla yani bizzat Kuran ve Sünnet nasslarıyla bildirilen ibaha-i şer'iyye olup, nass ile sabit olmayan ibaha ise, ibaha-i akliyedir. Bu çeşit ibahaya, meskutun anı alanı da denilebilir.

14- Mübah alanla birlikte, serbest bırakılan alana "içtihat alanı" da dahil edilebilir. İçtihat, en genel anlamda nassları tespit etme ve onları Şari'in muradına uygun şekilde anlama çalışmasıdır. Bir başka açıdan da nassın lafız ve manasından hareketle, nassın bulunmadığı yerde çeşitli istinbat metotları kullanılarak, şer'î hüküm hakkında zanni bilgiye ulaşma çabasını ifade eden içtihat, İslam Hukukuna dinamizm kazandıran çok önemli bir husustur. Çünkü nasslar sınırlı, karşılaşılabilecek problemler ise sınırsızdır. Sınırlı nasslarla sınırsız problemlere cevap vermek ise ancak içtihatla mümkündür. Beşerî hukuk için söz konusu olan içtihat ihtiyacı, temeli vahiy olan İslam Hukuku için de geçerlidir. Ancak beşerî hukukta içtihadı ihtiyaç duyulması, insan bilgisinin yetersizliğinin bir sonucudur. Temeli vahye dayanan İslam Hukukunda ise asıl kanun koyucu olan Allah, yetersizlikten münezzehtir. Bu sebeple, İslam Hukukunda bazı hususların içtihadı havale edilmesi ilahi rahmetin bir tecellisidir. Nitekim Peygamberimiz (sav)'in, hakkında nass bulunmayan konularda soru sormayı yasaklaması ve Ehli Sünnet müçtehitlerinin, içtihadı ihtilaflarının geniş bir rahmet sayılması da bunu göstermektedir.

15- İslam Hukukunda meskutun anı'nın yani susulan, hükmü bizzat nasslarla bildirilmeyen bir alanın mevcudiyeti meselesi ihtilaflıdır. İslam hukukçuları arasında hiçbir olayın nassların kapsamı dışında kalmayacağını savunan Zahiriler ve Şevkani gibi aynı görüşü paylaşanlar bulunmakla birlikte çoğunluk nassların sınırlı, olayların ise sınırsız olduğunu ve dolayısıyla mevcut boşlukların içtihat yoluyla doldurulacağı görüşündedirler. Çünkü, hiçbir hukuki olayın hükümsüz bırakılmaması prensip olarak kabul edilmektedir. Sahabenin, hakkında nass yok diye hiçbir hukuki olayı hükümsüz bırakmadığı, bu prensibin tabii ve sonraki nesillerde de geçerliliğini aynen koruduğu ve hatta İslam Hukuku külliyatı içinde mevcut çözümlere bakıldığında bunların onda

dokuzunun nassların kapsamına katılmayacak hükümler olduğunun müşahede edileceği yine usulcüler tarafından belirtilmektedir.

16- Çoğunlukla, meskutun anı'ın varlığı kabul edilmiş, hatta bazıları bu kavramı "ma'fuvvun anı" yani afv mertebesine dahil etmişlerdir. Ancak, araştırmamızın sonucunda fıkhıta meskutun anı'ın veya afv mertebesinin beşerî hukuktaki kanun boşluğu anlamında kullanıldığına rastlanmamıştır. Çünkü, Kuran ve Sünnet, sırf birer hukuk kuralları koleksiyonu olmadığı gibi, sistem ve muhteva bakımında İslam Hukukuyla, modern kodifikasyon arasında bir benzerlik bulunmamaktadır. Modern kodifikasyonda, genellikle kanun boşluğu denince bilinçsiz boşluklar hatıra gelmekte olduğu halde, İslam Hukukunda kanun boşluğu tabiri kullanılabildiği takdirde sadece Şari'in bilerek düzenlemediği ve çözümünü içtihada bıraktığı durumlar hatıra gelmelidir.

17- İslam Hukukunda kanun boşluğu kavramını kullanan modern İslam Hukukçuları ise, özellikle "bilinçli boşluk", "kasıtlı boşluk" tabirlerini kullanmışlardır. Şer'î hukukun kemalinin bilinçli boşluklar bırakarak her topluma, zaman ve zemine göre kendi ihtiyaçlarını karşılayabilecek bir hareket kabiliyeti tanımış olması şeklinde açıklamışlardır. Bu boşlukların kıyas, istihsan, istishab, maslahat-ı mürsele veya istislah ve örf gibi yollarla doldurulabileceğini belirtmişlerdir.

Sonuç itibariyle beşerî hukuktaki kanun boşluğuyla, İslam Hukukundaki meskutun anı arasında yüzde yüz bir örtüşmenin bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Çünkü doktrinal anlamda her şeyi bilen bir iradenin tezahürü olan İslam Hukukuyla, insan iradesinin bir ürünü olan beşerî hukuk mahiyet itibariyle farklıdır. İki farklı şey arasında tam bir mukayese yapmak ise pek sağlıklı olmayacaktır. Hadis-i şerîfin ifadesiyle İslam'da helaller bellidir, haramlar da bellidir. İkisi arasında kalan şüpheli şeylerin hükmünü ise içtihada salâhiyetli olan müçtehitler tespit ederler. Helale yakın ise helal, harama yakın ise haram hükmünü verirler. Mesela Kuran ve Sünnette sigara içmenin hükmü bizzat, yani ismen zikredilmemektedir. Ancak müçtehit, Kuran'da geçen "**Onlara temiz şeyleri helal ve pis şeyleri haram kılar.**" ve "**Kendi ellerinizle kendinizi tehlikeye atmayın**" gibi ayetlerden hareketle haram olduğuna hükmeder. Böylece bu konuda hükümsüzlük diye bir problem olmadığı, aslında onun hükmünün varlığı ortaya çıkar. Bu içtihat yoluyla tespit edilmiş olsa bile fark etmez. Her iki tarafa da bir yakınlık hissedilmiyorsa ondan kaçınılması daha iyidir, şeklinde

problemi açıklığa kavuştururlar. Nitekim usul-ü fıkhıta, bir konuda Şâri' hüküm belirtmemişse aslı mazarrat olan şeyin hükmünün haram olması; aslı menfaat olan şeyin hükmünün ise helal olması kural olarak kabul edilmiştir.

## BİBLİYOGRAFYA

- ABDULCEBBAR, Kadı, *el- Muhit bi't-Teklif*, el-Müessesetu'l-Mısriyye, Kahire-1965.
- AKİPEK, Jale G., *Türk Medeni Hukuku*, Sevinç Mat., Ankara-1973.
- AKİPEK, Jale; AKINTÜRK, Turgut, *Türk Medeni Hukuku (Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış)*, Beta Basım Yay. Dağıtım, İst.-2004.
- ANSAY, Sabri Şakir, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, AÜİFY., 2. baskı, Ank.-1953.
- APAYDIN, H. Yunus, “İçtihad”, DİA ,DİBY., İst-2000.
- AŞKAR, Muhammed Süleyman, *el- Vadih fi Usuli'l- Fikh*, Mektebetü's- Segafe, Aden.
- ARIK, Kemal Fikret, *Türk Medeni Hukuku1*, Balkanoğlu Mat., Ank.-1963.
- ATAAY, Aytekin, *Medeni Hukukun Genel Teorisi*, Fakülteler Matbaası, İst.-1971.
- AYAN, Mehmet, *Medeni Hukuka Giriş*, Mimoza Yay., Konya-2003.
- AYNİ, Bedruddin Ebu Muhammed Mahmut b. Ahmet, *Umdetu'l-Kârî Şerhu Sahihi'l-Buhari*, Daru İhyai't-Turasi'l-Arabi, Beyrut-trs.
- BAĞDATLI, Selahattin, *Hukuk Sözlüğü*, Derin Yay., İst.-2002.
- BARDAKOĞLU, Ali, “İslam Hukuku Araştırmalarında Gelenekçilik”, *Günümüz Din Bilimleri Araştırmaları ve Problemleri Sempozyumu 27-30 Haziran 1989*. Eser Mat., Samsun
- ..... “İstishab” TDV. İslam Ansiklopedisi, DİBY.
- BERKİ, Ali Himmet, *Açıklamalı Mecelle*, Hikmet Yay., İst.-1979, 2. baskı.
- BEYANUNİ, Muhammed Ebu'l- Feth, “Hüküm”, DİA, DİBY., İst-1998.
- BİLGE, Necip, *Hukuk Başlangıcı*, Turhan Kitapevi, Ankara-1994, 9. baskı.
- BİLMEN, Ömer Nasuhi, *Hukuku İslamiye ve Istilahatı Fikhiye Kamusu*, Bilmen Basım ve Yay. İstanbul.
- BOZKURT, Enver, *Genel Hukuk Bilgisi*, Asil Yay. Dağıtım, Ank.-2005.
- BUHARİ, Ebu Abdillâh Muhammed b. İsmail, *Sahihu'l- Buhari*, Çağrı Yay., İst.-1992.
- BŪTİ, Muhammed Said Ramazan, *Davabitu'l-Maslaha fi's-Şeriatı'l-İslamiyye*, Müessesetu'r-Risale, Beyrut-1992.
- CARİM, Ali; Emin Mustafa, *el-Belağatu'l-Vadiha*, Müessesetu's-Sadık, Tahran.
- CASSAS, Ebu Bekr Ahmet b. Ali er- Razi, *el-Fusul fi'l- Usul*, Thk.: Acil Casim en- Neşmi, et-Türasü'l- İslami, Kuveyt-1994.
- .....*Ahkamu'l-Kuran*, Daru'l-Kütübi'l-Arabi, Beyrut-trs.

- CÜRCANİ, Ali b. Muhammed b. Ali, Seyyid Şerif, *et-Ta'rifat*, Dersaadet, İst.-trs.
- ÇAĞIL, Orhan Münir, *Hukuk Metodolojisi Dersleri*, Fak. Matbaası, İst.-1962.
- DAREKUTNİ, Ali b. Ömer, *Sünenü'd-Darekutni*, (Thk. Abdullah Haşim el-Yemani), Daru'l-Marife, Beyrut-1966.
- DEBÜSİ, Ebu Zeyd Abdullah b. Ömer b. İsa, *Takvîmu'l-Edille*, Süleymaniye Kütüphanesi, Laleli numara 690.  
..... *Te'sisu'n-Nazar*, Eda Neşriyat, İst.-1990.
- DEHLEVİ, Şah Veliyyullah İbni Abdirrahim, *Huccetullahi'l-Baliğa*, Daru İhyai'l-Ulum, Beyrut-1992.
- DERYAL, Yahya, *Hukukun Temel Kavramları*, Derya Kitapevi, Trabzon-2004.
- DEVĀLİBİ, Muhammed *Marûf, el-Medhal ila İlm-i Usûli'l-Fıkh*, Metabi'i Dari'l-İlmi li'l-Melayin, Beyrut-1965.
- DİBULBUĞA, Mustafa, *Eseru'l-Edille Muhtelef fiha (Mesadiru't-Teşrii't-Tebeiiye) fi'l-Fıkhî'l-İslami*, Dara'l-İmami'l-Buhari, Dımeşk-trs.
- DÖNMEZ, "İslam Hukukunda Müçtehidin Nasslar Karşısındaki Durumu ile Modern Hukuklarda Hakimin Kanun Karşısındaki Durumu Arasında Bir Mukayese", *Marmara Üniv. İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Bayrak Yay., İst-1986.  
..... "Mübah", TDV. İslam Ansiklopedisi, DİB. Yay. İst.-2005.  
..... *Kaynak Kavramı*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Basılmamış doktora tezi, İst.-1981.
- DURAL, Mustafa; Seliçi, Özer, *Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu*, Üniversiteliler Yay., İst- trs.
- EBU DAVUD, Süleyman b. el-Eş'as b. İshak el-Ezdi es-Sicistani, *Sünenü Ebi Davud*, Çağrı Yay, İst-1992.
- EBU ZEHRA, Muhammed, *İslam Hukuku Metodolojisi*, Çev. Abdülkadir Şener, Fecr Yay. 4. baskı, Ank.-1986.  
..... *Ebu Hanife*, (Çev. Osman Keskiöglü), Can Kitapevi, Konya-1984.
- EDİS, Seyfullah, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, Ankara Üniv. Hukuk Fak. Yay., Ankara-1983, 2. baskı.
- ERDEM, Mehmet, "Yeni Usul Arayışlarının Arka Planı ve Problemleri Üzerine, **Fırat Üniv. İlahiyat Fak. Dergisi 7**, Elazığ-2002.



- .....*İçtihat Felsefesinin Filolojik Temelleri*, Şark Dağıtım Kitap ve kültür Sarayı, Elazığ-2002.
- .....*Kuran'a Usuli Yaklaşımlar*, (Basılmamış Yüksek Lisans Tezi), Erciyes Üniv. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri-1997.
- ERDOĞAN, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Rağbet Yay., İst.-1988.
- İslam Hukukunda Ahkâmın Değişmesi*, MÜİFV. Yay., İst-1990.
- FENDOĞLU, Hasan Tahsin, *Hukuka Giriş*, Mimoza Yay., Konya-1995.
- GAZALİ, Ebu Hamit Muhammed b. Muhammed b. Ahmed, *el-Mustasfa min İlmi'l-Usûl*, Bulak Emiriyye Mat., Mısır-1322.
- GÜZELHİSÂRİ, Mustafa b. Muhammed, *Menâfiu'd-Dekâik Şerhi Mecâmiu'l-Hakâik*, Matbaai Amira, İst-1308.
- HACVÎ, Muhammed b. Hasen, *el-Fikru's-Sami fi'l-Fıkhi'l-İslami*, (Thk. Eymen Salih) Şaban, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut-1985.
- HALLAF, Abdu'l-Vehhab, *Mesadiru't-Teşrii'l-İslami fi ma la Nassa fihi*, Daru'l-Kalem, Kuveyt-1972.
- HASEBELLAH, Ali, *Usulü't-Teşrii'l- İslami*, Daru'l-Mesgafi'l-Arabi, 6. baskı, 1982.
- HAŞİMÎ, Seyyid Ahmet, *Cevahiru'l-Belağa*, Mektebetu'l-Asriyye, Beyrut-2005.
- HATEMÎ, Hüseyin, *İslam Hukuku Dersleri*, Birleşik Yay. 3. baskı, İst-1999.
- Medeni Hukuka Giriş*, İst.- 1997.
- HATİPOĞLU, Haydar, *Sünen-i İbni Mace Tercemesi Ve Şerhi*, Kahraman Yay. İst.- 1983.
- HEYET, *Kuran'ı Kerim ve Türkçe Açıklamalı Meali*, TDV. Yay., 1992.
- İBNİ ABİDİN, Muhammed Emin, *Mecmuatu Resaili İbni Abidin*, (Thk. Seyyid Muhammed Emin), Alemu'l-Kütüb.
- İBNİ ARABİ, Ebi Bekr Muhammed b. Abdullah, *Ahkamu'l-Kuran*, (Thk. Ali Muhammed el-Buhari), Daru'l-Fikri'l-Arabi, trs.
- İBNİ AŞUR, Muhammed Tahir, *İslam Hukuk Felsefesi*, (Çev. Vecdi Akyüz, Mehmet Erdoğan), Rağbet Yay., 3. baskı, İst.-1999.
- İBNİ HACER, Ebu'l-Fadl Şhabuddin el-Askalânî, *Fethu'l-Bârî Şerhu Sahihi'l-Buhari*, el-Mektebetu'l-Asriyye, Beyrut-2001.
- İBNİ HÂCİP, Ebu Amr Cemaluddin Osman b. Ömer, *Muhtasaru'l-Münteha*, Dar'ul-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut-trs.

- İBNİ HAZM, Ebu Muhammed Ali b. Ahmet, *el-İhkam fi Usuli'l-Ahkam*, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut-trs.
- İBNİ KAYYIM, Ebu Abdillan Muhammed, el-Cevziyye, *İ'lamu'l-Muvakki'in an Rabbi'l-Alemin*, Daru'l-Kütübi'l-Arabi, Beyrut-1996.
- İBNİ KESİR, İmaduddin İsmail b. Ömer ed-Dimeşki, *Tefsiru'l-Kurani'l-Azim*, Çağrı Yay., İst.-1987.
- İBNİ KUDĀME, Ebu Muhammed Muvaffakuddin Abdullah b. Ahmet el-Makdisi, *Ravdatu'n-Nazir ve Cünnetü'l-Munazır*, (Nuzhetu'l-Hatır el-Atır ile birlikte), Daru'l-Fikri'l-Arabi, trs.  
..... *Muğni*, Mektebetu'l-Cumhuriyeti'l-Arabiyye, trs.
- İBNİ MACE, Ebu Abdullah Muhammed b. Yezid el Kazvini, *Sünenü İbni Mace*, Çağrı Yay., İst.-1992.
- İBNİ MANZUR, Ebu'l-Fadl Cemalüddin Muhammed b. Mükerrerem, *Lisanu'l-Arab*, Daru's-Sadr, Beyrut-1994.
- İBN NUCEYM, Zeynuddin İbrahim b. Muhammed el-Mısri, *el-Eşbah ve'n-Nezair*, el-Matbaatu'l-Hüseyniyetu'l-Mısriyye, 1322.
- İMRE, Zahit, *Medeni Hukuka Giriş*, Yenilik Basımevi, İst.-1971.
- İNALCIK, Halil, “**Kanun**”, *İslam Ansiklopedisi*, DİB.Yay., İst.-2001.
- İSFEHĀNİ, Rağıb, *Müfredat-u Elfazi'l-Kuran*, (Thk. Safvan Adnan Davudî), Daru'l-Kalem, Dimeşk-1997.
- İSNEVÎ, Ebu Muhammed Cemaluddin Abdurrahman b. el-Hasen el-Kureşi, *et-Temhid fi Tahrici'l-Furu' ale'l-Usul*, Daru'l-İşaaati'l-İslamiyye, Mekke-1387.
- KAM, Ferit, *Dinî, Felsefî Sohbetler*, (Sadeleştiren: S.Hayri Bolay), DİBY., Pars Mat., Ankara-trs.
- KARADAVİ, Yusuf, *el-Hasaisu'l- Amme li'l-İslam*, Mektebtü'l-Vehbe, Kahire-1989.
- KARAMAN, Hayrettin, *İslam Hukuk Tarihi*, Nesil Yay., İst.-1989.  
.....*İslam Hukukunda İctihat*, DİB. Yay., Ank.-1975.  
.....*Mukayeseli İslam Hukuku*, İz Yay., İst- 1999.
- KARAYALÇIN, Yaşar, “Hukuk Metodolojisi”, **Mekasid ve İctihad**, Hazırlayan: Ahmet Yaman, Yediveren Kitap, Konya-2002.
- KĀSĀNİ, Alauddin Ebu Bekr b. Suud, *Bedaiu's-Sanai' fi Tertibi's-Şerai'*, (Thk. Muhammed Adnan b. Yasin Derviş), Beyrut-1997.

- KASTALLÄNİ, Şihabuddin Ebi'l-Abbas Ahmet b. Muhammed, *İrşadu's-Sârî Şerhu Sahihi'l-Buhari*, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut-1996.
- KIRCA, Çiğdem, "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama", *Ankara Üniv. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Ankara-2001.
- KİYÂ el-HERRASİ, İmaduddin b. Muhammed et-Taberi, *Ahkamu'l-Kuran*, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut-1985.
- KOMİSYON, *Yeni Türk Ansiklopedisi*, Ötüken Neş., İst.-1985.
- KOMİSYON, *el-Mucem'ul- Vasi*, Çağrı Yay., İst.-1996.
- KOMİSYON, *Yeni Ansiklopedi*, Timaş Yay. İst.-1991.
- KOMİSYON, *Ansiklopedik İslam Luğatı*, Tercüman Gazetecilik ve Mat., İst.-1982.
- KÖKSAL, İsmail, *Teğayyuru'l-Ahkam fi's-Şeriatı'l-İslamiyye*, Müessesetü'r-Risale, Beyrut-2000.
- KÖSE, Saffet, "İslam Hukukunun Statik Olduğu İddiasının Tahlili", *Selçuk Üniv. İlahiyat Fakültesi Dergisi*, İst-1996.
- KUDURİ, Ebu'l- Hasen Ahmet , *Kuduri ve Tercümesi*, (Çev. Süleyman Fahir), Kit-San Mat., İst.-1979.
- KURTUBİ, Muhammed b. Ahmet el-Ensârî, *el-Cami' li Ahkami'l-Kuran*, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut-1993.
- MALİK, b. Enes, *el-Muvatta*, Çağrı Yay., İst-1992.
- MEDKUR, M. Selam, *Nazariyyetu'l-İbaha İnde'l-Usuliyin ve'l-Fukaha*, Dahru'n-Nehdati'l-Arabi, 2. baskı, 1984-(baskı yeri yok).
- MOLLA, Hüsrev, Muhammed b. Feramuz, *Mir'atu'l-Usûl Şerh-u Mirkati'l-Vusul*, (İzmiri Haşiyesi'nin kenarında), Bosnevi Mat., İst.-1285.
- ..... *Mirkat'ul-Vusul*, Fazilet Neşriyat, İst.-trs.
- MUTLU, Latif, *Hukuk Sözlüğü*, Akademi İst. Yay., İst.-2004.
- MUZAFFER, Muhammed Rıza, *Usulu'l-Fıkh*, Müessesetü İsmailiyan, Kum-1417.
- NESEFİ, Ebu'l-Berakat Abdullah b. Ahmet b. Mahmud, *el- Menar*, Derseadet, İst.-trs.
- ..... *Keşfu'l-Esrar Şerhu'l-Musannif ale'l-Menar*, İhsan Kitapevi, İst.-1986.
- OĞUZOĞLU, Cahit, *Medeni Hukuk Dersleri 1*, Alaeddin Kral Basımevi, Ankara-1941.
- ÖZEN, Şükrü, "İstislah", DİA, DİBY., İst.-2001.

- ÖZSUNAY, Ergun, *Medeni Hukuka Giriş*, Filiz Kitapevi, İst.-1970.
- PEKCAN, Ali, “Mevrid-i Nassta İçtihadı Mesağ Yok (mu?) dur.”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi 2*, Serhat Ofset Mat., Konya-2003.
- PEZDEVİ, Fahru'l-İslam Ebu'l-Hasen Ali b. Muhammed b. Huseyn, *el-Usûl*, (Keşfu'l-Esrar'ın kenarında), Mektebetu's-Sanayi', 1307.
- RAZİ, Fahrettin, *Tefsir-i Kebir*, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Tahran.
- SERAHSİ, Ebu Bekir Muhammed b. Ebi Sehl, *Usulu'l-Fıkh*, (Thk. Ebu'l-Vefa el-Efğani), Kahraman Yay., İst-1984.
- ..... *Kitabu'l-Mebsûd*, Daru'l-Marife, Beyrut-trs.
- ŞA'BAN, Zekiyüddin, *İslam Hukuk İlminin Esasları*, (Çev. İbrahim Kaki Dönmez), TDVY., Ank.2005.
- ŞAFAK, Ali, *Hukuk ve Emniyet Terimler Sözlüğü*, Rehber Yay., Ankara- 1992.
- İslam Hukukunun Tedvini*, Atatürk Üniv. Basımevi, Erzurum-1978.
- ŞAFİİ, Muhammed b. İdris *er-Risale*, (Çev. Abdülkadir Şener, İbrahim Çalışkan), TDV. Yay., Ank.-1996.
- ..... *Kitab'ul- Ümm*, Daru İhyai't-Turasi'l- Arabi, Beyrut-2000
- ŞATIBİ, Ebu İshak İbrahim b. Musa, *el-Muvafakat fi Usuli's-Şeria*, Daru'l-Marife, Beyrut-1997.
- ŞEHRİSTANİ, Ebu'l-Feth Muhammed b. Abdulkerim, *el-Milel ve'n-Nihal*, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut-1990.
- ŞELEBİ, Muhammed Mustafa, *Ta'lilu'l-Ahkam*, Daru'n-Nehdati'l-Arabiyye, Beyrut-1949.
- SEM'ÂNİ, Ebu'l-Muzaffer Mansur b. Muhammed b. Abdulcebbar, *Kavâtu'u'l-Edille fi'l- Usûl*, Thk. Mumammed Hasen İsmail, Daru'l Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut-1997.
- ŞENER, Abdülkadir, *İslam Hukuku Dersleri 1*, Dokuz Eylül Üniv. Yay., İzmir-1992.
- ŞENER, Mehmet, *İslam Hukukunda Örf*, Öğrenci Basımevi, İzmir-1987.
- ŞEVKANİ, Muhammed b. Ali Muhammed, *İrşadu'l-Fuhul ila Tahkiki'l-Hakk min İlmi'l- Usul*, Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, Beyrut-1994.
- SUPHİ SALİH, *Mebahis fi Ulumi'l-Kuran*, Derseadet, İst.-trs.
- TAFTAZANİ, Saadettin Mesud b. Ömer, *Risaletu'l-Hudûd*, Daru'l-Kitabi'l-İslami, trs.

- TEKİNAY, Selahettin Sulhi, *Medeni Hukuka Giriş Dersleri*, Fakülteler Mat., İst.-1970.
- TİRMİZİ, Ebu İsa Muhammed b. İsa b. Sevra, *Sünenü't-Tirmizi*, Çağrı Yay., İst-1992.
- Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 1982*, Madde 90, Kocaoluk Yay., İst.-1985.
- UDEH, Abdülkadir, *Mukayeseli İslam Hukuku ve Beşeri Hukuk*, (Çev. Ruhi Özcan, Ali Şafak), Rehber Yay., Ank.-1990.
- ULUDAĞ, Süleyman, *İslam'da Emir ve Yasakların Hikmeti*, TDVY, Ank.-1992.
- UMERİ, Nadiye Şerif, *el-İçtihat fi'l-İslam*, Müessesetu'r-Risale, Beyrut-1986.
- VELİDEDEĞOLU, Hıfzı Veldet, *Türk Medeni Hukuku 1*, Sermet Mat., İst.-1968.
- ZEBİDİ, Zeynuddin Ahmet b. Ahmet b. Abdillatif, *Sahihi Buhari Muhtasarı Tecrid-i Sarih Tercemesi ve Şerhi, I-XII*,(Çev. Kamil Miras), DİB. Yay., 6. baskı, Ank.-1982.
- ZERKA, Mustafa Ahmet, *Çağdaş Yaklaşımla İslam Hukuku*, (Çev.: Servet Armağan), Timaş Yay., İst- 1993.
- YAZIR, Elmalılı Muhammed Hamdi, *Hak Dîni Kuran Dili*, Zaman Yay., İst.-trs.
- ZEVKLİLER, Aydın, *Medeni Hukuk*, Dicle Üniv. Hukuk Fak. Yay.,Diyarbakır-1986.
- ZEYDAN, Abdülkerim, *Fıkıh Usulü*, (Çev. Ruhi Özcan), MÜİFY., İst-1993.
- ZUHAYLİ, Vehbe, *Usulu'l-Fıkhi'l-İslami*, Daru'l-Fikr, Dımeşk-1986.