



**T.C.
YALOVA ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ**

**ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI**

**MUKAYESELİ OLARAK TÜRK VE İSLAM HUKUKUNDA HUKUK
BOŞLUĞUNUN DOLDURULMASI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

CANAN ATEŞ

DANIŞMAN: DOÇ. DR. UĞUR BEKİR DİLEK

**YALOVA
NİSAN 2022**



T.C.
YALOVA ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

MUKAYESELİ OLARAK TÜRK VE İSLAM HUKUKUNDA HUKUK
BOŞLUĞUNUN DOLDURULMASI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

CANAN ATEŞ
187229001

DANIŞMAN: DOÇ. DR. UĞUR BEKİR DİLEK

YALOVA
NİSAN 2022

ETİK BEYAN

Yalova Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Tez Yazım Kuralları'na uygun olarak hazırladığım “Mukayeseli Olarak Türk ve İslam Hukukunda Hukuk Boşluğunun Doldurulması” başlıklı bu tez çalışmada; tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi, tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu, tez çalışmada yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi, kullanılan verilerde herhangi bir değişiklik yapmadığımı, bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu bildirir, aksinin tespiti halinde doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi taahhüt ve beyan ederim.

Canan ATEŞ

ÖNSÖZ

Yüksek lisans eğitimim boyunca benden yardımlarını esirgemeyen, akademik anlamda bana her zaman destek olan ve doğru yolu gösteren sayın danışman hocam Uğur Bekir DİLEK'e teşekkür ederim. Bu vesile ile tezimin yazım aşamasında benden desteklerini esirgemeyip yönlendirmelerde bulunan sayın hocam İhsan HÜSEYİN'e teşekkürü bir borç bilirim.

Tez çalışması sürecindeki destekleri için Öğretim Görevlisi abim Baycan ATEŞ'e ve kuzenim Yeşim ATEŞ'e teşekkür ederim. Her zaman yanımda oldukları ve benden desteklerini hiçbir zaman esirgemedikleri için ailemin tüm bireylerine teşekkür ederken hayatımın her anında her zaman destekçim olan sevgili annem Hayriye ATEŞ'e ve babam Abdalbaki ATEŞ'e de ayrıca teşekkür ederim.

Nisan – 2022

Canan ATEŞ





İÇİNDEKİLER

ETİK BEYAN	i
ÖNSÖZ	iii
İÇİNDEKİLER	v
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xv
ÖZET.....	xvii
ABSTRACT.....	xix
1. GİRİŞ	1
2. HÂKİMİN HUKUK BOŞLUĞUNU DOLDURMASININ TÜRK HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ	3
2.1. Türk Hukukunda Hâkimin Yargısal Etkinlikleri.....	3
2.2. Genel Hatlarıyla Hâkimin Hukuk Oluşturması	3
2.3. Boşluk Kavramı.....	5
2.4. Hâkimin Hukuk Oluşturmasının Ön Şartı Olarak Hukukta Boşluk	6
2.4.1. Kanun boşluğu çeşitleri	8
2.4.1.1. Kural içi boşluklar-kanun boşlukları	8
2.4.1.1.1. Gerçek boşluklar	10
2.4.1.1.2. Gerçek olmayan boşluklar	11
2.4.1.2. Bilinçli boşluklar-bilinçsiz boşluklar.....	12
2.4.1.3. Açık boşluklar-örtülü boşluklar	14
2.4.1.4. Diğer boşluk türleri.....	16
2.5. Hâkimin Hukuk Oluşturmasının İkinci Ön Şartı Olarak Örf ve Âdet Hukuku	18
2.5.1. Örf ve adet hukukunun unsurları	18
2.5.1.1. Süreklilik.....	18
2.5.1.2. Genel inanç	19
2.5.1.3. Devlet desteği	19
2.5.2. Örf ve âdet hukukunun türleri.....	20
2.5.2.1. Ülkesel örf ve âdet hukuku-yöresel örf ve âdet hukuku	20
2.5.2.2. Genel örf ve âdet hukuku-özel örf ve âdet hukuku.....	21
2.5.2.3. Adi örf ve âdet hukuku-ticari örf ve âdet hukuku.....	21
2.5.3. Örf ve âdet hukukunun fonksiyonu	22
2.6. Hâkimin Hukuk Kurallarını Yorumlaması.....	23
2.6.1. Genel açıklamalar	23



2.6.2. Hâkimin kanunu yorumlamasının önemi.....	24
2.6.3. Yorum faaliyetinde bulunan hâkimin dikkate alacağı hususlar.....	25
2.7. Hakimin Takdir Yetkisi.....	27
2.7.1. Genel açıklamalar	27
2.7.2. Şartlarda takdir yetkisi.....	28
2.7.3. Hükümde takdir yetkisi.....	29
2.7.4. Hâkimin takdir yetkisinin sınırları.....	30
2.7.4.1. Genel olarak.....	30
2.7.4.2. Kanunun takdir yetkisini tanımış olması	30
2.7.4.3. Kanunun çizdiği sınırların içinde kalma.....	31
2.7.4.4. Hakkaniyete uygun davranma zorunluluğu	32
2.8. Hâkimin Hukuk Oluşturmasının Diğer Yargısal Etkinliklerden Farkı	33
2.8.1. Yorumdan farkı.....	33
2.8.2. Takdir yetkisinden farkı.....	34
2.9. Hâkimin Hukuk Kuralı Oluştururken Dikkate Alması Gereken İlkeler.....	35
2.9.1. Kanun koyucu gibi hareket etme ilkesi	35
2.9.2. Hukuk düzeni ile bütünleşme ilkesi.....	36
2.9.3. Bazı metotlardan kaçınma ilkesi.....	36
2.10. Hâkimin Hukuk Oluşturmasının Yolları	37
2.10.1. Kıyas yöntemi ile hukuk oluşturma.....	37
2.10.1.1. Kıyasın tanımı ve şartları.....	37
2.10.1.2. Kıyasın uygulanması	39
2.10.1.3. Hakkında norm bulunmayan konularda yapılan kıyas	40
2.10.1.3.1. Kanun tarafından emredilen kıyas	40
2.10.1.3.2. Hukuk boşluğu durumunda yapılan kıyas	41
2.10.1.3.3. Benzetme yöntemi ile kıyas yapılması	41
2.10.1.3.4. Evleviyet yöntemi ile yapılan kıyas.....	41
2.10.1.4. Kıyas yapılmasının yasak olduğu konular	42
2.10.2. Hukukun genel ilkeleri ile hukuk oluşturma	43
2.10.3. Doğrudan hukuk oluşturma	44
2.11. Hâkimin Hukuk Oluştururken Başvuracağı Yardımcı Araçlar	45
2.11.1. Bilimsel görüşler.....	45
2.11.2. Yargı kararları.....	45
2.12. Hâkimin Oluşturduğu Hukuk Kurallarının Niteliği	46



2.12.1. Kanun hükmü niteliğinde olmaması	46
2.12.2. Kuvvetler ayrılığı ilkesine muhalif olmaması	47
2.12.3. Benzer durumlar için bağlayıcılığının olmaması.....	47
2.12.4. Üst yargı denetimine tabi olması	48
3. HUKUK BOŞLUĞUNUN DOLDURULMASININ İSLAM HUKUKU	
AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ	49
3.1. Genel Olarak.....	49
3.2. İslam Hukukunun Genel Özellikleri.....	49
3.3. İctihat Kavramı ve Tanımı	52
3.4. İctihat Fikrinin Ortaya Çıkış Süreci	53
3.5. İctihatın Meşruiyeti	54
3.6. İctihatın Kapsamı	55
3.7. İctihatın Sahası	55
3.8. İctihat Faaliyetinde Bulunan Hukukçunun Genel Özellikleri	57
3.9. İslam Hukukunun İctihat Araçları.....	58
3.9.1. Kıyas.....	58
3.9.1.1. İslam hukuku açısından kıyas.....	59
3.9.1.2. Kıyasın tanımı ve unsurları.....	59
3.9.1.3. Kıyasın şartları.....	60
3.9.1.3.1. Aslın hükmü ile ilgili şartlar	60
3.9.1.3.2. Fer' ile ilgili şartlar	62
3.9.1.3.3. İlet ile ilgili şartlar	64
3.9.1.4. İleti tespit etmenin yolları.....	65
3.9.1.4.1. İletin nas ile belirlenmesi.....	66
3.9.1.4.2. İletin icma ile belirlenmesi	66
3.9.1.4.3. İletin hüküm ile arasındaki uygunluğun ortaya konulması ile belirlenmesi.....	67
3.9.2. Maslahat.....	68
3.9.2.1. Maslahatın tanımı	69
3.9.2.2. Maslahatın kısımları	70
3.9.2.3. Maslahat-ı mürsele.....	72
3.9.2.4. Maslahat-ı mürseleyle göre hüküm tahsis etmenin şartları	73
3.9.2.5. Maslahat-ı mürselenin Kur'an-ı Kerim'deki yeri.....	75
3.9.2.6. Maslahat-ı mürselenin Sünnetteki yeri	76
3.9.2.7. Maslahat-ı mürseleyle göre verilen hüküm örnekleri.....	78

3.9.3. Örf ve âdet	80
3.9.3.1. Örf ve âdetin tanımı	82
3.9.3.2. Örfün şartları.....	83
3.9.3.2.1. Varlık şartları	83
3.9.3.2.2. Muteber sayılma şartları	83
3.9.3.3. Örfün kısımları.....	84
3.9.3.4. Mahiyeti açısından örf	85
3.9.3.4.1. Sözlü (kâvli) örf.....	85
3.9.3.4.2. Fiili (ameli) örf	85
3.9.3.5. Muteber olup olmaması açısından örf	85
3.9.3.5.1. Sahih örf.....	86
3.9.3.5.2. Fâsit örf.....	86
3.9.3.6. Yayıldığı muhit açısından örf	86
3.9.3.6.1. Umumî (genel) örf	86
3.9.3.6.2. Hususî (özel) örf	87
3.9.3.7. Kur'an'da örfe bırakılan bazı konular	87
3.9.3.8. Sünnet'te örfe bırakılan bazı konular	89
3.9.3.9. Örfün değişmesiyle hükümlerin değişmesi	90
3.9.4. Külli Kaideler	91
3.9.4.1. Kaide kavramı ve tanımı.....	92
3.9.4.2. Külli kaidelerin ortaya çıkış süreci	93
3.9.4.3. İslam hukuku açısından külli kaidelerin yeri.....	95
3.9.4.4. Külli kaidelerin kaynakları	96
3.9.4.4.1. Kur'an-ı Kerim	96
3.9.4.4.2. Hadis-i şerifler	98
3.9.4.4.3. İçtihat kaynakları	99
4. HUKUK BOŞLUĞUNUN DOLDURULMASININ TÜRK VE İSLAM HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ	103
4.1. Genel Olarak.....	103
4.2. Boşluk Doldurma Yöntemleri Açısından Değerlendirme	105
4.3. Kıyas Yöntemi Açısından Değerlendirme	107
4.4. Maslahat Açısından Değerlendirme	110
4.5. Örf ve Âdet Açısından Değerlendirme	112
4.6. Külli Kaideler ve Hukukun Genel İlkeleri Açısından Değerlendirme	118
4.7. Diğer Farkların Değerlendirilmesi	121



5. SONUÇ	125
KAYNAKLAR	129
ÖZGEÇMİŞ	139





KISALTMALAR LİSTESİ

Bkz.	: Bakınız
Bs.	: Bası
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
E.	: Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
Edt.	: Editör
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
K.	: Karar
m.	: Madde
N.	: Numara
Nşr.	: Neşreden
RG.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
ss.	: Sayfa Sayısı
T.	: Tarih
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TDV	: Türkiye Diyanet Vakfı
Trc.	: Tercüme
vd.	: Ve Devamı
Yarg.	: Yargıtay
Y.	: Yıl
YD.	: Yargıtay Dergisi
Y.İ.B.K	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı



MUKAYESELİ OLARAK TÜRK VE İSLAM HUKUKUNDA HUKUK BOŞLUĞUNUN DOLDURULMASI

ÖZET

Toplumsal yaşamda hızlı ve sürekli bir değişimin varlığı beraberinde bazı problemleri getirir. İşte bu problemlerin çözülüp adaletin ve asayişin sağlanabilmesi için hukukun da bu nispette dinamik olması gerekir. Ne var ki hukukta her olayın önceden öngörülüp ona göre hukuk kuralının oluşturulabilmesinin imkânı yoktur. Bu sebeple hukuk sistemlerinde boşluk dediğimiz bir takım durumlar karşımıza çıkar. Hukukta oluşan boşluğun bir şekilde doldurulup uyuşmazlıkların sona erdirilmesi gerekir. Bu görev de yargılama faaliyetini yapan hâkimdedir.

Türk Hukukunda hâkimin boşluk doldurması bir takım şartlara ve durumlara bağlı kılınmıştır. Hem kanunda hem de örf ve adet hukuku kuralları arasında söz konusu uyuşmazlığa uygulanacak bir kuralın bulunamaması durumunda hâkim bir kanun koyucu gibi davranarak o uyuşmazlığı sonuçlandırır.

İslam hukukunda müçtehidin ilk aşamada asli kaynaklara müracaat etmesi beklenir. Dolayısıyla Kur'an ve Sünnet'ten doğrudan uygulayabileceği bir kural bulamayan müçtehidin yine asli ve tali kaynaklara dayanmak suretiyle içtihat ederek uygulanabilir bir hüküm ortaya koyması gerekir. Müçtehidin yaptığı bu faaliyet hukukta olan boşluğun doldurulması çabasıdır.

Çalışmamız temelde üç bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde Türk hukukunda hukuki boşluk durumunda hâkimin bu boşluğu doldurması anlatılmıştır. Boşluk kavramı, örf ve adet hukuku ile kuralı, hâkimin yargısal faaliyetleri ve oluşturulan hukuk kurallarının özellikleri açıklanmıştır. İkinci bölümde ise İslam Hukuku perspektifinden hukuki boşluk içtihat kavramı üzerinden anlatılmaya çalışılmıştır. Burada içtihat araçları üzerinde durulmuştur. Nihayet üçüncü bölümde ilk iki bölümde anlatılanlar metodolojik olarak karşılaştırılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Türk hukuku, İslam hukuku, Hukuk boşluğu, Kanun boşluğu, İctihat



FILLING THE LEGAL GAP IN TURKISH AND ISLAMIC LAW COMPARATIVELY

ABSTRACT

The existence of a rapid and continuous change in social life brings with it some problems. In order for these problems to be resolved and justice and security to be ensured, the law must be dynamic in that proportion. However, in law, it is not possible for every event to be foreseen and the rule of law to be formed accordingly. For this reason, we encounter some situations that we call gaps in legal systems. The gap in the law must be filled somehow and the disputes must be ended. This duty rests with the judge who carries out the judicial activity.

In Turkish Law, the judge's filling of gaps is made dependent on a number of conditions and situations. If he cannot find a rule to be applied to the dispute, both in the law and between the customary law rule, the judge will act as a legislator and finalize the dispute.

In Islamic law, the mujtahid is expected to refer to the primary sources at the first stage. Therefore, the mujtahid, who cannot find a rule that he can apply directly from the Qur'an and Sunnah, must come up with an applicable rule by relying on primary and secondary sources. This activity of the mujtahid is an effort to fill the gap in the law.

Our study basically consists of three parts. In the first part, it is explained that the judge fills this gap in case of legal gap in Turkish law. The concept of emptiness, the customary law and its rule, the judicial activities of the judge and the characteristics of the created legal rules are explained. In the second part, the legal vacuum from the perspective of Islamic Law has been tried to be explained through the concept of ijtihad. Here, the tools of ijtihad are emphasized. Finally, in the third chapter, the first two chapters were compared methodologically.

Keywords: Turkish law, Islamic law, Legal gap, Legal vacuum, Ijtihad



1. GİRİŞ

Günümüzde çeşitli hukuk sistemleri vardır. Modern hukuk sistemlerinin hâkim olduğu devletlerde devletin yasama, yürütme ve yargı olmak üzere üç temel organı vardır. Devletler bu organları aracılığıyla işlevlerini yerine getirirler. Bizim çalışma alanımızı ilgilendiren yargı organının amacı, uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmaktır. Bunu gerçekleştirmenin en temel yolu, bağımsız mahkemelerde görev yapan hâkimlerin kanunları uygulamasıdır.

Türk Hukukuna göre hâkimin yargısal faaliyetlerini genel olarak yorum, takdir yetkisi ve hukuk oluşturma şeklinde sıralamak mümkündür. Bunlardan ilki olan yorumda hâkim, hukuk kurallarının anlamını belirlemeye çalışır. Takdir yetkisinde ise hâkim, hukuki anlamda kendisine tanınan yetki ile kural içi boşlukları doldurur. Kanun boşluğunun olduğu durumlarda ise hâkimin görevi hukuk oluşturmaktır.

Kanunlar yapılırken amaçlanan en temel hedef bu kanunların hem günümüzdeki hem de gelecekteki sorunlara çözüm üretmesidir. Ancak özellikle teknolojik gelişmelerin çok hızlı bir şekilde devam etmesi ve toplumsal yaşamın sürekli değişkenlik arz etmesi bu hedefe ulaşabilmeyi zorlaştırmaktadır. Bu gibi sebeplerden ötürü hukuk sistemlerinde hukuk boşluğu oluşur ve bu durumda ihtilafları çözüme kavuşturmak için hâkimden hukuk oluşturma beklenir. Bu çalışmamızda biz de Türk ve İslam Hukukuna göre hâkimin hukuk oluşturarak hukuk boşluğunu doldurmasını açıklamaya çalıştık.

İslam hukuku kendine özgü kuralları olan vahiy kaynaklı bir hukuk sistemidir. Bu hukuk sisteminde de amaçlanan şey uyuşmazlıkları çözüme kavuşturarak mümkün olan en iyi şekilde adaleti sağlamaktır. Bu amacı yerine getirmek üzere değişen zamana ve şartlara bağlı olarak oluşan problemler için makul ve mantıklı çözümler üretebilmek hedeflenmiştir. Hedeflenen bu amacın gerçekleşmesine hizmet eden içtihat kavramı, İslam hukukçularının sıkça başvurduğu bir argüman olmuştur.

Türk hukukunda, hukuk boşluğunun doldurulması faaliyetinde hâkim, kanun koyucu gibi davranarak söz konusu boşlukları doldurur. İslam hukukunda bunun karşılığı olarak açıklamaya çalıştığımız içtihat kavramı ise bundan daha kapsamlı bir kavramdır. Yani İslam hukukundaki içtihat, Türk hukukuna göre hukuk boşluğunun doldurulmasının tam olarak karşılığı değildir.

İçtihat çok geniş ve kapsamlı bir kavramdır. Tezimizde bu genişlikteki bir kavramı her yönüyle ele almaktan kaçındık. Zira İslam hukukuna göre hukuki boşluğun doldurulması hem bir doktrin çalışması hem de hâkimin yargısal bir faaliyeti olarak karşımıza çıkar. Türk hukukuna göre hâkimin hukuk boşluğunu doldurması faaliyeti, İslam hukukundaki doktrinsel çalışmanın dışında kalan yargısal bir faaliyettir. Dolayısıyla her iki hukuk sistemi bu açıdan birbirinden farklıdır. Bu farklılıktan dolayı hukuk boşluğu kavramı ve bu boşluğun doldurulmasında kullanılan araçlar ve yöntemler her iki hukuk sisteminde birbiri ile birebir örtüşmez. Ancak toplumlardaki gelişim ve değişim karşısında İslam hukukunun durağan bir pozisyonda olduğunu kabul etmek de mümkün değildir. Onun dinamizmine katkı sağladığına inandığımız içtihat araçlarından kıyas, maslahat, örf ve âdet ile külli kaideleri açıklamayı tercih ettik. Bu sayede her iki hukuk sistemi açısından hukuk boşluğu kavramını ve boşluğu doldurmaya yarayan araçları ve yöntemleri karşılaştırabilmeyi hedefledik.

Çalışmamız temelde üç bölümden oluşmaktadır. Çalışmanın ilk bölümünde Türk hukukundaki hâkimin temel yargısal faaliyetleri genel olarak değerlendirilmiştir. Akabinde hâkimin hukuk oluşturmalarının ön koşulu olan kanun boşluğu ve diğer boşluk türleri anlatılmıştır. Bu bölümde hâkimin hukuk kurallarını yorumlaması ve nihayet takdir yetkisi üzerinde durularak bunların hukuk boşluğunun olması durumunda hâkimin hukuk oluşturma faaliyetinden farkı ele alınmıştır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise İslam hukukunda hukuk boşluğunun doldurulması faaliyeti olan içtihat kavramı üzerinde durulmuştur. İchtihatın meşruiyeti, kapsamı, sahası genel hatlarıyla ele alınmıştır. Devamında hukuk boşluğunu doldurmak için kullanılan içtihat araçları olan kıyas, maslahat, örf ve âdet ile külli kaideler ayrıntılı olarak açıklanmıştır.

Çalışmanın son bölümü olan üçüncü bölümde ise ilk iki bölümde inceleme konusu yapılan hukuki boşluk kavramı ve bu boşluğun doldurulmasında kullanılan araçlar ile yöntemleri Türk ve İslam hukuk sistemleri perspektifinden metodolojik olarak değerlendirilmiştir. Her iki hukuk sisteminin bu açılardan farklılıkları ve benzerlikleri mukayeseli bir disiplin ile ele alınmıştır.

2. HÂKİMİN HUKUK BOŞLUĞUNU DOLDURMASININ TÜRK HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

2.1. Türk Hukukunda Hâkimin Yargısal Etkinlikleri

2.2. Genel Hatlarıyla Hâkimin Hukuk Oluşturması

Toplumsal yaşamın dinamik olması ve teknolojik gelişmelerin yoğun bir şekilde yaşanması neticesinde hukuk kurallarının da bu hızda her olaya cevap verebilmesi mümkün olamamaktadır¹. Bu sebeple kanun yapımcıların ortaya çıkabilecek her türlü uyuşmazlığı önceden tahmin edip kanunlar yapması imkân ve ihtimal dâhilinde değildir. Dolayısıyla her hukuk sisteminde kaçınılmaz bir olgu olarak boşluk oluşmaktadır.

Türk Medeni Kanunun birinci maddesine göre hâkim, önüne gelen bir olaya ilk önce kanunda bulunan hükmü uygulamak zorundadır. Kanunu uygulayan hâkimin, kanunun özüyle ve sözüyle değindiği bütün konularda uygulaması gerekir. Buna rağmen hâkim, söz konusu uyuşmazlığa uygulanabilecek bir hüküm bulamazsa o zaman ilk önce örf ve âdet hukuku kuralının varlığını araştırmalıdır. Şayet uygulanabilir bir örf ve âdet hukuku kuralı da yoksa o zaman hâkim kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar vermek durumundadır.

Kanunda uygulanabilir bir hükmün olmaması kanun boşluğunun varlığını gösterir. Bu durumda hâkim örf ve âdet hukukuna göre karar verir. Örf ve âdet hukukunda da uygulanabilir bir hüküm yoksa o zaman hukuk boşluğunun var olduğu kabul edilip hâkimin hukuk oluşturması ile boşluk doldurulur².

Türk Hukuk Sistemi hâkimin önüne gelen bir uyuşmazlıkta, Kanunda ve örf ve âdet hukukunda hâkimin herhangi bir hüküm bulamaması halinde hâkime bu uyuşmazlığı çözmekten kaçınma şansı vermez. Bu husus 1982 Anayasası'nın 36. maddesinin ikinci fıkrasında şu şekilde belirtilmiştir: "*Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz*³." Aynı husus Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 46. maddesinin c bendinde de düzenleme altına alınmıştır. Böylece hâkimin, önüne gelen

¹ Dinçkol, Abdullah, Hukuka Giriş, Genişletilmiş 3. Basım, Der Yayınları, İstanbul 2005, s. 257.

² Antalya, Gökhan/Topuz, Murat: Medeni Hukuk (Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri), Legal Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 267.

³18/10/1982 Tarih ve 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, E.T.:14.09.2020, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf>.

Türk Ceza Kanununun ikinci maddesinde bu husus açıkça şu şekilde belirtilmiştir:

“(1) Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz.

(2) İdarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz.

(3) Kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz. Suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz⁹. ”

Dolayısıyla Ceza hukuku alanında suç olarak belirlenen bir fiil dışındaki başka bir fiile ceza uygulanamaz. Ceza hukuku alanında kanun boşluğu kabul edilmediği için hâkimin bu alanda kanun boşluğuna dayanarak hukuk oluşturması da mümkün değildir¹⁰.

Kanunilik ilkesinin geçerli olduğu bir diğer alan ise vergi hukuku alanıdır. Bu husus dayanağını 1982 Anayasasının m.73/3 fıkrasından almaktadır: *“Vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır¹¹. ”* Görüldüğü üzere Türk Hukuk sisteminde özel hukuk alanında hâkimin hukuk oluşturması mümkün iken vergi ve ceza alanlarında kanunilik ilkesi gereği hâkimin hukuk oluşturması mümkün değildir.

2.3. Boşluk Kavramı

Hukuk sistemlerinde kanun koyucular kanun yaparken bunların, gelecekte ortaya çıkabilecek sorunları maksimum seviyede kapsamalarını hedef edinirler¹². Ancak hayatın devamlılığı ve problemlerin sürekli olarak artması ve değişmesi bu hedefe ulaşmayı imkânsız kılmaktadır. Bu sebeple hukuk sistemlerinde boşluğu olağan karşılamak pek tabidir. Hukuk kuralı koymaya yetkili olan kişiler, koydukları hukuk

⁹ 26/9/2004 Tarih ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu, E.T: 14/09/2020, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf>.

¹⁰ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, E: 1976/6-577, K: 1977/47, T: 07/02/1977, (Kazancı),

¹¹ 18/10/1982 Tarih ve 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, E.T: 14/09/2020, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2709.pdf>, Ayrıca detaylı bilgi için bkz: Öner, Erdoğan: Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 28-29; Pehlivan, Osman: Vergi Hukuku (Genel İlkeler ve Türk Vergi Sistemi), Celepler Matbaacılık, Trabzon 2018, s.42; Arıtı Erdem, İmran: Vergi Hukukunda Hakimin Hukuk Yaratması: Boşluk Doldurma, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Y. 2016/2, s. 1-26.

¹² Aktaş, Sururi: Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 1-2, Y. 2010, s. 1-33, s. 1.

kuralları ile hem bulundukları zamanda hem de gelecekte ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklara çözüm üretmeyi hedeflerler. Ancak pratikte bu hedefe ulaşmak iki sebepten ötürü mümkün değildir. Bu sebepler; hayatın sürekli bir değişim arz etmesi ve insan kapasitesinin sınırlı olmasıdır¹³. Dolayısıyla boşluk kavramını hukuk sistemleri için doğal ve olağan karşılamak gerekir. Zira ne hukuk sistemlerinin mükemmel denecek kadar iyi olması ne de yasa koyucuların azami derecede özenli olması hukuk sistemlerinde boşluğun olmasına mani olamaz¹⁴. Yani değişen yaşam şartlarına, hukuk sistemlerinin de ayak uydurup bu değişime entegre olmasını sağlamanın yollarından bir tanesi de hukuk sistemlerinde boşluğun kabul edilmesidir¹⁵.

Çözümü gereken bir uyuşmazlıkla ilgili olarak istenilen çözümün kanun tarafından sunulamaması halinde boşluk ortaya çıkar¹⁶. Hukuku uygulamakla yükümlü olanların hukuk kurallarını yorumlaması neticesinde hukukta boşluk bulunmasının doğal sonucu, bu uygulayıcıların TMK. m.1 gereği hukuk oluşturmalarıdır¹⁷.

2.4. Hâkimin Hukuk Oluşturmasının Ön Şartı Olarak Hukukta Boşluk

Türk Hukuk öğretisinde boşluk kavramının tanımı genel olarak kanun boşluğu ve hukuk boşluğu şeklinde bir ayrıma tabi tutularak yapılmıştır. Örneğin; Edis, boşluk kavramını, kanun boşluğu ve hukuk boşluğu şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutarak incelemiştir¹⁸. Edis'e göre kanun boşluğu, *"... gerekli ve zorunlu bir düzenlemenin kanun koyucu tarafından yapılmaması"*¹⁹ iken hukuk boşluğu, *"Bir mesele hakkında ne kanunda ne de örf ve adet hukukunda bir cevap bulunamaması hali..."*dir²⁰. Oğuzman/Barlas'a göre kanun boşluğu, *"Kanun hükümlerinin yorumlanması sonucunda hukuksal soruna cevap veren, olaya uygulanabilir bir hükmün"*

¹³ Aktaş, Sururi: Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı, s. 1, E.T: 14/09/2020, <http://easiv.ebyu.edu.tr/xmlui/handle/20.500.12432/2258>.

¹⁴ Aybay, Aydın/Aybay, Rona/Pehlivan, Ali: Hukuka Giriş, Genişletilmiş 13. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 326-330.

¹⁵ Özsunay, Ergün: Medeni Hukuka Giriş, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Yayınları, İstanbul 1981, s. 221.

¹⁶ Dural, Mustafa/Sarı, Suat: Türk Özel Hukuku Cilt I (Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri) 10. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015, s. 134.

¹⁷ Edis, Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:41, Ankara 1993, s. 120-121.

¹⁸ Edis, s. 121.

¹⁹ Edis, s. 121.

²⁰ Edis, s. 123.

bulunamaması...” hali iken hukuk boşluğu, “*Örf ve adet hukukunda da bu yolda bir kuralın olmaması...*”²¹ halidir. Işıktaç/Metin de kanun boşluğu ve hukuk boşluğu ayrımı üzerinde durarak söz konusu olaya uygulanabilecek bir kuralın yazılı hukukta olmaması durumunu kanun boşluğu olarak tanımlarken söz konusu olayla ilgili hem yazılı hukukta hem de örf ve adet hukukunda uygulanabilecek herhangi bir hükmün olmaması durumunu ise hukuk boşluğu olarak nitelendirmektedir²². Dural/Sarı da benzer bir ayrıma giderek kanunda hüküm bulunmaması haline kanun boşluğu; hem kanunda hem de örf ve adet hukukunda hüküm bulunmaması haline ise hukuk boşluğu demiştir²³. Antalya/Topuz kanun boşluğunu, “*... Hâkimin yazılı hukuk kuralları içinde somut uyuşmazlığa uygulayacak bir hükmü bulamaması...*” hali olarak tanımlarken hukuk boşluğunu da “*... bir mesele hakkında kanunda ve örf ve adet hukukunda bir kuralın mevcut olmaması...*” hali olarak tanımlar²⁴. Yine Ayan da benzer şekilde “*... yazılı hukukta olaya uygulanabilecek kuralın olmaması...*” haline kanun boşluğu derken “*... hem yazılı hem de örf ve adet hukukunda herhangi bir hükmün olmaması...*” haline ise hukuk boşluğu demiştir²⁵.

Diğer yazarlar ise boşluk kavramını tanımlarken hukukta boşluk olduğu fikrini kabul etmeyip kanunda boşluk fikrini benimsemiştir. Örneğin; Gözler’e göre “*... Hâkimin hukuk yaratmasının ön koşulu, kanunda ve örf ve adette uygulanacak bir hüküm olmaması, yani kanunda ‘boşluk’ olması*”dır²⁶. Yine Aktaş, boşluğu “*... pozitif hukukun, bir meseleyi düzenlemesi gerekirken kendi normatif düzenine aykırı olarak düzenlenmemiş olması...*” olarak ifade etmiştir²⁷. A.Aybay/R. Aybay/Pehlivan boşluğu, kanun boşluğu olarak ele alıp “*... somut olaya uygulanacak hükmün hiç olmaması ya da yetersiz olması...*” şeklinde tanımlamıştır²⁸. Hatemi gibi Helvacı/Erlüle de hukuk boşluğu kavramını kullanmayıp kanun boşluğu kavramını kullanmıştır²⁹. Dolayısıyla

²¹ Oğuzman, Kemal/ Barlas, Nami: Medeni Hukuk (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar), 20. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 96.

²² Işıktaç, Yasemin/Metin, Sevtap: Hukuk Metodolojisi, Filiz Kitabevi, İstanbul 2003, s. 227-228.

²³ Dural, Mustafa/Sarı, Suat: Türk Özel Hukuku Cilt I (Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri) 10. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015, s. 134.

²⁴ Antalya/Topuz, s. 267-269.

²⁵ Ayan, Mehmet: Medeni Hukuk (Giriş, Kaynaklar ve Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Mimoza Yayınları, Konya 1997, s. 54-55.

²⁶ Gözler, s. 357.

²⁷ Aktaş, s. 10.

²⁸ Aybay/Aybay/Pehlivan, s. 328.

²⁹ Hatemi, Hüseyin: Medeni Hukuka Giriş (Gözden Geçirilmiş 5. Bası), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 102; Helvacı, Serap/Erlüle, Fulya: Medeni Hukuk (Medeni Hukuka Giriş, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku), Legal Yayıncılık, 3. Bası, İstanbul 2014, s. 17.

buradaki yazarlar, pozitif hukukta yani hem yazılı hukukta hem de örf ve adet hukukundaki boşluğu kanun boşluğu olarak görmüşlerdir. Böyle bir durumda kanundaki bu eksiklik hâkimin hukuk oluşturmasıyla giderilmiş olacaktır³⁰.

Öğretide var olan bu ‘hukuk boşluğu’ ve ‘kanun boşluğu’ ayrımı aslında pratik bir ayırımdan ziyade terminolojik bir ayırımdır. Zira söz konusu boşluğa hukuk boşluğu veya kanun boşluğu demenin sonuca herhangi bir etkisi yoktur. Her iki durumda da ortada bir boşluk olduğu kabul edilmektedir. Bu boşluk da hâkimin hukuk oluşturması ile doldurulmalıdır. Bu, hâkim için bir görevdir. Hâkim bu boşluğu doldurmaktan kaçınamaz. Biz bu çalışmamızda kanun boşluğu kavramını kullanmayıp hukuk boşluğu kavramını kullanmayı tercih ettik. Bu aşamadan sonra çalışmamızda hukuk boşluğunun şartları olan kanun boşluğunu çeşitleriyle beraber ele alırken aynı zamanda örf ve adet hukuku konusunu da inceleme altına almış aldık.

2.4.1. Kanun Boşluğu Çeşitleri

Türk hukuk öğretisinde kanun boşlukları değişik şekillerde tasnif edilmiştir. Buna göre genel kabul gören boşluk türleri *kural içi boşluklar-kanun boşlukları* (kanun boşluğu da *gerçek boşluklar-gerçek olmayan boşluklar* şeklinde ayrıca tasnif edilmiştir.), *bilinçli boşluklar-bilinçsiz boşluklar*, *açık boşluklar-örtülü boşluklar* şeklinde tasnif edilmiştir³¹.

Öte yandan bazı yazarlar değişik boşluk türlerini de eklemek suretiyle farklı ayrımlar da yapmışlardır. Bu kısmı da *diğer boşluk türleri*³² başlığı altında ayrıca ele aldık.

2.4.1.1. Kural içi boşluklar-kanun boşlukları

Kanun koyucu tarafından bilerek ve istenerek bırakılmış olan boşluklara kural içi boşluklar denir. Kanun koyucu koyduğu kuralın eksikliğinin farkındadır ve bu eksikliğin de hâkim tarafından giderilmesini arzu etmektedir. Var olan bu boşluklar

³⁰ Aktaş, s. 16.

³¹ Bkz. Edis, s. 132-135; Oğuzman/Barlas, s. 99-104; Dural/Sarı, s. 137-139; Antalya/Topuz, s. 250-255; Remzi/Aydın/Ispartalı, s. 45-46; Kayıhan, Şaban: Temel Kavramları, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2017, s. 49-51; Zevkliler, Aydın/Acabey, Mehmet Beşir/Gökyayla, K. Emre: Medeni Hukuk (Giriş,-Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku- Aile Hukuku), 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2000, s. 97-101.

³² Edis, s. 135; Aktaş, s. 22-24.

hâkimin hukuk oluşturmaya değil takdir yetkisini kullanmasıyla doldurulur³³. Dolayısıyla hâkim; hüküm dışı öğelerle bu boşluğu dolduracaktır³⁴. Bir hüküm genel olarak kanun dışındaki faktörlere yollama yapıyorsa orada bir kural içi boşluğun var olduğu kabul edilir³⁵. Örneğin TMK m. 5 “*Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır.*” demek suretiyle başka bir kanun hükmüne atıfta bulunmuştur. Benzer şekilde TMK m. 4 de “*Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir.*” şeklinde düzenlenerek ‘*durumun gerekleri*’, ‘*haklı sebepler*’, ile ‘*hakkaniyet*’ kavramlarının değerlendirilmesi hususu hâkimin takdirine bırakılmıştır.

Kural içi boşluklarda önemli olan bir diğer husus ise hangi durumlarda hâkime takdir yetkisi verilerek bu boşluğun doldurulabileceği hususudur. Kanunun açıkça hâkime takdir yetkisi verdiği hallerde ve yine örf ve âdete gönderme yaptığı yerlerde kural içi boşluğun varlığı kabul edilir³⁶. Kanunun hâkime açıkça takdir yetkisi verdiği duruma örnek olarak TMK m. 12 gösterilebilir. Ergin kılınma hususunu düzenleyen maddeye göre; “*On beş yaşını dolduran küçük, kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkemece ergin kılınabilir.*” Dolayısıyla maddede hangi nedenlerle küçüğün ergin kılınacağı açıkça belirtilmemiştir. Bu hususun değerlendirilmesi hâkimin takdir yetkisine bırakılmıştır. Hâkim takdir yetkisini kullanmak suretiyle küçüğün ergin kılınmasına karar verebileceği gibi küçüğün ergin kılınmamasına da karar verebilir. Yine TMK m.7/1. fıkrasında; “*Adın değiştirilmesi, ancak haklı sebeplere dayanılarak hâkimden istenebilir.*” şeklindeki hükümde haklı sebeplerin ne olduğu hususu açıkça belirtilmeyip bunun değerlendirilmesi hâkime bırakılmıştır. Hâkim burada takdir yetkisini kullanarak haklı sebepleri her somut olaya göre değerlendirecektir. Yine TBK m. 56/1. fıkrası hâkimin takdir yetkisine açık bir örnektir: “*Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir.*” Burada uygun bir miktar

³³ Edis, s. 132; Gözler, s. 357; Kırca, Çiğdem: Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduction), <https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42681/514658>, s. 93; Gözler, s. 357, E.T.: 14/09/2020.

³⁴ Edis, s. 132; Deryal, Yahya: Hukukun Temel Kavramları (Genişletilmiş), 6. Baskı, Trabzon 2008, s. 52.

³⁵ Edis, s. 132, Işıktaç/Metin, s. 230; Deryal, s. 52; Dural/Sarı, s. 137.

³⁶ Dural/Sarı, s. 137; Dinçkol, s. 258.

manevi paranın ne kadar olacağına hâkim takdir yetkisini kullanarak karar verecektir. Kanunun örf ve âdete yollama yaptığı duruma ise TMK m. 367’yi örnek olarak vermek mümkündür. Madde; “*Aile hâlinde yaşayan birden çok kimsenin oluşturduğu topluluğun kanuna, sözleşmeye veya örfе göre belirlenen bir ev başkanı varsa, evi yönetme yetkisi ona ait olur.*” şeklinde düzenlenmiştir. Burada ev başkanının belirlenmesi usulü belirtilmiştir. Hangi sebeplerle kimin ev başkanı olacağı kanunda belirtilmemiş olup kanuna, sözleşmeye ve toplumun örfüne göndermede bulunulmuştur³⁷. Dolayısıyla burada var olan kural içi boşluğu hâkim takdir yetkisini kullanmak suretiyle dolduracaktır.

Kanuni olarak düzenleme altına alınması gereken bir hususla alakalı olarak kanunda herhangi bir hükmün bulunmaması neticesinde iradi olmayarak meydana gelmiş olan boşluklara kanun boşluğu denir³⁸. Kanun boşluğunun olması demek söz konusu olaya uygulanacak herhangi bir kanun hükmünün ne sözüyle ne de özü itibariyle mümkün olmaması demektir³⁹. Yani söz konusu olaya herhangi bir yazılı hukuk kuralının uygulanması mümkün değildir. Kanun boşluğunu gerçek boşluk ve gerçek olmayan boşluk şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutarak incelemek mümkündür⁴⁰.

2.4.1.1.1. Gerçek boşluklar

Hukuken düzenlenmesi gereken bir konuda, kanun tarafından olumlu ya da olumsuz olarak hiçbir hükmün öngörülmemiş olması haline gerçek boşluk denir⁴¹. Örneğin; TMK m. 507’de ölen bir kimsenin cenaze masraflarının terekeden karşılanacağı belirtilmiştir; ancak bu masrafları karşılamaya terekenin miktarı yeterli gelmezse ne olacağı yani masrafların nasıl karşılanacağı belirtilmemiştir. Toplumsal bir ihtiyacın hukuki olarak düzenleme altına alınmaması söz konusudur. Bu konuda kanun olumlu veya olumsuz olarak herhangi bir hüküm getirmemektedir. Dolayısıyla burada gerçek bir kanun boşluğunun olduğu açıktır⁴².

³⁷ Dilşat Karataş, Tuba Teorik Açından Hâkimin Hukuk Yaratması, Yüksek Lisans Tezi, Erzincan 2019, s. 10.

³⁸ Dural/Sarı s. 137; Edis, s. 133.

³⁹ Antalya, Gökhan/Topuz, Murat: Medeni Hukuk (Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri), Birinci Baskıya Ek Tıpkı Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2016, s. 250.

⁴⁰ Dural/Sarı, s. 137; Antalya/Topuz, s. 252.

⁴¹ Dural/Sarı, s. 137; Akipek, Jale G./Akıntürk, Turgut/Ateş Karaman, Derya: Türk Medeni Hukuku (Bşlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku), Yenilenmiş 11. Baskı, Birinci Cilt, Beta Yayınları, İstanbul, s. 127; Edis, s. 133; Oğuzman/Barlas, s. 103.

⁴² Antalya/Topuz, s. 252; Dural/Sarı, s. 138.

Gerçek boşlukta, kanunun normatif amacına uygun olarak bir hukuk kuralı olması gerekirken böyle bir kuralın olmaması hali ve kanunun susması söz konusudur⁴³. Örneğin; TMK m. 323, eşlerin boşanması durumunda velayet hakkı kendisine verilmeyen eşin, çocuk ile kişisel ilişki kurması hakkını düzenlemektedir. Ancak ana veya babanın ölmesi halinde büyükannenin ya da büyükbabanın çocukla kişisel ilişki kurup kuramayacağı hususu kanunda düzenleme altına alınmamıştır. Böyle bir konuda kanunun amacına ve Türk aile yapısına uygun olarak bir hukuk kuralının olması gerekir. Dolayısıyla burada gerçek bir boşluğun var olduğu açıktır.

2.4.1.1.2. Gerçek olmayan boşluklar

Gerçek olmayan boşlukta esasen somut olaya uygulanabilecek hukuki bir düzenleme mevcuttur; ancak bu düzenlemenin çözüm tarzı ihtiyaçlara cevap verememekte yani düzenleme yeterli ve tatminkâr bulunmamaktadır⁴⁴. Gerçek olmayan boşluk iki sebepten ötürü ortaya çıkabilir. Bu sebepler; kanun koyucunun hatası ve toplumda meydana gelen değişimler sebebiyle hükmün uygulanmasının tatmin edici olmayan sonuçlar doğurmasıdır⁴⁵. Burada esasen kanunun bir eksikliği, sakatlığı söz konusu olduğu için tatmin edici bulunmayan söz konusu hükmün değiştirilmesinde, düzeltilmesinde yetkili ve görevli olan merci hâkim değil kanun koyucudur⁴⁶. Hâkim hukuk oluşturarak boşluğu dolduramaz; çünkü zaten ortada bir kanun hükmü vardır⁴⁷. Ancak meydana gelen sosyal veya teknik değişimler sebebiyle artık ihtiyaca cevap vermekten uzak olduğu için tatmin edici sonuçlar doğurmayan söz konusu hükmün uygulanması hakkın kötüye kullanılmasını teşkil edebilir. Böyle bir durum karşısında hâkim TMK m.2/2 fıkrasında düzenleme altına alınmış olan “*Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.*” normuna dayanarak hükmü uygulamaktan kaçınabilir⁴⁸. Böyle bir durum olmadığı sürece hâkimin kanun normunu düzeltme yetkisi yoktur⁴⁹. Zira kanunları meydana getirmek veya değiştirmek hakim değil kanun koyucunun görev ve yetkisindedir.

⁴³ Işıktaş/Metin, s. 228; Özsunay, s. 224.

⁴⁴ Antalya/Topuz, s. 254; Edis, s. 133, Dural/Sarı, s. 138; Oğuzman/Barlas, s. 103.

⁴⁵ Dural/Sarı, s. 138.

⁴⁶ Edis, s. 134; Dural/Sarı, s. 138; Aktaş, s. 18; Oğuzman/Barlas, s. 103-104.

⁴⁷ Dural/ Sarı, s. 138.

⁴⁸ Dural/Sarı, s. 138, Edis, s. 134; Oğuzman/Barlas, s. 104.

⁴⁹ Nitekim Y.İ.B.K’de bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: “*Hâkim görevini yerine getirmemiş, şu ya da bu nedenle bir kanun hükmünü uygulamaktan kaçınmışsa, üst kanun yolu merciinin görevi, kanun boşluğundan söz etmekte değil, hâkimin kanun hükümlerini yerine getirmesini sağlamaktır. Zaten kanun yolu incelemesinin temel felsefesi de budur.*” Y.İ.B.K.; T: 01.02.1984.

Doktrinde örtülü boşluğu, gerçek olmayan boşluğun bir çeşidi olarak gören yazarlar⁵⁰ olduğu gibi iki boşluğun birbirinden farklı boşluklar olduğunu savunan yazarlar⁵¹ da vardır. Öte yandan bazı yazarlar da gerçek olmayan boşlukların örtülü boşlukları kapsadığını savunmuştur⁵².

2.4.1.2. Bilinçli boşluklar-bilinçsiz boşluklar

Kanun koyucu bilerek ve isteyerek bir hukuki problemin çözümünü düzenlemeyip bir kanun boşluğu oluşturmuşsa var olan boşluk bilinçli boşluktur⁵³. Bilinçli boşluklarda kanun koyucu, bu boşluğu bilerek ve isteyerek bıraktığı için bu boşluğun doktrin ve yargısal içtihatlar aracılığıyla doldurulmasını arzu eder. Örneğin; kanun koyucu taşınmaz mallarda mülkiyetin devrini geçerli bir sebebe bağlarken taşınır mallarda mülkiyetin devrini herhangi bir sebebe bağlamamıştır. Bu husus kanun koyucu tarafından bilerek ve istenerek düzenlenmediği için burada bilinçli bir boşluk durumu söz konusudur⁵⁴.

Kanunda bir düzenlemenin olmaması her zaman için bir boşluğun bulunduğu anlamına gelmez. Tüm hukuki sorunların kanun koyucu tarafından kanunla düzenlenmesi mümkün değildir. Bu sebeple kanun bazı durumlarda bilerek susmuş olabilir. Böyle bir durumda kanunun bilerek susması aslında susma yoluyla olayı çözmek istediğini gösterir. Dolayısıyla bu gibi durumlarda hâkimin hukuk oluşturma yetkisi yoktur. Zira ortada menfi de olsa aslında bir çözüm vardır. Bu sebeple de ortada bir boşluk yoktur. Yani bilinçli susma durumunda kanunda bir boşluktan bahsedilemez. Bilinçli boşlukta ise kanun koyucunun susarak uyuşmazlığı çözmek gibi bir iradesi yoktur. Bilinçli boşluk halinde ortada bir boşluk vardır ve bu boşluğun doktrin ve yargısal içtihatlarla şekillenmesi hedeflenmektedir⁵⁵. Kanun koyucu bu sayede dinamik olan hayat karşısında hukuka da dinamik bir yapı kazandırmayı hedeflemiş olabilir; çünkü kanun koyucunun, toplumdaki değişimin hızı karşısında hukuki bir düzenlemeyi aynı hızda getirebilmesi mümkün değildir. Bunun yerine hukuku uygulamakla görevli olan hâkimlerin doktrinden de

⁵⁰ Antalya/Topuz, s. 254.

⁵¹ Işıқтаç/Metin, s. 229.

⁵² Edis, s. 134;

⁵³ Antalya/Topuz, s. 253; Edis, s. 133; Oğuzman/Barlas, s. 99; Yarg. HGK, 13/12/1989, 11-706/661; Yarg. HGK, 27/02/2008, 21-140/205; Yarg. 10. HD, 26/10/2010, 11494/14365.

⁵⁴ Antalya/Topuz, s. 253; Edis, s. 133.

⁵⁵ Dural/Sarı, s. 135; Antalya/Topuz, s. 253.

faaydalanmak suretiyle yargısal içtihatlarla bilinçli boşlukları doldurması makul ve mantıklı olan yoldur.

Kanun koyucunun koyduğu kanun hükmünün olumlu, olumsuz veya zıt anlamı itibariyle hukuki soruna herhangi bir çözüm getirmemesi halinde de kanunda bir boşluğun olduğu anlamına gelir. Ancak bazen de bunun tam tersi bir durum olabilir. Yani kanunun düzenlemesinin zıt anlamından, kanun koyucunun söz konusu hükmün dışında kalan haller için bir çözüm getirdiği anlaşılabılır⁵⁶. TMK m. 129 bu hususa örnek teşkil etmektedir. Madde şu şekilde düzenleme altına alınmıştır:

“Aşağıdaki kimseler arasında evlenme yasaktır:

- 1. Üstsoy ile altsoy arasında; kardeşler arasında; amca, dayı, hala ve teyze ile yeğenleri arasında,*
- 2. Kayın hısımlığı meydana getirmiş olan evlilik sona ermiş olsa bile, eşlerden biri ile diğerinin üstsoyu veya altsoyu arasında,*
- 3. Evlât edinen ile evlâtlığın veya bunlardan biri ile diğerinin altsoyu ve eşi arasında⁵⁷.”*

TMK’da yer alan yukarıdaki kanun hükmü kimlerin arasında evlenme yasağının olduğunu açık ve sınırlı bir şekilde belirtmiştir. Dolayısıyla sayılanlar dışındaki hısımlar arasında evlenmenin yasaklanmadığını normun mefhum-i muhalifinden anlayabiliyoruz⁵⁸. Yani aralarında evlenme yasağı olmayan kişilerin kanunda açıkça sayılmamış olması bir boşluk olduğu anlamına gelmez.

Kanun koyucunun isteği ve arzusu dışında ortaya çıkan boşluklara bilinçsiz boşluklar denir⁵⁹. Bilinçsiz boşlukların ortaya çıkmasının sebeplerinden ilki kanun koyucunun kanunu yaparken gerekli dikkat ve özeni göstermeyip ihmalkâr davranmasıdır⁶⁰. Bu tür boşluklara *ihmalden doğan boşluklar* da denilmektedir⁶¹. Örneğin; TMK m. 74/2’ye göre derneklerin olağan genel kurul toplantılarını en geç üç yılda bir yapmaları zorunludur; ancak belirlenen bu süre şartına uyulmaması halinde ne tür bir

⁵⁶ Dural/Sarı, s. 135; Tekinay, s. 64.

⁵⁷ 22/11/2001 Tarih ve 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu, E.T: 14/09/2020, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4721.pdf>.

⁵⁸ Dural/Sarı, s. 135; Işıktaç/Metin, s.229.

⁵⁹ Edis, s. 133; Aktaş, s. 21; Antalya/Topuz, s. 254;

⁶⁰ Antalya, s. 254; Aktaş, s. 21-22; Oğuzman/Barlas, s. 99; Esener, s. 231.

⁶¹ Oğuzman/Barlas, s. 100; Aktaş, s. 22; Edis, s. 135.

yaptırımın olacağı kanunda belirtilmemiştir⁶². Bu sebeple burada bilinçsiz bir boşluk hali söz konusudur.

Öte yandan bilinçsiz boşluklar bir takım durumların değişmesi sebebiyle de ortaya çıkmış olabilir. Yani bilinçsiz boşlukların ortaya çıkabileceği ikinci durum, kanunun yapım aşamasında öngörülemeyen ekonomik, toplumsal ve teknolojik gelişmelere göre sosyal yaşamın şekillenmesidir ki bu tür bilinçsiz boşluklara fiilî boşluklar denir⁶³. Dolayısıyla kanun koyucunun kanunu yaptıktan sonra bazı durum ve koşulların değişmesi sebebiyle ortaya bilinçsiz boşluklar çıkmaktadır. Hayatın ve toplumun özellikle teknolojik gelişmelere bağlı olarak yoğun ve hızlı bir şekilde değişmesi sebebiyle pozitif hukukun bunların hepsine cevap verememesi pek tabidir. Bu sebeple bilinçsiz boşlukların olduğu durumlarda örf ve adet hukukunda da uyuşmazlığa uygulayabilecek herhangi bir hüküm bulamayan hâkimin, uyuşmazlığın çözümü için hukuk oluşturarak boşluğu doldurması gerekir.

2.4.1.3. Açık boşluklar-örtülü boşluklar

Hukukun düzenleme altına alması gereken bir husus ile ilgili olarak kanunda uygulanabilir herhangi bir hükmün bulunmadığı açıkça belli olan durumlarda, açık kanun boşluğunun varlığı kabul edilir⁶⁴. Açık boşluklarda kanunun ne düz anlamıyla ne zıt anlamıyla ne de özü itibarıyla uygulanabilecek herhangi bir hüküm yoktur⁶⁵. Açık boşlukla ilgili yaygın olarak verilen örnek; cenaze masrafları örneğidir. TMK m. 507/2'ye göre miras bırakan kişinin cenaze masrafları terekesinden karşılanır; ancak terekesinde bu masrafları karşılayabilecek yeterli miktarda malvarlığının olmaması durumunda ne olacağına kanunda yer verilmemiştir⁶⁶. Bu boşluk türü için verilebilecek ikinci örnek ise TMK m. 323 olabilir. Söz konusu maddede, evli kişilerin boşanması durumunda velayet hakkı kendisine verilmeyen diğer eşin çocuk ile kişisel ilişki kurma hakkı düzenleme altına alınmıştır. Ancak çocukla kişisel ilişki kuran tarafın ölmesi halinde büyükanne veya büyükbabanın çocukla kişisel ilişki kurma hakkının bulunup bulunmadığı kanunda düzenlenmemiştir⁶⁷. Yargıtay bu konuda, büyükanne ve büyükbabanın çocukla kişisel ilişki kurma hakkı olduğu

⁶² Antalya/Topuz, s. 254; Aktaş, s. 22.

⁶³ Aktaş, s. 22; Edis, s. 135; Oğuzman/Barlas, s. 99- 100.

⁶⁴ Edis, s. 134.

⁶⁵ Oğuzman/Barlas, s. 101-102; Dural/Sarı, s. 137-138; Hatemi, s. 102.

⁶⁶ Edis, s. 134; Oğuzman/Barlas, s. 102; Dural/Sarı, s. 132; Aktaş, s. 19.

⁶⁷ Antalya/Topuz, s. 253; Remzi/Aydın/Ispartalı, s. 45.

şeklinde karar vererek bu boşluğu doldurmuştur⁶⁸.

Örtülü boşlukta kanunda bir hüküm vardır; ancak kanun geniş kapsamlı olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla bazı hallerde kanunun amacının ve anlamının amaca göre sınırlandırılmasını gerektirecek istisna bir hüküm kanuna eklenmemiştir. İşte böyle boşluklara örtülü boşluklar denir⁶⁹. Başka bir ifadeyle kanunda somut uyumsuzluğa uygulanabilecek bir hüküm olmasına rağmen hükmün özü ile sözünün bağdaştırılamaması, söz konusu kuralın aynı değerdeki başka bir kural ile çatışması, hükmün uygulanmasının dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edip açıkça hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıdığı durumlarda ortada örtülü boşluğun varlığı kabul edilir⁷⁰. Dolayısıyla ilgili hükmün bu şekilde uygulanması adalete aykırı sonuçlar doğurabilir. Bu sebeple örtülü boşluklar hâkim tarafından amaca ve adalete uygun biçimde düzeltilmelidir⁷¹.

Örtülü boşluğun doldurulmasında kullanılan mantıksal araç Serozan'a göre *'teleolojik redüksiyon'*dur. Türkçede *amaca uygun sınırlama* olarak ifade edilir. Kapsamı çok fazla geniş olan ve uygulandığında adalete uygun olmayacak sonuçlar doğuracak olan kanun hükmü, her somut olayın özelliği dikkate alınmak suretiyle istisnai olarak sınırlandırılarak söz konusu örtülü boşluk doldurulmalıdır⁷². Söz konusu boşluğun doldurulmasının niçin gerekli olduğunun cevabı TMK m.2'ye dayanır. Maddeye göre; *"Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz."* Dolayısıyla hükme göre hukuk düzeni hakların açıkça kötüye kullanılmasını korumaz. Ayrıca hukuk kurallarının açıkça adalete aykırı sonuçlar verecek şekilde uygulanması da söz konusu olamaz. İşte böyle örtülü bir boşluk durumunda hâkimin kanun maddesinin uygulama alanını amaca uygun olarak sınırlandırarak boşluğu doldurması gerekmektedir⁷³. Örneğin TMK m.15'te; *"Kanunda gösterilen ayırık durumlar saklı kalmak üzere, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiilleri hukukî sonuç doğurmaz."* hükmü uyarınca ayırt etme gücü bulunmayan bir kimsenin yaptığı sözleşmeler geçersizdir. Ancak böyle bir

⁶⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz: YHGK, E. 2004/10-109, K. 2004/115 Sayılı ve 25.02.2004 Tarihli Karar.

⁶⁹ Dural/Sarı, s. 138; Edis, s. 134.

⁷⁰ Remzi/Aydın/Ispartalı, s. 45-46; Oğuzman/Barlas, s. 102; Edis, s. 134; Dural/Sarı, s. 138; Aktaş, s. 20; Antalya/Topuz, s. 254-255.

⁷¹ Antalya/Topuz, s. 255; Serozan, s. 155.

⁷² Serozan, s. 156.

⁷³ Antalya/Topuz, s. 255; Serozan, s. 157.

kişinin satış sözleşmesi ile aldığı milli piyango biletine büyük ikramiye çıkması durumunda da geçersiz sayılması, adil olmayan sonuçlar doğurabileceği gibi hakkın kötüye kullanılmasına da sebep olabilir⁷⁴. Aynı şekilde böyle bir kimsenin yaptığı iş sözleşmesinin geçersiz olduğuna dayanarak işverence, çalıştığı süreye ilişkin ücretinin verilmemesi durumu da hakkın kötüye kullanılması olur. Dolayısıyla bu örtülü boşluğun madde kapsamının amacına uygun olarak sınırlandırılması suretiyle doldurulması gerekir⁷⁵.

Amaca uygun sınırlama yaparak örtülü boşluğun doldurulmasına ikinci örnek olarak TBK m. 12 hükmü verilebilir. Buna göre; “Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir. Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz.” Bu madde hükmü uyarınca şekle uygun olarak kurulmayan sözleşmeler hükümsüzdür. Madde hükmü çok geniş sınırlara sahip olup herhangi bir istisna hükmü de içermemektedir. Dolayısıyla her somut olay özelinde bakıldığında, sadece şekil şartının eksikliğinden yola çıkarak işlemi yok saymak adalet duygusunu rahatsız edebileceği gibi haklı ve yerinde bir karar da olmayacaktır⁷⁶.

2.4.1.4. Diğer boşluk türleri

Hâkimin hukuk oluşturmamasının ön şartı olan ‘boşluk’ kavramı ile ilgili yukarıda belirtilen ayrımların dışında değişik sınıflandırmalar da yapılmıştır⁷⁷. Bu sınıflandırmalardan ilki “*fiili boşluk-ihmal boşluğu*” ayrımıdır. Fiili boşluk; kanun koyucunun kanun yapma sürecinde dikkat etmediği veya öngöremediği sebeplerle ortaya çıkan boşluklar iken ihmali boşluklar, kanun koyucunun gerekli özeni göstermemesi sebebiyle ortaya çıkan bilinçsiz boşluklardır⁷⁸. Bu başlık altındaki ikinci ayrım ise “*hukukta boşluk-hukuk kuralında boşluk*” ayrımıdır. Edis’e göre hukuk düzeninde belli bir uyumsuzlıkla ilgili herhangi bir kuralın bulunmaması hukukta boşluktur. Öte yandan bir hukuk kuralında belli bir noktanın noksan olması hali ise hukuk kuralında boşluktur. *Şekli boşluk-maddi boşluk* ayrımı ise üçüncü

⁷⁴ Antalya/Topuz, s. 255.

⁷⁵ Aktaş, s. 20-21; Öztan, s. 148-149.

⁷⁶ Serozan, s. 158; Ayrica bkz. Yargıtay’ın 21.12.1988 tarihli 20026 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmış olan İçtihadı Birleştirme Kararına.

⁷⁷ Edis, s. 135; Aktaş, s. 22-24.

⁷⁸ Edis, s. 135.

ayrımdır. Bir hukuki mesele ile alakalı olarak kanunun metninde hiçbir cevabın olmaması şekli bir boşluktur. Kanun metninde yorum yolu ile hiçbir cevap alınamaması durumunda ise ortada maddi boşluk vardır⁷⁹.

Bazen hukuk kuralları arasında çatışma olabilir. Bu çatışmalardaki hukuki problemler; lex superior ilkesi (üst kanun), lex posterior ilkesi (sonraki kanun) veya lex specialis ilkesi (özel kanun)’ne dayanılarak çözülür⁸⁰. Ancak bazı durumlarda bu ilkelerin uygulanması da sorunu çözmeye yetmeyebilir ki böyle bir durumda ortaya boşluk çıkar. İşte söz konusu uyuşmazlığa uygulanabilecek iki farklı kanunun bulunması durumunda ortaya çıkan boşluğa gerçek kural çatışmasından doğan boşluk denir⁸¹. Sözer’e göre iki hukuk kuralının birbirini dışlaması sonucu oluşan buradaki boşlukta çatışma sebebiyle kurallar birbirini geçersiz kılar⁸². Ancak kurallar arasında oluşan her çelişkili durumda çatışma boşluğunun olduğunu kabul etmek doğru değildir. Zira çelişkiden bir boşluğun olması için kuralların aynı anda yürürlüğe girmesi, ikisinin de genel ya da özel olması ve aralarında bir astlık-üstlük ilişkisinin olmaması gerekir⁸³. Ancak Aktaş, bunlardan başka bir ölçütün daha olması gerektiğini söyler ki o da kurallardan birini tercih etmemizi gerektirecek haklı bir nedenin bulunması olduğunu ifade eder⁸⁴. Hakkaniyet, menfaatler içtihadı veya amaca uygunluk gibi kriterlere dayanarak bu iki normdan birini diğerine tercih edebildiğimiz durumlarda ortada bir boşluğun varlığı kabul edilemez⁸⁵.

Gözler, iki kural arasında astlık- üstlük, genel-özel ve önceki sonraki ilişkisinin kurulamadığı bu iki kural arasındaki boşluğa gerçek çatışma (antinomie) ismini verir⁸⁶. Ona göre çatışma boşluğunun özel hukuk alanında çıkması halinde boşluk, TMK m. 1 göz önüne alınarak önce örf ve adet hukukuna bakılmalıdır. Burada da çözüm bulunamazsa o zaman hâkim kendisi yeni bir hukuk kuralı oluşturur. Şayet böyle bir boşluk kamu hukuku alanında vuku bulursa hâkim davayı olduğu gibi bırakmalıdır; çünkü kamu hukuku alanında örf ve âdete bakılmaz⁸⁷.

⁷⁹ Edis, s. 135-136.

⁸⁰ Serozan, s. 179.

⁸¹ Kırca, s. 96; Zevkliler, s. 89; Serozan, s. 179-180; Akipek/Akıntürk, s. 127-128.

⁸² Sözer, s. 169.

⁸³ Gözler, s. 240.

⁸⁴ Aktaş, s. 22-23.

⁸⁵ Aktaş, s. 23.

⁸⁶ Gözler, s. 371.

⁸⁷ Gözler, s. 37-373.

2.5. Hâkimin Hukuk Oluşturmasının İkinci Ön Şartı Olarak Örf ve Âdet Hukuku

Örf ve adet hukuku kuralları bir toplumu oluşturan bireylerce bir olay ile ilgili olarak sürekli olarak tekrar edilen ve bu alışılmış durum karşısında o toplumu oluşturan bireylerce buna uyulması yönünde genel bir inanç oluşması ile oluşan kurallardır⁸⁸. Dolayısıyla örf ve adet hukuku kuralları yazılı olmayıp toplumların vicdanında yer edinmiş kurallardır.

Örf ve adet hukuku Medeni Hukukumuzun yazılı olmayan kaynaklarından. Medeni Kanunumuzun birinci maddesine göre, “...*Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa hâkim, örf ve âdet hukukuna göre... karar verir*”. Kanunun düzenlemediği bir konu ile karşılaşan hâkimin öncelikli olarak söz konusu uyuşmazlığa uygulanabilecek olan bir örf ve adet hukuku kuralının var olup olmadığını araştırması gerekecektir. Şayet böyle bir kural varsa hâkimin bunu uygulaması gerekir.

Burada dikkat edilmesi gereken husus kanundaki her eksikliğin bir örf ve adet kuralı ile doldurulmaması gerektiğidir. Kanun koyucunun bazen bazı konularda bilerek susmuş olabileceği gibi bazen de onu irade özerkliği alanına bırakmış olabileceği göz ardı edilmemelidir⁸⁹. Tam bu noktada örf ve adet hukuku kuralının var olabilmesi için aranan şartların ne olduğu önem arz ediyor ki aşağıda bu şartlar değerlendirilip açıklanmıştır.

2.5.1. Örf ve âdet hukukunun unsurları

2.5.1.1 Süreklilik

Bahsi geçen örf ve âdetin, bir örf ve adet hukuku kuralı olabilmesi için her şeyden önce o toplumda uzunca bir süredir uygulanıyor ve tekrar ediyor olması gerekir. Bazı yazarlar bunu maddi bir unsur olarak kabul ederler⁹⁰. Bu noktada karşımıza çıkan sorular bu sürenin ve tekrarın ne kadar olacağı sorularıdır. Bu sorulara kesin bir cevap vermek mümkün olmamakla beraber tekrarlanışın belirsiz süreli olması

⁸⁸ Edis, s. 96.

⁸⁹ Antalya/Topuz, s. 244-245.

⁹⁰ Oğuzman/Barlas, s. 106; Edis, s. 98; Dural/Sarı, s. 69.

gerekir⁹¹.

Mecelle'nin 166. maddesinde 'kadim' kavramı geçmektedir. Mecelle'de bu kavram; 'Kadim oldur ki evvelini bilür olmaya' şeklinde tanımlanmıştır. Dolayısıyla örf ve adet kuralının örf ve adet hukuku kuralı olabilmesi için tekrarlamaya başladığı zamanın kadim olması yani başlangıç anının bilinmiyor olması gerekir.

2.5.1.2 Genel inanç

Bazı yazarlarca manevi unsur⁹² olarak da isimlendirilen bu husus toplumu oluşturan bireylerin söz konusu geleneğe uymalarının zorunlu olduğuna dair genel bir inanışlarının olmasını ifade eder. Burada genel inanıştan kasıt bu kurala uymanın zorunlu olduğu ve buna uyulmadığı takdirde de bir yaptırım ile karşılaşılacağına dair bir inancın olmasıdır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu örf ve adet hukukuna ilişkin vermiş olduğu bir kararında şunları belirtmiştir: *"Bir bölgede herhangi bir kuralın teamül halinde olduğunun kabulü için o kurala ammece istisnasız herkes tarafından uyulduğunun ve geçmiş zaman içinde tekrar edilerek istikrar unsurunun meydana geldiğinin belli olması zorunludur. Adet ve teamül hukuku yazılı kurallardan olmadığı için yurdun her tarafı ayrı ayrı incelenmeden genel olarak yurtda veya köylerdeki teamülün şu ya da bu yönde olduğu söylenemez. Özellikle olayda olduğu gibi iki tarafın durumlarına ve halin icabına göre tayin edilecek teamülün tespiti için tarafların ve bölgenin durumlarının iyice bilinmesi gerekir."*⁹³. Yargıtay'ın vermiş olduğu bu kararda da açıkça görüldüğü üzere bir örf ve adet kuralının örf ve adet hukuku kuralı olabilmesi için yukarıda belirtilen iki şartın varlığı aranmaktadır.

2.5.1.3. Devlet desteği

Bazı yazarlarca⁹⁴ hukuki unsur olarak adlandırılan devlet desteği, bir kuralın örf ve adet hukuku kuralı olabilmesinin bir diğer şartı olarak kabul edilir. Süreklilik ve genel bir inanışın olması tek başına bir örf ve adet kuralını örf ve adet hukuku kuralı haline getirmeye yetmez. Bunun yanında bu kurala uyulmaması neticesinde devletin

⁹¹ Edis, s. 98.

⁹² Dural/Sarı, s. 106; Oğuzman/Barlas, s. 106.

⁹³ Yarg. HGK., 21.01.1970 tarih ve 1966/3-1224 E., 1970/44K. Karar için bkz. (www.kazanci.com), E.T.: 17.10.2021.

⁹⁴ Antalya, s. 258; Dural/Sarı, s. 106.

yaptırım gücünü kullanarak söz konusu kurala uyulmasını sağlaması aranır⁹⁵. Örneğin; yeni evlenen bir arkadaşınıza hediye götürmek bir örf ve adet kuralıdır. Bu hediyeği götürmezseniz toplum tarafından ayıplanıp kınanırsınız; ancak devlet size herhangi bir müeyyide uygulayamaz. Öte taraftan yarıcılık ya da ortakçılık bir örf ve adet hukuku kuralı olarak çeşitli yörelerde uygulandığı için bu kurallara uyulmaması halinde mahkemeler ve dolayısıyla hâkimler devletin yaptırım gücünü kullanarak bu kurala uyulmasını sağlar.

Diğer bazı yazarlar⁹⁶ ise yukarıdaki görüşün tam tersi bir görüş beyan ederek bir örf ve adet kuralının örf ve adet hukuku kuralı olarak uygulanabilmesi için devlet desteğinin yani hukuki unsur şartının varlığını aramazlar. Dolayısıyla herhangi bir örf ve adet hukuku kuralının uygulanmasını gerektirecek bir durumla karşılaşan bir hâkimin, böyle bir kuralın daha önce herhangi bir mahkeme tarafından uygulanıp uygulanmadığını araştırma yükümlülüğü olmadığı gibi devletin bu kurala bir yaptırım bağlayıp bağlamadığını da araştırma sorumluluğu yoktur⁹⁷. Bu husus Medeni Kanunun birinci maddesinde açıkça ifade edildiği gibi Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 14.03.2001 tarih ve 7-182/242 sayılı kararında bu doğrultuda karar vermiştir. Karara göre hâkimin; “... *kanun boşluklarını doldururken devlet müeyyidesiyle teyit edilmemiş olan örf ve adet hukukunu...*” dikkate alacağı belirtilmiştir⁹⁸.

2.5.2. Örf ve âdet hukukunun türleri

Örf ve adet hukuku türleri çeşitli yazarlarca değişik tasniflere tabi tutularak sınıflandırılmıştır⁹⁹. Bizim burada esas aldığımız sınıflandırma ise Gökhan Antalya’nın yapmış olduğu sınıflandırmadır ki aşağıda bunun ayrıntıları anlatılmıştır.

2.5.2.1. Ülkesel örf ve âdet hukuku-yöresel örf ve âdet hukuku

Bir örf ve adet hukukunun ülkenin tamamında uygulanması durumunda ülkesel örf ve adet hukukundan bahsedilir. Buna göre yarıcılık ve ortakçılık ilişkilerinde ülkesel örf ve adet hukuku söz konusudur. Yarıcılık tarla ve benzeri işlerde görülür. Burada tarla sahibi tohumluk verir. Yarıcı ise tarlayı bu tohumla ekip biçer. Kural olarak da

⁹⁵ Dural/Sarı, s. 106; Antalya, s. 258-259.

⁹⁶ Oğuzman/Barlas, s. 106-107.

⁹⁷ Oğuzman/Barlas, s. 106-107; Edis, s. 101-102.

⁹⁸ Karar için bkz. Oğuzman/Barlas, s. 107.

⁹⁹ Edis, s. 111-112; Dural/Sarı, s. 107.

yarıcı, elde edeceği ürünün yarısını tarla sahibine verir. Ortakçılıkta ise konu inek, keçi, koyun gibi semere getiren hayvanlardır. Bu hayvanlara bakma ve elde ettiği ürünlerin belli bir miktarını hayvan sahibine vermekle yükümlü olan taraf ortakçdır. İlişkinin sona ermesi durumunda ise ortakçı hayvanları sahibine geri vermek zorundadır. Hayvanın ölmemesi durumunda yeni bir tane hayvan getirmekle yükümlü olan ortakçının, hayvanların yavrulanmasıyla beraber o yavruya da sahip olduğu da açıktır¹⁰⁰.

Yöresel örf ve adet hukuku ise ülkenin belli bir yerinde uygulama alanı bulan kurallardır. Özellikle Türk Borçlar Kanunu ve Türk Medeni Kanunu bu kurallara oldukça fazla yollama yapar. Örneğin; TBK m.357; TMK m.650, 653, 684, 815 vb.

2.5.2.2. Genel örf ve âdet hukuku-özel örf ve âdet hukuku

Belli bir zümre veya sınıfa ait olanlar arasında uygulanan örf ve adet hukukuna özel örf ve adet hukuku denir. Örneğin; balıkçılar, köylüler, tüccarlar, çiftçiler arasında uygulanan kurallar bu gruba girer¹⁰¹.

Öte taraftan bir ülkede yaşayan kişilerin tamamını ya da tamamına yakını arasında yaygın olarak uygulanan kurallara ise genel örf ve adet hukuku denir¹⁰². Örneğin; iki kişi arasında meydana gelen bir hukuki ilişki neticesinde karşı tarafın diğerine hayırlı olsun demesi karşılıklı iradelerin uyuştuğunu ortaya koyan bir genel bir örf ve adet kuralıdır¹⁰³.

2.5.2.3. Adi örf ve âdet hukuku-ticari örf ve âdet hukuku

Esasen bu ayrım ticari iş ilişkileri özelinde yapılan bir ayrımdır. Yani günlük işlerde etkisi olanlara adi örf ve adet hukuku denirken ticari iş ilişkilerinde ve tacirler arasında etkili olanlara da ticari örf ve adet hukuku denir¹⁰⁴. Dolayısıyla ticari işler dışında kalan işlere uygulanan kurallar adi örf ve adet hukuku kapsamına girer¹⁰⁵.

Bu iki örf ve adet hukuku arasındaki bir diğer fark ise hukuk kaynağı olmaları açısından olan bir farklılıktır. Adi örf ve adet hukuku TMK m. 1/II hükmü uyarınca

¹⁰⁰ Antalya, s. 260-261.

¹⁰¹ Edis, s. 111; İnan, s. 29.

¹⁰² Ayrıntılı bilgi için bkz. Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 76; İmre, s. 181.

¹⁰³ Antalya, s. 261.

¹⁰⁴ Işıktaç, s. 74-76; Edis, s. 111.

¹⁰⁵ Dural/Sarı, s. 107.

yazılı hukuk kurallarında bir hüküm bulunmadığında uygulanan tamamlayıcı nitelikte bir hukuk kaynağı iken ticari örf ve adet hukuku ise genel hükümlerden önce uygulanması gereken bir hukuk kaynağıdır¹⁰⁶. Bu husus Ticaret Kanunu'nun 1'inci maddesinin ikinci fıkrasında şu şekilde ifade edilmiştir:

“Mahkeme hakkında ticari bir hüküm bulunmayan ticari işlerde, ticari örf ve âdete, bu da yoksa genel hükümlere göre karar verir.”

2.5.3. Örf ve âdet hukukunun fonksiyonu

Türk Medeni Kanunu m.1'de “... Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa hâkim örf ve adet hukukuna göre karar verir.” hükmü uyarınca örf ve adet hukuku kurallarının yazılı hukuk kurallarını tamamlama fonksiyonunun olduğu açıktır¹⁰⁷. Dolayısıyla bu kurallar kanundaki boşlukların doldurulması hususunda hâkime yardımcı olur¹⁰⁸. Şayet uygulanabilecek herhangi bir kanun hükmü varsa örf ve adet hukuku kuralı uygulanmaz. Hâkim önüne gelen herhangi bir uyuşmazlıkta uygulayabileceği herhangi bir kanun hükmünü bulamazsa örf ve adet hukuku kuralını uygulayarak sorunu çözmek zorundadır¹⁰⁹.

Kural içi boşlukların olduğu durumlarda şayet kanun örf ve âdete atıf yapmışsa artık bu örf ve âdetin hukuk kuralı haline gelmiş olması şartı aranmaz; çünkü buradaki boşluğun doldurulmasında örf ve adet hukukunun yorumlayıcı rolü söz konusu olmaktadır¹¹⁰.

Bazı kanun hükümlerinin yorumlanmasında örf ve adet hukukundan yararlanılır¹¹¹. Örneğin; TMK m. 129'da “Bir kimse ile amca, dayı, hala, teyzesi arasında evlenmek yasaktır.” hükmü yer almaktadır. Burada sayılan bu yasaklı kişilerin yarım kan amcayı, halayı, dayıyı veya tezeyi kapsayıp kapsamayacağı örf ve adet kurallarına

¹⁰⁶ Işıktaç, s. 74-76; Atay, s. 117-118; Tekinay, Medeni Hukuk, s. 70.

¹⁰⁷ Öztan, s. 153; Işıktaç, s. 86.

¹⁰⁸ Yarg. 4. HD. 21.12.1979 Tarih ve 11644/14383 Esas Sayılı Karar, YKD., 1980/9, s. 1216; Oğuzman/Barlas, s. 109; Işıktaç, s. 86.

¹⁰⁹ İmre, s. 183; Işıktaç, s. 86.

¹¹⁰ Antalya, s. 264.

¹¹¹ Oğuzman/Barlas, s. 109; Işıktaç, s. 87; Yargıtay'ın bununla ilgili verdiği bir kararı şu şekildedir: “Çatının onarımı bir projeye bağlanmamıştır. Bu gibi işlerde (geçerli) örf ve adete göre komşu taşınmaz malikinin öncelikle ortak alandaki iyileştirmeyi kendisinin yaptırması, iyileştirme giderlerini belgeleyerek komşu taşınmaz malikinden onun yararlandığı orandaki katılma payını harcamayı, yaptırtan sonra istemesi gerekir. Çatıdaki iyileştirme henüz gerçekleşmeden ve gerçek masraf henüz ortaya çıkmadan katılma payının peşin olarak davalıdan tahsili doğru değildir.” Yarg. 14. HD, E.: 1210/2506, T: 12/03/2007.

göre belirlenir. Dolayısıyla ikinci olarak belirtilen bu gruptaki kişiler de evlenmenin yasak olduğu kişiler arasındadır¹¹².

Yazılı olmayan hukuk kurallarından örf ve adet hukuku kurallarının tespiti yazılı hukuk kurallarının nispeten daha zordur. Bir kanun boşluğunun varlığı durumunda taraflardan herhangi birisinin örf ve adet hukukuna dayanarak hâkimden buna göre karar vermesini istemesi noktasında bir netlik mevcut değildir. Böyle bir durumla karşılaşan hâkimin nasıl hareket etmesi gerektiği ile ilgili öğretide çeşitli görüşler tartışılmıştır. Bunlardan ilkinde göre böyle bir kanun boşluğu ile karşılaşan hâkimin görevi, bu örf ve adet hukukunun varlığını kendiliğinden yani re'sen araştırmaktır¹¹³. Diğer görüşe göre ise uyuşmazlığa uygun bir örf ve adet hukuku kuralını bilen bir hâkimin bunu re'sen uygulaması gerekir. Taraflardan biri böyle bir iddiada bulunmuş; fakat hâkim bununla ilgili bir bilgiye sahip değilse o zaman hâkimin re'sen araştırma yükümlülüğü yoktur. Zira bu iddiasını, buna dayanan tarafın ispat etmesi gerekir¹¹⁴.

2.6. Hâkimin Hukuk Kurallarını Yorumlaması

2.6.1. Genel açıklamalar

Kanunların uygulanmasını genel olarak yer bakımından uygulanması, zaman bakımından uygulanması ve anlam bakımından uygulanması şeklinde üçlü bir ayrıma tabi tutmak mümkündür. Burada bizi ilgilendiren uygulama alanı kanunların anlam bakımından uygulanması olduğu için kanunların yer ve zaman bakımından uygulanması konusunu incelemedik.

Türk Hukukunda hâkimin önüne gelen bir uyuşmazlıkta hâkimin bu uyuşmazlığı çözmesi için sırasıyla bazı adımları takip etmesi gerekir. Hâkimin karşısına gelen olay ilk aşamada hukuki olarak nitelendirilmemiştir. Dolayısıyla hâkimin ilk işi söz konusu olayı hukuki olarak nitelendirmektir. Hukuk kuralları düzenleme altına alınırken soyut anlamlı ve genel nitelikli olarak düzenlenirler. Bu sebeple hâkimin yapması gereken ikinci çalışma ise somut olan olaya uygulanabilecek herhangi bir kanun hükmünün olup olmadığını araştırmaktır. Şayet böyle bir hüküm varsa hâkim bunu somut olaya uygular. Bu aşamada hâkimin yaptığı yargısal faaliyet aslında

¹¹² Antalya, s. 264.

¹¹³ Özsunay, s. 175; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 75-76.

¹¹⁴ Antalya, s. 265.

kanunu yorumlamaktır. Zira hakim, somut olan uyuşmazlığa soyut hukuk kuralını bulup entegre ederek uyuşmazlığı sonlandırma faaliyeti yapmaktadır. Dolayısıyla hâkim soyut olan hukuk kuralını yorumlamak suretiyle ortaya uyuşmazlığı çözecek bir hüküm koymaktadır.

Önüne gelen uyuşmazlığı çözüme kavuşturmak isteyen hâkimin, TMK m.1/1 fıkrası uyarınca kanunu gerek lafzıyla ve gerekse de ruhuyla uygulaması yani yorum faaliyetinde bulunmasına rağmen uyuşmazlığı çözmesine yarayacak herhangi bir kanun hükmünü bulamaması her zaman için ihtimal dâhilindedir. Böyle bir durumda hâkimin yapması gereken şey ikinci aşama olan TMK m.1/2 hükmünü uygulamaktır. Yani uyuşmazlığı çözmesine yarayacak herhangi bir hüküm bulamayan hâkim, örf ve adet hukukuna bakmalıdır. Burada da yine söz konusu uyuşmazlığı çözebilecek bir örf ve adet hukuku kuralının varlığını aramalıdır. Tüm bunlara rağmen yine de uyuşmazlık çözülemiyorsa o zaman hâkim TMK m. 1/2 fıkrasının devamı olan hükmü uygulamalıdır. Yani kanun koyucu gibi davranmak suretiyle hâkimin hukuk oluşturması gerekmektedir. İşte bu sebeple hâkimin yargısal faaliyetlerinden olan yorum faaliyeti tezimizin konusu olan hâkimin hukuk oluşturması etkinliğiyle alakalıdır. Hangi durumlarda ve aşamalarda hâkimin hukuk oluşturabileceğinin anlaşılabilmesi ve dolayısıyla anlatabilmemiz adına yorum konusunu da açıklamayı uygun gördük.

2.6.2. Hâkimin kanunu yorumlamasının önemi

Türk Medeni Kanunun birinci maddesinin birinci bendinde ifade edildiği üzere kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır. Kanunun sözüyle uygulanmasından maksat kanun metninin mantık ve dil bilgisi kurallarına bakılarak uygulanmasıdır. Örneğin; Türk Medeni Kanunu’nun 11. maddesinin 1. fıkrasında belirtildiği üzere erginlik on sekiz yaşın doldurulmasıyla kazanılır. Bu hükümden yola çıkarak on sekiz yaşını doldurmuş birisinin ergin olduğu kabul edilir¹¹⁵. Bazen de kanunun sözü zıt anlam yöntemiyle uygulanır. Burada da Kanun hükmünden zıt bir anlam çıkarılır ancak; çıkan bu anlamın uygulanmasının başka bir hükümle sınırlandırılmamış olması gerekmektedir; fakat kanun maddelerinin sadece sözüne bakılarak uygulanması her zaman için yeterli gelmeyebilir.

¹¹⁵ Helvacı/Erlüle, Medeni Hukuk, s. 14.

Kanunlarda asıl olan soyut anlamlı olan hukuk kurallarını, somut olaya yani uyumsuzluğa uygulayabilmektir. İşte bazen bu soyut anlamlar somut olaya doğrudan uygulanabilecek kadar açık değildir. Böyle durumlarda kanun koyucunun düzenleme amacına muhalif olmadan kanunun özünün ortaya çıkarılması gerekir. Kanunun bu özünü ortaya çıkarabilmek adına yapılan faaliyete yorum denir ki bu da hâkimin yargısal etkinliklerinden biridir¹¹⁶. Başka bir ifade ile yorum, kanun metninin anlamının belirlenmesi faaliyetidir¹¹⁷.

Kanun metninin anlamını tespit eden makama göre yorum; yasama yorumu, yargı yorumu ve bilimsel yorum olmak üzere üç şekilde adlandırılır¹¹⁸. Bizim çalışma alanımızı hâkimin davayı çözümlerken yaptığı yorum olan yargı yorumu teşkil ettiği için bundan sonraki aşamada bu yorum türü üzerinden değerlendirmeler yapılmıştır.

2.6.3. Yorum faaliyetinde bulunan hâkimin dikkate alacağı hususlar

Türk Medeni Kanunu m.1/1 fıkrasında belirtildiği üzere kanunun uygulanmasında esas olan, kanunun özüyle ve sözüyle değindiği bütün konularda uygulanmasıdır. Dolayısıyla kanunun sadece lafzına bakarak yorum yapmak hâkim için eksik bir değerlendirme olur. Hâkim, kanunun özünü de dikkate almak suretiyle yorumda bulunmalıdır. Bu sebeple Medeni hukukun anlam bakımından uygulanmasında en fazla öneme sahip olan yorum çeşidi, hâkimlerin yapmış olduğu yorum olan yargısal yorumdur¹¹⁹.

Hâkim yorum yaparken sınırsız değildir; kanunun lafzıyla ve ruhuyla bağlıdır. Hâkimin; *‘adalet ve hakkaniyet böyle gerektiriyor’* ya da *‘ihtiyaçlar hakkı gösteriyor’* şeklindeki sebeplere dayanarak kanunu değiştirme yetkisi olmadığı gibi hâkim kanuna aykırı bir hüküm de veremez¹²⁰. Dolayısıyla hâkim kanun hükmünü yorumlarken öncelikle kanun metninde yer alan kelimelerin dil bilgisini, cümle yapısını yani kanun metninin gramatik özelliklerini dikkate alarak hükmün anlamını

¹¹⁶ İnan, s. 40; Antalya/Topuz, s.283; Edis, s. 185.

¹¹⁷ Detaylı bilgi için bkz. Gedik, Ömer: Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yorum Yöntemleri Açısından İncelenmesi, Doktora Tezi, İstanbul 2013; Kaya, Asım, Amaçsal Yorum, <https://asosindex.com.tr/index.jsp?modul=articles-page&journal-id=329&article-id=14496>, Aktaş, Sururi: Hukukta Yorum Çabaları, <http://easiv.ebyu.edu.tr/xmlui/handle/20.500.12432/2255>, s. 1-33, E.T.: 10.10.2020.

¹¹⁸ Oğuzman/Barlas, s. 66-67.

¹¹⁹ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararlarına Göre Türk Medeni Kanunun Yorumlanması, YD., C. 15, S. 1-4, s. 242 vd.

¹²⁰ Yarg. HGK, 23/02/2005, 10-70/101 (Kazancı): “Yasa koyucunun öngörmediği bir anlam, madde metnine yorum yoluyla dahil edilerek yüklenemez.”.

belirlemelidir¹²¹. Tüm bu çabalar kanunun sözünün ortaya konulması çabasıdır.

Hâkimin lafzi yorumla tespit ettiği anlamın, aynı zamanda kanunun özüne yani ruhuna da uygun olması gerekir¹²². Kanunun ruhu ile özünün anlam itibarıyla bağdaşmaması halinde kanunun ruhuna en uygun olan anlamın tercih edilmesi gerekir¹²³. Buna rağmen yine de kanunun lafzı ile ruhunu yani özü ile sözünü bağdaştırmak mümkün olamıyorsa ve bunlar açıkça çatışıyorsa o zaman ortada bir kanun boşluğunun varlığı kabul edilir ve bu boşluğun da kanunun ruhuna uygun bir şekilde hâkim tarafından doldurulması gerekir¹²⁴.

Esasen TMK m.1, sadece kanunun sözüne bakarak hüküm vermekle yetinmesini hâkime yasaklamıştır¹²⁵. Yani hâkim yorumda bulunurken kanunun lafzından çıkan anlamın, kanun hükümlerinin tümünden çıkan anlamla uyumlu olmasına dikkat etmelidir. Yargıtay da verdiği bir kararında bu hususu şu şekilde ifade etmiştir¹²⁶: *“Kanunun yorumunda, kanunun sözünü esas tutmak ve kanunun sözünden çıkan anlam kanun hükümlerinin tümünden çıkan anlamla çatışma halinde bulunmadığı takdirde, bu anlamı esas almak; böyle bir çatışma bulunması halinde, kanunun tümünden çıkan anlamı yani kanunun ruhundan çıkan sonucu esas tutmak, Medeni Kanunun 1. maddesi hükümlerindendir”*. Dolayısıyla hâkim, herhangi bir maddeyi yorumlarken sadece ilgili maddeyi izole edilmiş bir şekilde yorumlamayıp kanunu bir bütün olarak düşünmeli ve gerekirse o maddeyi bütün hukuk düzeni ile birlikte ele almalıdır¹²⁷.

Bazı durumlarda hâkim kanunun sözünden çıkan anlamı ile özünden çıkan anlamı kontrol etmelidir. Özellikle kanunun lafzından ilk bakışta bir mana çıkarılamadığı, kanunda kullanılan kelimelerin hukuk dilindeki anlamının belirsiz olduğu ya da

¹²¹ Edis, s.193-194; Tekinay, Medeni Hukuk, s. 60-61.

¹²² “...Medeni Kanunumuzun birinci maddesine göre kanunun tefsirinde lafzı kadar ruhu da esas teşkil eder. Her hükmün lafzı, ruhu ile kontrol edilmek gerekir.” Yargıtay’ın 27/06/1955 tarihli 9039 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmış olan Y.İ.B.K. ; T: 09/03/1955, E: 22, K:2.

¹²³ Oğuzman/Barlas, s. 71.

¹²⁴ Oğuzman/Barlas, s. 71; Ayrıca bkz. “Kanun hükmünün mânasını tâyin etmekte ilk esas, metnin meydana geldiği sözlerden çıkan mânadır ve ancak bu şekilde metne verilmesi gereken mânâ, hükmün kanuna konulmasıyla güdülen gayeye aykırı neticeler doğuracak olduğu takdirde , lâfızdan çıkan mânâ yerine , kanunun ruhundan çıkan mânâya göre hüküm verilmesi gerektir ki, bu durum, Medeni Kanunun birinci maddesinde kabul edilen, kanunun lâfzıyla ve ruhiyle temas ettiği bütün meselelere tatbik olunacağı kaidesinin neticelerindendir.”, Yargıtay’ın 22/06/1957 tarihli 9640 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmış olan YİBK., T: 27/03/1957, E: 1, K:3.

¹²⁵ Edis, s. 184-185.

¹²⁶ HGK, T: 05/06/963, E:6/81, K: 40, 1963 Tarihli Ankara Barosu Dergisi, s. 505.

¹²⁷ Öztan, s. 136.

kanundaki bazı maddelerin birbirleriyle çeliştiğinden şüpheleniliyorsa o zaman hâkimin kanunun sözü ile özünü karşılaştırması gerekir¹²⁸. Bunun ötesinde yapılan bir faaliyet boşlukların doldurulması olup yorumlama değildir. Dolayısıyla hâkim yorumla yeni bir kural koyamaz. Yorum faaliyetinde hâkimin yapması gereken şey kanunun gerçek anlamını bulup uygulamaktan ibaret olmalıdır¹²⁹.

2.7. Hâkimin Takdir Yetkisi

2.7.1. Genel açıklamalar

Hukuk kuralları genel ve soyut nitelikteki kurallardır. Hukuku uygulamakla görevli olan yargıcın bu genel ve soyut nitelikli hukuk kurallarını somut olaylara uygulaması gerekir. Hayatın olağan akışında hâkimin karşısına bazı özel durumların çıkması muhtemeldir. Zira hayat dinamik bir yapıdadır ve kanun koyucunun bu dinamik yapı karşısında her türlü detayı önceden tahmin edip bunları kanunla düzenlemesi mümkün değildir. İşte bu sebeplerden ötürü kanun koyucu, hâkimin verdiği kararlarla bu dinamik yapıya ayak uydurmasını amaçlamış ve hâkimlere takdir yetkisi tanımıştır. Takdir yetkisinin tanınmış olmasıyla, hakkaniyete uygun sonuçların meydana getirilerek adaletin sağlanması amaçlanmaktadır¹³⁰.

Takdir yetkisi doktrinde değişik şekillerde tanımlanmıştır¹³¹. Edis'e göre; *“Takdir yetkisi, kanun koyucunun bilerek ve isteyerek, yani bilinçli olarak bıraktığı kural içi (intra legem) boşlukların hukuk kurallarını uygulamakla yükümlü olanlarca, olaylardaki özelliklerle toplumdaki ahlaki düşünceler, hukukun birliği, takdir yetkisini tanıyan kuralın amacı, sosyal adalet gibi hususlar göz önünde tutularak ferdileştirilip doldurulması yetkisidir”*¹³². Ayan'a göre; *“Takdir yetkisi, yasanın genel ve soyut kuralını, özel ve somut olaya uygulamada yargıca tanınmış bulunan*

¹²⁸ Anayasa Mahkemesinin 19/10/1968 tarihli ve 13031 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan 26/27.09.1967 tarih ve E: 339, K: 29 sayılı kararına göre, *“Bir metin okunur okunmaz anlaşılmaz, başka başka anlamlara olanak verecek kadar duraksamalar (tereddütlər) doğuracak nitelikte kapalı ve yanlışlık apaçık ise o zaman yoruma gidilir ve yorum da kanun koyucunun o metni koymasındaki ereklere göre yapılır.”*

¹²⁹ Edis, s. 185.

¹³⁰ Edis, s. 197.

¹³¹ Bkz. Kalabalık, Halil: İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması, <https://www.idealonline.com.tr/IdealOnline/lookAtPublications/paperDetail.xhtml?uId=25282>, E.T. : 20.10.2021.

¹³² Edis, Seyfullah, Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi, s. 172, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42760/516178>, E.T. : 20.10.2021.

ölçümleme ve uyarlama yetkisidir¹³³. Akıntürk/Karaman’a göre ise “*Hâkimin takdir yetkisi, sonuç itibarıyla, kanunun çok genel, soyut ve elastiki mahiyetteki hükümlerini, somut ve özel bir olaya uygun gelecek biçimde uygulama yetkisi demektir*”¹³⁴.

Hâkimin takdir yetkisi Türk Medeni Kanunu 4. maddede düzenlenmiştir. Maddeye göre; “*Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir.*” Dolayısıyla hâkimin takdirine bırakılmış olan hususlarda, hâkimin bu yetkisini hakkaniyete uygun olarak kullanması gerekir¹³⁵. Bu maddede takdir yetkisinin hangi hallerde kullanılacağı ve takdir yetkisinin sınırları belirtilmiştir.

Hâkimin takdir yetkisini kullanması hâkim için bir zorunluluktur. Kanundaki “*hâkim...karar verir.*” şeklindeki ifadede de anlaşılacağı üzere kanun koyucu hâkime bu konuda bir serbestlik tanımamıştır. Aşağıda da ayrıntılarıyla belirtileceği üzere ilgili şartların gerçekleşmesi halinde hâkim, takdir yetkisini kullanmak zorundadır¹³⁶. Takdir yetkisi; şartlarda takdir yetkisi ve hükümde takdir yetkisi olmak üzere iki şekilde karşımıza çıkar¹³⁷. Aşağıda bunlar ayrıntılı bir şekilde açıklanmıştır.

2.7.2. Şartlarda takdir yetkisi

Şartlarda takdir yetkisi, hâkimin herhangi bir hükmü uygularken o hükme ilişkin şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini takdir etmesidir¹³⁸. Bu hususa TMK m. 166/1 hükmü örnek gösterilebilir. Madde; “*Evlilik birliği, ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelden sarsılmış olursa, eşlerden her biri boşanma davası açabilir.*” şeklinde düzenleme altına alınmıştır. Maddeye göre evlilik birliğinin temelden sarsılması bir boşanma sebebidir. Evlilik birliğinin temelden sarsılmasına sebep olan olaylar ise kanunda sayılmamıştır. Dolayısıyla

¹³³ Ayan, s. 70.

¹³⁴ Akıntürk, Turgut/Ateş Karaman: Medeni Hukuk, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Genişletilmiş 14. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2009, s. 142.

¹³⁵ Antalya/Topuz, s. 310; Oğuzman/Barlas, s. 90; Serozan, s. 176.

¹³⁶ Yarg. 4. HD. T. : 04/11/1969, E:969/148, K: 9169, Ankara Barosu Dergisi, S. 4, s. 688: “*Bu durumda hâkime düşen ilk ödev, bir usul hükmü gereği olarak tarafların delillerini en uygun ve yanlışsız şekilde takdir etmek, sonra, sabit sayacağı olayları uyduğu yasa hükmü karşısında, bu sabit olayları değerlendirmek, yani esas hukukuna ilişkin yasa unsurlarına uygunluk derecesini belli edip sonuca varmak ve bu iki hadli uygun takdirin sonucuna göre kararı vermektir. Esas hukukuna ilişkin bulunan (usul hukuku dışındaki) takdir işlemi hâkime Medeni Yasanın 1 ve 4 üncü maddeleri ile verilen bir ödevdir*”.

¹³⁷ Hatemi, s. 99; Antalya/Topuz, s. 312; Dural/Sarı, s. 133; Oğuzman/Barlas, s. 92.

¹³⁸ Antalya/Topuz, s. 312; Dural/Sarı, s. 133, Erlüle, s. 347 vd.

hâkim her somut olaya özgü olacak şekilde eşler arasında evlilik birliğinin sarsılmasına sebep olarak gösterilen olayları değerlendirip bu şartların, evlilik birliğinin sonlandırılması için yeterli olup olmadığı hususunda takdir yetkisini kullanacaktır. Diğer bir ifadeyle, kanundaki hükmün uygulanabilmesi için aranan şartların somut olayda var olup olmadığı hâkim tarafından takdir edilecektir.

Hâkimin şartlar bakımından takdir yetkisini kullanacağı bir diğer örnek de TMK m. 27/1 fıkrasında mevcuttur. Madde; *“Adın değiştirilmesi, ancak haklı sebeplere dayanılarak hâkimden istenebilir.”* şeklinde düzenlenmiştir. Burada da hâkim adın değiştirilebilmesi için haklı bir sebebin varlığını aramak suretiyle şartların gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda takdir yetkisini kullanacaktır.

2.7.3. Hükümde takdir yetkisi

Hâkimin vereceği hükmün, hukuki sonuçları itibariyle takdir yetkisi kapsamında bulunmasına hükümde takdir yetkisi denir¹³⁹. Böyle bir durumda hâkimin takdiri ya hukuki sonucun kapsamına ya da hukuki sonucun niteliğine yönelik olur¹⁴⁰. Hâkimin takdir yetkisinin hukuki sonucun kapsamına yönelik olması durumuna TMK m. 120/1 ve 121 örnek olarak gösterilebilir¹⁴¹. TMK m.120/1. fıkrası *“Nişanlılardan biri haklı bir sebep olmaksızın nişanı bozduğu veya nişan taraflardan birine yükletilebilen bir sebeple bozulduğu takdirde; kusuru olan taraf, diğerine dürüstlük kuralları çerçevesinde ve evlenme amacıyla yaptığı harcamalar ve katlandığı maddî fedakârlıklar karşılığında uygun bir tazminat vermekle yükümlüdür.”* şeklinde düzenlenmiştir. TMK m.121/1 fıkrası da *“Nişanın bozulması yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan manevî tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebilir.”* şeklinde hüküm altına alınmıştır. Her iki kanun maddesinde de nişanın bozulması sonucunda ödenecek olan maddi ve manevi tazminatın miktarının ne olacağı belirtilmemiştir. Her somut olaya uygun olarak tazminatların miktarına hâkim karar verecektir.

Hâkimin, hukuki sonucun niteliğine yönelik olarak takdir yetkisine ise *“Boşanma veya ayrılık”* başlığını taşıyan TMK m.170/1 örnek olarak verilebilir. Maddeye *“Boşanma sebebi ispatlanmış olursa, hâkim boşanmaya veya ayrılığa karar verir.”*

¹³⁹ Antalya/Topuz, s. 312-313; Dural/Sarı, s. 133, Edis, s. 213, Erlüle, s. 347 vd.

¹⁴⁰ Edis, s. 213, Erlüle, s. 347 vd; Antalya/Topuz, s. 313.

¹⁴¹ Dural/Sarı, s. 133, Erlüle, s. 347 vd.

şeklinde düzenlenmiştir. Burada hâkim ya boşanmaya ya da ayrılığa karar vermek suretiyle sonuca yönelik olarak takdir yetkisini kullanacaktır.

2.7.4. Hâkimin takdir yetkisinin sınırları

2.7.4.1. Genel olarak

Takdir yetkisi, beraberinde bir dereceye kadar serbestlik getirir; ancak hâkime tanınmış olan bu serbestlik sınırsız değildir¹⁴². Hukuku uygulamakla görevli olan hâkim takdir yetkisini keyfi olarak değil, görevi gereği hukuka uygun olarak kullanmak zorundadır¹⁴³. Keyfiliğin önüne geçilebilmesi adına takdir yetkisinin sınırlandırılması elzemdir. Bu sebeple hâkime tanınmış olan takdir yetkisi üç bakımdan sınırlandırılmış olup bunlar; kanunun açıkça takdir yetkisi vermiş olması, kanunun çizmiş olduğu sınırların içinde kalınması ve son olarak da hakkaniyete uygun davranma zorunluluğudur¹⁴⁴.

2.7.4.2. Kanunun takdir yetkisini tanımış olması

Takdir yetkisinin söz konusu olduğu durumlarda hâkimin, hukuka ve hakkaniyete göre karar vermesi esastır. Yani kanun metninden veya yoruma muhtaç olan durumlarda kanun metninin yorumundan yola çıkarak açıkça hâkime takdir yetkisinin verildiği anlaşılmadıkça hâkimin, takdir yetkisinin varlığına dayanarak karar vermesi mümkün değildir¹⁴⁵. Zira kanun koyucunun bilerek ve isteyerek bırakmış olduğu kural içi boşlukların doldurulmasında hâkimin takdir yetkisi söz konusu olabilir.

Öte taraftan anlamın açık ve kesin olduğu kanun hükümlerinde hâkimin herhangi bir takdir yetkisi söz konusu değildir. Hâkim söz konusu hükmü aynen uygulamak zorundadır¹⁴⁶. Örneğin; TMK m.11/1'e göre, "*Erginlik on sekiz yaşın doldurulmasıyla başlar.*" kuralını hâkim aynen uygulamak zorundadır. Zira madde hükmü çok açıktır. Dolayısıyla hâkime tanınan bir takdir yetkisi burada söz konusu değildir.

¹⁴² Edis, s. 208; Dinçkol, Hulusi Alphan: İdari Yargıda Hâkimin Takdir Yetkisi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2011, s. 6.

¹⁴³ Akipek/Akıntürk, s. 145; Aral, s. 205; Zevkliler, s. 86.

¹⁴⁴ Edis, s. 208, Hatemi, s. 99; Özsunay, s. 254-255.

¹⁴⁵ Dinçkol, Abdullah: Hâkimin Takdir Yetkisinin Kullanılmasında Hak ve Nisfet, Yargıtay Dergisi, C. 19, S. 3, Y. 1993, s. 216; Edis, s. 208.

¹⁴⁶ Antalya/Topuz, s. 317; Edis, s. 208-209.

Bir hukuk kuralının somut olaya uygulanması durumunda hâkime takdir yetkisinin tanınıp tanınmadığı iki şekilde anlaşılabilir. Bunlardan ilki kanunun bazı durumlarda açık bir şekilde hâkime takdir yetkisini verdiğini belirtmesidir¹⁴⁷. Örneğin; TMK m. 757/2'ye göre; “*Zarar kasten veya ihmal yoluyla verilmemişse ya da zarar görenin de kusuru varsa hâkim, tazminatın gerekip gerekmediğini, gerekiyorsa miktar ve türünü takdir eder.*” Örnekteki kanun hükmünden de açıkça anlaşılacağı üzere hâkim ilgili hükmü takdir edip somut olay ile ilgili bir hüküm tesis edecektir.

Hâkime takdir yetkisinin tanındığının belli olduğu ikinci durum ise kuralların; “*durumun gerekleri*” veya “*haklı sebepler*” ve benzeri terimlerle ifade edilmesidir¹⁴⁸. Buna göre kuralın ifade tarzında yer alan¹⁴⁹ “*kılınabilir*” (TMK m. 12), “*haklı kılınmadıkça*” (TMK m. 24), “*haklı sebepler*” (TMK m. 27/I), “*uygun miktarda bir para*” (TMK m. 121), “*pek önemli bir sebep*” (TMK m. 124/II), “*gerekli önlemler*” (TMK m.183), “*hakkaniyet gerektiriyorsa*” (TBK m. 65) gibi ifadelerin kullanılması hâkime takdir yetkisinin tanınmış olduğunu gösterir. Örneğin; TMK m. 120/1'e göre; “*Nişanın bozulması yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan manevî tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebilir.*” Dolayısıyla böyle bir davada nişanın bozulmasına sebep olarak gösterilen olayın haklı bir sebep olarak kabul edilip edilmeyeceğine karar verip takdir edecek olan kişi hâkimdir.

2.7.4.3. Kanunun çizdiği sınırların içinde kalma

Kanun hâkimin takdir yetkisinin sınırlarını çizmiştir. Hâkimin bu sınırların dışına çıkabilmesi mümkün değildir. Söz konusu bu takdir yetkisi bizatihi kanundan kaynaklandığı için hâkimin, kanunun çizdiği bu sınırların dışına çıkamaması doğal bir sonuçtur. Dolayısıyla hâkimin, bu yetkinin kapsamı, kullanım şekli, amacı gibi hususlar açısından da ilgili kanun maddesine uygun hareket etmesi gerekir¹⁵⁰.

Hâkim kendisine takdir yetkisi tanıyan maddenin konuluş amacına bakarak söz konusu bu yetkinin olay için mi olayın unsurları için mi yoksa hukuki sonuçlar için

¹⁴⁷ Erlüle, s. 347 vd.

¹⁴⁸ Edis, s. 211; Antalya/Topuz, s. 318; Oğuzman/Barlas, s. 90.

¹⁴⁹ Erlüle, s. 347 vd.

¹⁵⁰ Anıl, Yaşar Şahin: Hâkimin Takdir Görevi ve Takdirin Sınırları, Legal Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 72-73.

mi verildiğini tespit etmelidir¹⁵¹. Örneğin; TMK m.170/1’de “Boşanma sebebi ispatlanmış olursa, hâkim boşanmaya veya ayrılığa karar verir.” hükmü yer almaktadır. Bu hükümde hâkimin takdir yetkisi, olayın hukuki sonucunu tayin etmeye yöneliktir¹⁵². Yine TMK m. 349’da yer alan “Velâyete sahip ana veya babanın yeniden evlenmesi, velâyetin kaldırılmasını gerektirmez. Ancak, çocuğun menfaati gerektirdiğinde velâyet sahibi değiştirilebileceği gibi, durum ve koşullara göre velâyet kaldırılarak çocuğa vasi de atanabilir.” hükmü gereğince hâkime tanınan takdir yetkisi, olayın takdirine yöneliktir. Hâkim bu hüküm uyarınca vasi tayini için vuku bulması gereken olayların ne olduğuna takdir edecektir¹⁵³. Hâkimin olayın unsuruna yönelik takdir yetkisine ise TMK m.165 örnek gösterilebilir. Maddeye göre; “Eşlerden biri akıl hastası olup da bu yüzden ortak hayat diğer eş için çekilmez hâle gelirse, hastalığın geçmesine olanak bulunmadığı resmî sağlık kurulu raporuyla tespit edilmek koşuluyla bu eş boşanma davası açabilir.” Dolayısıyla hâkim önüne gelen somut olayda olayın özellikleri, tarafların statüleri, kültür düzeyleri, karakterleri gibi hususları dikkate almak suretiyle birlikte yaşamışın taraflar için çekilmez hale gelip gelmediğine takdir edecektir¹⁵⁴.

2.7.4.4. Hakkaniyete uygun davranma zorunluluğu

TMK m. 4’te ifade edildiği üzere takdir yetkisini kullanan hâkimin, kanunun çizmiş olduğu sınırlara bağlı kalarak “hukuka” ve “hakkaniyete” uygun olarak karar vermesi gerekmektedir. Doktrinde genel olarak bu iki kavram tek başına hakkaniyet olarak ifade edilmektedir¹⁵⁵. Kanunun kendisine vermiş olduğu takdir yetkisini kullanan hâkimin hukuktan ve hakkaniyetten bağımsız bir şekilde karar vermesi düşünülemez. Dolayısıyla hâkimden beklenen şey kişisel duygularından, düşüncelerinden ve önyargılarından sıyrılarak olabildiğince objektif bir şekilde karar vermesidir. Bu şekilde karar vermiş olan bir hâkimin hükmü, toplumun değer

151 Öztan, s. 167; Edis, 212-213.

152 Öztan, s. 167; Edis, 212-213;

153 Çocuğun okutulmak yerine bir matbaada çalıştırılması velayetin kaldırılması hususuna bir sebep teşkil edebileceği ile ilgili Yarg. HGK. E: 1968/2.52, K: 71, T: 07.02.1970, Ankara Barosu Dergisi, Y: 1970, S: 4, s. 634.

154 Evliliğin devamının çekilmez hale gelmesi hususunda hâkimin unsorda takdir yetkisi ile ilgili olarak Yarg. HGK. E:474/D-2, K:36, T: 16.02.1966, Ankara Barosu Dergisi, Y: 1966, S: 2, s. 301.

155 Öztan, s. 167; Edis, s. 216.

yargılarıyla uyumlu olarak adalete hizmet eden bir hüküm olur¹⁵⁶.

Hâkimin takdir yetkisini kullanırken temel kaynak olarak kanuna bağlı kalması esastır; ancak bunun yanında TMK m.1/son fıkrasında ifade edildiği üzere ihtiyaç duyması halinde hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından da yararlanır. Öte taraftan hâkim vermiş olduğu kararlarında kullanmış olduğu takdir yetkisini gerekçelendirmesi gerekir. Buna göre hâkim, takdir yetkisini kullanırken olayda dikkate aldığı özellikleri, bunları değerlendiriş biçimini, dikkate aldığı bu noktalardan hakkaniyete uygun bir sonuca nasıl vardığını ayrıntılı bir şekilde izah etmelidir. Böylece üst mahkemenin denetimi esnasında karar ya onanacak ya da bozulacaktır¹⁵⁷.

2.8. Hâkimin Hukuk Oluşturmasının Diğer Yargısal Etkinliklerden Farkı

2.8.1. Yorumdan farkı

Hukuki yorumda asıl olan bir hukuk kuralının gerçek yani objektif anlamının bulunabilmesidir¹⁵⁸. Yargılama faaliyeti yürüten hâkimin yaptığı şey soyut hukuk kuralını somut olaya uygun bir şekilde uygulayıp hüküm tahsis etmektir. Bu faaliyeti esnasında bazen soyut hukuk kuralı veya kurallarının anlamlarında çeşitli muğlaklıklar veya belirsizlikler olabilir. Bu gibi durumlarda hâkimin yorum faaliyetine başvurması gerekebilir. Hâkim, ilgili kanun maddesini yorumlayıp ondan

¹⁵⁶ Aslan/Şenyüz, s. 75; Zevkliler, Aydın/Havutçu, Ayşe: Medeni Hukuk Temel Bilgiler, Beşinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2005, s. 70.

¹⁵⁷ Hâkimin takdir yetkisini kullanırken nasıl davranması gerektiği hususunda Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun T: 24.10.2001, E: 2001/4-1016, K: 2001/757 sayılı kararında (<https://www.ictihatlar.info/kavram/hakimin-hukuki-sorumlulugu/>) şu tespitler yer almaktadır: "... hakim, önüne gelen olayda, herkese ve bu arada kendisine karşı da uzak durmalı ve kişiler üstü, yansız olmalıdır. Kısacası kişisellikten arınmalıdır. Herkesin yasa önündeki eşitliğini sağlayan yansızlık; yasanın herkes için eşit olmasını sağlayan kişisellikten arınmışlık ilkeleri gereğince yargıcın yazılı hukuku iyi/kötü ayırımı yapmadan nesnel bir mantıkla uygulaması zorunludur. Yargılama ve yargı kararları kişisel görüş, inanç ve duyguların aracı olamaz. (...); hâkimler yasallık ilkesi gereğince Anayasa'ya, yasaya, hukuka uygun düşen kanılarına göre hüküm kurarlar. (...) Hâkim Yasanın üstünde değil içindedir (...). Hâkim yargı kararını inanç ve duygularının aracı olarak kullanmaz ve uygulamakla yükümlü olduğu yasal normlar dışına da çıkamaz. Yargılama sonucunda ulaştıkları kanıtların da kişisel değil hukuksal olması hâkimin kişisellikten arınmış olma ve hukuka uygun davranma yükümlülüğünün doğal bir sonucudur. Bu bağlamda, kararların gerekçeli olması ilkesinin; yargı bağımsızlığının amacı ve bedeli olan yansızlığı kanıtlama olanağı veren ve hâkim onurunu koruyan bir araç olduğu bilinmelidir. O nedenle verdiği karar ne denli doğru (adaletli) olursa olsun; kararın gerekçesinde yansızlığını tartışılır duruma getiren hâkim, öncelikle yargıladığı kişinin insanlık, kişilik hakkı olan adil (doğru ve güvenli) yargılama hakkını çiğnemiş duruma düşebilir. Kuşkusuz hâkim, yasal olduğu kadar ahlaki yükümlülük de olan gerekçelendirme olgusunu gerçekleştirirken yansızlıkla birlikte ve aynı değerde olan kişinin onur ve saygınlığını da korumada yüksek özen gösterilmelidir."; Antalya/Topuz, s. 320-321.

¹⁵⁸ Zevkliler/Havutçu, s. 70; Oğuzman/Barlas, s. 66.

herhangi bir sonuç çıkarması durumunda bu sonucu ile bağlıdır¹⁵⁹. Hâkimin hukuk oluşturmada ise birinci koşul kanunda bir boşluğun olmasıdır. Dolayısıyla kanun boşluğunun var olduğunu tespit etmek aslında bir yorum faaliyetidir. İşte bu nokta hâkimin yorum faaliyeti ile hukuk oluşturma faaliyetinin ana farkını oluşturur. Yani hukuk oluşturmada hâkimin somut olaya uygulayabileceği herhangi bir kanun hükmü yoktur. Yorumda ise somut olaya uygulanabilecek bir kanun hükmü vardır. Hâkim bu hükmü uygulayabilmek için söz konusu hukuk kuralının lafzından, sistematüğinden, amacından ya da tarihçesinden yola çıkarak söz konusu kuralın anlamını bulmaya çalışır¹⁶⁰.

2.8.2. Takdir yetkisinden farkı

Yorum faaliyetinde bulunan hâkim serbest bir değerlendirme yapabilir; ancak takdir yetkisini kullanırken ya da hukuk oluştururken bu serbestliğe sahip değildir¹⁶¹. Hâkimin hukuk oluşturabilmesi için daha önce de ifade edildiği üzere hem kanunda hem de örf ve adet hukukunda söz konusu uyuşmazlık ile ilgili uygulanabilir bir hükmün bulunmaması gerekir. Takdir yetkisinde ise söz konusu uyuşmazlığa uygulanabilecek bir kanun kuralı vardır. Bu hükümde genel hatlar belirlenmiş olup teferruatlı kısımların değerlendirilip uygulanması hâkime bırakılmıştır. TMK m.289 bu hususa bir örnek teşkil eder. Maddeye göre: *“Koca, davayı, doğumu ve baba olmadığını veya ananın gebe kaldığı sırada başka bir erkek ile cinsel ilişkide bulunduğunu öğrendiği tarihten başlayarak bir yıl, içinde açmak zorundadır. Çocuk, ergin olduğu tarihten başlayarak en geç bir yıl içinde dava açmak zorundadır. Gecikme haklı bir sebebe dayanıyorsa, bir yıllık süre bu sebebin ortadan kalktığı tarihte işlemeye başlar.”* Kanun maddesinden de anlaşılacağı üzere haklı sebebin ne olacağına hâkim takdir edecektir. Yani takdir yetkisini kullanmada kanunla bağlı olan hâkimin, takdir yetkisini kullanabilmesi için kural içi bir boşluğun bulunması gerekir. Hukuk oluşturabilmesi için ise kural dışı bir boşluğun olması gerekir¹⁶². Dolayısıyla takdir yetkisini kullanarak bir çözüm bulan hâkimin söz konusu bu çözümü, dayandığı hukuk kuralının sınırları içinde kalması gerekir¹⁶³.

¹⁵⁹ Zevkliler, s. 60; Aral, s. 196.

¹⁶⁰ Dural/Sarı, s. 124-126; Akipek/Akıntürk, s. 120-125.

¹⁶¹ Bülbül, s. 44; Aral, s. 207.

¹⁶² Akipek, s. 137; Hatemi, s. 92; Gözler, s. 359-360.

¹⁶³ Güneş, s. 200.

2.9. Hâkimin Hukuk Kuralı Oluştururken Dikkate Alması Gereken İlkeler

Hâkim, yazılı hukukta ve örf ve âdet hukukunda bir boşluğun olup olmadığını yorum yaparak belirler. Şayet hâkim somut olaya uygulanabilecek herhangi bir kanun hükmü veya örf ve âdet hukuku kuralı bulamazsa o zaman TMK m.1 uyarınca kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir hukuk kuralı oluşturacaksa ona göre karar verir. Dolayısıyla buradan da anlaşılacağı üzere hukuk oluşturan hâkimin gözeteceği ilk husus '*kanun koyucu*' gibi hareket etmektir.

Tüm hukuk düzenini bir bütün olarak düşünürsek hâkimin gözetmesi gereken başka hususların da olduğu açıktır. Zira hukukta her bir parametre bir diğerine bağlı olarak bir yeknesaklık oluşturmak zorundadır. Bu yeknesaklığın bozulmaması için hukuk oluşturan hâkimin de uyması gereken bir takım ilkeler vardır. Bunlar; hukuk düzeni ile bütünleşme ilkesi ve elverişsiz metotlardan kaçınma ilkesidir¹⁶⁴.

2.9.1. Kanun koyucu gibi hareket etme ilkesi

Hâkimin kanun koyucunun yerine kendisini koyarak bir kural tahsis etmesi beraberinde bazı titizliklere riayet etmesini gerektirir. Hâkimin kanun koyucu gibi hareket ederek kural koyması zor bir sanattır. Kanun koyucu bir hukuk kuralı koyarken genel ve soyut nitelikli kurallar koymaya çalışır. Dolayısıyla herkese uygulanabilirliğinden yola çıkarak bu kuralların kişisel olmadığı sonucu ortaya çıkar. Yani kanun koyucu bunun için genellik ve soyutluk hususlarına riayet eder. Kanun koyucu gibi hareket edecek olan hâkimin de bu hususları gözeterek kişisel eğilim ve isteklerinden soyutlanmış bir şekilde bir kural tahsis etmesi gerekir¹⁶⁵.

Kanun koyucu gibi hareket edecek olan hâkimin karşılıklı çıkarları da göz önünde bulundurarak bir kural koyması gerekir. Bunun yanında aynı zamanda toplumun yani kamuoyunun tasvip edeceği makul bir kural olması da aranan bir diğer önemli özelliktir. Zira kanun koyucu da herhangi bir kuralı koymadan önce araştırma yapmak suretiyle koyacağı kuralın muhtemel etkilerini göz önünde bulundurarak bir kural koyar. Hâkimin bu şekilde hareket etmesi gerekir.

Kanun koyucu herhangi bir kuralı koyduktan sonra hukuk mantığının gereği olarak hukuki güvenlik koşulunun sağlandığı kabul edilir. Benzer durum veya olaylar için

¹⁶⁴ Edis, s. 136-142.

¹⁶⁵ Edis, s. 137.

önceden öngörülebilir sonuçların varlığını ortaya koyan hukuki güvenlik kavramı, kişilerin hukuktan emin olmasını sağlar. Dolayısıyla hâkimin koyacağı kuralın da bu minvalde bir kural olup aynı veya benzer nitelikteki olaylara uygulanabilir bir kural olması beklenir¹⁶⁶. Hâkimin koyacağı bu kuralın başka benzer olaylar için bağlayıcı etkisi olmasa da aynı nitelikteki olaylara da uygulanabilir derecede isabetli ve uygulanabilir olması hukuki güvenlik ilkesinin sağlanmasına katkı sağlayacaktır.

2.9.2. Hukuk düzeni ile bütünleşme ilkesi

Kanun koyma yetkisi yasama organı olan Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir. Hukuk kuralı oluşturma yetkisi ise bir yargılama işi olup kanun koyma faaliyetinden farklıdır. Her şeyden önce yasama organı, Anayasa'ya bağlı kalmak şartı ile dilediği şekilde kanun koyma yetkisine sahiptir; ancak hukuk kuralı oluşturma yetkisine sahip olan hâkimin ise böyle bir serbestiyeti ve yetkisi yoktur. Dolayısıyla hâkimin koyduğu hukuk kuralının her şeyden önce yazılı hukuk kuralları ile çelişmemesi gerekir. Anayasa'nın 11. maddesinde de açıkça belirtildiği üzere; “*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.*” Buradan da açıkça anlaşılacağı üzere hâkimin oluşturacağı kural Anayasa'ya aykırı olamaz. Yine Anayasa'nın 13. maddesi “*Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler.*” şeklinde düzenlenerek normlar hiyerarşisine atıfta bulunulmuştur. Dolayısıyla hâkimin bu hiyerarşiye uymayacak şekilde bir kural tahsis etmesi de mümkün değildir.¹⁶⁷

2.9.3. Bazı metotlardan kaçınma ilkesi

Medeni Kanunumuzun birinci maddesi hayatın olağan akışına uygun olarak hukukta boşluk olabileceğini kabul etmiştir. Söz konusu bu boşlukları doldurmakla görevli olan hâkimin kaçınması gereken ilk metot yorum yaparak boşluğu doldurmaya çalışmaktır. Yani hâkimin illa yorum yapmak suretiyle boşluğu doldurmasını Medeni Kanunumuz beklememiştir¹⁶⁸. Hâkimin yapması gereken şey kanun koyucu gibi davranarak bu boşlukları doldurmaktır. Dolayısıyla hâkimin yorum yapmak suretiyle

¹⁶⁶ Edis, s. 137.

¹⁶⁷ Edis, s. 139.

¹⁶⁸ Edis, s. 140.

boşluğu doldurmaya çalışmak elverişli bir yöntem olmayıp hâkimin bundan kaçınması gerekir.

Hâkimin kaçınması gereken ikinci yöntem ise kazuistik yöntemdir. Kazuistik yöntem genel ve soyut kural koyma yönteminin tersi bir yöntemdir. Bu yöntemde somut ve belirli olan durumlara özgü hakkaniyete uygun çözümler getirilir. Sadece o olaya özgü çözümler bulmak kanun koyucu gibi hareket etme prensibine muhalif bir tavidir. Hâlbuki kanun koyucu gibi hareket etmek kanunun emrettiği bir prensiptir. Dolayısıyla hukuk oluşturacak olan hâkimin kazuistik yöneme göre hareket etmesi uygun değildir¹⁶⁹

2.10. Hâkimin Hukuk Oluşturmasının Yolları

Hukuk oluşturma görevi olan hâkimin hangi yöneme başvurmak suretiyle bunu yapabileceği ile ilgili çeşitli görüşler olsa da genel kabul gören görüşler bunların kıyas, genel hukuk ilkeleri ve doğrudan kural koyma yöntemi ile hukuk oluşturma olduğu yönündedir.¹⁷⁰ Bazı yazarlar evleviyet yöntemini de hukuk oluşturma yöntemi olarak ayrı bir başlık altında incelemiştir¹⁷¹. Diğer grup yazarlar ise bunu kıyasın bir alt başlığı olarak ele almıştır¹⁷². Biz de ikinci gruptaki görüşü benimseyerek evleviyet metodunu bu şekilde açıkladık. Aşağıda tüm bu yöntemler ayrıntılı olarak açıklanmıştır.

2.10.1. Kıyas yöntemi ile hukuk oluşturma

2.10.1.1. Kıyasın tanımı ve şartları

Belli bir olay için konulmuş olan bir hukuk kuralının, hakkında herhangi bir kural bulunmayan benzer başka bir olay için de uygulanmasına kıyas denir¹⁷³. Hayatımızın neredeyse her alanında başvurduğumuz bir akıl yürütme faaliyeti olan kıyasın hukuk alanında uygulama alanı oldukça fazladır. Zira hukuk boşluğunu doldurmak zorunda olan hâkimin önündeki mesele için herhangi bir kanun hükmü mevcut değildir. Bu sebeple hâkimin hukuk oluşturmak için başvuracağı yöntemlerin başında, söz konusu

¹⁶⁹ Akyol, Medeni Hukuk, s. 295-296; Edis, s. 140 vd.

¹⁷⁰ Oğuzman/Barlas, s. 116 vd; Antalya, s. 269 vd; Edis, s. 142 vd.

¹⁷¹ Oğuzman/Barlas, s. 116 vd; Antalya, s. 269 vd.

¹⁷² Edis, Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara, 1983, 2. Baskı, s. 135. Demir, Abdullah, Karşılaştırmalı Bir Yaklaşımla Kıyas, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 175, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/213990>, E.T. : 21.03.2022.

¹⁷³ Akyol, Medeni, s. 284; Serozan, s. 151; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, s. 132.

olaya benzerlik gösteren ve hakkında kanun hükmü bulunan bir olaydan yola çıkarak uygulayacağı kıyas yöntemidir.

Hâkimin hukuk boşluğunu doldurmak üzere başvurduğu bir yöntem olan kıyasın, yukarıdaki tanımdan da anlaşılacağı üzere bazı unsurları birlikte taşıması gerekir. Bunlar; kıyaslanan şey, kıyaslanılan şey hakkındaki hüküm, kıyaslanan şey ve illet ortaklığıdır. İlet ortaklığı, hükmün hem konuluş sebebi hem de amacı bakımından kıyaslanılan şey ile kıyaslanan şey arasındaki ortaklık demektir.

Kıyası bir örnek ile açıklayalım: Ölen kişinin terekesinde hiç mal yoksa ve cenaze giderlerini ödemek mümkün değilse böyle bir durumda masraflardan kimin sorumlu olacağı kanunda düzenlenmemiştir. Ancak TMK m. 364'te böyle bir durum ile benzer olan ve bu olaya kıyas edilebilecek bir hüküm vardır. Bu madde; “*Herkes, yardım etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoyu ve altsoyu ile kardeşlerine nafaka vermekle yükümlüdür.*” der. Yani yardım nafakası yükümlüleri aynı zamanda cenaze giderlerine katlanacak kişilerden oluşur. Kişilerin mirastaki sıraları dikkate alınarak bu masraflar karşılanır¹⁷⁴. Böyle bir durumda kıyasın unsurları tam olduğu için bu yönteme başvurulmasında herhangi bir engel yoktur. Ancak kıyas yönteminin doğru bir şekilde kullanılabilmesi için kıyasın bazı şartları birlikte taşıması gerekir. Bu sayede hakkında kanun hükmü bulunmayan olay için uygulanacak olan hükmün hatalı olması engellenmiş olur. Bu şartlar şu şekilde sıralanabilir:

- Hüküm asıl meseleye özel bir hüküm olmamalıdır¹⁷⁵. Yani ilgili normun düzenlenmesi genel bir düzenleme şeklinde olmalıdır. Özel bir kişi veya olayla ilgili olarak konulmuş bir hükmün benzer başka olay veya kişi için de kıyas edilmek suretiyle uygulanması mümkün değildir.
- Asıldaki hüküm istisnai bir hüküm olmamalıdır¹⁷⁶. Yani kanunların ve genel hukuk kurallarının istisnası olan hükümler başka bir şey için kıyas edilip uygulanamaz¹⁷⁷. İstisnalar, genişletici bir şekilde yorumlanarak benzer olan başka durumlar için kullanılamaz; çünkü istisnaya istisna eklenemez.
- Kıyaslanan şey, kıyaslanılan şey için benzer olmalıdır¹⁷⁸. Bu benzerlik her

¹⁷⁴ Oğuzman/Barlas, s. 116-117; Antalya, s. 270-271.

¹⁷⁵ Gözler, s. 329.

¹⁷⁶ Gözler, s. 330.

¹⁷⁷ Deryal, Yahya, Hukukun Temel Kuramları, Derya Kitabevi, Trabzon, 2008, s. 68.

¹⁷⁸ Gözler, s. 328.

yönden tam bir benzerlik hali olmamalıdır. Zira kıyaslanan ile kıyaslanılan şeyin tam benzer olması durumunda kıyasa gerek kalmaz; çünkü ortada uygulanması gereken bir kanun hükmü zaten vardır.

- Birbiri ile kıyas edilecek olan durumların illetleri birbirine eşit olmalıdır¹⁷⁹. Yani ortak hukuki değeri ifade eden illet, kıyasın hem unsuru hem de şartıdır. Esasen kıyasta kilit noktalardan biri illet ortaklığıdır. İlet ortaklığı olmadan meselelerin kıyas edilerek doğru hükme varılabilmesi mümkün değildir.
- Kıyasa konu olan mesele hakkında kanunda bir hüküm olmamalıdır¹⁸⁰. Söz konusu mesele ile ilgili kanunda uygulanabilecek özel veya genel nitelikli bir hükmün varlığı kıyasa mani bir durumdur.
- Kıyaslanılan şeyin hükmünde numerus clausus sayma yapılmamış olmalıdır¹⁸¹. Aslında hükme bağlanan şey sayılmak suretiyle sınırlandırılmışsa sayılmayan şeyler kanun tarafından dışlanmış demektir. Böyle bir durumda kıyas yapılamaz.

2.10.1.2. Kıyasın uygulanması

Pozitif hukukta benzetmenin yapısından dolayı benzetme yoluyla yapılan kıyas ile ulaşılan sonuçlar mutlak olarak doğru kabul edilmez; çünkü mantık ilmine göre sadece tümevarım ve tümdengelim yoluyla elde edilen sonuçlar kesin doğru kabul edildiği için benzetme eksik bir tümevarım yoludur¹⁸². Bu sebeple sonuçları mutlak doğru değildir. Ancak sosyal hayattaki uyumsuzlukların çok çeşitli olması sebebiyle oluşan hukuki boşlukların, hukukçular tarafından doldurulması bir zorunluluktur. Yani hukuk kurallarını yorumlayan hukukçunun benzetme yoluyla kıyas metoduna başvurması kaçınılmazdır. Bu noktada benzetme yoluyla yapılan kıyas ile ulaşılan sonuç kesin doğru olmadığı için hukukçunun çabası ve dikkati çok önemlidir¹⁸³. Dolayısıyla kıyasın uygulama şekilleri bizim için önemlidir.

Hukukumuzda kıyas iki şekilde uygulanmaktadır: İlki somut olaylara kanunların uygulanması ile yapılan kıyas, ikincisi ise hakkında norm bulunmayan konuların,

¹⁷⁹ Demir, s. 168.

¹⁸⁰ Gözler, s. 329.

¹⁸¹ Gözler, s. 333.

¹⁸² Demir, s. 169.

¹⁸³ Metin Sevtap, Hukuk Normunun Yorumu, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2002, s. 251.

hakkında norm bulunanlara benzetilmesi ile yapılan kıyastır¹⁸⁴. Mesela TMK m. 8’de yer alan norma göre herkes hak ehliyetine sahiptir. İşte bu normunun somut olaylara ve kişilere uygulanması ilk kıyasa bir örnektir¹⁸⁵. Hakkında norm bulunmayan konularda yapılan ikinci çeşit kıyas, konumuz açısından önemli olduğu için bunu ayrı bir başlık altında aşağıda inceledik.

2.10.1.3. Hakkında norm bulunmayan konularda yapılan kıyas

Bir konu hakkında herhangi bir normun olmaması durumunda kıyas iki şekilde yapılabilir. Bunlar kanunun bizzat kendisinin hâkime emir vererek kıyas yapılmasını istemesi ve hukuk boşluğu varsa hâkimin kanun koyucu gibi hareket ederek kıyas yapmasıdır¹⁸⁶.

2.10.1.3.1. Kanun tarafından emredilen kıyas

Hukumumuzda bazı konularda kıyas yapılacağı kanunlarımız tarafından emredilmektedir. Bu şekildeki kıyas, çeşitli şekillerde kanunlarımızda yer almaktadır. Mesela bazı kanunlarımızdaki genel hükümlerin söz konusu kanunun kapsamına dâhil olan diğer konulara da uygulanacağı yer alabilir. Böyle bir duruma örnek olarak TMK m. 5 verilebilir: *“Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır”*. Söz konusu maddeye göre kıyas yapmak suretiyle karar vermek hâkim için kanuni bir emirdir. Ancak bu mutlak bir emir değildir. Yani bu emir, her özel hukuk ilişkisinin niteliği dikkate alınarak genel hükümlerin özel hukuk ilişkilerine uygun düştüğü ölçüde uygulanması gereken bir emirdir¹⁸⁷.

Kanunun kıyas yapılmak suretiyle uygulanmasını istediği başka bir duruma örnek olarak TMK m. 714 hükmü örnek gösterilebilir. Maddede, *“Kazandırıcı zamanaşımı sürelerinin hesaplanmasında, kesilmesinde ve durmasında, Borçlar Kanununun zamanaşımına ilişkin hükümleri kıyas yoluyla uygulanır”* hükmü yer almaktadır. Dolayısıyla böyle durumlarda ortada bir hukuk boşluğu olmadığı için hâkimin hukuk oluşturmaya gerek yoktur. Zira kanunun söz konusu olaylar için sunduğu çözümler zaten mevcuttur. Hâkime kalan şey bunları uyumsuzluklara uygulamaktır.

¹⁸⁴ Demir, s. 170.

¹⁸⁵ Demir, s. 170.

¹⁸⁶ Demir, s. 170-171.

¹⁸⁷ Hatemi, Hüseyin, Medeni Hukuk’a Giriş, İstanbul, 1997, s. 69.

2.10.1.3.2. Hukuk boşluğu durumunda yapılan kıyas

Hukuk boşluğunun olması durumunda kıyas yapılarak söz konusu boşluğun hâkim tarafından doldurulacağına dair kanunda bir düzenleme olmasa da hâkimin böyle bir yetkisinin olduğu kabul gören bir anlayıştır¹⁸⁸. Önüne gelen uyuşmazlığın tüm unsurlarını birlikte değerlendiren hâkim, kanunda yer alan bir normun uygulama alanına giren olay ile normun dışında kalan olay arasındaki benzerlikten yararlanarak söz konusu normu somut olaya uygular.

Önüne gelen bir uyuşmazlığı çözmek için herhangi bir kanun maddesi veya örf ve adet hukuku kuralı bulamayan hâkimin, kanun koyucu gibi hareket etmek suretiyle söz konusu uyuşmazlığı çözmesi gerekir. Böyle bir durumda hâkimin başvuracağı metotlardan biri kıyas yani benzetme yolu ile uyuşmazlığı çözmeye çalışmaktır.

2.10.1.3.3. Benzetme yöntemi ile kıyas yapılması

Hukuk boşluğunu doldurmakla görevli olan hâkim, söz konusu boşluğu, benzer olan diğer kanun normlarına benzetme yolu ile kıyas ederek doldurur¹⁸⁹. Bu konuda TMK m. 165 örnek verilebilir. Maddeye göre akıl hastalığı sebebine dayanılarak açılan bir boşanma davasında bilirkişi raporunun alınması gerekir. İşte bu madde hükmünden yola çıkarak akıl hastalığı sebebiyle evlenmenin geçersiz sayılacağına ilişkin davalarda da bilirkişi raporunun alınması benzetme yoluyla yapılan kıyasa bir örnektir¹⁹⁰.

Benzetme yöntemi ile yapılan kıyasa başka bir örnek olarak TMK m. 449 verilebilir. Söz konusu madde uyarınca vasiler için vesayet altında bulunan kişiler adına kefil olmak, vakıf kurmak ve önemli bağışlarda bulunmak yasaktır. Bu madde hükmünün aynı konular için veliler hakkında da kıyasen uygulanması yine benzetme yoluyla yapılan kıyastır¹⁹¹.

2.10.1.3.4. Evleviyet yöntemi ile yapılan kıyas

Bütün bir şey için doğru olanın parçalar için de doğru olacağı ya da çoğun içinde azın da olacağı veya daha önemli olan bir durum için kabul edilen bir fikrin daha az

¹⁸⁸ Deryal, s. 67; Bilge, Necip, Hukuk Başlangıcı, Ankara, 1994, 8. Baskı, s. 198.

¹⁸⁹ Demir, s. 175.

¹⁹⁰ Deryal, s. 67.

¹⁹¹ Akıntürk, Turgut, Medeni Hukuk, İstanbul, 2008, 13. Bası, s. 74.

önemli olan başka bir durum için de uygulanacağı düşüncelerinin temelini oluşturan kavrama evleviyet (öncelik) denir¹⁹². Örneğin; çimlere basmak yasak ise onlara oturmak da yasaktır. Ya da birini yaralamak yasak ise onu öldürmek de yasaktır.

Evleviyet, hukuk boşluğunu doldurmakla görevli olan hâkimin başvurduğu aslında hukuki bir akıl yürütme faaliyetidir. Bu yönüyle evleviyet metodu ile yapılan yorum aslında kıyasın bir türüdür¹⁹³. Evleviyet yolu ile yapılan kıyasta, hâkimin önüne gelen ve hakkında hem kanunda hem de örf ve adet hukukunda herhangi bir hüküm bulunmayan hukuki bir uyuşmazlık için belirli olaylara uygulanabilen başka bir normun uygulanması mümkün olmaktadır¹⁹⁴. Mesela, bir kişinin ihmali bir davranışı ile başkasına zarar vermesi neticesinde o kişinin sorumlu olacağı hususu bir norm ile düzenlenmişse kusurlu davranışı ile başkasına zarar veren kişinin de sorumlu olması evleviyet gereğidir¹⁹⁵.

Yukarıda bahsettiğimiz evleviyet yöntemi ile kıyasın hukuk oluşturmak noktasında uygulanabilirliği her durumda mümkün ve doğru olmaz. Kanun koyucu bazı hallerde bilerek susmuş olabilir. Bu şekilde susarak aslında menfi bir çözüm sunduğu için bu gibi durumlarda kıyas uygulanmaz. Zira evleviyet yani önceliğin söz konusu olduğu bazı durumlarda da evleviyet yöntemi ile kıyas uygulanmaz. Örneğin TMK m.129 aralarında evlenme engeli olan kişileri saymak suretiyle belirtmiştir; ancak nişanlanma ile ilgili herhangi bir hüküm getirmemiştir. Böyle bir durumda bir boşluktan bahsedilemez. Zira evlenmeleri yasak olan kişilerin birbirleri ile nişanlanmaları evleviyet kuralı gereği zaten mümkün değildir. Bu hususla ilgili olarak ek bir düzenlemeye ihtiyaç yoktur¹⁹⁶.

2.10.1.4. Kıyas yapılmasının yasak olduğu konular

Hukuk boşluğu olan durumlarda hâkimin hukuk oluşturması zorunlu bir durumdur. Bu görevini yapan hâkimin başvurduğu yöntemlerden biri olan kıyas, hukukun her alanında uygulanamaz. Zira hukukumuzun bazı alanlarında kıyas yasağı söz konusudur. Bu yasak alanlardan biri ceza hukukudur. Ceza hukukunda çok temel bir ilke olan suç ve cezada kanunilik ilkesi gereğince kanunla belirlenmediği sürece

¹⁹² Bilge, Necip, Hukuk Başlangıcı, Hukukun Temel Kavram ve Kurumları, Turhan Kitabevi, 20. Baskı, Ankara, 2005, s. 181.

¹⁹³ Edis, Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara, 1983, 2. Baskı, s. 135.

¹⁹⁴ Demir, s. 175.

¹⁹⁵ Hatemi, Hüseyin: Medeni Hukuka Giriş, İstanbul, 1997, s. 71.

¹⁹⁶ Serozan, s. 154; Öztan, s. 157, Antalya, s. 271.

kıyas yoluyla yeni bir suç veya ceza oluşturulamaz¹⁹⁷.

Kıyas yasağının söz konusu olduğu ikinci alan vergi hukukudur. Kanunilik ilkesinin bir gereği olarak idare ya da yargı organları hiçbir şekilde kanunla düzenlenmemiş bir vergiyi kıyas metodunu kullanmak suretiyle alamaz. Dolayısıyla hâkim hukuk boşluğu olduğu gerekçesi ile böyle bir alanda kıyas yapamaz.

2.10.2. Hukukun genel ilkeleri ile hukuk oluşturma

Hâkimin hukuk boşluğunu doldurmasının yollarından biri de hukukun genel ilkelerini kullanarak hukuk oluşturmaktır. TMK'da hukukun genel ilkelerinin ne olduğu konusunda açık bir ifade olmasa da bu ilkeleri, *“Medeni uluslarca benimsenmiş, adaleti sağlamayı amaçlayan, somut ilişkileri bütüncül bir yaklaşımla düzenleyerek birçok özel norma temel oluşturan, soyut, genel, evrensel ve üstün nitelikteki yazılı veya yazılı olmayan hukuk kuraları”*¹⁹⁸ şeklinde tanımlamak mümkündür. TMK 1. ve 4. maddede yer alan yargı kararları, hukuk ve hakkaniyet ifadelerinden yola çıkarak kanun oluşturmak için hâkimin hukukun genel ilkelerine başvurabileceği sonucu çıkar¹⁹⁹. Hâkimin bunu yapabilmesi için hukukun özüne ve ruhuna hâkim bir vaziyette olması gerekir. Zira hukukun genel ruhuna ve özüne hâkim olmadan oluşturulacak kural ile diğer hukuk kuralları arasında çatışma çıkar ki bu da hukuki güvenlik ilkesini zedeleyen bir sorun olarak karşımıza çıkar²⁰⁰.

Hukuki özdeyişler, tümevarım yoluyla elde edilen ilkeler ile siyasi rejimden kaynaklı ilkelerden yola çıkılarak hukukun genel ilkeleri hâkim tarafından işletilir ve boşluk doldurulur. Aslında genel hukuk ilkelerini kullanmak suretiyle hukuk oluşturan hâkim, büyük önerme olan hukukun genel ilkesini, küçük önerme olan somut olaya uygulayarak tümünden gelim yöntemi ile kıyas yapmaktadır²⁰¹.

Hukukta kullanılan genel hukuk ilkelerine örnek olarak şunlar gösterilebilir²⁰²:

- Geçersiz olan geçerli olanı sakatlamaz. (Utile per inutile non vitiatur)
- Susma muvafakat sayılır. (Qui tacet consentire videtur)

¹⁹⁷ Bilge, s. 199.

¹⁹⁸ Güneş, Ahmet M., Hukuk Metodolojisi, Ekin Yayınevi, 2. Baskı, İstanbul, 2017, s. 194.

¹⁹⁹ Ayan, s. 63.

²⁰⁰ Öztan, s. 158-159; Antalya, s. 271.

²⁰¹ Edis, 1993, s. 133-136.

²⁰² Edis, 1993, s. 133-134; Mecelle hükümleri için bakınız: Kurban, Yasin, Mecelle ve Günümüz Hukuku, Erzurum Kültür Eğitim Kitap ve Kirtasiye, Erzurum, 2019, s. 39-57.

- Şekk ile yakın zail olmaz.
- Sıfat-ı arızada asl olan ademdir.
- Bir zamanda sabit olan şeyin hilafına delil olmadıkça bekasıyla hükmolunur.
- Zarar ve mukabele bi'z-zarar yoktur.
- Özel kural, genel kuralı geçersiz kılar. (Lex specialis derogat generali)
- Bir haktan doğumundan önce feragat edilmez.
- Kimse kendi ayıbını ileri sürüp hak elde edemez. (Nemo auditur terptudinem suam allegans)

Hukukun genel ilkelerinden bazıları, daha özel olan bir hukuki normdan daha genel bir ilke elde etmek üzere, hukuki uyuşmazlığın konusu olan olaydan oldukça farklı bir kuraldan faydalanılarak tümevarım yöntemleriyle kıyas yapılmak suretiyle elde edilir²⁰³. Örneğin; “Üçüncü kişileri tehlike altında bulunduran kimse, zarar doğmasını engellemek için şartların gerektiği özeni gösterme ve tedbirleri almakla yükümlüdür.” şeklindeki hukuki genel ilkeye, TBK m. 417/2 fıkrasındaki “İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür.” hükmünden ulaşılmıştır²⁰⁴. Sonuç olarak genel terimlerle ifade edilen ve içeriği hâkim tarafından doldurularak hukuki uyuşmazlıklara uygulanan bu ilkeler, hukuk boşluğunu doldurmanın yollarından biridir²⁰⁵.

2.10.3. Doğrudan hukuk oluşturma

Hâkimin kıyas yolu ile veya hukukun genel ilkelerine başvurmak suretiyle boşluğu doldurması her zaman için mümkün olmayabilir. Böyle bir durumda hâkimin başvuracağı son yöntem, sıfırdan orijinal bir kural koymaktır. Somut uyuşmazlığa uyan bir kuralın olmaması hâkimin o uyuşmazlığı çözmekten kaçınmasını gerektirmez. Hâkim kanun koyucu gibi davranarak o uyuşmazlığı çözmeye yönelik doğrudan bir hukuk kuralını ortaya koyar. Bu şekilde hukuk boşluğunu dolduran

²⁰³ Güneş, s. 357; Edis, s. 134.

²⁰⁴ Edis, s. 134.

²⁰⁵ Edis, s. 134.

hâkimin koyacağı kuralın genel, soyut, objektif, şahsi görüş ve düşüncelerden uzak, hâlihazırda olan hukuk kuralları ile çelişip çatışmayan, tam tersine bunlara uyum sağlayan, hukukun genel ilkeleri ile uyumlu, toplumun genel ahlak ve adalet düşüncesine ters düşmeyecek nitelikte ve kalitede olması gerekir²⁰⁶.

2.11. Hâkimin Hukuk Oluştururken Başvuracağı Yardımcı Araçlar

Hukuki boşluk durumunda kanun koyucu gibi davranmak suretiyle hukuk meydana getirmek zorunda olan hâkim, Medeni Kanun tarafından belirtilmiş olan yardımcı araçlardan faydalanmalıdır. TMK m. 1/3 fıkrasına göre “*Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır*”. Kanun maddesinde de belirtildiği üzere hâkim, bilimsel görüşler (doktrin) ve mahkeme kararlarından yararlanmalıdır.

2.11.1. Bilimsel görüşler

Hâkimin başvuracağı bilimsel kaynakların öncelikle hukukla ilgili olan bilimsel kaynaklar olması gerekir. Hukukçuların kendi eserlerinde belirtmiş olduğu hukuka ilişkin görüşleri, hukuk meydana getirecek olan hâkim için yardımcı kaynakların başında gelir. Bu sayede hâkim, kanun koyucu gibi hareket ederek genel, soyut, amaca uygun kararlar verip hukuk boşluğunu doldurmuş olur. Bunları gerçekleştirmek için hâkimin hukuk tarihi, hukuk felsefesi, hukuk sosyolojisi ve pozitif hukuka ilişkin olan şerhler, monografiler, makaleler, sistematik eserler, kitap ve karar değerlendirmeleri gibi bilimsel eserlerden faydalanması gerekir²⁰⁷.

Türk Medeni Kanunu, İsviçre Medeni Kanunu’ndan alındığı için hâkim, bu hukukun doktrininden de faydalanabilir. Zira bu husus 28.11.1945 tarih ve 13/15 Esas ve Karar sayılı Yargıtay’ın vermiş olduğu İçtihadı Birleştirme Kararında da belirtilmiştir²⁰⁸. Burada dikkat edilmesi gereken husus, boşluğu doldurmak için bilimsel görüşlere başvuran hâkimin, bunu gerekçelendirmesi gerektiğidir²⁰⁹.

2.11.2. Yargı kararları

Hukuk boşluğunu dolduran hâkimin mahkeme kararlarından da faydalanması

²⁰⁶ Antalya, s. 272; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, s. 135.

²⁰⁷ Tekinay, s. 78-88; Dural/Sarı, s. 144.

²⁰⁸ İlgili kararın tam metnine buradan ulaşılabilir: <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/6365.pdf>, E.T.: 15.04.2022.

²⁰⁹ Dural/Sarı, s. 145.

mümkündür. Yani hâkim üst derece ya da alt derece mahkeme kararlarını hukuk oluştururken kullanabilir. Hâkimin önüne gelen olay davalarından olan mesela boşanma davası gibi davalarda, hâkimin verdiği kararlar olayı çözmeye yönelik kararlar olup boşluk dolduran kararlar değildir²¹⁰. Ancak prensip davalarında verilen kararlar, bir boşluğun nasıl doldurulması gerektiği ile ilgili prensipler içerdiği için hâkimin bundan faydalanması mümkündür²¹¹. Bu prensip kararları veren mahkemelerden biri olan Yargıtay Genel Kurul kararları hâkimler için bağlayıcı olmasa da hâkimler bunlardan yararlanabilir; ancak bu kararlarda belirtilenin aksine karar veren bir hâkimin bunu gerekçelendirip açıklaması gerekir²¹². Prensip kararlarından olan Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları ise hâkimleri bağlayan kararlardır.

Kanun maddesinde geçen öğreti ve yargı kararları teknik anlamda bir hukuk kaynağı değildir; çünkü uyuşmazlıkların çözümüne karar veren hâkimlerin bu kaynaklara başvurmaları zorunlu değildir. Dolayısıyla herhangi bir mahkeme kararında ya da doktrinde bir boşluğun nasıl doldurulacağı ile ilgili bir çözümün hâkimler için bağlayıcılığı yoktur. Hâkim vereceği kararında yepyeni bir kural oluşturabilir. Burada önemli olan bir husus var ki o da daha önce boşluğu dolduran bir kural olmasına rağmen bunu tercih etmeyen hâkimin, bu kararının gerekçesini belirtmesi gerektiğidir²¹³

2.12. Hâkimin Oluşturduğu Hukuk Kurallarının Niteliği

2.12.1. Kanun hükmü niteliğinde olmaması

Hukukumuzda göre kanun koyma yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisine aittir. Dolayısıyla hâkimin oluşturduğu kural ile yasama organının oluşturduğu kural arasında hem usul hem de esas bakımından bazı farklılıklar vardır²¹⁴. Her şeyden önce kanunların nasıl çıkarılacağı hususu Anayasamızda düzenleme altına alınmıştır ve bu usul yöntemi hâkimin oluşturduğu hukuk kuralından farklı bir usule tabidir (Anayasa m. 7, 8, 9, 75 vd.). Hâkimin oluşturduğu hukuk kuralı her ne kadar

²¹⁰ Dural/Sarı, s. 145.

²¹¹ Dural/Sarı, s. 145-146.

²¹² Dural/Sarı, s. 146.

²¹³ Tekinay, s. 78.

²¹⁴ Öztan, s. 160; Edis, s. 152; Antalya, s. 272-273.

hukukun kaynakları arasında yer alsa da bir kanun niteliği taşımaz²¹⁵. Bu sebeple hâkimin oluşturduğu kural ne başka olaylar için ne o kararı veren hâkim için ne de başka mahkemeler için bağlayıcı bir özelliğe sahiptir²¹⁶. Bir hukuk kuralının benzer olaylarda uygulanması zorunlu iken hâkimin oluşturduğu bu kuralın benzer olaylarda uygulanma zorunluluğu yoktur. Bunun istisnasını ise Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları (Yargıtay Kanunu m.35) oluşturur. Bu kararlar değiştirilinceye kadar Yargıtay dâhil tüm mahkemeler için bağlayıcıdır²¹⁷.

Kanunların bir diğer özelliği ise geleceğe dönük olmalarıdır. Nitekim bir kanunun, yürürlüğe girmesinden itibaren kapsamına giren tüm hukuki iş ve eylemlere uygulanması prensibi esastır. Hâkimin oluşturduğu kural ise bitmiş ve dolayısıyla hâkimin önüne bir uyuşmazlık olarak gelmiş bir olaya uygulanır. Bu açıdan da aralarında önemli bir fark vardır.

2.12.2. Kuvvetler ayrılığı ilkesine muhalif olmaması

Hâkim hukuk oluşturma görevini bizzat TMK m.1 hükmünden alır. Hâkime bu yetkiyi kanun koyucu olan yasama organı vermiştir. Ayrıca Anayasanın 138. maddesinin birinci fıkrasında “*Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanı kanaatlerine göre hüküm verirler*” şeklindeki ifade ile hâkimin, gerekirse hukuk oluşturabileceği hüküm altına alınmıştır.

Yine Anayasanın 36. maddesinin ikinci fıkrasındaki “ *Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz.*” hüküm gereği hâkim, hukuki boşluğun olduğu bir durumda bu boşluğu doldurmak zorundadır. Böyle bir davaya bakmaktan imtina edemez. Tüm bunlar dikkate alındığında hâkimin hukuk oluşturmalarının kuvvetler ayrılığı ilkesine muhalif düşmediği anlaşılmaktadır²¹⁸.

2.12.3. Benzer durumlar için bağlayıcılığının olmaması

TMK m. 1’e dayanarak herhangi bir kural koymuş olan hâkimin bu kuraldan ayrılması her zaman için mümkündür. Ancak bunu yaparken benzer başka bir olay

²¹⁵ Edis, s. 152; Antalya, s. 272-273.

²¹⁶ Oğuzman/Barlas, s. 119; Öztan, s. 160.

²¹⁷ Oğuzman/Barlas, s. 119; Antalya, s. 273-274.

²¹⁸ Öztan, s. 160; Edis, s. 152-153.

için neden bu kuraldan vazgeçtiğini hâkim, gerekçeli olarak açıklamak zorundadır²¹⁹. Zira bu husus hukuki güvenlik ilkesinin bir gereğidir.

Daha önce de ifade edildiği üzere hâkimin oluşturduğu kural kendisini veya başka bir hâkimi bağlayıcı bir etkiye sahip değildir. Bunun tek istisnasını ise Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları oluşturur. Bu kararlar usulüne göre değiştirilmediği ya da başka bir sebep ile ortadan kalkmadığı sürece hem ilk derece mahkemelerini hem de üst yargı organlarını bağlayıcı etkiye sahiptir²²⁰.

2.12.4. Üst yargı denetimine tabi olması

Yasama organının çıkarmış olduğu her kanun hem soyut hem de somut norm denetimine tabi tutulabilir. Bu denetimi yapmakla görevli olan mahkeme ise Anayasa Mahkemesi'dir. Mahkeme bu denetimi Anayasa'ya uygunluk bağlamında yapar. Hâkimin oluşturduğu hukuk teknik anlamda bir kanun olmadığı için bu şekilde bir soyut veya somut norm denetimi ile Anayasa Mahkemesinin denetimine tabi değildir. Ancak bu durum hâkimin oluşturduğu kuralın hiçbir denetime tabi olmadığı anlamına gelmez. Bu kuralların denetimini üst yargı organı olan Yargıtay yapar. Bu denetim esnasında mahkeme, hâkimin hukuk oluşturmaları için gerekli şartların oluşup oluşmadığını ve bunu yaparken hâkimin hukukun genel ilkelerine bağlı kalıp kalmadığını hususlarını inceleme konusu yapar²²¹.

²¹⁹ Edis, s. 153.

²²⁰ Edis, s. 153-154; Öztan, s. 160; Oğuzman/Barlas, s. 119; Antalya, s. 273-274.

²²¹ Antalya, s. 274.

3. HUKUK BOŞLUĞUNUN DOLDURULMASININ İSLAM HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

3.1. Genel Olarak

İslam hukuku tabiri, günümüzde fıkıh terimi yerine kullanılan; ancak fıkıhtan farklı olarak ibadet ile ilgili konularla ilgilenmeyip daha ziyade muamelat ve ukubat yani bireylerin birbirleri ile bireylerin devletler ile ve devletlerin devletlerle olan ilişkilerini düzenleyen ve dinin hukuk boyutunu oluşturan kısımdır²²². Fıkıh ise sözlük anlamı itibariyle “bir şeyi bilmek, iyi ve tam anlamak, derinlemesine kavramak” tır²²³. Hukukçuların tafsili delillerden hüküm çıkarma faaliyetinin bütünü ise fikhin terim anlamının konusudur²²⁴.

İmamı Azam Ebu Hanife fikhin tanımını yaparken Bakara Suresinin 286. ayetinden yararlanmıştı. Ayette; “Allah hiçbir kimseyi, gücünün yetmediği bir şeyle yükümlü kılmaz; lehinde olanı da kendi kazandığıdır, aleyhinde olanı da kendi kazandığıdır.” buyrulmuştur. Buradan yola çıkan Ebu Hanife fikhı, “Kişinin lehine ve aleyhine olan şeyleri bilmesidir.” şeklinde tanımlamıştır²²⁵. Şafîî ilim çevreleri ise fikhı; “Şer’i-ameli hükümleri özel delillerden çıkararak bilmektir.” şeklinde tanımlarlar. Bu kısa girizgâhtan sonra günümüzde daha ziyade akademik çevreler tarafından fıkıh terimi yerine kullanılan İslam Hukuku’nun genel özelliklerinden kısaca bahsetmemizin faydalı olacağı kanaatindeyiz. Zira İslam Hukuku’ndaki boşluk kavramı pozitif hukuklardaki boşluk kavramından biraz farklıdır. Bu farklılığın anlaşılabilmesi konumuzun temelini oluşturan içtihat hususunun da daha iyi anlaşılmasına zemin hazırlayacaktır.

3.2. İslam Hukukunun Genel Özellikleri

İslam hukukunun genel özellikleri değişik tasnifler temel alınarak çeşitli şekillerde sınıflandırılmıştır²²⁶. Biz bu çalışmada birden fazla yazarın sınıflandırmasını harmanlayarak genel bir bütünlük içerisinde İslam hukukunun özelliklerini ortaya

²²² Köse, Saffet: İslam Hukukuna Giriş, Hikmetevi Yayınları, 14. Bası, İstanbul, s. 25.

²²³ Karaman, Hayrettin: Fıkıh, TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/fikih#1>, E.T. :19.12.2021.

²²⁴ Şaban, Zekiyüddin: İslam Hukuk İlminin Esasları (Usulü’l-Fıkıh), trc. İbrahim Kafi Dönmez, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara, s. 31.

²²⁵ Köse, s. 23.

²²⁶ Avcı, Mustafa: Türk Hukuk Tarihi Dersleri, 4. Bası, Mimoza Yayınları, Konya, 2014, s. 73; Cin, Halil/Akyılmaz, Gül: Türk Hukuk Tarihi, 4. Bası, Konya 2011, s. 49-50; Köse, s. 26-65.

koymaya çalıştık.

İslam hukukunun en belirgin özelliğinin başında onun vahiy kaynaklı oluşu gelir. Bu bağlamda İslam hukukunun en temel iki kaynağı Kur'an-ı Kerim ve Hz. Peygamberin Sünneti'dir. Dini literatürde bu iki kaynak *nas* şeklinde adlandırılır. Dolayısıyla söz konusu bu iki kaynaktan bir hüküm bulunduğu zaman buna uymak gerekir. Kur'a-ı Kerim bu yöndeki itaati emreder²²⁷. Nasta herhangi bir hüküm bulunmadığı durumlarda ise nasıl hareket edilmesi gerektiği ile ilgili Hz. Peygamber ile Muaz b. Cebel arasında geçen şu diyalog yol gösterici mahiyettedir: Hz. Peygamber'in kendisine bir uyuşmazlık getirildiğinde neye göre hüküm vereceksin şeklindeki sorusuna Muaz önce Allah'ın kitabındakine göre, burada açık bir hüküm bulamaması neticesinde Rasulullah'ın Sünnetine müracaat edeceğini, şayet burada da açık bir hüküm bulamazsa o zaman re'yi ile karar vereceğini ve uyuşmazlığı sürüncemede bırakmayacağını ifade etmiştir. Bunun üzerine Hz. Peygamber de Allah'a hamd ederek memnun olmuştur²²⁸. Bu diyalogdan da anlaşılacağı üzere İslam hukukunun ilahi kaynaklı oluşu vurgulanırken aynı zamanda insanın çabası da önemslenerek uyuşmazlığın çözülmesi için çaba göstermenin yani içtihat etmenin önemi de vurgulanmıştır.

Ahlakın oluşmasında din çok önemli bir konuma ve etkiye sahiptir. Dine göre hukuki nitelik arz eden kuralların ihlal edilmesi aynı zamanda Allah hakkının da ihlal edilmesi demektir. Bu sebeple hem hukuki hem de ahlaki olan kurallar din tarafından manevi müeyyideye tabidir. Dolayısıyla bu üç alan da aslında normatif düzeni birlikte sağlama etkisine sahiptir²²⁹.

Her hukuk sisteminde olduğu gibi İslam hukukunda da hukuk en nihayetinde vicdana dayanır. Bu nispette de güç kazanır. Vicdanın da dayandığı iki temel nokta vardır ki bunlar din ve ahlaktır²³⁰. Hukuk toplumsal adaleti sağlamada en iç taraftaki çemberi oluşturur. Hukuku çevreleyen çember de ahlaktır. Bunların ikisini de külli manada çevreleyip saran halka ise dindir. Dolayısıyla din ve ahlaktan soyutlanmış bir hukuk

²²⁷ Bu tezde Türkçe tercümesi verilen ayetler, Diyanet İşleri Başkanlığı'nın Kur'an-ı Kerim Tefsir sayfasından online olarak alınmıştır. İlgili sayfaya şu adresten ulaşılabilir: <https://kuran.diyanet.gov.tr/Tefsir/>, Ahzab, 36: "Allah ve resulü herhangi bir konuda hüküm verdiklerinde artık mümin bir erkek veya kadın için işlerinde tercih hakları yoktur. Allah'ın ve resulünün emrine itaat etmeyenler doğru yoldan açıkça sapmışlardır."

²²⁸ Ebu Davud, Akdiye, 11; Tirmizi, Ahkam, 3.

²²⁹ Köse, s. 48.

²³⁰ Gür, A. Refik: Hukuk Devleti, İstanbul 1958, s. 7.

sistemi şekilcilikten öteye gidemez. Böyle bir yapının da adaleti sağladığı düşünülemez.

Dini kaynaklı olmayan hukuk sistemlerinde tek yönlü bir müeyyide olan maddi müeyyide söz konusudur. İslam hukuku ise vahiy kaynaklı bir hukuk sistemi olduğu için hem dünyevi hem de uhrevi müeyyideye sahiptir. Yani çift taraflı bir mekanizmaya sahiptir.

Bir haksızlığın vuku bulduğuna inanan kişiler bu haksızlığın ortadan kaldırılması için hukuka yani mahkemelere müracaat ederler. Beşeri hukuk sistemlerinde haksızlığın son bulması için haksızlığın varlığının ispatlanması gerekir. İslam hukukunun da dünyaya ait olan meseleler ile ilgili tavrı aynı yöndedir. Ancak bu haksızlığın ispatlanmadığı sürece karşılıksız kalacağı anlamına gelmez. Haklar çok küçük bile olsa muhakkak ahiretteki büyük mahkemede sahiplerine teslim edilecektir²³¹. Dolayısıyla böyle uhrevi bir müeyyide, İslam hukukuna özgü olup kıymetli ve işlevsel bir yapıdadır.

Ana kaynakları Kur'an ve Sünnet olan İslam hukuku, müçtehitlerin ciddi katkılarıyla daha da gelişmiştir. Din ve hayat sürekli bir etkileşim içindedir. Dolayısıyla bu etkileşimi geliştiren ve bağlantıyı kuran ilim de fıkıhtır²³². Bu bağlantı ise devlet memuru olmayan ve müçtehit olarak adlandırdığımız hukukçu kişiler tarafından içtihat metodu kullanılarak sağlanmıştır. Bu kişiler naslardan hüküm çıkarma yetkisi ve bilgisi olan kişilerdir. Bu özelliğinden dolayı İslam hukukunun, hukukçular hukuku olduğu da bazı yazarlar tarafından dile getirilmiştir²³³.

İslam hukuku kazuistik yani meseleci bir tarzda gelişme göstermiş ve göstermektedir. Karşılaşılan problemlere karşı İslam hukukçuları çeşitli çözümler getirerek İslam hukukunun gelişmesine katkıda bulunmuşlardır. İslamiyet'in farklı coğrafyalarda değişik kültürlere sahip insanlar arasında yayılması neticesinde yeni ve çok çeşitli problemler ortaya çıkmıştır. Bunların çözümüne yönelik geliştirilen yöntemler İslam hukukuna da katkı sağlamıştır. Her bir meseleye karşı geliştirilen hükümler zamanla artmış ve hükümler sınıflandırmaya tabi tutulmak suretiyle genel ilkeler

²³¹ Zilzal, 8: "Kim zerre miktarı hayır yapmışsa onu (karşılığını) görür. Kim de zerre miktarı şer işlemişse onu (karşılığını) görür." Mutaaffin, 4-6: "Onlar, o büyük gün için -insanların âlemlerin rabbinin huzuruna çıkacakları gün için- diriltileceklerini akıllarına getirmiyorlar mı?"

²³² Köse, s. 64.

²³³ Avcı, s. 75; Cin/Akyılmaz, s. 50.

belirlenmiştir²³⁴.

İslam dini son dindir ve kıyamete kadar da varlığını sürdürecektir²³⁵. İslam, tüm insanlığa gelmiş bir dindir ve hükümleri de sürekli; çünkü tüm insanlığa hitap etmek üzere hükümler ihtiva etmektedir. Dolayısıyla dinin hükümlerinin de yer, zaman ve kişi kısıtlaması olmaksızın evrensel olduğu açıktır. Bu sebeple siyasi otoritelerden veya gelişmelerden bağımsız olarak varlığını sürdürmeye devam etmektedir²³⁶.

İslam hukukunun evrensel ve süreklilik gösteren özelliğinden olsa gerek kanun koyucu her mesele ile ilgili ayrıntılı hükümler getirmemiştir. Yani gelişim ve devamlılığın sağlanmasına katkı sağlamak için kanun koyucu bazı yerlerde boşluklar bırakmıştır. Bu boşluklarda hukukçulara, naslara muhalif olmayarak genel ilkelere riayet edecek şekilde insanların maslahatına uygun hukuk normları koyma imkânı verilmiştir. Bu hukuk normlarını koyarken hukukçular için başka hukuk sistemlerinden yararlanmak caiz olduğu gibi bu durum İslam hukukunun hem evrensel ve devamlı bir niteliğe sahip olduğunu göstermeye yarayan bir mekanizmadır hem de orijinalliyi korumaya yardımcı bir araçtır²³⁷. Zira her devirde ve durumda tazeliğini koruyup tüm insanlığa hitap edebilecek bir içeriğe sahip olmaktadır. Bu tazeliği ve diriliği de esasen içtihat sayesinde.

İslam hukukunda bilinçli veya bilinçsiz olarak var olan boşlukları doldurmanın yolu hukukçunun içtihat faaliyetinde bulunmasıdır. Bunu yaparken hukukçunun faydalandığı bazı araçları vardır. Biz bu çalışmamızda hukukçunun boşlukları doldurmak için kullandığı içtihat araçlarından kıyas, genel hükümler (külli kaideler), maslahat ile örf ve âdeti açıkladık. Bu sebeple bu araçların açıklamasını yapmadan önce içtihat kavramını açıklamayı uygun gördük.

3.3. İctihat Kavramı ve Tanımı

İctihat kelimesi cehd kökünden türemiştir. Sözlük anlamı olarak “bir konuda elden

²³⁴ Avcı, s. 75; Cin/Akyılaz, s. 50; Köse, s. 65.

²³⁵ Al-i İmran, 19: “Kuşkusuz Allah katında din İslâm’dır...”; Al-i İmran, 85: “Kim İslâm’dan başka bir din arama çabası içine girerse, bilsin ki bu kendisinden asla kabul edilmeyecek ve o âhirette ziyan edenlerden olacaktır.”

²³⁶ Avcı, s. 74; Cin/Akyılmaz, s. 50.

²³⁷ Avcı, s. 74; Cin/Akyılaz, s. 50.

gelen çabayı sarf etmek, bir şeyi elde edebilmek için olanca gücü harcamak”²³⁸ manasına gelir. Usul terimi olarak ise şer’i-ameli hükümleri tafsili delillerden çıkarabilmek için fakihin/hukukçunun tüm gücünü ortaya koyma çabası²³⁹ olarak ifade edilir. Bu faaliyeti yürüten kişiye müçtehid, hukukçu, fakih veya müfti şeklinde isimler verilir.

İslam’a göre Kitap ve Hz. Peygamberin Sünneti, asli iki kaynak olup dini hükümlerin belirleyicisi konumundadır. Ancak tüm bunların anlaşılıp yorumlanabilmesinin yolu akıl faaliyetinden geçer. Dolayısıyla nakil ile beraber akıl, dini anlamada beraber hareket ederler. Nakil karşısında aklın yardımcısı da içtihattır. Esasen içtihat; nasların lafız, mana ve bilinçli boşluklarına yönelerek orada gizli kalmış şer’i ameli hükümleri ortaya çıkarmaya çalışır²⁴⁰.

3.4. İctihat Fikrinin Ortaya Çıkış Süreci

Hz. Peygamber, doğrudan peygamberlik alanına girmeyen konularda kendi bilgi ve tecrübesiyle hareket etmiş yani bu konular ile ilgili herhangi bir vahiy almadan bazı uygulamalarda bulunmuştur. Mesela devlet yönetimi, ordunun sevk ve idaresi, meyve ağaçlarının aşılınması gibi dünyevi işlerde kendi inisiyatifleriyle çözümler getirdiği yönünde usulcüler arasında bir uzlaşısı söz konusudur. Ancak Hz. Peygamberin şer’i hükümlerin kapsamına giren konularda içtihat edip etmediği ile ilgili oluşan genel bir uzlaşısı yoktur²⁴¹.

Hz. Peygamberin vefatından sonra Kur’an’ın hükümleri sahabelerin karşılaştığı her problemin çözümü için yeterli gelmiyordu. Bu durum sahabenin Kur’an’dan bir kuşku duyması demek değildi. Hz. Peygamber gibi Kur’an’ı açıklayıp açıklayamayacaklarından emin olamamaktan kaynaklanıyordu. Bu sebeple Hz. Peygamberin Sünnetine müracaat ettiler; ancak bir süre sonra bu çözüm de sorunların halli için yeterli gelmemeye başladı. Zira Kur’an ve Sünnet sınırlı sayıdaki probleme açıklama getirir. Dolayısıyla aktif ve dinamik olan yaşamdaki problemlere karşı Kur’an ve Sünnetin de dinamikliğinin artırılması için daha önce de bahsi geçen

²³⁸ Apaydın, H. Yunus: İctihad, TDV İslâm Ansiklopedisi, s. 432-433, <https://cdn2.islamansiklopedisi.org.tr/dosya/21/C21007158.pdf>, E.T. : 25.12.2021.

²³⁹ Şaban, s. 563;

²⁴⁰ Apaydın, İctihad. s. 432-433.

²⁴¹ Apaydın, İctihad. s. 432-433.

Mu'az hadisinden ilham alarak “re’y içtihatı”²⁴² kavramını benimsemişlerdir. Burada geçen diyalogda Kitap ve Sünnet’te açıkça hüküm bulamadığı konularda Muâz b. Cebel re’yi ile karar vereceğini söyler ve Resûl-i Ekrem de bunu onaylar. Buna göre re’yin içtihatın bir çeşidini oluşturduğunu söyleyebiliriz²⁴³.

İçtihat her şeyden önce bir tefekkür, düşünce ve bakıştır; çünkü Kitap ve Sünnette çözümü olmayan meseleler ile ilgili olarak kişilerin akli muhakemesine dayanan çözüm odaklı faaliyetlerine içtihat denir²⁴⁴. Bu noktada hukuki uyuşmazlıkların çözümü için temel kaynaklar Kur’an ve Sünnettir. Dolayısıyla bu kaynaklarda herhangi bir çözüm bulamayan hukukçunun uyuşmazlığı sürüncemede bırakması düşünülemez. Muhakkak içtihat ederek problemi çözmelidir.

3.5. İçtihatın Meşruiyeti

İslam Hukuku’nun iki asli ve birincil kaynağı olan Kur’an-ı Kerim’de ve Sünnette içtihata atıf yapan naslar bulmak mümkündür. Örneğin; *“Bununla beraber müminlerin hepsinin toptan savaşa çıkmaları doğru değildir. Onların her kesiminden bir grup dinde yeterli bilgi sahibi olmaya çalışmak ve seferden dönen topluluklarını uyarmak üzere geride kalmalıdır. Umulur ki sakınırlar”*²⁴⁵ ayetinde Allah, fıkıh ile uğraşacak ve toplulukları uyarma görevi olan bir topluluğun geride kalmasını istemiştir. Yine başka bir ayette *“Ey iman edenler! Allah’a itaat edin, peygambere itaat edin, sizden olan ülü’l-emre de. Eğer bir hususta anlaşmazlığa düşerseniz - Allah’a ve âhirete gerçekten inanıyorsanız- onu, Allah’a ve peygambere götürün. Bu, elde edilecek sonuç bakımından hem hayırlıdır hem de en güzeldir”*²⁴⁶ buyrulur. İhtilafa düşülen konunun çözümü için sırasıyla Allah’a, Peygamberine ve ülü’l-emre müracaat etmeleri gerektiği belirtilerek içtihat yapmaları istenmiştir.

Sünnette de içtihata dair izler bulmak mümkündür. Yukarıda bahsi geçen Mu’az b. Cebel hadisinden başka Hz. Peygamberin, müçtehidin içtihat etmesi neticesinde doğru sonuca ulaşmasıyla beraber iki sevap alacağı, şayet verdiği hüküm hatalı çıkarsa da bir sevap kazanacağını²⁴⁷ belirterek içtihat ve araştırma yapmanın önemine vurgu yapmıştır.

²⁴² Apaydın, İçtihad, 433-434.

²⁴³ Karaman, Hayrettin: Mukayeseli İslam Hukuku, C.I, s. 18.

²⁴⁴ Karaman, s. 18.

²⁴⁵ Tevbe, 122.

²⁴⁶ Nisâ, 59.

²⁴⁷ Şaban, s. 575; Çevik, 61.

Yukarıdaki ayetler ve hadisleri temel alan İslam hukukçuları içtihat etmenin dini bir gereklilik olduğunu ifade etmişlerdir. İmam Şafîî bu husus ile alakalı olarak “...*bu ilahi emirler ancak içtihat ile yerine getirilebilir.*”²⁴⁸ diyerek bu gerekliliği ortaya koymuştur.

Ayet ve sünnetten başka akıl ve mantık zaviyesinden bakıldığında da içtihatın gerekli ve zorunlu bir faaliyet olduğu sonucuna ulaşmak mümkündür. Zira naslar dünya meseleleri ile ilgili olarak genel çerçeveyi yani ilkeleri belirtir. Her bir mesele ile ilgili olarak teker teker hüküm getirmezler. Böyle olmasının da imkân dâhilinde mümkün olabileceği iddia edilemez. Zira Hz. Peygamberin vefatıyla beraber nasların gelişi son bulmuştur. Bu sebeple değişen ve çeşitlenen dünya problemleri ile ilgili olarak etkili çözümlerin bulunması zorunluluğu kaçınılmazdır. Dolayısıyla dünyada meydana gelen bu değişimler karşısında dinin hükmünün belirlenebilmesi için içtihat faaliyetinde bulunmak gerekir²⁴⁹.

3.6. İctihatın Kapsamı

İctihatın kapsamına hem lafzın zahirdeki manasının ve amacının anlaşılması faaliyetlerinin tümü hem de nasların bırakmış olduğu boşlukların doldurulması çabası bir bütün olarak girer²⁵⁰. Yani içtihatın kapsamı oldukça geniş bir alandır. Teknik anlamdaki içtihat aslında lafzın konuluşundaki illetten hareketle hüküm elde etme çabasını ifade eder. Bununla beraber her konuda içtihat yapılamaz. Yani tüm şer’i hükümlerin içtihata konu edilebileceği kabul edilmez.

3.7. İctihatın Sahası

İslam’da genel nitelikli hükümler çoğunlukta iken ayrıntılı hükümler azınlıktadır. Bu husus aslında hukuku ilgilendiren konularda bilinçli boşlukların bırakılması demektir ki bu da hukuki dinamizmi arttıran ve buna olanak sağlayan bir durumdur²⁵¹. Buradan yola çıkmak suretiyle içtihata açık ve kapalı olan alanları belirlemek mümkün olabilmektedir. Hakkında sübut ve delalet yönünden kat’i nas bulunan

²⁴⁸ Karaman, s. 27.

²⁴⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Dönmez, İbrahim Kâfi: İslam Hukukunda İctihat ve İctihat Metodları, s.101 vd., https://avys.omu.edu.tr/storage/app/public/ayhan.ak/138184/2008_1_1_DONMEZIK.pdf, E.T. : 26.12.2021.

²⁵⁰ Apaydın, İctihad, s. 436.

²⁵¹ Ayengin, Tevhid, Hukûkî Dinamizm ve İctihatta İsabet Tartışmaları, s. 8, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/827105>, E.T.:26.12.2021.

hükümler içtihatın konusu olamayacağı Mecelle’de de “*Mevrid-i nassta ictihada mesağ yoktur*”²⁵² şeklinde ifade edilmiştir²⁵³. Bu kapsama giren nasların açıklanması ve hükümlerinin anlaşılması için fakihlerin gösterdiği çabalar ve ortaya koydukları açıklamalar birer içtihat faaliyeti olarak değerlendirilemez²⁵⁴. Zira nassa dayalı hükümler değişime kapalı hükümlerdir. Bu hükümler; zaman ve mekân sınırlaması olmaksızın maslahatlar içerir. Bu maslahatlar toplumsal bozulmayı önleyerek hak, eşitlik, adalet ve özgürlük gibi değerleri güvence altına alarak bunların devamlılıklarını sağlar²⁵⁵.

Hanefilere göre; hadler, kefaretlar, miktarlar, ruhsatlar ve belli kişiler için olan özel veya genel kurala aykırı olan hükümler içtihat kapalıdır²⁵⁶. Dolayısıyla namaz, oruç, zekât gibi konuların farz olması veya içkinin, hırsızlığın, zinanın haram oluşu içtihat kapsamında değildir. Bu noktada şu ayrımı yapmakta yarar vardır. Örneğin; zekâtın farz olduğu içtihat kapalı iken zekâtın tanımının ne olduğu, hangi durumlarda zekât verilmesi gerektiği ya da kimlerin zekât verenler kapsamında olduğu gibi hususlar içtihat açıktır. Dolayısıyla “*Hükmü doğrudan ve açıkça belirtilmiş konular*”²⁵⁷ ile beraber yoruma kapalı olacak derecede açık ve yalın olan itikadî konular içtihat kapsamında değildir. Öte taraftan hakkında nas bulunmayan konular ile hakkında nas olmasına rağmen yorum yapılabilecek olan konular içtihat kapsamında değerlendirilir²⁵⁸. Bu hususta İmam Şafi’nin şu yönde sözleri olduğu aktarılır: “*Sahih hadis bulduğunuzda benim sözümü duvara çalın. Ben Allah’ın Rasul’ünden bir hadis rivayet edip de ona göre hüküm vermezsem, bilmiş olun ki, ben aklımı yitirmişim. Rasulullah’ın Sünnet’inin olduğu yerde hiç kimseye söz hakkı kalmaz.*”²⁵⁹

²⁵² Mecelle, m. 14.

²⁵³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Pekcan, Ali Mevrîd-i Nass’ta İctihâd’a Mesağ Yok (mu) dur (İctihâd’ın Mahiyeti ve Sınırlarına Dair Bir Analiz), İslam Hukuku Araştırmalar Dergisi, S. 2, Konya 2003; Şaban, s. 572.

²⁵⁴ Kemâlî, Muhammed Haşim: İctihat ya da Re’y, Çev. Tevhit Ayengin, Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi, V, 2, (2005), s. 277.

²⁵⁵ Dalgın, Nihat: Değişim Stratejisi Açısından Hukuk ve İslam Hukuku, Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S. 16, Samsun 2003, s. 107.

²⁵⁶ Esen, Bilal: Hanefî Usul Eserlerinde İctihad Teorisi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010, s. 143.

²⁵⁷ Telkenaroğlu, Rahmi: İctihatta İsabet ve Hata Meselesi, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara, 2010, s.27; Apaydın, İctihad.

²⁵⁸ Apaydın, İctihad.

²⁵⁹ Ömeri, s. 43.

3.8. İctihat Faaliyetinde Bulunan Hukukçunun Genel Özellikleri

Her ibadetin temelinde aslında iman sahibi olmak vardır. İctihat da bir ibadet çeşididir. Dolayısıyla icthat faaliyetinde bulunan hukukçunun, karşılaştığı problemlere İslam perspektifinden bakıp İslam’a aykırı olmayacak ve hatta muvafık olacak şekilde çözüm üretmesi gerekir. Bu noktada, İslam’ı iyi bilen ve buna inanmış kişilerin hukukçu olması önemlidir.

İctihat faaliyetinde bulunan hukukçunun dikkate alması gereken husus; asıl olan şeyin berâet²⁶⁰ olduğu, bunun aksi yönde bir hükme varmak için delile dayanmanın zorunlu olduğudur. Bazı hukukçuların “beraet-i asliye” şeklinde tabir ettikleri bu durumu İmam Gazali “akli delil” tabiri ile şu şekilde açıklar: “Hiç şüphesiz akıl ve mantık dinde zorlamanın olmayışını gerektirdiği gibi bu yöndeki hükümlerin de olmamasını öngörür. Ancak buna dair istisnai olarak nakli deliller görülürse durum değişir. İstisnalar da sınırlı olmalıdır. Ancak bir çokluk belirirse o zaman yine ölçü olarak asli berâet ve zorluğun olmayışı esas alındıktan sonra onları kısıtlayan naslar göze çarparsa nassın hükmüne uymak zorunluluğu doğar.”²⁶¹.

Hukukçunun külli kaideleri de bilmesi gerekir. Hatta İmam Şâfiî cüz’i kaidelerden önce külli kaidelerin bilinmesi gerektiğini söyler²⁶². Örneğin; adam öldürme hususunda külli kaide nefsi savunma iken cüz’i kaide kullanılan alettir ve külli kaideyi cüz’i kaideden önce zikreder²⁶³. Dolayısıyla külli kaidelere hâkim olmak icthat için önemli bir husustur.

Hukukçunun yaşadığı yerdeki örf ve adet kurallarını da iyi bilmesi gerekir. Özellikle günümüzdeki hukukçuların yaşadıkları çağın şartlarını iyi bir şekilde bilmesi mükelleflerin durumunu da anlaması açısından önemlidir. Öte taraftan hukukçunun icthat konusu olan olayla ilgili olan ilim dalı veya dallarından yardım alması da bir diğer şart olarak söylenebilir²⁶⁴.

²⁶⁰ “Kişinin hukuki veya cezai sorumluluğunun olmaması veya ortadan kalkması anlamında İslam hukuku terimi”, Bardakoğlu, Ali: TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/beraet-fikih>, E.T. : 27.12.2021.

²⁶¹ Gazali: el-Mustafa, C.II, Çev. Yunus Apaydın, Rey Yayınları, Kayseri, 1994, s. 351.

²⁶² Ömeri, s. 82.

²⁶³ Ömeri, s. 82.

²⁶⁴ Kahraman, s. 56.

3.9. İslam Hukukunun İctihat Araçları

Birinci bölümde Türk Hukukunda hâkimin hukuk meydana getirmesini ve hukuk boşluğunu doldurmak için kullandığı yöntemleri ele aldık. Hukuk boşluğunu İslam Hukuku açısından ele aldığımız bu bölümde de içtihat kavramını ve içtihat araçlarını ele aldık. İctihat araçlarının hepsini anlatmak yerine Türk Hukuku'nda hâkimin kullandığı yöntemlere karşılık gelebilecek araçları açıklamayı tercih ettik. Bunlar kıyas, genel hükümler, maslahat ile örf ve âdettir.

3.9.1. Kıyas

İslam Hukuku'nun en temel özelliklerinden biri vahiy kaynaklı oluşudur. İnsanların karşılaştıkları ve ileride karşılaşmaları muhtemel tüm problemlerin nas veya içtihat ile çözülmesi öngörülmüştür. Nassın kapsamına ayetler ve hadisler girer. İctihat aslında bir akıl yürütme faaliyetidir. Bir içtihat aracı olan kıyas ise, bu akıl yürütme faaliyetinin en önemli parçalarından biridir. Bu önemine binaen İslam Hukuk metodolojisi açısından kıyasın yadsınamaz derecede önemli bir fonksiyonu vardır.

İnsan hayatındaki problemlerin çok çeşitli ve devamlı olarak değişiyor olması karşısında bir düzen sağlamaya çalışan hukuk sistemleri kıyas metodunu da kullanır. Bu metodu kullanan hukuk sistemlerinden biri de İslam Hukuku'dur. Bu yönüyle kıyas, İslam Hukuku'nda hükme ulaşmayı sağlayan bir araçtır²⁶⁵. Zira kıyas yönteminin kullanılması ile yeni baştan bir hüküm ortaya çıkmaz. Var olan bir hüküm başka bir olaya uygulanır ve ortaya yeni olan bu olay ile ilgili bir hüküm açığa çıkarılmış olur²⁶⁶.

Bilinenden hareketle bilinmeyene ulaşmayı ifade eden kıyas kelimesi aslında mantık, fıkıh ve dil biliminin kullandığı bir terimdir²⁶⁷. Bu üç alanı da ilgilendiren kıyas kelimesinin sözlük anlamı “ölçme, takdir ve eşitliktir”²⁶⁸. Her üç alanda da kıyas kelimesinin terim anlamı, sözlük anlamı ile ilişkilidir. Dil bilimi açısından tümevarım yoluyla elde edilen ölçüyü ifade eder²⁶⁹. Burada konumuz açısından bizi ilgilendiren kısmı kıyasın fıkıh alanındaki yeridir.

²⁶⁵ Köse, s. 127.

²⁶⁶ Köse, s. 127-128.

²⁶⁷ Tanım için bakınız: <https://islamansiklopedisi.org.tr/kiyas>, E.T: 21.03.2022

²⁶⁸ Durusoy, Ali, Kıyas, TDV İslâm Ansiklopedisi, s. 525, <https://cdn2.islamansiklopedisi.org.tr/dosya/25/C25023635.pdf>, E.T: 21.03.2022.

²⁶⁹ Durusoy, s. 525.

3.9.1.1. İslam hukuku açısından kıyas

İslam hukukunun asli iki kaynağı olan Kur'an ve Sünnetin anlaşılması ve yorumlanması akılla mümkündür²⁷⁰. Ancak İslam hukukunda her olayın hükmü nas ile belirlenmemiştir. Yani bilinçli olarak bırakılmış boşluklar vardır. Dolayısıyla bu boşlukların içtihat ile doldurulması gerekir. Bundan dolayı İslam âlimlerinin yöneldiği kaynaklardan birisi de kıyas faaliyeti olmuştur. Bu sayede olaylar ve durumlar arasındaki benzerliklerden faydalanarak hükümlerin daha geniş çerçevede uygulama alanına kavuşmasının önü açılmıştır.

Kıyas, Kur'an ve Sünneti anlamak üzere ilk defa İmam Şâfi tarafından usul alanında metodolojik yöntemlerin ortaya konulması ile ortaya çıkmıştır²⁷¹. İmam Şâfi, Kur'an veya Sünnet ile düzenlenmiş benzer ya da paralel olaylardan yola çıkarak bazı prensipler belirleyerek bu prensiplerden de yeni durumlara karşı yaklaşım ilkeleri ortaya koymuştur²⁷². Bu sürecin bütünü de kıyas olarak bilinmektedir²⁷³. Bu sayede hukuki olarak nasların uygulama alanı da genişlemektedir. Karşılaşılan her olay ve durum birbirinden farklı olduğu için olaylar arasındaki benzerliklerin ortaya çıkarılması kıyas faaliyeti için elzemdir.

3.9.1.2. Kıyasın tanımı ve unsurları

Sözlükte bir şeyin başka bir şeyle ölçülmesi, iki şeyin birbirine eşitlenmesi anlamlarına gelen kıyasın terim anlamı; Kur'an'da, Sünnette veya icmada (kaynaklar arasında icmanın olup olmadığı tartışmalıdır) hakkında hüküm bulunan meselenin hükmünü, hakkında hüküm bulunmayan başka bir meseleye, aralarındaki illet benzerliği sebebiyle uygulamaktır²⁷⁴. Tanımdan da anlaşılacağı üzere kıyasın asıl, fer', illet ve aslın hükmü olmak üzere dört tane unsuru vardır.

- Asıl: Nas veya icma tarafından hükmü doğrudan belirlenmiş olan meseleye/olaya denir²⁷⁵. Yani kıyasta asıl olarak kullanılabilen hükümler,

²⁷⁰ Mahmesânî, Subhi Receb, İslâm Hukuk Felsefesi (Felsefetü't-Teşrî' fi'l-İslâm), Türkiye İlahiyatçılar Birliği Vakfı Yayınları, Türkiye Diyanet Vakfı Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, Ankara 2009, s. 148.

²⁷¹ Sağlam, Hadi, Çağdaş Problemler Karşısında İslâm Hukukuna Dinamizm Sağlayan Metotlar, s. 510, http://isamveri.org/pdfdr/D03353/2009_2/2009_2_SAGLAMH.pdf, E.T. : 24.03.2022.

²⁷² Sağlam, s. 510.

²⁷³ Sağlam, s. 510.

²⁷⁴ Şaban, s. 165.

²⁷⁵ Apaydın, H. Yunus, Kıyas, TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/kiyas#2-fikih>, s. 535, E.T. : 24.03.2022; Şaban, s. 181.

Kur'an, Sünnet veya icma ile belirlenmiş hükümlerdir.

- Fer': Hükümü nas veya icma tarafından açıkça belirlenmemiş olan meseleye/olaya denir²⁷⁶. Hakkında nas veya icma ile belirlenmiş bir hüküm bulunan bir mesele/olay ile ilgili olarak kıyas yapılmasına lüzum yoktur. Zira o olaya/meseleye uygulanacak bir hüküm zaten vardır.
- Aslın Hüküm: Buradaki hüküm, nasla sabit olan yani asıl hakkında olup fer'e uygulanacak olan hükümdür²⁷⁷. Dolayısıyla fer'e uygulanacak olan hüküm kıyas yapmak suretiyle belirlenir.
- İlet: Asıl ve fer' olan her iki olay/mesele için ortak olan ve asıldaki hükümü gerektiren vasfa denir²⁷⁸.

3.9.1.3. Kıyasın şartları

Kıyasın geçerli olabilmesi için yukarıda bahsedilen unsurların yanında bazı şartların da varlığı aranır. Bunların bir araya gelmesi ile doğru bir kıyas meydana gelebilir. Bu şartlardan bazıları aslın hükmü ile ilgili iken bazıları da fer' ve illet ile ilgili şartlardır²⁷⁹.

3.9.1.3.1. Aslın hükmü ile ilgili şartlar

Kıyasın varlığından söz edebilmenin ilk şartı, aslın hükmünün Kur'an ya da Sünnet ile belirlenmiş olmasıdır. Hükümün icma ile sabit olması hususunda ise tam bir ittifak olmamakla beraber hukukçuların dile getirdiği iki ayrı görüş mevcuttur²⁸⁰. Bunlardan birincisine göre; icma ile sabit olan hüküm başka bir olaya kıyas yapılarak uygulanamaz. Zira aslın hükmündeki illetin bilinmesi o hükmün kıyas edilebilmesini netice verir; ancak icma edilmiş olan hükümde illetin bilinmesi mümkün değildir. Zira senet olmadan illetin anlaşılabilmesi mümkün olmadığı için icma edilmiş olan hükümde de illet bilinemez²⁸¹. Bu sebeple icma edilmiş bir hüküm kıyas edilerek başka bir olaya uygulanamaz. İcma ile sabit olan hükmün başka bir olaya kıyas edilerek uygulanabileceğini savunan ikinci görüşün dayanak noktası ise, icmanın da

²⁷⁶ Şaban, s. 181; Apaydın, s. 535.

²⁷⁷ Şaban, s. 181; Köse, s. 128.

²⁷⁸ Apaydın, s. 535.

²⁷⁹ Şaban, s. 181.

²⁸⁰ Şaban, s. 181-183.

²⁸¹ Şaban, s. 182.

Kur'an ve Sünnet gibi şer'i hükümlerin bir kaynağı olması düşüncesidir²⁸². Nasıl ki Kur'an veya Sünnette sabit olan bir hüküm üzerine kıyas yapılabiliriyorsa icma ile sabit olan bir hüküm üzerine de kıyas yapılabilir. Bu görüşü savunanlara göre icma ile sabit olan bir hükmün de illeti belirlenebilir²⁸³. Bundan dolayı icma ile belirlenmiş hükmün, başka bir olaya kıyas yapılmasında bir engel yoktur.

Aslın hükmü ile ilgili ikinci şart, hükmün illetinin bilinmesidir. Kıyasın temelini illet oluşturur. Bir içtihat aracı olan kıyasın akıl yürütme faaliyeti çerçevesinde uygulanabilmesinin ilk basamağı da illetin, akıl ile anlaşılabilir olmasıdır. Bu sayede asıl ile arasında illet birlikteliği olan tüm olaylara aslın hükmü uygulanabilir²⁸⁴.

İslam hukukunda hükümler, konuluş gerekçeleri yani illetleri temel alınarak ikili bir ayrıma tabi tutulur. Buna göre illeti akıl yoluyla kavranabilen hükümlere *mualllel/ta'lîlî ma'kûlu'l-ma'nâ*, illeti akıl yoluyla kavranamayan hükümlere de *taabbüdî hükümler* denir²⁸⁵. Taabbüdî hükümlerin niçin konulduğunu yalnızca hükmü koyan Allah bilebilir. Bu hükümlerin kapsamına ibadetler, hadler, kefaretlar, mirastaki paylar gibi miktarı belirlenmiş hükümler, helal ve haram konuları dâhildir²⁸⁶. Dolayısıyla bu hükümlerde kıyas yapılamaz. Örneğin; beş vakit namazın rekâtları, Kâbe'nin yedi defa tavaf edilmesi, teyemmüm gibi hükümler bu gruptaki hükümlerdendir. Bunların illetinin akılla kavranması mümkün olmadığı için bunlarda kıyas da yapılamaz. İletinin, akıl yoluyla kavranmasının mümkün olabildiği, manası anlaşılabilir ta'lîlî hükümler ise kıyasa açıktır. Bu gruptaki hükümler, taabbüdî hükümlerin aksine değişime, yoruma ve esnetmeye açık olan hükümlerdir²⁸⁷. Örneğin; şarabın haram olmasının illeti sarhoş edici olmasıdır. Bu illetten dolayı bira şaraba kıyas edilir.

Aslın hükmü ile ilgili son şart, aslın hükmü sadece asla özel olmamalıdır²⁸⁸. Yani benzer başka olaylara da kıyas edilebilecek derecede genel olmalıdır. Bu sebeple hükmün sadece belirli ya da özel durumlar için söz konusu olduğunu gösteren şer'i bir delilin varlığı, bu hükmün benzer başka olaylar için kıyas edilmesine engeldir²⁸⁹.

²⁸² Şaban, s. 182.

²⁸³ Şaban, s. 182.

²⁸⁴ Şaban, s. 184.

²⁸⁵ Sağlam, s. 511.

²⁸⁶ Sağlam, s. 511; Şaban, s. 184.

²⁸⁷ Sağlam, s. 511

²⁸⁸ Şaban, s. 187.

²⁸⁹ Şaban, s. 184.

Zira nassın açık bir hükmüne rağmen kıyasın yapılması mümkün değildir. Örneğin; Hz. Peygamber'e, kendisi ile evlenecek kadının rızasının olması şartı ile mehirsiz olarak evlenmesi için müsaade verilmesi²⁹⁰ ve Hz. Peygamberin vefatından sonra eşlerinden biri ile evlenilmesinin yasak olması bu kapsamdadır²⁹¹. Bu durumlar sadece Hz. Peygambere mahsus hükümler olduğu için bunlara dayanılarak kıyas yapılamaz. Aynı durum bazı sahabeler için özel olan hükümlerde de söz konusudur. Örneğin; Hz. Huzeyme b. Sâbit'in şahitliği, Hz. Peygamber'in buyruğu üzere iki erkeğin şahitliğine denk tutulmuştur²⁹². Bu durum sadece Huzeyme b. Sâbit'e özel bir hüküm olduğu için kıyas etmek suretiyle başka hiç kimseye uygulanamaz.

3.9.1.3.2. Fer' ile ilgili şartlar

Fer' ile ilgili ilk şart, fer'deki illetin asılın hükmündeki illet ile aynı olması şartıdır²⁹³. Yani her iki olayın birbirine eş olması gerekir. Bunun aksi bir durum, kıyasa manidir. Fer' ile asıl arasında illet bağlamında bir birliktelik yoksa yapılan kıyas *maa'l-fârik* olur²⁹⁴. İlet ortaklığını bir örnek ile açıklayalım: İslam hukukunda şarabın yasak olmasının illeti onun sarhoş edici özelliğidir. Bu asılın hükmündeki illettir. Bu illetten yola çıkınca sarhoş edici özelliği olan her içkinin şarap gibi hüküm görmesi kıyastan dolayıcıdır²⁹⁵. Zira burada illet ortaklığı vardır. Şayet bir kişi kendi bünyesinden kaynaklı herhangi bir sebepten ötürü, sarhoş edici bir özelliği olmayan bir şeyi kullanmış ve akli gitmişse o zaman bu şeyin haram olduğu sonucuna ulaşamayız; çünkü aralarında illet ortaklığı yoktur²⁹⁶.

Fer'de bulunması gereken bir diğer şart, fer' hakkında herhangi bir nassın bulunmaması ve fer'in herhangi özel bir nassın kapsamına girmemesi şartıdır²⁹⁷. Zira

²⁹⁰ Ahzâb, 50: "Ey peygamber! Mehirleri verdiğin eşlerini, Allah'ın sana ganimet olarak verdiği câriyelerini, seninle birlikte hicret eden amcâkızlarını, halakızlarını, dayı kızlarını, teyze kızlarını sana helal kıldık. Ayrıca mümin bir kadın kendini peygambere mehirsiz olarak bağışlar, peygamber de onunla evlenmek isterse, diğer müminlere değil, sırf sana mahsus olmak üzere, onu da sana helâl kıldık. Müminlere eşleri ve sahip oldukları câriyeleri hakkında hangi kuralları geçerli kıldığımızı biliyoruz. Sana mahsus olanı güçlük çekmeyesin diye meşrû kıldık. Allah çok bağışlayıcı, pek esirgeyicidir."

²⁹¹ Ahzâb, 53: "... Resûlullah'ı üzme hakkınız yoktur, kendisinden sonra ebedî olarak eşleriyle de evlenemezsiniz, sizin bunu yapmanız Allah katında büyük bir günahdır."

²⁹² Apaydın, s. 535; Şaban, s. 188.

²⁹³ Şaban, s. 189.

²⁹⁴ Orum, Fatih, Fıkıh Usulü Eserlerindeki Fıkhi Kıyas Örneklerinin Bu Eserlerde Çerçevesi Çizilen Fıkhi Kıyas Anlayışından Hareketle Değerlendirilmesi, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S. 13, Y. 2009, s. 268, http://isamveri.org/pdfdrgr/D02533/2009_13/2009_13_ORUMF.pdf, E.T. : 24.03.2022.

²⁹⁵ Döndüren, Hamdi, Kıyas, <https://sorularlailslamiyet.com/kaynak/kıyas>, E.T. : 24.03.2022.

²⁹⁶ Döndüren, Hamdi, Kıyas.

²⁹⁷ Apaydın, s. 536.

hakkında nas bulunan bir konu ile ilgili olarak kıyas yapılması mümkün değildir. Şayet bu şartlar gerçekleşmeden bir kıyas yapılmışsa buna “geçersiz sayılan kıyas” anlamına gelen “*kıyas fâsidü’l-i’tibâr*” denir²⁹⁸. Örneğin; Nisâ Suresi 92. ayette “*Yanlışlıkla bir mümini öldüren kimsenin mümin bir köle âzat etmesi (...) gerekir.*” buyrulmuştur. Buna göre bu suçun kefareti Müslüman bir kölenin azat edilmesidir. Bundan farklı olarak Mâide Suresi 89. ayette yemin kefareti için “*Allah sizi kasıtsız olarak yaptığınız yeminlerden ötürü sorumlu tutmaz, fakat bilerek ettiğiniz yeminlerden dolayı sizi sorumlu tutar. Bunun da kefâreti, ailenize yedirdiğinizin ortalama seviyesinden on fakire yedirmek yahut onları giydirmek ya da bir köle âzat etmektir.*” hükmü yer almaktadır. Burada yemin kefaretinin (on fakiri yedirmek ya da giydirmek dışında) köle azat etmek olduğu belirtilmiştir. Bu köle Müslüman veya gayrimüslim olabilir. İşte ilk ayette yer alan hükmün kıyas yoluyla yemin kefareti için de uygulanması suretiyle yapılan kıyas geçerli bir kıyas olmaz²⁹⁹. Yani gayrimüslim bir kölenin azat edilmesi ile yemin kefaretinin de ödenmeyeceği şeklindeki bir kıyas geçersizdir. Zira bu kıyası geçersiz kılacak şekilde yemin kefareti için bundan farklı olarak bir nas hükmü vardır.

Bir diğer şart olarak kıyas yapıldıktan sonra asıla ait olan hükmün fer’de değişmemesi gösterilir³⁰⁰. Örneğin; tâlak ve zihâr³⁰¹ uygulaması için her Müslümanın ehliyeti vardır. Her gayrimüslimin de tâlak ehliyeti vardır. İşte birinci durumu ikinci duruma kıyas etmek suretiyle gayrimüslimin de zihâra ehliyeti olduğunu söylemek mümkün değildir; çünkü zihârın kefareti ya köle azat etmek ya da peş peşe altmış gün oruç tutmaktır³⁰². Gayrimüslimin ise oruç tutmaya ehliyeti yoktur. Böyle bir durumda asılın hükmü fer’de değişeceği için kıyas yapılamaz³⁰³.

²⁹⁸ Şaban, s. 190.

²⁹⁹ Şaban, s. 191-192.

³⁰⁰ Demir, s. 163.

³⁰¹ “Kocanın, kendisine haram kılmak maksadıyla karısını veya karısının baş, yüz, sırt gibi bütünü ifade eden bir bölümünü evlenmesi dinen yasak olan yakını (mahrem) bir kadına benzetmesi demektir”, ayrıntılı bilgi için bakınız: Yaman, Ahmet, Zihâr, TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/zihar>, E.T. : 27.03.2022.

³⁰² Mücâdele, 3-4: “Karılarına zihâr yapıp da sonra dediklerinden dönenlerin, onlarla temas etmeden önce bir köle âzat etmeleri gerekir. Size öğütlenen işte budur. Allah yapıp ettiklerinizden tamamen haberdardır. Buna imkân bulamayan, temastan önce peş peşe iki ay oruç tutar. Buna da gücü yetmeyen altmış fakiri doyurur. Bu, Allah’a ve resulüne imanınızı göstermeniz içindir. İşte bunlar Allah’ın koyduğu kurallarıdır. Kâfirleri elem veren bir azap beklemektedir”.

³⁰³ Ekinci, Ekrem Buğra, İslam Hukuku, İstanbul, 2006, s. 103; Bilmen, Ömer Nasuhi, Hukuk-ı İslamiye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kâmusu, İstanbul, 1985, C. 1, s. 174.

3.9.1.3.3. İlet ile ilgili şartlar

Değişik kaynaklarda illet ile ilgili oldukça fazla şart ileri sürülmüştür. Bu sebeple bu şartlara geçmeden önce konunun daha iyi anlaşılabilmesi maksadıyla, illet kavramı ile ilgili olarak bazı temel bilgileri vermenin faydalı olacağını düşünüyoruz.

Sözlük manası ile illet, “*bulunduğu yerde değişiklik yapan durum*”³⁰⁴ demektir. Hastalığa illet denmesinin sebebi de bundandır. Zira hastalık vücutta değişiklik meydana getirir. Hukuki bir terim olarak ise “*hükmü gösteren veya gerekli kılan yahut hükmün kendisine bağlandığı durum, vasıf, mâna, gerekçe*”³⁰⁵ demektir.

İlet ile ilgili şartlardan ilki, illetin varlığına ya da yokluğuna kanaat getirecek şekilde zâhir yani açık olması gerektiğidir³⁰⁶. Hükmün ortaya konulabilmesi için illetin şüpheye mahal vermeyecek şekilde açık olması gerekir. Mesela şarabın haram kılınmasının illeti onun sarhoş edicilik vasfıdır; çünkü bu durumun varlığı ya da yokluğu açıkça ortaya konulabilir³⁰⁷. Ya da çocuğun nesebinin belli olmasının illeti nikâh akdinin bulunmasıdır. Nikâh bu durumu açıkça ortaya koyar. Buna karşılık borçlandırıcı bir fiil olan ve karşılıklı rızaya dayanan akitlerde rızanın sübjektif bir olgu olması, onun alım-satım için illet olmasına mani bir durumdur³⁰⁸. Böyle bir durum için icap ve kabul illet olmaya elverişlidir.

İlet için ikinci şart, illetin belirli yani sabit olup kişilere, çevreye ya da durumlara göre değişiklik göstermemesi yani objektif olması gerektiğidir³⁰⁹. Daha önce de ifade edildiği üzere kıyasın temelinde, asıl ile fer’ arasındaki hükmün illeti vardır. Dolayısıyla ikisi arasında illet açısından bir eşitliğin olması gerekir. Bunu sağlamanın yolu da illetin sabit olması yani değişiklik göstermemesidir. Örneğin; seferi olan bir kişinin namazını kısaltmasının illeti meşakkat değil yolculuk halidir³¹⁰. Zira meşakkat kavramı kişiden kişiye, farklı hal ve durumlara göre değişiklik gösteren belirsiz bir olgudur. Bu sebeple illet olmaya elverişli değildir.

³⁰⁴Dönmez, İbrahim Kâfi, İlet, TDV İslâm Ansiklopedisi, s. 117, <https://cdn2.islamansiklopedisi.org.tr/dosya/22/C22007291.pdf>, E.T. : 27.03.2022.

³⁰⁵Dönmez, İlet, s. 117.

³⁰⁶Şaban, s. 206.

³⁰⁷Orum, s. 269.

³⁰⁸Şaban, s. 206.

³⁰⁹Apaydın, s. 535; Şaban, s. 206; Döndüren, Kıyas.

³¹⁰Şaban, s. 206.

İlletin bir diğerk şartı, münasiplik şartıdır³¹¹. Yani söz konusu hükmün konması ile beraber ya insanlar için bir maslahat sağlanmış ya da onlardan bir mefsedet giderilmiş olmalıdır³¹². Örneğin; şarap sarhoş edicilik özelliğinden dolayı haram kılınmıştır. Bu hükmün konulması ile beraber insanların akılları korunduğu için istenilen maslahat gerçekleşmiş olmaktadır. Yani illet hüküm için münasip bir vasıftadır. Ya da murisin mirasına konmak için onu öldürmeye çalışan mirasçının mirastan mahrum edilmesi, murisin ölümünü engellemeye dayandığı için uygun bir illiyettir³¹³. Zira illet ile hüküm arasında münasip bir vasıf vardır.

Son şart olarak illet kâsır olmamalıdır³¹⁴. Yani asla mahsus bir özellikte olmamalıdır. Bu şart sayesinde illetin olduğu asıla diğerk olaylar da kıyas edilebilir. Örneğin; bir yolcunun dört rekâtlı namazlarını kısaltılmasının (kasredilmesinin) illeti yolculuk halidir. Bu durum sadece yolcuya hasır. Yani yolcu olmayan insanlar, yolcuya kıyas edilerek onlar için de namaz konusunda aynı hüküm kurulamaz. Bu şekilde yapılan kıyas geçerli olmaz.

3.9.1.4. İleti tespit etmenin yolları

İllet aslında gerekçe demektir. Hukukta bir olayın gerekçesinin doğru bir şekilde ortaya konulması benzer birçok problemin de aynı düzlemde çözümünü beraberinde getirir. Bundan dolayıdır ki illetin doğru bir şekilde belirlenmesi kıyas faaliyeti için oldukça önemlidir. Zira sınırlı naslar karşısında sınırsız problemlerin çözümü, bu akıl yürütme faaliyetinin naslara uygunluğu ölçüsünde mümkündür. Bu sayede içtihat faaliyeti her devirde ortaya çıkan yeni sorunlar karşısında işlevsel olarak kullanılabilir. Bu öneminden dolayı, hükümlerin esasını oluşturan illetleri belirleyen metotlar çok olmakla beraber biz bu başlık altında önemli gördüğümüz üç metodu açıkladık. Bunlar; illetin nas ile belirlenmesi, illetin icma ile belirlenmesi ve illetin kendisi ile hüküm arasındaki uygunluğunun ortaya konulması ile belirlenmesidir.

³¹¹ Apaydın, s. 535.

³¹² Şaban, s. 206-207.

³¹³ Döndüren, Kıyas.

³¹⁴ Ayrıntılı bilgi için bakınız: Erbay, Celal, Kâsır, TDV İslâm Ansiklopedisi, s. 559, <https://cdn2.islamansiklopedisi.org.tr/dosya/24/C24008044.pdf>, E.T. : 27.03.2022.

3.9.1.4.1. İletin nas ile belirlenmesi

Kur'an veya Sünnet'teki bir nas tarafından herhangi bir vasfin, bir hükmün illeti olarak belirtilmesi durumunda illetin nasla bildirilmesi söz konusudur³¹⁵. Bu bildirme bazen açık bir şekilde bazen de îmâ yoluyla olur. Örneğin; içkinin sarhoş edici özelliği nas ile sabit olan bir illettir. Mâide Suresi 90-91. ayetlerde *“Ey iman edenler! İçki, kumar, dikili taşlar, fal okları şeytan işi iğrenç şeylerden ibarettir. Bunlardan kaçının ki kurtuluşa eresiniz. Şüphesiz şeytan içki ve kumar yoluyla aranızda düşmanlık ve kin sokmak, sizi Allah'ı anmaktan ve namazdan alıkoymak ister. Artık vazgeçtiniz değil mi?”* buyurularak içki yasaklanmıştır. Söz konusu bu yasağın illeti, içkinin sarhoş edici bir vasfa sahip olmasından ötürü olduğu açık bir şekilde ortaya konulmuştur. Nitekim Hz. Peygamber bir hadislerinde *“Sarhoşluk veren her şey hamr'dır”³¹⁶ ve her hamr da haramdır”³¹⁷* buyurmuştur.

Hamr, üzümünden yapılan özel bir içki türü olup sarhoş etme özelliğinden dolayı ortaya birçok kötülük çıkarır. Aynı özelliklere sahip olan diğer içki türlerinden olan mesela votka, rakı, viski ile ilgili herhangi bir nas hükmü mevcut değildir. Yani burada hamrın dışındaki içki türleri için ortada bir boşluk vardır. Ancak bu içkiler ile hamr arasındaki ortak özellik her birinin sarhoş edici bir vasfa sahip olmalarıdır. Yani kullanılmaları neticesinde aynı menfi sonuçları doğururlar. İşte aralarındaki bu ortak özellikten dolayı hamr için olan hüküm bu içkilere de verilerek bunların da haram olduğu sonucuna ulaşılır. Bu sayede var olan boşluk doldurulur. Yani bir içtihat aracı olan kıyas yöntemi kullanılmak suretiyle var olan boşluk nastaki hükümlere uygun bir şekilde doldurularak hukuki güvenlik kaidesi sağlanmış olur.

3.9.1.4.2. İletin icma ile belirlenmesi

Sözlükte *“birleştirmek, derleyip toparlamak, bir işi sağlam yapmak, azmetmek, bir konuda fikir birliği etmek”³¹⁸* şeklinde değişik anlamlara gelen icma fıkıh usulünde, *“Muhammed ümmetinin (müctehidler) onun vefatından sonraki herhangi zamanda*

³¹⁵ Şaban, s. 208.

³¹⁶ Arapça'da ve İslam'da hamr kelimesinin şarap/içki anlamına geldiğine dair ayrıntılı bilgi için bakınız: Bozkurt, Nebi, İçki, TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/icki#1>, E.T. : 28.03.2022; Baktır, Mustafa, İçki, TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/icki#3-islamda>, E.T. : 28.03.2022.

³¹⁷ Müslim, Eşribe, 75.

³¹⁸ Dönmez, İbrahim Kâfi, İcma, TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/icma>, E.T. : 28.03.2022.

dinî bir meselenin hükmü üzerinde fikir birliği etmeleri”³¹⁹ manasına gelir. İşte herhangi bir devirdeki müçtehitlerin, şer’i bir hükmün illetinin ne olduğu hususunda bir fikir birlikteliği etmeleri durumunda illetin icma ile ortaya konulması söz konusudur. Burada hüküm ile ilgili olarak icma edilen vasıf, o hükmün illetidir. Mesela, bir babanın, oğlunun malı ve şahsı üzerinde velayet hakkının olduğu icma ile sabit olup hükmün illeti babalık vasfıdır³²⁰. Bu hükümden yola çıkan İslam hukukçularının geneli, kıyas yöntemini kullanarak dedenin³²¹ de küçük torunu üzerinde velayet hakkının olduğuna hükmetmişlerdir³²². Dolayısıyla burada icma ile sabit bir hükmün illetinin yeni olaya kıyas yöntemi kullanılarak uyarlanması söz konusudur. Böylece var olan bir boşluk icmadan hareketle kıyas ile doldurulmuş ve kıyasın hukuk için tamamlayıcı fonksiyonu da işlevsel hale getirilmiştir.

3.9.1.4.3. İletin hüküm ile arasındaki uygunluğun ortaya konulması ile belirlenmesi

İleti açıklayan herhangi bir ayet, hadis ya da icmanın bulunmaması durumunda başvurulacak bir yöntemdir. Öncelikle asıl üzerinde bir inceleme yapılarak asıl hükme uygun bir özelliğin/vasfın olup olmadığı araştırılır. Şayet istenilen bir vasıf bulunur ve bulunan bu vasıf, illetin şartlarını taşıyorsa o zaman illet açısından uygunluk sağlanmış olur³²³. Yani illet olarak kabul edilen bu vasıf ile hüküm arasındaki uyum açıkça belli olmalıdır. Bu uyum ile Şârî’nin amaçladığı maslahatın gerçekleşmiş olduğu inancına ulaşılmalıdır³²⁴. Şârî’nin amaçladığı bu maslahat da kulları için ya bir faydanın sağlanması ya da bir zararın giderilmesidir. Dolayısıyla böyle bir durumda hüküm ile vasıf arasındaki uygunluktan yola çıkan hukukçu, illeti tespit ederek bir içtihat aracı olan kıyas yoluna başvurur. Böylece boşluk doldurulur ve Şârî’nin amaçladığı maslahat da yerine getirilmiş olur.

Bakire olan küçük bir kızın evlendirilmesi konusunda velayet yetkisinin kızın babasında olması icma ile ortaya konulmuş bir hükümdür³²⁵. Ancak bu hükmün illeti

³¹⁹ Dönmez, İbrahim Kâfi, İcma, TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/icma>, E.T. : 28.03.2022.

³²⁰ Döndüren, Kıyas.

³²¹ Dede konusu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bakınız: Uzunpostalcı, Mustafa, Dede, TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/dede>, E.T. : 29.03.2022.

³²² Döndüren, Kıyas.

³²³ Şaban, s. 213.

³²⁴ Şaban, s. 212.

³²⁵ Şaban, s. 213.

nasta ya da icmada açıkça ortaya konulmamıştır. Bu durumda asıl olay üzerinde inceleme yapılmış ve söz konusu hükmün konulmasına uygun düşen vasfın “küçüklük” özelliği olduğu anlaşılmıştır³²⁶. Yani küçüğün kendi lehinde ya da aleyhinde olan durumları kavramasının zorluğu sebebiyle velayet yetkisi babaya verilmiştir. Böylece küçüğün uğrayabileceği muhtemel zararlar bertaraf edilerek Şârî’nin amaçladığı maslahat da gerçekleşmiştir. Dolayısıyla hüküm ile vasıf arasındaki uygunluk tespit edilerek illetin ortaya konulması ilk adımdır. Sonraki adımda ise illet ile beraber kıyas metoduna başvurma önünde bir engel de kalmamış olur.

3.9.2. Maslahat

Hem İslam hukukunda hem de beşeri hukuk sistemlerinde hukukun bazı amaçları vardır. Beşeri hukuk sistemlerinin amacının ne olduğu ile ilgili bir fikir birliği olmamakla beraber “toplumun güvenliğinin sağlanması”, “adalet”, “eşitlik” gibi bir takım ilkeler önem sırasına göre bir derecelendirmeye tabi tutulmak suretiyle, amaç açıklanmaya çalışılmıştır³²⁷. İslam hukukunda ise temel gaye maslahatın sağlanmasıdır.

Kur’ân-ı Kerîm’in pek çok ayetinde ve hadislerde belirtilmiş olduğu gibi insan ve evren boş yere yaratılmamıştır³²⁸. Yaratılmaları bir gaye üzere olmuştur. Bu sebeptendir ki İslam âlimleri bu ilahi hükümlerin amacı üzerine düşünmüşlerdir. Çoğunluğun ulaştığı genel kanaate göre de hükümlerin konuluş gayeleri, kulların hem dünya hem de ahiret mutluluğunu elde etmelerini yani bu yöndeki maslahatlarını sağlamaktır³²⁹. Bu sebeple İslam dini insanlara faydalı olan şeylerin sağlanmasının yanında zarar verecek olan hususlardan da kaçınılmasını amaç edinmiştir³³⁰. Bu konuda İbnü’l Kayyım el-Cevziyye şöyle der: “İslam’ın esası hikmet ve insanların dünya ve ahiret maslahatlarının teminidir. İslam’ın tamamı adalettir, hikmettir, rahmettir ve maslahattır. Adaletten zulme, maslahattan mefsede

³²⁶ Şaban, s. 213.

³²⁷ Güriz, Adnan, Hukuk Felsefesi, Ankara, 1985, s. 60-61.

³²⁸ Kıyâmet, 36: “İnsan, kendisinin başı boş bırakılacağını mı sanır?”; Zâriyât, 56: “Ben cinleri ve insanları, başka değil, sırf bana kulluk etsinler diye yarattım.”; Enbiyâ, 16-17: “Biz gökleri, yeri ve bunlar arasındakileri oyun olsun diye yaratmadık. Eğer bir eğlence edinmek isteseydik, onu kendi katımızdan edinirdik, bunu asla yapmayız.”.

³²⁹ Dönmez, İbrahim Kâfi, “Maslahat”, TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/maslahat>, E.T. : 07.03.2022.

³³⁰ Yavuz, Yunus Vehbi, Maksadî Yorum, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, Sayı: 8, Mehîr Vakfı Yayınları, Konya 2006, (s. 41-78), s. 45-46.

ve hikmetten abese çıkan hiçbir şey İslam'dan değildir. İslam, Allah'ın kulları arasındaki adaleti, yarattıklarına rahmeti ve kendisine ve elçisinin doğruluğuna en üstün ve en doğru delilidir”³³¹. Bu ifadeden de anlaşılacağı üzere dinin hükümlerinin amacı insanların yararlarının sağlanmasıdır.

3.9.2.1. Maslahatın tanımı

İslam hukukunun tali kaynaklarından biri olan maslahatın çoğulu mesalihtir³³². Maslahat salâh kelimesinden türetilmiştir. Salâh kelimesi de sözlükte “*doğru, düzgün ve kusursuz olma; iyilik, uygunluk, arayışlılık*” gibi manalara gelir³³³. Maslahatın sözlük anlamı ise “*bir şeyin maksada uygun özellikte olması, fesadın zıddı, iyi, uygun, elverişli, yararlı, iyi olana ulaştıran*”dır³³⁴. Geniş manasıyla maslahat zararlı olanı kaldırmak veya engellemek, faydalı olanı ise almaktır. *Mefsedet*³³⁵ kelimesi ise maslahatın zıttı olup bozukluk, kötülük anlamlarına gelir. Gazali de maslahatı; “*celb-i menfaat, def-i mazarrat*” yani faydalı olanı elde etmek, zararlı olanı gidermek olarak tanımlar³³⁶. Ona göre amaç, Şârî’in maksatları olan insanların din, can, akıl, nesil ve mallarını korumaktır³³⁷.

Hükümlerin amacı da insanların maslahatını temin etmektir. Bu sebeple istislâh, maslahata uygun hüküm vermek manasına gelir³³⁸. Bu bağlamda İslam hukukuna göre şer’an onaylandığına ya da reddedildiğine dair hakkında herhangi bir delil bulunmayan bir husus ile alakalı olarak hüküm verme yöntemine “*istislâh*” denir. Dolayısıyla istislâh kitap, sünnet, icma ve kıyasın dışında ve nasların bıraktığı bilinçli boşlukların doldurulmasında başvurulacak fer’i delillerden biridir³³⁹.

³³¹ Haçkalı, Abdurrahman, İslâm Hukuk Metodolojisinde Maslahat Tanımları ve Bunların Analizi, İslâmî Araştırmalar Dergisi, İstanbul 2000, sayı: 1, XIII/47-62, s. 47-48, (Naklen: İbnü’l Kayyım, Muhammed b. Ebî Bekr el-Cevziyye, İ’lâmu’l-Muvakı’î, III, 11, Beyrut, 1993.)

³³² Ebû Zehrâ, Muhammed: İslam Hukuku Metodolojisi Fıkıh Usulü, Çev. Abdulkadir Şener, 13. Baskı, Fecr Yayınevi, Ankara 2017, s. 225-267; Cin, Halil/Akgündüz, Ahmet: Türk Hukuk Tarihi, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul 2011, s. 165-176.

³³³ Dönmez, İbrahim Kâfi, "Maslahat", TDV İslâm Ansiklopedisi, s. 79, <https://cdn2.islamansiklopedisi.org.tr/dosya/28/C28009099.pdf>, E.T. : 07.03.2022.

³³⁴ Dönmez, Maslahat, E.T: 07.03.2022.

³³⁵ Genel bilgi için bakınız: Koca, Ferhat “mefsedet” maddesi, Diyanet İslâm Ansiklopedisi, XXVIII, s. 356-358.

³³⁶ Koca, Ferhat, İslam Hukukunda Maslahat-ı Mürsele ve Necmettin et-Tûfî’nin Bu Konudaki Görüşlerinin Değerlendirilmesi, İlam Araştırma Dergisi, I/1, İstanbul 1996, s. 103, (Naklen: Gazzâlî, Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed, el-Müstesfâ min ilmi’l-usûl, Kahire 1322/1904, I-II.)

³³⁷ Koca, s. 103.

³³⁸ Köse, s. 131; Şaban, s. 224.

³³⁹ Özen, Şükrü, “İstislâh” maddesi, Diyanet İslâm Ansiklopedisi, 2001, XXIII/383-388, s. 383.

Maslahata göre hüküm verme yöntemi olan istislâh aslında akıl yürüterek çözüm üretme faaliyetidir. Dolayısıyla maslahat düşüncesinin kapsamına, şer'î hükümlerin amaçlarını belirleme faaliyeti ile beraber yorumlanması gereken nasların yorum faaliyeti ve hakkında nas bulunmayan şer'î-amelî meselelerin çözüme kavuşturulması girer³⁴⁰. Bu sebeple İslam hukukunun evrenselliği prensibinden yola çıkarak toplumsal değişimin ve gelişimin uyumunda kullanılan içtihat araçlarından biri olan maslahatı mürsele³⁴¹ aşağıda ayrıntılı olarak açıklanmıştır.

3.9.2.2. Maslahatın kısımları

Kanun koyucunun hüküm koyarken dikkate alıp almamasına göre maslahatlar üç grupta toplanmıştır³⁴². Kanun koyucunun herhangi bir hüküm koyarken dikkate aldığı maslahatlar maslahat-ı mu'teberedir. Bu gruptaki maslahatlar üzerinde hüküm ihdas edilmesi hususunda herhangi bir ihtilaf yoktur³⁴³. Zira şer'î hükümlerin olmasını amaçladığı her türlü maslahat bu minvaldedir. Canın, aklın ve malın korunması bu kapsamda değerlendirilir³⁴⁴. Nitekim içkinin yasak kılınması aklın korunması içindir. Bu sebeptir ki bu yasağa muhalif davranılması cezaya tabi tutulmuştur. Yine canın korunması için kasten birini öldüren için kısas hükmü getirilmiştir. Hırsızlığın yasaklanarak cezaya bağlanması da malın korunması içindir.

Kıyas metoduna başvuranların dikkate aldığı maslahat çeşidi maslahat-ı mu'teberedir³⁴⁵. Esasen kıyas delilinden maksat şer'î hükümler üzerinden akıl yürüterek amaçlanan maslahatı ortaya çıkarmaya çalışmaktır. Şâri'nin amaçladığı maslahatın kavranılmasıyla beraber, hakkında hüküm bulunmayan başka bir olay için de kıyas metodu kullanılmak suretiyle benzer hüküm elde edilebilir. Bunun için aranan öncelikli şart ise her iki olay için de maslahatın ortak olmasıdır³⁴⁶. Örneğin; hamr (şarap) içmek aklın korunması maslahatı gözetilmek suretiyle yasaklanmış ve bu yasağa aykırı davrananlara cezai müeyyide öngörülmüştür. Kıyas metoduna başvuracak olan müçtehidin her şeyden önce bu hükümdeki maslahatı araştırıp

³⁴⁰ Dönmez, Maslahat, s. 79-80.

³⁴¹ Erol, Ayten, Toplumsal Değişim ve Gelişimde İslâm Hukuku'nun İctihat Aracı Olarak Mürsel Maslahatlar (Mesâlih-i Mürsele), s. 287, http://isamveri.org/pdfdrgr/D265434/2017/2017_EROLA1.pdf, E.T: 08.03.2022.

³⁴² Köse, s. 131; Şaban, s. 221.

³⁴³ Koca, s. 105.

³⁴⁴ Şaban, s. 221.

³⁴⁵ Şaban, s. 222.

³⁴⁶ Şaban, s. 222.

ortaya koyması gerekir. Akabinde de şarap diye anılmayan; ancak şarabın akla vereceği zararı veren başka bir madde örneğin votka için de kıyas yoluyla haramlık hükmünü vermesi gerekir³⁴⁷.

İkinci grup maslahat ise “maslahat-ı merdûde/mülgâ” (yani geçersiz sayılan maslahatlar) ki kanun koyucu bunları reddedip dikkate almaz³⁴⁸. Bu maslahatlara göre hüküm kurulmaz. Bu maslahatların ilga edilmesi ile ilgili olarak muayyen (kat’i olarak belli olan) bir şer’i delilin varlığı söz konusu olduğu için hukukçular arasında bunların hukuki bir değerinin olmadığı hususunda bir fikir birliği vardır³⁴⁹. Bu noktada şu hususun altını çizmekte fayda var: Bir maslahatın kabulü ile beraber daha üstün bir maslahatın elde edilmesi söz konusu olmadıkça Şâri’ tarafından o maslahat ilga edilmez³⁵⁰. İslam hukuk tarihinde nakledilen şu olay bu maslahatlarla ilgili olarak güzel bir örnektir³⁵¹: Endülüs hükümdarlarından olan Abdurrahman b. Hakem el-Emevi Ramazan orucunu kasten bozunca kefareti için Mâlikî fakihlerinden Yahya b. Yahya b. Kesîr el-Endelûsî hükümdarın iki ay üst üste oruç tutması gerektiğini söyler. Kefaret olarak köle azat etmenin kolay olduğunu, bunun yerine daha zor olan ve bu konudaki maslahatın kişiyi tekrar kasten oruç bozmaktan sakındırmak olan iki ay üst üste oruç tutmak olduğunu belirtir. Burada fakih fetvasını maslahat düşüncesi üzerine bina ederek oruç tutmak suretiyle kefareti ödemeyi bir caydırıcılık aracı yapmıştır³⁵². Ancak Şâri’ böyle bir durumda köle azat etmek, oruç tutmak ve fakirleri doyurmak yollarını seçimlik olarak kişilere tanımıştır. Dolayısıyla buradaki fetvada bu maslahatlar ilga edilmiştir. Zira seçimlik hakların tanınmış olmasında fakihin belirtmiş olduğu maslahattan daha üstün maslahatlar vardır. Onlar da kölelerin hürriyetlerine kavuşması ve fakirlerin doyurulması suretiyle geniş kitleleri ilgilendiren maslahatlardır³⁵³.

Kur’ân-ı Kerîm’e açıkça muhalif olduğu için böyle bir maslahat anlayışı batıldır. İmam Gazali’ye göre böyle bir kapının açılması ile beraber durumun ve şartların değişmesi neticesinde şeriatın hududunun ve naslarının değiştirilmesi tehlikesi ortaya

³⁴⁷ Şaban, s. 222.

³⁴⁸ Köse, s. 131; Şaban, s. 222.

³⁴⁹ Koca, s. 105.

³⁵⁰ Şaban, s. 222.

³⁵¹ Şaban, s. 223; Koca, s. 105.

³⁵² Şaban, s. 223.

³⁵³ Şaban, s. 223.

çıkar. Öte taraftan âlimlerin bu tür fetvalar vermesi onların halk ve hükümdarlar nezdinde güvenilirliklerinin sorgulanmasını netice verir³⁵⁴.

Üçüncü gruptaki maslahat çeşidi ise maslahat-ı mürseledir yani içtihadı bırakılmış olan, geçerli ya da geçersiz olduğu yönünde herhangi bir delil bulunmayan maslahatlardır³⁵⁵. Sürekli değişen ve gelişen toplumlarda İslam hukukunun içtihat araçlarından biri de bu maslahatlardır. Zira bunlar hem dinin ana ilkelerini hem de dinin amaçladığı temel hedefleri kapsayacak şekilde insanların dünya ve ahiret menfaatlerine hizmet eden birer araçtır³⁵⁶. Dolayısıyla hukuki boşlukların doldurulması için başvurulması elzem olan bu maslahat çeşidinin konumuz açısından önemine binaen bunları ayrı bir başlık altında detaylı bir şekilde aşağıda inceledik.

3.9.2.3. Maslahat-ı mürsele

İslam hukuk metodolojisi açısından maslahat-ı mürsele içtihat yaparken yararlanılan bir araçtır. Bu perspektiften bakınca maslahat-ı mürsele; “*Kanun koyucunun (Şâri’) hüküm vaz’ında muteber sayıp saymadığı hususunda belli bir delil bulunmayan, ancak hükmün kendilerine bağlanmasının insanlara bir fayda sağlayacağı veya onlardan bir zararı gidereceği düşünülen manalar/vasıflar*”³⁵⁷ olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla kanun koyucu olan Şari’ tarafından bilinçli olarak bırakılmış bir boşluğun hukukçular tarafından doldurulması faaliyeti söz konusu olmaktadır.

Pozitif hukukta kamu yararı, genel yarar, toplumsal refah, toplum yararı gibi terimler kullanılmaktadır. Tüm bu kullanımların ortak noktası bireysel yarardan farklı ve onun üstündeki bir faydanın ifade edilmeye çalışılmasıdır³⁵⁸. İslam hukuku açısından ise el-maslahatu’l-âmme olarak tabir edilen kamu yararı, ümmetin hepsinin ya da çoğunluğunun salâhını ifade eden yarar olarak anlaşılmaktadır³⁵⁹.

İslam hukukçuları maslahat düşüncesinden yola çıkarak dini hükümlerin amaçlarını tespit etmeye ve yapılan bu tespitlerle beraber ayet ve hadisleri yorumlayarak hakkında ayet ve hadis bulunmayan dini-ameli meseleler ile ilgili olarak çözümler

³⁵⁴ İmam Gazâli, İslam Hukukunda Deliller ve Yorum Metodolojisi, C.I, Rey Yayıncılık, Kayseri, 1994, s. 332, <https://www.ghazali.org/books/el.mustasfa.c.I.pdf>, E.T. : 11.03.2022.

³⁵⁵ Şaban, s. 224.

³⁵⁶ Özen, İstislâh, s. 385; Şaban, s. 224; Erol, s. 288.

³⁵⁷ Özen, İstislâh, s. 385; Dönmez, 84; Şa’bân, s. 224.

³⁵⁸ Akıllıoğlu, Tekin, Kamu Yararı Kavramı Üzerinde Düşünceler, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Ankara 1989, ss.11-22, s. 15; Saraç, Osman, Kamu Yararı Kavramı, Maliye Dergisi, 2002, ss. 1-11, s. 5.

³⁵⁹ Erol, s. 292.

üretmeye çalışmışlardır³⁶⁰. Dolayısıyla hızlı ve sürekli dinamik bir yapıya sahip olan toplumsal yaşam ve buna bağlı olarak meydana gelen sorunlar karşısında, İslam hukukunun da içtihat araçlarını faaliyete geçirip bu nispette çözümler üretmesi gerekmektedir. Bu sebeple bir içtihat aracı olan mürsel maslahatların hukuki olarak temellerini yani dayanağını Kur'an'da ve Sünnette aramak ve bulmak zorundayız.

3.9.2.4. Maslahat-ı mürseleye göre hüküm tahsis etmenin şartları

İslam hukukunda bir içtihat aracı olan maslahat-ı mürseleye göre hüküm vermek için bir takım şartların varlığı aranır. Zaten maslahat-ı mürseleye göre hüküm veren hukukçular da buna riayet ederek bu şartların bir arada bulunmasına özen göstermişlerdir. Bu sayede İslam hukukçuları, hukukun egemen olması için çaba sarf etmenin yanı sıra maslahat uygulamasının keyfi ve haksız bir şekilde kullanılmasının önüne geçmek suretiyle insanların temel haklarını korumayı amaçlamışlardır³⁶¹. Bu amacı gerçekleştirmek üzere maslahat-ı mürselenin; şer'i bir delil tarafından geçersiz kılınmamış olmasını, şer'i amaçlara uygun olmasını ve akılla anlaşılabilir bir alanla ilgili olmasını uygun bulmuşlardır³⁶². Bunun yanı sıra maslahat, dindeki bir zorluğu ortadan kaldırmayı ya da dinde var olan zaruri bir şeyi korumayı da amaç edinmelidir³⁶³. Ayrıca maslahatın özel olmayıp genel olması ve varlığından emin olunması da aranan diğer şartlardandır³⁶⁴.

Yukarıda saydığımız şartları biraz ayrıntılı ifade edecek olursak her şeyden önce maslahatı geçersiz kılacak şer'i bir delilin varlığı maslahat-ı mürseleye göre hüküm vermeye manidir. Örneğin; miras taksiminde kız ve erkeğin eşit pay almasını makul gösteren “*muris ile ortak bir bağ ile bağlı olmak*”³⁶⁵ maslahatına dayanılarak hüküm verilemez. Zira bu maslahat “*Allah size, çocuklarınız hakkında, erkeğe iki kadın payı kadar (vermenizi) emreder*”³⁶⁶ ayetine muhaliftir. Bununla beraber herhangi bir olay hakkında hüküm verirken fayda ve zarar mukayesesinin de mutlaka yapılması gerekir. Bu sayede maslahatın varlığından emin olmak mümkün hale gelebilir.

³⁶⁰ Dönmez, Maslahat, s. 79.

³⁶¹ Mahmesânî, Subhi Receb, İslâm Hukuk Felsefesi (Felsefetü't Teşrî' fi'l-İslâm), Türkiye İlahiyatçılar Birliği Vakfı Yayınları, Türkiye Diyanet Vakfı Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, Ankara 2009, s. 116.

³⁶² Erol, s. 303.

³⁶³ Mahmesânî, s. 116; Özen, “İstislâh”, s. 386-387; Şaban, s. 225-226.

³⁶⁴ Dönmez, Maslahat, s. 85-86; Şaban, s. 225-226.

³⁶⁵ Şaban, s. 225.

³⁶⁶ Nisâ, 11.

Örneğin; boşama yetkisinin kocadan alınıp tüm yetkinin hâkime verilmesi fayda-zarar muhakemesi yapılmaksızın elde edilmeye çalışılan bir maslahattır³⁶⁷. Zira aile birliğinin istikrarı için var olan aile reisliği yetkilerinin erkeğin elinden alınması aile birliğinin korunmasına mani bir durum teşkil eder.

Hukuk kuralları, mahiyetleri gereği özel olmayıp genel ve soyut nitelikli kurallardır. Başka bir ifade ile bu kurallar kişiye özel olmayıp külli kurallardır. Bu durum maslahatlar için de aynı olmalıdır. Yani bir maslahata dayanılarak verilecek olan hükmün insanların geneli için ya bir fayda sağlıyor olması gerekir ya da bu insanları ilgilendiren bir zararı gideriyor olması gerekir³⁶⁸.

Maslahata göre hüküm verecek olan bir hukukçunun aklın bir faaliyeti olan muhakeme yetisini çok dikkatli ve özenli kullanması gerekir. Zira maslahata dayanılarak verilecek olan hükmün makul, aklîselim kişilerce de kabul görecektir şekilde bir fayda ve zarar muhasebesinden geçmiş olması gerekir³⁶⁹. Bu sayede maslahat-ı mürsele, içtihat faaliyeti için işlevsel bir araç olarak kullanılıp İslam hukuku açısından hak ettiği yere kavuşabilir.

Şârî'in yani kanun koyucunun kural tahsis ederken esas itibariyle dinin, canın, aklın, neslin ve malın korunması şeklinde beş tane maksadı vardır. Şârî'in bu maksatlarını korumaya yarayan şeyler maslahat kapsamında değerlendirilirken bunlara zarar verip bunların kısmen ya da tamamen yok olmasına sebep olan şeyler de mefsedet yani zararlı olarak kabul edilir³⁷⁰. İşte bu beş hususa zarurî maslahatlar (zarûriyyât, zarûrât-i hamse) denir³⁷¹. Öte taraftan insanların hem dini hem de dünya hayatlarında kendileri için genişlik sağlayarak onlar için güç olan durumları ortadan kaldıran yolculukta namaz ve oruç ruhsatı gibi maslahatlara hacîyyât; terk edilmesi durumunda insanlar için bir zorluğun veya darlığın bulunmadığı; ancak güzel ahlaka sebep olan yeme-içme adabı gibi maslahatlara ise tahsîniyyât denir³⁷².

Bazen bir maslahatın kabulü başka bir maslahatın yok olmasına sebep olabilir. Böyle bir durumda yukarıda sayılan şartlar itibariyle her iki maslahat da birbirine eşit ise o

³⁶⁷ Şaban, s. 226.

³⁶⁸ Şaban, s. 226.

³⁶⁹ Şaban, s. 226.

³⁷⁰ Erol, s. 303.

³⁷¹ Dönmez, Maslahat, s. 82.

³⁷² Koca, s. 94; Mahmesânî, s.116; Dönmez, Maslahat, s. 82.

zaman maslahatlar önem sırasına göre üç farklı şekilde değerlendirilmelidir:³⁷³ Önem sırası da üç açıdan ele alınmalıdır. Bunlardan ilkinde göre maslahatlar sırasıyla zarûriyyat, hâciyât ve tahsîniyyât düzeylerine göre sıralanarak tercih edilmelidir. İkinci değerlendirme şekli ise her iki maslahatın da aynı külli esası ilgilendirmesi ölçütünden yola çıkarak daha kapsamlı olan maslahatın daha az kapsama sahip olan maslahata tercih edilmesi şeklinde olmalıdır. Son değerlendirme şekli ise maslahatın gerçekleşme ihtimalini temel alarak yapılan değerlendirmedir.

3.9.2.5. Maslahat-ı mürselenin Kur'an-ı Kerim'deki yeri

Kur'an-ı Kerim'de birçok ayette³⁷⁴ belirtildiği üzere kâinat belli bir nizam ve düzen içerisinde bir amaç için yaratılmıştır. Yaratılan her şeyin de insanın hizmetine verilmek suretiyle insanın, evrendeki tüm varlıklar içerisinde ayrıcalıklı bir konuma getirildiği açıktır. Dolayısıyla insanın konumu amaç merkezli bir konumdur³⁷⁵. Örneğin; Mü'minûn suresinin 115. ayetindeki; *“Sizi boşuna yarattığımızı ve bize tekrar döndürülmeyeceğinizi mi sandınız?”* ve yine Sâd suresinin 27. ayetindeki *“Biz göğü, yeri ve ikisi arasındakileri boş yere yaratmadık...”* şeklindeki manalarından da açıkça anlaşılacağı üzere insanın yaratılışında bir gaye vardır.

İnsanın yaratılış gayesindeki bu maksadı gerçekleştirmesi için Kur'an-ı Kerim'in yine pek çok yerinde kolaylaştırıcı argümanların varlığına işaret edilir. Örneğin; Kur'an-ı Kerim'in öğüt, şifa, hidayet ve rahmet olduğunu³⁷⁶, Hz. Peygamberin çağrısının hayat verici olduğunu³⁷⁷, Allah'ın kullarına zorluk değil kolaylık istediğini³⁷⁸, insanlara yararlı olan davranışların kolaylaştırılıp özendirilmesi; ancak zararlı davranışların ve güçlük çıkartılmanın yasaklanmasının belirtildiği ayetler³⁷⁹ bizlere maslahatın ve özellikle de mürsel maslahatın gözetilmesi gerektiğine dair ipuçlarını sunmaktadır³⁸⁰.

Kur'an-ı Kerim bazen doğrudan bazen de dolaylı olarak çoğu hükmün amacını belirtir. Bu sayede maslahatın sağlanmasına hem hizmet eder hem de insanlar için

³⁷³ Dönmez, Maslahat, s. 85-86.

³⁷⁴ İbrahim, 32-34; Casiye, 12-13; Nahl, 5-18; 45.

³⁷⁵ Erol, s. 293.

³⁷⁶ Yunus, 57-58; Enbiyâ, 107; Câsiye, 20.

³⁷⁷ Enfâl, 24.

³⁷⁸ Mâide, 33; Bakara, 11.

³⁷⁹ Bakara, 205.

³⁸⁰ Erol, s. 293-294.

yol gösterir. Zira Kur'an bizlere metodolojik olarak genel prensiplere ağırlık veren bir üslubu kullanmak suretiyle yapılacak olan kanuni düzenlemeler hususunda olabildiğince ana noktalar üzerinde durmamızı salık verir³⁸¹. Dolayısıyla yeni durumlar için yapılacak olan düzenlemelerde Sünnet ve içtihat daha fazla kullanılırsa maslahat ilkesinin önemi de ortaya çıkarılmış olur³⁸².

3.9.2.6. Maslahat-ı mürselenin Sünnetteki yeri

Hiz. Peygamber, Yemen halkı arasında yargı görevini yerine getirmesi için Muâz b. Cebel'i Yemen'e gönderir. Bu esnada aralarında geçen bir konuşmada³⁸³ Hiz. Peygamber kendisine bir uyuşmazlık getirildiği zaman Muâz'ın neye göre hüküm vereceğini sorar. Muâz da öncelikli olarak Allah'ın kitabına göre hüküm vereceğini, şayet burada uyuşmazlığa bir cevap bulamazsa Resûlullah'ın sünnetine müracaat edeceğini ifade eder. Uyuşmazlığın çözümü için Sünnette de bir hüküm bulamazsa o zaman kendi görüşüne göre içtihat ederek uyuşmazlığı sürüncemede bırakmayacağını belirtir. Hiz. Peygamber de Muâz'ın bu cevapları karşısında memnuniyetini ve hoşnutluğunu belirterek O'nun doğru yaptığını söylemiştir.

Bu hadisten çıkan ilk anlama göre Kur'an ve Sünnette hakkında doğrudan hüküm bulunmayan bir uyuşmazlık ile ilgili olarak hukukçunun kendi re'iyine göre içtihat etmesi tasvip edilmiştir. Re'ye göre içtihat kıyas ederek, İslam hukukunun genel prensiplerini uygulayarak ve nihayet İslam hukuku hükümlerinin genel amaçlarından yola çıkarak maslahat-ı mürselele göre hüküm vermek suretiyle olabilir³⁸⁴. Şâri'nin hüküm koymasındaki asıl amacı, insanların maslahatını gerçekleştirmektir. Bu sebeple Hiz. Peygamber de yukarıdaki hadisinde Şâri'nin bu metodunu esas tutarak bu ve benzeri şartlar altındaki uyuşmazlıklar için hukukçuların maslahat-ı mürselele göre hüküm vermelerini onaylamıştır.

Toplumsal şartlarda ve durumlarda meydana gelen gelişim ve değişim karşısındaki ihtiyaçların karşılanması için bir içtihat aracı olan maslahatı mürselenin temellerini Hiz. Peygamber'in sünnetindeki birkaç örnek ile ayrıntılı olarak açıklamak faydalı olacaktır. Buna göre Hiz. Peygamber "*Din kolaylıktır*"³⁸⁵ demek suretiyle insanlar için

³⁸¹ Dönmez, Maslahat, s. 79.

³⁸² Dönmez, Maslahat, s. 79.

³⁸³ Tirmizî, Ahkam, 3.

³⁸⁴ Şaban, s. 227.

³⁸⁵ Buhârî, İmân, 29.

kolay olan ve meşakkati daha az olan yolların ve yöntemlerin tercih edilmesini öğütlemiştir. Bu öğüt aslında insanların maslahatını temin etmeye yarayacak bir metodun ifadesidir. Yine Hz. Peygamber bir başka hadisinde de malın üçte birinden fazlasına denk gelecek şekilde bir mirasın vasiyet yoluyla taksim edilmesine izin vermemiştir. *“Mirasçıları zengin bırakmak, halka avuç açar halde bırakmaktan daha hayırlıdır”*³⁸⁶ demek suretiyle de bu hükmünün gerekçesini açıklamıştır. Dolayısıyla buradaki maslahat elde edilecek yarardan ziyade meydana gelebilecek zararların önlenmesidir.

Hz. Peygamber, bazı durumlardaki değişimler karşında maslahat-ı mürseleye uygun olarak hükümleri de değiştirmiştir. Örneğin; bir hadiste Hz. Peygamber: *“Sizlerden her kim kurban keserse, bayramın üçüncü gecesinden sonra evinde kurban etinden bir şey bulunduğu halde sabahlamasın.”* buyurmuştur. Bir sonraki sene sahabe, *“Ya Resûlallah! (Kurban etlerini) geçen sene yaptığımız gibi mi dağıtacağız?”* şeklinde sorunca Hz. Peygamber; *“Bu yıl kendiniz yiyiniz, başkalarına yediriniz, ailenize azık olarak saklayınız. Çünkü geçen sene insanlar arasında geçim zorluğu vardı. Bu sebeple ben, o sene insanlara yardım etmenizi istedim”*³⁸⁷ buyurmuştur. Bu şekilde Hz. Peygamber toplumdaki açlık ve yoksulluk karşısında insanların genelinin maslahatına uygun olacak şekilde kurban etinin üç günden fazla evde tutulmasını yasaklamıştır. Söz konusu problemin ortadan kalkması ile beraber yasak da ortadan kaldırılmıştır. Dolayısıyla hükme temel teşkil eden illetin ortadan kalkması ile beraber hüküm de ortadan kalkacağı için bu şekilde durumun değişmesi beraberinde hükmün de değişmesini gerektirir³⁸⁸. Zira İslam hukuk metodolojisinde hükmün illetinin ortadan kalkması hükmü ortadan kaldırdığı gibi illetinin geri gelmesi de hükmü geri getirir³⁸⁹.

Hz. Peygamber kendisine aynı soruyu soran farklı sahabelere bazen farklı cevaplar vermiştir. Örneğin; kendisine vasiyette bulunmasını isteyen bir kişiye gazaplanmamasını³⁹⁰, diğerine Allah’a inandım demesini ve dosdoğru olmasını³⁹¹,

³⁸⁶ Buhârî, İmân, 82.

³⁸⁷ Müslim, 3648.

³⁸⁸ Erol, s. 296.

³⁸⁹ Karadâvî, Yusuf, Günümüzde Fetvanın Değişebilirliği, Nida Yayıncılık, Step Matbaası, İstanbul 2012, s. 36.

³⁹⁰ Buhârî, Edeb, 76.

³⁹¹ İbn Mâce, Fiten, 12.

başka birine de dilini tutmasının yeterli olacağını³⁹² ifade etmiştir. Dolayısıyla Hz. Peygamber'in bu metoduna göre soruyu soran kişinin durumunun değişmesi beraberinde hükmün de değişmesini getirmiştir. Yani Hz. Peygamber'in bu yaklaşımı, değişen durumların ve şartların varlığına bağlı olarak hükümlerin de değiştiğine işaret eden metodolojik bir yaklaşımı ifade eder³⁹³. Zira zaman, mekân ve sosyal şartlara bağlı olarak hükümlerin vaz' edilmelerinin şartı olan illet ve maksatlar değişebilir³⁹⁴.

Bir içtihat aracı olan maslahat-ı mürselenin doğru ve etkili bir şekilde hukukçular tarafından kullanılabilmesi için dinin, genel olarak insanların maslahatına yönelik olduğunun ve özel olarak da hükümlerin gayelerinin ortaya konulmasının kabul edilmesine bağlı olduğu görüşünün³⁹⁵ kabul edilmesi gerekmektedir. Bu sayede toplumsal değişimle birlikte maslahat-ı mürsele de kabul görüp kullanılabilir. Bu noktada Hz. Peygamberin Sünnetinde de açıkça kullandığını gördüğümüz metodu, bizler için bir rehber niteliğindedir.

3.9.2.7. Maslahat-ı mürseleyle göre verilen hüküm örnekleri

Toplumların sürekli olarak değişmesi ve gelişmesi karşısında İslam Hukuku'nun, insanların hayatına nüfuz ederek varlık gösterebilmesi için içtihat faktörünün devamlı olarak kullanılması gerekir. Maslahat-ı mürsele de bir içtihat aracı olarak toplumları oluşturan bireyler ve onların yaşayışlarından bağımsız değildir. Bu sebeple maslahat-ı mürselenin toplumların örfleri ile çok yakın ve sıkı bir birlikteliği vardır. Dolayısıyla bir toplumdaki örfün değişmesi ile beraber hükümlerdeki değişimin de toplum maslahatına yarayacak şekilde değişmesi kaçınılmazdır. Bundan dolayıdır ki fetva verecek olan bir müftünün fetva verdiği toplumu ve örfünü iyi bilmesi gerekir³⁹⁶.

Sahabe döneminde gerçekleşen bazı olaylar karşısında verilen hükümlerin, maslahat-ı mürseleyle dayanılarak verildiğini görmek mümkündür. Bunu yaparken de verdikleri kararları “*iyidir, hayırlıdır ve maslahattır*” demek suretiyle hükme

³⁹² Tirmizî, İman, 8.

³⁹³ Gül, Şirin, İslâm Hukukunda Hüküm Çıkarma Yöntemleriyle Sosyal Değişim Arasındaki İlişki (Basılmamış Doktora tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009, s. 96.

³⁹⁴ Gül, s. 239

³⁹⁵ Haçkalı, Abdurrahman, El-İzz b. Abdisselâmda Maslahat-İctihat İlişkisi, (Yaman, Makâsıd ve İctihat kitabının içinde), M.Ü. İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul 2017, s. 285.

³⁹⁶ Köse, Saffet, İslâm Hukukuna Giriş, Hikmetevi Yayınları, İstanbul 2020, s. 217-2018.

bağlamışlardır³⁹⁷. Örneğin; Yemame savaşında çok fazla hafızın şehit olması üzerine Kur'an-ı Kerim'in cem edilmesi fikri Müslümanların maslahatına hizmet edeceği gerekçesi ile kabul edilmiştir³⁹⁸. Hz. Ebubekir döneminde vuku bulan bu olay ile ilgili olarak Kur'an ve Sünnette bir hüküm olmadığı için bu hükmün maslahat-ı mürselele göre verildiğini söylemek mümkündür³⁹⁹.

İslam hukuku zamanın ve mekânın değişmesi karşısında her zaman işlerliğini ve tazeliğini koruyabilen bir hukuk dalıdır. Tevbe suresinin 60. ayetinde zekât verilebilecek kişiler arasında “*kalpleri kazanılacak olanlar (müellefe-i kulûb)*” da sayılmıştır. İslam'ın yeterince güçlendiğini ve artık kalplerin İslam'a ısındırılması için bu uygulamaya gerek duyulmadığı gerekçesi ile Hz. Ömer bu gruptaki kişilere zekât verilmesi uygulamasını sonlandırmıştır⁴⁰⁰. Burada şartların değişmesi ile beraber nassın illetinin ortadan kalkması sebebiyle hükmün uygulanmasına son verilmiştir; ancak illetin tekrar geri geldiği dönem olan Ömer b. Abdilazîz döneminde ise bu grup kişilere zekâtтан pay verilmesi uygulaması tekrar başlamıştır⁴⁰¹. Bu ve benzeri uygulamalar göstermektedir ki İslam hukuku her zaman ve şartta yaşayabilen bir hukuktur. O'nun bu özelliğini diri tutmasını sağlayan araçlardan biri de maslahat-ı mürseledir.

Mecelle'de, “*Def'i mefâsid celb-i menâfi'den evlâdır*”⁴⁰² şeklinde bir hüküm vardır. Yani zararlı olan bir şeyin bertaraf edilmesi o şeyden elde edilecek menfaatten önce gelir. İslam hukuku açısından çok temel bir ilke olan bu hususun temeli, maslahat-ı mürsele prensibine dayanır. Zira İslam Hukuku'nda hükümlerin vazolunmasının (konulmasının) esas maksadı insanların yararına olanı elde etmek, zararına olanı da ortadan kaldırmaktır.⁴⁰³ Ancak bazen bir şeyin maslahat veya mefsetet (zararlı) olmasını kesin çizgilerle ayırmak çok kolay değildir. Bu sebeple ikisinin karşılaştırılmak suretiyle zararının ortadan kaldırılmasına öncelik verilmesi gerekir. Bu da aslında dolaylı da olsa maslahatın elde edilmesine hizmet eder. Mesela, henüz iddet süresi dolmamış bir kadın ile evlenip zifafı bulunan bir adamın davasına

³⁹⁷ Karaman, Hayreddin, Fıkıh, TDV Ansiklopedisi, s. 5, <https://cdn2.islamansiklopedisi.org.tr/dosya/13/C13023371.pdf>; Karaman, İslâm Hukuk Tarihi, s. 109.

³⁹⁸ Dönmez, Maslahat, s. 80.

³⁹⁹ Erol, s. 306.

⁴⁰⁰ Fayda, Mustafa, Hulefâ'yi Raşidin Maddesi, TDV Ansiklopedisi, s. 327-333, <https://islamansiklopedisi.org.tr/hulefa-yi-rasidin>, E.T. : 11.03.2022.

⁴⁰¹ Erol, s. 306.

⁴⁰² Mecelle, madde 30.

⁴⁰³ Köse, s. 297.

bakan Hz. Ömer, böyle bir uygulamanın yayılmasını engellemek maksadıyla o kadının o adamla evlenmesini ebedi olarak yasaklayarak başka zararların oluşmasına mani olmayı amaçlamıştır⁴⁰⁴.

İslam hukukunda maslahat-ı mürsele çerçevesinde gelişme gösteren kamu yararı kavramı ve buna bağlı olarak verilen hükümler, toplumun hepsinin ya da çoğunluğunun maslahatı düşünülerek verilmiştir. Bu çerçevede Hz. Ömer, Müslümanlarca fethedilen toprakları mücahitler arasında pay etmeyerek bunların eski sahiplerinde kalmasına karar vermiştir. Ancak bunun karşılığında ise bu kişilerin “haraç” vergisini vermesini şart koşarak Müslümanlar için sürekli bir gelir kaynağının oluşmasının yanı sıra sınırların da korunması maslahatlarına dayanmıştır⁴⁰⁵. Zira kendisine itirazda bulunanlara karşı “yetimler, dullar, fakirler ne olacak, sınırları ve malları kim koruyacak” şeklindeki savunması bize gösteriyor ki Hz. Ömer bu uygulamasındaki maslahat fikrini, kamu yararı perspektifi ile ortaya koymuştur⁴⁰⁶. Burada İslam hukukunun külli kaidelerinden yola çıkmak suretiyle toplumun maslahatını sağlamaya yönelik verilmiş bir hüküm söz konusudur⁴⁰⁷. Yukarıdaki örneklerden de anlaşıldığı üzere İslam Hukuku açısından maslahat-ı mürsele oldukça önemli bir yer teşkil etmektedir

3.9.3. Örf ve âdet

İslam’ın ilk yıllarından itibaren, ortaya çıkan problemlerin çözümü için sahabeler Hz. Peygamber’e müracaat ederdi. O zamanlarda henüz vahiy devam ettiği için meselelerin çözümü noktasında hüküm ya vahiy ile ya da Hz. Peygamber’in kendisinden alınırdı. Hz. Peygamber’in vefat etmesinden sonra vahiy kesilince ortaya çıkan problemlerin çözümünde ilk olarak Kur’an’a müracaat edilir, burada bir çözüm bulunamazsa Hz. Peygamber’in Sünnet’ine bakılırdı. Şayet buralardaki hükümler de problemi çözmeye uygun değilse o zaman dinî bilme noktasında önde gelen sahabeler istişare eder ve ortak bir karara varırlardı. Yani icma ederlerdi. İcmanın sağlanamadığı durumlarda ise hakkında hüküm bulunan bir meseledeki illet ortaklığından yola çıkarak kıyas metodu ile çözüme ulaşılmaya çalışılırdı.

⁴⁰⁴ Şaban, s. 228.

⁴⁰⁵ Şaban, s. 228; Karaman, İslâm Hukuk Tarihi, s. 117, 118;

⁴⁰⁶ Karaman, İslâm Hukuk Tarihi, s. 118;

⁴⁰⁷ Gül, s. 260

Birçok semavi dinden sonra gelmiş ve vahye dayalı bir din olan İslam, en son dindir. Ancak her şey İslam dini ile başlamamıştır. Kendisinden önce de oldukça fazla sayıda uygulama, kural, hüküm vardı. Belki de İslam'da bazı şeylerin bir defada haram ya da helal kılınmamasının bir hikmeti de budur. Örneğin; içkinin tamamen yasak kılınması belli safhaların geçilmesinden sonra olmuştur⁴⁰⁸. Bu safhalarda toplum bu yasağa yavaş yavaş alıştırılmıştır. Yani İslam dininin hükümleri toptan değil, tedricen/peyder pey gönderilmiştir. İslam'ın yeşerdiği toplumda İslam'dan önce de var olan ve İslam'ın reddetmediği örf ve âdetler de vardır. İslam'a aykırı olmayan bu örf ve âdetleri İslam hukukuna kabul edip değerlendiren kişi de Hz. Peygamber olmuştur⁴⁰⁹. İşte Hz. Peygamber bu örf ve âdetlerden bazılarını başlangıçta yasaklamamışken bazılarını daha sonraları kaldırmıştır; ancak bazılarını ise hiç dokunmadan onları İslam Hukuku'na dâhil ederek yaşamlarına olanak tanımıştır⁴¹⁰. İslam'a aykırı olanlar yasaklanmış, aykırı olmadığı halde sakıncalı olarak nitelendirilenler düzeltilmiş, bunların dışında kalanlar ise olduğu gibi kabul edilmiştir⁴¹¹.

İnsanların bulundukları toplumdaki örf ve âdete uygun davranmaları tabiatlarının bir gereğidir. Bu sebeptendir ki Hz. Peygamber İslam'a aykırı olmadığı sürece toplumdaki örf ve âdetlerin uygulanmasını yasaklamamıştır. Zamanla İslam toplumu genişlemiş, farklı ırktan ve kültürden birçok insan İslam'a dâhil olmuştur. Bu genişleme ile beraber zamanın değişmesi, bir takım yeni sorunları da ortaya çıkarmıştır. Özellikle günümüzde teknolojinin de çok hızlı ve yaygın bir şekilde kullanılması, daha önce karşılaşılmayan problemlerin ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır. Bu sorunların içtihat edilerek çözülebilmesi için o toplumun da iyi tanınması gerekir. Bu sebeple toplumların hukukunun şekillenmesinde önemli bir yeri olan örf ve âdetlerin İslam'a aykırı olmayacak şekilde İslam Hukuku'na entegre edilmesi gerekir. İnsanlardan zorluğu kaldırmanın ve onların maslahatını sağlamanın yollarından biri de örf ve âdetlerin dikkate alınmasıdır. Bu yüzden boşluğun olduğu alanlarda hüküm veren hukukçular, kaynak olarak örf ve âdete itibar etmişlerdir.

⁴⁰⁸ Ayrıntılı bilgi için bakınız: Baktır, Mustafa, İçki, TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://cdn2.islamansiklopedisi.org.tr/dosya/21/C21023330.pdf>, E.T. : 01.04.2022.

⁴⁰⁹ Hamidullah Muhammet, İslam Hukuku'nda Örf ve Âdet, Hikmet Yurdu Düşünce - Yorum Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi, s. 158, http://isamveri.org/pdfdrgr/D03434/2008_2/2008_2_AKSUZ.pdf, E.T. : 01.04.2022.

⁴¹⁰ Hamidullah, s. 158.

⁴¹¹ Hamidullah, s. 158-161.

3.9.3.1. Örf ve âdetin tanımı

Arapça “a-r-f” kökünden gelen örf kelimesi sözlükte, “*iyi olan, yadırganmayan, bilinen, tanınan; peş peşe gelen*”⁴¹² anlamına gelir. Örfün terim anlamı ise “*Aklı verilerin süzgecinden geçerek vicdanlarda yer tutan ve selim tabiatlarca uygun bulunan davranışlar, söz ve eylem biçimleri*”⁴¹³ dir. Arapça “a-v-d” kökünden gelen bir isim olan âdet kelimesi sözlükte, “*eski duruma dönmek; geri çevirmek, bir şeyi tekrarlamak, üst üste yaparak alışkanlık haline getirmek*”⁴¹⁴ anlamına gelir. Âdetin terim anlamı ise “*Özel bir çaba harcamaksızın bir işi alışkanlık haline gelinceye kadar tekrar etmek*”tir⁴¹⁵.

Bu tanımlamaların dışında örf ve âdeti farklı ifadelerle tanımlayan hukukçular da vardır. Zekiyüddin Şâban’a göre; insanların çoğu tarafından benimsenip alışkanlık haline getirilen işler ya da duyulduğu zaman özel anlamı dışında herhangi başka bir anlama gelmeyecek şekilde kullanımı âdet haline gelen lafızlara örf denir⁴¹⁶. Buna göre çoğunluğun alışkanlık haline getirdiği işlere bazı bilginler ameli örf derken bazıları da bunlara âdet demiştir⁴¹⁷.

Tanımlardan da anlaşıldığı üzere örf ve âdet mahiyetçe birbirinden farklıdır. Örfün başlangıcı akıl ve iradeye dayanır; oysa âdet tekrar ve alışkanlığa dayanır. Ayrıca âdet iyi veya kötü bir şey de olabilir; ancak örf için böyle bir durum söz konusu olmaz⁴¹⁸. Dolayısıyla âdet daha genel bir kavram iken örf ona nispeten daha özel bir kavramdır⁴¹⁹. Her ne kadar tanımları birbirinden farklı olsa da kaynaklarda bu iki kavramın aynı anlama gelecek biçimde örf ve âdet şeklinde kullanımı yaygındır⁴²⁰. Bu sebeple tezimizin bundan sonraki kısmında biz de “örf ve âdet” manasını kapsayacak şekilde “örf” kavramını kullandığımızı belirtmek istiyoruz.

⁴¹² Dönmez, Örf, s. 87.

⁴¹³ Dönmez, Örf, s. 88, (Naklen: Ahmed Fehmî Ebû Sünne, el-‘Urf ve’l-‘âde fi re’yi’l-fuḫahâ, Mekke, 1947, s. 8).

⁴¹⁴ Karaman, s. 369.

⁴¹⁵ Dönmez, Örf, s. 87.

⁴¹⁶ Şaban, s. 259.

⁴¹⁷ Şaban, s. 259.

⁴¹⁸ Kıyıcı, Selahattin, İslam Hukukunda Örf ve Âdet, İşaret Yayınları, İstanbul, 1990, s. 22, 23.

⁴¹⁹ Kurt, Ayhan, Mevsilî’nin İhtiyar Adlı Eserinde Örf ve Âdet, Yüksek Lisans Tezi, Hitit Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014, s. 8-9.

⁴²⁰ Karaman, s. 370.

3.9.3.2. Örfün şartları

İslam hukuku açısından örfün bir kaynak olarak değerlendirilebilmesi için bazı şartların varlığı gerekir. Bu şartlar olmadan örfe dayanarak herhangi bir uyuşmazlık hakkında hüküm kurulamaz. Ancak yine de hukuk düzeninde muteber kabul edilmeyen örflerin meydana gelmesi ihtimal dâhilinde olduğu için örfün şartlarını; varlık şartları ve muteber sayılma şartları şeklinde iki grupta inceledik⁴²¹.

3.9.3.2.1. Varlık şartları

- Sürekli Uygulama: Bu şart örfün maddi yani objektif unsurunu ifade eden ve toplumdaki olayların çoğunluğunda devamlı ya da baskın bir şekilde görülebilen özelliğidir⁴²². Buna göre örf söz konusu muamelelerin ya tamamında ya da büyük çoğunluğunda uygulanmalıdır. Devamlı ve sıklıkla uygulanan bir örfün toplumda yerleştiği ve böyle bir örfün hükme dayanak olabileceği kabul edilir⁴²³. Bu husus Mecelle’de şu şekilde ifade edilmiştir: “*Âdet ve örf ancak devamlı veya galip olması durumunda muteber olur*”⁴²⁴. Bunun tersi bir durumda yani o toplumu oluşturan halk, hüküm verilecek konu ile ilgili olarak başka bir uygulamayı benimsemiş ise o zaman örf, hükme dayanak olamaz⁴²⁵.
- İstikrar: Bu şart örfün manevi yani sübjektif unsurunu ifade eden ve toplumda öyle olması gerektiği ile ilgili inancın ve genel kanaatin olmasını ifade eden özelliğidir⁴²⁶. Toplumdaki sürekli veya baskın uygulamayı ifade eden bu şartın örfün maddi unsuru ile sınırlı olduğunu söyleyebiliriz.

3.9.3.2.2. Muteber sayılma şartları

Örfün varlık şartlarının dışında onu şer’an geçerli sayabilmemiz için sahip olması gereken şartlara muteber sayılma şartları denir.

- Örf, şer’i bir delile ya da İslam Hukuku’nun herhangi bir ilkesine aykırı

⁴²¹ Dönmez, s. 89, 90.

⁴²² Dönmez, s. 89.

⁴²³ Şenocak, İhsan, İslam Hukukunda Örfün Hükümlere Etkisi (Doktora Tezi), Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Samsun, 2011, s. 47.

⁴²⁴ Mecelle, m. 41.

⁴²⁵ Şaban, s. 263.

⁴²⁶ Dönmez, s. 89.

olmamalıdır⁴²⁷. Örneğin; bir toplumda sarhoş edici içkilerin içilmesi örf sayılacak derecede yaygınlık kazansa bile buna itibar edilerek herhangi bir hüküm verilemez. Sarhoş edici içkilerin yasak olduğu ile ilgili nas hükmüne rağmen bu nassın yürürlüğünü ortadan kaldıracak şekilde toplumdaki örfе itibar edilemez. Zira Allah, Mü'minûn Suresi 71. ayette; “*Eğer hak onların keyfî arzularına uysaydı muhakkak ki gökler, yer ve bunlarda bulunanların düzeni bozulurdu*” buyurmuştur. Buna göre din insanların örflerine ya da arzularına uyulması için gelmemiştir; aksine insanlar dinin hükümlerine uymakla mükellef kılınmıştır⁴²⁸.

- Örf tasarruf anında mevcut olmalıdır. Bu husus ya söz konusu hukuki işlemin kuruluşu esnasında ya da söz konusu durumun bulunduğu anda olmalıdır⁴²⁹. Yani o sırada mevcut olmayan bir örfе dayanılarak hüküm kurulamaz. Aynı zamanda hükme esas alınan bu örfün tasarruf zamanına kadar da devam ediyor olması gerekir⁴³⁰.
- Örf açık bir irade beyanı ile çatışmamalıdır. Yani buna aykırı bir söz veya fiil olmamalıdır. Herhangi bir konuda bir örf olmasına rağmen taraflar bunun aksini bir akit ile kararlaştırmışlarsa artık örfе itibar edilmez, tarafların bu konudaki iradeleri öncelikli husus olarak uygulanır⁴³¹. Bu hususta örfе itibar edilmeyeceği Mecelle'nin 13. maddesinde de şu şekilde ifade edilmiştir: “*Tasrîh mukabelesinde delâlete itibar yoktur.*”. Yani açık irade beyanı olduğunda artık örfе başvurulmaz.

3.9.3.3. Örfün kısımları

Biz bu başlık altında örfü; mahiyeti, muteber olup olmaması ve yayıldığı muhit açısından bir tasnife tabi tutup açıklamayı uygun gördük.

⁴²⁷ Şaban, s. 264; Dönmez, s. 90.

⁴²⁸ Şaban, s. 264; Dönmez, s. 90.

⁴²⁹ Şaban, s. 263.

⁴³⁰ Yelek, Kamil, Hanefi Mezhebinde Örfün Hükümlere Etkisi, Abant İzzet Baysal Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, s. 89, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/272344>, E.T. : 03.04.2022.

⁴³¹ Şaban, s. 263.

3.9.3.4. Mahiyeti açısından örf

3.9.3.4.1. Sözlü (kâvli) örf

Duyulduğu zaman başka bir anlamı çağrıştırmayacak derecede özel bir anlama gelen ve herhangi bir karineye ihtiyaç duyulmadan bu anlamın anlaşıldığı lafızlara sözlü (kâvli) örf denir⁴³². Yani lafızlar bu şekilde uzun süre kullanıla kullanıla artık bir karine olmadan bu özel mana anlaşılır⁴³³. Dolayısıyla böyle bir durumda söz konusu lafzın kullanıldığı toplumdaki örfeye uygun olan manasının dikkate alınması gerekir. Mesela, sözlükte hem erkek hem de kız çocuğu anlamına gelen “*veled*” kelimesinin sadece erkeği anlatmak için kullanılması, “*et*” kelimesinin sözlükte balığı da kapsayacak şekilde bir anlama sahip olmasına rağmen bundan kırmızı etin anlaşılması sözlü örfeye birer örnektir⁴³⁴.

3.9.3.4.2. Fiili (ameli) örf

Toplumdaki insanların ekseriyetinin benimseyip uygulama biçimini devamlı yapmak suretiyle alışkanlık haline getirdiği fiillere fiili örf denir⁴³⁵. İnsanlar için bir alışkanlık halini alan bu fiilleri bazı bilginler âdet olarak nitelendirmişler⁴³⁶. Mesela sözlü herhangi bir ifade kullanmadan alışverişin yapılması yani para ve onun karşılığı olan mal veya hizmetin yerine getirilmesi fiili bir öftür. Kira sözleşmesinin yapılmasında henüz kiralanan yerin kullanılmasına başlanılmadan önce paranın peşin verilmesi de yine bu çeşit örfelerdendir⁴³⁷.

3.9.3.5. Muteber olup olmaması açısından örf

Örfün nassa ve şer’i esaslara uygun olup olmamasına göre yani hukuken muteber olup olmamasına göre yapılan bu ayırmada sahih ve fâsit olmak üzere iki çeşit örf vardır.

⁴³² Dönmez, s. 90; Karaman, s. 370.

⁴³³ Dönmez, s. 90.

⁴³⁴ Şaban, s. 259; Şenocak, s. 14.

⁴³⁵ Karaman, s. 370; Şaban, s. 259.

⁴³⁶ Şaban, s. 259.

⁴³⁷ Karaman, s. 370; Şaban, s. 259;

3.9.3.5.1. Sahih örf

Naslara aykırı olmadığı gibi maslahatla da uyumlu olan ve kötülüğü celp etmeyen örf'e sahih örf denir⁴³⁸. Buna göre insanların âdet haline getirdiği ve İslam ile çatışmayan örfler İslam hukuku açısından bir delildir. Mesela, nişanlıların birbirine verdikleri hediyelerin mehir olarak sayılmaması, evlilik halinde erkeğin kadına verdiği mehirin tamamının ya da bir kısmının peşin verilmesi veya sonraya bırakılması sahih örf kapsamına girer⁴³⁹. Bundan dolayı mesela, kişiler arasında mehir ile ilgili meydana gelen uyuşmazlıklar, sahih örf temel alınarak çözüme kavuşturulabilir.

3.9.3.5.2. Fâsit örf

Sahihi örfün aksine naslara aykırı olup maslahatla çatışan ya da kötülüğü celbeden örf'e fâsit örf denir⁴⁴⁰. Mesela bir toplumda içkinin yaygın olarak tüketilmesi ya da faizin alışkanlık haline getirilmesi fâsit örf kapsamına girer. Dolayısıyla bu ve benzeri fâsit örfler, bir toplumun tamamına yayılıp alışkanlık hali kazansa dahi İslam hukuku açısından meşru olup hükme esas alınacak bir delil vasfına sahip olamaz.

3.9.3.6. Yayıldığı muhit açısından örf

Toplumdaki veya meslek gruplarındaki yaygınlık derecelerine göre örf; umumî (genel) ve hususî (özel) örf olmak üzere iki kısma ayrılır.

3.9.3.6.1. Umumî (genel) örf

Bütün İslam ülkelerinde teamül haline gelen ya da bütün insanlar için yer ve zaman fark etmeksizin geçerli olan veya İslam hukuku açısından Hz. Peygamber'in peygamberlik devrinden bu güne kadar bütün hukukçuların kabul edip uyguladığı ve hakkında herhangi bir nas olmayan örflere umumî (genel) örf denir⁴⁴¹. Dolayısıyla umumî örf büyük toplulukların uyduğu bir örf çeşididir. Örneğin; camilere ayakkabı ile girilmesinin saygısızlık olarak kabul edilmesi, talâk sözcüğünün evlilik birlikteliğini sona erdirmek için kullanılması umumî örf kapsamında

⁴³⁸ Dönmez, s. 90

⁴³⁹ Hamdi, Döndüren, Delilleriyle İslâm İlmihali, İstanbul, 1991, s. 36.

⁴⁴⁰ Dönmez, s. 90

⁴⁴¹ Koca, Ferhat İslam Hukuk Metodolojisinde Tahsis (Daraltıcı Yorum), Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 1996, s. 253; Dönmez, s. 90; Şaban, s. 260.

değerlendirilir⁴⁴². Bu örfün başta gelen bir diğer örneği de istisnâ akdidir⁴⁴³. Sanatkârlara sipariş vermek suretiyle eşya yaptırma alışkanlığını ifade eden bu akit, insanlar tarafından çok uzun bir zamandan beri devam ettirilen bir alışkanlıktır. Genel kural olan mevcut olmayan bir şeyin satışının yasak olması⁴⁴⁴ hususuna istisnai bir durum olarak sahabe döneminden itibaren insanların bu husustaki ihtiyacının çok olması sebebiyle oluşmuş genel bir örfdür⁴⁴⁵.

3.9.3.6.2. Hususî (özel) örf

Belli bir bölge ya da ülkede yaşayan insanların veya belirli bir çevrenin bir davranışı ya da bir lafzı özel bir manaya gelecek şekilde kullanmasını âdet haline getirmesi ile oluşan, zamana ve bölgeye göre değişkenlik gösteren örflere hususî (özel) örf denir⁴⁴⁶. Örneğin; tacirlerin mal alışverişi yaptıkları kişilerle aralarındaki borç ilişkilerini gösteren özel ticari defterlerini şahit olmaksızın ispat vasıtası olarak kullanabilmeleri bu kapsamdaki örflerdendir⁴⁴⁷.

Sonuç itibariyle, her toplumda bir realite olarak örflerin varlığı kabul görse de her bir örfün meşru ve makbul olduğunu söylemek mümkün değildir. Örflerin meşru ve makbul sayılmasının birinci şartı naslara aykırı olmamalarıdır. Bununla beraber bir kaynak değeri teşkil edebilmesi için genel ahlaka uygun, insanların ya maslahatına yarayacak ya da onlardan bir zararı giderecek şekilde bir değeri olması gerekir. Geçmiş zamanlardan günümüze değin varlığını sürdüren örf ve âdetler insanlar bir arada yaşadıkça var olmaya devam edecektir. Dolayısıyla hukuki boşlukların doldurulmasında her daim hukukçuların başvuracağı bir kaynaktır. Bu sebeple örf, İslam hukukunun hüküm elde etmek için bir içtihat aracı şeklinde kullanılacağı kaynaklardan biri olarak varlığını sürdürmeye devam edecektir.

3.9.3.7. Kur'an'da örfe bırakılan bazı konular

Kur'an ve Sünnette daha ziyade ism-i mef'ûl siygasıyla "*marûf*" şeklinde kullanılan ve "*aklın ve dinin güzel gördüğü şey, iyilik ve ihsan*" manasına gelen örf kelimesi, bu

⁴⁴² Şaban, s. 260.

⁴⁴³ Şaban, s. 260.

⁴⁴⁴ Buhârî, Büyû', 85.

⁴⁴⁵ Ekinci, Ekrem Buğra, İslam Hukukunda Değişmenin Sınırı, Arı Sanat Yayınları, İstanbul, 2005, s. 68.

⁴⁴⁶ Şenocak, s. 16; Şaban, s. 260.

⁴⁴⁷ Şaban, s. 260.

şekliyle Kur'an'da 39 yerde geçer⁴⁴⁸. Yani bir içtihat aracı olarak İslam hukukunun tali kaynaklarından biri olarak kabul edilen örf, İslam hukukunun birinci kaynağı olan Kur'an-ı Kerim'de de kendine yer bulmuştur.

Kur'an'ın çözümünü örfe havale ettiği meselelerden biri olarak kadına verilecek nafaka miktarının belirlenmesi hususunu örnek verebiliriz. Bakara Suresi'nin 233. ayetinde *"... Annelerin yiyecek ve giyeceğini örfe uygun (bil-ma'rûf) olarak sağlamak, çocuk kendisinin olan babaya aittir. Kimse, gücünün yeteceğinden fazlası ile yükümlü tutulmaz (...)"* buyrulmuştur. Bilindiği üzere evli olan bir kadının ve çocuklarının geçimi için gerekli olan masraflarını karşılamak kadının kocasına ait bir vazifedir. Ancak ayette, nafakanın miktarı ile ilgili olarak herhangi bir hüküm yer almaz. Yani miktar belirtilmemiştir. Nafaka vermekle yükümlü olan babanın durumu da Talâk Suresi'nin 7. ayetinde şu şekilde belirtilmiştir: *"Varlıklı olan kimse nafakayı genişliğine göre versin. Rızkı kendisine daraltılmış bulunan da, Allah'ın kendisine verdiğinden versin"*. Bu iki ayeti birlikte değerlendirdiğimizde nafaka miktarının hem anneye yetecek kadar olması hem de babanın mali durumuna uygun olması gerekir⁴⁴⁹. Bu uygunluğun ölçüsü toplumdan topluma ve kişiden kişiye değişir. Bu sebeple adaletli bir uygulamayı sürekli kılabilmek adına hukukçuların toplumdaki örf ve adetlere bakarak içtihat etmeleri gerekir.

Çocukların sütanneleri tarafından emzirilmeleri çok eski zamanlara dayanan bir uygulama ve âdettir. Çeşitli sebeplerle çocukların sütanneler tarafından emzirilmesini İslam yasaklamamıştır. Çocuğu emziren kadına bunun karşılığında verilecek ücretin miktarı yine örfe göre belirlenmesi gereken hususlardan biridir. Bununla ilgili olarak Bakara Suresi'nin 233. ayetindeki hüküm şu şekildedir: *"Çocuklarınızı süt ana tutup emzirtmek isterseniz, ücretini örfe göre verince size bir sorumluluk yoktur"*. Dolayısıyla söz konusu toplumda böyle bir uygulama için geçerli olan örfün temel alınması suretiyle ücretin belirlenmesi, insanların maslahatına uygun hükümlerin verilmesine olanak sağlar.

Kur'an-ı Kerim'in genel bir çerçeve çizip o çerçevenin içinin doldurulması ile ilgili olarak örfün dikkate alınmasını istediği meselelerden biri olarak örnek vereceğimiz son husus, Nisâ Suresi'nin 6. ayetinde geçmektedir. Ayette şu şekilde buyrulmuştur:

⁴⁴⁸ Döndüren, Hamdi, Örf, (Naklen: M. Fuad Abdulbâki, el-Mu'cemul-Müfehres fi Elfâzıl-Kur'an'il-Kerim, Mısır 1378, urf (marûf) maddesi), <https://sorularlailamiyet.com/kaynak/orf>, E.T. : 02.04.2022.

⁴⁴⁹ Döndüren, Hamdi, Delilleriyle İslâm Hukuku, s. 294 vd.

"Veli veya vasilerden zengin olan (yetimin malını yemekten) kaçsın. Yoksul olan da, örf'e göre bir şey yesin". Buna göre yetimin velisi veya vasisi olan kişi şayet yoksul ise yetimin malından yemesi için kendisine ruhsat verilmiştir. Ancak bu yetimin malının tümünün bitirilmesi şeklinde olmamalıdır. Ne kadar olacağı yine örf dikkate alınarak belirlenmelidir. Tüm bunların belirlenmesinde dikkate alınacak olan örfün yer, zaman ve toplum faktörlerine göre değişiklik arz edebileceği göz önünde bulundurulmalıdır. Bu sebeple bir içtihat aracı olarak hukukçular tarafından kullanılan örf, İslam hukukuna dinamik bir yapı sağlayarak insanların hukuka uyumunu kolaylaştırır.

3.9.3.8. Sünnet'te örf'e bırakılan bazı konular

Hiz. Peygamber bir hadislerinde şöyle buyurmuştur: "*Müslümanların güzel gördüğü şeyler, Allah katında da güzeldir*"⁴⁵⁰. Buna göre Müslümanlar tarafından kabul görüp benimsenen şeyler İslam hukuku açısından delil niteliğindedir. Bunun kapsamına Müslümanların müspet kabul edip uyguladığı örf ve âdetler de girer. Nitekim Hiz. Peygamber, o dönemde toplumda yaygın bir şekilde yer alan selem, mudarabe, şirket gibi örf ve âdetlerin devamını onaylamıştır⁴⁵¹. Naslara aykırı olmayan bu örf ve âdetler, insanların uzun yıllardır uyguladıkları alışkanlıkları oldukları için İslam bunlara karşı çıkmamıştır. Hiz. Peygamber de bunlara uyum sağlayıp bunları uygulamıştır.

Hiz. Peygamber, başka yerlerde uygulanan örf ve âdetlere de naslara aykırı olmadığı sürece riayet ederek bunlara uygun davranmıştır. Nitekim İslam'a davet etmek üzere Rumlara yazacağı mektup konusunda, Rumların geleneğinde mühürlü bir mektubun okunmayacağı şeklinde sahabenin ikazını dikkate alan Hiz. Peygamber, kendisine gümüş şeklinde mühür bir yüzük temin ederek mektubu bu şekilde göndermiştir⁴⁵².

İslam'ın gelmesinden önce Arap toplumunda var olan âdetlerden bazıları İslam'a aykırı bulunarak tamamen yasaklanmıştır. Örneğin; kumar, faiz, kız çocuklarının diri diri toprağa gömülmesi gibi uygulamalar haram kılınmıştır. Alım-satım, evlilik, eşler arasında denklik gibi uygulamalar ise tamamen ortadan kaldırılmayıp bir takım yeni

⁴⁵⁰ Ahmed b. Hanbel, I, 379; Ayrıca bkz: Şanalmış, Abdülkadir İbn Nüceym'in el-Eşbâh Ve'n-Nezâir Adlı Eserinde Örf'e Dair Görüşleri, <https://dergi.diyaret.gov.tr/makaledetay.php?ID=30638#:~:text=Nitekim%20Abdullah%20b.,bir%20d elil%20oldu%C4%9Funa%20i%C5%9Faret%20eder>, E.T. : 02.04.2022.

⁴⁵¹ Buhârî, Selem 1; Ebû Davûd, Buyû' 28; Edeb 20.

⁴⁵² Buhârî, Libas, 52.

düzenlemelere tabi tutularak muhafaza edilmiştir⁴⁵³. Bazı durumların çözümü de Hz. Peygamber'in Sünnet'inde belirtildiği üzere örf'e havale edilmiştir.

Hz. Peygamber'in örf'e havale ettiği hususlardan biri olarak çocuklara verilecek nafakanın belirlenmesi gösterilebilir. Çocuklara verilecek olan nafakanın miktarını da Hz. Peygamber ile Ebû Süfyan'ın karısı olan Hind binti Utbe arasında geçen hadiseden öğreniyoruz. Buna göre; kocası Ebû Süfyan'ın kendisi ve çocukları için yeterli miktarda harcama yapmadığı gerekçesi ile kocasının haberi olmadan malından alıp alamayacağını sorunca Hz. Peygamber şu şekilde karşılık verir: *"Onun malından sana ve çocuklarına yetecek kadarını örf'e göre olabilirsiniz"*⁴⁵⁴. Bu durumda Hind'in bulunduğu toplumdaki örf'e göre miktar belirlenecektir. Dolayısıyla hem yukarıda nafaka ile ilgili olan Kur'an ayetlerini hem de bu hadisi beraber değerlendirdiğimizde, kadının ve çocukların nafakasının miktarının belirlenmesinde örfün dikkate alınması gerektiği sonucuna ulaşmak mümkündür.

3.9.3.9. Örfün değişmesiyle hükümlerin değişmesi

Mecelle'nin 39. maddesinde *"Ezmânın tagayyürü ile ahkâmın tagayyürü inkâr olunamaz"* hükmü yer alır. Yani belli bir örf'e ya da illete dayanarak belirlenmiş olan hükümler, söz konusu örf veya illet değişince değişirler⁴⁵⁵. Değişen zaman ile birlikte insanların örf ve âdetlerinin de değişeceği gerçeğini yalın ve veciz bir şekilde anlatan Mecelle'deki bu madde, İslam hukukunun örf'e dayalı olarak verilen hükümlerinin de bu doğrultuda değişebileceğini göstermektedir. Dolayısıyla bir içtihat aracı olarak İslam hukukunda hüküm kurmada kullanılan örf, zaman içerisinde değişince içtihadın dayanak noktası da ortadan kalkar. Nasıl ki asılda meydana gelen bir değişme fer'de de değişimi zorunlu kılıyorsa aynı şekilde örf üzerine kurulan hükümler de örfün değişmesiyle birlikte değişime uğrarlar⁴⁵⁶.

Kendi zamanındaki örf'e dayanarak hüküm kuran bir hukukçunun yaptığı içtihadın, kendisinden sonra gelen başka bir hukukçu tarafından değiştirilmek istenmesinin dayanak noktalarından biri örfün değişmesidir. Mesela, Hânefi mezhebi imamlarına göre Kur'an öğretmek de bir tâat ve ibadet olduğu için diğer ibadetlerde olduğu gibi Kur'an öğreten birisinin bunun karşılığında ücret alması caiz değildir. O zamanlar

⁴⁵³ Döndüren, Örf, E.T. : 02.04.2022.

⁴⁵⁴ Buhârî, Büyü', 95.

⁴⁵⁵ Köse, s. 299.

⁴⁵⁶ Şaban, s. 265.

beytül-malden imamlara ücret verildiği için bu hükmün o devir için uygun olduğu sonucu çıkar. Zamanla buradan öğreticilere ayrılan ücret kesildi. Bu kişiler ücret alamayınca başka işlere yöneldiler ve Kur'an öğreten kimse kalmadı. İşte bu sebeple sonraki hukukçular, söz konusu hükmün verildiği zamandaki şartların değiştiğini dikkate alarak Kur'an öğreten kişilerin ücret almasına cevaz vermişlerdir⁴⁵⁷. Zira zaman ve şartların değişmesine paralel şekilde örfün değişmesi hükmün de değişmesini netice verir. Aslında bu husus Hz. Peygamber'in "*Kolaylaştırınız, zorlaştırmayınız, müjdeleyiniz, nefret ettirmeyiniz*"⁴⁵⁸ şeklindeki hadisine uygun bir uygulamadır. Şayet, bir mesele ile ilgili olarak nas ile sabit bir hüküm yoksa o zaman hukukçunun vereceği hükmün, insanlara kolay gelecek yani onları zora sokmayacak bir özellikte olması gerekir.

Zaman faktörünün temel alınması ile örfe dayalı hükümlerin değişeceği gerçeğinin yanında, mekân faktörünün farklılık göstermesinden dolayı da hükümlerde değişiklik olabileceği genel kabul görmüş bir başka husustur⁴⁵⁹. Farklı bölgelerde farklı örflerin olması buna dayanılarak verilen hükümlerin de farklı olması sonucunu doğurur. Mesela dört ayaklı olup hareket edebilen her türlü canlı manasına gelen "dabbe" lafzı, Iraklılar tarafından sadece at anlamında kullanılır⁴⁶⁰. Dolayısıyla bir bölgede var olan bir örfe dayalı olarak verilen hüküm gereği bazı uygulamalar hukuken caiz kabul edilirken başka bölgelerde bunun caiz görülmemesi söz konusu olabilir. Ezcümle, örf ve âdetin zamana ve mekâna bağlı olarak değişmesi, hükümlerin de değişmesi sonucunu doğurur. Tüm bunlar da İslam'ın ebedi ve evrensel bir din olmasından kaynaklanan zaruri sonuçlardır.

3.9.4. Külli Kaideler

Münferit kuralların temelini oluşturan, bilinçli veya bilinçsiz bir şekilde hukuki yargılarımızı etkileyen, hukuk idesinden doğmuş büyük ve genel gerçekliğe sahip olan, hem kamu hem de özel hukukun birçok alanında uygulanabilen fikirlerin dayanağı olan hukuk kurallarına, hukukun genel ilkeleri denir⁴⁶¹. Hem beşeri hem de

⁴⁵⁷ Şaban, s. 267.

⁴⁵⁸ Buhari, İlim, 11.

⁴⁵⁹ Şenocak, s. 204.

⁴⁶⁰ Şaban, s. 260; Yelek, s. 91, E.T.: 03.04.2022.

⁴⁶¹ Edis, Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1993, s. 146.

vahye dayalı hukuk sistemlerinin çoğunda bulunan bu kurallar, İslam hukukunda da külli kaideler tabiri ile kendisine yer bulmuştur.

3.9.4.1. Kaide kavramı ve tanımı

Çoğulu kavâid olan kaide kelimesi sözlükte “*binanın üzerine dayandığı temel, bir şeyin aslı, esası*” manasındaki anlamıyla Kur’an’da iki yerde geçer⁴⁶². Bu tanımda fizik aleme has bir mana taşıyan kaide kelimesi, tasavvurât düzlemine taşınarak “*farklı olayların müşterek mahiyetini ifade eden genel hüküm, münferit meselelere ait hükümlerin dayandığı ana fikir, cüzlerin hükümlerine uygun düşen küllî önermeler*” şeklindeki anlamıyla çok yaygın bir şekilde çeşitli ilimlerde kullanılmıştır⁴⁶³. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere her ilim dalının kendi alanıyla ilgili olarak bazı kaideleri vardır. Kaide kelimesi İslâm Hukukunda da kullanılır. Buna göre, İslam Hukuku’nun hemen her alanında uygulanabilen ve hukukun temel ilkelerini içerecek şekilde özlü ve kuşatıcı olan, fer’î meselelerin hükümlerini ya tümüyle ya da büyük oranda kuşatan tümel önermelerin adı olan kaide kavramı, sınırlı bir alanda geçerliliğe sahip olan alt kaidelerden ayrılabilmesi için de “*külli kaide*” şeklinde adlandırılmıştır⁴⁶⁴. Konumuz açısından bu çalışmamızda biz sadece fıkıh alanıyla ilgili olan kaideleri inceleme konusu yaptık.

Fıkıh ilmi açısından ilk kavâid kitapları olarak kabul edilen Kerhî ve Debusî’nin eserlerinde “*kaide*” kavramı yerine “*asıl*” sözcüğünün kullanıldığı görülse de küllî kaideler için zâbıt, nazariye, eşbah ve nezâir, prensip, şer’î hüküm, küllî hüküm, ağlebî hüküm gibi kelimelerin de kullanımına rastlanılır⁴⁶⁵. Âlimlerin kaide için farklı tanımlamaları olsa da genel kabul gören tanıma göre fıkıh ilmi açısından kaide; “*Detay (cüz’i/fer’i) fıkıh meselelerin hükümlerini bilebilmek için, o fıkhi meselelerin çoğunluğuna uygulanabilen ekseri hükümdür*”⁴⁶⁶. Yani hukukun her alanına dâhil

⁴⁶²Baktır, Mustafa, Kaide, TDV İslâm Ansiklopedisi, s. 205, <https://cdn2.islamansiklopedisi.org.tr/dosya/24/C24007826.pdf>, E.T. : 01.04.2022; Bakara, 127: “İbrâhîm İsmâil’le birlikte o evin (Kâbe’nin) temellerini yükseltiyordu: “Ey rabbimiz! Bizden bunu kabul buyur; şüphesiz sen işitensin, bilensin”; Nahl, 26: “Bunlardan öncekiler de tuzak kurmuşlar, ama Allah da onların evlerini temellerinden sökmüş, üstlerindeki tavan tepelerine inmiş, böylece hiç farkında olmadıkları bir yerden kendilerine ceza ansızın gelmişti”.

⁴⁶³ Baktır, Kaide, TDV İslâm Ansiklopedisi, s. 205.

⁴⁶⁴ Baktır, Kaide, TDV İslâm Ansiklopedisi, s. 205.

⁴⁶⁵Kartal, Kaya, İslâm Hukukunda ve Mecelle’de Küllî Kâideler, s. 12, <https://www.muhammedbalci.com/hukukdunyasi/makaleler/birikimlerV/572.pdf>, E.T. : 01.04.2022.

⁴⁶⁶ Hakkı, İzmirli İsmail, İlm-i Hilâf, Hüner Yayınevi, s. 197-202.

olan konularla ilgili olarak çoğu zaman geçerli olup istisnasız herkesi değil çoğu kişiyi kapsayacak şekilde hukuki hüküm verme işlevine sahip olan hukuk prensipleridir⁴⁶⁷. Her şeyden önce İslam hukukunun maksat ve esaslarını yansıtan bu kaideler, birbirine benzeyen ve tek bir kıyas altında toplanabilen bütün hükümlerden süzölmüş ortak noktaları ifade eder⁴⁶⁸.

Kaide ile ilgili yukarıdaki tanımlardan anlaşılacağı üzere kaide külli bir mana ihtiva eder. Bununla beraber kapsamına giren tüm fertler için istisnasız bir şekilde uygulanması şartı da yoktur. Zira bu kaideler genel ilkeleri ifade eder. Bunun için çoğunluğa uygulanabilir olması yeterli olup her birinin hükmünden istisna tutulabilecek hususların olduğunu da kabul etmek gerekir⁴⁶⁹. Zira hayatta sürekli olarak bir değişim ve dönüşüm sarmalı vardır. Hukuk da bu değişim ve dönüşümden etkilenir. Bu etkilenme neticesinde de hukukun uygulandığı durumlar için istisnaların olması son derece doğaldır.

3.9.4.2. Külli kaidelerin ortaya çıkış süreci

Sosyal bir varlık olarak toplum içinde yaşayan insan, sosyal ilişkilerini düzenleyen hukuk kurumuna her zaman ihtiyaç duymuştur. İnsanın bu sosyal düzenini sağlayan kurumlar, İslam hukukunda da varlık göstermektedir. İslam hukukunda bu kurallar bütünün bir kısmı, Hz. Peygamber zamanında tamamlanarak kendisinden sonraki dönemlerde yaşayan hukukçular için de bir temel teşkil etmiştir.

Zamanla farklı kültürdeki toplumların İslam dini ile tanışmasıyla beraber İslam ülkelerinin sınırları genişlemiştir. Bu genişleme beraberinde bir takım yeni ve farklı sorunları da getirmiştir. Daha önce karşılaşılmayan ya da karşılaşılmaması muhtemel olan bu ve benzeri problemler karşısında hukukçular içtihat yoluna başvurmayı tercih etmiştir. Bu hukukçuların yaptıkları içtihat faaliyeti neticesindeki görüşleriyle daha da gelişen fıkıh ilmi, zaman içerisinde tedvin edilerek şimdiki halini almıştır⁴⁷⁰.

⁴⁶⁷ Yaman, Ahmet, Bir Kavram Olarak “Fıkıh Kâideleri” ya da İslam Hukukunun Genel İlkeleri, s. 51, https://www.academia.edu/35783508/B%C4%B0R_KAVRAM_OLARAK_FIKIH_K%C3%82%C4%B0DELER%C4%B0_YA_DA_%C4%B0SLAM_HUKUKUNUN_GENEL_%C4%B0LKELER%C4%B0, E.T. : 01.04.2022.

⁴⁶⁸ Yaman, s. 51.

⁴⁶⁹ Yıldırım, Mustafa, Mecelle’nin Külli Kâideleri, İzmir 2001, s. 16.

⁴⁷⁰ Hodza, Munafis, Hanefi Klasiklerinden el-Hidâye’deki Külli Kaideler, Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi, Bursa, 2010, s. 1.

Fıkıh ilmi ile meşgul olan hukukçuların, külli bir mana ihtiva edecek şekilde genel hükümleri belirlemelerinde, Kur'an'ın ve Hz. Peygamber'in cevâmiü'l-kelim olma özelliği yani az sözle çok şey ifade eden hadislerinin payı çok fazladır. Yani İslam hukukunda fıkıh ve fıkıh usulünün dışında külli kaidelerin ortaya çıkmasında, fıkıhın bir kolu olan ve dayanağını esas itibariyle Kur'an ve hadisten alan içtihat faaliyetlerinin yoğun bir katkısı olduğunu söyleyebiliriz⁴⁷¹. Zira hukukçular, ayet ve hadislerden yola çıkarak genel nitelikli bu hükümlere, içtihat faaliyetlerini de ortaya koyarak ulaşmışlardır. Bu faaliyetleri esnasında mantık, Arapça ve belagat gibi bazı ilim dallarından da faydalanmışlardır⁴⁷². Özellikle mantık ilminin de faaliyet alanında olan tümevarım yöntemi, hukukçular tarafından prensiplerin elde edilmesinde yoğun bir şekilde kullanılmıştır⁴⁷³.

Külli kaideler şeklinde ifade edilen İslam hukukunun genel ilkeleri Kur'an, Sünnet ve ilk dönemde yazılmış olan eserlerde dağınık halde bulunsa da bu günkü mana itibariyle ortaya çıkışının hicri IV. asrın başları olduğunu söyleyebiliriz⁴⁷⁴. Bu dönemde verilen fetvaların çoğalması, bunların belli bir kaide ve esas çerçevesinde bir çatı altında toplanması ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. Zira bu asırda yazılan eserlerin mukaddimelerinde, binlerce meselenin ezberlenmesinin mümkün olmadığı gerekçesinden hareketle bir ihtiyaç ve zarureten dolayı genel hükümlerin tespit edildiği ortaya koyulmuştur⁴⁷⁵.

Genellikle İslam devletlerinin resmi mezhebi olan Hanefi mezhebine göre ihtilafların çözüme kavuşturulduğu mahkemelerdeki fıkhi meselelerin sayısının zaman içerisinde çok fazla artması, bu fer'i meselelerin belli kaideler altında toplanması ihtiyacını ortaya çıkarmıştır⁴⁷⁶. Hanefi mezhebine göre verilen bu fetvaların bir araya getirilebilmesinin güçlüğünden Mecelle'nin gerekçe kısmında da bahsedilmiş ve bu

⁴⁷¹ Demir, Abdullah, Külli Kaidelerin Hukuk Kaynağı Olarak Değeri, Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi, s. 1-5, http://www.sobider.net/FileUpload/ep842424/File/kulli_kaidelerin_hukuk_kaynagi_olarak_degeri.pdf, E.T. : 01.04.2022.

⁴⁷² Baktır, Mustafa, İslâm Hukukunda Küllî Kaideler, Doçentlik Tezi, Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, Erzurum, 1988, s. 31.

⁴⁷³ Demir, Külli Kaidelerin Hukuk Kaynağı Olarak Değeri, s. 1-5.

⁴⁷⁴ Baktır, Mustafa, İslam Hukukunun Genel Prensipleri, Ekev Akademi Dergisi, Y. 12, S. 34 (Kış 2008), s. 204, http://ktp.isam.org.tr/pdfdrg/D01777/2008_34/2008_34_BAKTIRM.pdf, E.T. : 01.04.2022.

⁴⁷⁵ Baktır, İslam Hukukunun Genel Prensipleri, s. 204.

⁴⁷⁶ Baktır, İslam Hukukunun Genel Prensipleri, s. 204.

sebeple Şer’iyye Mahkemelerine bile kadı bulmakta zorluk yaşandığı ifade edilmiştir⁴⁷⁷.

3.9.4.3. İslam hukuku açısından külli kaidelerin yeri

Aile hukuku, ceza hukuku, borçlar hukuku, ibadetler, devletler hukuku, kamu hukuku gibi birçok alanda var olan hükümlere ortak açıklama getiren külli kaideler, bu hükümlere bağlı olarak ana ilkeleri de tanımlamayı amaç edindiği için fer’i meselelerin çoğunluğunu kural olarak kapsar⁴⁷⁸. Bununla birlikte bir takım meseleler için özel delilin olması bu meseleleri kaidelerin dışında tutmamızı gerektirir. Bu sebeple hukukçular külli kaide için yaptıkları tanımlamalarda ağırlık kaydına yer vermişlerdir⁴⁷⁹.

İslam Hukuku’nun hem orijinal olmasında hem de diğer hukuk ekollerinden ayırıcı bir özelliğe sahip olmasında külli kaidelerin payı oldukça fazladır. Külli kaidelerle ilgili olarak Karâfi, şu ifadeleri kullanır: *"Bu kaideler fıkhıta oldukça mühimdir; faydaları çoktur. Bunları ihatadaki gücüne göre fakih, büyür ve şerefi artar. Fıkhın güzelliği bu kaidelerle ortaya çıkar ve bilinir. Fetva usulleri bunlarla anlaşılır"*⁴⁸⁰. Buna bağlı olarak bir hukukçunun bu külli kaidelere vakıf olma derecesinin artması hem hukukçuyu kıymetli kılar hem de verdiği hükümlerde isabeti artırır. Bu konuda yine Karâfi kaideler ile ilgili olarak şu ifadeleri kullanır: *"Kim ki fûru meseleleri, külli kaideler olmaksızın cüz’i benzerliklerle elde etmeye başlarsa, ona göre fûru meseleler karışır ve tenakuzlar meydana gelir. Artık onun zihni bu meselelerle karışır ve çıkmaza girer. Bundan dolayı da gönlü daralır ve başarmaktan ümidini keser. Artık sayısız cüz’i meseleyi ezberlemeye ihtiyaç duyar. Böylece ömrü biter tükenir de istediği şeyleri yerine getiremez; fakat kim fıkhı bu kaidelerle öğrenirse, fûru meseleler bu külli kaidelerin içinde mevcut olduğundan, cüz’i meselelerin çoğunu ezberlemeye ihtiyaç duymaz. Başkasına göre tenakuz teşkil eden bir mesele, ona göre uygun ve doğru olur. Çok uzakta olanlara bile cevap verir ve anlaşılır kılar. En kısa zamanda amacına ulaşır"*⁴⁸¹. Dolayısıyla İslam hukukunda değişen şartlar ve

⁴⁷⁷ Baktır, İslam Hukukunun Genel Prensipleri, s. 204.

⁴⁷⁸ Baktır, Kaide, TDV İslâm Ansiklopedisi, s. 208.

⁴⁷⁹ Baktır, Kaide, TDV İslâm Ansiklopedisi, s. 208.

⁴⁸⁰ Baktır, İslam Hukukunun Genel Prensipleri, s. 208, (Naklen: Karâfi, Şihabuddîn Ebu’l-Abbas Ahmed b. İdrîs b. Abdurrahman, Envârü’l-Burûk fî Envâi’l-Furûk, Beyrût ty, C. I, s. 3).

⁴⁸¹ Hodza, 41-42, (Naklen: Karâfi, C. I, s. 3.)

durumlar karşısında oluşabilecek boşlukları doldurmada hukukçu önemli bir yere sahiptir. Zira bilinçli ya da bilinçsiz olarak oluşan boşluklar içtihat faaliyeti sayesinde doldurulur. Bu noktada hukukçu için içtihat ettiği konulardaki hükümlerin doğru ve etkili bir değerde olması için külli kaidelerin varlığı oldukça elzem bir husustur.

Külli kaidelerin yoğun olarak bulunduğu eserlerin başında Mecelle gelir. Refik Gür, Mecelle'nin külli kaideleri ile ilgili olarak bu kaidelerin “*İnsan düşüncesinin derinlik ve genişliğinde billurlaşmış, mücerret her çağ ve devirde realite ile bağdaşabilen, insanlık yaradılış ve mümtaziyetlerinin ayrılmaz cüz'ü sayılan, insanın yaradılışı ile birlikte tabiatla mevcudiyeti farz olunan tabii hukuk verimlerinin parlak bir şekilde ifade ve teyidinden ibaret*” olduğunu ifade eder⁴⁸². Gür'e göre, Roma hukukundaki şekilperest ve dar görüşlü olma özelliğine karşın kavâid-i külliyye veciz beyana ve mevcudiyete sahip olduğu için hukukta geniş bir tefsir kapısını açmıştır⁴⁸³. Sonuç itibarıyla külli kaidelerin, İslam hukuku açısından hukuk mantığının geliştirilmesinin yanı sıra hukukçular arasındaki hukuki düşüncenin yorum yolu ile çeşitlenmesine katkı sağladığı bir gerçektir.

3.9.4.4. Külli kaidelerin kaynakları

İslam hukukunun her bir delilinde olduğu gibi külli kaidelerin de temel dayanağı Kur'an ve hadislerdir. Önemli diyebileceğimiz bir kısmının ayet ve hadislerde ifade edildiği külli kaideler, hukukçuların yoğun çabası sonucu söz konusu bu ayet ve hadislerin tahlil edilmesi ile ortaya çıkmıştır⁴⁸⁴. Bunun yanında üçüncü bir kaynak olarak hukukçuların içtihat faaliyetinin de külli kaidelerin oluşmasında katkısı olduğunu söyleyebiliriz.

3.9.4.4.1. Kur'an-ı Kerim

Miras ile ilgili bazı ayetlerde olduğu gibi Kur'an'da bir takım konularla ilgili olarak ayrıntılı hükümler olmakla beraber Kur'an'daki hükümler genel itibarıyla küllî esaslar şeklinde verilmiştir⁴⁸⁵. Dolayısıyla külli kaidelerin ilk ve temel kaynağı Kur'an'dır. Farklı mahiyetteki oldukça fazla sayıdaki uyuşmazlıklara ortak açıklama

⁴⁸²Gür, Refik, Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle, Sebil Yayınevi, İstanbul 1993, s. 107.

⁴⁸³ Gür, s. 110

⁴⁸⁴ Demir, Abdullah, Külli Kaideler Ekolü, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 133, <https://dergipark.org.tr/en/pub/ebyuhfd/issue/63147/960161>, E.T. : 01.04.2022.

⁴⁸⁵ Baktır, İslam Hukukunun Genel Prensipleri, s. 206.

getiren külli kaideler, İslam hukukunun hem dayanmış olduğu ana ilkeleri hem de amaçlarını külli bir şekilde ortaya koyar. Külli kaidelerin bu derece önemli olması ve fonksiyonel bir şekilde kullanılmasının ana sebeplerinden biri, İslam hukukunun ana kaynağı olan Kur'an-ı Kerim'de bu kaidelere kaynak teşkil eden ayet sayısının oldukça fazla olmasıdır. Aşağıda Kur'an'ın külli kaidelere temel teşkil eden ayetlerinden örnekler verilmiştir.

- “Zorluk kaldırılmıştır”⁴⁸⁶ şeklindeki kaide, “*Din konusunda size hiçbir zorluk da yüklememi*”⁴⁸⁷ ayetinden çıkarılmıştır.
- “Meşakkat teysîri celbeder” şeklinde Mecelle’nin 17. maddesinde de yer alan külli kaide, “*Allah sizin için kolaylık ister, size zorluk çıkarmak istemez*”⁴⁸⁸, “*Allah hiç kimseyi güç yetiremeyeceği şekilde yükümlü tutmaz*”⁴⁸⁹, “*Allah sizin yükünüzü hafifletmek ister, çünkü insan hilkatçe zayıf yaratılmıştır*”⁴⁹⁰, “*Allah size güçlük çıkarmak istemez*”⁴⁹¹ mealindeki ayetlerden çıkarılmıştır⁴⁹².
- “Zaruretlar memnu olan şeyleri mübah kılar”⁴⁹³, “Zaruretlar kendi miktarlarınca takdir olunur”⁴⁹⁴ külli kaideleri, “*Kim zorda kalırsa, başkasının hakkına tecavüz etmemek ve zaruret miktarını geçmemek şartıyla, ona da günah yoktur*”⁴⁹⁵ mealindeki ayetten çıkarılmıştır⁴⁹⁶.
- “Cezada şahsiyet şarttır”⁴⁹⁷ şeklindeki suç ve cezanın şahsa özel olmasını ifade eden külli kaide, “*Hiçbir kimse başkasının günah yükünü taşımaz*”⁴⁹⁸ ayetinden çıkarılmıştır.
- “Ceza amelin cinsindendir”⁴⁹⁹ külli kaidesi, “*Haksızlığın karşılığı yapılan haksızlık kadardır*”⁵⁰⁰ ayetinden çıkarılmıştır.

⁴⁸⁶ Demir, Külli Kaideler Ekolü, s. 134.

⁴⁸⁷ Hac, 78.

⁴⁸⁸ Bakara, 185.

⁴⁸⁹ Bakara, 286.

⁴⁹⁰ Nisa, 28.

⁴⁹¹ Maide, 6.

⁴⁹² Yıldırım, s. 68-71.

⁴⁹³ Mecelle, 21.

⁴⁹⁴ Mecelle, 22.

⁴⁹⁵ Bakara, 173.

⁴⁹⁶ Demir, Külli Kaideler Ekolü, s. 134.

⁴⁹⁷ Demir, Külli Kaideler Ekolü, s. 134.

⁴⁹⁸ İsra, 15.

⁴⁹⁹ Demir, Külli Kaideler Ekolü, s. 134.

⁵⁰⁰ Şura, 40.

- “Şartlara mümkün olduğu kadar riayet olunur”⁵⁰¹ ve “Akit yapma vadi muteberdir”⁵⁰² şeklindeki külli kaideler, “Bağlandığınız ahidleri yerine getirin”⁵⁰³ ayetinden çıkarılmıştır.

3.9.4.4.2. Hadis-i Şerifler

Hadisler İslam hukukunun ikinci ana kaynağı olmalarının yanı sıra külli kaidelerin de ikinci ana kaynağıdır. Hz. Peygamber bir hadislerinde kendisinin “*cevâmiü’l-kelim*” ile gönderildiğini ifade etmiştir⁵⁰⁴. Cevamiü’l-kelim, Hz. Peygamber’in diğer peygamberlerden farklı olarak sadece kendisine has özelliğini ortaya koyan ve az sözle çok mana ifade eden vasfı için kullanılır⁵⁰⁵. Bu sayede Hz. Peygamber çok uzun ve teferruatlı konuları çok veciz ve kısa bir şekilde özetlemiştir. İşte O’nun bu yöndeki ifadeleri sonraları külli kaideler olarak tespit edilmiştir⁵⁰⁶. Hatta âlimlerin çabası ile tasnif edilip “*kırk hadis*” şeklinde meşhur olan hadisler bu yöndeki bir gayretin neticesinde ortaya çıkmıştır⁵⁰⁷. Hz. Peygamber’in az sözle birçok manayı ifade eden külli kaide şeklindeki hadislerinden bazıları aşağıda belirtilmiştir.

- “Bir işten maksat ne ise hüküm ona göredir”⁵⁰⁸ ve “Akitlerde itibar, maksat ve manayadır; kelime ve lafızlara değildir”⁵⁰⁹ kaideleri, “*Amellerin değer ölçüsü niyetlerdir*”⁵¹⁰ hadis-i şerifinden çıkarılmıştır.
- “Zarar vermek ve zarara zararlar karşılık vermek de yoktur” şeklindeki külli kaide, bir hadisin⁵¹¹ olduğu gibi tercüme edilmesi ile ortaya çıkarılmıştır. Yine Mecelle’de bulunan “Zarar ve mukabele bi’z-zarar yoktur”⁵¹² külli kaidesi de belirttiğimiz hadisten çıkarılmıştır⁵¹³.
- “Âdet hakem kılınır”⁵¹⁴ külli kaidesi, “... Örfе göre sana ve çocuğuna yetecek

⁵⁰¹ Demir, Külli Kaideler Ekolü, s. 134.

⁵⁰² Demir, Külli Kaideler Ekolü, s. 134.

⁵⁰³ Maide, 1.

⁵⁰⁴ Buhari, Cihad, 122.

⁵⁰⁵ Kandemir, M. Yaşar, Cevâmiü’l-kelim, TDV İslâm Ansiklopedisi, s. 440, <https://cdn2.islamansiklopedisi.org.tr/dosya /7/C07002838.pdf>, E.T. : 18.04.2022.

⁵⁰⁶ Demir, Külli Kaideler Ekolü, s. 135.

⁵⁰⁷ Baktır, İslam Hukukunun Genel Prensipleri, s. 207.

⁵⁰⁸ Yaman, s. 66.

⁵⁰⁹ Yaman, s. 66.

⁵¹⁰ Buhârî, Bed’ü’l-Vahyi 1.

⁵¹¹ İbn Mâce, Ahkâm, 17.

⁵¹² Mecelle, 19.

⁵¹³ Yıldırım, s. 69.

⁵¹⁴ Yaman, s. 66.

kadarını al”⁵¹⁵ hadisi şerifinden çıkarılmıştır.

- “Bir şeyin nef’i zamanı mukabelesindedir”⁵¹⁶ külli kaidesi, “*Menfaat sorumluluk karşılığındadır*”⁵¹⁷ hadisi şerifinden çıkarılmıştır.
- “Bi-kaderi’l-imbân şarta müraât olunmak lâzım gelir”⁵¹⁸ şeklindeki külli kaide, “*Müslümanlar şartlarıyla bağlıdır*”⁵¹⁹ hadisi şerifinden çıkarılmıştır

3.9.4.4.3. İçtihat kaynakları

Ayet ve hadislerin ışığında yukarıda örneklerinden bazılarını açıkladığımız külli kaideler tarih boyunca ehil olan hukukçular tarafından kullanılmıştır; ancak külli kaideler ekolünün oluşması ve kitaplarda yer edinebilmesi için hukukun hem oluşum hem de gelişim sürecini tamamlanması gerekiyordu⁵²⁰. Dolayısıyla külli kaidelerin tespiti, mezheplerin teşekkül edip müstakil eserlerin telif edilmesi sonrasında olmuştur⁵²¹. Zira birbirine benzeyen meseleler ile ilgili olarak verilmiş olan fetvaların ortak bir kaide altında toplanabilmesi ve akabinde külli kaidelerin tespiti belli bir sürenin geçmesini zorunlu kılmıştır⁵²². Söz konusu bu sürenin sonunda ayet ve hadislerden yola çıkıp külli kaideleri tespit etmeye çalışan hukukçular Arapça, belagat ve mantık gibi bazı ilim dallarından da istifade etmişlerdir⁵²³.

Bazı kaideler direkt olarak naslardan alınmamıştır; ancak içerikleri ayet ve hadislerden süzülerek ortaya çıkarılmıştır⁵²⁴. Mesela; “*Âdet, muhakkemdir*” şeklinde Mecelle'nin 36. maddesinde yer alan külli kaide ile aynı manaya gelecek bir ayet veya hadis yoktur; fakat hukukçular, genel olarak nasların içeriklerinden yararlanmak suretiyle böyle bir külli kaideyi ortaya koymuşlardır⁵²⁵.

Hukukçuların içtihatları ile ortaya koyduğu külli kaidelerin ilk örneklerinden birine, Basra kadısı Ebu Musa el-Eş’arî’ye Hz. Ömer’in yazdığı ve içinde kaza müessesesi

⁵¹⁵ Buhari, Buyû’, 95.

⁵¹⁶ Mecelle, 85; Yıldırım, s. 176.

⁵¹⁷ Tirmizî, Büyü’, 53.

⁵¹⁸ Mecelle, 83; Yıldırım, s. 173.

⁵¹⁹ Ebu Dâvud, Akdiye 12, Tirmizî, Ahkâm 17.

⁵²⁰ Demir, Külli Kaideler Ekolü, s. 136.

⁵²¹ Demir, Külli Kaideler Ekolü, s. 136.

⁵²² Demir, Külli Kaideler Ekolü, s. 136.

⁵²³ Baktır, İslam Hukukunda Külli Kaideler, s. 31.

⁵²⁴ Baktır, İslam Hukukunun Genel Prensipleri, s. 208.

⁵²⁵ Baktır, İslam Hukukunun Genel Prensipleri, s. 208.

ile muhakeme usulünün prensiplerinin yer aldığı mektupta rastlıyoruz⁵²⁶. Mektubun içeriği şu şekildedir: “Şüphesiz kazâ (adâletin tevzî) kesin bir farz (ödev) ve uygulanmış, uyulmuş bir sünnettir. Sana bir dava getirildiği ve iddia açıklandığı zaman dinle ve anla, durum ortaya çıkınca hükmet ve hükmü icra eyle; çünkü icra ve infâz edilmedikçe hakkı açıklamanın bir faydası yoktur. Davranışın, huzurunda verdiğin yer ve adâletin bakımından insanları birbirine eşit tut ki, asâlet sahibi, kendisi için başkasına haksızlık edebileceğini ummasın, zayıf (yoksul ve arkasız) olan kişi de, adâletinden ümidini kesmesin. Şâhit ve delil getirmek dâvacıya, yemin ise dâvalıya aittir (yükümlülüktür). Haramı helâl, helâli de haram kılan neviden olmamak üzere müslümanlar arasında sulh (anlaşma) caizdir. Daha önce hükmedip de bugün yeniden düşündüğün (ictihad ettiğin ve doğrusunu bulduğun) zaman, daha önce başka türlü hükmetmiş olman, seni doğruya dönmekten alıkoymasın, çünkü hakkın kıdemi vardır (hak her şeyden öncedir) ve hakka dönmek, bâtilde kalmaktan hayırlıdır. Kitâb ve Sünnet’te hükmü bulunmayan bir mesele gelir de üzerinde tereddüt edersen onu iyice anlamaya çalış, sonra onun emsâli ve benzeri olan hâdiselerin hükmünü araştırıp öğren ve hâdiseleri, benzerlerine kıyas ederek hükme bağla. Mahkemede ortaya çıkmamış bir hakkı veya delili olduğunu ileri süren kişiye, ona ulaşabileceği bir süre ver, eğer delini getirebilirse onun hakkını başkalarından alır, kendisine verirsin, şahit ve delil getiremezse aleyhine hükmetmek senin için helal olur; şüpheyi ortadan kaldıracak ve körlüğü giderecek en iyi usul budur. İffete iftira etmekten mahkûm olmuş, yahut yalancı şahitlik yaptığı sabit olmuş yahut da – şahitlik edeceği kişi ile kendi arasında- akrabalık, yakınlık bulunan kişiler müstesnâ olmak üzere, müslümanlar, birbirine karşı şahitlik bakımından udûl (dürüst, şahitliğe ehil) kabul edilirler. Allah Teâlâ (iyi niyetle yapılan) yeminleri bağışlamış, delil ve şahitler sayesinde kişiye yöneltilen haksızlık ve suçlamaları gidermiştir. Dâvanın taraflarına karşı sabırsız davranmaktan, can sıkıntısından, oflayıp puflamaktan sakın; çünkü hakkın, kendine ait yerlere yerleşmesi (muhâkeme sonunda hakkın yerini bulması) sebebiyle Allah kişinin sevabını artırır ve şânını yüceltir. Allah’ın selâmı üzerine olsun”⁵²⁷.

Söz konusu bu mektupta yer alan külli kaideler şunlardır:⁵²⁸

⁵²⁶ Karaman, Hayrettin, Başlangıçtan Zamanımıza Kadar İslam Hukuk Tarihi, İz Yayıncılık, İstanbul, 1999, s. 120-121.

⁵²⁷ Karaman, İslam Hukuk Tarihi, s. 121-122.

⁵²⁸ Demir, Külli Kaideler Ekolü, s. 137.

1. Beyyine müdde'î için ve yemin münkir üzerinedir⁵²⁹.
2. Haramı helal ve helalı haram yapmadığı sürece Müslümanlar arasında sulh caizdir.
3. Hakkın önceliği vardır (kadim) hiçbir şey onu iptal edemez.
4. Müslümanlar, birbirine karşı şahitlik bakımından udûl (dürüst, şahitliğe ehil) kabul edilirler.

Hz. Ömer'in dışındaki sahabeler ve onlardan sonra gelen hukukçuların fetvalarında ve kitaplarında külli kaidelerin kullanıldığı görülmektedir. İmam Ebu Yusuf'un Kitâbu'l-Harac'ı ile İmam Şâfiî'in er-Risâle'si ve Ümm'ü bu mahiyetteki eserlerden bazılarıdır⁵³⁰. Dolayısıyla İslam hukukunda külli kaideler her zaman yoğun ve etkili bir şekilde hukukçular tarafından kullanılmıştır.

⁵²⁹ Mecelle, 76.

⁵³⁰ Demir, Külli Kaideler Ekolü, s. 137.



4. HUKUK BOŞLUĞUNUN DOLDURULMASININ TÜRK VE İSLAM HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

4.1. Genel Olarak

Yüz yıllardır topluluk halinde yaşayan insanoğlu her devirde hayatını kolaylaştıracak bir takım yeni düzenlemelere adapte olarak bunları hem geliştirmiş hem de uygulamıştır. Bu değişiklikler her topluma göre farklılık gösterse de her insanın bu değişimden temel beklentisi aynıdır. Bu da düzen ve adaletin sağlanmasıdır. Düzen ile beraber adaleti tesis etmenin ilk basamağı insanların haklarını korumak yani hak kaybına mani olmaktır. Bu iki olgu topluluk halinde yaşayan her toplumdaki insanın ana gayesi olmuştur. Bundan dolayıdır ki “*gerçek, sabit, doğru, varlığı kesin olan şey*” manasına gelen hak kavramının çoğulu olan hukuk bu açıdan çok önemli olmuştur⁵³¹. Yani bu amaçlarına ulaşmak isteyen insanların hayatında hukuk bu sebepten ötürü hep çok önemli bir yer teşkil etmiştir.

Zaman içerisinde toplumlarda oluşan hukuk kurallarının hem artması hem de çeşitlenmesi beraberinde kanunlaştırma/kodifiasyon olgusunu zorunlu hale getirmiştir; çünkü toplumun felsefi, siyasi, ekonomik ve sosyal yapısında meydana gelen değişimler bu yönde bir çabayı zorunlu kılmıştır⁵³². Zira kanunlaştırma beraberinde bir düzen ve toparlanmayı da getirir. Genel anlamı ile kanunlaştırma, kanun yapmayı ifade ederken özel anlamı ile kanunlaştırma, yerel hukuku bir araya getirmek amacıyla hukukun belirli bir alanını ilgilendiren hukuk kurallarının kanun şeklinde bir araya toplanması demektir⁵³³.

Kanunlaştırma hareketleri her ne kadar modern devletlerin oluşmasından sonra çok daha sistemli bir halde gelişim gösterse de buna benzer örneklere çok eski zamanlardan itibaren rastlanılmaktadır⁵³⁴. Mesela, milattan önce 23. yüzyılda hazırlanan Babil’deki Hammurabi Kanunları, milattan önce 5. yüzyılda hazırlanan 12

⁵³¹ Çağrı, Mustafa, Hak, TDV İslâm Ansiklopedisi, s. 137. <https://cdn2.islamansiklopedisi.org.tr/dosya/15/C15023651.pdf>, E.T. : 22.04.2022.

⁵³² Ayrıntılı bilgi için bakınız: Demir, Abdullah, İlk Usul Kanunu Usul-ü Mahkeme-i Ticaret Nizamnamesinin Transkripsiyonu, e-akademi, Hukuk Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, s. 1-2, <https://docplayer.biz.tr/42911592-Ilk-usul-kanunu-usul-u-muhakeme-i-ticaret-nizamnamesinin-transkripsiyonu.html>, E.T. : 22.04.2022.

⁵³³ Dönmez, İbrahim Kâfi, İslam Hukukunda Müçtehidin Nasslar Karşısındaki Durumu İle Modern Hukuklarda Hâkimin Kanun Karşısındaki Durumu Arasında Bir Mukayese, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, s. 23, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/162516>, E.T. : 22.04.2022.

⁵³⁴ Dönmez, s. 24.

Levha Kanunları, Bizans İmparatoru Justinianus zamanında milattan sonra 6. yüzyılda hazırlanan Corpus Juris Civilis ve Osmanlı Devleti'nin sultanlarından olan Fatih Sultan Mehmed ile Kanuni Sultan Süleyman'ın kanunnameleri bu yöndeki kanunlaştırma hareketlerinin hem en eskileri hem de en önemli örneklerindendir⁵³⁵.

Modern anlamda kanunlaştırma ifadesi ile aslında 18. yüzyılda medeni hukuk alanında başlayan kodifikasyon hareketleri kastedilir⁵³⁶. Modern anlamda 18. yüzyılın sonlarına doğru Avrupa'da başlayan bu kanunlaştırma hareketlerinden biri de İsviçre Medeni Kanunu'nun hazırlanmasıdır⁵³⁷. İşte 4721 sayılı Türk Medeni Kanunumuz da İsviçre Medeni Kanunu'nun iktibas edilmesiyle oluşmuştur.

Bu çalışmanın ilk bölümünde inceleme konusu yapmaya çalıştığımız hâkimin hukuki boşluk durumunda hukuk meydana getirmesi (hukuk yaratması) konusu, kanunlaştırma hareketi neticesinde meydana gelmiş bir kanun olan İsviçre Medeni Kanunu'ndan alınmıştır. Dolayısıyla kanunun uygulanmasındaki metodolojik yöntemde, hâkimin öncelikli olarak yazılı hukuk kurallarını uyuşmazlığa uygulaması beklenmektedir. Kanununun özüyle ve sözüyle uyuşmazlığa uygulanması neticesinde bir hüküm bulunamazsa hâkimin ikinci olarak örf ve adet hukukuna başvurması gerekir. Bunda da istenilen bir cevap alınamaması durumunda hukukta boşluk olduğu kabul edilir. Bu durumda hâkimin, kanun koyucu gibi hareket etmek suretiyle hukuk oluşturmaya gerekir. Yani kanun, hâkimin uyuşmazlığın çözümü için uygulamasını istediği metodolojiyi kendisi vermektedir. Hâkimin bundan başka bir yol takip etmesi kanuna muhalefet etmesi demektir. Bu sebeple hâkim kanunu uygulamak zorundadır. Dolayısıyla burada amaç uyuşmazlığı çözümsüz bırakmamaktır.

Pozitif hukuklarda görülen modern anlamdaki kanunlaştırma yani kodifikasyon hareketlerinin aksine İslam hukuku bu minvalde bir gelişme göstermemiştir⁵³⁸. Zira İslam hukuku, ana kaynağı Kur'an ve Sünnet olan ve müçtehit dediğimiz hukukçular tarafından geliştirilmiş; ancak kanunlaştırılmamış bir hukuk sistemidir⁵³⁹. Yani İslam

⁵³⁵ Dönmez, s. 23-24.

⁵³⁶ Dönmez, s. 24.

⁵³⁷ Dural/Sarı, s. 23-24.

⁵³⁸ Mahmutoglu, Yakup, İslam Hukukunun Kazuistik Yapısı Üzerine, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 140-145, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/213629>, E.T. : 22.04.2022.

⁵³⁹ Peters, Rudolph, Hukukçuların Hukukundan Yazılı Hukuka, Çev. Haluk Songur, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, Sayı: 11, s. 219, Konya 2008.

hukukunun, kodifiye edilmiş bir hukuk olduğunu kabul etmek, Kur'an ve Sünnet'in cahiliyye hukukunun kanunlaştırılmasıyla oluştuğunu kabul etmek demektir⁵⁴⁰.

İslam hukukunun hukukçular hukuku olmasında, bilimsel doktrin özelliği taşıyan ve hukukçular tarafından ortaya konulan içtihatların payı vardır. Ancak İslam hukukunun kodifiye edilmemiş olması onun problemler karşısında durağan bir pozisyona sahip olduğu anlamına gelmez. Tam aksine İslam hukuku kazuistik bir yöntemle geliştiği için her devirde ve toplumda, naslara riayet etmek şartıyla, insanların maslahatına uygun olacak şekilde dinamik olan yapısını korumuştur.

İnceleme konumuz olan hukuki boşluğun olduğu durumlarda İslam Hukuku'nun benimsemiş olduğu metodoloji uyumsuzluğun çözümsüz bırakılmaması üzerinedir. İkinci bölümde inceleme konusu yaptığımız Hz. Peygamber ve Muaz b. Cebel arasında geçen diyalogda olduğu gibi naslarda çözümü bulunamayan uyumsuzluklar için Hz. Peygamber'in salık verdiği metodoloji, hukukçunun içtihat ederek uyumsuzluğu çözmesidir.

Aslında hukuki boşluğun varlığı durumunda hem Türk hukukunda hem de İslam hukukunda amaçlanan şey açısından ortak bir hedefin olduğunu söyleyebiliriz. Her iki hukuk sistemi içerik olarak birbirinden çok farklı olsa da ikisinin de metodolojik olarak hâkimin önüne gelen bir uyumsuzluğun çözümsüz bırakılmaması üzerine bir yöneme ve sisteme sahip olduğunu söyleyebiliriz. Dolayısıyla biz bu çalışmamızda söz konusu hukuki boşlukları ve bu boşlukların doldurulmasında kullanılan metodolojik yöntemleri açıklamaya çalıştık.

4.2. Boşluk Doldurma Yöntemleri Açısından Değerlendirme

İnsan hayatı sürekli olarak bir değişim ve dönüşüm göstermektedir. Buna bağlı olarak meydana gelen olaylar da çok çeşitli olmakla beraber hayatın dinamik yapısına uyumludur. Bu dinamik değişim ve dönüşüm karşısında hukuk da bir pozisyon almak zorundadır. Ancak hukukun bu pozisyonu, toplum hayatında meydana gelebilecek tüm olayların önceden tahmin edilip buna göre kanunların düzenlenmesi şeklindeki bir pozisyon olamaz. Böyle bir hedef ulaşılması mümkün olmayan bir ihtimalden öteye geçemez. Bu doğrultudaki çabanın başarısız bir örneği

⁵⁴⁰ Dönmez, s. 24.

Prusya Devletleri Genel Land Kanunu'dur⁵⁴¹. Dolayısıyla böyle bir gerçeklik günümüzde de varlığını korumaktadır.

Modern kanunlaştırma hareketlerinden birisi olan İsviçre Medeni Kanunu ve bu kanundan iktibas edilmiş olan Türk Medeni Kanunu birinci maddesinde, yukarıda bahsi geçen realiteden dolayı uyuşmazlığa uygulanabilecek herhangi bir hükmün olmaması ihtimali kabul edilmiştir. Bununla beraber böyle bir boşluğun oluşması durumunda hâkimin izlemesi gereken yollar/yöntemler de kanunda belirtilmiştir. Dolayısıyla bu yöndeki bir hukuki boşluğu doldurmak kanun tarafından hâkime verilmiş bir görevdir.

Hayattaki sınırsız olaylar karşısında sınırlı naslara sahip olan İslam hukuku açısından her bir olayın nas kapsamında değerlendirilebilmesi mümkün değildir. Ancak nasların kapsamına girmeyen bir uyuşmazlığın çözümsüz bırakılması İslam hukuku açısından da kabul edilmemiştir. Zira Muaz b. Cebel hadisinde geçtiği üzere son çare olarak Hz. Muaz'ın kendi reyine göre karar verip uyuşmazlığı sürüncemede bırakmayacağını ifade etmesi bunu göstermektedir. Dolayısıyla Türk hukukunda, hukuki boşluğun doldurulması için hâkimden kanun koyucu gibi davranmak suretiyle boşluğu doldurması beklenirken İslam hukukunda da hukukçunun içtihat etmek suretiyle uyuşmazlığı sona erdirmesi beklenmektedir. Bu hususta Hz. Peygamber'in *"Hâkim hükmedip isabet ettiğinde kendisine iki ecir, hata ettiğinde ise bir ecir vardır"*⁵⁴² şeklindeki hadisi de bize bunu göstermektedir.

Türk hukuku ile İslam hukuku arasında hukuki boşluk konusunda oldukça önemli bir fark vardır. Modern kodifikasyon örneklerinde olduğu gibi Türk hukukunda da hakimin kanun koyucu gibi davranıp hukuk oluşturmasının zorunlu olduğu boşluklar bilinçsiz boşluklardır⁵⁴³. Yani kanun koyucu bilerek ve isteyerek bu boşlukları bırakmamıştır. Kanun koyucu böyle bir eksikliğin olabileceğini önceden kabul etmiş yani kendi eksikliğini öngörebilmiştir. Hukuk boşluğu olabileceğini kabul eden kanun koyucu, böyle bir durumda hâkimin izlemesi gereken yolu da kanunda belirtmiştir. İslam hukukunda ise Şâri bazı alanları bilerek düzenlememiştir ve

⁵⁴¹ Dönmez, s. 26.

⁵⁴² Buhârî, İ'tisam, 221; Beroje, Sahip, Hz Peygamber (AS)'ın Sahabe İctihatları Karşısındaki Tavrı, İslami İlimler Dergisi, s. 125-126, http://isamveri.org/pdfdrg/D02917/2008_III_1/2008_III_1_BEROJES.pdf, E.T. :22.04.2022.

⁵⁴³ Dönmez, s. 41.

bunların çözümünü içtihat bırakmıştır⁵⁴⁴. Yani Şâri'nin kendi eksikliği ile ilgili herhangi bir ön kabulü söz konusu değildir. Değişen zamana ve şartlara uygun olarak ve naslara muhalif olmayacak şekilde bilinçli boşlukların doldurularak insanların maslahatının sağlanması hukukçuların içtihat çabasına bırakılmıştır. Bu sebeple Türk hukukunda olduğu gibi Şâri'nin herhangi bir eksikliğinden kaynaklanan sistemsel kanuni bir düzenleme İslam hukukunda söz konusu değildir. Belki de İslam dininin ve buna bağlı olarak da İslam hukukunun kıyamete kadar varlığını canlı ve dinamik bir şekilde sürdürecektir olmasındaki hikmetlerinden biri de budur.

Türk Medeni Kanunu birinci maddesi uyarınca kanunu sözüyle ve özüyle uygulayan hâkim, uyuşmazlığın çözümü için kanunda bir hüküm bulamazsa örf ve âdet hukukuna başvurur. Burada da bir çözüm bulamayan hâkimin kanun koyucu gibi hareket etmesi istenir. Ancak kanun koyucu gibi kural koymakla görevli olan hâkimin hangi yöntemleri kullanıp bu boşluğu dolduracağı ile ilgili kanunda herhangi bir düzenleme yoktur. Bu yöntemlerin neler olabileceği birinci bölümde de ifade edildiği üzere doktrin tarafından ortaya konulmuştur. Doktrin tarafından öne sürülen bu yöntemler kıyas, hukukun genel ilkeleri ve doğrudan hukuk oluşturma yöntemleridir. Bu yöntemlerin kullanılması esnasında hâkimin yararlanacağı araçlar ise bilimsel görüşler ve yargı kararlarıdır.

İslam hukuku açısından da boşlukların olabileceğini kabul edip bunların içtihat faaliyeti ile doldurulacağını ifade etmiştik. Bu yönde içtihat faaliyetinde bulunan hukukçunun kullanacağı çeşitli araçlar vardır. Bu araçlar müçtehitlerin çabaları ile zaman içerisinde ortaya konan araçlardır. Tezimizin ikinci bölümünde açıkladığımız üzere İslam hukukunun içtihat araçları çok olmakla beraber Türk hukukunda hâkimin kullandığı yöntemler ile mukayese edebilmek adına biz bu araçlardan kıyas, genel hükümler, maslahat ile örf ve âdet yöntemlerini açıkladık.

4.3. Kıyas Yöntemi Açısından Değerlendirme

Kıyas konusunda Türk ve İslam hukuku arasında farklılıklar olsa da bir takım benzerlikler de vardır. Her şeyden önce hukuki metinleri anlama ve yorumlama açısından her iki hukuk sisteminde de kıyasın mantığı aynıdır. Ancak Türk hukuku açısından kıyas, İslam hukukundaki kadar teknik anlamda detaylı bir şekilde ele

⁵⁴⁴ Dönmez, s. 41.

alınmaz. Genel hatlar ile hukuk metinlerini anlama ve yorumlama mantığı açısından her iki hukuk disiplininde de belirgin farklar olmasa da İslam hukukunda bir içtihat aracı olarak kullanılan kıyasın, daha detaylı ve belirgin kurallara göre ele alındığını söylemek mümkündür. Yani İslam hukuku ile Türk hukuku arasında kıyasın çeşitleri, şartları, yöntemleri ve ele alınması bakımından bir takım farklılıklar vardır.

Türk hukukundaki kıyas ile ilgili olarak kaynaklarda sınırlı ve dar bir bilgi akışı söz konusudur. Genel olarak kıyasın tanımı ve kıyas için bazı örnekler verilerek konu anlatılır⁵⁴⁵. Biz kıyas konusunu Türk hukuku açısından anlatırken temelde Kemal Gözler hocanın kitabından yararlandık. Hukukta akıl yürütme faaliyeti olarak kıyası ele alan Gözler, İslam hukukundaki kıyastan oldukça fazla yararlanmışır. Özellikle kıyasın unsurları ve şartları ile ilgili olarak Ömer Nasuhi Bilmen'in "*Hukuku İslamiyye ve Islahatı Fıkhiyye Kamusu*"ndan faydalanmıştır⁵⁴⁶. Dolayısıyla İslam hukukunda teferruatlı bir şekilde ele alınan kıyas ile ilgili bu bilgilerin Türk hukukuna da transfer edildiğini söyleyebiliriz. Bu yönüyle İslam hukuk metodolojisinde var olan bir yöntemin Türk hukukuna taşınıp entegre edilmesi çabası hukukumuzun gelişimi açısından önemlidir.

Her ne kadar kıyas metodunun Türk hukukuna İslam hukukundan taşınması şeklinde bir çaba olsa da aralarında hala bazı farklılıklar vardır. Türk hukukunda hukuki boşluk durumunda kıyas metoduna başvurmak için bazı şartların birlikte var olması gerekir. Bunlar; hükmün asıl meseleye özel olmaması, asıldaki hükmün istisnai hüküm olmaması, kıyaslanan şeyin kıyaslanılan şeye benzer olması ve aralarındaki illetin eşit olması, kıyasa konu olan mesele ile ilgili bir hükmün olmaması ve kıyaslanılan şeyin hükmünde bir sınırlandırmanın olmamasıdır. Bunlar İslam hukukunda da var olan şartlardandır.

Türk hukukuna göre iki farklı şekilde kıyas metodu uygulanabilir. Bunlardan ilkinde göre somut olaya kanun normu uygulanarak kıyas yapılır. Bu yöntemde hukuki bir boşluk yoktur. Dolayısıyla hâkimin hukuk oluşturmaya da gerek yoktur; çünkü uyumsuzluğa uygulanabilecek bir norm zaten vardır. İkinci metotta ise hakkında

⁵⁴⁵ Bu hususla ilgili bilgilere şu kaynaklardan ulaşılabilir: Akıntürk, Turgut/Ateş Karaman, Derya Medeni Hukuk, 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanununa Uyarlanmış, s. 74-75, 28. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2014; Dural/Sarı, s. 142; Oğuzman/Barlas, s. 116-117; Serozan, Rona, Medeni Hukuk, Genel Bölüm-Kişiler Hukuku, s. 147-153, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

⁵⁴⁶ İlgili eser bilgisi şu şekildedir: Ömer Nasuhi Bilmen, Hukuku İslamiyye ve Islahatı Fıkhiyye Kamusu, Bilmen Yayınevi, İstanbul, 1968 (Tıpkı Baskı, Sarkamış, Tarih Yok).

herhangi bir norm bulunmayan konuların, hakkında norm bulunanlara benzetilmesi ile yapılan kıyastır. İkinci grupta yer alan kıyas için ya kanun tarafından kıyasın yapılacağı hâkime emredilmiştir ya da hukuk boşluğu olduğu için hâkimin hukuk oluşturması gerekmektedir. Önüne gelen uyuşmazlığı değerlendiren hâkimin, kanunda yer alan bir normun uygulama alanına giren olay ile normun dışında kalan olay arasındaki benzerlikten yararlanarak söz konusu normu somut olaya uygulaması gerekir. Yani kıyas yapmak için hâkim olaylar arasındaki benzerlikten yararlanır. Mesela vesayet altındaki kişi adına kefil olmak vasi için yasaklı bir işlemdir. Velayet altında bulunan bir kişi adına kefil olunmasının veli için de kıyas edilerek uygulanması benzetme yoluyla yapılan kıyastır. Bazen de evleviyet yolu ile kıyas yapılarak hukuk boşluğu doldurulur. Mesela hukukumuzda birbirleri ile evlenmesi yasak olan kişilerin birbirleri ile nişanlanmaları da evleviyet gereği yasak olması bu çeşit kıyasa örnektir.

İslam Hukuku açısından ise kıyas Kur'an'da, Sünnet'te veya icmada hakkında hüküm bulunan meselenin hükmünü, hakkında hüküm bulunmayan başka bir meseleye, aralarındaki illet benzerliği sebebiyle uygulanmaktır. Kıyasın yapılabilmesi için ikinci bölümde ayrıntıları ile açıkladığımız aslın hükmü, fer' ve illet ile ilgili şartların birlikte bulunması gerekir. Ancak İslam hukukunda kıyas için asıl önemli olan husus olaylar arasındaki illetin benzer olmasıdır. Mesela hamrın yasak olmasının illeti onun sarhoş edici özelliğe sahip olmasıdır. Buna kıyas edilerek votka da haram kabul edilir; çünkü her ikisi de sarhoş edici vasfa sahiptir. Yani illetleri ortaktır. Bu sebeple illeti tespit metotları olan nas ile belirleme, icma ile belirleme ve illet ile hüküm arasındaki uygunluğun tespiti ile belirleme hususları önemlidir. Zira boşluk olan durumlarda hukukçunun kıyasa başvurabilmesi için bu metotlara hâkim olması gerekir.

Yukarıdaki paragraflarda da açıklandığı üzere Türk hukuku ile İslam Hukuku arasında kıyas metodu ve şartları açısından benzerlikler olsa da farklılıklar daha fazladır. Türk hukukunda hukuki boşluk durumunda uygulanabilen birden fazla kıyas çeşidi varken İslam hukukunda tek çeşit kıyas uygulanabilir. Bununla beraber İslam hukukunda nassın uygulanmasını emrettiği bir kıyas söz konusu değildir. Bu yönüyle kıyas, müçtehitlerin içtihat faaliyetinde kullandıkları bir araçtır.

Türk İslam hukuku arasında illetin tespiti hususunda bariz farklılıklar vardır. İslam hukukunda illetin tespiti oldukça ayrıntılı ele alınıp sıkı kurallar getirilmiştir. Türk hukukunda ise bu yönde bir teferruat ve sıkı şartlar mevcut değildir. Türk hukukunda kıyasın yapılabilmesi için illetin eşitliği aranır. Ancak İslam hukukunda illetin benzer olması gerekir. İslam hukukunda illetin tespit edilmesinin bazı yolları vardır. Türk hukukunda ise illetin tespiti yolları ile ilgili herhangi bir mesele ele alınmamıştır.

Son olarak Türk hukukunda kıyasın yasak olduğu alanlar arasında ceza ve vergi hukuku varken İslam hukukunda bu şekilde tamamen yasaklı bir alanın varlığından söz etmek mümkün değildir. Yani İslam hukukunda en azından içtihat esnasında olmasa da yargı sırasında ceza hukuku açısından kıyastan söz etmek pek de mümkün gözükmemektedir.

Tüm bu farklılıklar beraber değerlendirildiğinde İslam hukukunda bir içtihat aracı olarak hukuki boşluk durumunda kullanılan kıyasın, Türk hukukuna göre daha sıkı şartlara sahip olduğu görülmektedir. Bu sıkı şartlardan dolayı uygulama alanının da daha kısıtlı olduğunu söylemek herhalde yanıltıcı olmaz.

İslam hukukçuları kıyas ile ilgili şartlarda özellikle illetin tespiti hususunda oldukça teferruatlı ve sıkı kurallar koymuşlar ve bu hususta çok geniş bir malzeme ortaya koymuşlardır. Türk hukukunda ise konu üzerinde bu kadar teferruatlı durulmamıştır. İslam hukukçularının kıyas konusundaki bu çabaları günümüz hukukçularının da göz ardı etmemesi gereken bir husus olarak karşımızda durmaktadır. Nitekim Kemal Gözler de bu yöndeki birikimi görmüş ve bunu Türk hukukuna taşımaya çalışmıştır.

4.4. Maslahat Açısından Değerlendirme

Modern anlamda kanunlaştırma hareketinin bir uzantısı olan İsviçre Medeni Kanunu'ndan iktibas edilen Türk Medeni Kanunu, hukuktaki bilinçsiz boşlukları minimum seviyede tutmayı amaçlamıştır. Bu sebeple Türk hukukunda, İslam hukukuna nispeten daha fazla konu hukuk kuralları ile düzenleme altına alınmıştır. İslam hukukunun asli kaynağı olan Kur'an'da ise daha genel bir çerçeve ile genel nitelikli kurallar yer alır. Birçok konuda teferruatlı hükümler müçtehitler tarafından içtihat faaliyeti ile ortaya konulmuştur. Bu sebeple bir içtihat aracı olan maslahat, Türk hukukundakinin aksine İslam hukukunda fonksiyonel anlamda boşlukların doldurulmasında sıkça kullanılır.

Türk hukukunda maslahat kavramı; kamu yararı, genel yarar, toplum yararı gibi terimlerle karşılık bulur. Ancak İslam hukukunda boşluk durumunda kullanılan bir içtihat aracı olan maslahatlar, Türk hukuku açısından boşluğun doldurulmasında kullanılan bir yöntem değildir. Bu yönüyle Türk hukukunda maslahat, hâkimin hükmünü ortaya koyarken faydalandığı ve gerekçe olarak kullandığı bir argümandır

İslam hukukunun temel bir özelliği, insanların maslahatını yani yararlarını sağlamaktır. Dolayısıyla naslara aykırı olmadığı sürece insanlar için zararlı olanı kaldırmak veya engellemek, faydalı olanı ise almak üzere düzenlemeler yapılabilir. Zaten hükümlerin amacı da insanların maslahatını sağlamaktır. Bu öneminden dolayı İslam hukukçuları maslahatı kısımlara ayırarak incelemişlerdir. Türk hukukunda ise bu yönde bir ayrımı ya da sınıflandırmayı görmek zordur.

Maslahatın bir çeşidi olan maslahat-ı mürsele konumuz açısından asıl önemli olan maslahattır. İslam hukuk metodolojisi açısından içtihat faaliyetinde çokça yararlanılan maslahat-ı mürsele, Şâri'nin bilinçli olarak bıraktığı boşlukların doldurulmasında kullanılır. Türk hukukunda ise maslahat İslam hukukundaki gibi hâkimin bilinçli olarak bıraktığı boşluklarda hukuk oluşturmak üzere kullanılmaz. Zira hâkimin hukuk oluşturabilmesi için bilinçsiz bir boşluğun varlığı gerekir. Dolayısıyla maslahata dayanılarak Türk hukukunda bilinçli boşluklarda hâkimin kural koyma yetkisi yoktur.

İslam hukuku açısından hukukta dinamizm sağlayan maslahat-ı mürsele, günümüzde de oldukça fazla uygulanmaktadır. Örneğin; ihtiyaçlar çerçevesinde Devlet'in, belirli oranlarda farklı gruptaki kişilere vergi mükellefiyetini getirmesi, işçiler ve işveren açısından çalışma ücretlerinde düzenlemeler yaparak çalışma saatlerinde bir takım sınırlandırmalara gitmesi⁵⁴⁷ maslahat-ı mürsele prensibine dayanılarak getirilen uygulamalardır. Yine alım-satım işlemleri için tapu sicilindeki kayıtların esas alınması ya da evlenenlere evlilik cüzdanının verilmesi⁵⁴⁸ maslahat-ı mürsele temelli örneklerdendir. Tüm bu örnekler gelişen ve çeşitlenen hayatın getirmiş olduğu değişimlere bağlı olarak ortaya çıkan uygulamalardır. Yani Türk hukukundakinin aksine, İslam hukukundaki boşlukların maslahata göre bu şekilde doldurulabilmesi mümkündür.

⁵⁴⁷ Şaban, s. 233.

⁵⁴⁸ Köse, s. 132.

Yukarıdaki örneklerden de anlaşıldığı üzere İslam hukuku açısından maslahat-ı mürsele oldukça önemli bir yer teşkil etmektedir. İslam tarihinin ilk zamanlarından günümüze kadar maslahat-ı mürsele prensibine dayanılarak verilen hükümler oldukça fazladır. Bu da bize göstermektedir ki toplumların değişmesi, gelişmesi ya da problemlerin çeşitlenmesi karşısında İslam hukuku her daim çözümler üretebilen canlı bir yapıdadır.

İslam hukukunda bu canlılığı ve çözüm odaklı bir anlayışı getiren maslahatın Türk hukukunda da aktif olarak kullanılabilmesi için kanun koyucunun her konuyu hukuki bir kural şeklinde düzenlemeye çalışmaktan kaçınması gerekir. Daha genel ve çerçeve mahiyette kurallar koyarak teferruatlı kısımları hâkimlere bırakmalıdır. Yani İslam hukukunda olduğu gibi canlılığın aktif olarak kullanılabilmesi için bilinçli olarak boş bırakılmış alanların bir içtihat aracı olan maslahat-ı mürsele ve benzeri metodların nitelikli hukukçular tarafından kullanılmak suretiyle doldurulması gerekmektedir. Bu sayede insanlara ve insanlığa faydalı hukuki düzenlemeler yapılabilir.

4.5. Örf ve Âdet Açısından Değerlendirme

İnsanların sahip oldukları alışkanlıklar zamanla belli davranış şekillerine dönüşerek tipik reaksiyonlar şeklinde dışa vurur. Bu şekildeki tipik reaksiyonlar sayesinde insanların hayatı daha da kolay bir hal alır. Hayatı daha da kolaylaştıran bu davranış kalıpları zaman içerisinde sürekli tekrar edilerek toplu alışkanlıklara dönüşür. Artık toplum bu davranış kalıplarını istemeye başlar. Yani birey istemese de toplum, örf ve âdet diye adlandırdığımız bu davranışları istemeye devam eder. Zamanla bu istekler hukukun da alanına girmeye başlar. Bu noktadan sonra örf ve âdet, toplumun hukukunu etkileyen bir etmen olarak karşımıza çıkar. Dolayısıyla örf ve âdetin; hukukun doğuşunda, anlaşılmasında ve uygulanmasında payı ve etkisi çok fazladır⁵⁴⁹.

Sosyal hayatın bir formu olan hukuk ile sosyal hayatın bir normu olan örf ve âdet arasında sıkı bir ilişkinin olması tabii bir durumdur⁵⁵⁰. Nasıl ki diğer sosyal normlar zamanla hukukun bir kaynağı olabiliyorsa örf ve âdetler de zaman içerisinde

⁵⁴⁹ Karaman, s. 371.

⁵⁵⁰ Dönmez, İbrahim Kâfi, Örf, TDV İslâm Ansiklopedisi, s. 87, <https://cdn2.islamansiklopedisi.org.tr/dosya/34/C34023217.pdf>, E.T. : 01.04.2022.

hukukun kaynaklarından biri olabilmektedir. Hatta bazen hukuk kurallarının anlaşılmasında da örf ve âdet mana itibariyle de kullanılır.

Her ne kadar yazılı hukuk sistemlerinde örf ve âdetlerin rolü çok fazla değilse de İslam hukuku açısından aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Zira İslam hukukunda genel nitelikli normlar ve kurallar ağırlıktadır. Dolayısıyla, İslamiyet'in temel esaslarına aykırı olmayan örf ve âdetler İslam hukuku açısından bir kaynak olarak kabul edilir. Zaten ikinci bölümde açıkladığımız bu yöndeki Hz. Peygamber'in metodu da bize göstermektedir ki hukuki boşlukların doldurulması için, toplumlarda kabul gören ve İslam hukukuna aykırı olmayan örf ve âdetlerin kullanılmasında bir sakınca yoktur. Hatta böyle yapılması o toplumların maslahatına yarayacak ise hukukçuların bu yönde teşvik edilmesi doğru bir uygulama olsa gerek. Zira bir içtihat aracı olan örf ve âdetlerin maslahata uygun olarak kullanılması İslam hukukunun işlevsel fonksiyonunun bir gereğidir. Türk hukukunda da kanun koyucu hâkimin örf ve âdet hukukuna göre karar vermesini kabul etmiştir. Medeni Kanunumuz, İslam hukukundan farklı olarak hâkimin, yazılı hukuk kurallından sonra yani sınırlı olarak örf ve âdet hukukuna başvurmasını düzenlemiştir. Bu yönüyle kullanımının daha dar bir alan ile sınırlı olduğunu söyleyebiliriz.

Örf ve âdet hukuku Türk hukukunun yazılı olmayan kaynaklarından biridir. Yani yazılı hukuk kuralları arasında uyumsuzluğa uygulayabilecek bir norm bulamayan hâkimin ikinci sırada bakması gereken kurallar örf ve âdet hukuku kurallarıdır. Bu yönüyle yazılı hukuk kurallarını tamamlayan bir fonksiyonun olduğunu söyleyebiliriz. Dolayısıyla herhangi bir uyumsuzlukla ilgili olarak hâkimin hukuk oluşturmadan önce varsa böyle bir örf ve âdet hukuku kuralını o uyumsuzluğa uygulaması gerekir. Bu yöndeki örf ve âdet hukuku kurallarının da bazı şartlara sahip olması gerekir. Bunlar sürekli uygulanıyor olmak, kurala uyulmasının zorunlu olduğuna dair insanlar arasında genel bir inanışın olması ve kurala uyulması yönünde devletin yaptırım gücünü kullanmasıdır. Yani hukuk kuralı haline gelmiş örf ve âdet kuralları hâkim için bağlayıcılık arz eder. Bunun dışındaki gelenek kuralları, bölgeci örf ve âdetlerin hepsi alelade örf ve âdet kuralıdır. Hâkim yorum yaparken, kural içi boşlukları doldururken ya da takdir yetkisini kullanırken bu alelade örf ve âdet kurallarından yararlanabilir. Bu şekildeki örf ve âdet kuralları hâkim için bağlayıcı değildir.

İslam hukukunda ise hukukçular, hukuki bir kaynak olarak kabul ettikleri örf ve âdetin dayanağını Kur'an ve Sünnet'te aramışlardır⁵⁵¹. Zira sosyal düzenin sağlanmasında hukukun kaynaklarından biri de örf ve âdetlerdir. Bu sebeple toplumun yararına olacak şekilde naslara aykırı olmadığı sürece örf ve âdet kuralları da hukukta bir kaynak olarak işlevsel bir şekilde kullanılmıştır.

Bulundukları toplumlarda bir uzlaşma aracı olarak toplumlarına katkı sunan örf ve âdetler, toplumsal düzeni sağlamaya yarayan hukuk sistemlerinin de bir parçasıdır. Bu fonksiyonundan dolayı İslam hukuku da boşluk bulunan alanlarda örf ve âdeti sıkça kullanmıştır⁵⁵². Buradaki önemli hususlardan biri de Türk hukukundan farklı olarak her topluma uygun olan örf ve âdetlerin o toplumların maslahatı gözetilerek İslam hukukundaki söz konusu boşlukların doldurulmasında daha azla kullanılmasıdır. Bu sebeple İslam hukukunda böyle bir fonksiyona sahip olan örf ve âdetler, hukuki alanda düzenlemeler yapmak için hukukçulara oldukça geniş yetkiler verir.

İslam hukukunda örf ve âdetler, özellikle bilinçli olarak bırakılmış boşlukların doldurulmasında sıkça başvurulmuş bir kaynaktır. Bu noktada bunların İslam dinine aykırı olmayacak şekilde insanlardan ya bir zararı giderecek ya da onların maslahatına yarayacak bir fonksiyona sahip olması beklenir. Hz. Peygamber'in; *"Dinimizde iyi bir çığır açana, bunun sevabı ile bununla amel edenlerin sevabı verilir, o çığırda [o yolda] gidenlerin sevabından da hiçbir şey eksilmez. Dinimizde kötü bir çığır açana da, bunun günahı ile bununla amel edenlerin günahı verilir, o kötü yolda gidenlerin günahından da hiçbir şey eksilmez"*⁵⁵³ şeklindeki ifadesinden de anlaşılacağı üzere, İslam hukukunda insanların yararına olacak örf ve âdetlerin kullanımında bir mahzur yoktur.

İslam hukuku açısından örf ve âdetlerin yukarıda anlatıldığı kadar yoğun bir tesiri Türk hukukunda olmasa da örf ve âdetin Türk hukukunda da etkili bir rolü vardır. Mesela, hukuk kurallarına aykırı olarak oluşan ve gelişen bir örf ve âdet kuralı zamanla söz konusu kuralın ya da kuralların uygulanmasına mani olabilir. Böylece zaman içerisinde hukuk kurallarının önüne geçerek onların uygulanmasına mani olur. Böyle bir durumda kanun koyucunun o kuralı kaldırıp söz konusu örf ve âdet

⁵⁵¹Karaman, Hayrettin, Âdet, TDV İslâm Ansiklopedisi, s. 369, <https://cdn2.islamansiklopedisi.org.tr/dosya/1/C01000431.pdf>, E.T. : 01.04.2022.

⁵⁵²Şener, Mehmet, İslam Hukukunda Örf, İzmir 1987, s. 109.

⁵⁵³Riyâzu's-Salihîn, 19, bab. 172. hadis, s. 158, (Müslim, İlim, 15).

kuralına uygun bir düzenleme yapması gerekir. Yani örf ve âdetin kanun koyucu üzerinde bu şekilde bir etkisi vardır. Kanun koyucuyu, daha önce koymuş olduğu yazılı hukuk kurallını değiştirmeye zorlar. Kanun koyucu da bu şekildeki örf ve âdet kurallarını yazılı bir norm haline getirir.

İslam hukukunda örf ve adetler bir içtihat aracı olarak yoğun bir şekilde kullanılır. Zira içtihat aracı olarak boşlukların doldurulmasında kullanılan örf ve âdetlerin maslahata uygun olarak kullanılması, İslam hukukunun işlevsel fonksiyonunun bir gereğidir. Bu fonksiyona sahip olan örf ve adetlerin bazı şartları da taşıması gerekir. Bunlar naslara ya da İslam hukukunun genel ilkelerine aykırı olmaması, tasarruf anında mevcut olması ve açık bir irade beyanı ile çatışmamasıdır.

Türk hukukunda ise herhangi bir uyuşmazlığa uygulanabilecek yazılı bir hukuk kuralı bulamayan hâkimin, hukuk oluşturmada önce uyuşmazlığa uygulaması gereken örf ve âdet hukuku kuralının sayısı İslam hukukundaki kadar fazla değildir. Bu sebeple İslam hukukunda kullanıldığı kadar Türk hukukunda örf ve âdetler yoğun bir şekilde kullanılmaz. Hukuk kuralı olarak uygulanması gereken örf ve âdetlerin de birinci bölümde ayrıntılarını açıkladığımız şartlardan olan süreklilik, genel inanç ve devlet desteği şartlarını birlikte taşıması gerekir.

İslam hukuku çok uzun bir zaman içerisinde belli bir teknik ve düzen içerisinde sistematik olarak oluşmuş bir hukuk disiplini. Bu hukuk disiplininin oluşmasında hem İslam hukukunun vahiy kaynaklı bir özelliğe sahip olmasının hem de müçtehitlerin içtihat faaliyetinin katkısı olduğunu söyleyebiliriz. İslam hukukundaki bu teknik ve kapsamlı oluşumu, bir içtihat aracı olarak kullanılan örf ve âdet kurallarında da görmek mümkündür. Zira İslam hukukunda örf ve âdetler bazı özelliklerine göre çeşitli tasniflere tabi tutulmuştur. Örf ve âdetlerin şartları, varlık ve muteber sayılma şartları şeklinde ikiye ayrılırken kısımları temelde üçlü bir ayrıma tabi tutulmuştur. Buna göre mahiyeti açısından örf ve âdetler sözlü ve fiili; muteber olup olmamaları açısından örf ve âdetler sahih ve fâsit; yayıldığı muhit açısından da örf ve âdetler umumi ve hususi örf ve âdetler şeklinde sınıflandırılmıştır.

Türk hukukunda ise İslam hukukunda olduğu kadar teknik ve kapsamlı bir ayrım yoktur. Yani Türk hukukunda içerik olarak İslam hukukundan bir beslenme söz konusu olsa da teknik olarak bir faydalanma görünmemektedir. Zira Türk hukukunda örf ve adet hukuku temelde üç başlık altında sınıflandırılır. Bunlar yöresel-ülkesel,

genel-özel ile adi-ticari örf ve adet hukuku şeklindeki ayrımıdır. Dolayısıyla içerik olarak örf ve âdet açısından her iki hukuk disiplininde de benzer şeyler olsa da İslam hukukunda daha teknik ve kapsamlı bir ayrım olduğunu söyleyebiliriz. Yani İslam hukukçularının yaptığı gibi teknik bir ayrımın, Türk hukukçuları tarafından da yapıldığını söylemek pek de mümkün değildir. Bu sebeple İslam hukukundaki örf ve âdetler ile ilgili olan bu teknik ve sistemsal bilgi birikiminin, Türk hukukçuları tarafından dikkatle incelenmesi, Türk hukukuna katkı sağlayacak önemli bir olgu olarak karşımızda durmaktadır. Bu sayede İslam hukukundaki örf ve âdetler ile ilgili metodolojik birikimin Türk hukukuna da taşınabileceği kanaatindeyiz.

İslam hukukunda hükümlerin temel amacı insanların sıkıntılarını giderip onların durumlarını düzelterek aralarındaki adaleti sağlamaktır. Bu amaca hizmet eden ve aynı zamanda İslam hukukunun hükümlerine aykırı olmayan örf ve âdetlerin dikkate alınması kaçınılmaz bir yoldur. Bunların görmezden gelinerek dikkate alınmaması İslam hukukunun temel gayesine muhalif hareket etmektir. Bundan dolayıdır ki İslam’dan önceki Arap toplumunda yaygın olan örneğin; alım satım, rehin, kira, eşler arasındaki denklik gibi hususlardaki örf ve âdetler (bazı yeni düzenlemeler eklenerek) muhafaza edilmiştir⁵⁵⁴. Zira insanların alışkanlıklarını bir anda ortadan kaldırmak insanlara sıkıntı ve meşakkat verir. Örf ve âdetin İslam hukukundaki bu fonksiyonunun Türk hukuku açısından da dikkate alınması gerekir. Zira Türk hukukunda yazılı hukuk kurallarından sonra hâkimin başvurmak zorunda olduğu örf ve âdet hukuku kuralları İslam hukukundaki kadar çok değildir. İslam hukukunda var olan bu anlayışın ve birikim Türk hukukuna taşınmasında fayda vardır. Bu sayede hem toplum hem de hukuk birbirleri ile daha barışık bir hal alır ki bu da insanların maslahatına hizmet eden bir durum olarak varlığını devam ettirir.

Örf ve âdetin hukukun anlaşılması, yorumlanması ve uygulanması açısından katkısı büyüktür. Bu sebeple İslam hukukçuları pek çok hüküm ve fetvayı örf ve âdeti temel alarak kurmuştur⁵⁵⁵. Bu husus Mecelle’nin bazı maddelerinde de belirtilmiştir. Örneğin; Mecelle’nin 36. maddesinde, “*Âdet muhakkemdir*” şeklinde genel bir ifade yer alır. Bu ifade ile hakkında açık herhangi bir hüküm bulunmayan konuların veya uyuşmazlıkların çözümünde toplumun âdet olarak kabul ettiği durumlara uygun

⁵⁵⁴ Şaban, 261.

⁵⁵⁵ Şaban, 261.

çözümler bulunması gerektiğine dair bir mana vardır⁵⁵⁶. Yine 37. maddede, “Nâssın isti‘mâli (teamül ve âdeti) bir hüccettir ki onunla amel vâcib olur” hükmü yer alır. Buna göre insanların yaşadığı toplumda teamül haline gelmiş uygulamalar delil niteliğindedir. Mesela yevmiye usulü ile yapılan işlerde işin başlangıcı, süresi, bitişi gibi konularda oradaki insanların teamülü esas alınarak belirlenir⁵⁵⁷. Yine 45. maddede, “Örf ile ta‘yin, nas ile ta‘yin gibidir”. Yani örf ve âdetin belirlemesi nassın belirlemesi gibidir denilerek genel ve külli bir ifade tarzı ile hukukun örf açısından kapsamı ifade edilmiştir. Tüm bunlar bir içtihat aracı olarak örf ve âdetin İslam hukuku üzerindeki hem tesirini hem de fonksiyonunu ortaya koyan güçlü ifadelerdir⁵⁵⁸. Toplumun ihtiyaçları nispetinde, oluşan problemler karşısında içtihat ederek örf ve âdete uygun çözümler sunmak hem İslam hukukunun hem de pozitif hukuk sistemlerinin varlık sebeplerinden biridir. Bu sebeple var olan bilinçli ya da bilinçsiz hukuki boşlukların bir içtihat aracı olan örf ve adetler kullanılarak doldurulması gerekir. Zira her şey gibi hukuk da insan için vardır, ona ve ihtiyaçlarına uygun kullanılmalıdır. Bu anlayışın Türk hukukçularınca da benimsenmesi Türk hukuku açısından önemlidir.

İslam Hukuku’nun özelliklerinden birisi de onun dinamik bir yapıda olmasıdır. Yani zaman geçtikçe ve toplumlar değiştikçe sürekli kendini yenileyip yeni durum ve olgulara karşı adapte olabilen bir özelliktedir. İşte bu dinamik yapıyı besleyen etkenlerden biri de örfün değişmesi karşısında hükümlerin de değişmesidir. Örfün değişmesi beraberinde ona dayanılarak kurulan hükmün değişmesini de zorunlu kılar. Bu sebeple söz konusu toplumda yaşayan hukukçuların toplumun örf ve âdetlerini çok iyi bilmesi gerekir. Hukukçunun doğru ve faydalı bir içtihatla bulunabilmesi için bu husus oldukça önemlidir. Zira bu hususun aksi yönündeki bir uygulama hatalı içtihatı yol açar. Bu durum da insanların zarar görüp güçlük çekmesi ile neticelenir. Yani İslam hukukundaki çok temel bir ilke olan zarar ve fesadı önleme ilkesine muhalif bir durum ortaya çıkar. Dolayısıyla İslam hukukuna dinamik bir katkı sağlayan örf ve adetlerin değişmesi, beraberinde bunlara dayanılarak verilmiş hükümlerin de değişmesini getirir. Zaman ve mekân faktörlerinin değişmesi

⁵⁵⁶ Köse, s. 298-299.

⁵⁵⁷ Köse, s. 299.

⁵⁵⁸ Dalgın, Nihat, Değişim Stratejisi Açısından Hukuk ve İslam Hukuku, Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, s. 101, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/omuifd/issue/20301/215504>, E.T. : 02.04.2022.

karşısında örf ve âdetler de değişeceği için hükümlerin de değişmesi insanların maslahatına uygun olan bir durumdur. Bu açıdan Türk hukukunun ve İslam hukukunun benzer bir anlayışta olduğunu söyleyebiliriz. Türk hukukunda örf ve âdetin değişmesinin hukuk kurallarının değişmesi üzerindeki etkisinin İslam hukukundaki kadar fazla olmadığı bir gerçek ise de Türk hukukunda da bu yönde bir gerçek vardır. Örneğin; hâkimler örf ve adet hukukuna bakarken farklı bölgelerin örfüne göre farklı hükümler verebilir. Keza örfün değişmesi halinde aynı hâkim farklı bir hüküm de verebilir. Mesela A şehrindeki mobilya mağazalarının sattığı ürünlerin satıcı tarafından ilgili yere sevkiyatı yönünde bir örf var ise hâkim, uyuşmazlık durumunda buna göre karar verebilir. Ancak örf alıcı tarafından sevki yönünde değişirse hüküm de değişir. Yani örf ve âdetin değişmesinin Türk hukukunda da hükmün değişmesinde etkili olduğunu söyleyebiliriz.

4.6. Külli Kaideler ve Hukukun Genel İlkeleri Açısından Değerlendirme

Her hukuk sisteminin amaçları arasında, hukuk kuralları ile sosyal hayata uyum sağlayıp sosyal hayatı yönlendirmek vardır. Bu amacın gerçekleşebilmesi için toplumda ortaya çıkan ihtiyaçlara tatmin edici cevaplar vermek adına hukuk sistemlerinin kullandığı bir takım araçlar vardır. Bu araçlardan biri de İslam hukukunda külli kaideler iken Türk hukukunda hukukun genel ilkeleridir.

Külli kaidelerin ve hukukun genel ilkelerinin oluşumu yoğun bir çaba ile beraber uzun bir zamanın geçmesi neticesinde olmuştur. Bu süreç içerisinde merkeze insan faktörünü alan Türk ve İslam hukukunun evrensel yönünü ortaya koyan bu genel ilkeler ve kaideler, hukukta istikrarın sağlanmasında kilit bir rol oynar. Zira bunlar hukuka genel bir bakışın neticesinde ortaya konulmuş özlü ve derin manaları içerisinde barındırır. Bu sayede her devirdeki hukukçular tarafından kullanılması gereken genel prensipteki bu ilkeler ve kaideler, özellikle boşluk olan durumlarda hukukçular için birer rehber niteliğindedir.

Türk Medeni Kanununda hukukun genel ilkeleri ile ilgili herhangi bir tanım yoktur. Doktrindeki tanıma göre adaleti sağlamak hedefinde olan, tek tek somut ilişkiler için bütüncül bir bakış açısını ortaya koyan ve bu sayede birçok özel normun temelini oluşturan genel, soyut, evrensel ve üstün niteliklere sahip olan yazılı ya da yazısız hukuk kurallarına hukukun genel ilkeleri denir. Dolayısıyla bu ilkelerin neler

olduğuna dair Kanun'da açık bir ifade olmasa da hukukun özüne ve ruhuna vakıf olan hâkimin bunları kullanarak hukuk boşluğunu doldurabileceği kabul görmüş bir anlayıştır. Esasen hâkim; hukuki özdeyişlerden, tümevarım yoluyla elde edilen ilkelerden ve siyasi rejimden kaynaklı ilkelerden yola çıkarak hukuk boşluğunu doldurur. Mesela özel kuralın, genel kuralı geçersiz kılacağı şeklindeki kural çok eski zamanlardan itibaren hukukta uygulanan genel bir ilkedir.

Hukukun genel ilkeleri, İslam hukukunda külli kaideler şeklinde ifade edilir. Kur'an'ın ve Hz. Peygamber'in cevâmiü'l-kelim olma özelliğinden yola çıkılarak hukukçular tarafından ortaya konulmuştur. Külli kaideler ile ilgili olarak genel kabul görmüş bir tanım İslam hukukunda da yoktur. Hukukçular tarafından ortaya konulan tanımlara göre İslam hukukunun hem maksat hem de esaslarını ortaya koymak için ortaya çıkmış, birbirine benzeyen hükümleri tek bir çatı altında toplayabilen ve tüm hükümlerden süzülen ortak noktaları ifade eden hukuk prensiplerine külli kaideler denir.

Dolayısıyla içtihat faaliyetinde bulunan hukukçunun, külli kaidelerden yararlanarak hüküm ortaya koyabileceği İslam hukuku açısından da kabul görmüş bir anlayıştır. Zaten İslam hukuku içtihat temelli bir hukuk olduğu için binlerce meseleye ilişkin hükmün tek tek ezberlenmesi mümkün değildir. Bu sebeple İslam hukukunda bu kaideler bir zorunluluk sonucu ortaya çıkmıştır.

Tek tek her bir hukuki problemin çözümü ile ilgili olarak Türk ve İslam hukukunda bir hükmün olması ve hukukçuların ve hâkimlerin bunları ezberlemesi imkân dâhilinde olmayan bir ihtimaldir. Özellikle zamanın ve şartların çok hızlı bir şekilde değışmesi karşısında oluşan boşlukları doldurmak zorunda olan hukukçular ve hâkimler için bu çok zor bir uğraştır. İşte tam da böyle bir zorluğun içerisinde bulunan bir hukukçuların ve hâkimlerin bu genel ilkelere ve kaidelere yeterince vakıf olması, karşılırlarına çıkabilecek her yeni problem için çözüm üretebilmelerine olanak sağlar. Zira külli kaideler ve genel ilkeler hukukçulara güçlü bir hukuki muhakeme imkânı ve becerisi sağlar. Dolayısıyla bu açıdan her iki hukuk sisteminin de benzer olduğunu söyleyebiliriz.

Uyuşmazlıkların hem sayı hem de çeşit itibariyle sürekli olarak artması neticesinde hukukçuların tek tek cüz'i her bir hükmü ezberleyip karar vermesi hem İslam hukukunda hem de Türk hukukunda zordur. Uyuşmazlıkların sınırsız ancak nasların

ve hukuk kurallarının sınırlı olması sebebiyle boşlukların olması kaçınılmaz bir durumdur. Bu boşlukların, naslara ve hukuk kurallarına aykırı olmayacak şekilde doldurulup uyuşmazlıkların sonlandırılması görevi hukukçularındır. Bu sebeple İslam hukukçuların ve Türk hâkimlerin muhakeme yeteneğini kullanmak suretiyle uyuşmazlıkları, külli kaideleri ve genel ilkeleri temel alarak çözüme kavuşturması kaçınılmaz bir yol olarak karşımızda durmaktadır. Yani her iki hukuk sistemi açısından da hukuktaki bu zaruri ihtiyacın karşılanarak adaletin gerçekleştirilmesi düşüncesinin bir sonucu olarak külli kaidelerin ve genel hukuk ilkelerinin ortaya çıktığını söylemek herhalde yanlış olmaz.

İslam hukukunun genel ilkeleri ya da prensipleri diyebileceğimiz külli kaidelerin aslında en temel fonksiyonu, hukuki ihtilafların çözülmesi ile alakalı olarak genel tavrı yani olması gerekeni ortaya koymalarıdır. Bu sayede hukuktan beklenen öz ortaya konulmuş ve hukukçunun adalete ulaşma noktasındaki çabasını besleyecek olan genel bir kanaate sahip olması yönünde kendisinde metodolojik bir bilinç uyandırılmış olur. Türk hukukunda da hâkime genel bir bakış açısı ile hukuk nosyonu kazandırma işlevine sahip olan hukukun genel ilkeleri, hukuki boşluk durumunda hâkimin hukuka ve adalete uygun ve tatminkâr kararlar vermesinde kendisine yardımcı olur. Dolayısıyla külli kaidelerin ve genel hukuk ilkelerinin her iki hukuk sistemi açısından da bu yönde benzer bir fonksiyona sahip olduğunu söyleyebiliriz.

İslam hukukunda içtihat yapılırken hukukçu için genel bir çerçeve mahiyetinde olan külli kaidelerin kullanımının, Türk hukukundaki genel ilkelerin hukuki boşlukların doldurulması için kullanılmasından daha fazla olduğunu söylemek mümkündür. Zira İslam hukukunda hüküm ortaya koyarken bu tarzdaki genel ilkeler daha yoğun ve fazla kullanılıyor; çünkü genel nitelikli hükümler daha fazladır. Örneğin; “*Cezada şahsiyet şarttır*” şeklindeki suç ve cezanın şahsa özel olmasını ifade eden külli kaidenin, “*Hiçbir kimse başkasının günah yükünü taşımaz*”⁵⁵⁹ ayetinden çıkarıldığını ikinci bölümde ifade etmiştik. Türk hukukunda var olan suçta ve cezada şahsilik esasının da bu kaideye dayandığını söyleyebiliriz. Yani İslam hukukundaki bu ve benzeri kaideler Türk hukukuna da etki etmiştir. Yine “*Âdet hakem kılınır*” külli kaidesi, “*... Örfе göre sana ve çocuğuna yetecek kadarını al*”⁵⁶⁰ hadisi şerifinden

⁵⁵⁹ İsra, 15.

⁵⁶⁰ Buhari, Buyû', 95.

çıkarılmıştır. Dolayısıyla bu iki örnekten de anlaşılacağı üzere İslam hukukunda külli kaideler fonksiyonel olarak Türk hukukundaki genel ilkelerden daha fazla kullanılmaktadır. Bu durumun sebebi her iki hukuk sisteminin de birbirinden çok farklı olmasıdır. Esasen bu farklılığın Türk hukukundaki çoğu şeyin hukuk kuralı ile düzenleme altına alınmasından kaynaklandığını söyleyebiliriz.

Türk hukukunda birçok şey kanunla düzenleme altına alındığı için hukukta boşluk olması çok fazla karşılaşılan bir durum değildir. Öte taraftan İslam hukukunda naslar her konuda her şeyi düzenlemez. Genel kurallar vardır. Bunların dışında kalan yani bilinçli olarak boş bırakılmış alanlarda hukukçuların içtihat etmesi istenilir. Bu sebeple külli kaideler de hukukçuların içtihat faaliyetinde yoğun olarak kullandıkları araçlardan biridir. Bu açıdan her iki hukuktaki anlayışın farklı olduğu açıktır.

Son olarak bu başlık altında açıklamamız gereken şey Türk ve İslam hukukunun değişen şartlar karşısında aldıkları tavidir. İslam hukuku her dönem ve şartta varlığını sürdürebilen bir hukuk dalıdır. Temel naslarda bir değişim olmaksızın içtihat faaliyeti sayesinde boşlukların doldurulması her zaman için mümkündür. Bu imkânı sağlayan ana etmenlerinden biri de O'nun genel prensipteki kurallarının çoğunlukta olmasıdır. Her mesele ile ilgili olarak ayrıntılı hükümlerinden ziyade genel bir çerçeve çizmek suretiyle içeriğinin doldurulmasını, insanların maslahatına uygun olmak ve naslara aykırı olmamak şartı ile hukukçulara bırakmıştır. Bundan dolayıdır ki İslam dini hem son ilahi din hem de hükümleri kıyamete kadar varlığını devam ettirecek olan evrensel bir dindir.

4.7. Diğer Farkların Değerlendirilmesi

Türk hukukuna göre hukuk kuralı oluşturan hâkimin bu faaliyeti esnasında dikkate alması gereken bir takım ilkeler vardır. Kanun koyucu gibi hareket etmek zorunda olan hâkimin belirleyeceği kuralın, genel ve soyut nitelikte bir kural olması gerekir. Dolayısıyla hâkimin kazuistik bir yöntem ile hukuk kuralı belirlemesi Türk hukukuna göre mümkün değildir. Söz konusu bu kuralın aynı zamanda hukuk düzeni ile de bütünleşmesi gerekir. Yani hâkim normlar hiyerarşisine riayet ederek kural koymalı ve koyduğu bu kuralın da yazılı hukuk kuralları ile çelişmemesi gerekir. Bunlara riayet etmek şartı ile Türk hukukunda hukuki boşluğun söz konusu olduğu alanlarda hâkim kanun koyucu gibi davranmak suretiyle hukuk oluşturabilir.

İslam hukukunda ise içtihat faaliyetinde bulunan hukukçunun her şeyden önce Kur'an'ın ve Sünnet'in hükümlerine riayet etmesi gerekir. Bunlara aykırı olacak şekilde herhangi bir düzenleme yapamaz. Türk hukukunda nasıl ki yazılı hukuk kurallarına aykırı olmamak şartı hâkim için bağlayıcı bir şart ise burada da bu şart vardır.

İslam hukukunda içtihat kapalı olan bazı alanlar vardır. Mesela hakkında sübut ve delalet yönünden kat'i nas bulunan hükümlerde içtihat yapılamaz. Türk hukuku da hâkimin hukuk oluşturamayacağı bazı alanlar vardır. Örneğin; hakkında bir hukuk kuralı ya da örf ve âdet hukuku kuralı bulunan bir konuda hâkim hukuki boşluk gerekçesi ile hukuk oluşturamaz. Zira Türk hukukunda bilinçsiz bir boşluğun olduğu alanlarda hâkimin hukuk oluşturması mümkündür. Bu açıdan her iki hukuk için de benzer bir durumun olduğunu söyleyebiliriz.

Öte taraftan Türk hukukunda bazı durumlarda hukuk yetmezliği şeklinde bir durum oluşabilir. Böyle bir durumda aslında ortada uygulanabilecek bir kural vardır; ancak böyle bir kuralın uygulanması dürüstlük kuralına aykırı bir sonuçlar doğurabilir. İşte böyle bir durumda da hâkimin hukuk oluşturup kural koyma yetkisi yoktur. Hâkimin burada yapabileceği tek şey o kuralın uygulanmasından kaçınmaktır. Dolayısıyla söz konusu o kuralı değiştirme yetkisi kanun koyucuya aittir. İslam hukukunda da hakkında nass bulunan bir konuda ne olursa olsun hukuk yetmezliğine dayanarak hukukçunun içtihat etmesi mümkün değildir. Yani nassın olduğu yerde hukukçu herhangi bir kural koyamaz.

Türk hukukunda hâkimin oluşturduğu hukuk neticesinde meydana gelen kural ile İslam hukukunda hukukçunun yaptığı içtihatın niteliği açısından da aralarında farklılıklar vardır. Türk hukukunda kanun koyma yetkisi Türkiye Büyük Millet Meclisine aittir. Dolayısıyla hâkimin oluşturduğu kural ile yasama organının oluşturduğu kural arasında hem usul hem de esas bakımından bazı farklılıklar vardır. Bundan dolayı hâkimin oluşturduğu kural kanun niteliğinde değildir. Dolayısıyla Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları dışında bu şekilde belirlenmiş kuralların hâkimler için bir bağlayıcılığı yoktur.

İslam hukukunda hukukçunun yaptığı içtihat kendisi için bağlayıcı iken bir başka hukukçu için bağlayıcı değildir. Türk hukukundan farklı olarak İslam hukukunda kural koyma yetkisi genel olarak Şari'dedir. Bu sebeple hukukçuların yaptığı içtihat

başka hukukçuları bağlamaz. Ancak müçtehit dilerse içtiihadını değıştirebilir. Dolayısıyla müçtehit içtiihadını değıştirmediğı sürece o içtiihadı ile bağılıdır. Türk hukukunda ise hâkimin koyduğu kural kendisi için de bağlayıcı değildir. Yani benzer bir olayda çok farklı bir karar verebilir. Ancak neden bu yönde değışik bir karar verdiğini ayrıntılı olarak gerekçelendirmelidir.

Türk hukukunda hâkimin oluşturduğu kural üst yargı denetimine tabidir. Bu denetimi yapacak organ Yargıtay'dır. Mahkeme yapacağı denetimde, hukuk oluşturulması için gerekli şartların oluşup oluşmadığını, hâkimin hukukun genel ilkelerine bağılı kalıp kalmadığı hususlarını inceler. İslam hukukunda ise içtihat faaliyetinde bulunan hukukçunun ulaştığı hükmün denetimi Türk hukukunda olduğu gibi sistemsel bir denetim değildir. Başka bir müçtehit kendi görüşünü ortaya koyarak diğer müçtehitlerden farklı düşündüğünü ortaya koyabilir. Zaten içtihatın içtihatı nakzitmeyeceğı kuralı da bunu gerektirir.



5. SONUÇ

Toplumsal düzeni sağlamanın belki de en önemli araçlarından biri hukuktur. Bu sebeple hem geçmişte hem de günümüzde tüm toplumlar tarafından hukuka büyük bir önem verilmiştir. Hukuk, üzerinde ciddi faaliyetlerin yapıldığı bir alan olarak varlığını hala korumaktadır. Özellikle modern dünyada toplumların birbirleri ile olan ilişkilerinin yoğun ve süreklilik arz etmesinden mütevellit hukuk kurallarının düzenlenmesi ve pratik hayatta işlerliklerinin artırılması için bir takım düzenlemeler yapılmaktadır. Her ne kadar kanun koyucuların kanun yaparken hedefleri şey yaptıkları kanunların gelecekteki muhtemel uyuşmazlıklara da uygulanabilmesini sağlamak ise de bu durum pratik hayatta mümkün değildir. Zira teknolojik gelişmelerin çok hızlı olması ve oldukça dinamik olan toplumsal yaşam sebebiyle hukuk kurallarının sürekli olarak revize edilmesi gerekir. Bu sebeple karşımızda hukuk boşluğu kavramı şeklinde bir kavram çıkar. Kanun koyucunun düzenlemesi gereken bir hususta düzenleme yapmaması şeklinde cereyan eden bu boşluk her hukuk sisteminde var olabilir.

Türk hukukuna göre bir hâkim, önüne gelen bir uyuşmazlığı çözüme kavuşturmak zorundadır. Hâkimin söz konusu uyuşmazlığa uygulanacak herhangi bir hüküm bulamaması durumunda yine de davayı çözümsüz bırakması hukuken mümkün değildir. Böyle bir durumda söz konusu bu boşluğu kendisi doldurmak suretiyle davayı neticelendirmesi gerekir. Dolayısıyla böyle bir durumda karşımıza hâkimin hukuk boşluğunu doldurması kurumu çıkmaktadır.

Hâkimin hukuk boşluğunu doldurması hâkimin yargısal faaliyetlerinden biridir. Bu husus, hâkimin diğer yargısal etkinlikleri olan hukuk kurallarını yorumlaması ve takdir yetkisinden farklılık arz eder. Hâkimin hukuki metinlerin lafızlardan, sistematüğinden, tarihinden veya amacından yola çıkarak bunların manasını doğru bir şekilde anlama çabasının tamamına yorum faaliyeti denir. Takdir yetkisi ise kanun koyucunun bazı sınırlar dâhilinde hâkime vermiş olduğu bir yetkidir. Kanun koyucunun tüm uyuşmazlık şekillerine uyacak şekilde tek tek kanuni düzenlemeler yapması mümkün değildir. Bu sebeple hâkime takdir yetkisi verilmek suretiyle bu eksikliğin yerinde giderilmesi amaçlanır. Bunlardan farklı olarak hâkimin hukuk boşluğunu doldurmada ise hâkim sıfırdan yeni bir kural koymaktadır. Bunu yaparken takdir yetkisindeki gibi çerçeve şeklinde bir kanun kuralı ya da düzenlemesi yoktur.

Zira takdir yetkisinde genel çerçeve ve kural belli olmakla beraber detayların hâkim tarafından doldurulması beklenmektedir. Hukuk oluşturan hâkimin yaptığı ise kendisini kanun koyucunun yerine koymak suretiyle o ciddiyette ve yetkinlikte yeni bir hukuk kuralı oluşturmaktır.

Hâkim her durumda hukuk boşluğu olduğu iddiasına dayanarak hukuk oluşturmaz. Bunun için temelde iki şartın sırasıyla vuku bulması gerekir. Bunlardan ilki söz konusu uyuşmazlığa uygulanabilecek herhangi bir kanun hükmünün bulunmamış olmasıdır. Şayet kanunda uygulanabilir herhangi bir hüküm yoksa o zaman hâkim ikinci aşama olarak örf ve adet hukukuna müracaat etmelidir. Burada da uygulanabilir bir kural bulamayan hâkim, son aşama olarak kendisi kanun koyucu gibi hareket ederek hukuk oluşturur ve uyuşmazlığı hükme bağlar.

Hukuk boşluğunu kanun oluşturarak dolduran hâkimin bazı hususlara dikkat etmesi gerekir. Bunların başında kanun koyucu gibi hareket etmek suretiyle genel, soyut ve hukuk düzeniyle çatışmayacak nitelikte hukuk kuralları oluşturması gelir. Bu faaliyeti esnasında kıyas faaliyetinden, hukukun genel ilkelerinden ya da doğrudan kendi hukuki bilgisinden faydalanabilir.

İslam hukukunda da hâkimin yani müçtehitin hukuk oluşturma söz konusudur. İslam hukukuna göre hâkimin hukuk oluşturma içtihat kavramıyla ilgilidir. İctihat faaliyetinde bulunacak olan hukukçunun bunun için öncelikli olarak asli kaynaklara müracaat etmesi gerekir.

Asli kaynaklardan olan Kur'an ve Sünnet'te her uyuşmazlığın kazuistik olarak çözümünün bulunması olası değildir. Bu sebeple tali kaynaklara da müracaat etmek suretiyle hukukçunun içtihat etmesi kaçınılmaz olur. Zaten içtihat, müçtehidin/hukukçunun tafsili delillerden şer'i-ameli hükümleri çıkarabilme faaliyetidir. Dolayısıyla vahiy kaynaklı olan bir dinin hükümlerinin anlaşılabilmesi için içtihat oldukça elzem bir kurumdur.

Nakil kaynaklı bir dinin hükümlerinin sosyal hayatta karşılaşılan problemler karşısında çözüm odaklı bir konuma kavuşabilmesi için akli olarak bir çabanın sarf edilmesi gerekir. Bu akli çabanın adı içtihattır. Yani içtihat, nakil karşısında aklın yardımcısı konumundadır. Dolayısıyla İslam hukukuna göre de hukukta boşluğun olması muhtemeldir. Bu boşluğun doldurulmasında akıl faaliyetinin önemi ortaya

çıkılmaktadır. Bu sebeple içtihatın, dinin dinamikliğini sağlayarak sosyal hayattaki problemlerin çözümüne katkı sağlama görevi vardır.

İçtihat faaliyetinde bulunan hukukçunun, hukuktaki boşlukları doldurmak üzere bazı araçlara ihtiyacı vardır. Bunlar kıyas, maslahat, örf ve adet ile külli kaidelerdir. Yani hukukçu içtihat faaliyeti esnasında bu araçları kullanarak sosyal hayattaki dinamizm karşısında İslam hukukunun da dinamikliğine katkı sağlar.

Türk ve İslam hukukunda hukuki boşluk durumunda kullanılan kıyas, maslahat, örf ve âdet kuralı ile külli kaideler ve hukukun genel ilkeleri her iki hukuk sistemi açısından benzerlikler ve farklılıklar barındırmaktadır. Ancak şunu belirtmek gerekir ki hukuki boşluk durumunda içtihat aracı olarak İslam hukukunda kullanılan bu yöntemler Türk hukukundaki yöntemlere göre daha sistematik ve işlevsel bir yapıdadır. İslam hukukçularının bu yönde çok fazla bir çabasının olduğu açıktır. Özellikle metodolojik olarak Türk hukukçularının faydalanması gereken bu yöntemler, Türk hukukunda da işlevsel bir halde kullanılabilir. Hukukçunun hukuki nosyonuna metodolojik olarak katkı sağlayacak olan yöntemlerin Türk hukukuna da taşınması hukuki boşlukların doldurulmasında hakime rehberlik edecektir.



KAYNAKLAR

- Akıllıoğlu, Tekin, Kamu Yararı Kavramı Üzerinde Düşünceler, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, Ankara 1989.
- Akıntürk, Turgut, Medeni Hukuk, İstanbul, 2008, 13. Bası.
- Akıntürk, Turgut/Ateş Karaman: Medeni Hukuk, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Genişletilmiş 14. Bası, Beta Yayıncılık, İstanbul 2009.
- Akıntürk, Turgut/Ateş Karaman: Medeni Hukuk, 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanununa Uyarlanmış 28. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2014.
- Akıpek, Jale G./Akıntürk, Turgut/Ateş Karaman, Derya: Türk Medeni Hukuku (Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku), Yenilenmiş 11. Baskı, Birinci Cilt, Beta Yayınları, İstanbul.
- Aktaş, Sururi, Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı, <http://earsiv.ebyu.edu.tr/xmlui/handle/20.500.12432/2258>, E.T: 14/09/2020.
- Aktaş, Sururi: Hukukta Yorum Çabaları, <http://earsiv.ebyu.edu.tr/xmlui/handle/20.500.12432/2255>, E.T.:10.10.2020.
- Aktaş, Sururi: Pozitif Hukukta Boşluk Kavramı, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 14, S. 1-2, Y. 2010.
- Anıl, Yaşar Şahin: Hakimin Takdir Görevi ve Takdirin Sınırları, Legal Yayıncılık, İstanbul 2013.
- Antalya, Gökhan/Topuz, Murat: Medeni Hukuk (Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri), Birinci Baskıya Ek Tıpkı Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2016.
- Antalya, Gökhan/Topuz, Murat: Medeni Hukuk (Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri), Legal Yayıncılık, İstanbul 2016.
- Apaydın, H. Yunus, Kıyas, TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/kiyas#2-fikih>, s. 535, E.T.: 24.03.2022.
- Apaydın, H. Yunus: İctihad, TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/ictihad>, E.T: 25.12.2021.
- Arıtı Erdem, İmran: Vergi Hukukunda Hakimin Hukuk Yaratması: Boşluk Doldurma, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Y. 2016/2.
- Aslan, Yılmaz/Şenyüz, Doğan: Hukuka Giriş, Yenilenmiş 10. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2017.
- Avcı, Mustafa: Türk Hukuk Tarihi Dersleri, 4. Bası, Mimoza Yayınları, Konya, 2014.

- Ayan, Mehmet: Medeni Hukuk (Giriş, Kaynaklar ve Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Mimoza Yayınları, Konya 1997.
- Aybay, Aydın/Aybay, Rona/Pehlivan, Ali: Hukuka Giriş, Genişletilmiş 13. Baskı, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- Aydın/Acabey, Mehmet Beşir/Gökyayla, K. Emre: Medeni Hukuk (Giriş,-Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku- Aile Hukuku), 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2000.
- Ayengin, Tevhid: Hukûkî Dinamizm ve İçtihat İsalet Tartışmaları, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/827105> , E.T.:26.12.2021.
- Aytaz, Abdullah Batuhan: Kanunilik İlkesi Bağlamında Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukukunda Yorum, Doktora Tezi, İstanbul 2015.
- Baktır, İslam Hukukunun Genel Prensipleri, s. 208, (Naklen: Karâfî, Şihabuddîn Ebu'l-Abbas Ahmed b. İdrîs b. Abdurrahman, Envârü'l-Burûk fî Envâi'l-Furûk, Beyrût ty, C. I.
- Baktır, Mustafa, İçki, TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://cdn2.islamansiklopedisi.org.tr/dosya/21/C21023330.pdf>, E.T.: 01.04.2022.
- Baktır, Mustafa, İçki, TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/icki#3-islamda>, E.T.: 28.03.2022.
- Baktır, Mustafa, İslâm Hukukunda Küllî Kaideler, Doçentlik Tezi, Atatürk Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, Erzurum, 1988.
- Baktır, Mustafa, İslam Hukukunun Genel Prensipleri, Ekev Akademi Dergisi, Y. 12, S. 34 (Kış 2008).
- Baktır, Mustafa, Kaide, TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://cdn2.islamansiklopedisi.org.tr/dosya/24/C24007826.pdf>, E.T.: 28.03.2022.
- Bardakoğlu, Ali: TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/beraet-fikih>, E.T.: 27.12.2021.
- Bekri, Muhammet Nedim: Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi ve İlkenin Türk Hukukundaki Uygulaması, Doktora Tezi, İstanbul 2010.
- Beroje, Sahip, Hz Peygamber (AS)'in Sahabe İçtihatları Karşısındaki Tavrı, İslami İlimler Dergisi, http://isamveri.org/pdfdr/D02917/2008_III_1/2008_III_1_BEROJES.pdf, E.T.:22.04.2022.
- Bilge, Necip, Hukuk Başlangıcı, Ankara, 1994, 8. Baskı.

Bilge, Necip, Hukuk Başlangıcı, Hukukun Temel Kavram ve Kurumları, Turhan Kitabevi, 20. Baskı, Ankara, 2005.

Bozkurt, Nebi, İcki, TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/icki#1>, E.T.: 28.03.2022.

Cin, Halil/Akgündüz, Ahmet: Türk Hukuk Tarihi, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul 2011.

Cin, Halil/Akyılmaz, Gül: Türk Hukuk Tarihi, 4. Bası, Konya 2011.

Çağrı, Mustafa, Hak, TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://cdn2.islamansiklopedisi.org.tr/dosya/15/C15023651.pdf>, E.T.: 22.04.2022

Dalgın, Nihat, Değişim Stratejisi Açısından Hukuk ve İslam Hukuku, Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/omuifd/issue/20301/215504>, E.T.: 02.04.2022.

Dalgın, Nihat: Değişim Stratejisi Açısından Hukuk ve İslam Hukuku, Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S. 16, Samsun 2003.

Demir, Abdullah, İlk Usul Kanunu Usul-ü Mahkeme-i Ticaret Nizamnamesinin Transkripsiyonu, e-akademi, Hukuk Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, <https://docplayer.biz.tr/42911592-Ilk-usul-kanunu-usul-u-muhakeme-i-ticaret-nizamnamesinin-transkripsiyonu.html>, E.T.: 22.04.2022.

Demir, Abdullah, Karşılaştırmalı Bir Yaklaşımla Kıyas, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/213990>, E.T.: 21.03.2022.

Demir, Abdullah, Külli Kaideler Ekolü, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, <https://dergipark.org.tr/en/pub/ebyuhfd/issue/63147/960161>, E.T.: 01.04.2022.

Demir, Abdullah, Külli Kaidelerin Hukuk Kaynağı Olarak Değeri, Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi, http://www.sobider.net/FileUpload/ep842424/File/kulli_kaidelerin_hukuk_kaynagi_olarak_degeri.pdf, E.T.: 01.04.2022.

Deryal, Yahya, Hukukun Temel Kuramları, Derya Kitabevi, Trabzon, 2008.

Deryal, Yahya: Hukukun Temel Kavramları (Genişletilmiş), 6. Baskı, Trabzon 2008.

Dilşat Karataş, Tuba Teorik Açından Hakimin Hukuk Yaratması, Yüksek Lisans Tezi, Erzincan 2019.

Dinçkol, Abdullah: Hakimin Takdir Yetkisinin Kullanılmasında Hak ve Nisfet, Yargıtay Dergisi, C. 19, S. 3, Y. 1993.

- Dinçkol, Abdullah: Hukuka Giriş, Genişletilmiş 3. Basım, Der Yayınları, İstanbul 2005.
- Dinçkol, Hulusi Alphan: İdari Yargıda Hakimin Takdir Yetkisi, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2011.
- Döndüren, Hamdi, Kıyas, <https://sorularlaislamiyet.com/kaynak/kiyas>, E.T.: 24.03.2022.
- Döndüren, Hamdi, Örf, (Naklen: M. Fuad Abdulbâki, el-Mu'cemul-Müfehres fi Elfâzıl-Kur'an'il-Kerim, Mısır 1378, urf (marûf) maddesi), <https://sorularlaislamiyet.com/kaynak/orf>, E.T.: 02.04.2022.
- Dönmez, İbrahim Kâfi, "Maslahat", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/maslahat>, E.T: 07.03.2022.
- Dönmez, İbrahim Kâfi, "Maslahat", TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/maslahat>, E.T: 07.03.2022.
- Dönmez, İbrahim Kâfi, İcma, TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/icma>, E.T.: 28.03.2022.
- Dönmez, İbrahim Kâfi, İllet, TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://cdn2.islamansiklopedisi.org.tr/dosya/22/C22007291.pdf>, E.T.: 27.03.2022.
- Dönmez, İbrahim Kâfi, İslam Hukukunda Müçtehidin Nasslar Karşısındaki Durumu İle Modern Hukuklarda Hâkimin Kanun Karşısındaki Durumu Arasında Bir Mukayese, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/162516>, E.T. : 22.04.2022.
- Dönmez, İbrahim Kâfi, Örf, TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://cdn2.islamansiklopedisi.org.tr/dosya/34/C34023217.pdf>, E.T.: 01.04.2022.
- Dönmez, Örf, (Naklen: Ahmed Fehmî Ebû Sünne, el-'Urf ve'l-'âde fi re'yi'l-fuḫahâ, Mekke, 1947).
- Dönmez, İbrahim Kâfi: İslam Hukukunda İçtihat ve İçtihat Metodları, https://avys.omu.edu.tr/storage/app/public/ayhan.ak/138184/2008_1_1_DONM_EZIK.pdf,
- Dural, Mustafa/Sarı, Suat: Türk Özel Hukuku Cilt I (Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri) 10. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015.
- Dural, Mustafa/Sarı, Suat: Türk Özel Hukuku Cilt I (Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri) 10. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2015.
- Durusoy, Ali, Kıyas, TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://cdn2.islamansiklopedisi.org.tr/dosya/25/C25023635.pdf>, s. 525, E.T: 21.03.2022 E.T: 26.12.2021.

- Ebû Zehrâ, Muhammed: İslam Hukuku Metodolojisi Fıkıh Usulü, Çev. Abdulkadir Şener, 13. Baskı, Fecr Yayınevi, Ankara 2017.
- Edis, Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara, 1983, 2. Baskı.
- Edis, Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1993.
- Edis, Seyfullah: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No:41, Ankara 1993.
- Ekinci, Ekrem Buğra, İslam Hukuku, İstanbul, 2006, s. 103; Bilmen, Ömer Nasuhi, Hukuk-ı İslamiye ve İstilahat-ı Fıkhiyye Kâmusu, İstanbul, 1985, C. 1.
- Ekinci, Ekrem Buğra, İslam Hukukunda Değişmenin Sınırı, Arı Sanat Yayınları, İstanbul, 2005.
- Erbay, Celal, Kâsır, TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://cdn2.islamansiklopedisi.org.tr/dosya/24/C24008044.pdf>, E.T.: 27.03.2022.
- Erol, Ayten, Toplumsal Değişim ve Gelişimde İslâm Hukuku'nun İctihat Aracı Olarak Mürsel Maslahatlar (Mesâlih-i Mürsele), http://isamveri.org/pdfdrgr/D265434/2017/2017_EROLA1.pdf, E.T.: 08.03.2022.
- Esen, Bilal: Hanefî Usul Eserlerinde İctihad Teorisi, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010.
- Fayda, Mustafa, Hulefâ'yi Raşidîn maddesi, TDV Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/hulefa-yi-rasidin>, E.T.: 27.03.2022.
- Gazali: el-Mustafa, C.II, Çev. Yunus Apaydın, Rey Yayınları, Kayseri, 1994.
- Gedik, Ömer: Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yorum Yöntemleri Açısından İncelenmesi, Doktora Tezi, İstanbul 2013;
- Gözler, Kemal: Hukuka Giriş, Güncelleştirilmiş ve Düzeltilmiş 12. Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa 2015.
- Gül, Şirin, İslâm Hukukunda Hüküm Çıkarma Yöntemleriyle Sosyal Değişim Arasındaki İlişki (Basılmamış Doktora tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009.
- Güneş, Ahmet M., Hukuk Metodolojisi, Ekin Yayınevi, 2. Baskı, İstanbul, 2017.
- Gür, A. Refik: Hukuk Devleti, İstanbul 1958.
- Gür, Refik, Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle, Sebil Yayınevi, İstanbul 1993.

Güriz, Adnan, Hukuk Felsefesi, Ankara, 1985.

Haçkalı, Abdurrahman, El-İzz b. Abdisselâmda Maslahat-İctihat İlişkisi, (Yaman, Makâsıd ve İctihat kitabının içinde), M.Ü. İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, İstanbul 2017.

Haçkalı, Abdurrahman, İslâm Hukuk Metodolojisinde Maslahat Tanımları ve Bunların Analizi, İslâmî ilimler Dergisi.

Hakkı, İzmirli İsmail, İlm-i Hilâf, Hüner Yayınevi.

Hamdi, Döndüren, Delilleriyle İslâm İlmihali, İstanbul, 1991.

Hamidullah Muhammet, İslam Hukuku'nda Örf ve Adet, Hikmet Yurdu Düşünce - Yorum Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi, http://isamveri.org/pdfdrg/D03434/2008_2/2008_2_AKSUZ.pdf, E.T.: 27.03.2022.

Hatemi, Hüseyin, Medeni Hukuk'a Giriş, İstanbul, 1997.

Hatemi, Hüseyin: Medeni Hukuka Giriş (Gözden Geçirilmiş 5. Bası), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.

Hatemi, Hüseyin: Medeni Hukuka Giriş, İstanbul, 1997.

Helvacı, Serap/Erlüle, Fulya: Medeni Hukuk (Medeni Hukuka Giriş, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku), Legal Yayıncılık, 3. Bası, İstanbul 2014.

Hodza, Munafis, Hanefi Klasiklerinden el-Hidâye'deki Külli Kaideler, Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi, Bursa, 2010.

http://ktp.isam.org.tr/pdfdrg/D01777/2008_34/2008_34_BAKTIRM.pdf, E.T.: 01.04.2022.

Işıқтаç, Yasemin/Metin, Sevtap: Hukuk Metodolojisi, Filiz Kitabevi, İstanbul 2003.

İmam Gazâli, İslam Hukukunda Deliller ve Yorum Metodolojisi, C.I, Rey Yayıncılık, Kayseri, 1994, <https://www.ghazali.org/books/el.mustasfa.c.I.pdf>, E.T: 11.03.2022

Kalabalık, Halil: İdare Hukukunda Takdir Yetkisi Kavramı ve Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması, <https://www.idealonline.com.tr/IdealOnline/lookAtPublications/paperDetail.xhtml?uId=25282>, E.T.: 20.10.2021,

Kandemir, M. Yaşar, Cevâmiü'l-kelim, TDV İslâm Ansiklopedisi, https://cdn2.islamansiklopedisi.org.tr/dosya_/7/C07002838.pdf, E.T. : 18.04.2022.

Karadâvî, Yusuf, Günümüzde Fetvanın Değişebilirliği, Nida Yayıncılık, Step Matbaası, İstanbul 2012.

Karaman, Hayreddin, Fıkıh, Diyanet İslâm Ansiklopedisi, 1996, XIII/1-13, s. 5; İslâm Hukuk Tarihi.

Karaman, Hayrettin, Âdet, TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://cdn2.islamansiklopedisi.org.tr/dosya/1/C01000431.pdf>, E.T.: 01.04.2022.

Karaman, Hayrettin, Başlangıçtan Zamanımıza Kadar İslam Hukuk Tarihi, İz Yayıncılık, İstanbul, 1999.

Karaman, Hayrettin: Fıkıh, TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/fikih#1>, E.T.:19.12.2021.

Karaman, Hayrettin: Mukayeseli İslam Hukuku, C.I.

Kartal, Kaya, İslâm Hukukunda ve Mecelle’de Küllî Kâideler, <https://www.muhammedbalci.com/hukukdunyasi/makaleler/birikimlerV/572.pdf>, E.T.: 01.04.2022.

Kaya, Asım, Amaçsal Yorum, <https://asosindex.com.tr/index.jsp?modul=articles-page&journal-id=329&article-id=14496>, E.T.: 27.03.2022.

Kayıhan, Şaban: Temel Kavramları, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, 2017.

Kemâlî, Muhammed Haşim: İçtihat ya da Re’y, Çev. Tevhit Ayengin, Dinbilimleri Akademik Araştırma Dergisi, V, 2, (2005).

Kırca, Çiğdem: Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduction), <https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42681/514658>, E.T.: 14/09/2020.

Kıyıcı, Selahattin, İslam Hukukunda Örf ve Âdet, İşaret Yayınları, İstanbul, 1990,

Koca, Ferhat “mefsedet” maddesi, Diyanet İslâm Ansiklopedisi, XXVIII/356-358.

Koca, Ferhat İslam Hukuk Metodolojisinde Tahsis (Daraltıcı Yorum), Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul 1996.

Koca, Ferhat, İslam Hukukunda Maslahat-ı Mürsele ve Necmettin et-Tûfi’nin Bu Konudaki Görüşlerinin Değerlendirilmesi, “İLAM Araştırma Dergisi, I/1, İstanbul 1996, (Naklen: Gazzâlî, Ebû Hâmid Muhammed b. Muhammed, el-Müstesfâ min ilmi’l-usûl, Kahire 1322/1904, I-II.)

Köse, Saffet İslâm Hukukuna Giriş, Hikmetevi Yayınları, İstanbul 2020,.

Köse, Saffet: İslam Hukukuna Giriş, Hikmetevi Yayınları, 14. Bası, İstanbul.

Kurban, Yasin, Mecelle ve Günümüz Hukuku, Erzurum Kültür Eğitim Kitap ve Kirtasiye, Erzurum, 2019.

- Kurt, Ayhan, Mevsilî'nin İhtiyar Adlı Eserinde Örf ve Âdet, Yüksek Lisans Tezi, Hitit Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2014.
- Mahmesânî, Subhi Receb, İslâm Hukuk Felsefesi (Felsefetü't-Teşrî' fi'l-İslâm), Türkiye İlahiyatçılar Birliği Vakfı Yayınları, Türkiye Diyanet Vakfı Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, Ankara 2009.
- Mahmesânî, Subhi Receb, İslâm Hukuk Felsefesi (Felsefetü't Teşrî' fi'l-İslâm), Türkiye İlahiyatçılar Birliği Vakfı Yayınları, Türkiye Diyanet Vakfı Yayın Matbaacılık ve Ticaret İşletmesi, Ankara 2009.
- Mahmutoğlu, Yakup, İslam Hukukunun Kazuistik Yapısı Üzerine, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/213629>, E.T. : 22.04.2022.
- Metin Sevtap, Hukuk Normunun Yorumu, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2002.
- Nur, Pınar: Kanunilik İlkesi Bakımından Vergi Kabahatlerinin İrdelenmesi, Yüksek Lisans Tezi, Samsun 2014.
- Oğuzman, Kemal/ Barlas, Nami: Medeni Hukuk (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar), 20. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- Orum, Fatih, Fıkıh Usulü Eserlerindeki Fıkhi Kıyas Örneklerinin Bu Eserlerde Çerçevesi Çizilen Fıkhi Kıyas Anlayışından Hareketle Değerlendirilmesi, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, S. 13, Y. 2009, http://isamveri.org/pdfdrg/D02533/2009_13/2009_13_ORUMF.pdf, E.T.: 24.03.2022.
- Öner, Erdoğan: Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.
- Öz, Ersan: Vergilemede Kanunilik İlkesine Göre Türk Vergi Sistemi'nin Değerlendirilmesi, Doktora Tezi, İzmir 2004.
- Özen, Şükrü, “istislâh” maddesi, Diyanet İslâm Ansiklopedisi, 2001, XXIII/383-388.
- Özsunay, Ergün: Medeni Hukuka Giriş, Gözden Geçirilmiş 4. Bası, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Yayınları, İstanbul 1981.
- Pehlivan, Osman: Vergi Hukuku (Genel İlkeler ve Türk Vergi Sistemi), Celepler Matbaacılık, Trabzon 2018.
- Pekcan, Ali Mevrîd-i Nass'ta İctihâd'a Mesâğ Yok (mu) dur (İctihâd'ın Mahiyeti ve Sınırlarına Dair Bir Analiz), İslam Hukuku Araştırmalar Dergisi, S. 2, Konya 2003.
- Peters, Rudolph, Hukukçuların Hukukundan Yazılı Hukuka, Çev. Haluk Songur, İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi, Sayı: 11, Konya 2008

Sağlam, Hadi, Çağdaş Problemler Karşısında İslâm Hukukuna Dinamizm Sağlayan Metotlar, http://isamveri.org/pdfdrg/D03353/2009_2/2009_2_SAGLAMH.pdf, E.T.: 24.03.2022.

Saraç, Osman, Kamu Yararı Kavramı, Maliye Dergisi, 2002.

Serozan, Rona, Medeni Hukuk, Genel Bölüm-Kişiler Hukuku, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014.

Seyfullah Edis: Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/42760/516178>, E.T.: 20.10.2021

Şaban, Zekiyüddin: İslam Hukuk İlminin Esasları (Usulü'l-Fıkıh), trc. İbrahim Kafi Dönmez, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara.

Şanalımış, Abdülkadir İbn Nüceym'in el-Eşbâh Ve'n-Nezâir Adlı Eserinde Örf Dair Görüşleri, <https://dergi.diyanet.gov.tr/makaledetay.php?ID=30638#:~:text=Nitekim%20Abdullah%20b.,bir%20delil%20oldu%C4%9Funa%20i%C5%9Faret%20eder>, E.T.: 02.04.2022.

Şener, Mehmet, İslam Hukukunda Örf, İzmir 1987.

Şenocak, İhsan, İslam Hukukunda Örfün Hükümlere Etkisi (Doktora Tezi), Ondokuz Mayıs Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Samsun, 2011.

Telkenaroğlu, Rahmi: İctihatta İsabet ve Hata Meselesi, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara, 2010.

Uzunpostalıcı, Mustafa, Dede, TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/dede>, E.T.: 29.03.2022.

Yaman, Ahmet, Zihâr, TDV İslâm Ansiklopedisi, <https://islamansiklopedisi.org.tr/zihar>, E.T.: 27.03.2022.

Yaman, Ahmet, Bir Kavram Olarak “Fıkıh Kâideleri” ya da İslam Hukukunun Genel İlkeleri, https://www.academia.edu/35783508/B%C4%B0R_KAVRAM_OLARAK_FIKIH_K%C3%82%C4%B0DELER%C4%B0_YA_DA_%C4%B0SLAM_HUKUKUNUN_GENEL_%C4%B0LKELER%C4%B0, E.T.: 01.04.2022.

Yavuz, Yunus Vehbi, Maksadî Yorum, İslâm Hukuku Araştırmaları Dergisi, Sayı: 8, Mehîr Vakfı Yayınları, Konya 2006.

Yelek, Kamil, Hanefî Mezhebinde Örfün Hükümlere Etkisi, Abant İzzet Baysal Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/272344>, E.T.: 03.04.2022.

Yıldırım, Mustafa, Mecelle'nin Küllî Kâideleri, İzmir 2001.

Zevkliler, Aydın/Havutçu, Ayşe: Medeni Hukuk Temel Bilgiler, Beşinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2005.



ÖZGEÇMİŞ

Canan ATEŞ, ilk ve orta öğrenimini Bursa'nın Yıldırım ilçesinde tamamlamıştır. Bursa Ulubatlı Hasan Anadolu Lisesi'nden mezun olduktan sonra 2012 yılında Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne başlamıştır. 2017 yılında hukuk fakültesinden mezun olmuştur. 2017 yılında avukatlık stajına başlamıştır. 2018 yılında Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde yüksek lisans eğitimine başlamıştır. Halen Bursa Barosu'na bağlı serbest avukat olarak çalışmaktadır.



