



Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Dergisi
Erzincan Law Review

Cilt/Vol: 29 Sayı/No: 2 Aralık/December 2025

**Modern Hukuk ve İslâm Hukuku’nda Hâkimin Hukuk
İhdâsı**

Judge’s Creation of Law in Modern Law and Islamic Law

  **Doç. Dr. Hafsa KESGİN***

 10.60002/ebyuhfd.1682195

ÖZ

Toplum düzeninin teminatı olan hukuk sistemleri, kurallar ve kanunlar çerçevesinde inşa edilir. Ancak toplumun dinamik yapısı nedeniyle, kanun koyucuların tüm ihtimalleri kapsayan eksiksiz ve bütüncül bir hukuk düzeni oluşturması her zaman mümkün değildir. Bu doğrultuda, gerek beşerî gerekse ilahî kaynaklı hukuk sistemlerinde, her güncel olaya ve duruma yönelik açık ve net hükümler içermeyen alanların bulunması kaçınılmaz bir sonuç olarak ortaya çıkmaktadır. Literatürde “hukuk boşluğu” veya İslam hukukunda “meskût’anh” (hakkında açık hüküm bulunmayan meseleler) olarak adlandırılan bu alanlar, hukukun temel amacı doğrultusunda, hukuk düzenini sürdürülebilir kılmak için kânun koyucular tarafından doldurulmalıdır.

Beşerî hukuk sistemlerinde bu tür boşlukların bulunması tabii karşılanırken, ilahî kaynaklı bir sistem olan İslam hukukunda bu durum, aşkın ve her şeyi bilen bir kanun koyucu fikriyle ilk bakışta çelişkili görünmektedir. Zira ilmi ezeli ve

* Yalova Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İslam Hukuku Anabilim Dalı.

Makale Bilgisi/Article Info: Araştırma Makalesi/Research Article

Geliş/Received: 23.04.2025 | **Kabul/Accepted:** 06.10.2025.

Bu makale, intihal programında taranmış ve iki (kör) hakem incelemesinden geçmiştir. This article was submitted in a plagiarism program and reviewed by two (blind) referees.

Atıf/Cite as: Hafsa Kesgin, “Modern Hukuk ve İslâm Hukuku’nda Hâkimin Hukuk İhdâsı”, EBYÜ-HFD, C. 29, S. 2, Aralık 2025, (1107-1144).



Bu makale **Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası** lisansı ile lisanslanmıştır.

ebedî olan bir kanun koyucunun oluşturduğu bir hukuk sisteminde hüküm verilmeyen alanların bulunmaması beklenirdi. Ancak İslam hukukunda da modern hukuk sistemlerinde olduğu gibi açık hüküm bulunmayan meselelerin varlığı kabul edilmektedir. Bu durum, hukuk sisteminin işlerliğini sürdürebilmesi için yeni hükümlerin üretilmesini, hukuki boşlukların uygun yöntemlerle doldurulmasını ve yeni bir hukuk ihdâsını zarûrî kılmaktadır.

Bu çalışma, hem modern hukuk sistemi hem de İslam hukuku bağlamında, hukuk boşluklarının hangi araçlar aracılığıyla, hangi yöntem ve kurallar çerçevesinde doldurulduğunu karşılaştırmalı olarak incelemeyi amaçlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Modern Hukuk, İslam Hukuku, Kânun Boşluğu, Hukuk Yaratma, İçtihad.

ABSTRACT

Legal systems, which guarantee social order, are built within the framework of rules and laws. However, due to the dynamic nature of society, it is not always possible for lawmakers to establish a complete and comprehensive legal system that accounts for every possible scenario. Consequently, in both man-made and divinely sourced legal systems, the existence of areas that do not contain clear and explicit judgments for every current event or situation becomes an inevitable outcome. In the literature, these areas are referred to as “legal gaps” or, in Islamic law, as “maskût ‘anh” (issues for which there is no explicit ruling).

In man-made legal systems, the presence of such gaps is generally regarded as natural. However, in Islamic law, which is based on a divine source, this situation may initially appear contradictory to the concept of a transcendent and all-knowing lawgiver. One might expect that a legal system established by an eternal and omniscient legislator would leave no issue unaddressed. Nonetheless, Islamic law, much like modern legal systems, also acknowledges the existence of issues for which there are no explicit rulings. This reality necessitates the generation of new rulings, the filling of legal gaps through appropriate methods, and the creation of new legal interpretations in order to maintain the functionality of the legal system.

The present study aims to comparatively examine, within the contexts of both modern legal systems and Islamic law, the tools, methods, and principles used to fill legal gaps.

Keywords: Modern Law, Islamic Law, Legal Gaps, Law-Making, İjtihad.

GİRİŞ

Toplum hayatını düzenleyen, toplumda kurallara uyulmasını otorite ile sağlayan hukuk, kaynağı itibarıyla beşerî ve ilâhî olmak üzere iki tür üzerinden şekillenmiştir. Gerek beşerî gerekse de ilâhî kaynaklı olsun,

hukukun ortaya koyduğu kurallar ve kânunlar her dönem toplumun ihtiyacını sağlamayabilir. Bu durumda ortaya çıkan yeni olaylara uygun kânun/hukuk ihdâsı olgusu gündeme gelmektedir. Modern hukukta hukuk yaratma şeklinde kavramsallaşan bu olgu, hukukun dinamik hayata uyarlanmasının yegane yolu olarak kabul edilmektedir.

Beşeri temelli oluşturulan modern hukukta kanun koyucunun gelecekteki her olası olayı ön görüp ona uygun bir kural ihdâs etmesi beşer üstü bir olgudur. Pozitif hukukta hâkimin uyuşmazlıkları çözmeye yönelik yargısal faaliyetleri ilgili kanunu yorumlayıp, anlamını belirlemek ve yeni olaya uygulamak, mevcut olan kanunlar ve görüşler arasından birini tercih ederek kendisine hukukun tanıdığı takdir yetkisini kullanmak ve hakkında hiç kânun bulunmayan bir olayla ilgili yeni bir kânun/hukuk yaratmak/ihdâs etmek şeklinde sıralanabilir.

Yasama kurumunun temel amacı, yapılan kanunların hem mevcut duruma hem de geleceğe şâmil olmasını sağlamaktır. Ancak toplumsal değişimler, teknolojik gelişmeler yapılan kanunların her dönem ve zamanda işlevsel olmasına engel olmaktadır. Kânunlarda hukûkî bir mevzuza uygulanacak hükmün bulunmaması halinde kanunda bir boşluktan bahsedilmektedir. Bu durumda hâkim kânun koyucu gibi hareket ederek önünde bulunan olaya uygun bir kânun ihdâs etmek durumundadır. Bu faaliyet hukuk dilinde kânun yaratma olarak nitelenmektedir. Ancak hâkimin kanun yaratmasına dair doktrinde farklı fikirler öne sürülmüştür.

İlâhi kaynaklı olan İslâm hukukunda ise beşer üstü bir kanun koyucudan bahsedildiği için aşkın bir varlığın koyacağı hükümlerde geleceği bilmemesi tasavvur edilemez. Bu açıdan modern hukukta kanun koyucunun gelecekteki olayları bilmediği için koyamadığı kânun İslam hukukunun kanunlarını vaz'eden Şâri için elbette düşünülemez. Ancak bu bilgiye rağmen İslam hukuk sisteminde de hükmü bildirilmeyen alanın bulunduğu malumdur. İslam hukukunda bu alan kanun boşluğu kavramını tam anlamıyla karşılamasa da “meskûtun anıh/sukût edilen alan” olarak nitelendirilmiştir. Çalışmada bu iki kavram çerçevesinde hukuk/kânun ihdâsı olgusunun anlamı, muhtevası, kuaralları ve başvuru mekanzimaları karşılaştırılmalı olarak ele alınacaktır.

I. KAVRAMSAL ÇERÇEVE

A. Hâkimin Hukuk İhdâsı/Yaratması ve Kanun Boşluğu Kavramları

Hukuk, yapısı ve işlevi gereği toplumla direk ilişkili bir kavram olup toplumsal düzenin oluşmasını ve sorunların giderilmesini sağlayan kural, kanun ve ilkeler va'zeder. Hukukun bu işlevini yerine getirebilmesi hiç

şüphesiz toplumu iyi tahlil edebilmesi geleceği ön görebilmesi ve dinamik bir yapı arzemesiyle mümkündür. Koyulan kânun ve kuralın hem hâli hâzırdaki durumu hem de gelecekte olması muhtemel durumları karşılayacak nitelikte kapsayıcı ve tam olması beklenmektedir.¹ Ancak her ne kadar ideal olan tam, kâmil, şimdiyi ve geleceği de kuşatan kusursuz bir kanun ve kural ortaya koymaksa da değişen ve dönüşen bir toplum yapısı karşısında bu mümkün olmamakta ve kanunda bir boşluk meydana gelmektedir. Ortaya çıkan bu boşluğun doldurulması ve hukukun her daim kendini yenilemesi ve geliştirebilmesinin yolu anlık kural ve kanun koyabilen bir mekanizma kurmasıdır. Söz konusu hukukun toplumla uyumlu hale gelmesini sağlayan bu mekanizma, bu şekilde kanun boşluğunun oluşması durumunda yürütücü ve uygulayıcı olan ve çözüm sunma makamında olan hâkimler eliyle işletilmelidir. İşte söz konusu bu gerekçeler temelinde hâkimin önüne gelen olayın hükmünü verebilmesi için “gerekli kanûnî düzenlemenin olmaması durumunda” kanunlarda olmayan bir kuralı koyması gerekmektedir. Söz konusu bu durum literatürde kanun boşluğu şeklinde tanımlanmaktadır.² Böyle bir durumda hâkimin ilgili kanun boşluğunu doldurmak amacıyla yaptığı faaliyete ise hukuk yaratma ismi verilmektedir. Bu bağlamda hâkimin hukuk yaratmasının ilk şartının yapılan kanun metinlerinde bir boşluğun bulunması gerektiği ortaya çıkmaktadır. Fakat kanun boşluğu yanında hâkimin hukuk yaratmasını engelleyecek herhangi bir düzenlenmenin de bulunmaması gereklidir. Kanûnîlik ilkesinin temel alındığı hukuk alanlarında bu durum daha dikkatli ele alınmalıdır. Kanûnîlik ilkesini esas alan alanlara dair kuralların hukuk yaratma yoluyla ihdas edilemeyeceği, özellikle ceza³ ve vergi hukuku⁴ sahasında hukuk yaratmanın mümkün olmadığı beyân edilmiştir.⁵

Kanun boşluğu kavramına benzer olarak literatürde bahsedilen benzer ve yakın anlamlı hukuk boşluğu adı altında bir diğer benzer kavram daha vardır. Ancak iki kavram arasında benzer anlam söz konusu olsa da ayırıcı bir tarafı da bulunmaktadır. Kanun boşluğu kavramında kanunda bir hüküm bulunmaması durumu iken, hukuk boşluğu hem kanunda hem de örf

-
- 1 Sururi **Aktaş**, “Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, S. 1-2, 2010, s. 1.
 - 2 Seyfullah **Edis**, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 2. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1983, s. 115.
 - 3 Kemal **Gözler**, Hukuka Giriş, 2. Bası, Ekin Kitapevi, Bursa 2003, s. 393.
 - 4 İmran **Arıttı Erdem**, “Vergi Hukukunda Hâkimin Hukuk Yaratması: Boşluk Doldurma”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, 2016, s. 14.
 - 5 Abdullah **Demir**, Hukuk Metodolojisi, Astana Yayınları, Ankara 2016, s. 188.

ve âdet hukukunda bir hükmün bulunmaması anlamına gelmektedir.⁶ Fakat bu hususta literatürde farklı görüşler bulunmaktadır. Hukuk yaratma eyleminin kanunda boşluk olması durumundan ziyâde hukukta boşluk olması durumunda işletilmesi gerektiğini savunanlar da mevcuttur.⁷ Ancak genel tanımlama hukuki düzenleme olması gereken bir hususta mer'î hukukta herhangi bir hükmün bulunmayışı kanun boşluğu olarak tanımlanmış olup hukuk yaratmanın zeminini de bu kavram oluşturmaktadır ve hem hukukta hem de örf ve adette olan boşluğu ifade etmektedir.⁸

Pozitif hukukta kânun boşluğu denince genelde akla kanun koyucunun beşer olmasından kaynaklı geleceği ve gelecekteki olayları bilmemesinden dolayı bilinçsiz boşluklar akla gelmektedir. Bilinçsiz boşluk, kanun koyucunun istek ve iradesi dışında olan boşluklardır. Bilinçli boşluk ise, literatürde kural içi boşluk olarak da ifade edilen, kanun koyucunun hâkimler tarafından takdir yetkisi kullanılarak doldurulmasını istediği boşluklardır. Diğer bir ifadeyle kânunun örf ve âdetlere yönlendirdiği ve hâkime açık bir biçimde takdir yetkisi verilen bu tür boşluklar kural içi boşluk olarak tavsif edilmektedir.⁹ Gerçek boşluk ise kanunda gerçekten bir hükmün bulunmamasıdır.¹⁰ Gerçek olmayan boşlukta ise, kânun mevcut ama yeterli ve tatmin edici değildir.¹¹ Örtülü olarak bulunan boşlukta ise kânun mevcut ancak lafzı ve ruhu arasında bir çatışma bulunmaktadır. Burada bu boşluk mevcut hükmün sınırlanması ve ya istisnâ edilmesi faaliyetleriyle doldurulur.¹² Gerçek kural çatışmasında ortaya çıkan boşlukta ise iki kural birbirini nakzeder.¹³

6 Mustafa **Dural/Suat Sarı**, Türk Özel Hukuku Cilt I (Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri), 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2011, s. 132; M. Kemal **Oğuzman/Nami Barlas**, Medeni Hukuk, (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar), 19. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 95-96.

7 **Dural/Sarı**, Türk Özel Hukuku, s. 132.

8 **Aktaş**, “Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı”, s. 10.

9 **Dural/Sarı**, Türk Özel Hukuku, s. 135.

10 Jale **Akipek/Turgut Akıntürk**, Türk Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2004, s. 127.

11 **Dural/Sarı**, Türk Özel Hukuku, s. 136.

12 **Dural/Sarı**, Türk Özel Hukuku, s. 136.

13 Ali Nazım **Sözer**, Hukukta Yöntembilim, 5. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2015, s. 173.

B. Hâkimin Hukuk Yaratması Kavramı ile İlişkili Kavramlar

1. Hâkimin Takdir Yetkisi

Hâkimin takdir yetkisi kavramı hâkimin hukuk yaratması kavramıyla en yakın ilişkili kavramdır. Hukuk kuralları hâkimler marifetiyle somut olaylara uygulanmaktadır. Ancak toplumsal yapının dinamikliği ve ortaya çıkan her olayın kendi içinde farklı perspektifleri barındırması, zâhiren aynı olay görüntüsü verse de ince farklılıklara sahip olan bir olayın söz konusu nüansını ancak o olayı tahlil ve takip eden hâkimin bilmesi söz konusudur. Bu bağlamda genel bir ilkenin özelleştirilip ilgili olaya uyarlanabilmesi hâkimlerin uhdesindedir.

Hâkime söz konusu yetki Türk Medeni Kanun'un 4. maddesiyle verilmiştir.¹⁴ Bu madde çerçevesinde hâkimin takdir yetkisi; kanunun genel, soyut ve esnek özellikteki hükümlerini, somut ve özel bir duruma uygun şekilde uyarlamayı sağlama yetkisidir.¹⁵ Diğer bir ifadeyle, otoritenin kasıtlı olarak bıraktığı kural içi boşlukların; olayın mahiyeti, toplumun ahlâkî yapısı, hukûkun birliği, takdir yetkisini kabul eden kuralların maksadı ve sosyal adalet temelinde kuralların özelleştirilmesi yetkisidir.¹⁶ Esasen burada kânun hâkime belli bir ilke sunmakla birlikte, olayın ve ihtiyaçların durumuna göre ilgili kânunun hâkim tarafından tamamlanmasına imkan tanımış olmaktadır.¹⁷ Böylece hukukun yeni ortaya çıkan olaylara uygulanması ve hayatın akışına ayak uydurabilmesi mümkün olmaktadır.

Takdir yetkisinde hâkimin kanun ve kurallar karşısında belli bir hareket alanı ve ihtiyârı vardır. Ancak bu serbestiyet durumu belli şartları haizdir. Burada en önemli husus, hâkimi yönlendiren ve temel alacağı bir hükmün bulunmasıdır. Hükmün varlığına rağmen hâkime bir yorum yetkisinin verilmesi hükmün içeriğinin genel bir çerçeveyi ifade edecek biçimde olmasıdır. Dolayısıyla hâkim önünde bulduğu özel olaya bu hükmü uygularken genel çerçeveden daha detay bir kurala ihtiyaç duymaktadır. Bu durumda hâkim genel hükmü somut özel olaya uygularken kendisi genel hüküm çerçevesinde bir takdirde bulunmak zorundadır. Hâkimin söz

14 TMK, Madde 4.

15 **Akıpek/Akıntürk**, Türk Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, s. 142.

16 **Edis**, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, s. 186; Davut **Bülbül**, Hâkimin Takdir Yetkisi, Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi SBE, Antalya 2009, s. 27.

17 Seyfullah **Edis**, "Hukukun Uygulamasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXX, S. 1, 1973, s. 169.

konusu bu takdirinin elbette bazı sınırları ve şartları yine kânun tarafından belirlenmiştir.¹⁸

Hâkimin takdir yetkisini daha detay anlayabilmek için aile hukukundan bir örnek verilebilir. Medenî kanûnun 167. maddesi¹⁹ gereğince eşlerin boşanma davası açmasına yönelik ayrılık ve boşanma olmak üzere iki farklı sonuç için dava açma hakkı söz konusudur. Eşlerden biri söz konusu boşanma davasını açtığında, boşanma gerekçesini ispatlaması halinde hâkim boşanma veya ayrılığa karar verme serbestisine sahiptir.²⁰ Böyle bir boşanma davasında hâkim kendisine gelen olay özelinde olayın delil, gerekçe, sebep, ispat, sonuç ve olayın bütün yönlerini dikkate alan bir takdirde bulunup karar vermek durumundadır. Böyle bir davada görüldüğü üzere ispatlanma şartına bağlı olarak boşanma ve ayrılık olmak üzere iki farklı hüküm mevcuttur. Hâkimin burada var olan iki hükümden olaya özel, olayın şartları çerçevesinde ve duruma uygun olarak hükümlerden birini tercih etmesi söz konusudur. Böyle bir durumda hâkimin yaptığı bu tercihte hâkimin takdir yetkisini kullanmış olmaktadır. Ancak her somut olayda hâkimin takdir yetkisi söz konusu değildir. Bazı durumlarda şartlar gerçekleştiğinde hüküm yoruma açık olmaksızın direkt uygulanır. Ayrılık kararı verilen çiftler bu sürenin sonunda ortak bir yaşam kuramazlarsa boşanmalarına hükmedilir. Bu kural kanun tarafından açık ifade edildiğinden ayrılma süresi dolduğunda hâkimin takdirine gerek kalmaksızın kanun gereği çiftler boşanır.²¹

Hâkimin takdir yetkisinde yeniden bir hukuk kuralı oluşturma düşüncesi söz konusu değildir. Hâkim tercih hakkını bilinçli bir şekilde bırakılan boşluğu doldurma amacıyla belirlenen kural çerçevesinde ve onun sınırlarında kullanır.²²

18 **Akipek/Akıntürk**, Türk Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, s. 142, 143; **Bülbül**, Hâkimin Takdir Yetkisi, s. 27.

19 “Boşanma davası açmaya hakkı olan eş, dilerse boşanma, dilerse ayrılık isteyebilir”, TMK, Madde 167.

20 TMK, Madde 170.

21 TMK, Madde 172.

22 Takdir yetkisinin mahiyetine dair daha geniş bilgi için bkz. **Edis**, “Hukukun Uygulamasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi”; **Bülbül**, Hâkimin Takdir Yetkisi.

2. Yorum

Yorum, bir kuralın, kanunun ya da ilkenin gerçek ve objektif anlamını bulma gayretini ifade eden bir faaliyet biçimidir.²³ Dinsel, hukuksal ve edebî metinler söz konusu yorum faaliyetinin hareket alanını ifade eder.²⁴ Hukuk açısından yorum faaliyeti hukuk kuralları olarak anayasa, kânun, idârî düzenlemeler, hukûkî işlemler, sözleşmeler gibi normatif önermelerin tamamı hukûkî yorumlamanın zeminini teşkil etmektedir.²⁵

Yorum yapmada bulunan bir kânun çerçevesinde bir açıklamadan, tefsir etmeden bahsedilir. Bu bağlamda hâkim yeni bir hukuk kuralı ortaya koyacak genişlikte bir faaliyet alanına sahip değildir. Diğer bir ifadeyle hâkim hukuk yaratmada olduğu gibi serbest hareket edemez.²⁶ Uygulanacak hukuk kuralının lafzından literal, târihî/niyetselci ya da gâi/amaçsal bir yorumlamaya gitmeye çalışır.²⁷ Literal/lafzî yorumlamada kelimenin sözlük anlamı yerine hukuktaki terim anlamı dikkate alınır.²⁸

II. MODERN HUKUKTA HÂKİMİN HUKUK İHDÂSINA/YARATMASINA DAİR GÖRÜŞLER

A. Hâkimin Hukuk İhdâsını Reddeden Ekoller

Hukuk biliminin gerek felsefik gerekse de sosyolojik alt yapısının yorumlanmasında elbette farklı görüşler serdeden akımların etkisi büyüktür. Bu ekollerin en önde gelenlerinden biri klasik pozitivizmin öncüsü kabul edilen ve Fransız medeni kanunundan (Code Civil) etkilenmiş olan Fransa’da ortaya çıkmış, şerhçi/yorumcu ekoldür. Bu ekolün en belirgin özelliği kanun ve hukuk kavramlarını eş görmesidir.²⁹ Onlara göre kanun her somut olaya uygulanabilir ve kanun koyucunun sadece niyeti yorumlanabilir. Onun dışındaki alan yoruma kapalı olmalıdır. Kanun, kanun ko-

23 Ergun **Özsunay**, *Medenî Hukuka Giriş*, (Gözden Geçirilmiş) 5. Bası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1986, s. 190; Ahmet M. **Güneş**, *Hukuk Metodolojisi*, 2. Bası, Ekin Yayınevi, İstanbul 2017, s. 91.

24 Cengiz **Otaç**, “Hermeneutik (Yorum Bilim) ve Ceza Kanunlarının Yorumu”, *TBB Dergisi*, C. LXXXIX, 2010, s. 442.

25 Sururi **Aktaş**, “Hukukta Yorum Çabaları”, *Erzincan Binalı Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 15, S. 3-4, 2011, s. 1.

26 Asım **Kaya**, “Amaçsal Yorum”, *Ankara Barosu Dergisi*, C. IV, S. 4, 2014, s. 369.

27 Hukukta yorum türleri ve anlamlarına dair daha geniş bilgi için bkz. **Aktaş**, “Hukukta Yorum Çabaları”, s. 9-27.

28 **Dural/Sarı**, *Türk Özel Hukuku*, s. 124.

29 **Can**, *Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi*, s. 187.

yucu tarafından yaratıldığından hâkimlerin kanun yaratmasından söz edilemez. Hâkimler, koyulan kanunların nakilciliğini yaparlar ve herhangi bir yorum yapmaksızın kanun metnini uygulamalıdır.³⁰

Bu ekolün en temel kabul ettiği görüş, kanun koyucu herşeyi belirlemiş ve düzenlemiş olduğundan kanunda bilinçli, bilinçsiz, örtülü vb. boşluklardan söz edilemez. Hukukun kaynağı, hâkim yorumları değil kanunların kendisidir. Burada sadece kanun koyucunun iradesini tespit etmeye dair faaliyetler yapılmalıdır.³¹ Söz konusu bu faaliyetlerin gerçekleştirilmesi için de kıyas, öncelik/haydi haydi kuralı ve ters kavram/mefhum-u muhâlif gibi yöntemlerinden istifade edilmelidir.³² Bu faaliyetler gerçekleştirilirken de ilgili kanunun dışına çıkılmamalı ve objektif bir tavır sergilenmelidir.³³

Fransa'da ortaya çıkan bu ekole karşılık Almanya'da da kavramalar içtihadî isimli bir ekol etkisini göstermeye başlamıştır. Bu akımın temel dayanağı, kanunlardaki terimlerle mantıksal bir ilişki oluşturarak her soruna çözüm üretilebilir. Şayet hâkim olayın çözümü için kanunlardaki hükümlerden herhangi bir kavram çıkaramazsa kendisi bir hukuk oluşturamaz, ancak oluşturulması için yasama organına başvurur.³⁴

B. Hâkimin Hukuk İhdâsını Kabul Eden Ekoller

Yorumcu ekol, 20. yüzyılla birlikte etkisini giderek kaybetmiştir. Bu dönemde yorumcu akıma karşı olan serbest bilimsel akım ismiyle yeni bir ekolün etkileri ortaya çıkmaya başladı. Söz konusu ekolün temel felsefesi, İsviçre medeni kanununun birinci maddesinde kendini göstermektedir. İlgili kanun maddesi, “Kanunda bir hükmün bulunmaması durumunda hâkim örf ve âdetle göre ve bir âdetin bulunmaması durumunda ise kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacaksa ona göre karar verir”³⁵ şeklindedir. Kanunda da görüldüğü üzere bu ekolün temel düşüncesi, hâkimin herhangi bir kanun bulunmayan bir konuda hâkim kendisi kanun

30 Adnan **Güriz**, Hukuk Felsefesi, 11. Bası, Siyasal Kitabevi, Ankara 2015, s. 280.

31 **Can**, Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi, s. 187.

32 Niyazi **Öktem**/Ahmet Ulvi **Türkbağ**, Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, Der Yayınları, İstanbul 2014, s. 442.

33 Hukukta ortaya çıkan akımlara dair daha geniş bilgi için bkz. Tuba **Dilşat Karataş**, Teorik Açından Hâkimin Hukuk Yaratması, Yüksek Lisans Tezi, Erzincan Üniversitesi SBE, 2019, s. 37.

34 **Edis**, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, s. 106.

35 M. Walter **Young**, “Eugene Huber ve İsviçre Medeni Kanununun Ruhu”, Çev. Jale Gürel, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VI, S. 1, 1949, s. 171.

koyucu olmuş olsaydı nasıl hareket edecekse, olayı çözmek amaçlı soyut bir hukuk kuralı yaratma hakkına sahiptir.

Bu görüş diğer iki göüşe göre daha tercih edilebilir görünse de bazı yönlerden eleştirilmiştir. Hâkiminin yetki ve sınırlarını kanun karşısında daha güçlü konuma getirmiş olması, diğer bir ifadeyle hâkimlerin zorbalığına sebep olması itibariyle eleştirilmiştir. Zira böyle bir durum hukuk önünde eşitlik ve hukuk güvenliği bakımından risk oluşturmaktadır. Ülke-mizde hâkimin hukuk yaratamayacağını savunan görüşler tercih edilme-miştir. Ancak hâkime gereğinden fazla güç veren serbest hukuk ekolünün de görüşü tercih edilmemiştir. Hâkime hukuk yaratma yetkisi tanınmış ancak bu yetki sınırsız bir yetki değildir.³⁶

C. Hâkimin Hukuk İhdâsında Uyması Gereken İlkeler ve Başvuru Mekanizmaları

Hâkimin yasa koyucunun bilerek ya da bilmeyerek bırakmış olduğu kanun boşluğunu doldurması/hukuk yaratması³⁷ hukuk güvenliği açısından zorunlu bir durumdur.³⁸ Söz konusu bu hukuk yaratma, yasaya bağlı ve yasayı aşan faaliyet olmak üzere iki türlü gerçekleştirilir. Yasaya bağlı hukuk yaratmada belli bir yasa vardır ancak yetersizdir. Yasayı aşan hukuk üretmede ise hiçbir yasanın varlığı söz konusu değildir.³⁹ Hâkim, medenî hukuku uygularken sırasıyla üç kaynaktan faydalanır: 1. Anayasa, kânun, yönetmelikler, Cumhurbaşkanlığı kararnâmesi, kânunla onaylanmış uluslararası antlaşmalar, Yargıtay içtîhâdı birleştirme kararları vb. gibi yazılı hukuk kaideleri. 2. Yazılı hukuk kurallarında bir kural yoksa örf ve âdet hukuku. 3. Yazılı hukuk ve örf ve âdet hukukunun bulunmadığı durumlarda ise hâkim kendisi hukuk yaratır. Hâkim karar verirken bilimsel görüş ve yargı kararlarından yararlanır.⁴⁰ Ancak hâkimin ilgili boşluğu doldurmak için uyması gereken ilkeler ve bir hükme varabilmesi için kullanması gereken araçlar bulunmalıdır.⁴¹ Söz konusu bu ilke ve araçların

36 **Edis**, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, s. 108-109.

37 Abdullah **Dinçkol**, Hukuka Giriş, Alkım Yayınları, İstanbul 2000, s. 288 vd.; Yaşar **Karayalçın**, Hukukta Öğretim-Kaynaklar-Metot, Problem Çözme, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2001, s. 133.

38 **Sözer**, Hukukta Yöntembilim, s. 153; Aydın **Zevkliler**/M. Beşir **Acarbey**/K. Emre **Gökyayla**, Medeni Hukuka Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 1999, s. 106.

39 **Sözer**, Hukukta Yöntembilim, s. 183-184.

40 Yılmaz **Çağlayan**, Açıklamalı-İçtîhâtlı Türk Medenî Kânunu Şerhi, Seçkin Yayınları, 2024, s. 40.

41 **Edis**, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, s. 120-127.

daha detaylı ve derin ele alınması gereklidir. Ancak karşılaştırmalı bir çalışma olması sayfa sınırlarını zorladığından, her iki alana dair karşılaştırmalı büyük resmi ortaya koyma amaçlı genel bir çerçeve çizilecektir.

1. Hâkimin Hukuk İhdâsında Uyması Gereken Kurallar

a. Kendisi Otorite Olsaydı Nasıl Karar Verecekse Öyle Hüküm Vermesidir:

Bu kural, hâkimin uyması gereken ilkelerin en başında gelmekte ve Medenî Kanun'un da birinci maddesini teşkil etmektedir.⁴² Diğer bir ifadeyle verilen hükmün somut ve özel değil, soyut, genel ve objektif olması gerekir. Aynı zamanda yaratılacak kuralın sadece o anda bulunan somut olan olayın çözümü için değil, benzer olan diğer olaylara da uygulanabilir olması beklenir.⁴³

b. Hukuk Düzeniyle Bütünleşme:

Bu ilke özellikle Anayasa Hukuku bakımından önem taşımaktadır. Hâkimin getirdiği kuralın üst düzey norm ile çatışmaması gerekir.⁴⁴ Bu ilkenin yazılı hukuk kuralları ve ahlakla çelişmeme olmak üzere iki boyutu bulunmaktadır. Hâkimin yarattığı kanun diğer yazılı hukuk kurallarıyla ve normlar hiyerarşisine aykırı olmamalıdır.⁴⁵ Aynı zamanda söz konusu kanunun toplumun ahlâkî duygularına, değer yargılarına aykırı olmamalı ve hukuk güvenliğini zedelememelidir.⁴⁶

c. Uygun Olmayan Yöntemlerden Kaçınma:

Modern hukuk hâkimin hukuk yaratırken bazı uygun olmayan metodları kullanmaması konusunda uyarılmıştır. Hâkim yeni bir kânun ihdâs ederken, yorum metodlarına başvurma, varsayımdan hareket etme, ikinci derece bir hukuk kaynağına dayanma ve kazuistik/meseleci metodları kullanma gibi uygun görülmeyen yöntemleri kullanmamalıdır.⁴⁷

42 TMK, Madde 1.

43 Edis, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, s. 121-123.

44 Sözer, Hukukta Yöntembilim, s. 180.

45 Edis, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, s. 123-124.

46 Bilge Öztan, Medeni Hukukun Temel Kavramları, Turhan Yayınları, Ankara 2006, s. 155; Kemal Gözler, Hukuka Giriş, Ekin Kitapevi, Bursa 2003, s. 234; Zevkçiler/Acarbey/Gökyayla, Medeni Hukuka Giriş, s. 79-80.

47 Edis, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, s. 130.

d. Keyfilikten Kaçınma

Hâkimin hukuk yaratırken keyfilikten kaçınmasını sağlayan ölçüt, hâkimin amaca, yargılama ilkelerine ve anayasaya uygun şekilde bir kural/kânun koymasıdır. Bilhassa kuralın yorumlanmasıyla sonuca ulaşılacak bir durumda hukuk yaratılması söz konusu değildir. Ayrıca hâkim hukuk yaratma gereğini de açıklamalıdır.⁴⁸

2. Hâkimin Hukuk İhdâsında Başvurduğu Mekanizmalar

Hâkimin yasaya bağlı⁴⁹ ve yasayı aşan hukuk yaratırken başvurduğu bazı yardımcı araçlar söz konusudur.

a. Örf ve Adet Hukuku Hükümlerinden Yararlanma

Medeni kânun, madde 1’de hükmü mevcut olmayan hususlarda “hakkında kanûnî bir hüküm bulunmayan bir mevzuda hâkim örf ve âdete göre hüküm verir” kuralı bulunmaktadır. Dolayısıyla, örf ve âdet hukukundan yararlanmanın hukûkî bir temeli bulunmaktadır. Âdet hukuku, “uzun süreli, kararlı ve genel bir uygulama sonucu ortaya çıkan ve bağlayıcılığı kabul edilen kurallar” şeklinde tanımlanmaktadır.⁵⁰ Geniş anlamda yapılan tanımlamada, yazılı hukukun dışında kalan, içtihat, doktrin ve hukukun genel ilkelerini kapsar. Dar anlamda ise toplumda ortaya çıkan alışkanlıkları ifade eder.⁵¹ Âdet hukukunun tamamlayıcı, belirtici ve yorumlayıcı olmak üzere üç işlevi mevcuttur.⁵²

b. Kıyasa Başvurma

Hâkim, hakkında hüküm bulunmayan bir konuda önce örf ve âdete bakar, orada da bulamazsa kıyas ilkesine başvurur. Bir meseleye dair, kanunda bulunan bir hükmün ya da kuralın hakkında hüküm bulunmayan benzeri bir olaya uygulanması olarak tanımlanan kıyas, kanun boşluğu

48 Nurbanu **Erzurumlu Işık**, Medenî Usûl Hukukunda Yorum (Hukuk Yaratma ve İçtihatı Birleştirme Kararları), On iki Levha Yayıncılık, Mayıs 2023, s. 166.

49 Doktrinde hâkim görüşün aksine, yasaya bağlı ve dolayısıyla yasa çerçevesinde kıyas yöntemiyle yeni bir kuralın konulmasının hukuk yaratma şeklinde değerlendirilmeyeceğine dair görüşler de bulunmaktadır. Söz konusu görüşlere ilişkin bir değerlendirme için bkz. **Erzurumlu Işık**, Medenî Usûl Hukukunda Yorum, s. 163.

50 **Zevkliler/Acarbey/Gökyayla**, Medeni Hukuka Giriş, s. 23, 24; **Abdullah Dinçkol**, Temel Hukuk Bilgisi, Der Yayınları, İstanbul 2003, s. 74; **Ö. Faruk Karacabey**, Uygulamalı Hukukta Yöntem ve Araştırma, yy., Ankara 1976, s. 68.

51 Selahattin **Keyman**, Hukuka Giriş, Yetkin Yayınları, Ankara 2002, s. 85.

52 **Öztan**, Medeni Hukukun Temel Kavramları, s. 153.

doldurma biçimlerinden kabul edilmektedir.⁵³ Hâkim öncelikli olarak önündeki olaya benzer bir olaya uygulanmış bir kuralın varlığını araştırır ve eğer bulursa o olayın hükmünü bu yeni benzer olan olaya uygular. Mesela müşterek mülkiyette ortakların anlaşamaması durumunda ne yapılacağına dair bir kural bulunmamasından dolayı hâkim mirasın paylaşılmasında uygulanan kura yöntemindeki kuralı müşterek mülkiyete de uygulayarak kıyas yapmış olmaktadır.⁵⁴ Kıyas uygulamasında temelinde İslam hukuku'ndaki kıyasın aşamalarıyla aynı aşamalar söz konusudur. Söz konusu aşamalar şu şekildedir: 1. Müstakil hüküm bildiren bir kural bulunur. (Asıl) 2. Hakkında hüküm bulunmayan olay belirlenir. (Fer) 3. Asıl ve fer arasında ortak bir bağ aranır. (İllet) 4. Asılda mevcut olan fer'iye de uygulanır. (Hüküm)⁵⁵

Bu bağlamda kıyası, İslam hukuku'nda bulunan “aslın hükmünü aralarındaki illet birliğinden dolayı fer'e de uygulamak”⁵⁶ şeklinde aynı ifadelerle tanımlayabiliriz.

c. Doğal/Tabii Hukuk (Eşyânın Tabiatı)

Doğal hukuk, yüksek ahlâkî değerleri içeren insanın kendi aklı ile bulduğu, uyulması gereken, zaman, mekân ve toplumlar üstü bir hukuk düzeni olarak tanımlanmaktadır.⁵⁷ Doğal hukuk ahlâk normlarına, eşyanın tabiatına dayanması ve insan aklına uygun olması hasebiyle, bütün zaman ve mekânların değişmez, evrensel düzen kuralları olarak tavsif edilmektedir.⁵⁸ Pozitif hukuka öncelikli olarak kabul edilmektedir. Bu kurala çocuklara pozitif ayrımcılık yapılması örnek olarak verilebilir. Hukuk, eşitlik ilkesi gereğince herkese eşit davranılması sonucunu doğurur. Bu bağlamda ceza hukukunun ilkeleri herkese aynı uygulanmalıdır. Ancak eşyanın tabiatı gereği, çocukların korunmasının zorunluluğu düşüncesi, bu alanda yetişkin ve çocuk ayrımı yapılmasını zorunlu kılmaktadır.⁵⁹

53 Öztan, Medeni Hukukun Temel Kavramları, s. 156; Zevkililer/Acarbey/Gökyayla, Medeni Hukuka Giriş, s. 78; Sevtap Metin, Hukuk Normunun Yorumu, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi SBE, İstanbul 2002, s. 250.

54 Edis, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, s. 134.

55 Sözer, Hukukta Yöntembilim, s. 186.

56 Yunus Apaydın, “Kıyas”, Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, TDV Yayınları, Ankara 2022, s. 25/528.

57 Metin, Hukuk Normunun Yorumu, s. 86.

58 Sururi Aktaş, “İdeal Hukuk Kavramı Üzerine”, EÜHFD, C. XIII, S. 3-4, 2009, s. 9.

59 Sözer, Hukukta Yöntembilim, s. 222.

d. Öğreti/Doktrin/Bilimsel Görüşler ve Mahkeme Kararları

TMK madde 1/3 e göre hâkim karar verirken, bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından faydalanır, şeklindedir. Bu bağlamda hukukçular tarafından ortaya atılan ve hakkında görüş bildirilen konular öğreti şeklinde doktrinde terimleşmiştir. Öğreti türleri içinde bulunan makaleler, monografiler, şerhler ve bibliyografyalar hâkimin başvurduğu eserler arasındadır. Burada hâkim söz konusu bu çalışmalara başvurmak zorunda değildir, ancak isterse faydalanabilir.⁶⁰

e. Hukukun Genel İlkeleri

Kamu ve özel hukuk alanında uygulanan ve hukukun temel ilkelerini gösteren, kanunlardaki münferit ilkelerin zeminini oluşturan bilinçli ya da bilinçsiz hukûkî değerlerimize etki eden hukuk fikrinden neşet etmiş genel gerçeklikler olarak tavsif edilmiştir.⁶¹ Söz konusu bu ilkeler mer’i hukukunda üstünde tüm insanlığa uyarlanan adalet temelli hukukun ideal kurallarıdır.⁶² Genel ilkeler kavramı biraz muğlak olsa da, birçok özel norma temel olan, soyut, evrensel, genel ve üstün nitelikli yazılı ve yazılı olmayan hukuk kuralları olarak ifade edilmektedir.⁶³ Hâkim bu ilkeler temelinde tûmdengelim ile kıyas yaparak bir hukuk yaratacaktır. Söz konusu bu ilkeleri belirlemek zor olsa da, bunların bazıları mantık kurallarından, bazıları tümevarım yoluyla elde edilen ilkelerden, bazıları da hukukun bütününden çıkarılabilir.⁶⁴ Hukûkî özdeyiş ve mantık kurallarından çıkarılan “Özel kural, genel kuralı geçersiz kılar”, “bir haktan doğumundan önce vazgeçilemez”, “susma muvafakât sayılır”, “şek ile yakîn zâil olmaz” şeklindeki ibareler söz konusu bu genel ilkelere örnek olarak verilmektedir. Genel ilkeler mutlak değildir, süreç içinde esnekleştirilebilir. Bu bakımdan hâkimi ilzâm edici değildirler. Hâkim dilerse bu yolu takip etmeksizin doğrudan da kural koyabilir.⁶⁵

60 Söz konusu başvuru araçlarına dair daha geniş bilgi için bkz. **Edis**, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, s. 103.

61 **Edis**, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, s. 146.

62 Ahmet **Yaman**, “Bir Kavram Olarak Fıkıh Kaideleri Ya da İslâm Hukukunun Genel İlkeleri”, Mârifet Dergisi, C. I, S. 1, 2001, s. 49.

63 **Güneş**, Hukuk Metodolojisi, s. 194; Abdülkadir **Akıl**, Hukukun Genel İlkeleri ve Hukukun Gelişimine Etkisi, AÜEHFD, C. VII, S. 3-4, 2003, s. 393, 394, 399.

64 **Edis**, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, s. 133-136.

65 Zahit **İmre**, Medeni Hukuka Giriş, Yenilik Basımevi, İstanbul 1971, s. 207.

Hâkim, örf âdet, kânun gibi pozitif hukuktan müstakil olarak, insanın ve eşyanın tabiatından kaynaklanan hukuk olarak tanımlanan tabii hukukun ilkelerinden de faydalanabilir. Ancak bunların doğrudan boşluk doldurma işlevleri yok kabul edilmektedir.⁶⁶

f. Mukayeseli Hukuktan Yararlanma

Hukukun evrensel olma özelliği temelinde düşünüldüğünde, ideal hukuk anlayışına ulaşmada mukayeseli hukuk bir araç vazifesi görmektedir. Hâkimin bu metoda başvurmasının temel dinamiği, hâkimin karşısında bulunan somut olaya en uygun olan kuralı bulmaya çalışmaktır.⁶⁷

g. Diğer Bilim Dallarından Yararlanma

Hâkimin görevini ifa edebilmesi, düzenleme mevzusuna dair bilimsel bilgi sahibi olmasıyla paraleldir. Hâkimin her bilim dalıyla ilgili bilgili olması her zaman mümkün olmayabilir. Bu durumda hâkim, kendinde bulunmayan bu bilgilere bilirkişiler aracılığıyla ulaşır. Bu metoda örnek olarak henüz ülkemizde robotlara dair hukuki düzenlemeler mevcut değildir. Bu konuda bir uyuşmazlık çıkması durumunda elde olan kurallardan yararlanılsa da esas olan ilgili alanın teknolojik bilgilerine ulaşmak olmalıdır. Zira bu bilgiler bilinmeden sağlıklı ve isabetli bir hükme varılamaz.⁶⁸ Aynı durum tıp, psikoloji ve iktisat gibi bilim dalları için de söz konusudur. Zira hukuk sahasının bu bilim dallarıyla yakın ilişkisi bulunmaktadır.⁶⁹

Bu konuyla ilgili diğer bir husus ise hukuk dalları arasındaki kurallardan istifade edebilmektir. Borçlar hukuku alanındaki bir konuda kural eksikliği bulunması halinde hâkim ticaret hukuku gibi benzer alanların kurallarından da istifade edecektir.

h. Doğrudan Kural Koyma

Hâkime diğer uygulamalara nazaran daha geniş bir serbestlik alanı tanıyan bu uygulamada, hâkim gerek kıyas gerekse de genel ilkelerden yola

⁶⁶ İmre, Medeni Hukuka Giriş, s. 206.

⁶⁷ Sözer, Hukukta Yöntembilim, s. 234.

⁶⁸ Sözer, Hukukta Yöntembilim, s. 235.

⁶⁹ Sözer, Hukukta Yöntembilim, s. 205.

çıkarak kânun yaratmadığı durumlarda kendisi önündeki olaya uygun orijinal bir kural koyar.⁷⁰ Ancak bu kuralın da toplumun etik değerlerine, hukukun genel ilkelerine, yasaların genel anlayışına uygun soyut ve genel nitelikli olması beklenir.⁷¹

III. İSLÂM HUKUKUNDA MÜÇTEHİDİN HUKUK İHDÂSİ

Modern hukukta hâkimin hukuk yaratması kavramının anlamı, kapsamı ve ilgili kavrama dair görüşler yukarıda ifade edildi. Söz konusu kavramın esasında hukukta ya da kanunda bir boşluk olmasıyla ilişkili bir kavram olduğu görülmektedir. Bu bağlamda öncelikle kanunda boşluk kavramının anlamı irdelendi. Modern hukukta kanunda boşluk kavramının “gerekli kanûnî düzenlemenin olmayışı” şeklinde tanımlandığı görülmektedir. Böyle bir tanım ve alanın İslam Hukuku açısından da olabilirliğini ve hukuk yaratma kavramını gündeme getirecektir. Kanun boşluğu yani gerekli kanûnî düzenlemenin yapılmadığı bir alanın bir hukuk sistemi olması hasebiyle İslam Hukuku’nda da söz konusu olması mümkündür. Meskûtun anı şeklinde ifadelendirilen bu kavramın kanun boşluğu ile olan ilişkisini ortaya koymak İslam Hukuku’nda hukuk yaratma olgusunun zeminini oluşturma ve anlama bakımından önemlidir. Zira ilahî kaynaklı olan ve güncel olayların da içinde bulunduğu fıkıh ilmi sahasında, din ve şeriat olmak üzere iki farklı alan mevcuttur. Din, vahye dayalı evrensel kanûnlar manzûmesi olarak tavsif edilirken, şeriât, insanın toplum içindeki yaşamını idâme ettirebilmesi için oluşturulan ve heran değişime açık kânunlar bütünüdür.⁷² Bu bağlamda Mecelle’nin 39. maddesinde ifadesini bulan “ezmânın tağayyürü ile ahkâmın tağayyürü inkâr olunamaz/zamanın değişmesiyle ahkâmın değişmesi inkâr edilemez”⁷³ ibâresi dinin değişen ve topluma uyan bir boyutunun da olduğunu izhâr etmektedir. Özellikle Hz. Ömer’in uygulamalarında⁷⁴ açığa çıkan bu durum, şer’i

70 **Edis**, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, s. 142.

71 Aydın **Zevkliler**, Medeni Hukuk, Dicle Üniversitesi Yayınları, Diyarbakır 1986, s. 63.

72 Hâdi **Sağlam**/Selahattin **Tuz**, “Din ve Şeriat Sorunsalı Üzerine Bir Tahlil”, Universal Journal of Theology, Volume II, Issue IV, s. 302.

73 Ali Himmet **Berki**, Açıklamalı Mecelle, 2. Bası, Hikmet Yayınları, İstanbul 1979, Md. 39.

74 Had cezalarından olan hırsızın elinin kesilmesi cezasının kıtlık zamanlarında uygulanmamasına dair hüküm vermesi bu duruma verilen örneklerden biridir. Zamana ve duruma uygun farklı hüküm verilmiştir. Söz konusu uygulamalara dair daha geniş bilgi için bkz. Saffet **Köse**, “Hz. Ömer’in Bazı Uygulamaları Bağlamında Ahkâmın Değişmesi Tartışmalarına Bakış”, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S. 7, Nisan 2006, s. 13-50.

normların her birinin bir amaca mebni olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla illet ve hikmeti belli olan normların/ahkâmın zaman ve mekâna bağlı olarak değişmesi zorunlu bir sonuçtur. Söz konusu bu değişimin olabildiği alan ise ilahi vahiy kapsamında bulunan şeriata/hukuk dair hükümlerdir.⁷⁵

A. Meskûtun Anh ve Kânun Boşluğu Kavramları

İslam Hukuk kavramı olarak literatürde kullanılan meskûtun anh teriminin tanımının yapılması, bu terimin modern hukukta kullanılan kanun boluğu kavramıyla ifade edilip edilmeyeceğini ve iki kavram arasındaki ilişkiyi ortaya koyacaktır. Meskûtun anh kavramı sözlük anlamı itibarıyla “hakkında sukût edilen” anlamına gelmektedir.

İslam Hukuku'nda bu kavramın temellendirilmesi için öncelikle şer'i hüküm kavramının terimsel anlamını ifade etmek gereklidir. Şer'i hüküm, İslam hukuk metodolojisinde belli bir tarihi süreç⁷⁶ geçmiş olsa da nihâyi süreçte hukukçular tarafından tanıma yapılan eklemeler sonucunda daha teknik olarak “şâriin iktizâ, tahyîr ve vaz' bakımından mükellefin fiillerine yönelik hitâbı” şeklinde kavramın çerçevesi çizilmiştir.⁷⁷ Farklı fıkıh mezheplerine göre Şâri'in hitâbı ya da hitâbının sonucu olarak belirlenen şer'i hüküm kavramı, teklifi ve vaz'î şeklinde iki farklı türe ayrılmaktadır. Tanımda geçen ifadelerden iktizâ, ilgili şeyin yerine getirilmesini ya da getirilmemesini muhataptan isteme, diğer bir ifadeyle farz vâcib gibi emredici nitelikte olup bağlayıcı olması ve ya haram, mekruh gibi nehyedici nitelikte olup yapılmasını yasaklama, tahyîr, yerine getirme ya da getirmeme hususunda serbest bırakılan yani yaptığına ya da yapmadığına herhangi bir cezâi müeyyidenin uygulanmadığı mübah alan, vaz' ise bir şeyin başka bir şey karşısındaki konumunu belirleme, yani bir şeyin başka bir şeye sebep, şart ya da mâni olması manalarına gelmektedir.⁷⁸

Meskûtun anh kavramının üst terimi şer'i hüküm kategorisinde yer alan mübâh terimidir. Yani şer'i hitâbın serbest alan olarak bıraktığı kısma

75 Din ve Şeriât ayırımına dair ve şeriâtın değişime açık olan alanı yani hukuk sahasını ifade ettiğine dair daha detaylı açıklama ve tahliller için bkz. **Sağlam/Tuz**, “Din ve Şeriât Sorunsalı Üzerine Bir Tahlil”, s. 306.

76 Hüküm kavramının tanımı tahlili ve teklifi hüküm terimlerinin İslam Hukuk Metodolojisi bakımından geçirdiği tarihsel süreçte dair daha detaylı bilgi için bkz. Uğur Bekir **Dilek**, *İslâm Hukuk Metodolojisinde Teklîfî Hüküm Terimleri* (Doğuşu-Gelişimi-Terimleşmesi), Selçuk Üniversitesi SBE, 2010.

77 İlyas **Üzüm**, “Hüküm”, Türkiye Diyanet Ansiklopedisi, TDV Yayınları, İstanbul 1998, 18/ 464-465.

78 **Sadrüşşerîa**, et-Tavzîh şerhu't-Tenkîh, Dârü'l-Erkam b. Ebi'l-Erkam, Beyrût 1998, 1/37-38.

tekâbül etmektedir. Nassın sustuğu, hakkında herhangi bir hüküm vazetmediği alana meskûnun anı denilmektedir. Bu kavramın modern dönemdeki karşılığı ise hakkında kanunda herhangi bir hüküm bulunmayan anlamındaki kanun boşluğu tabiridir. Vahiy emredilecek şeyleri emretmiş, yasaklanacak durumları açıkça beyan etmiş, zarûrî olan hükümleri bildirmiş ancak birçok konuda da sukût etmeyi tercih etmiştir.⁷⁹ Şâri'in mübah alan kapsamındaki konularda neden sukût ettiği sorusunun cevabı yine naslarda ifade edilmektedir. Beyân edilirse hoşla gitmeyecek konularda soru sorulmasını istemeyen ancak sorulması halinde açıklanacağını, daha önce bir toplumun sorduğunu ancak sonra inkâr ettiğini vurgulayan âyet⁸⁰, söz konusu bu durumun bilinçli bir sukût olduğunu ve gerekçesinin de insanları zora düşmekten daha fazla sorumluluk almaktan ve açıklandığında hoşuna gitmeyecek yükümlülüklerden kurtarmak olduğu belirtilmektedir. Bu âyet bağlamında modern hukukta kanunda bilinçli olarak bırakılan boşluklara benzediği ve otoritenin modern hukukta olduğu gibi bilinçli boşluklar bıraktığı görülmektedir. Ancak modern hukukta kanun boşluğu dendiğinde ilk akla gelen bilinçsiz boşluklarken, İslam Hukuku'nda kanun boşluğu dendiğinde Şâri'nin bilinçli olarak düzenlemediği ve çözümünü içtihadla bıraktığı bilinçli boşluklar akla gelmektedir.⁸¹

Ulemâdan bazıları söz konusu bu boşluğun bırakılma sebebini, hükmün konulmasını gerektirecek “esbabı mucibe”nin henüz vuku bulmamasına bağlamıştır. Burada sukût, gerekçeli sebep olmayınca hükmün de vaz edilme gereğinin olmadığı teziyle temellendirilmiştir. Bu şekilde meydana gelen durumlarda ortaya çıkan boşluklar, belli delil ve kurallar ışığında içtihad mekanizmasının işletilmesiyle çözüme kavuşturulacaktır. Esasen bu tür bir boşluğun bulunmasında sorun yoktur, olay olmadığında hüküm de olmaz, ancak olay vuku bulduğunda otorite tarafından gerekli hükmün verilmesi söz konusu olur. Bu durum Şâri açısından anlamlı bir boşluktur.

Diğer bir durum ise, hükmün konulmasını gerektirecek “esbâb-ı mucibe” olduğu halde sukût edilmesidir. Yani vahyin nüzûlü esnasında bir hükmün vaz edilmesini gerektirecek bir olay olmasına rağmen Şâri'nin

79 Mehmet **Erdoğan**, İslam Hukukunda Ahkâmın Değişmesi, MÜİFV. Yayınları, İstanbul 1990, s. 42.

80 Mâide, 57101-102; Yine aynı şekilde Hz. Peygamber'in bu anlamı ihtivâ eden, size birşey söylemediğim müddetçe bana soru sormayın (Buhârî, İ'tisâm, 8) ve Allah bazı konularda sukût etmiştir o konuları da deşelemeyiniz (Dârekutnî, 4/184, 298) ifadeleri de bu âyeti destekleyen ibârelerdir.

81 İbrahim **Dönmez**, “İslam Hukukunda Müçtehidin Nasslar Karşısındaki Durumu ile Modern Hukuklarda Hakimin Kanun Karşısındaki Durumu Arasında Bir Mukayese”, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S. 4, 2014, s. 41.

herhangi bir hüküm beyân etmeyip sukût etmesidir. Bu durum, “sükût ikrârdır” kuralı gereğince yorumlanmış ve Şârî'nin olan olayın olduğu şekliyle bulunmasını kabul ettiği şeklinde yorumlanabilir. Nitekim Hz. Peygamber'in de karşılaştığı bazı olaylar karşısında susması, o olayın yapılmasını kabul ettiği şeklinde yorumlanmıştır.

İbni Âşur ise, hukukun amacının teşri' zamanında ayrıntı bilgi vermekten içtinâb edip genellik ve süreklilik hedeflendiğini, değişimin ise evrende değişmeyen bir kural olduğunu vurgulamış ve şu yorumlamada bulunmuştur. “Hz. Peygamber (sav) döneminde hukukun detaya girdiği hususları inceledim. Bunların ekserisinin ibâdet sahasına dâhil olduğunu tespit ettim. Bu ibadetlerin ruhsâtlar dışında, her asırda sürekli ve bağlayıcı olmasının herhangi zorluk çıkarmaması amacına matuftur. Ancak muamelat alanı bu şekilde değildir. Zaman ve hallerin değişmesine paralel, muamelât sahasına dair norm ve hükümlerin de değişmesi elzemdir. Zirâ bu alana dair değişmeyen hükümler koymak, evrensel olma ve uygulama bakımından meşakkat doğuracaktır. Fıkıh usûlcüleri “Şârî' bir hususta, norm (nass) ortaya koymamışsa, aslen zarar verici nitelikte olan şeyin hükmünün haram olması, aslen fayda, maslahat olan şeyin hükmünün de helal olması kuraldır”.⁸²

Kanun boşluğu ifadesi klasik fıkıh literatüründe kullanılmayan bir kavram olsa da İslam hukukçularının literatüründe bilinçli boşluklar ibaresinin kullanıldığı görülmektedir.⁸³ Kardâvî'nin “Mıntakatu'l-ferâğî'l-teşri'i” şeklinde “kanun boşluğu alanı” diye ifade ettiği kavramı, bu, bazı fakihlerin dediği gibi, Şeriat bizi bir emir veya yasakla sınırlamadan, kamu yararını gerçekleştirmek ve meşru hedefleri gözetmek için nassların kasıtlı olarak içtihad ve rey ehline, içtihad etmeleri için bıraktığı alandır: “Allah'ın kitabında helal kıldığı helaldir, haram kıldığı haramdır, hakkında sükut ettiği de aftır, öyleyse Allah'ın affını kabul edin, zira Allah hiçbir şeyi unutmüş olmaz” hadisi ve “Senin Rabbin unutkan değildir”⁸⁴ âyetine

82 Tâhir bin Âşûr, İslam Hukuk Felsefesi, Çev. Mehmet Erdoğan, Vecdi Akyüz, 4. Bası, Rağbet Yayınları, İstanbul 2013, s. 274, 275.

83 Yusuf **Kardâvî**, el-Hasaisu'l- amme li'l-İslam, Mektebtü'l-Vehbe, Kâhire 1987, s. 280-282; Ali **Bardakoğlu**, “İslam Hukuku Araştırmalarında Gelenekçilik”, Günümüz Din Bilimleri Araştırmaları ve Problemleri Sempozyumu 27-30 Haziran 1989; Saffet **Köse**, “İslam Hukukunun Statik Olduğu İddiasının Tahlili”, Selçuk Üniv. İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. VI, 1996, s. 274-278; **Dönmez**, “Müçtehidin Nasslar Karşısında Durumu”, s. 23-49.

84 Meryem, 19/64.

atfen de bazı fakihlerin bunu “af” olarak adlandırdıklarını beyân etmektedir”.⁸⁵ Kardâvî söz konusu bu alanı aynı zamanda meskûtun anıh olarak ifade etmektedir. Bundan maksat ise, ümmete kolaylık, genişlik ve çözüm olması için içtihâda bırakılan bir alan oluşturabilmektir.⁸⁶

Kardâvî’nin “af alanı” olarak bahsettiği mesele, Şâtıbî’nin (ö. 790) usûl anlayışına dayanmaktadır. Şâtıbî usûlünde meskûtun anıh ibâresini ma’fuv’un anıh şeklinde ifade etmiştir. Helal ve haram arasında af diye bir mertebenin bulunduğunu savunan Şâtıbî af kapsamına giren konuların vâcib, mendûb, mübâh, mekrûh ve haram olarak kabul edilen teklifi hükümler kapsamında değerlendirilmeyeceğini ifade etmektedir. Şâtıbî’nin af kapsamında değerlendirdiği konular arasında hata ve unutma, içtihatla yapılan hatalar, ikrah/zorlama, ruhsatlar, mercuh/tercih edilmeyen görüş, mensuh delil ya da sahih olmayan delile uygun amel ve hakkında sukût edilen konulardır.⁸⁷

B. Meskûtun Anıh’ı/Kanun Boşluğunu Kabul Etmeyenler

Modern hukukçularda olduğu gibi İslam Hukukçuları arasında da kanunda boşluk olamayacağını otoritenin gerekli olan bütün kural ve kaide-leri koyduğunu savunanlar bulunmaktadır. Yaşanmış ve yaşanacak hiç bir olayın nasların kapsamı dışında olamayacağını savunan bu görüş sahiplerine göre, Allah ve Rasûlî insanları rey ve içtihâda, kıyâsa yönlendirmez. Naslarda bütün hükümler beyân edilmiştir.⁸⁸

Kanun boşluğunu kabul etmeyenlerin dayandığı en temel gerekçeler ise yine Kurân metninden getirilmektedir. Söz konusu gerekçelere örnek olarak;

“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.”⁸⁹

85 **Karadâvî**, el-Hasâisu’l- ‘amme li’l-İslam, s. 280.

86 **Karadâvî**, el-Hasâisu’l- ‘amme li’l-İslam, s. 281.

87 **Şâtıbî**, el-Muvâfakât (İslamî İlimler Metodolojisi), Çev. Prof. Dr. Mehmet **Erdoğan**, İz Yayıncılık, İstanbul 1990), 4 cilt, s. 4/150-156.

88 **Dönmez**, “Müçtehidin Nasslar Karşısındaki Durumu”, s. 41; **Şevkânî**, Muhammed b. Ali Muhammed, İrşâdu’l-Fuhul ilâ Tahkiki’l-Hakk min İlmi’l- Usul, Dâru’l-Kütübi’l-İlmiyye, Beyrût 1994, s. 345; Ebu Muhammed Ali b. Ahmet **İbn Hazm**, el-İhkâm fi usûli’l-ahkâm, Dâru’l- Kütübi’l-İlmiyye, Beyrût trs., s. 2/515; **İbnü’l-Kayyim**, İ’lâmu’l-muvakkî’in ‘an Rabbi’l-Âlemin, Daru’l-Kütübi’l-Arabi, Beyrût 1996, s. 1/312.

89 Nahl, 16/89.

“Bugün size dininizi ikmal ettim, üzerinize nimetimi tamamladım.”⁹⁰

“Biz o Kitapta hiçbir şeyi eksik bırakmadık.”⁹¹

“Yaş ve kuru ne varsa hepsi apaçık bir kitaptadır.”⁹² âyetleri delil getirilmektedir. Bu âyetlerde naslarda herşeyin hükmünün bulunduğu beyân edildiği dolayısıyla ortaya çıkan yeni olayların da bu naslar kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, nas dışında kıyas gibi başka delillere ihtiyaç olmadığı savunulmaktadır.

Nasların zahirine bakıldığında böyle bir anlamın çıkarılması mümkündür. Zira nasların lafzı itibarıyla böyle bir anlamı ihtivâ ettiği görülmektedir. Özellikle “biz o Kitapta hiçbir şeyi eksik bırakmadık” ifadesi böyle bir anlamı ilk anlam olarak barındırmaktadır. Ancak yaşanan hayatın gerçekliği olayların çokluğu anlamın sadece zahire ve lafza indirgenmesini engellemektedir. Bu durumda yeni olayların hükümlerinin verilmesi için başka bir bakış açısının geliştirilmesi zorunlu olarak ortaya çıkmıştır.

C. Meskûnun Anh'ı/Kanun Boşluğunu Kabul Edenler

İslam hukukçularının çoğunluğu, nasların sınırlı, olayların sınırsız olmasından dolayı kanunda boşlukların bulunacağını ve bu boşlukların içtihad mekanizmasının işletilmesiyle doldurulabileceğini savunmaktadır.⁹³

Bir işte anlaşmazlığa düşüldüğünde Allah ve Rasûlü'ne götürülmesinin tavsiye edilmesi⁹⁴, savaş sırasında herkesin savaşa gitmeyip bazılarının ilim tahsili ve başkalarına aktarmak için kalması gerektiğinin beyân edilmesi⁹⁵ ve meşhur Muâz hadisi⁹⁶ hukukta kanun boşluğu olduğunu kabul edenlerin dayandıkları deliller arasındadır. “*Yaş ve kuru her şey Kitabı Mübîn’de vardır*”⁹⁷ ve “*Biz Kur’an’ı sana her şeyin apaçık bir beyanı olarak indirdik*”⁹⁸ âyetlerinden maksat ise, Şâri’nin amacı, koymak istediği külli kâide ve prensiplerin hepsi Kur’an’ın metninden, ortaya koyduğu hükümlerden çıkarılabilir, olduğunun beyân edilmesidir.

İslam hukuku’nda bilinçli ve açık boşlukların yanı sıra modern hukukta olduğu gibi örtülü boşlukların da bulunduğu ifade edilmektedir. Söz

90 Mâide, 5/3.

91 En’am, 6/38.

92 En’am, 6/59.

93 **Dönmez**, “Müçtehidin Naslar Karşısındaki Durumu”, s. 41.

94 Nisa, 4/59.

95 Tevbe, 9/122.

96 Tirmizi, Ahkâm, 3.

97 En’am, 6/59.

98 Nahl, 16/89.

konusu örtülü boşlukların şu durumlarda söz konusu olabileceği ifade edilmiştir:

Nassın ruhuyla lafzının birbirine uymaması durumunda ortaya çıkabilecek örtülü boşluklar: Böyle bir duruma Hz. Peygamber döneminde sanatkârların tazmin sorumluluğu ile sonraki dönemde olan tazmin sorumluluğunun aynı olmadığına dair hüküm örnek olarak verilmiştir. Şöyle ki, vahiy döneminde insanlar zanaatkârlara yaptıklarını verirlerdi ve dürüstlük kuralı toplumda yerleşik bulunmasından dolayı zanaatkâr sahibine yaptığı şeyin kaybolduğunu söylerse, sahibi ona inanırdı ve tazmin etme sorumluluğu meşru' oluncaya kadar bu konuda bir anlaşmazlık yoktu. Sonra halifeler zamanında insanların mala olan isteği artıkça dürüstlük kuralında bazı ihmaller ve zararlar yaşanmaya başlandı. Bunu göz önünde bulunduran sahabe, halkın çıkarlarını korumak ve onları saldırılara karşı savunmak için üreticileri tazmin sorumluluğuna tabi kılma ihtiyacı duyular. Bu bağlamda Ali bin Ebi Talib şöyle demiştir: “İnsanlar ancak bununla ıslah olurlar”. Cafer b. Muhammed babasından “Hz. Ali'nin boyacı, terzi vb. mesleklerin tazminle yükümlü olduğunu rivayet etmiş ve şöyle demiştir: “İnsanlar bundan başka bir şeyle ıslah olmazlar”.⁹⁹

Diğer bir durum ise, bir hükmün gerek nassın ruhu gerekse de nassın lafzına göre uygulanması sonucunda dürüstlük kuralına uygun olmayan ya da bir hakkın kötüye kullanılması durumunun ortaya çıkma tehlikesinden dolayı örtülü bir boşluğun varlığıdır. Böyle bir duruma ölüm halinde boşama olayı örnek verilmiştir. Zira ölüm hastası olan kişi söz konusu bu durumunu kötüye kullanıp mirastan mahrum bırakmak amacıyla eşini boşamayı isteyebilir. Bu durum her ne kadar hukuken bir hak olarak görülse de uygulanması durumunda haksız bir sonucun ortaya çıkması, ölüm halinde yapılan boşamanın geçersiz sayılması gerektiği içtihadını zorunlu kılmaktadır.¹⁰⁰

Diğer bir meselede mevcut bulunan hükmün aynı seviyede olan farklı bir hükümle çelişmesi durumunda bir boşluğun bulunması da örtülü bir boşluk olarak nitelendirilmektedir. Böyle bir durumda nasıl bir yol izleneceğine dair farklı görüşler serdedilmiştir.

99 Muhammed Mustafa Şelebî, Ta'lîlu'l-ahkâm, Dâru'n-Nehdati'l-Arabî, Beyrût 1947, s. 59; **Dönmez**, “Müçtehidin Naslar Karşısındaki Durumu”, s. 41.

100 **Şelebî**, Ta'lîlu'l-ahkâm, s. 63; **Dönmez**, “Müçtehidin Naslar Karşısındaki Durumu”, s. 41.

D. İslam Hukuku’nda Hukuk İhdâsında Uyulması Gereken İlkelere ve Başvuru Mekanizmaları

İslam Hukuk sisteminde modern hukuktaki hâkim mukabilinde bu boşluğu doldurma görevini müçtehidler almıştır. Hukukçular¹⁰¹, hukuk nassını yorumlamak, anlamını ortaya koymak isteyen müçtehidin, bazı ilke ve kurallara riâyet etmesi gerektiğini ifade etmişlerdir.¹⁰² Müçtehidlerin gerek mevcut nassların anlamlarını anlamak ve ortaya çıkarmak/istinbât etmek gerekse hakkında nass bulunmayan konularda belirlenmiş olan ilke ve kurallara uyarak yeni bir hukuk/kanun/hüküm oluşturmaları objektif olmanın zeminini de teşkil edecektir. Böylece, içtihadın nesnelliği daha fazla mümkün hale gelecektir. Müçtehid değişse dahi verilen hükmün bâki kalması söz konusu olabilir.

İslam hukukunda hakkında nas bulunmayan konularda işletilen en önemli başvuru aracı içtihad mekanizmasıdır. İctihâd, “lafız, mana ve bilinçli bırakılan boşluklarda gizli şer’i amelî hükümleri istinbât eden/ortaya çıkaran beşerî bir çaba” olarak tanımlanmaktadır.¹⁰³ İctihâdın geçerli alanlar (müctehedün fih/ictihâdî meseleler); “hakkında kat’î delil bulunmayan ve kesin bağlayıcı olmayan şer’î hükümler” ve “hakkında nass bulunmayan hukukî serbest alanlar (meskûtün anh/aslı ibaha)” şeklinde genel olarak iki başlık altında değerlendirilmiştir.¹⁰⁴ Modern tabirle kanun boşluğunun bulunduğu bu alanlar, içtihadâda, hâkimin takdir yetkisine, hâkimin/müçtehidin kanun/hukuk oluşturmaya dolayısıyla beşerî müdahaleye açık olan alanlar olarak tavsif edilmektedir.¹⁰⁵ Bu bağlamda İslam Hukuku’nun temel ve tâli kaynaklarına bakıldığında, ortaya çıkan yeni

101 Ozan **Ergül**, Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2012.

102 Ali Himmet **Berki**, Hukuk Mantığı ve Tefsir Kanun ve Mukavelelerin Tanzim ve Tefsirine Ait Kaide ve Asıllar, Türkiye Adalet Akademisi, Ankara 2018, s. 7-9.

103 **Dönmez**, “Müçtehidin Nasların Karşısındaki Durumu”, s. 28, 42, 45; **Apaydın**, “İctihâd”, s. 21/432.

104 Fahrettin **Atar**, Fıkıh Usûlü, MÜİF Yayınları, İstanbul 1996, s. 310; İbrahim **Çalışkan**, “İslâm Hukukunda Kamu Otoritesinin Mubahı Sınırlandırmaya Yönelik Tasarruflarının İctihad Teorisindeki Yeri”, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, C. XXXV, 2020, s. 170.

105 **Serahsî**, Ebû Bekr, Muhammed b. Ebî Sehl, Usûlü’l-s-Serahsî, thk. Ebu’l-vefa el-Afgânî, Dâru’l-Kütübi’l-ilmîyye, Beyrût 1993, s. 2/139-140; Abdülkerim **Zeydan**, el-Vecîz fî usûli’l-fikh, Müessesetü’r-Risâle, Beyrût 2011, s. 124, 320-321; **Apaydın**, “İctihâd”, Türkiye Diyanet İslam Ansiklopedisi, s. 21/ 437.

olaylara uygun çözüm bulma, yeni bir hüküm/kânun/hukuk ihdâs etmede belli bir disiplin ve metodik yaklaşım sergilediği görülmektedir.¹⁰⁶

Bu konu başlığı altında ele alınan konuların her biri ayrı bir çalışma konusu olacak genişliktedir. Ancak biz sadece her iki hukuk sistemini bütüncül bir resim olarak gösterebilmek adına başvuru mekanizmalarını ve ilkelerini genel olarak verdik. Her iki başlığa mekanizma ve ilke adına daha fazla ekleme yapılması mümkündür.

1. Uyulması Gereken Genel İlkeler

Yeni bir hüküm/kanun/hukuk oluştururken elbette uyulması zorunlu bazı genel kural ve ilkelerin olması elzemdir. Söz konusu bu ilkeleri çoğaltmak mümkündür. Ancak biz genel bazı ilkeleri ele alacağız.

a. Nakle/Nassa Uygunluk:

İslam hukukun temel/aslî delilleri Kitâb, sünnet, icmâ ve kıyas olarak kabul edilmektedir. Hakkında hüküm/kanun bulunmayan bir meselede hükme varılırken dikkat edilmesi gereken en önemli ilke şüphesiz yeni ortaya konulacak hükmün nassın ruhuna ve ortaya koyduğu kurallara aykırı olmamasıdır. Mesela zina yapmak her ne kadar boşanma sebebi olarak kabul edilse de¹⁰⁷, modern hukukta ceza hukuku açısından suç sayılmadığından hukukî hükümler de ona göre bina edilirken, İslam hukukçusu nassın zinâyı haram saydığı¹⁰⁸ ilkesi çerçevesinde bir hüküm oluşturmak durumundadır.

b. Akla Uygunluk:

İslam hukukçusunun yeni bir hüküm verirken dikkat etmesi gereken ilkelere biri de ilgili hükmün akla uygun olmasıdır. Ortak akla ve akl-i selîme aykırı bir hüküm vermemek için gereken çaba gösterilmelidir. Zira nassın uyarıda bulunduğu hususlardan biri de akledilmesidir.

c. Genel İkelere Uygunluk:

Her hukuk sisteminde bulunan genel ilke ve kurallar İslam hukuku için de söz konusudur. *el-Kavâidu'l-külliyye* ve ya *el-Kavâidu'l-fikhiyye* şeklinde isimlendirilen bu kurallar, İslam hukuk birikiminden süzülerek elde

106 İslam Hukuku'nda söz konusu bu yöntemler ve yorum metodlarına dair detaylı tahlil ve değerlendirmeler için bkz. Hâdi **Sağlam**, “Çağdaş Problemler Karşısında İslam Hukukuna Dinamizm Sağlayan Metotlar”, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S. 2, 2009, s. 294 vd..

107 TMK, Madde 161 zina durumunu özel bir boşanma sebebi olarak düzenlemektedir.

108 Zinanın haram olduğunu beyân eden âyet için bkz. En'am, 6/151.

edilen ilke ve prensipleri ifade etmektedir. Teknik olarak, “*kapsamına giren olayların hükümlerini genellikle bildiren, özlü ifadelerde billurlaşan, küllî hükümler*” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanımda bulunan küllîlik ibaresi doktrinde tartışma konusu yapılmış ve her daim istisnâ bir durumun göz önünde bulundurulması gereğine vurgu yapılarak, “*detay (cüz’i/fer’i) fıkıh meselelerinin hükmünü bilebilmek için o fikhî meselelerin çoğunluğuna uygulanabilen ekserî hüküm*”¹⁰⁹ şeklinde tanımlanmasının daha doğru olduğu ifade edilmiştir. Hâkim önüne gelen hakkında herhangi bir hükmün/kanunun bulunmadığı fer’i özel olaya hüküm verirken söz konusu genel ilke ve kurallardan istifade edecek ve onların kapsamına girebilecek şekilde bir hüküm vermeye çalışacaktır. Zira hukûkî bir tefekkür sonucu elde edilen bu kurallar soyut, objektif, genel ve süreklilik arzeden bir niteliğe sahiptirler. Soyut olmaları aynı gruba giren tüm olaylara uygulanabilir olmalarını, genel olmaları, aynı durumda bulunan herkese uygulanabilmeleri, süreklilikleri geçmiş ve gelecekte her zamana uygun kurallar olduklarını, belli bir kesime değil herkese uygulanması ise objektifliğini ifade etmektedir.¹¹⁰

Öncelikle mes’eleci bir nitelik arzeden bu ilkeler süreç içinde hukukun doktriner bir disiplin olmaya başlamasıyla daha soyut ve genel kurallar halini almıştır. Mesela “*Allah yükünüzü hafifletmek ister*”¹¹¹ âyetinden “meşakkat/zorluk teysîri/kolaylığı celbeder/gerektirir”¹¹² ilkesi gibi nassın delâleti esas alınarak bir prensip çıkarılmıştır. Aynı şekilde fıkıh ilmi kapsamında ortaya çıkan usûl-ü fıkıh ilminden “bir şeyin bulunduğu hal üzere kalması esastır”¹¹³ gibi bir prensip tespit edilmiştir. “Kişi ikrârıyla ilzâm edilir” kâidesi gibi benzer olayların illetlerinden ya da “zarar giderilir” gibi kanun koyucunun hedeflediği maksatlar çerçevesinde de kurallar elde edilmiştir.¹¹⁴

Hâkim ya da müçtehid hükmü olmayan bir meseleyle karşılaştığında söz konusu bu ilkeler çerçevesinde bir kural/kânun koymaya çalışır. Koymuş olduğu yeni hüküm hukûkî bir tefekkür sonucu elde edilmiş bu genel kurallara aykırı olmamalıdır.

109 Bu mevzuya dair tartışmalara dair daha geniş bilgi için bkz. **Yaman**, “Bir Kavram Olarak Fıkıh Kaideleri”, s. 50.

110 **Edis**, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, s. 8-9; **Yaman**, “Bir Kavram Olarak Fıkıh Kaideleri”, s. 51.

111 Nisâ, 4/28.

112 Mecelle, Madde 17.

113 İstishâb delîli çerçevesinde ele aldık.

114 **Yaman**, “Bir Kavram Olarak Fıkıh Kaideleri”, s. 52.

Burada modern hukukla islam hukukunun genel hukuk kuralları arasında ortak noktalar olduğu gibi gerek kaynak gerekse de içerik bakımından farklılıklar mevcuttur. Modern hukukta bulunan ilkelerin kaynağı itibariyle mantık ilkeleri, tümevarım yoluyla elde edilen ilkeler ve siyaset yapıdan çıkan ilkeler olmak üzere üç yolla elde edilmektedir.¹¹⁵ Mantık ilkeleri dışındaki iki tür, tümevarım yoluyla elde edilmiş olmaları hasebiyle değişmez nitelikte değildirler. Siyasi yapının etkisiyle tümevarım yöntemiyle elde edilmiş kamu düzeni kuralı, toplum yararı, insan haysiyeti, mahremiyet alanının korunması gibi ilkeler hukukun postülatı anlamında bir ilke değildirler. Siyasal düzen ve hukuk fikrinin tümevarım yoluyla ulaşılan ortak noktalarıdır.¹¹⁶ Söz konusu bu üç tür arasında fıkıh kâidelerine benzeyen mantık ilkelerinden çıkarılan genel kurallar olsa da, onların da kaynak itibariyle farklılığı vardır. Fıkıh kâideleri menşe itibariyle ilâhî bir kaynağı anlamının fikri çabasının ürünleridir. Ancak modern ilkeler insan aklının ideal hukuk arayışı için gösterdiği fikri çabanın ürünleridir.¹¹⁷

d. Makâsıdu Şerîaya Uygunluk:

Literatürde şer’i ameli hükümlerin dünyevî ve uhrevî olmak üzere iki boyutlu gayesinin olduğu kabul edilmektedir. Kanun koyucunun/Şârî’in hükümlerin teşriindeki amacı menfaati/maslahatı sağlamak mefseleti/zararı da defetmektir. Usûlcüler de söz konusu bu maksatları zarûriyyât, hâciyyât ve tahsîniyyât olmak üzere üç ana başlık altında sınıflandırmışlardır.¹¹⁸ Zarûriyyât, toplumun vazgeçilmez olan zorunlu en üst düzey maslahatlarıdır. Din, nefis, nesil, akıl ve mal olarak usûl-ü hamse başlığı altında toplanan bu değerleri korumak zarûrî bir gerekliliktir.¹¹⁹ Zarûret mertebesinde olmasa da bireysel ve toplumsal hayatın düzenliliği ve genişliği için gerekli olan maslahatlar ise hâciyyât kategorisinde kabul edilmiştir. Söz konusu bu maslahatlar gerçekleştirilmediğinde bireyler meşekkat ve zorluk yaşayacaktır. Selem/taksitli alışveriş akdi, istisnâ/sipariş

115 **Edis**, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, s. 148-150.

116 **Yaman**, “Bir Kavram Olarak Fıkıh Kaideleri”, s. 60.

117 İbrahim Kafi **Dönmez**, “Hz. Peygamber’in Tebliğine Hakim Olan Başlıca Hukuk Prensipleri”, Yeni Ümit Dergisi C. III, S. 18, 1992, s. 24; M. Reşit **Belgesay**, “Mecellenin Küllî Kaideleri ve Yeni Hukuk”, İstanbul Ü. Hukuk F. Mecmuası, C. II-III, 1946, s. 564.

118 **Gazâlî**, el-Mustasfâ min ilmi’l-usûl, nşr. Hamza b. Züheyr Hâfız, Medine: y.y., Medine ts, s. 2/481.

119 Ertuğrul **Boynukalin**, “Makâsıdu’ş-Şerîa”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, TDV Yayınları, İstanbul 2003, s. 27/424.

usûlü alışveriş akitleri bu kapsamda değerlendirilen maslahatlardır. Zarûret ve ihtiyaç derecesinde olmayan güzelleştiren ve kolaylaştıran maslahatlar ise tahsiniyyât sınıfında kabul edilmiştir. Yeme içme adabı, necâsetin giderilmesi vb. hükümler bu grupta yer alır. Bunların bulunmaması ilk iki maslahata zarar vermez.¹²⁰

Hâkim yeni bir hüküm koyma gereği duyduğu zaman söz konusu bu maksat ve maslahatları gözeterek ve onlara uygun bir kânun koymakla ilzam edilmiştir. Ancak burada zarûretin ve diğer maslahatların sınırı ve bir teâruz durumunda tercih sırlaması noktasında hukukçular arasında tartışmalar ve farklı kanaatler de söz konusudur.¹²¹ Mesela ev sahibi olmanın zarûret mi yoksa hâciyyâtan mı olduğu konusunda farklı düşünceler söz konusudur. Maslahatın türüne göre de verilecek hüküm elbette ki değişecektir.

e. Munzabıt Olması:

Koyulan yeni kânunun ve söz konusu kanûnun hükmünün bağlandığı vasfın, maksadın akılla anlaşılabilir, açık, net, belirgin ve zaptının mümkün olması gerekir. Belirliliğin bulunması ilgili vasfın sürekli değişken olmasını engelleyerek hükümde istikrarı sağlamaya matuf bir şarttır. Böylece hükümlerde tutarlılık ve süreklilik de sağlanmış olacaktır. Mesela miras hükümlerinin verilmesinde mekâna ve zamana göre değişmeyen kan bağı/soy bağı bir vasfı olarak belirlenmiştir.¹²² Bu bağlamda miras bırakana kim kan yoluyla vâris ise mirastan hissesine düşen miktara hak kazanacaktır. Ancak kan bağı yerine arkadaşlık, samimiyet gibi daha değişken bir vasfı belirlenmiş olsaydı, mirasın hükümlerini uygulamada sürekli bir değişkenlik ve tutarsızlık söz konusu olurdu.

2. Başyuru Mekanizmaları

a. İctihâd ve İctihâd Yöntemleri (Kıyas İctihâdı)

İslam hukuk metodolojisinde içtihad, lafza ve manaya dayalı içtihad olmak üzere iki şekildedir.¹²³ Lafza dayalı içtihad literatürde beyân iç-

120 **Boynukalın**, “Makâsıdü’ş-Şerîa”, s. 27/425.

121 Söz konusu tartışmalar ve klasik literatüreki farklı görüşler için daha detaylı bilgi için bkz. Mustafa **Türkan**, “Makâsıdü’ş-Şerîa ile İlgili Eserlerde Zarûriyyâtın Tertibi Sorunu”, Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. XVII, S. 34, 2018, s. 439-460.

122 **Şelebî**, Ta’lîlu’l-ahkâm, s. 240.

123 **Apaydın**, “İctihâd”, 21/436-437; Abdurrahman **Haçkalı**, İslâm Hukuk Tarihinde Gayeci İctihad Metodunun Gelişimi, Etüd Yayınları, İstanbul 2004, s. 16-25.

tihâdî olarak da ifade edilmektedir. Lafızların doğru anlaşılması ve anlamların netleştirilmesi için kullanılan bir içtihad faaliyetidir. Fıkıh usûlü ilminin istinbât ve istihrâc bahisleri ve lafızları konu alan başlıklar beyân içtihadının muhtevasını oluşturmaktadır. Kur'ân ve hadis naslarında ifade edilen lafızlar açıklık, kapalılık, umûm, husûs, mecâz, kinâyeye vb. açılardan bir taksime tabi tutulmuş, nassın manası söz konusu bu taksimler çerçevesinde anlamlandırılmıştır.¹²⁴

Söz konusu bu türlerden manaya dayalı olan içtihad, üzerinde asıl içtihadın binâ edildiği bir içtihad faaliyetidir. Lafzî içtihadın sonuç vermediği durumlarda manâ ve maksad içtihadı devreye girmektedir. Bu içtihadın araçlarından biri ise, kıyâs içtihadıdır. Klasik fıkıhta aralarındaki illet birliğinden (ortak özellik veya benzerlik) dolayı hakkında hüküm bulunan bir konunun hükmünü, hakkında hüküm bulunmayan bir konuya vermek, şeklinde tanımlanmaktadır.¹²⁵ Burada kıyasın temel işlevinin hakkında hüküm bulunmayan diğer bir ifadeyle kanun boşluğunun bulunduğu bir durumda hukuk oluşturma aracı olarak kullanılmasıdır. Kıyâs, bir akıl yürütme işlemi olarak islam hukukçuları tarafından hukuka beşerî bir müdahalenin yapıldığının en bâriz göstergelerinden biridir.¹²⁶

Manaya dayalı içtihadın diğer bir aracı ise makâsîd içtihadı olarak bilinen yöntemdir. Burada hakkında hüküm bulunmayan bir konuda yeni bir kanun oluşturmada Şârî'nin neyi amaçladığı hangi ilke ve esasları gözettiği temelinde yapılan bir yorumlama biçimidir. Klasik dönemde kıyas içtihadı bağlamında ele alınan makâsîd Cüveynî, Gazâlî, İbn Abdisselâm ve sonunda Şâtîbî gibi islam hukukçularının çalışmalarıyla müstakil bir içtihad mekanizması haline gelmiştir.¹²⁷

b. Istislâh/Maslahât

Fıkıh usûlünde fer'i delillerden biri olan ıstislâh kavramı, naslarda hükmü bulunmayan bir meselenin hükmünü şer'i maslahata ve İslam Hukuku'nun genel ilkelerine dayanarak verme metodudur. Diğer bir ifadeyle

124 **Şelebî**, Muhammed Mustafa, Usûl'l-fikhî'l-İslâmî, Dâru'l-Câmiyye, Kâhire 1333, s. 378.

125 **Apaydın**, "Kıyas", s. 25/528.

126 Kıyas konusu İslam hukuk usûlünün temel konularından ve aslî delillerinden biri olması hasebiyle üzerinde sayfalar dolusu malûmât ve İslâm Hukukçularının görüşleri bulunmaktadır. Ancak çalışmanın sınırlarından dolayı sadece genel anlayışı ve bütüncül bakış açısını tamamlaması bağlamında kısa olarak ve hakkında nas bulunmayan konularda yeni bir hukuk/kanun oluşturmada kullanılan temel bir araç olduğu bağlamında ele alınmıştır.

127 Konuyla ilgili daha geniş bilgi için bkz. **Haçkalı**, İslam Hukuk Tarihinde Gayeci İçtihad Metodunun Gelişimi.

ıstıslâh, aslî deliller dışında naslarda bilinçli olarak bırakılan boşlukları doldurma yöntemlerinden biri olarak işletilen fer'i/ikincil nitelikli bir delildir.¹²⁸ Bu delili kullanma gerekliliğinin zeminini, ortaya çıkan yeni bir meseleye dair hem şârî tarafından bir hüküm bildirilmemiştir hem de olayda ne tür bir gerekçe ve maksadın esas alınması gerektiğine dair bir veri bulunmamaktadır. Bu durumda hem hükmü hem de gerekçeyi bulmak insana bırakılmıştır.¹²⁹

Bu yöntem, İslâm Hukuku'nun genel ilke ve kuralları çerçevesinde, genel ve özel yararlarından faydalanarak ortaya çıkan yeni meseleye çözüm bulma ameliyesi ve bir akıl yürütme faaliyeti olduğundan subjektif bir boyut da taşımaktadır. Hemen bütün mezhepler tarafından işletilen bu yöntemin en fazla uygulama alanı bulduğu mezhep Mâlikî mezhebi olmuştur. Kamu menfaatini gerçekleştirme, iyiliği elde etme, kötülüğü ve sıkıntıyı giderme ekseninde bir akıl yürütme ve yorumlama faaliyeti maslahat prensibi çerçevesinde ıstıslâh deliliyle gerçekleştirilmiştir.¹³⁰

c. Örf

Hakkında herhangi bir hüküm bulunmayan bir konuda kanun/hukuk oluşturmaya yardımcı olan fer'i delillerden biri de örf olarak işletilmiştir. İslam hukukçuları örfü tamamlayıcı ikincil deliller kategorisinde değerlendirmiş, ve bir kanun, hüküm bulunmadığı durumlarda Kur'an ve sünnet metinlerine aykırı olmayan ma'rûf örfle bir hükme varılacağı kabul edilmiştir. "Örf ile tâyin nâs ile tâyin gibidir"¹³¹, "örfen ma'rûf olan şey meşrût kılınmış gibidir"¹³², "Âdet muhakkemdir"¹³³ gibi Mecelle maddeleri olarak bilinen küllî kâideler, örfün hukukta bir kanun oluşturma dayanaklarından birisi olarak kabul edildiğine işaret etmektedir. Naslarda söz konusu olay için herhangi bir hükmün bulunmaması halinde yeni hükmün örfle verilmesinin nâsla verilmiş gibi kabul edildiği genel ilke olarak kabul

128 **Cessâs**, el-Fusûl fi'l-Usûl, nşr. Uceyl, Câsim en Neşemî, Kuveyt 1994, s. 4/140-141; Abdulkadir **Şener**, Kıyâs İstihsân İstıslâh, Ankara 1974, s. 124-125; Şükrü **Özen**, "İstıslâh", Türkiye Diyânet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, TDV Yayınları, İstanbul 2001, s. 23/383.

129 Ali **Bardakoğlu**, "Tabii Hukuk Düşüncesi Açısından İslam Hukukçularının İstihsan ve İstıslah Görüşü", Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. IV, S. 3, 1986, s. 132.

130 Mâlikî hukukçuların ıstıslâha dayalı iötiyhâd ve yorumlamalarına dair daha geniş bilgi için bkz. **Karâfî**, Şerhu Tenkîhi'l-Fusûl, nşr. Tâha Abdurraûf Sâ'd, el-Mektebetü'l-Ezheriyye li't-Tûras, Kâhire 1993, s. 446-447; Şâtübî, el-Muvafakât, s. 4/209.

131 Mecelle, Madde 45.

132 Mecelle, Madde 43.

133 Mecelle, Madde 36.

edilmiştir.¹³⁴ Bu bağlamda emredici buyruklar olarak kabul edilen Kurân ve sünnet metinleri yanında tamamlayıcı ilkelerin belirlenmesinde, irâde beyânlarının yorumlanmasında, sözleşme boşluklarının doldurulmasında örfün kaynak olarak kullanılabileceği kabul edilmektedir.¹³⁵

d. İstihsân

Hakkında hüküm bulunmayan konularda oluşan hukuk boşluğunu doldurma yöntemlerinden birisi de hukuk ekolleri tarafından istihsân prensibinin işletilmesidir.¹³⁶ Özellikle Hanefî ve Mâlikî mezheplerinin kullandığı bu delîl, İslâm hukukunun fer'i kaynakları arasında kabul edilmiştir. Fıkıh usûlünde, “özel bazı sebeplerden dolayı, açık kıyâstan, genel ve yerleşik kuraldan ayrılıp, olayın özelliğine uygun çözüm bulma metodu” olarak tanımlanan istihsân şer'i bir delîl olarak yeni olayların hükmünü vermede işletilmiştir. Müçtehid/kâdî/hâkim karşısına çıkan yeni olayda, icmâ, zarûret, örf, maslahat, gizli kıyas gibi özel ve daha kuvvetli görünen bir delile dayanarak ilgili olayın benzerlerinde uygulanan genel kuraldan ve zihne ilk gelen çözümünden, hukukun amacına daha uygun bulduğu başka bir hüküm verme gerekçesiyle vazgeçmektedir.¹³⁷ İstihsân delili İslam hukuk usûlüne özel bir metottur. Modern hukukta söz konusu bu delile benzeyen hakkaniyet ilkesi, equity doktrini kânunların amacına uygun yorumlanması/teolojik yorum ve ölçülülük gibi yöntemlerin işlevsel olarak istihsânla benzerlik gösterdiği ifade edilse de, doğrudan istihsân yoktur. İslâm hukuk metodolojisinde istihsân en temel fer'i delillerden kabul edilen ve yeni olaylar bağlamında kullanımı çok yaygın bir metottur.¹³⁸

134 Muhammed **Ebû Zehrâ**, İslam Hukuku Metodolojisi, Çev. Abdülkâdir Şener, 4. Basım, Fecr Yayınları, Ankara 1986, s. 238.

135 Hüseyin **Hâtemî**, İslam Hukuku Dersleri, 3. Bası, Birleşik Yayınları, İstanbul 1999, s. 111.

136 **Karadâvî**, el-Hasâisu'l-'amme li'l-İslâm, s. 225.

137 Ali **Bardakoğlu**, “İstihsân”, Türkiye Diyânet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, TDV Yayınları, İstanbul 2001, s. 23/339; Fıkıh usûlünde istihsânın tanımı, işlevi, türleri ve kapsamına dair daha geniş bilgi için bkz. **Cessâs**, el-Fusûl fi'l-Usûl, s. 4/223-253; **Bâcî**, İhâmu'l-fusûl fi ahkâmi'l-Usûl, nşr. Muhammed el-Cebbûrî, Müessesetü'l-Risâle, Beyrût 1409/ 1989, s. 2/564-606.

138 İstihsâna benzer bir uygulamanın olabildiğine dair fikir beyân eden bir çalışmanın detayları için bkz. Mehmet Nuri **Güler**, “İstihsân Teorisinin Yeniden İnşası (Modern Hukuk Katkılı Bir Deneme”, İslâmî İlimlerde Metodoloji/Usûl Mes'eleleri II (Tartışmalı İlmî İhtisâs Toplantıları 1. 2. 3., İstanbul 2009, s. 222-251.

e. İstishâb

Bir zamanda sâbit olan bir hükmün aksini gösteren bir delîl olmadıkça hükmünü devam ettirmesi olarak tanımlanan istishâb, fıkıh usûlünde fer'i delîllerden biri olarak kullanılmaktadır.¹³⁹ “Bir zamanda sabit olan şeyin hilâfına delil olmadıkça bekasıyla hükmolunur”¹⁴⁰ şeklinde Mecelle kâidesi olarak da zikredilen istishâb, literatürde istishâbu'l-hâl ve berâet ilkesinin de içinde bulunduğu bu ilke günümüz modern hukukunda da fazlaca işletilen bir kavramdır. “Eşyada aslolan ibâhadır”¹⁴¹ şeklinde küllî kâideyle de ifade edilen bu istishâbu'l-hâl nazariyesi, hakkında yasaklayıcı bir hüküm bulunmayan birşeyin mübâh olması gerektiği temel savına dayanmaktadır.¹⁴² Aynı şekilde “berâati zimmet asıldır”¹⁴³ şeklinde ifade edilen diğer bir istishâb çeşidi de, suçu ispatlanıncaya kadar herkesin suçsuz olduğu temel düşüncesini savunmaktadır.¹⁴⁴

Istishâbın gerek tanımı gerekse de türleri dikkate alındığında hakkında bir hüküm bulunmayan bir olayın hükmünün verilmesinde gerek cezâ hukukunda gerekse de genel hukuk alanında kullanılan bir mekanizma olduğu görülmektedir.

Karşılaştırmalı Değerlendirme

Modern hukukta hukuk boşluğu kavramı, kanun koyucunun her ihtimali öngörememesi nedeniyle doğar. İslam hukukunda ise ilahi kaynaklı olması hasebiyle öngörememezlikten ziyâde Şâri'nin kolaylık ve esneklik amacıyla içtihâda bıraktığı bilinçli tercihindен kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda modern hukuktaki boşluk, sistemin bir boşluğu olup hâkime zarûri bir ödev yükleyerek hâkime, bu eksikliği tamamlayan bir hukuk mühendisi rolü biçmektedir. İslam hukukundaki boşluk ise sistemin dinamizmi ve evrenselliği için bilinçli bir tercih olduğundan müçtehid, ilahi iradeye uyumlu tamamlayıcı nitelik taşıyan ve ilahi maksada uygun yorumlayıcı konumundadır.

Modern hukukta kanun boşluğu beşeri aklın sınırlı olması, yasama organının herşeyi düzenleyemeyeceğinden dolayı zarûri olarak ortaya çıkar

139 Ali **Bardakoğlu**, “İstishâb”, Türkiye Diyânet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, TDV Yayınları, İstanbul 2001, s. 23/376.

140 Mecelle, Madde 10.

141 Bu fıkıh maddesi için bkz. **Zerkâ**, M. Ahmet, el-Fıkhu'l-İslâmî fi sevbihi'l-cedîd (el-Medhalu'l-Fıkhi'l-âmm), Dimeşk 1384/1964, Fıkra 689.

142 Zekiyüddin **Şaban**, Usûlü'l-fikh (İslam Hukuk İlminin Esasları), Çev. İbrahim Kâfi Dönmez, TDV Yayınları, Ankara 1990, s. 189.

143 Mecelle, Madde 8.

144 **Şaban**, Usûlü'l-fikh, 189; **Şener**, Kıyâs İstihsân İstishâb, s. 46.

ve sonuçta hukuk yaratma zorunlu bir sonuç olarak doğar, İlahi şeriat ise eksizdir, fakat topluma uyum, esneklik ve evrensellik adına bilinçli boşluk söz konusudur.

Modern hukukta hukuk yaratmanın faili ve kanun koyucunun yerine geçen doğrudan hâkim iken, İslam hukukunda müçtehidin rolü daha öncelikli olup kâdı bu içtîhâdı uygulayıcı pozisyonundadır. Dolayısıyla hukuk ihdâsı müçtehidin uhdesindedir.

Hukuk ihdâs etme yetkisinin sınırları söz konusu olduğunda hâkim, kanun koyucu gibi hareket etse de yetkisi anayasa, temel ilkeler, kamu düzeni, ahlak ve hukuk güvenliğiyle bağlı olup sınırsız değildir. Müçtehid de aynı şekilde nassa ve akla uygunluk, genel kaideler, maslahat ve makâsıd gibi kriterlerle bağlıdır. Bu bağlamda her iki sistemde hukuk yaratma sınırsız değildir. Modern hukukta bu sınırlar devletin normlar hiyerarşisi ve hukuk güvenliği iken İslam hukukunda sınırlar nas, genel ilkeler ve şeriatın maksatlarıdır.

Yöntem ve araçlar açısından her iki sistemde de kıyas ve örf ortak araçlardır. Modern hukuk, bilimsel görüşlerden, mukayeseli hukuk ve pozitif hukuktan yararlanırken, İslam hukuku daha çok maslahat, makâsıd, istihsân ve külli kâidelere dayanmaktadır. Modern sistem seküler evrensellik ararken, İslam hukuku ilahi maksatlara uygun evrensellik aramaktadır.

SONUÇ

Kanun koyucular kanunları oluştururken gelecekteki meselelerin de çözümünü sağlayacak ilke ve hükümler koyma hedefini taşırlar. Ancak süreç içinde toplumun, teknolojinin ve zamanın değişmesiyle hukuk kuralları ortaya çıkan yeni olayların uyuşmazlığına çözüm sunamayabilir. Bu durumda bir kanun/hukuk boşluğundan bahsedilir. Söz konusu kanun boşlukları olarak, bilinçli, bilinçsiz, gerçek, gerçek olmayan, örtülü boşluk türlerinden bahsedilmektedir. Hâkimler önlerine gelen meselelerin hükümünü vermek durumundadır. Bu bağlamda kanunda bir boşluk olması ve önündeki olaya uygun bir kânun bulunmadığı durumda hâkimin kânun ihdâsı gündeme gelmektedir. Modern hukukta bu bağlamda hâkimin hukuk yaratmasını kabul eden ve reddedenler olmak üzere iki farklı teori geliştirilmiştir. Hâkimin hukuk yaratamayacağını ileri sürenler onun sadece kanun koyucunun koyduğu hukuku yorumlama görevinin olduğunu ileri sürerler. Ancak aksi görüşte olanlar, hâkimin sadece kanun metnine bağlı olup hukuk kurallarından mantık kuralları vesilesiyle bir hüküm çıkarmasının gerçekçi olmadığını, bu nedenle hâkimin hukuk yaratabileceğini savunmuşlardır.

Hâkimin hukuk yaratırken sınırsız yetkiye sahip olmadığı, bazı ilkelere riâyet etmesinin hukuk güvenliği açısından elzem olduğu ifade edilmektedir. Bunlar, kanun koyucu gibi hareket etmesi, hukuk düzeniyle bütünleşme ve elverişsiz yöntemlerden kaçınma ilkeleri olarak belirlenmiştir. Hâkimin bu faaliyeti gerçekleştirirken başvurduğu mekanizmalar ise yardımcı kaynak olarak nitelendirilmiştir. Hâkimin söz konusu bu araçlara başvurma zorunluluğu olmasa da, mahkeme kararları, hukukun genel ilkeleri, kıyas, karşılaştırmalı hukuk gibi araçlar bu bağlamda önemli bir işlev üstlenir.

İslam hukukunda tam anlamıyla bir karşılığı olmasa da “kanun boşluğu” kavramına en yakın terim “meskûnun anı” olarak isimlendirilmektedir. Hüküm bildirilmeyen olarak ifade edilen bu alan, islam literatüründe mübâh alan olarak da vasıflandırılmıştır. Hükümlerin kaynağı olarak bilinen vahiy, her alanda sonsuz hüküm va’z etmemiştir. Bu bağlamda bırakılan boşluklar bilinçli olarak va’zedilmeyen boşluklar olarak nitelendirilmiştir. Diğer bir ifadeyle modern hukukta kanun boşluğu denince bilinçli ve özellikle beşeri kaynaklı olması hasebiyle bilinçsiz boşluklar anlaşılırken, kaynağı Şâri’/Allah (c.c.) olan bir hukuk sisteminde bilinçsizlikten söz edilemez. Bu açıdan kanun/hukuk boşluğu dendiğinde akla Allah’ın kulların maslahatı, genişliği ve kolaylığı için bıraktığı bilinçli boşluklar anlaşılır. Bu çerçevede, kanun boşluğu kavramının her iki hukuk sistemindeki anlamının tamamen birbiriyle aynı olmadığı ifade edilmelidir. İslam hukukunda söz konusu bu boşluklar hukuk ilkelerinin toplumun değişim ve gelişimine uyumunu sağlamak adına bilinçli olarak bırakılmıştır. Bu boşlukları doldurma aracı ise içtihad olarak isimlendirilmiştir. Her iki hukuk sisteminde de bulunan bu yorum faaliyeti modern hukukta insan bilgisinin yetersizliğinden kaynaklanmakta iken, İslam hukuk sisteminde kaynağın ilâhi olmasından dolayı bir bilgisizlikten söz edilemez. Bu durumun temel sebebi dinamik ve değişen hayat şartlarına uyum sağlamak için hâkim ve müçtehitlere bilinçli olarak bırakılan alanın insanlara kolaylık ve genişlik getirmesidir.

Modern hukukta olduğu gibi İslam hukukunda da hüküm bildirilmeyen bir alanın varlığını kabul etmeyen ekoller söz konusu olsa da çoğunluk kasıtlı boşlukların olduğu görüşündedir. İslam hukuku söz konusu bu boşlukları doldurma ve yeni bir hüküm/kânun oluşturmak için modern hukukta olduğu gibi bazı ilke ve araçlar geliştirmiştir. Nassa, akla, genel ilkelere, Şâri’nin maksadına uygunluk, munzabıt olma gibi ilkeler, uyulması gereken prensipler olarak belirlenmiştir. Söz konusu bu faaliyetin gerçekleşmesi için, bazı mekanizmalara ihtiyaç vardır. Bu amaçla, kıyâs,

içtihât, maslahât, makâsîd, örf, istishâb ve istihsân gibi oldukça geniş içerikli araçlar geliştirilmiştir.

Her iki hukuk sistemi ilke ve araçlar bakımından değerlendirildiğinde, farklı kaynak ve yöntemlere dayansa da, toplumun değişen şartlarına hukuk düzeninin cevap verebilmesini sağlamak gibi benzer bir işlev görmektedirler. Kullanılan araçlar bakımından örf, kıyas, amaç/makâsîd, kamu düzeni/maslahat ve doktrinde olan görüşlerden yararlanma gibi ortak metotlar bulunmaktadır. Ancak İslam hukuku'nda "istihsân" olarak tanımlanan metodun modern hukuka nazaran daha fazla kullanılan ve terminolojik bir kavram olarak teori haline gelen bir delil olduğu söylenebilir.

Sonuç olarak her hukuk sisteminde de farklı görüşler bulunmakla birlikte tercih edilen görüş, hakkında hüküm bulunmayan bir konuda hâkimin hukuk/kânun oluşturmamasının mümkün olduğudur. Bu vesileyle hukuk, dinamik olan hayata uyarlanmış ve yeni ortaya çıkan olayların hükümleri de hukuk çerçevesinde verilmiş olacaktır.

KAYNAKÇA

- Akıl**, Abdülkadir, Hukukun Genel İlkeleri ve Hukukun Gelişimine Etkisi, AÜEHFD, C. VII, S. 3-4, 2003, s. 385-423.
- Akipek**, Jale/**Akıntürk**, Turgut, Türk Medeni Hukuk Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2004.
- Aktaş**, Sururi, “Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIV, S. 1-2, 2010, s. 1-33.
- Aktaş**, Sururi, “Hukukta Yorum Çabaları”, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XV, S. 3-4, 2011, s. 1-33.
- Aktaş**, Sururi, “İdeal Hukuk Kavramı Üzerine”, EÜHFD, C. XIII, S. 3-4, 2009, s. 1-21.
- Arı Erdem**, İmran, “Vergi Hukukunda Hâkimin Hukuk Yaratması: Boşluk Doldurma”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, 2016, s. 1-26.
- Apaydın**, Yunus, “Kıyas”, Türkiye Diyânet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, TDV Yayınları, C. XXV, Ankara 2022, s. 528-538.
- Atar**, Fahrettin, Fıkıh Usûlü, MÜİF Yayınları, İstanbul 1996.
- Bâcî**, İhkâmü'l-fusûl fi ahkâmi'l-Usûl, nşr. Muhammed el-Cebbûrî, Müessesetü'l-Risâle, Beyrût 1409/ 1989.
- Bardakoğlu**, Ali, “İslam Hukuku Araştırmalarında Gelenekçilik”, Günümüz Din Bilimleri Araştırmaları ve Problemleri Sempozyumu, 27-30 Haziran 1989.
- Bardakoğlu**, Ali, “Tabii Hukuk Düşüncesi Açısından İslam Hukukçularının İstihsan ve İstislah Görüşü”, Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 3, 1986, s. 111-138.
- Bardakoğlu**, Ali, “İstihşân”, Türkiye Diyânet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, TDV Yayınları, C. XXIII, İstanbul 2001, s. 339-347.
- Bardakoğlu**, Ali, “İstishâb”, Türkiye Diyânet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, TDV Yayınları, C. XXIII, İstanbul 2001, s. 376-381.
- Belgesay**, M. Reşit, “Mecellenin Külli Kaideleri ve Yeni Hukuk”, İstanbul Ü. Hukuk F. Mecmuası, C. II, S. 4, 1946, s. 561-608.
- Berki**, Ali Himmet, Hukuk Mantığı ve Tefsir Kanun ve Mukavelelerin Tanzim ve Tefsirine Ait Kaide ve Asıllar, Türkiye Adalet Akademisi, Ankara 2018.
- Berki**, Ali Himmet, Açıklamalı Mecelle, 2. Bası, Hikmet Yayınları, İstanbul 1979.
- Boynukalın**, Ertuğrul “Makâsıdü'ş-Şerîa”, Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi, TDV Yayınları, C. XXVII, İstanbul 2003, s. 423-427.
- Bülbül**, Davut, Hâkimin Takdir Yetkisi, Yüksek Lisans Tezi, Akdeniz Üniversitesi SBE, Antalya 2009.
- Cessâs**, el-Fusûl fi'l-Usûl, nşr. Uceyl, Câsim en Neşemî, Kuveyt 1994.

Çağlayan, Yılmaz, Açıklamalı-İctihâtlı Türk Medenî Kânunu Şerhi, Seçkin Yayınları, 2024.

Çalışkan, İbrahim, “İslâm Hukukunda Kamu Otoritesinin Mubahı Sınırlandırmaya Yönelik Tasarruflarının İctihad Teorisindeki Yeri”, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, C. XXXV, 2020, s. 163-189.

Demir, Abdullah, Hukuk Metodolojisi, Astana Yayınları, Ankara 2016.

Dilek, Uğur Bekir, İslâm Hukuk Metodolojisinde Teklifi Hüküm Terimleri (Doğuştan-Gelişimi-Terimleşmesi), Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi SBE, Konya 2010.

Dilşat Karataş, Tuba, Teorik Açından Hâkimin Hukuk Yaratması, Yüksek Lisans Tezi, Erzincan Üniversitesi SBE, Erzincan 2019.

Dinçkol, Abdullah, Hukuka Giriş, Alkım Yayınları, İstanbul 2000.

Dinçkol, Abdullah, Temel Hukuk Bilgisi, Der Yayınları, İstanbul 2003.

Dönmez, İbrahim Kâfi, “İslam Hukukunda Müçtehidin Nasslar Karşısındaki Durumu ile Modern Hukuklarda Hakimin Kanun Karşısındaki Durumu Arasında Bir Mukayese”, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. IV, 1986, s. 23-51.

Dönmez, İbrahim Kâfi, “Hz. Peygamber'in Tebliğine Hakim Olan Başlıca Hukuk Prensipleri”, Yeni Ümit Dergisi, C. III, S. 18, 1992, s. 161-181.

Dural, Mustafa/Sarı, Suat, Türk Özel Hukuku Cilt I (Temel Kavramlar ve Medeni KanununBaşlangıç Hükümleri), 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2011.

Ebû Zehrâ, Muhammed, İslam Hukuku Metodolojisi, Çev. Abdülkâdir Şener, 4. Bası, Fecr Yayınları, Ankara 1986.

Edis, Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 2. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1983.

Edis, Seyfullah, “Hukukun Uygulamasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXX, S. 1, 1973, s. 169-196.

Erdoğan, Mehmet, İslam Hukukunda Ahkâmın Değişmesi, MÜİFV. Yayınları, İstanbul 1990.

Ergül, Ozan, Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2012.

Gazâlî, Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed, el-Mustasfâ min ilmi'l-usûl, nşr. Hamza b. Züheyr Hâfiz, y.y., Medine ts..

Gözler, Kemal, Hukuka Giriş, 2. Bası, Ekin Kitabevi, Bursa 2003.

Güler, Mehmet Nuri, “İstihsân Teorisinin Yeniden İnşâsı (Modern Hukuk Katkılı Bir Deneme)”, İslâmî İlimlerde Metodoloji/Usûl Mes'elesi II (Tartışmalı İlmî İhtisâs Toplantıları 1. 2. 3., İstanbul 2009, s. 222-251.

Güneş, Ahmet, Hukuk Metodolojisi, 2. Bası, Ekin Yayınevi, İstanbul 2017.

Güriz, Adnan, Hukuk Felsefesi, 11. Bası, Siyasal Kitabevi, Ankara 2015.

Haçkalı, Abdurrahman, İslâm Hukuk Tarihinde Gayeci İçtihad Metodu-nun Gelişimi, Etüd Yayınları, Ankara 2004.

Hâtemî, Hüseyin, İslam Hukuku Dersleri, 3. Bası, Birleşik Yayınları, İs-tanbul 1999.

İbn Hazm, Ebu Muhammed Ali b. Ahmet, el-İhkâm fi Usûli'l-Ahkâm, Dâru'l- Kütübi'l-İlmiyye, Beyrût ts..

İbn Kayyım, Ebu Abdillâh Muhammed, İ'lâmu'l-Muvakkı'în 'an Rabbi'l-Âlemin, Daru'l-Kütübi'l-Arabi, Beyrût 1996.

Karadâvî, Yusuf, el-Hasaisu'l- Amme li'l-İslam, Mektebtü'l-Vehbe, Kâhire 1987.

Karâfî, Şerhu Tenkîhi'l-Fusûl, nşr. Tâha Abdurraûf Sâ'd, el-Mektebetü'l-Ezheriyye li't-Turas, Kâhire 1993.

Karacabey, Ö. Faruk, Uygulamalı Hukukta Yöntem ve Araştırma, yy., Ankara 1976.

Karayalçın, Yaşar, Hukukta Öğretim-Kaynaklar-Metot, Problem Çözme, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 2001.

Kaya, Asım, “Amaçsal Yorum”, Ankara Barosu Dergisi, C. IV, 2014, s. 365-383.

Keyman, Selahattin, Hukuka Giriş, Yetkin Yayınları, Ankara 2002.

Köse, Saffet, “İslam Hukukunun Statik Olduğu İddiasının Tahlili”, Selçuk Üniv. İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. VI, 1996, s. 256-295.

Köse, Saffet, “Hz. Ömer'in Bazı Uygulamaları Bağlamında Ahkâmın Değişmesi Tartışmalarına Bakış”, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S. 7, Nisan 2006, s. 13-50.

Metin, Sevtap, Hukuk Normunun Yorumu, Doktora Tezi, İstanbul Üni-versitesi SBE, İstanbul 2002.

Oğuzman, M. Kemal/**Barlas**, Nami, Medeni Hukuk, (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar). 19. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.

Otacı, Cengiz, “Hermeneutik (Yorum Bilim) ve Ceza Kanunlarının Yo-rumu”, TBB Dergisi, C. LXXXIX, 2010.

Öktem, Niyazi/**Türkbağ**, Ahmet Ulvi, Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Dev-let, Der Yayınları, İstanbul 2014.

Özen, Şükrü, “İstislâh”, Türkiye Diyânet Vakfı İslâm Ansiklopedisi, TDV Yayınları, İstanbul 2001.

Özsunay, Ergun, Medenî Hukuka Giriş, (Gözden Geçirilmiş) 5. Bası, İs-tanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1986.

Öztan, Bilge, Medeni Hukukun Temel Kavramları, Turhan Yayınları, An-kara 2006.

Sadrüşşerîa, et-Tavzîh şerhu't-Tenkîh, Dâru'l-Erkam b. Ebi'l-Erkam, Beyrût 1998.

Sağlam, Hâdi/**Tuz**, Selahattin, “Din ve Şariat Sorunsalı Üzerine Bir Tahlil”, *Universal Journal of Theology*, Volume II, Issue IV, s. 302-310.

Sağlam, Hâdi, “Çağdaş Problemler Karşısında İslam Hukukuna Dinamizm Sağlayan Metotlar”, *Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, S. 2, 2009, s. 291-526.

Serahsî, Ebû Bekr, *Usûlü'l-s-Serahsî*, nşr. Ebu'l-vefa el-Afğanî, 2 Cilt, Dâru'l-Kütübi'l-ilmiyye, Beyrût 1993.

Sözer, Ali Nazım, *Hukukta Yöntembilim*, 5. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2015.

Şaban, Zekiyüddîn, *Usûlü'l-fıkh (İslam Hukuk İlminin Esasları)*, Çev. İbrahim Kâfi Dönmez, TDV Yayınları, Ankara 1990.

Şâtübî, el-Muvafakât (İslâmî İlimler Metodolojisi), Çev. Prof. Dr. Mehmet Erdoğan, 4 Cilt, İz Yayıncılık, İstanbul 1990.

Şener, Abdulkadir, *Kıyâs İstihsân İstislâh*, Ankara 1974.

Şevkânî, Muhammed b. Ali Muhammed, *İrşâdu'l-Fuhul ilâ Tahkiki'l-Hakk min İlmi'l- Usul, Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye*, Beyrût 1994.

Şelebî, Muhammed Mustafa, *Ta'lîlu'l-ahkâm, Dâru'n-Nehdati'l-Arabî*, Beyrût 1947.

Şelebî, Muhammed Mustafa, *Usûl'l-fikhî'l-İslâmî, Dâru'l-Câmiyye*, Kâhire 1333.

Tâhir bin Âşûr, *İslam Hukuk Felsefesi*, Çev. Mehmet Erdoğan, Vecdi Akyüz, 4. Bası, Rağbet Yayınları, İstanbul 2013.

Türkan, Mustafa, “Makâsıdü's-Şerîa ile İlgili Eserlerde Zarûriyyâtın Ter-tibi Sorunu”, *Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C. XVII, S. 34, 2018, s. 439-460.

Üzüm, İlyas, “Hüküm”, *Türkiye Diyanet Ansiklopedisi*, TDV Yayınları, İstanbul 1998.

Yaman, Ahmet, “Bir Kavram Olarak Fıkıh Kaideleri Ya da İslâm Huku-kunun Genel İlkeleri”, *Mârifet Dergisi*, C. I, S. 1, s. 49-75.

Young, M. Walter, “Eugene Huber ve İsviçre Medeni Kanununun Ruhü”, Çev. Jale Gürel. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. VI, S. 1, Mart 1949, s. 162-190.

Zerkâ, M. Ahmet, *el-Fıkhü'l-İslâmî fî sevbihî'l-cedîd (el-Medhalu'l-Fıkhi'l-âmm)*, Dîmeşk 1384/1964.

Zevkliler, Aydın, *Medeni Hukuk*, Dicle Üniversitesi Yayınları, Diyarba-kır 1986.

Zevkliler, Aydın/**Acarbey**, M. Beşir/**Gökyayla**, K. Emre, *Medeni Hu-kuka Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Seçkin Yayıncılık*, Ankara 1999.

Zeydan, Abdülkerim, *el-Vecîz fî usûli'l-fıkh, Müessesetü'r-Risâle*, Beyrût 2011.