

T.C.
İZMİR KÂTİP ÇELEBİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI

PRATİK BİR ZORUNLULUK OLARAK
HUKUK GÜVENLİĞİ VE KANUNLAŞTIRMA
-İSLAM HUKUKU AÇISINDAN TAHLİLİ-

Yüksek Lisans

AYDIN TÜRK

İZMİR-2019

T.C.
İZMİR KÂTİP ÇELEBİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEMEL İSLAM BİLİMLERİ ANABİLİM DALI

PRATİK BİR ZORUNLULUK OLARAK
HUKUK GÜVENLİĞİ VE KANUNLAŞTIRMA
-İSLAM HUKUKU AÇISINDAN TAHLİLİ-

Yüksek Lisans

AYDIN TÜRK

DANIŞMAN: DOÇ. DR. AHMET AYDIN



İZMİR-2019

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Pratik Bir Zorunluluk Olarak Hukuk Güvenliği ve Kanunlaştırma -İslam Hukuku Açısından Tahlili-” adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden olduğunu, bunlara atıf yaparak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

25.06.2019

Aydın TÜRK

 TS EN ISO 9001:2015	T.C. İZMİR KÂTİP ÇELEBİ ÜNİVERSİTESİ Sosyal Bilimler Enstitüsü	
	TEZ SINAVI TUTANAK FORMU	Dok. No: FR/604/21
		İlk Yayın Tar.: 03.10.2017
		Rev. No/Tar.: 00/..
		Sayfa 1 / 1

GÖNDEREN : Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı Başkanlığı
GÖNDERİLEN : Sosyal Bilimler Enstitüsü

Anabilim Dalımız Yüksek Lisans Programı öğrencisi Aydın TÜRK ile ilgili Tez Sınav Tutanağı aşağıdadır.

Tarih: Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı Başkanı Y.
Sayı : *Doc. Dr. Mehmet DİRİK*
İmza

SINAV TUTANAĞI

Tez Sınav Jürimiz tarafından incelenen *“Pratik Bir Zorunluluk Olarak Hukuk Güvenliği ve Kanunlaştırma-İslam Hukuku Açısından Tahlili”* başlıklı tezli yüksek lisans tezi ile ilgili olarak jürimiz 25.06.2019 tarihinde toplanmış ve adı geçen öğrenciyi Tez Sınavına tabi tutmuştur. Sınav sonucunda adayın tezi hakkında OYBİRLİĞİ/ÇOKLUĞU ile aşağıdaki karar verilmiştir.

KABUL

Kabul Edilen Tezli Yüksek Lisans tezi:

- i) Bilime yenilik getirmiştir
- ii) Yeni bir bilimsel yöntem geliştirmiştir
- iii) Bilinen bir yöntemi yeni bir alana uygulamıştır
- iv) Uygulama yapmıştır (sadece Yüksek Lisans'ta geçerlidir)

RED

DÜZELTME *

Tez Sınav Jürisi	Unvanı ve Adı Soyadı	İmza
Tez Danışmanı	Doç. Dr. Ahmet AYDIN	<i>Ahmet Aydın</i>
Üye	Doç. Dr. Mehmet DİRİK	<i>Mehmet DİRİK</i>
Üye	Dr. Öğr. Üyesi TEMEL KACIR	<i>Temel KACIR</i>
Üye		
Üye		

Eki : Tez Değerlendirme Formu (Her bir jüri için).

* Tez sınavında düzeltme kararı verilmesi halinde jüri tarafından öngörülen düzeltmelere ilişkin bir jüri raporu eklenmelidir. Düzeltmeler için Ek süre her defasında en fazla yüksek lisans öğrencileri için 3 ay, doktora öğrencileri için 6 aydır.

ÖZET

Yüksek Lisans Tezi

Pratik Bir Zorunluluk Olarak Hukuk Güvenliği ve Kanunlaştırma

-İslam Hukuku Açısından Tahlili-

Aydın TÜRK

İzmir Katip Çelebi Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Temel İslam İlimleri Anabilim Dalı

İslam hukuk tarihi boyunca ilk devirlerden beri, ictheadların bir araya getirilmesi ve siyasi otorite eliyle resmileştirilmesi çabaları söz konusudur. Bununla birlikte ülke sathında geçerli olmak üzere ayrıntılı ve kapsamlı bugünkü anlamda kanun niteliğini taşıyan hukuk normlarının devlet tarafından resmen ilan edilmesi Osmanlı'nın son döneminde gerçekteşmiştir. Kanunlaştırma hareketlerinin ürünü olan bu kanunlar İslam hukuk tarihi bakımından da bir dönüşümü ifade eder.

Kanunlaştırmanın temel fonksiyonu uygulanacak normların belirlenmesi, bu normların standart hale getirilmesi ve bu normlar bütününün vatandaşlara bildirilmesidir. Bu fonksiyonları karşılayan "hukuk güvenliği" ilkesinin kanunlaştırma ile diyalektik ilişkisi tezimizin ana teması olacaktır.

İslam hukukunda hukuk güvenliğini gerçekteştirecek türlü kurumlar var olmuş, farklı teamüller, yöntemler uygulanmıştır. Netice olarak günümüz dünyasında hukuk güvenliğinin sağlanmasına hizmet eden kanunlaştırma bu noktada fonksiyonel bir vasfi haiz olup genel geçer bir zorunluluk haline gelmiştir.

Anahtar Kelimeler: İslam hukuku, kanun, kanunlaştırma, hukuk güvenliği, Mecelle, Osmanlı hukuku, meclis, yasama, hukuk boşluğu, kanun boşluğu, Tanzimat, mezhep

ABSTRACT

Master Thesis

Legal Certainty and Codification

As a Practical Necessity

-Assay According to Islamic Law-

Aydın TÜRK

Izmir Katip Celebi University

Institute of Social Sciences

Basic Islamic Studie

There are some efforts to collect ictihads and make it official by the state power until the beginning of history of the Islamic law. However it has been in the end of the Ottoman Emperor to declared the official law -codification in the daily meaning- that was detailed and comprehensive to become valid on the whole country by the state. These codes which are product of the “codification movement” mean a reform in point of the Islamic law history.

The basic function of legalization is determining the code that will be implemented and make these codes standart and announce the whole codes to the citizens. The dialectical relationship between codification and legal certainty that correspond these function will be topic of our thesis.

There were some different forms to provide the legal certainty in Islamic law however some different conventions and different methods have been applied. As a result codification that provide the legal certainty in today’s world has been a practical common necessity

Keywords: Islamic law, law, codification, legal certainty, mecelle, Ottoman law, parliament, legislative, loophole in the law, Tanzimat, sects

İÇİNDEKİLER

YEMİN METNİ	i
ÖZET	iv
ABSTRACT	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR	ix
ÖNSÖZ	x
BİRİNCİ BÖLÜM 1- HUKUK GÜVENLİĞİ VE KANUNLAŞTIRMA	3
1.1. Hukuk Güvenliği	4
1.1.1. Kanunsuz Suç ve Ceza Olmaz İlkesi	10
1.1.2. Kanunların Geriye Yürümezliği İlkesi	11
1.1.3. Kazanılmış Hak	11
1.1.4. Normlar Hiyerarşisi	12
1.1.5. Hakimin Boşluk Doldurma, Yorum ve Takdir Yetkisi	14
1.1.6. İctihad Birleştirme Kararları	17
1.2. Kanunlaştırma	18
1.3. Hukukun Temel Fonksiyonları Açısından Hukuk Güvenliği ve Kanunlaştırma	26
1.3.1. Adaleti Gerçekleştirme	27
1.3.2. Düzen Kurma	29
1.3.3. Sosyal İhtiyaçları Karşılama	30
1.3.4. Hukukun İşlevleri Arasındaki Zıtlık	31

İKİNCİ BÖLÜM 2- İSLAM HUKUKUNDA HUKUK GÜVENLİĞİ VE KANUNLAŞTIRMA	33
2.1. Yapısal Özellikleri ve Bazı İlkeleri Bakımından	33
2.1.1. İlahi ve Beşeri Özellikleri Bakımından	34
2.1.2. Sivil Alanda Doğması Bakımından	38
2.1.3. Devletlere Resmi Hukuk Olması Bakımından	41
2.1.4. Kazai Hüküm - Diyani Hüküm Ayrımı Bakımından	44
2.1.5. Kazuistik Yöntemle Uygulanması Bakımından	48
2.1.6. Hükümün İllet Üzerine Bina Edilmesi Bakımından	49
2.1.7. Kanunilik İlkesi Bakımından	52
2.1.8. Cehaletin Mazeret Olmaması Bakımından	54
2.2. Benzer Uygulamalar ve Kurumlar Bakımından	56
2.2.1. Tazir	56
2.2.2. Maslahat-ı Mürsele, Istıslah	58
2.2.3. Istishab	59
2.2.4. Ulu'l-Emre İtaat	60
2.2.5. Mezhep	62
2.2.6. İcma	64
2.2.7. Fetva Kitapları	65
2.3. İslam Hukuk Tarihi Bakımından	67
2.3.1. Emevi - Abbasi Dönemi; Mezhep Etkisi	68
2.3.2.1. Abdullah İbn Mukaffa (ö. 142-759)	70
2.3.2.2. Ebu Yusuf (ö. 182-798)	74

2.3.2.3. Maverdi (ö. 450-1058)	76
2.3.2. Osmanlı Dönemi; Örfi Hukuk	78
2.3.3. Tanzimat Dönemi; Dönüşüm	85
2.3.4. Ulus Devletler Dönemi; Pratik Bir Zorunluluk Olarak Kanunlaştırma	90
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM 3- DEĞERLENDİRME VE SONUÇ	96
BİBLİYOGRAFYA	101

KISALTMALAR

AÜHFD: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

AÜİFD: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi

b.: Bin, ibn

bkz.: Bakınız

c.: Cilt

ç. : Çoğulu

çev.: Çeviren

der.: Derleyen

DİA: Diyanet İslam Ansiklopedisi

ed.: Editör

h.: Hicrî

İÜİFD: İstanbul Üniversite İlahiyat Fakültesi Dergisi

haz.: Hazırlayan

hk.: Hakkında

m.ö.: Milattan önce m.s.: Milattan sonra

MÜİFD: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi

ö.: Ölümü

Sy.: Sayfa

vb.: Ve benzeri

vd.: Ve devamı

yay.:Yayınevi

ÖNSÖZ

Hukuk normatif bir kurum olarak haksızlıkları önleyen, menfaat çatışmalarını dengeleyen, zararları gideren emirleri ihtiva eder. Bu emirler bütünü hukukun kaynaklarına karşılık gelir. Hukukun kaynakları, son tahlilde hukuk düzenine hakim olan gücün belirlemesiyle şekillenir. Bu kaynakların nereden derlendiği, ne şekilde derlendiği, bu kaynakların meşruiyet gerekçesi, üzerinde yüzyıllardır düşünülen konulardır.

İslam hukuku ilahi bir emirler silsilesini hukuk bilginlerinin sistematik olarak içeriğe dökmesi ile halkın bu normlara inanışının doğal bir sonucu olarak veya kamu gücünün bu içeriği yahut içeriğin bir kısmını resmen hukuk olarak benimsemesi ile birlikte normatif değer kazanmıştır. Modern zamanlarda ise hukuk, kaynağını yasama organlarının doğrudan belirlediği resmi kanunlardan almaktadır. Bu kanunlar teknik süreçlerle oluşturulan harfi harfine belirli, ilan edilen ve değiştirilmesi yine teknik birtakım şartlara bağlanan metinlerdir. Bu köklü farklılık çeşitli yönleriyle ele alınabilir ise de bizi ilgilendiren kısım bu değişikliklerle gerçekleşmesi umulan “hukuk güvenliği”dir.

Keşiflerin bir ihtiyaçtan doğduğunu düşünürsek, içeriğini yasama organı eliyle oluşturulan kanunlardan alan hukuk, devletlerin sistemli, düzenli, karmaşık yeni dünya düzenine karşı geliştirdiği bir müessese gibi görünmektedir. Daha basit bir devlet anlayışının var olduğu kadim zamanların hukuk sistemlerinde hukuk güvenliğini sağlamak üzere tedbirler alınmış ise de bu tedbirler bugünkü kadar kapsayıcı, teknik, sistematik bir yapıya bürünmüş değildir.

İşte tezimiz bu hukuk güvenliği ihtiyacını, bugün itibariyle kanunlaştırma yöntemiyle karşılanan bu ihtiyacın İslam hukuk tarihindeki yansımalarını ele almaktadır. Hukuk tarihi, hukuk felsefesi ve sosyolojisi gibi alanlara girmeden ele alamadığımız tezimiz kendi içinde disiplinler arası bir çalışma olmuş, bu yönüyle bizim açımızdan yorucu bir özellik arz etmiştir.

Çalışmamızın literatüre ufak da olsa bir katkı sunmasını Allah'tan diler, danışmanım Doç Dr. Ahmet Aydın'a yol göstericiliğinden ötürü teşekkürü bir borç bilirim. Bunun yanında eşim Başak Atasever Türk ve tüm aileme her türlü desteklerinden ötürü minnetlerimi sunarım.

Aydın TÜRK

Sivas, 2019

GİRİŞ

Hukukî belirsizliklerin hukukun işlevselliğini zedeleyeceğini düşünen hukukçuların hukukun belirli, öngörülebilir, istikrarlı olması gerektiğinden hareketle “hukuk güvenliği” olarak benimsedikleri ilke ve bu ilkenin kanunlaştırma ile arasındaki sebep sonuç ilişkisi tezimizin konusu olacaktır. Geçmişte İslam hukukunun uygulandığı coğrafyalarda kurulan modern devletler günümüzde kanunlaştırma yöntemi ile yürürlüğe giren kanun metinleriyle hukuka kaynak sağlamaktadır.

Peki İslam hukukunun tüm sistematığıyla tek kaynak olduğu önceki zamanlarda hukuk güvenliği tam olarak sağlanabilmiş midir? Kanun metinlerindeki kadar tartışmasız, tek elden, net kaynakların olmaması, uygulamada kaynaklarla ya da onların yorumlanmasıyla ilgili bir sorun olarak ele alınmış mıdır? Alınmışsa giderilmiş midir? Nasıl giderilmiştir? Mezheplere göre farklılık arz eden meselelerde nasıl-neye göre tercihler yapılmıştır?

Diğer yandan kanunlaştırma müessesinin tümüyle hukuki istikrarı gerçekleştirmesi mümkün müdür? Mümkün değilse de modern hukuk bunu azami oranda gerçekleştirmek için hangi enstrümanları kullanmaktadır? Hukuki güvenlik sorunu modern zamanlarda bütünüyle çözümlenebilmiş midir? Kanunlaştırma İslam hukuku karşısında bir alternatif midir, İslam hukuku içinde anlam kazanma ihtimali olan bir yöntem midir, bazı açılardan bir zaruret midir?

Çalışmamız özetle İslam hukuku metodolojisi, İslam hukuk kurumları ve İslam hukukunun bugüne kadar gelen birikimi açısından hukuk güvenliği ve kanunlaştırma olgularını ele almaktadır.

Tezimizin bölümleri şu terkiplerle ele alınacaktır:

“Hukuk Güvenliği ve Kanunlaştırma” başlığında hukuk güvenliğinin düşünsel zeminine değinilecek kanunlaştırmanın teknik-tarihi karşılığı üzerinde durulacaktır. Kanun ve kanunlaştırma olguları tarihsel gelişim süreci de dikkate alınarak incelenecektir. Hukuk güvenliği ve kanunlaştırmanın hukukun genel fonksiyonları açısından anlamı irdelenecektir.

İkinci bölüm olan “İslam Hukukunda Hukuk Güvenliği ve Kanunlaştırma” başlığında İslam hukukunun temel prensipleri açısından hukuk güvenliğinin mahiyeti ve hukuk güvenliğini temin eden kurumlar ele alınacaktır. İslam hukuku açısından bugün verili bir gerçeklik ve yaşayan bir kurum olarak kanunlaştırmanın ne tür bir karşılığı olduğu, cari olan bu yöntemin İslam hukuku uygulamaları ve kurumları açısından anlamı ele alınacaktır. Bu bağlamda kanunlaştırma hareketleriyle başlayıp Cumhuriyetin ilanına uzanan süreç değerlendirilecektir. İslam hukukunun hukuk güvenliği ilkesini gerçekleştirmek üzere kanunlaştırmaya başvurmasının imkan ve anlamı üzerinde durulacaktır.

Nihayet yapacağımız değerlendirme ile vardığımız neticeler ortaya konularak çalışmamız sonlandırılacaktır.

Araştırmamızı yaparken ilk bölümde modern hukuk kaynaklarından istifade edip terminolojiyi de bu alanda kullandık. Bu bölümde hukuk lgatlerinden, temel hukuk bilgisini içeren hukuk başlangıcı kaynaklarından, anayasa hukuku ve genel hukuk tarihi eserlerinden faydalandık. İkinci bölüm olan “İslam Hukukunda Hukuk Güvenliği ve Kanunlaştırma” bölümünde ise daha çok İslam hukuku alanındaki ağdaş yazından faydalandık. İslam hukukunu tarihsel, felsefi ve metodolojik yönleriyle ele aldığımız bu bölümde hukuk güvenliği ve kanunlaştırmayı İslam hukukunun temel özellikleri ve bazı ilkeleri eşliğinde değerlendirmeye çalıştık. Alt başlıklar olan “Benzer Uygulamalar ve Kurumlar Açısından Hukuk Güvenliği ve Kanunlaştırma” ve “İslam Hukuk Tarihinde Hukuk Güvenliği” başlıklarında ayrıca klasik kaynaklardan da yararlandık. Burada İslam hukuku, fıkıh usulü türünden eserlerle Abdullah İbn Mukaffa’nın ilk kanunlaştırma teklifi olarak kabul edilen risalesi ve kamu hukuku alanındaki başat eserler olan Ebu Yusuf’un Kitab’ul Haracı ve Maverdi’nin El-Ahkamssultaniyye adlı eseri çalışmamıza kaynak oldu.

BİRİNCİ BÖLÜM

1- HUKUK GÜVENLİĞİ VE KANUNLAŞTIRMA

Hukuku, sosyal yaşamın tanzim edilmesi işlevini gören diğer kurallar olan görgü kuralları, ahlak kuralları ve dini kurallardan ayıran özelliği; hukuk kurallarının ihlalinin devlet gücünün yetkili olduğu bir “yaptırım”a bağlanmış olmasıdır. Siyasi otoritelerin icra ve infaz kurumları, hukuk ihlallerine karşı borçlular ve suçlular üzerinde hukukun emrettiği müeyyideleri kamu adına icbaren gerçekleştirir.

Hukuk “olan”, süre gelen, değişen, akan hayat için “olması gereken”in uygulanması sürecini konu edinir. Böyleyken sosyal, siyasal, kültürel şartların değişmesi, zorunlu olarak hukuk normlarının değişmesi anlamına gelecektir. Bu bakımdan hukuk sistemi siyasi sistemlerin değişkenliği oranında zorunlu bir değişim geçirecektir. Teoride “doğal hukuk” yaklaşımları hukuku, devlet gücünden bağımsız bir çerçevede tavsif etse de pratikte gerek dayandığı kaynaklar itibariyle gerekse hukuk uygulamalarının mahiyeti itibariyle hukukun devlet otoritesiyle öyle ya da böyle ilişkisi olmuştur. İslam hukukunun teşekkül ettiği çağlardaki siyasal otoritelerin birçok açıdan modern zamanlardaki siyasal otoritelerden ayrıldığı aşikârdır. İmparatorlukların hâkim olduğu tarım toplumunda halk topluluklarının siyasal talepleri oldukça kısıtlı iken, modern zamanlarda kentlerde ikamet eden halkların üst düzey siyasal talepleri olmakta, netice olarak büyük kitleler hem haklar hem sorumluluklar açısından devlet organizmasıyla sıkı sıkıya bir ilişkiye girmektedir. Hal böyleyken bu ilişkileri tanzim edecek kuralların oldukça kesin, belirli ve ayrıntılı olması kendiliğinden bir zaruret haline gelmektedir. Modern zamanlarda başta anayasalar, sonra hayatın hemen her alanını düzenleyen kanunlar, tüzükler, yönetmelikler işte bu sıkı sıkıya ilişkinin tabîî sonucu olmuş, seri ve sürekli kanun çıkarma kurumları olarak yasama organları yönetme süreçlerinin vazgeçilmez bir parçası olmuştur.

Hayek’in ifadesiyle “insanoğlu itaat ettiği kanunlar olmaksızın hiçbir zaman var olmamış olmasına rağmen hiç şüphesiz onları ifade etmeye muktedir olmak

anlamında kanunları bilmeksizin binlerce yıldır var olmuştur.”¹ Başka bir deyişle kanun ve kanunla gerçekleştirilmek istenen hukuk güvenliği kadim bir ihtiyaca tekabül eder ama bu süreçleri teknik olarak isimlendirip inceleyen bilimsel disiplinler daha sonraları ortaya çıkmıştır. Aşağıda bu bağlamda hukuk güvenliği ve kanunlaştırma terimlerini açıklamaya gayret edeceğiz.

1.1. Hukuk Güvenliği

Hukuk güvenliği tamlamasındaki güvenlik kelimesi bir kolluk vazifesini çağrıştırırsa da burada kastedilen “güvenmek-itimat etmek”le ilgili manadır. Hukuk güvenliği bu bakımdan “hukuka güvenilirlik, hukukun kendisinin güvenilir olması” lafzi anlamlarını ihtiva eder.² Hukuk güvenliği hukuk aracılığıyla yaratılan asayişle ilgili bir güvenlik değil bizzat hukukun güven altına alınması, onun güvenliğidir.³

Hukuk güvenliği hukuk devletinin unsurları arasında sayılmış ya da doğrudan hukuk devleti tanımında içeriğini bulmuştur.⁴ Özbudun hukuk güvenliği ilkesini hukuk devleti tanımına mündemiç olarak şu şekilde tarif etmiştir: “Hukuk devleti vatandaşların hukuki güvenlik içinde buldukları devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu bir sistemi anlatır.”⁵

Hukuk güvenliğiyle aynı kavramsal zeminde değerlendirilen “hukuk devleti”nin bir tanımı da şu şekildedir:

“Hukuk devleti hukuka saygılı devlet, hukukun egemen olduğu devlet anlamına gelir. Bütün devlet organlarının hukuk kurallarına, hukuk kurallarının da anayasaya uygun oluşturulup işletildiği, yönetimin tüm işlem ve eylemlerinin yargı

¹ Friedrich A. Hayek, *Hukuk, Yasama ve Özgürlük* (çev:Attila Yayla), İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yay, 1996, Sy 66

² İsmail Köküsarı, *Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi*, Ankara: Adalet Yay., 1. Baskı, Nisan 2015, Sy 60-94

³ Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, İstanbul:Filiz Kitabevi, 1991, Sy 23

⁴ Mehmet Altundış, “*Hukuki Güvenlik İlkesi*”, *Yasama Dergisi*, Sayı 10, Eylül-Ekim-Aralık 2008, Sy 60-94

⁵ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara:Yetkin Yay., 7. Baskı, 2005, Sy 44

denetimine tabii olduğu, hukukun üstünlüğü ilkesinin herkes için geçerli olduğu devlettir.”⁶

Hukuk devleti anlayışı bir hükümet etme ilkesi olarak alınır, devlet gücünün hukuka dayanması, kamu gücünü kullananların hukuka göre tasarruflarda bulunması ve hukuka karşı sorumlu olması anlamlarına gelir. Hukuk devleti ilkesi, kanunlar çerçevesinde kamu otoritesinin meşruiyetini gerçekleştirir ve siyasal yapıya vatandaşlık bağıyla bağlı herkes için kanunlar vasıtasıyla haklar ve borçlar belirler. Özellikle “toplumsal sözleşme” olarak vasıflandırılan anayasalar devlet-vatandaş ilişkisinin en temel kodlarını ihtiva eder. Bu hukuki düzenekte hukuki normların kesin ve belirli olması hedeflenmiştir. Bu belirlilik hali keyfiliğin karşıtı olarak kanunların etrafındaki ortak mutabakatla mümkün olabilmektedir.

Hukuk devletinde kanunların genelliği söz konusudur. Kanun, idare ve vatandaşlar için istisna yapmadan eşit şekilde bağlayıcılık arz eder. Yetkili organların çıkardığı kanunlar yine kanunların belirlediği her yerde geçerlidir. İşte kanunlar eliyle gerçekleştirilmek istenen bu ideal; vatandaşların belirli ve istikrarlı bir hukuk düzeninde idare edildiklerine dair itimat içinde olmaları yani hukuk güvenliğinin gerçekleşmesidir.

Hukuk güvenliği ilkesinin bir başka tanımı şöyledir: *“Bireylerin maddi ve manevi varlığını korkusuzca geliştirme imkanı bulması; bireylerin ileriye dönük planlarında devlete güvenebilmesi; vatandaşların muhatap oldukları kuralları daha önce bilmesi ve davranışlarını ona göre ayarlamalarıdır.”*⁷

Buna paralel olarak Aral hukuk güvenliğinin alt ilkelerini şu şekilde açıklar:

“Hukuk güvenliği önce hukukun pozitif hukuk olmasını yürürlük kazanmış hukuk olmasını gerektirir her durumda neyin doğru ya da adaletli olduğu tartışması bir yana bırakılarak neyin hukuka uygun bulunduğu saptanmalıdır.

İkincisi hukuk kesin ve açık kavramlara dayanmalı, hakime geniş takdir yetkisi bırakmamalı, kuşku ve duraksamaya yer vermemeli hile ile anlamı

⁶ “Hukuk Devleti”, Mehmet Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü, İstanbul:Ensar Yay. 2013, Sy 201

⁷ İsmail Köküarı, *Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi*, Sy 373

değiştirilmeye elverişli olmamalı ve meydana gelebilecek her olay için açık bir çözümü içermelidir.

Üçüncüsü hukuk değişmez kesin çizgili biçim ve ölçüler kullanmalıdır.

Dördüncüsü sürekli ve değişmez olmalıdır. Doğaldır ki bu ilke salt olarak geçerli değildir. Ancak hukuk sürekli olduğu zaman önceden kestirilebilir ve kendisine güvenilebilir.”⁸

Köküarı'nın veciz olarak ifade ettiği hukuk güvenliğinin alt ilkeleri olan “hukuki belirlilik”, “hukuki öngörülebilirlik”, “hukuki istikrar”⁹ prensipleri adaletsizliğe, düzensizliğe ve keyfiliğe karşı ileri sürülen ideallerdir. Burada hukuk güvenliğinin görünümü olan hukuki belirlilik, hukuki öngörülebilirlik ve hukuki istikrar üzerinde durmak istiyoruz.

Hukuki belirlilik uygulamada olan normlarda ve bu normların yargılama safhasındaki uygulama usullerinde bir belirlilik olması halidir. Hukukun amir hükümlerinden sorumlu olan vatandaşların bu hükümlere mümkün mertebe ulaşabiliyor ve ulaştıkları metinleri asgari düzeyde anlayabiliyor olmaları beklenir.

Kanunu bilmemenin bahane sayılmayacağı genel bir prensip olarak kabul edilir. Öyledir çünkü vatandaşlar kanunu bilmiyor idiyse de bilmesi gereklidir. Hukukun kaynaklandığı metinlere ulaşma ve onu anlamada bütün vatandaşların eşit şartlara sahip olmadığı kabul edilebilir ise de kamunun genel menfaati bu hususta bir ayırım yapmayı gereksiz kılar. Bunun ötesinde vatandaş olma sorumluluğu açısından kanunu bilmeyenlere bir mazeret imkanı verilmesi açık bir istismar sahası olacaktır. Diğer yandan genel insanlık kültürünün doğal bir yolla herkese öğrettiği üzere, adam öldürmek, hırsızlık, mala zarar verme, borca sadakatsizlik etme gibi eylemlerin bir hukuki-cezai karşılığı olduğu gerçeği esasında herkesin malumudur. Burada hukuk kurallarını olabildiğince belirli hale getirmek hukuk kurallarını belirleyip uygulayan devlete düşer.

Bu bağlamda hukuk kurallarının yazılı olması özel bir önem taşır. Çağın ifadeleriyle: *“Tekamülün son veyahut modern merhalesinde hukuk mefhumu ve*

⁸ Vecdi Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, İstanbul:Filiz Kitabevi, 1992, Sy 388

⁹ İsmail Köküarı, *Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi*, Sy 67

mücerred hale gelmiş, böylece rasyonel karakterde yeni bir formalizm doğmuş, diğer taraftan mücessem şekiller yerine evveleminde yazılı şekil kaim olmuştur. Yazılı şekilde rasyonel, pratik gayeler güdülür: Mesela isbatın kolaylaştırılması (delillerin tespitinde kolaylık), acele karar ve hareketlere karşı bir korunma, davada şahsın evvelden tahmin ve takdirinin sağlanması; umumiyetle hukuki emniyetin korunması gibi.”¹⁰

Tarih boyunca medeniyetler kendi teknik imkânları nispetinde bu durumun önemini kavrayıp, kuralları yazılı olarak belirleyip “efradını cami ağıyarını mani” hukuk metinleri içinde derlemek gayreti göstermişlerse de bunu kamil manada modern devletler başarmış görünmektedir. Resmi gazete uygulaması, kanun metinlerinin ve mahkeme icihadlarının resmen kayıt altına alınıp resmen kamuya açılması önemli bir gelişmedir. Bilhassa bilgisayar ve internet sistemlerinin devreye girmesiyle artık hukuk kaynaklarına ulaşmak çok kolay hale gelmiştir.

Hukuki öngörülebilirlik, kanunlar yazılı ve belirli olsa bile bu kanunların çok farklı yorumlanmasıyla birlikte vatandaşların haksızlığa uğratılmaması gerektiği yönünde bir idealdir. Gerek hukuk adamları gerek vatandaşlar kanunu biliyor fakat aynı kanundan çok farklı anlamlar çıkarabiliyorlarsa olması umulan hukuki güvenlik yine zedelenecektir. İşte hukuk güvenliği; hukuk kaynaklarındaki muğlaklıkları-şüpheleri gidermenin yani hukukun öngörülebilir olması gerekliliğinin üzerinde duran bir ilkedir.

Hukuki istikrar ise farklı coğrafyalar ve zaman dilimleri açısından hukuk uygulamalarının eşitsizlik-adaletsizlik doğuracak şekilde farklılık arz etmemesi gerektiğini ifade eder. Hukukun donukluğu, değişimin öncelendiği modern çağlarda genel olarak bir zaaf olarak değerlendirilmiştir. Buna karşılık “hukuk güvenliği” ilkesi ise hukuki istikrarı öne sürerek, sonsuz değişim arzusunun hukukun genel fonksiyonlarıyla bağdaşmayan yönünü vurgular ve hukuk kurallarında değişimi toplum yararı lehine yorumlamayı önerir.

Hukuki istikrarla ilgili hususiyetin daha özel bir tezahürü “hukuk birliği”dir. Özellikle artık yerleşim yerleri arasında transferlerin çok hızlı biçimde gerçekleştiği

¹⁰ Orhan Münir Çağıl, “*Hukukun Mahiyeti ve Fonksiyonu*”, İctihad ve Makasid (Der:Ahmet Yaman), Konya:Yediveren Yay, 2002, Sy 19

dünyamızda hukuk sistemlerinin ülkeler ölçeğinde ele alındığı, bundan daha küçük birimlerdeki yerel uygulamaların ise diğer birimlerdeki uygulamalarla insicam içinde olmasının üzerinde önemle durulduğu görülmektedir. Kanunların genelliği ilkesi, kanunların ülke içinde herkes için geçerli olması ile açıklanır ve bu ilke bizi aynı siyasal yapı içerisinde zorunlu olarak hukukta birlik düşüncesine götürmektedir. Bu bakımdan kanunlaştırmanın bir fonksiyonu olarak birçok yerde değindiğimiz “standartlaştırıcı” etki hukuk güvenliği bakımından önemlidir.

Burada hukukun “düzen fonksiyonu”nu vurgulamak isabetli olacaktır. Gerçekten de Aral’ın veciz bir şekilde ifade ettiği gibi “toplum düzeni bireylerin adalet tartışmalarına feda edilemez.”¹¹ İnsanlık siyasal topluluklar halinde bir arada yaşamayı kabul etmişse ve gayri-iradi bir düzenin içine doğuyorsa bununla birlikte elimizde alternatif bir düzen-güvenlik-yaşam rejimi yoksa artık bu düzenin dışında, bu düzenin aleyhine bir arayış pratik faydayı haiz değildir. Hukuk güvenliği, hukukun doğal ve pratik bir faydası olarak “düzen oluşturma” fonksiyonunun bir ifadesidir. Bir “düzen”in asgari olarak kesin çizgilere, önceden kestirilebilir olmaya ihtiyacı ise açıktır.

Anlatılarımızı Çağıl’ın da makalesinde kullandığı¹² bir örnek üzerinden açıklamaya çalışalım. Reşit olmak için Türk Medeni Kanununun koyduğu 18 yaş sınırı kaçınılmaz olarak konulmuş bir sınırdan ibarettir. Buna göre 18 yaşını doldurmuş birey hukuki-cezai hak ve sorumluluklar açısından tam ehliyetli sayılır. Bir vatandaş on sekiz yaşını doldurmakla yaptığı işlem ve eylemlerin hukuki anlamını kavrayabilecektir. Daha doğrusu yaptığı işlem ve eylemlerin hukuki anlamını kavrayabilecek bir liyakate sahip olduğu -kabul edilir-. Öyle kabul edilir çünkü gerçekten de bu liyakatin ölçülmesinin tek başına meşakkati bir yana bunu bütün vatandaşlar için ayrı ayrı ölçmek imkansız gibidir. Kabul etmek gerekir ki bazı kimseler bireysel özellikleri ve çevre şartlarının etkisiyle 18 yaşına varmadığı halde 18 yaşına varan birçok kişiden daha olgundur. Ya da tersinden birçok kimse 18 yaşına vardığı halde 18 yaşına varmamış birçok vatandaşa göre eylem ve işlemlerinin hukuki anlamını kavramakta daha geridir. Fakat yasa koyucunun burada herkes

¹¹ Vecdi Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, Sy 224

¹² Orhan Münir Çağıl, “*Hukukun Mahiyeti ve Fonksiyonu*”, Sy 21

açısından geçerli olmak üzere bir standart yakalamak istemesi makul ve gerekli bir tutumdur. Mamafih hassas bazı durumlarda yasa koyucu bu standart sınırı esnekleştiren bazı kanuni düzenlemeler de yapmıştır.

Örneğin ceza kanununa göre 18 yaş erginlik sınırı olsa da 0-12 yaş, 12-15 yaş, 15-18 yaş kategorileri açısından farklı hukuki düzenlemeler öngörmüştür. 0-12 yaş aralığındaki kişilerin kusur yeteneği olmadığı kabulüyle ancak gerek görülürse çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine hükmedilebilir. 12-15 yaş aralığındaki kimseler için ise kanun kusur yeteneğinin gelişip gelişmemesine göre muamele yapılmasını emretmiştir. 15-18 yaş çocuklar için ise verilecek ceza, ceza kanununda belirtilen miktarda indirilecektir.

Diğer bir örnek olarak, kanun 18 yaş sınırını reşit olmak için sınır kabul edip evlilik için bu yaşı alt sınır olarak belirlemişse de kişilerin evliliklerini gerektiren, evliliğin gerçekleşmemesi halinde kişileri ağır biçimde mağdur edebilecek hususi durumlarda 16 yaş bitirmiş olanlar bakımından hakim kararıyla, 17 yaşını bitirmiş olanlar için ise velilerinin muvafakatiyle evlenmelerine izin vermiş, evlenme sonucu bu kişilerin ergin olacaklarına hükmetmiştir

Görüldüğü üzere yaş sınırı kişilerin akli olgunluğunun ölçülmesinde mutlak olarak işe yaramasa da böyle bir sınırın varlığı zarurettir. Bu kabilden diğer bir yaklaşımı mahkeme kararlarının kesinliğiyle ilgili olarak Koşum'dan yapacağımız bir alıntıyla arz edelim:

“Mahkeme kararlarının kesinleşmesi de, hukuk güvenliği düşüncesine dayalı bulunmaktadır. Mahkemenin bir olayda vermiş bulunduğu karara karşı belli kanun yollarına başvurma imkanı vardır. Ancak bu yollar kapandıktan sonra artık o kararın yeniden incelenmesi istenemez, karar kesin bir hüküm (kazıyye-i muhkeme) niteliğini alır. Buna rağmen karar yanlış ve adalete aykırı olabilir. Fakat bu ihtimalin varlığı mahkeme kararlarının sürekli bir biçimde yeniden incelenmesini haklı kılmaz. Aksinin kabulü davaların uzaması, düzene olan güvenin ortadan kalkması sonucunu doğurur. Görüldüğü üzere hukuk güvenliği düşüncesi ile hata

imkanı göze alınmakta, isabetsiz bir kararın eski bir hakkı kaldırıp yeni bir hak ihdas etmesi yadırganmamaktadır.”¹³

Gerçekten de her ne kadar istisnaları olsa da kaidelerin-kuralların kesinliği üzerinde varılan mutabakat hukukun işlevini gerçekleştirmede en hayati unsurdur. Yukarıdaki örnekler bağlamında 18 yaş sınırı fiilen reşitliği ölçme vasfı olmasa da hükmen reşitlik ölçüsü olması tartışılmaz. Öte yandan mahkeme kararlarının tamamıyla isabetli ve adil olduğu söylenemez ise de bu durum mahkeme kararlarının bütününe geçerliliğini şüpheli hale getirecek şekilde yorumlanamaz ve sonuç olarak mahkeme kararlarının kesinleşmesine engel olamaz. Vatandaşlar hukukun herkes için geçerli olduğuna, açık ve anlaşılır olduğuna, rahat bir şekilde eğilip bükülemeyeceğine itimat ettiği ölçüde hukuk güvenliği gerçekleşecektir. Aşağıda hukuk güvenliği ilkesinin birkaç alt prensibini ele alacağız.

1.1.1. Kanunsuz Suç ve Ceza Olmaz İlkesi

Ceza hukukuyla ilgili bu ilkenin Anayasa 38. maddesindeki tanımı şu şekildedir: “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 hükmolünamaz”

Buna göre hiçbir vatandaş açısından, gerçekleştirdiği fiilin ceza kanunu ve diğer kanun hükümlerinde suç olarak tarif edilmeyen yeni bir suç olduğundan bahisle bir yargılama söz konusu olmayacaktır. Başka bir ifadeyle suçlar ve cezalar tahdidi olarak sayılmış olup takdirenen kanunda olmayan bir suç türü ihdas edilemez.

“Suç ve cezada kanunilik” olarak da isimlendirilen bu ilke vatandaşların işlendiği an için suç olmayan fiillerin işlenmesinden sorumlu olmamalarını gerektirir. Böylece vatandaşlar suç işleme kastı olmaksızın yaptıkları, sonuçları bilip ön göremeyecekleri eylemlerden sorumlu tutulmayacaktır. Hukukun olası yaptırımları

¹³ Adnan Koşum, “Hukukun İşlevleri Arasında Zıtlık ve Adaletin Üstünlüğü Bakımından İslam Hukuku”, AÜİFD, 47, sayı 1, Sy 55-66

olmaz, belirli-kesin-açık yaptırımları olur. Kanun hukuk güvenliğini sağlamak bakımından kesinliği, açıklığı, belirliliği, istikrarı sağlamaya memurdur.

1.1.2. Kanunların Geriye Yürümezliği İlkesi

Eskiden kullanılan ifadeyle kanunların “makale şümül” olmaması yani “geriye yürümemesi” şöyle tanımlanır:

“Yürürlüğe giren yeni kuralın yürürlük tarihinden önceki dönemde hukuki sonuçlar doğurmasını yasaklayan ve kuralın ancak yürürlüğe girdiği tarihten sonraki olaylara uygulanmasını emreden hukukun genel prensibidir.”¹⁴

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi uluslararası hukuk metinlerde bahsi geçen geriye yürümezlik ilkesi devletlerin ulusal hukuklarında da korudukları genel bir ilkedir. Bu ilke kanunilik ilkesinin zaman bakımından uygulaması olarak kabul edilebilir.

Özellikle ceza hukukunda kesin biçimde uygulanan geriye yürümezlik kuralı insanların o an geçerli olmayan, dolayısıyla bilmelerinin mümkün olmadığı bir kanundan ötürü cezalandırmalarının önüne geçer. Böylece hukuk güvenliği sağlanmış olur, vatandaşlar beklenmedik bir müeyyide ile mahkum edilmezler.

1.1.3. Kazanılmış Hak

Kazanılmış hak “önceden yürürlükteki mevzuata göre elde edilmiş olan bir hakkın sonraki kanunlarla alınamaması durumu”¹⁵dur.

Bir başka ifadeyle kazanılmış hak “doğumu anında hukuka uygun olarak tamamlanmış ve böylece kişiye özgü lehte sonuçlar doğurmuş, daha sonra mevzuat

¹⁴ Mehmet Altundış, “Hukuki Güvenlik İlkesi”, Sy 63

¹⁵ “Kazanılmış Hak”, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Ensar Yayınları, Ağustos 2013, Sy

değişikliği ya da işlemin geriye alınması gibi nedenlere rağmen hukuk düzenince korunması gereken haktır”¹⁶

Kazanılmış hakkın varlığından bahsetmek için zorunlu olarak şu unsurları gerçekleştirmiş olması gerekir:

- Hak, bireysel idari işlemde doğmuş olmalıdır.
- Hak bireysel idari işlem tesis edildiği anda geçerli olan hukuk kurallarına uygun olmalıdır.
- Hak kesinleşmiş olmalıdır.¹⁷

Yine bu ilke de vatandaşların hak ettikleri hukuki haklarının bir idari tasarrufla kaybetmelerini engelleyen bir güvence olarak hukuka itimadın bir başka teminatı konumundadır.

1.1.4. Normlar Hiyerarşisi

Normlar hiyerarşisi “*hukuk normlarının derece ve kuvvetini belirlemekte ve bir hukuk düzeninde var olan normların çokluğu anlamına gelmektedir. Hukuk düzeni bir piramide benzetilecek olursa bu piramit anayasa, kanun, tüzük, yönetmelik ve adsız düzenleyici işlemlerden oluşan birden çok normun varlığını ifade etmektedir.*”¹⁸ şeklinde tarif edilip bir başka hukuk güvenliği enstrümanı olarak modern hukuk uygulamasında fonksiyonunu icra etmektedir.

Bu hiyerarşi klasik kuvvetler ayrılığı anlayışının da bir tezahürüdür.¹⁹ Anayasa bir devletin tüm organlarının yetki ve sorumluluklarını belirleyerek hukukun üstünlüğünü temsil etmektedir. “Hiç kimse veya organ kaynağını anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz.” (Any. 6. md.) Yasama organının çıkardığı kanunlar yürütme organlarının çıkardığı KHK’lar, tüzük,

¹⁶ Yücel Oğurlu, “*İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu*”, Ankara: Seçkin Yay, 2003, Sy 28 [Naklen: Mehmet Altundiş, “*Hukuki Güvenlik İlkesi*”, Sy 61]

¹⁷ Mehmet Altundiş, “*Hukuki Güvenlik İlkesi*”, Sy 85-87

¹⁸ Erdal Kuluçlu, “*Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkileri*”, Sayıştay Dergisi, Sayı 71, Sy 3-22

¹⁹ Metin Şahin, “*Normlar Hiyerarşisinin Türk İdare Hukukunda Uygulanması*”, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Sy 1

yönetmelik ve adsız düzenleyici işlemlerden üstün tutulmak suretiyle yasama organı yürütme organından ayrılmıştır.

Bu hiyerarşiye göre sonra gelen norm öncekinin hiyerarşik olarak altındadır ve meşruiyet kaynağını ondan alır. Kanunlar meşruiyetini anayasadan alıp anayasaya uygun olmak zorunda; tüzük, yönetmelik ve düzenleyici diğer işlemler de meşruiyetini kanundan alıp ona uymak durumundadır.

Kanunların uygulanmasıyla ilgili bir başka hususiyet farklı ülke kanunlarının birbiriyle çatışması durumudur. Başka bir devletin kanun hükmüyle hakim kendi devletinin kanun hükmü çatışırsa, hakim kendi ülkesindeki devletler özel hukuku kuralları uyarınca hangi kanun hükmünü esas alacağını belirleyecektir. Bu konulardaki hükümler “milletlerarası özel hukuk ve usul hukuku hakkında kanun”da ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Hakim aynı ülkenin birisi genel diğeri özel kapsamlı kanunlarının çatışması halinde genel kuralı değil, özel kuralı uygulayacaktır. Aynı ülkede iki genel veya iki özel kanunun çatışması halinde yeni olan kanun esas alınacaktır. Başlamış bir hukuksal ilişki devam ederken kanunun değişmesi halinde ise kural olarak eski hukuk zamanında doğmuş hukuksal sonuçlar geçerli olacaktır. Eski hukuk tarafından tanınan ama onun yürürlük zamanında kullanılmamış olan yetkilerin yeni hukuk döneminde kullanılması, yeni hukukun da bu yetkiyi vermesine bağlıdır. Hukuk değişikliği yargılama usulüne ilişkin ise eski hukukun zamanında ortaya çıkmış ama sonuçlanmamış davalar için de sonraki hukuk yargılama usulleri uygulanır. Ve hukuk değişikliği ceza hukuku kurallarına ilişkinse: suçlunun aleyhine yapılacak bir değişiklik geçmişe etkili olmaz.²⁰

Bütün bu bahisler hukuk sisteminin boşluklarını kapatmak, kesin olarak hangi kanunun uygulanacağı noktasında bir yöntem belirleyerek belirliliği sağlamak gayesine matuftur ki ancak böyle bir belirlilik halinde vatandaşların hukuka itimat etmeleri beklenir.

²⁰ Bilge Umar, *Hukuk Başlangıcı*, İzmir: DEU Hukuk Fakültesi Yayınları, 1997, Sy 125-127

1.1.5. Hakimin Boşluk Doldurma, Yorum ve Takdir Yetkisi

Her ne kadar çalışmamız boyunca kanunların hukuk güvenliği açısından müspet bir etki yaratarak uygulanacak normları netleştirdiği, açık hale getirdiği üzerinde durmuşsak da bu etki mutlak bir etki değildir. Kanunlar normları sistematik olarak toplayıp açık bir şekilde uygulayıcıların önüne koysa bile yine de bu kanunların anlaşılmasındaki kesinlik ve uygulamaların standart hale gelmesi bakımından kesin bir sonuç vermez. Kanunlar da farklı yorumlara kapı aralayabilir.

Burada kanunların kimi zaman içinden çıkılmaz bulmacalar haline geldiğini vurgulayan şu ifadeleri aktarmak istiyoruz: *“Teşri kuvvetinin, tabiri caizse “bilmecelerini” çözmek tefsir etmek ve sarih bir sistem haline sokmak çok kere basit bir görev değildir. Hukuk kaideleri, eski Mısırluların tasvirlerinden ibaret olan yazılarına ve daha modern bir misal ile şifreli telgraflara benzetilecek olursa, hukuk ilmi de bu “tasvir” ve “şifreleri” çözerek açıklamak suretiyle meydana çıkaracağı muhtevayı yine kendisinin icat edeceği bir alfabe ile ifade etmek mecburiyetinde kalan bir kimsenin durumunu hatırlatır.”*²¹

Kanunların uygulanmasına dair bu sorunları çözmek için hukuk doktrinde boşluk doldurma, yorum ve takdir yetkisi olarak isimlendirilen mekanizmalara başvurma zarureti hasıl olmuştur. Türk Medeni Kanununun bununla ilgili hükümleri şu şekildedir:

MADDE 1.-*Kanun, sözüyle ve özüyle değındiğı bütün konularda uygulanır.*

Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir.

Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır.

MADDE 4.-*Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiğı konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir.*

²¹ Ernest Hirsch, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi*, Ankara, 1949 (Naklen: Ülker Gürkan, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, Ankara: Siyasal Kitabevi, Ekim 2012, Sy 20)

Hakimin hükme bağlaması beklenen meselelerde kanun hükümleriyle ilgili olsun (büyük önerme), uygulanacak meselenin mahiyetiyle ilgili olsun (küçük önerme) tereddüte mahal vermeyecek bir kesinlik varsa bu meseleyle ilgili hüküm verme konusunda bir tereddüt olmayacaktır. Bununla birlikte kanun hükümlerinde ya da çözülmesi istenen meselenin mahiyetiyle ilgili bir boşluk yahut bir şüphe hasıl olmuşsa burada hakimin yorumlama, boşluk doldurma ve takdir yetkisiyle hükme varması beklenir.

Yukarıdaki yasa maddelerinde ifade edildiği üzere hakimin hakkında karar vermesi gereken uyuşmazlık hiçbir kanunda hükme bağlanmamış olsa bile hakimin uyuşmazlığı çözümsüz bırakması düşünülemez. Hakim hiçbir hüküm olmaması halinde bile kendisini yasa koyucu yerine koymakla da olsa önüne gelen uyuşmazlığı çözmekle memurdur.

Hakimin yorum yetkisi, kuralın yahut meselelerin gerçek anlam ve kapsamını belirlemekle ilgili faaliyetidir. Tereddüt oluşması halinde, örneğin karşılıklı sözleşmelerde “uyuşmazlık taraflarının “o kuralın gerçek anlamı şudur” şeklinde ayrı görüşler ileri sürmeleri halinde”²² dürüstlük ve iyi niyet kurallarınca tarafların sözleşmeyi yaparken ortaya çıkan gerçek iradelerini ortaya çıkarmaya çalışması, hakimin yorum yoluyla doğru hükme varma çabasıdır.

Boşluk doldurma faaliyeti kanun koyucunun bazen bilerek bazen bilinçsizce bir konu hakkında düzenleme yapmadığı meselelerde hakimin kendisini kanun koyucunun yerine koyup meseleye uygun bir hüküm ihdas etmesidir.

Takdir yetkisi ise yasanın öngördüğü sınırlar içinde hakime verilen tercih hakkıdır. Yine bu yetki de hukuk boşluklarının doldurulması amacına hizmet eder. Örneğin bir kimse “haklı sebepler varsa” adının değiştirilmesini isteyebilir, bu “haklı sebepler”in ne olduğu hakimin takdirine bırakılmıştır.²³

Tüm bu faaliyetleri yürütürken hakim hukuk metodolojisinde literatüre girmiş olan mefhum-u muhalifine bakıp sonuç çıkarma, ayrık (istisnai) durumları dar yorumlama, evleviyet kanıtından sonuç çıkarma, yasa koyucu boş şeyle uğraşmaz

²² Bilge Umar, *Hukuk Başlangıcı*, Sy 129

²³ Şeref Gözübüyük, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, Ankara: Sevinç Matbaası, 1991, Ankara, Sy 67

düşüncesiyle sonuç çıkarma gibi yorum tekniklerini,²⁴ hukukun genel ilkelerini, hak ve nısfet düşüncesini, hukuk devleti ve insan hakları anlayışını dikkate almak zorundadır. Ve elbette yorum, boşluk doldurma, takdirde bulunma faaliyetlerinin hepsi nihayetinde her bir olayı hükme bağlama becerisi olan bu itibarla, hukukta cevapsız bir soru olmayacağına dair itimat telkin eden bir sistem oluşturma amacına matuftur. Eğer hakim yorum, boşluk doldurma ve takdir yetkisini kullanma suretiyle kanun hükümlerini olayla örtüştürme gayreti içine girmezse istisnasız bütün olaylar için bir kanun hükmü olması zorunluluğu ortaya çıkacaktır. Bu durumun imkansızlığı göz önüne alınırsa sınırlı kanun metinlerini sınırsız sayıda olaya uygulamanın ancak hakimlerin yukarıda bahsettiğimiz yetkileri ile mümkün olduğunu söylemek gerekir. Eğer bu esneklik var olmasaydı birçok uyuşmazlık, uyuşmazlıkla ilgili bir yasa metninin yokluğundan dolayı çözümsüz kalabilirdi. Böyle bir durumda vatandaşların hukukun uyuşmazlıkları çözmedeki nihai merci olduğu yönündeki itimadı sarsılır ve dolayısıyla hukuk güvenliği zedelenirdi.

Hukuk güvenliği genel itibariyle hukuk metinlerinin kesinliğine işaret etse de kanunlarda boşluk olması kaçınılmaz gibidir. Bu boşlukları doldurmak son tahlilde yargıçların vazifesidir. Bununla birlikte, hukuk adamlarına boşluk doldurma, yorum ve takdir yetkisi gibi esnetici yetkiler verilse de bu yetkiler genel hukuk mantığına uygun, mevzuattaki yasaları ihlal etmeyecek şekilde kullanılmalıdır. Bu gereklilik, yargı kurumlarının istikrarlı kararlar vermesi, dolayısıyla hukuk güvenliği açısından elzemdir

²⁴ Mefhum-u muhaliften sonuç çıkarmak bir lafzın manasından çıkan manayı zıddından yorumlamaktır. “15 yaşından küçük çocuklar giremez” kuralının mefhum-u muhalifi “15 yaşından büyük çocuklar girebilir” şeklindedir.

Ayrık (istisnai) durumları dar yorumlama bu kurala istisna olarak sayılan hükümlerin kanun koyucu tarafından bilinçli olarak sınırlı olarak sayıldığından hareketle bu istisnaları keyfi olarak genişletmeme ilkesidir.

Evleviyet kuralından sonuç çıkarma, yasa koyucunun bir hükmü koyma nedenini göz önüne alıp kanunda belirtilen vasfı daha şiddetli biçimde içinde taşıyan durumu da hükme dahil etmek şeklindeki yorumdur. Güvenlik nedeniyle bir yere bıçakla girmek yasaksa tabancayla girmek evleviyetle (haydi haydi) yasaktır.

Yasa koyucu boş şeyle uğraşmaz tekniği (mecelledeki ifadesiyle vâzı-ı kanun (kanun koyucu) abesle iştilgal etmezdir) tekniği ise yasa koyucunun yasayı koymada makul amaçları gerekçeleri olduğunun kabulü ile yorumlama yapmaktır.

1.1.6. İctihad Birleştirme Kararları

Hukukun tali kaynakları arasında sayılan mahkeme kararları esasında diğer mahkemeler için bağlayıcı değildir. Farklı farklı yorumlara kapı açarak hukuk güvenliğini zedeleyebilecek bu durum kaçınılmaz olarak ortaya çıkar. Olaylar sınırsız, kanun metinleri sınırlıdır. Hakkında açık bir kanun bulunmayan meselelerde farklı zamanlarda farklı hakimler aynı meseleyi başka açılardan ele alıp birbirinden farklı kararlar verebilirler.

Türk hukuku bu istikrarsızlığı önlemek adına yargı kararlarındaki ihtilafı sonlandıran “Yargıtay İctihad Birleştirme Büyük Genel Kurulu” ismiyle bir kurul ihdas etmiştir. Bu kurul “yargıtay icthad birleştirme kararları” yayınlar. Bu hükümler o saatten sonra bir mahkeme kararı da olsa tüm üst mahkemeler ve yerel mahkemeler açısından bağlayıcı birer hüküm olur.

İctihad birleştirme kararları süreci şu şekilde gelişir; yerel mahkemelerde temyiz edilen meseleler üzerinde yüksek mahkemenin bir dairesinin bazen kendi içinde farklı kararlar vermesi bazen de dairelerinin aynı konuda birbirinden farklı kararlar vermesinin neticesinde bu ihtilaf Yargıtay İctihad Birleştirme Hukuk Genel Kurulunda ele alınır. Sonraki süreç şöyle devam eder:

“İctihadı birleştirme kararı metni, hangi hukuk sorunu üzerinde o yüksek mahkemenin hangi birimlerinde birbirine aykırı hangi kararların verilmiş (hangi kararlarda birbirine aykırı düşen icthadların kabul edilmiş) bulunduğunu ve bunlarda savunulan aykırı görüşleri, onların söz konusu kararlarda açıklanmış gerekçelerini belirtmekle söze başlar. Sonra kendisinin hangi görüşü (ictihadı) hangi gerekçeyle kabul ettiğini anlatır ve hüküm fıkrasında benimsediği görüşü özetler.”²⁵

Netice itibariyle mahkeme kararlarındaki aynı olaylara farklı olarak verilen hükümler sonucu ortaya çıkan belirsizlik-istikrarsızlık tamamen önlenemez ise de icthadı birleştirme kararları ile bunun asgariye indirilmesi amaçlanmıştır. Böylece ülke sathında mahkemelerin öngörülebilir, uyumlu ve istikrarlı kararlar vermesi amaçlanmıştır.

²⁵ Bilge Umar, *Hukuk Başlangıcı*, Sy 66-67

1.2. Kanunlaştırma

Kanun kelimesinin arazi ölçümünde kullanılan bir uzunluk ölçüsü olarak Grekçe “kanon” sözcüğünden geldiği tahmin edilmektedir.²⁶

En geniş anlamıyla ele alırsak, hukukun soyut kurallar halinde düzenlenmesi olarak kanun/yasa/töre isimleriyle işlev gören normların tarihin ilk devirlerine kadar izini sürmek mümkündür. Bu bakımdan bir yasama organı eliyle seri bir şekilde çıkarılan ayrıntılı normlar yeni karşılaştığımız bir olgu ise de düzen anlayışı, buna dair inanç ve bu inancın gereği olarak toplumsallaşan uygulamalar insanlıkla yaşattır. Kimisi yazıya geçirilen, kimisi geçirilmeyen; kimisi dini, kimisi örfi; kimisi kapsamlı, kimisi dar; toplumların uymaya zorunlu hissettikleri, inandıkları değerlerin izdüşümü olan kurallar yani kanunlar, yasalar, töreler asırlar boyunca hukuka kaynak olmuştur. Aşağıda bazı kadim metinlerde medeniyet tarihi boyunca kanuna yüklenen anlamı ibraz eden metinler aktaracağız.

Tarihin bilinen ilk uygarlıklarından olan, yazının mucidi Sümer uygarlığına ait ilk yazılı tabletler M.Ö.3200'lere ulaşırken kadim Sümer, Babil, Asur, Hitit uygarlıklarına ait olduğu saptanan kanunlar tarihleri itibariyle şöyledir: “Urukagina (M.Ö. 2351-2342); Ur-nammu (M.Ö. 2111-2094); Ana-İttişu (M.Ö. 1950 civarı) ve Hammurabi (M.Ö. 1783 civarı) yasaları. Ve orta Assur Yasaları (M.Ö. 1450-1250) Yeni Babil Yasaları (M.Ö. 525-539)”²⁷ Öyle anlaşılmaktadır ki kanun metinleri yazının icadının üzerinden çok geçmeden ortaya çıkmıştır.

Çok eski tarihlere dayanan bir örnek olarak M.Ö. 2111-2094 yılları arasında yaşamış Sümer hükümdarı Ur-nammu'nun dilinden aktarılan şu cümle adaletin tesisinde bir araç olarak kanunlara atıf yapar: “Güneş Tanrısı Şamaş'ın hakça kanunlarıyla ülkemde adaleti gerçekleştirdim, memlekette adaleti tesis ettim; öksüz zengine teslim edilmedi; dul kadın, kuvvetli adama teslim edilmedi.”²⁸

²⁶ Halil İnalçık, “Kanun”, DİA, yıl: 2001, C: 24, Sy 323-324

²⁷ İbrahim Erol Kozak, *Kadim Dönemler Genel Hukuk Tarihi*, Konya: Palet Yayınları, İkinci Baskı, Ekim 2015, Sy 31

²⁸ İbrahim Erol Kozak, *Kadim Dönemler Genel Hukuk Tarihi*, Sy 21

Yazıya geçirilerek hukuk tarihinde işaret taşı olan bazı önemli kanun metinleri toplumların bahsettiğimiz bu örf ve adetlerine, on yıllara dayanan hukuki teamüllerine, yaşattıkları töreye dayanır. Kanunlaştırma bu külliyyatın derlenerek metin halinde içtima edilmesidir. Hukuk tarihi boyunca yapılan kanunlaştırmalar şunlardır:

- Ön Asya'da milattan önce 18 yüzyılda Babilde ortaya çıkan Hammurabi kanunu; Hintlilerin Manou kanunu; Mısırlıların Bochoris kanunu; Atina'da Dracon kanunu ve Solon kanunu.
- Roma İmparatorluğu On iki levha kanunu; Corpus Juris Civilis kanunu.
- Uzakdoğu ve Asya'da Tang Hanedanlığı kanunu; Qing Hanedanlığı kanunu; Cengiz Han yasası.
- Kıta Avrupası'nda Prusya kanunu; Fransız kanunu; Avusturya kanunu; Hollanda kanunu; Alman kanunu; Rusya kanunu; İsviçre kanunu.²⁹

Adı geçen bu külli kanunlaştırma metinleri eski kanunlardaki bir değişiklik değildir, uygulanagelen kanunların içtima edilip yazıya aktarılmasıdır. Kılıç, bu duruma dikkat çekerek tedvin-taknin ayrımı yapar. Tedvin-kodifikasyon anlamında genel anlamıyla ele alındığında kanunlaştırma örfi hukuk olarak uzun yıllardır uygulanagelen genel geçer tüm hukuk kurallarının sistemli olarak toplanmasıdır. Özel anlamda kanun yapma (taknin-legislation) ise hukukun tümünü kapsamayacak şekilde bazı kanunlardaki değişiklikleri ifade etmektedir.³⁰

Türk medeniyet tarihini ele alırsak yine kanunla ilgili mülahazaların eski zamanlarda ortaya çıktığı söylenmektedir. Halil İncılık, Türklerin İslam'dan önceki sosyal, hukuki, siyasal yaşamlarında Hint ve İran etkisinden bahsederken kanunun hakimiyetin kaynağı olarak kabul edildiğini ileri sürer.³¹ Bu cihetle Yusuf Has Hacib'in ünlü Kutadgu Bilig adlı eserinden kanun telakkisini yansıtan şu cümleleri

²⁹ Muhammed Tayyib Kılıç, *İslam Hukukunda Kanunlaştırma Olgusu*, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008, Sy 76

³⁰ Muhammed Tayyib Kılıç, *İslam Hukukunda Kanunlaştırma Olgusu*, Sy 51

³¹ Halil İncılık, *Osmanlı'da Devlet, Hukuk ve Adalet*, İstanbul: Kronik Yay., 3. Baskı, Kasım 2016, Sy 18

nakleder: “Ey Hakim! Memlekette hüküm sürmek istersen, kanunu doğru yürütmeli, halkı korumalısın. Kanun ile ülke genişler ve dünya düzeni sürer; zulüm ile eksilir ve dünya bozulur. Zalim zulmü ile birçok sarayları harap etmiş ve sonunda kendisi açlıktan ölmüştür.”³²

Yine Ellek’in makalesinde Kutadgu Bilig’ten yaptığı derleme kayda değerdir. Kanunun anlamını bulduğu cümleler şöyledir:

“Adalete istinat eden kanun, bu göğün direğidir: kanun bozulursa gök yerinde duramaz.” “Beylik kanunla ayakta durur.” “Kanun su gibidir, zulüm ise ateş gibi her şeyi mahveder; sen berrak su akıttın ve ateş söndü.” “Böylece hükümdar memleketini düzenledi ve tanzim etti; halkı zenginleştirdi; o devirde kurt ile kuzu aynı yerden su içti.” “Beylik iyi bir şeydir fakat daha iyi olan kanundur ve onu doğru tatbik etmek lazımdır.”³³

Kanunun konu edildiği bir başka klasik metin olarak İbni Sina’nın Kitabul-İşaret ve’t-Tenbihat’ından bir alıntı sunalım:

“İnsanlar arasında bir kanunun (şer‘in) muhafaza ettiği bir muamele ve adaletin bulunması zorunludur. Ki bu kanunu, kendisine itaati hak etmekle ayrıcalıklı olan Kanun koyucu, itaatin Allah katından olduğunu gösteren ayetlerle özelleşmiş olması nedeniyle farz kılar. Dolayısıyla iyilik veya kötülük yapan için el-Kadîr ve el-Habîr’in katından bir karşılığın da olması zorunludur. Böylece bilgiyi muhafaza eden sebebin bilinmesiyle birlikte cezalandırmanın ve kanun koyanın bilgisi zorunlu olur.”³⁴

Kanun, yasama organlarının teşkilinden beri yasama faaliyetleri ile birlikte anılmış ve bugünkü anlamını kazanmıştır. Günümüz hukuk ilmi terminolojisinde kanun şöyle tarif edilir: “Bir devlette yetkili kamu organı tarafından çıkarılan

³² Yusuf Has Hacib, Kutadgu Bilig, (b. 2033-2035), <http://ekitap.kulturturizm.gov.tr/Eklenti/10716,yusufhashacibkutadgubiligmustafakacalinpdf.pdf?0> (erişim tarihi:07/03/2019)

³³ Yusuf Has Hâcib, Kutadgu Bilig, çev.: Reşid Rahmeti Arat, Ankara: Türk Tarih Kurumu Basımevi, 1994, Sy 42, 228, 253, 380. (Naklen: Hasan Ellek, “Osmanlı’da Kanunlaştırma Hareketleri ve Mecelle”, Gümüşhane Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 2014/3, c 3, sayı 6, Sy 119-159)

³⁴ İbn Sina, *El-İşarat Vet-Tenbihat* (Çev: Ekrem Demirli), Litara Yay., 2014, Sy 183

uyulması zorunlu, genel, sürekli ve soyut hukuk kuralları anlamında bir hukuk terimi.”³⁵

Başka bir kanun tanımı şöyledir: “Devletin Anayasa Hukukuna göre yasa koymaya yetkili makamı (Türkiye’de TBMM) tarafından, yine Anayasa Hukukunun ilkeleri ve bunlara uygun diğer özel kurallar çerçevesinde işlem yürütülerek belirlenmiş hukuk kurallarını yürürlüğe koyan metinlerdir”³⁶

Bir başka tanım: “Yasama erki tarafından dahili idare usullerine ve kamunun çıkarlarına ve işlerine dair düzenlenip herkes tarafından uygulanması mecburi tutulmak üzere vaz ve ilan olunan genel, mücerret ve daimi kurallar.”³⁷ şeklindedir.

Tanımlardan anlaşılacağı üzere bugünkü anlamda kanun, devlet yönetiminin daha teknik bir olguya evrildiği nispette daha teknik bir anlamı haizdir. Bugün kanun pozitif hukukun temel malzemesi olup uluslararası antlaşmalar, anayasa, yasa gibi bir hiyerarşinin içinde yer alan, yasama örgütü eliyle çıkarılan, resmi gazetede yayımlanıp herkes için bağlayıcı olan amir hükümlerdir. Dolayısıyla kanun, devlet yönetimlerinde güçler ayrılığı prensibinin genel kabul görmesi ve bunun neticesi olarak ortaya çıkan yasama organı hüviyetindeki meclislerinin faaliyetlerinin ürünüdür. Başka bir ifadeyle “kanun için asgari şartlar: yetkili organ tarafından belli usullerle konulma ve müeyyide içermedir. Yetkili organ yasama organıdır, ancak bu organın her zaman halk tarafından seçilmiş olması gerekmez.”³⁸

Uygulamaya en çok konu olup en çok bilinen kanunlar; kişilerin hukuki ehliyet durumunu, evlilik ve boşanma hallerini, soybağını, miras meselelerini düzenleyen “Medeni Kanun”; satış, kira, emanet, bağış vs. türlü borç ilişkilerini düzenleyen “Borçlar Kanunu”; yasa koyucu tarafından suç kabul edilen maddi fiillerin niteliklerini, bunların nitelikli hallerinin işlenmesi durumunda hükmedilecek cezaları inceleyen “Ceza Kanunu”; hukuk mahkemelerindeki yargılama usulünü, delil ve ispat kurallarını inceleyen “Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu”, ceza

³⁵ Halil İnalçık, “Kanun”, DİA, yıl: 2001, C: 24, Sy 323-324

³⁶ Bilge Umar, *Hukuk Başlangıcı*, Sy 84

³⁷ “Kanun”, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri*, İstanbul: Ensar Yayınları, Ağustos 2013, Sy 289

³⁸ Mustafa Şentop, “*Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri Literatürü*”, *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi*, C 3, sayı 5, 2005, Sy 647-672

yargılaması usulünü ve daha önceki soruşturma aşamasındaki gözaltı, arama, tutuklama rejimlerini inceleyen “Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu”dur.

Bugün kanunların karşıladığı doğal ihtiyaç ne ise -biz buna tezimiz kapsamında temel olarak hukuk güvenliği cevabını veriyoruz- dün de aynı ihtiyaçlar toplumlar ve devletler nezdinde geçerliydi. Örneğin Halil İnalıcık’ın Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisinin farklı iki maddesinde “kanun”³⁹ ve “kanunname”⁴⁰ olarak ele aldığı iki farklı hukuk kaynağının farklı zamanlara işaret ediyor olsalar da ortak olarak bilinmezlikten belirliliğe, sözlü-şifahi anlayıştan yazılı anlayışa, keyfilikten kurallılığa, tesadüflerden istikrara, kapalılıktan açıklığa geçiş fonksiyonlarını icra ettiğini söyleyebiliriz. Bu anlamıyla “kanun” yasamadan önce de vardır ve yasamanın icadı insanlık tarihi açısından “geç ortaya çıkmıştır.”⁴¹ Yeni olan esasında kanun değil yasamadır.

İslam hukuk tarihinde “kanunname” olarak tabir edilen yazılı metinler bir yasama organının elinden çıkmış değilse de meşruiyetini devlet gücünden alan resmi kurallar olarak hukuk tarihindeki yerini almıştır. Padişah hükmü tarafından resmi bir nitelik kazandığından esasında kanun gibidir.⁴² Kanunnameler her ne kadar İslam hukukunun temel kaynakları arasında sayılmayıp sonradan ortaya çıkmışsa da, hatta yapılan kimi tariflerde şer’i hukukun alternatifi -neredeyse zıddı- olarak sistematüğün dışında sayılsa da⁴³ uygulama itibariyle İslam hukukunun geçerli olduğu devirlerde kaynak değerinin güçlü bir şekilde var olduğu söylenmelidir.

Ülkede geçerli, uyulması gereken kurallar koymak hususunda kadim devletler kendi siyasal sistemlerine; modern devletler de kendi siyasal sistemlerine uygun yöntemleri uygulamışlardır. Kanunnamelerin ortaya çıkma sürecinde siyasal otoritenin başı olan sultanın başat bir rolü vardı. Kanunlarda ise bunun için oluşturulan yasama örgütü bünyesinde kurulan komisyonlar diğer hukuk bilginlerinin de desteğiyle bir tasarı oluşturmakta ve bu yasalar parlamentolarda kabul

³⁹ Halil İnalıcık, “*Kanun*”, DİA, yıl: 2001, C: 24, Sy 323-324

⁴⁰ Halil İnalıcık, “*Kanunname*”, DİA, yıl: 2001, C: 24, Sy 333-337

⁴¹ Friedrich A Hayek, *Hukuk, Yasama ve Özgürlük*, Sy 111

⁴² Halil İnalıcık, “*Kanunname*”, DİA, yıl: 2001, C: 24, Sy 333-337

⁴³ Bu konudaki farklı görüşlerin dökümü için bkz: Ayhan Ak, *İslam Hukuk Felsefesi (Köken ve Uyum Odaklı Analiz)*, Ensar Yay, İstanbul, 2014, s. 177 vd. (Kanunların Şer’iliği Bahsi)

edilmektedir. Kanunnameler tellallar, kadılar marifetiyle halka duyurulurken kanunlar resmi gazetede yayınlanması itibariyle yürürlüğe girmektedir. Kanunnamelerin ilanının ülkenin en ücra köşesine kadar ulaşması nispeten daha zordu ama kanunlar bugün hemen herkesin ulaşabileceği bir kolaylıkta, canlı yayınlarda yapılan oturumlarda kabul edilmekte olup internet vasıtasıyla resmileşen kanun metinlerine ulaşmak bir hayli kolaylaşmıştır. Kanunnameler daha bilindik ve genel-geçer konuları ele alırken kanunlar modern hayatın getirdiği karmaşık birçok olayla ilgili ayrıntılı ve teknik hükümler içermektedir. Özetle bugünle dün arasında makro planda değişen ne varsa yazılı hukuk metinlerinin hukuk uygulamaları açısından anlamı ile bu metinlerin ortaya çıkarılması, uygulanması süreçleri de o ölçüde değişmiştir. Ortada köklü bir değişim vardır ve “modern toplumda tasarımı değişimin baş aleti kanun yapma faaliyetidir”⁴⁴

Modern dünyada halkların genel inancı bakımından kanunların geçerliliği, meşruiyeti ve “kanunların kudreti” bakımından bir duraksamaya yer yoktur. Bu durum çarpıcı ifadelerle şu şekilde anlatılmış: *“liberal memleketlerin çoğunda her türlü dini inançtan azade olduklarını söyleyen insanlara rastlanır. Bunlar Allah’a inanmaz, batıl itikatları da istihfaf eder. Fakat bu serbest fikir ülkelerinde anayasa ve kanunların bükülmez kudreti hakkında en hafif bir şüphesi olan vatandaşa nadiren tesadüf edilir.”*⁴⁵

Burada vurgulayalım ki “kodifikasyon” olarak adlandırılan, var olan örf-adet ve uygulamaların yazılı hale getirilmesi anlamındaki kanunlaştırma farklı sebeplerle de olsa dünya medeniyet tarihinde o günün farklı ihtiyaçlarına cevap vermek için çok defa uygulanmış bir yöntemdir. Aşağıda değişik dönemlerde yapılan kodifikasyonların tarihsel sebepleri sayılmış:

“Justinyen kodifikasyonunda hukuk yoluyla Roma'nın siyasi birliğini sağlama düşüncesi ön plandayken 1804 tarihli Fransız kodifikasyonunda ihtilalin getirdiği rasyonalizm ve tabii hukuk düşüncesi daha ön planda olmuştur Ancak şöyle bir genellemede bulunmak mümkündür: 18. yüzyıl öncesinde meydana gelen

⁴⁴ Friedrich, A. Hayek, *Hukuk, Yasama ve Özgürlük*, Sy 99

⁴⁵ N.M. Berkin, “*Kanunların Kudreti*”, İstanbul Yüksek İslam Enstitüsü Yayınları, Sayı:4, 1962, Sy 17-20

*kanunlaştırmalarda ülkede siyasi birliği sağlamak ve tek bir hukuk sistemini hakim kılmak başta gelen sebeplerden iken 18. yüzyıl sonrası Avrupa kanunlaştırmalarında bu iki etkenin dışında sistematik hukuk ilminin gelişmesi, hukukun millileştirilmesi isteği, rasyonalizmin güç kazanması gibi sebepler de etkili olmuştur.*⁴⁶

Günümüz dünyasında kanunlaştırma, uygulanagelen hukuk normlarının bir araya getirilmesi, derli-toplu bir uygulama metni oluşturulması anlamında kodifikasyon/kanunlaştırma olgusunun da ötesine geçilmiştir. Buna göre günümüz hukuk üretme faaliyetleri kadim mecellelere göre de farklılık arz etmektedir. Kozak günümüzün bu hukuk üretme-yaratma aşamasını şu cümlelerle tarif eder:

*“Bu aşamada hukuk bilinçli olarak oluşturulan kurallar haline gelmiş, hukuki konular ancak bu işte uzman kişiler tarafından değerlendirilebilecek bir alana dönüşmüş; hukuk artık tamamen rasyonel, biçimsel ve teknik bir sürece girmiştir. Münhasıran bu işle görevli uzmanlarca kanun tasarıları hazırlanır ve yasama organınca -veya kanunun verdiği yetki dahilinde yürütme organınca ve yargı organınca (tüzük-içtihadı birleştirme kararları vs. şeklinde)- kabul ve ilan edilir (“hukukçuların hukuku”ya da”hukukun hukuku”: temel bir hukuk normunun çerçevesi içinde kalınarak yapılan hukuk).*⁴⁷

Hukuk vatandaşın geçmişten beri devam ettirdikleri ilişkileri tanzim ettiği gibi modern zamanlarda artık yeni ilişkiler/olgular ihdas etmekle de sorumludur. “(Geçmişte) kanunun müeyyidelediği o zamanın adeti veya içtimai vaziyetidir. Halbuki cemiyetler, bugün kanundan daha çabuk temakül etmektedir.”⁴⁸ Aşağıda 12.04.2018 tarihinde ülkemizin yasama organı TBMM’nin resmi internet sitesinden⁴⁹ elde ettiğimiz, kanunlaşmış ya da kanunlaşmayı bekleyen son döneme ait kanun teklif ve tasarılarının listesini veriyoruz:

1. Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu Tasarısı
2. Biyogüvenlik Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Teklifi

⁴⁶ Muhammet Tayyip Kılıç, “Umumi Hukuk Tarihinde Kanunlaştırma Olgusu”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 1, Sayı:1 - 2, Aralık - Ocak 2011, Sy 260

⁴⁷ İbrahim Erol Kozak, *Kadim Dönemler Genel Hukuk Tarihi*, Sy 14

⁴⁸ N.M. Berkin, “*Kanunların Kudreti*”, Sy 19

⁴⁹ https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.sorgu_baslangic [erişim tarihi 12.04.2018]

3. Yüksek Seçim Kurulunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Teklifi
4. Helal Akreditasyon Kurumu Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Tasarısı
5. Lisanslı Harita Kadastro Mühendisleri ve Büroları Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Teklifi
6. Büyükşehir Belediyesi Kanunu, Belediye Kanunu ve Afet Riski Altındaki Alanların Dönüştürülmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Teklifi
7. Veteriner Hizmetleri, Bitki Sağlığı, Gıda ve Yem Kanununda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Teklifi
8. Çocuk Hakları Komisyonu Kurulmasına Dair Kanun Teklifi

Yukarıdaki kanun tasarı ve tekliflerine baktığımızda bir kaç kategori tespit etmek mümkündür. Bir kısım kanunlarda “Biyogüvenlik”, “Ürün Güvenliği”, “Helal akredizasyonu” gibi sosyolojik ve idari anlamda hayatımıza yeni giren olguların hukuki alt yapıya kavuşturulması amacı söz konusudur. İkinci kategoride işleyen devlet mekanizmasındaki “Harita Mühendisleri” “Veterinerler” ve “Yüksek seçim kurulu” gibi kurumlara ilişkin yenileme ve düzenlemeler yapılmak istenmiştir. Bir kısmında çocuk hakları ve afetler gibi sorunların çözümü için sistemdeki eksikliklerin giderilmesi istenmiştir.

Netice itibariyle kanunların büyük oranda teknik mahiyet arz eden idari meselelerin çözümünde bir alet olarak kullanıldığı, devlet mekanizmasında eskiyen kısımların yeniden düzenlenerek işlevsel hale getirilmesine, hayatımıza henüz giren ya da halen ne olduğunu bilmediğimiz bir idari-sosyal kurumun idari ve hukuki sisteme eklenmesine yaradığı söylenebilir.

Özetle “kanunlaştırma faaliyeti ülkede farklı hukuk kurallarının uygulanmasının meydana getirdiği karışıklığı önlemek, hukuki istikrar ve uygulama birliğini sağlamak merkezi devlet fikrinin güç kazanması ile siyasi birliği hukuk yoluyla sürdürmek ve hukuku bir bilim dalı olarak geliştirmek maksadıyla yapılır.”⁵⁰

⁵⁰ Hasan Ellek, “Osmanlı’da Kanunlaştırma Hareketleri ve Mecelle”, Sy 153

Burada özellikle vurgulamak istediğimiz hepimizin birer vatandaşı olduğumuz modern devletlerin teknik-devasa-kompleks bir sistem olarak hukuk güvenliğine olan ihtiyacıdır. Yani kanunlaştırmanın yeni olaylara yeni hükümler getirme yolundaki pratikliği bir tarafa tek bir merkezden yönetilen egemenlik haklarını -doğası itibariyle- sıkı sıkıya koruyan devletlerin yasama yetkisinin gaspına tahammülü yoktur. Ancak siyasi olarak çatışmalı bir konjonktür sonrası ortaya çıkabilen ihtilal, öz yönetim, iç savaş gibi istisnalar hariç olmak üzere modern zamanlarda devlet sistemi dışında yasama faaliyeti yapmanın bir zemini olamaz.

Binaenaleyh diyebiliriz ki kanun koyma yetkisi modern devletler açısından bir anlamda egemenlik yetkisiyle aynı iddianın tezahürüdür. Bu yüzdendir ki modern genç devletlerin yeni bir rejim kurmak bakımından yaptığı simgeleşmiş değişimler, çıkarılan kanunlarda ifadesini bulmuştur. Kanunlar yoluyla hukuk içeriği oluşturmak hukuk düzenini korumakta, ihtiyaçlara uygun çözümler üretmektedir. Bugün itibariyle kanunların otoritesi kabul edilmiştir; devletin egemenlik sahası içinde uygulanacak normların resmi yasama organı marifetiyle belirlenmesi gerektiği üzerinde toplumsal-kurumsal bir ittifak olduğunu söylemek gerekir.

1.3. Hukukun Temel Fonksiyonları Açısından Hukuk Güvenliği ve Kanunlaştırma

“Adaletle yönelmiş bir toplum düzeni”⁵¹ olarak hukukun tabii fonksiyonlarından birisi, geçerli olduğu coğrafyadaki sosyal-siyasal düzeni tanzim etmesidir. Bu anlayış “insanın toplum içinde yaşama zorunluluğunun” ve “toplumsal yaşamın normlarla düzenlenmesi zorunluluğunun” bir sonucu olarak hukuka, tabii bir “düzen oluşturma” fonksiyonu yükler.⁵²

Yürürlükte herhangi bir hukuk sisteminin olmaması doğal olarak harici-gayrimeşru başka düzenlerin doğması anlamına gelir. Hukuk kaosun, keyfiliğin, başı bozukluğun ifsat ediciliği karşısında düzeni, kuralları, barışı savunur. Hukuk toplumdaki güç ilişkilerini adaletle dengelemek makamındadır.

⁵¹ Vecdi Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, Sy 157

⁵² Vecdi Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, Sy 157

Binaenaleyh modern devletlerde de düzenin hukuk kurallarıyla sağlanması gerektiği -a priori- bir bilgi olarak toplum idrakinde yer alır ve devlet, bu düzeni sağlamak açısından talepte bulunulan, düzeni korumakla sorumlu ve yetkili yapı konumundadır. Nizam oluşturmada devletin en temel argümanı ise kanun koyma yetkisidir.

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere siyasal sistemin yapısı doğal olarak hukuk sisteminin yapısıyla uyum arz eder. Modern ulus devletlerin düzen mefhumuna yaptığı vurgu yönelttikleri toplumların modern çağlardaki karmaşık ihtiyaçlarıyla, yönelişleriyle, talepleriyle ilişkilidir. Kadim çağlara nazaran modern çağlarda kamu hukukunun gelişmesi sanayileşmenin, buna bağlı nüfus hareketlerinin ve neticede devlete yönelen beklentinin, bu radikal değişiminin bir yansımasıdır. Kırlardan kentlere yönelen kalabalıkların idaresindeki zorluk, bu kalabalıkların siyasal katılım talepleriyle birlikte kurumsallığın, mükemmele yakın düzen arayışlarının sebebi olmuştur. Sistemlerin, düzenlerin, kurumların bu noktada önem kazanması, bu bütüncül işleyişe ilişkin yazılı kurallar koyma sonucunu zaruri olarak doğurmuştur. Yönetimler merkezileşmiş, paralel olarak teşri faaliyeti de tekelleşmiştir. Yasama organları modern devlet teorisinin ayrılmaz bir cüzü olarak devlet organizmasının işleyiş kurallarını belirleme, aksayan kuralları yenileme, yeni meselelere yeni kurallar koyma makamında görülmüştür.

Burada tüm bu sebeplerle yasama organları eliyle çıkan kanunların ve hukuk güvenliği ilkesinin toplumda gerçekleştirmek istediği külli hedefler açısından anlamını ele almak gerekir. Aşağıda bu külli hedefler bağlamında kanunlaştırma ve hukuk güvenliğini değerlendirmeye çalışacağız.

1.3.1. Adaleti Gerçekleştirme

Aral, eserinde yukarıda bizim de bahsini ettiğimiz normlar hiyerarşisinden bahisle bütün hukuk normlarının varlık ve geçerlilik sebebini bir üst normdan aldığını ifade eder. Ardından ekler: *“Bir hukuk düzeninin (pozitif hukukun) geçerlik ve yürürlüğüne ilişkin soruyu cevaplandırmak konusundaki girişimi anayasaya kadar çıkarıp orada kesmek rasyonel düşünceye aykırıdır. Çünkü anayasa da pozitif bir*

hukuktur ve bu yüzden o da geçerlik ve yürürlük nedeni bakımından araştırılmaya tabidir. Bu araştırmanın ise bizi toplum içindeki insan davranışlarının değerlendirilmelerinden ibaret olan hukukun son (nihai) temeli tüm hukukun çıktığı kaynak olarak “adalet”in kabulüne götürmesi zorunludur.”⁵³

“Hukukun varmak istediği nihai hedef, ana gaye”⁵⁴ olarak adalet mefhumu şu cümlelerle tanımlanmıştır:

“Her şeye layık olduğu değeri vermek, hakkı sahibine ulaştırmak, her işte ve her şeyde ve herkes hakkında hakkı ve doğruyu iltizam etmek.”⁵⁵

“Ferdî ve sosyal yapıda dirlik ve düzenliği, hakkaniyet ve eşitlik esaslarına uygun şekilde davranmayı sağlayan ahlaki erdem.”⁵⁶

Genelde hukukun, özelde kanunların temel amacı olan “adalet”, felsefî bakımdan tezimizin sınırlarını aşan bir anlam dünyasına sahiptir. En basit anlamıyla vatandaşlara karşı eşit muameleyi ifade eder. Bununla birlikte adalet insanlığın kolektif bilincinde bir ideal olarak yerini alsada adaletin somut olaylara yansımaları subjektif eğilimler nedeniyle farklılık arz edebilir.⁵⁷ Bu farklılıkların asgariye indirilmesi hukuktan beklenen adaleti gerçekleştirmek açısından hayatidir.

Vatandaşların hukuk uygulamalarında olmadık sürprizlerle karşılaşmamları için hukuk sisteminin kanunların açıklığını, istikrarını, genelliğini; hukuk güvenliğini gerçekleştirmesi gerekmektedir. Vatandaşlara karşı eşit muamele kanunların zamana, mekâna, kendisi aleyhine ya da lehine hüküm kurulacak insanların şahsî özelliklerine bağlı olmaksızın istikrarlı biçimde uygulanmasıyla mümkün olacaktır. Bu bakımdan hukuk güvenliği ilkesi, hukuk uygulamalarının istikrarlı olması yani makul sayılabilecek farklılıklarının keyfiliğe dönüşmesinin önüne geçmesi itibarıyla adaletin bir tezahürüdür. Normların ve normlara dayalı uygulamaların kuralsızca değiştiği bir hukuk sistemi adaletli bir sistem olarak kabul edilemez. İstikrarlı bir hukuk sisteminin adaletin özü olduğu hakkında şu fikirler önemlidir:

⁵³ Vecdi Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, Sy 45

⁵⁴ Vecdi Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, Sy 46

⁵⁵ “Adalet”, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Ensar Yayınları, Ağustos 2013, Sy 11

⁵⁶ “Adalet”, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Ensar Yayınları, Ağustos 2013, Sy 11

⁵⁷ Talip Türcan, *İslam Hukuk Biliminde Hukuk Normu*, Ankara Okulu Yay., Nisan 2013, Sy

“İster bir yargıç olarak, ister bir yasa önerisinin hazırlayıcısı olarak hareket etsin kararını uydurması gereken genel kavramlar çerçevesi hukukçuya dışarıdan verilir ve onun görevi bu genel hukuk ilkelerini uygulamaktır onları sorgulamak değildir. Kararların gelecekteki implikasyonları hakkında ne kadar endişeli olabilirse olsun onları yalnızca kendisine verilmiş olan diğer bütün kabul edilmiş hukuk kuralları çerçevesinde yargılayabilir. Bu şüphesiz olması gereken şeydir. Hukukçunun bütün sistemi insicamlı kılmaya çalışması hukuki tefekkürün ve adil kararların özüdür”⁵⁸

Hukuktan beklenen temel adalet duygusunun en basit güvencelerinden bir tanesi bu eşit muamelenin ifadesi olarak “kanunların genelliği”dir. Buna göre kanunların genelliği söz konusu ise kanun bir coğrafyada üzerinde hüküm ihdas edeceği kişilerin kim olduğuna bakmaksızın eşit olarak uygulanmalıdır. Adalet duygusunun oluşması en temel olarak kanunların herkese aynı şekilde uygulanmasını gerektirir. Bir hukuk sistemi ancak hukuk güvenliği içinde, istikrarlı hukuk uygulamaları ile adil olarak kabul edilir. Ve ancak adil hukuk sistemleri vatandaşlar için güven telkin eder.

1.3.2. Düzen Kurma

Hukuk güvenliği ve onu gerçekleştiren kanun koyma faaliyetleri hukukun en çok düzen kurma fonksiyonuyla ilgilidir. İnsanın toplum içinde yaşayan bir varlık olması toplum içindeki tüm ilişkilerin düzenlenmesi, düzen bozucu eylemlerin engellenmesiyle mümkündür. Aral’ın ifade ettiği gibi böcek, arı, karınca gibi hayvan toplulukları için doğal olarak var olan bir düzen, kendiliğinden gerçekleşen bir güçler dengesi söz konusu iken insan toplulukları açısından aralarındaki düzenin tasarlanması kaçınılmazdır.⁵⁹

Hukuk bu tasarlanmanın mahsulüdür. Burada kısaca hukuk felsefesindeki iki rakip ekolün görüşlerine değinmek isabet olacaktır. Doğal hukukçular ekolü ve pozitivist (olgucu) ekol hukukun normatif değeriyle ilgili olarak farklı görüşler

⁵⁸ Friedrich A. Hayek, *Hukuk, Yasama ve Özgürlük*, Sy 100

⁵⁹ Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi*, Sy 19

serdederler. Doğal hukukçular toplumun ya da devletin belirleyip uyguladığı hukukun üstünde olmak üzere adalet idesini ön plana çıkararak pozitif hukukun - uygulanan, geçerli olan hukukun- kaynak değerini sorgular. Pozitivist hukukçular ise aksine, belirlenmiş olan en kötü kuralın kuralsızlıktan daha iyi olduğu teziyle belirli olan düzenin mutlak geçerliliğini savunur.

Yukarıda kabaca tarif ettiğimiz pozitivist (olgucu) görüşler “olan”ı öncelikle doğal hukukçu görüş var olan kuralların üstünde bir “olması gereken”den bahseder. “Doğal hukuk ‘egemen olanın buyruğu hukuktur’ tezine karşı ‘hukukun kaynağı doğanın getirdiği aklın bulabileceği kuraldır’ kuramına sarılır.”⁶⁰ Pozitivist görüş ise yukarıda ele aldığımız normlar hiyerarşisi kuramıyla verili kuralların yok sayılmasının ortaya çıkardığı rölativiteyi olumsuzlayıp düzeni ve istikrarı önceler.

Bu bakımdan hukuk güvenliği ilkesinin ve kanunlaştırma olgusunun bir pozitivist hukuk kuramı enstrümanı olduğunu söylemek gerekir. Netice itibariyle tekrar ifade etmek gerekirse “toplum düzeni bireylerin adalet tartışmalarına feda edilemez” düşüncesinden⁶¹ hareketle yukarıdaki açıklamalarımızın hülasesi olarak; hukuk güvenliği ilkesinin ve kanunlaştırma yönteminin, hukukun düzen kurma fonksiyonunu gerçekleştirmedeki önemi büyüktür.

1.3.3. Sosyal İhtiyaçları Karşılama

Nerede bir toplum varsa orada hukuk vardır (ubi societas ibi jus). Hukukun varlık sebebi insanlar arasındaki münasebetleri düzenlemek olduğundan hukuk, toplumsal gerçeklikle bağlıdır ve toplum içinde fonksiyonunu icra etmek için toplumun ihtiyaçlarını karşılamak durumundadır. İnsanlar birbirleriyle bir amacı gerçekleştirmek için ilişki kurarlar. Fertlerin ve toplumun ihtiyaçlarının karşılanması hukukun önemli işlevlerindedir. Bu anlamda hukuk teleolojiktir, amaca bağlıdır.⁶²

Hukuk metinlerini yorumlamak bakımından bir metod olarak kabul edilen amaçsal (teleolojik, fonksiyonel) yorum metodu, yorumda dikkate alınacak unsurlar

⁶⁰ Bilge Umar, *Hukuk Başlangıcı*, Sy 81

⁶¹ Vecdi Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, Sy 224

⁶² Vecdi Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, Sy 177

olarak “sosyal gerçekliğe”, “somut gerçekliğe”, “eşyanın tabiatına” işaret eder.⁶³ Kanun koyucunun bir hukuk kuralı getirirken bunları dikkate alması gerekir ve neticede resmileşen kanunun yorumunda da bu amaçların tespiti yoluna gidilir. Bu bakımdan kanunların ön tasarı metni, tasarı gerekçesi, TBMM genel kurulunda yasayla ilgili yapılan tartışma tutanakların yasanın yorumunda bir malzeme olarak kullanılır.⁶⁴

Vatandaşların sosyal bir ihtiyacı olarak hukuka itimat etme ihtiyacını karşılamak için devlet, “hız çağı” olarak tavsif edilen çağımızda yeni meseleleri hukuki altyapıya kavuşturmak ve aksayan mekanizmalara çabuk müdahalelerde bulunmak bakımından kanunları kaçınılmaz olarak kullanmaktadır. Bu yönüyle hukuk güvenliği ve onun neticesi olarak kanunlaştırma mekanizması sosyal ihtiyaçları karşılamının işlevsel bir görünümüdür. Bu kurumlar bir amaca hizmet eder. O amaç halkın hukuk uygulamalarını bilebilmesi, ön görebilmesi ve bu uygulamaların kurlsız olarak değişmeyeceğine itimat edebilmesidir.

1.3.4. Hukukun İşlevleri Arasındaki Zıtlık

Koşum’un ifadeleriyle “hukukun işlevleri arasında, bir gerçeğin farklı tezahürleri olarak bir çatışmanın olmaması beklenir. Ne var ki, sözü edilen amaçlar aynı yönde değildir. Bu yüzden aralarında çelişik, daha doğrusu hepsi hukukun niteliği gereği ve aynı zamanda geçerli olduğu için zıt (antitomik) ilişkiler vardır.”⁶⁵

Gerçekten de hukukun düzen fonksiyonunu gerçekleştirmek için ortaya konan katı politikalar bir taraftan kanunların adilliğinin tartışılmasını beraberinde getirebilir ya da aşırı bürokratik yüzüyle pratik-sosyal ihtiyaçların karşılanmasını zorlaştırabilir. Diğer yandan mutlak adaleti arama idealiyle ortaya konan hukuk politikaları adaletin toplum nezdindeki göreceliliği mesabesinde kaotik bir düzeni davet ederken toplumun hukuktan acil beklentilerini ıskalayabilir. Bir başka açıdan ise bir an önce sosyal beklentileri karşılama motivasyonu ile hareket eden kanun

⁶³ Adnan Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, Ankara: Siyasal Kitabevi, Ağustos 2009, Sy 70

⁶⁴ Bilge Umar, *Hukuk Başlangıcı*, Sy 132

⁶⁵ Adnan Koşum, “*Hukukun İşlevleri Arasında Zıtlık ve Adaletin Üstünlüğü Bakımından İslam Hukuku*”, Sy 56

koyucu adaletsiz kurallar koyabilir ve topluma daha büyük zararlar verebilir. Özetle adalet, düzen ve sosyal beklentilerin birbiriyle çatıştığı alanlar olabilir.

Çatışan bu fonksiyonlar arasında seçim yapmak kanun koyucu açısından zor görünse de yüksek anlayış gayret ve beceri ile bu fonksiyonlar arasında dengeli tercihler yapmak mümkündür. Kanunların bu noktada hakime yorum, boşluk doldurma ve takdir yetkisi vermesi adaletin tecellisi yönünde bir işlev sağlarken sosyal taleplerle birlikte kanunların değiştirilebilir olması toplumların ihtiyaçlarını karşılama noktasında etkilidir. Kanunlaştırma bütün sorunları çözmek makamında bir mucize değildir ama bugün itibariyle hukukun fonksiyonlarını -bilhassa hukuk güvenliğini- gerçekleştirmede en etkili araç olma özelliğini korumaktadır.

Hukuk güvenliği ilkesi ve kanunlaştırma yöntemi daha çok hukukun düzen fonksiyonuna işaret ediyor olsa da bu düzeni adaleti ve toplum yararını hiçe sayacak şekilde yorumlamamak gerekir. Bütün hukuk uygulamalarının standart kalıplara ve şekil şartlarına uygun hale getirilmesi zaman zaman adaletsizliğe ve hukukun yavaş işlemesine neden olsa da diğer taraftan “fiat justica et ruat caelum” (adalet gerçekleşsin de isterse kıyamet kopsun) şeklindeki yaklaşım ile hukuku kamu çıkarına indirgeyen bakış açısı da bir aşırılık gibi görünmektedir. Çağıl’ın deyiimiyle “formalizm/şekilperestlik itabına” müstehak olmamak için hukukçuların hukukun tüm fonksiyonlarını göz önüne alarak yorumlama yapmaları gerekmektedir. Nihayetinde “şekillerden azade bir müsbet hukuk yoktur, ancak mevzubahis olan cihet şekilperestlikte ileri gitmemektir”⁶⁶

⁶⁶ Orhan Münir Çağıl, “*Hukukun Mahiyeti ve Fonksiyonu*”, Sy 18

İKİNCİ BÖLÜM

2- İSLAM HUKUKUNDA HUKUK GÜVENLİĞİ VE KANUNLAŞTIRMA

2.1. Yapısal Özellikleri ve Bazı İlkeleri Bakımından

Bu bölümde İslam hukukunun yapısal özellikleri ve bazı ilkeleri arasından hukuk güvenliği ve kanunlaştırma ile ilgili gördüklerimiz incelenecektir.

İslam hukukunun hem kaynağı hem de toplum idrakine indikten sonra ortaya çıkan birikimi itibariyle kazandığı özellikler kendine has bir sistematığe, kendine has bir anlam dünyasına sahiptir. Bu yönüyle modern anlamda kanunlaştırmayı ele alırken farklı zamanlarda, farklı siyasal ortamlarda, farklı hukuk anlayışı içinde ortaya çıkmış kurumları incelediğimizi unutmadan bunları aynileştirmek gibi bir hataya düşmemeye çalışacağız. Yani kanunlaştırmayı ihtiyaç haline getiren düzlem çağdaş zamanlarla alakalı olduğu halde adeta baştan beri aslında İslam hukukunun var ettiği bir hukuki kurum gibi tavsif etmek doğru olmayacaktır. Öte yandan kanunlaştırmanın modern zamanlarda ortaya çıkmış olması onu ortaya çıkaran ihtiyaçların, onun ortaya çıkmasındaki hukuki düşüncenin İslam hukuku açısından tahliline engel değildir. Bunun ötesinde aynı ihtiyaçları İslam hukukçularının da hissetmiş olmasında, aynı sorunlara benzer cevaplar verilmesinde bir tuhaflık da yoktur. Bizim gayemiz bu benzerlikleri ele alarak hukuk güvenliği ve kanunlaştırmayı İslam hukuku kurum ve ilkeleri bakımından değerlendirmekten ibarettir.

Buna paralel olarak Dönmez'in "İslam hukukunda müctehidin naslar karşısındaki durumu ile modern hukukta hakimin kanun karşısındaki durumu arasında bir mukayese"ye yer verdiği makalesi modern hukuk ve İslam hukuku arasında yapısal özellikleri itibariyle bazı farklılıklara ve ortaklıklara dikkat çekmektedir. Yazara göre hakimin hakkında kanun olmadığı durumlarda "boşlukların doldurulması" suretiyle "kanunu uygulaması" söz konusudur. Müctehid ise hakkında nas olmayan konuda -Muaz hadisindeki ifadesiyle- ictihad eder. İctihad

faaliyeti en geniş anlamı ile “nasların uygulanması” anlamına gelir. Kanunda/nasda olaya uygulanabilir bir hüküm bulunması halinde ise hükmün yorumlanması ve takdir yetkisi söz konusudur ki İslam hukukunun “fıkıh usulü” disiplini, bu disiplinin metodları yorumlama faaliyetinin en doğru biçimde yapılmasının aracıdır. Sonuç olarak her iki hukuk sisteminde de hukukun yorumlanmasında dilsel, sistematik, tarihsel, amaçsal, sosyolojik unsurlar etkili olmuştur.⁶⁷ Son tahlilde görülen; kanunların da nasların da sınırsız olaylar karşısında yorumlanarak kanunun/nassın ruhuna uygun olarak genişletilmesi zaruretidir. Hakim/müctehid boşlukları bu unsurları dikkate alarak doldurmakla mükelleftir. İçtihadla-yorumla doldurulmayan boşluk hukuku uygulayanların elinde ölçsüz, istikrarsız, sonsuz yorumlanarak keyfilik ve hukuki güvensizlik ortamının oluşmasına sebebiyet verebilir.

Netice itibariyle hukuk sistemlerinin ortak bir problemi olarak hukuk normlarının çok katı yorumlanması (formalizm) ile hukuk normlarının bir kesinlik ifade etmemesi ile ortaya çıkan hukuki güvensizlik arasında dengeyi bulmak hukukçuların vazifesidir. Aşağıda İslam hukukunun bu problemlere çözüm bulmak bakımından işlevselliğini ifade edecek bazı yapısal özelliklerini ve bazı ilkelerini açıklamaya gayret edeceğiz:

2.1.1. İlahi ve Beşeri Özellikleri Bakımından

Kaynağı itibariyle ilahi dinin temel kaynaklarından beslenen İslam hukuku hayata dönük uygulamaları, naslarla hayatı örtüştürme amacına matuf yöntem arayışı açısından beşeri bir çabayı ifade eder. Burada bizim için önemli olan dayandığı kaynaklar ve varmak istediği külli maksat açısından naslarla sabit olup ilahi bir anlamı haiz olan İslam hukukunun tatbikatında dünyevi-beşeri çabaların-ictihadların geçerli olduğudur. Yoksa İslam hukukunun temel kaynağının ilahi vahiy olduğu, Allah'ın resulünün rehberliğiyle kuvveden fiile çıktığı yadsınamaz. Klasik dönem büyük otoritelerinden İmam Şafii'nin fıkıhın dünyeviliği noktasındaki ilk ve en önemli temsilci olarak sayılması ve İmam Gazali'nin meşhur ilim tasnifinde fıkıhı

⁶⁷ İbrahim Kafi Dönmez, “İslam Hukukunda Müctehidin Naslar Karşısındaki Durumu ile Modern Hukuklarda Hakimın Kanun Karşısındaki Durumu Arasında Bir Mukayese”, İçtihad ve Makasid (Derleyen: Ahmet Yaman), Konya: Yediveren Kitap, 2002, Sy 82-86

dünyevi ilimler kategorisinde değerlendirmesi⁶⁸ manidardır. Ve fakat fikhın ya da İslam hukukunun içeriğini göz önüne aldığımızda nihai hedefin dünyada Rabb'in buyruğunun gerçekleşmesi olduğu da aşikardır. "Madem ki yaratmak ve emretmek Allah'a aittir (el-A'raf, 7/54). Öyleyse bunun tabii ve mantıklı sonucu olarak toplum problemlerinin çözümünde onun iradesi dikkate alınmalıdır."⁶⁹ Öte yandan söylenildiği üzere, "fikhî hükümlerin çoğu nassın açık delaletinden değil kapalı delaletinden istinbat veya kıyas yoluyla elde edilmiştir yani içtihadîdir. Müçtehitler de mezkur hükümleri çok defa zamanlarının örf ve adetini istinat ettirmişlerdir."⁷⁰

Buradaki geniş tartışmalar çalışmamızın sınırlarını aşsa da hükümlerin kaynağı bakımından "şer'ilik" sorununa kısmen de olsa temas etmek zorundayız.

Şer'ilik hükmün kaynağının ilahi iradeye dayalı olması durumudur.⁷¹ Nasi Aslan özellikle kanunnamelere ilişkin okumalarda bir ölçüte dikkat çekmektedir. Buna göre bir normun şer'i olması salt Kur'an ve sünnet içeriğinde geçmesiyle ilgili değildir. Bu iki kaynaktan alınan çerçeveye yapılan içtihadlar ve varılan neticeler de şer'idir.⁷² Diğer bir ifadeyle "şer'ilikten söz edebilmek için onun doğrudan nassa dayanması gerekmemektedir. Nass dışında kalan şer'i delillerle sabit olan hususlar da şer'idir."⁷³ Şüphesiz kanun çıkarmak beşeri bir faaliyettir fakat İslam hukuku ilke ve yöntemleri ile yapılması halinde kanunlaştırma ile ortaya çıkarılan hukuk içeriği de teorik olarak şer'i bir kaynak olarak alınabilir.

Aslan bu kalemden olmak üzere Osmanlı kanunnameleri ve "şeriat"ın farklı kutuplara alınarak yapılan tartışmalardaki kimi fikirleri "savunmacı" kimilerini ise "ön yargılı" bulur: "*Savunmacı eğilim Osmanlı devlet adamlarının toplumun sorunlarını çözmeye yönelik kanunnameler şeklindeki düzenlemelerini içtihadî*

⁶⁸ Saffet Köse, "Teşekkül Devrinde Fikhın Dünyeviliği Fikri ve Günümüzdeki Yansımaları", İLAM Araştırma Dergisi, C:2, S:2, Temmuz-Aralık 1997, Sy 195-222

⁶⁹ Tevhit Ayengin, "İslam Hukukunun Kökeni Üzerine Bazı Düşünceler", Usul Dergisi, 4 sayı (2005/2), Sy 99-113

⁷⁰ Hayrettin Karaman, *İslam Hukunda İctihad*, Ankara:DİB Yayınları, 1975, Sy 32

⁷¹ Talip Türcan, "İslam Hukukunda İki Farklı Geçerlilik Alanı: Kazai ve Diyani Hüküm Ayrımı", İslam Araştırmaları Dergisi, C:19, Sayı:1, 2006, Sy 159-167

⁷² Nasi Aslan, "Klasik Dönem Ceza Kanunnameleri Bağlamında Osmanlı Hukukunun Şer'iliği üzerine", Ç.Ü İlahiyat Fakültesi Dergisi, C 3, Sayı 2, Temmuz-Aralık 2003, Sy 18-44

⁷³ Talip Türcan, "Sünni ve Mu'tezili Fıkıh Usulünün Tanımlanmasında Bir Kriter Olarak Şer'ilik Algısı ve İbaha Alanının Şer'iliği Sorunu Bağlamında Bir Örnekleme", Marife Dergisi, Yıl 5, Sayı 3, Kış 2005, Sy 195-211

hükümler yerine İslam hukuku olarak algılamış; “önyargılı” eğilim ise bu düzenlemelerin özellikle kanunnamelerde yer alan hükümlerin Kur'an ve sünnette yer almadığını öne sürerek Osmanlılarda dinden bağımsız bir hukukun gelişip ortaya çıktığı tezini savunmaya çalışmıştır.”⁷⁴

Buna göre sonuç olarak kanunnamelerin İslam hukukunun bir alternatifi değil onun içinde formüle edilebilecek bir yöntem olduğunu bunun yanında bu düzenlemelerin dinden-İslam hukuku sistematüğinden zorunlu bir kopuş olmadığına işaret edebiliriz. Başka bir ifadeyle “kanun dini hukuku feshetmek veya onun yerine kaim olmak için değil yalnız onu tevsî etmek ve onun bir mütemmimi olarak farz edilmiştir.”⁷⁵

Bununla ilgili olarak kimi araştırmacılar Osmanlı'da örfî ve dini olmak üzere iki farklı hukuk düzeninden bahsederken Aslan “örf”ün İslam hukukunda değeri tartışılmaz yerini vurgulayarak bunun bir ikilik anlamına gelmeyeceğini savunur. Yine diğer bir tez olarak kanunların şeriata muhalif olarak çıktığı iddiasını ise şeriatta hakkında hüküm bulunmayan konularda üretilen çözümlerin zorunlu olarak şeriata muhalefet anlamına gelmeyeceğinden bahisle reddeder.⁷⁶

Başka bir mesele olarak Osmanlı'da önemli sayıda bir nüfusa sahip gayrimüslimlere uygulanan hukuk Kur'an-Sünnet kaynaklı değilse de “gayr-i müslimlere bilhassa itikadi niteliği bulunan konularda tanınan özerk hukuk alanının ve onu oluşturan normların hukukiliği ve geçerliliği İslam hukuk düzenine ait olmaları ve aynı geçerlilik prosedürüne tabi bulunmaları sebebiyledir.”⁷⁷ Yani içeriğini başka bir kaynaktan alması halinde bile eğer uygulanan normların İslam hukuku sistematüğünde bir karşılığı varsa bu külliyyat dahi şer'i sayılabilmektedir.

⁷⁴ Nasî Aslan, “Klasik Dönem Ceza Kanunnameleri Bağlamında Osmanlı Hukukunun Şer'iliği Üzerine”, Sy 17

⁷⁵ Uriel Heyd, “Eski Osmanlı Hukukunda Kanun ve Şeriat” (çev:Selahaddin Eroğlu), Proceedings of The Israil Academy of Sciences and Humanities”, Jerusalem 1969, c. 3 , Sy 642-652

⁷⁶ Nasî Aslan, “Klasik Dönem Ceza Kanunnameleri Bağlamında Osmanlı Hukukunun Şer'iliği Üzerine”. Sy 19

⁷⁷ Mehmet Akif Aydın, “İslam Hukuku'nun Osmanlı Devleti'nde Kanun Hukukuna Doğru Geçirdiği Evrim”, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, Sayı 1. 2006 (Bahar), Sy 11-21

Literatürde kanunların şer'iliği üzerinden birçok farklı görüşler serdedilmiş, bu konu birçok bilgin tarafından tartışılmıştır.⁷⁸ Bu konunun çalışmamız bakımından önemi ise örfî hukukun bugünkü anlamda karşılığı olan kanunların yukarıdaki tartışmalar minvalinde İslam hukuku sistematigi kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği bahsidir. Yukarıda söylediklerimize paralel olarak İslam hukuku özü itibariyle şari'i tealanın emrettiği hükümlere uyulması esasına dayalı ise de bu hükümlerin ne şekilde uygulanacağı tarihsel düzlemde insanların iradesine ve becerisine bırakılmış görülmektedir. Temel metinlerin insanların bir kısmının eliyle sistematik okumaya tabi tutulması, bu kaynakları uygulamaya konu olmak üzere tasnif edilmesi, boşlukların içtihad yoluyla doldurularak bu birikimin gerek usul bakımından gerek furu bakımından kitaplara dökülmesi, bu kitapların etrafında bir hoca-talebe ilişkisi kurularak yüzyıllara yayılan bir hukuk birikimi sağlanması şeklinde doğrudan bir emr-i ilahi yoktur. Ve fakat bu süreç doğal bir şekilde ilerleyerek ayrıntılı ve sistematik hukuk üretme yöntemi oluşmuştur. Bunun gibi kanunlaştırma yöntemi ile hukuk normu oluşturmak bir emr-i ilahi değilse de tarihsel ihtiyaçlar ve zorunluluklar gereği insan toplulukları hukuk kurallarını bu şekilde belirleme yoluna gitmiştir.

İslam hukukunun temel ilkeleri, yeryüzünde gerçekleştirmek istediği temel gayeler dikkate alındığı sürece yöntemin farklılaşması tabidir. Böyleyken farklı bir yöntem kullanılarak ortaya çıkan içeriği sırf bu sebeple İslam hukuku dışında telakki etmek isabetli olmayacaktır. Yöntem pratik mülahazalara göre değişen ve kıymetini işlevsel olmasından alan bir hususiyettir. Bu durumda eğer her iki yöntemin de yasaklığına dair bir delil yoksa, serbest içtihad yöntemiyle hukuk normu oluşturmakla kanun çıkarma yoluyla hukuk normu oluşturmak arasındaki tercihte işlevsellik dikkate alınmalıdır. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi hukuk içeriğinin farklı bir yöntemle belirlenmesi bu yöntemin sadece farklı olduğuna delalet eder, önceki yöntemlere karşıt ya da muhalif olduğuna delalet etmez. Bahsettiğimiz işlevselliğin en bariz unsuru olan hukuk güvenliği ilkesi uygulanacak hukuk içeriğinin belirli olması, açık olarak ifade edilmesi, istikrarlı olarak uygulanmasının altını çizer. Bu ise elimizde değişmez bir takım normlar var ise de bu normların

⁷⁸ Ayhan Ak, *İslam Hukuk Felsefesi (Köken ve Uyum Odaklı Analiz)* , Sy 177 vd. (Kanunların Şer'iliği Bahsi)

geniştirilmesini, yorumlanmasını, sistematik olarak derlenip, ilan edilip istikrarlı bir şekilde uygulanmasını gerekli kılar. İslam hukukunun hukuk güvenliğini gerçekleştirecek şekilde yorumlanması bu türden beşeri bir çabayı gerekli kılar ki bunun bir ihtiyaç olduğunu söylememiz gerekir.

2.1.2. Sivil Alanda Doğması Bakımından

Esasında kanunlaştırma yöntemi temel olarak bu noktada İslam hukukunun klasik yöntemleriyle farklılaşıyor diyebiliriz. İslam hukuku sivil alanda doğmuş bir icihad hukuku olarak gelişmiştir.⁷⁹ İslam hukuku bir kanun külliyatı değil hukukçular eliyle gelişmiş bir ilimdir.⁸⁰ İslam hukukunun sivil alanda gelişmesi demek kaynak itibarıyla ilahi olan metinlerin yorumlanması, sistemleştirilmesi, ayrıntılı hale getirilmesinin halkın içinden yetenekleri ve gayretleriyle öne çıkan hukukçular eliyle olması demektir.

“Hükümlerin yürürlüğü sağlanmak ve muhtevasına işlerlik kazandırılmak üzere devlet tarafından benimsenen bağlayıcı ifadeler içinde şekillendirilmesi”⁸¹ anlamındaki tedvin faaliyeti ilk dönemlerde gerçekleşmemiştir. İslam hukukunun temel kaynağı olan Kur’an-ı Kerim’in cem’i Hz. Peygamberin ahirete irtihalinden çok geçmeden resmi bir heyet eliyle gerçekleştirilmiştir. Birkaç asır içinde diğer temel kaynak olan sünnet de kitap koleksiyonlarında toplanmıştır. Fakat bu faaliyetler, bunları ortaya çıkaran gayeler ve teknik özellikleri göz önüne alınarak bir hukuki tedvin faaliyeti içinde değerlendirilmez.⁸² Öte yandan temel kaynakların yaşanan hayatla bağını kuran akli kaynaklar -kıyas, icma, istihsan, ıstıslah vs.- da hükümdarlar eliyle resmileştirilmiş değildir.⁸³

⁷⁹ Mehmet Akif Aydın, “İslam Hukuku'nun Osmanlı Devleti'nde Kanun Hukukuna Doğru Geçirdiği Evrim”, Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, Sayı 1. 2006 (Bahar), Sy 11-21

⁸⁰ Hakkı Aydın, “İslam Hukuku, Devlet ve Ahkamussultaniye İlişkisi”, Sivas: Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Sayı:5, 2001, Sy 57-79

⁸¹ Subhi Mahmasani, *İslam Hukukunun Tedvini* (Çev.:İbrahim Kafı Dönmez), İstanbul: MÜİFD, Sayı:3, 1995, Sy 313-328

⁸² Subhi Mahmasani, *İslam Hukukunun Tedvini*, Sy 315

⁸³ Subhi Mahmasani, *İslam Hukukunun Tedvini*, Sy 315

Son ilahi vahyin insanlığa inzalinin tamamlanması ve elçinin ahirete irtihali ile Müslümanların karşı karşıya kaldıkları hukuki boşluk birkaç asır içinde teşekkülünü tamamlayan sivil hukuk okulları -mezhepler- vasıtasıyla giderilmiştir. Yoksa devletin doğrudan tedvin ettiği, sınırlarını net çizgilerle belirleyip üzerine “resmiyet” damgasını bastığı sistematik-bütüncül hukuk metinleri olmamıştır. Kanunlar ise resmi bir organın doğrudan emredici bir norm olarak ortaya koyduğu metinlerdir

Eğer bir kıyaslamaya gidecek olursak, bugün hukuk dünyasında “doktrin” olarak anılan çalışmaların İslam hukukunu ortaya çıkaran çalışmalarla benzer olduğu söylenebilir. Şöyle ki İslam hukukçuları yaptıkları sivil içtihadlarla hukuku oluşturuyorlardı. O dönemdeki siyasi otoritelerin görevlendirdiği kadılar da bu içtihadlar dizgesini kendiliğinden bir kanun metni gibi kabul edip ona göre hüküm veriyorlardı. Bugünden farklı olarak hukuk metnlerinin ortaya çıktığı bu mekanizma doğal bir süreçte, resmi onaylara ihtiyaç duymadan kendiliğinden geliyordu.

Bugün tüm ilişkilerin çok daha karmaşık olduğu çağımızda, ihtiyaç duyulan hukuk metinleri sivil bir çabayla kendiliğinden ortaya çıkamayacak kadar karmaşık ve tekniktir. Kalabalık halk kitleleri meşru bir yasama organının resmen ihdas ettiği, teknik süreçlerle oluşturulan, teknik süreçlerle onaylanan, teknik süreçlerle yayınlanan açık-net kanun metinlerine ihtiyaç duymaktadır.

Tekrar İslam hukukunun geçmiş çağlarda hukuk üretme metodunu ele alırsak bu metodu bugün yukarıda “doktrin” olarak ifade ettiğimiz hukuk fakültelerinin- hukuk bilginlerinin çabasına benzetebiliriz. Nitekim kanunların hem ilk çıkması sürecinde hem de ta’lili, değiştirilmesi süreçlerinde oluşturulan komisyonlar doğal olarak birçok hukuk bilgisiyle ortak kanun metnini belli bir metodolojiye sadık kalarak, hukuk mantığına uygun diğer yasalarla çelişmeyecek bir şekilde oluşturmaya çalışmaktadır. Her ne kadar kanunlar nihai olarak parlamentolardaki siyasi parti temsilcilerin onayı ile çıkıyor olsa da onaylanan metnin hazırlanmasında meclis komisyonlarının eliyle gerçekleşen bir hazırlık süreci vardır. Bu hazırlık sürecinde yapılacak kanunla ilgili teknik veriler, istatistiki bilgiler, diğer ulusal kanunlarla ve uluslararası kanunlarla çatışma yaratacak bölümler incelenmektedir. Komisyonlarda ortaya konulan taslak bu ve benzeri birçok açıdan değerlendirilerek

farklı teklifler dikkate alınarak nihai olarak belirlenmekte ve bu haliyle yasama meclisine sunulmaktadır. Yasama meclisi önüne hazır gelen kanun teklif veya tasarısını onamakta veya reddetmektedir. Gerek bu süreçte gerekse resmileşen kanunların yorumlanması sürecinde hukuk uzmanlarının görüş ve önerileri etkin rol oynamaktadır.

Buna benzer şekilde Osmanlı dönemi kanunnamelerinin oluşum sürecinde siyasal otoritenin işlevi yepyeni hiç mevcut olmayan bir kural koymak değildir.⁸⁴ Sultan çoğu zaman kendiliğinden bir kural koymaz; birden çok ictihaddan bir tanesini seçip resmileştirir ya da yeni bir içtihadı kanunlaştırır. Yani hukuk normlarının hazırlanış süreci aslında yine sivil hukukçular eliyledir. Ne var ki bu normların tanınması, sisteme uygun hale getirilmesi, bağlayıcı nitelik kazandırılması tabiatı itibariyle devlete düşer. Tarihsel süreçte İslam hukuku sivil alanda doğmuş olsa da doğal olarak İslam devletlerine resmi hukuk olduğu bir gerçektir.

İslam hukuk tarihinin ilk dönemlerini nazara aldığımızda, siyasi kavgalar nedeniyle istikrar bulamayan kurumsallaşmamış bir devletin yerini sivil otoritelerin alması anlaşılır bir durumdur. Bilhassa sosyal hayatın temel dinamiği olan dinden kaynağını alan İslam hukukunun sivil kaynaklardan beslenmesi doğaldır. Bir bakıma yönetilenlerin bu dönemde kamu otoritesinden daha çok sivil otoritelere ihtiyaç duyup güvendikleri ve bu tercihin iktidarlara karşı memnuniyetsizliğin bir ifadesi olduğu da söylenebilir.⁸⁵

Ayrıca bu başlık altında ele alabileceğimiz bir özellik olarak İslam hukuku kamu hukuku alanında değil daha çok medeni hukuk alanında temerküz etmiştir. Doğduğu siyasi ortam itibariyle ayrıntılı kamu hukuku hükümlerinin uygulamasının olmadığı bir atmosferde İslam hukuku, daha yoğun olarak kişiler arası medeni ilişkileri düzenlemiştir. Yine sonraki dönemlerde de devlet aygıtının günümüze nispeten basit yapıda olması bu alanda geniş çalışmaları gerektirmemiştir. Bununla birlikte yine de kayda değer bir literatürden bahsetmek gerekir. İslam hukukunda

⁸⁴ Mehmet Akif Aydın, “İslam Hukuku'nun Osmanlı Devleti'nde Kanun Hukukuna Doğru Geçirdiği Evrim”, Sy 15

⁸⁵ Ahmet Aydın “Dört Mezhep İmamının Otoritesini Tesis Eden Temel Unsurlar-Güven-Otorite İlişkisine Dair Analiz”, İzmir:Türkiye Din Eğitimi Araştırmaları Dergisi, Sayı.4, 2017, Sy 77-88

idare, anayasa, vergi ve ceza hukuku alanında “el-Ahkamü’s-Sultaniyye” ve “Siyasetü’ş Şeriyye”; devletler hukukunu ele alan “Siyer”; vergi hukukuyla ilgili “Harac ve Emval”; resmi hukuk, yazışma ve senetlerle ilgili “Şurut”; muhakeme usulüyle ilgili “Edebul Kadı”; mukayeseli hukuku ele alan “Hilaf” literatürü önemli bir birikimi gösterir.⁸⁶ Her halükarda özel hukuk alanındaki literatüre nispete kamu hukukunun daha sınırlı bir içeriği olduğunu söylemek gerekir. Bu durumu gayritabii bulan Karaman, kamu hukuku alanındaki bu yetersizliği büyük oranda sultanların istibdat politikasıyla açıklar.⁸⁷ Bu konudaki başka bir yaklaşım fakihlerin kamu hukukuyla ilgili görüşlerini iktidarlara kabul ettirmelerinin imkansız olduğu düşüncesiyle bu alana müdahil olmadıkları, bunun neticesinde bilinçli bir boşluk olduğu şeklindedir.⁸⁸

2.1.3. Devletlere Resmi Hukuk Olması Bakımından

John Locke ve Montesquieu’den beri yasama, yürütme, yargı erklerinin ayrımı genel geçer bir prensip haline gelmiştir. Bu gerçekliğe sadık kalarak diyebiliriz ki bu üç erkin, güçler ayrılığı bağlamında ayrı olmaları hali genel kabul görmüşse de bu erklerin bir bütünün parçası olduğu ve fonksiyonlarını icra edebilmeleri için yeknesak adımlar atmak zorunda oldukları da başka bir gerçektir. Yargı görevindeki hukukçu kadrolarla yürütmenin başındaki idareci kadroların birbirleriyle zorunlu irtibatı gerektiren görev sahaları olduğunu söylemek gerekir. Hukuku salt bir doktrin olarak değil de hayatın içindeki menfaat çatışmalarını gideren, ilişkileri tanzim eden velhasıl sorun çözen bir kurum olarak ele alırsak onu “yaptırım yetkisi”nden azade olarak tasavvur etmek isabetsiz olacaktır. Hukukun bu anlamda otoriteye ihtiyacı yadsınamaz. İdare açısından bakıldığında ise otoritenin adaletli-hakkaniyetli-işlevsel olarak kullanılması yazılı ya da teamülî kuralların

⁸⁶ Hayrettin Karaman, "Fıkıh", DİA, C:13, 1996, Sy. 1-14

⁸⁷ <http://www.hayrettinkaraman.net/kitap/meseleler/0902.htm> (Gönderme:Hayrettin Karaman, İslam Işığında Günün Meseleleri, C:3, Bölüm 4, Fıkıh ve Kamu Hukuku) (erişim tarihi:07/03/2019)

⁸⁸ Ahmet Aydın, “Devlet İdaresine Dair Konulara Fıkıh Eserlerinde Az Yer Verilmesini İbn Haldun’un Realist Siyaset Teorisi Ekseninde Değerlendirme”, İzmir: Türkiye Din Eğitimi Araştırmaları Dergisi, Sayı:6, 2018, Sy 95-111

varlığına (yasama) ve bu kurallarla ilgili ortaya çıkan tüm anlaşmazlıkların hükme bağlanmasına (yargı) ihtiyacı vardır.

İslam hukuku tarih boyu Müslüman coğrafyalarda kurulan siyasi otoriteler açısından doğal olarak resmi hukuk olarak kullanılmış, yukarıda bahsettiğimiz anlamda sivil bir alanda doğmuş olsa da resmi uygulamalarda temel kaynak değeri taşımıştır. Siyasi otoriteler kendi belirlemediği, gerek halkın gerek hukuk adamlarının doğal olarak aşınası olduğu hukuk sistemini meşru kabul etmiş ve bu hukuk sistemine tabii olmuşlardır. Kamusal otoriteler sivil alanda doğmasının doğal sonucu olarak farklılık arz edebilen, kendi içinde çelişki kabul edilebilecek normlarla ilgili hukuk güvenliğini sarsabilecek alternatif hükümleri teke indirmek suretiyle kendilerinden beklenen pratik ihtiyacı karşılamışlardır.

Aydın, Osmanlı'daki hukuk uygulaması konusundaki tahlillerinde bu durumla ilgili şu şekilde değerlendirmede bulunmuştur: *“Kadı veya müftü tayinlerinin belli bir tarihten itibaren hakim siyasi otoritenin tercih ettiği mezhebe göre yapılması ve bu hukukçuların da sadece bu mezhebin görüşlerini uygulamaları devletin hukuku etkilemesini ve icihad hukukundan kanun hukukuna doğru evrimin belli belirsiz ilk adımı olarak yorumlanabilir. Çünkü bu uygulamada her ne kadar hukuk oluşumuna doğrudan bir müdahale görünmemekte ise de takip edilecek mezhebin tercihi ile önemli ölçüde uygulanacak hukuk kuralları da belirlenir.”*⁸⁹

Bu açıdan resmi mezhep uygulamasını icihad özgürlüğünü kısıtlayan baskıcı bir siyasal tercih olarak değil, hukuk güvenliğini gerçekleştirmek üzere yapılan pratik bir zorunluluk olarak almak isabetli olacaktır. Nitekim gerek Abbasi uygulamasında gerek Osmanlı'da devletin farklı bölgelerdeki farklı mezheplerin yoğunluğunu dikkate alarak kadıları Hanefî-Şafî ya da diğer mezheplerin uygulanmasına memur kılması zoraki bir mezhep tekelinin değil, mecburi tercihlerin söz konusu olduğunu açığa çıkarmaktadır.

İslam hukuk tarihinde hukuk politikaları ve genel siyasal yaklaşım açısından siyasal otoritelerin sivil hukukçularla zaman zaman çatışmalı bir ilişki kurduğu söylenmelidir. Ebu Hanife'nin Abbasiler döneminde Halife Mansur'un; Ebu

⁸⁹ Mehmet Akif Aydın, *“İslam Hukuku'nun Osmanlı Devleti'nde Kanun Hukukuna Doğru Geçirdiği Evrim”*, Sy 13

Süleyman El-Cüzcani Halife Me'mun'un; İbn İdris, Hafs b. Gıyas ve Veki'b. El-Cerrah Harun Reşid'in; Cessas Muti Lillah'ın kadılık tekliflerini reddetmişlerdir.⁹⁰ İlk dönem hukukçularının bu muhalefetine resmi bir mezhep ihdas etmenin ileride ichtihad hürriyetini kısıtlayacağı endişesiyle olabileceği ifade edilmiştir.⁹¹

Bahsettiğimiz çatışma bir gerçek ise de bu ayrılık doğal süreçte kendiliğinden te'lif edilmiştir. Yukarıda bahsettiğimiz ilk dönem siyasi ortamında birçok hukukçu resmi görevlerden uzak durmuş olsa da siyasi otoriteler İslam devlet geleneğinin köklü geleneği "kadılık" uygulamasını ayakta tutmuşlardır. Öyle ki Abbasiler döneminde resmi bir kurum olarak "kadılıkudatlık" kadılar arasındaki hiyerarşik düzenlemeler yapmış, hukuk bilginlerini resmi olarak bir hukuk uygulayıcısı konumunda değerlendirmiştir.

Daha sonraki uygulamaları dikkate aldığımızda Osmanlı imparatorluğunda da İslam hukukçularının aynı zamanda idari görevli olarak tarihteki yerini aldığını gözlemleyebiliriz. "Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devletinde Kadı" adlı müstakil çalışmanın sahibi Ortaylı, kadıların idari olarak atanması, görev süreleri, görev bölgeleri, mali ve diğer alanlardaki görevleri, denetimleri, protokoldeki yerleri gibi konular üzerinde durmuştur.⁹² Bu içerik idari kurumlar ile hukuk kurumlarının zorunlu ilişkisini göstermektedir. Osmanlı uygulamasında idari ve hukuki görevlerin kadılık makamında mündemiç bir "birlik" olduğu söylenebilir.

Binaenaleyh İslam hukukçularının "sivil" özelliğinin bir nevi yasama faaliyeti olan tedvin faaliyetlerinde açığa çıkarken uygulamaya gelince resmi kurumlarla mecburi bir ilişki içinde olduklarını söylemek gerekir. Bunun konumuz açısından önemli kısmı, kanunlaştırma faaliyetlerinin İslam hukukunun mezkur sivil kanadını da içine alarak uygulamaya konu olacak hükümlerin resmen-idare eliyle vaz edilmesidir. Hukukun idareden mutlak ayrılığı hiçbir hukuk sistemi için düşünülemeyeceği gibi İslam hukuku açısından da hukuk-idare koordinasyonu kendiliğinden gerçekleşmiştir. İslam hukukçularının aynı zamanda kadılık,

⁹⁰ Saffet Köse, *İslam Hukukuna Giriş*, İstanbul: Hikmetevi Yay, Şubat 2015, Sy 63

⁹¹ Mehmet Akif Aydın, "*İslam Hukuku'nun Osmanlı Devleti'nde Kanun Hukukuna Doğru Geçirdiği Evrim*", Sy 13

⁹² İlber Ortaylı, *Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devletinde Kadı*, Ankara:Turhan Kitabevi Yay., 1994

şeyhülislamlık, devletin kurduğu -hiç değilse denetlediği- eğitim kurumlarında eğitimlik yapması hukukun idareyle karşılıklı ilişkisinin göstergesidir. Bu ilişki tabiatı itibariyle egemenliğinde ortak kabul etmeyen siyasal otoritenin hukuk uygulamalarının da tek bir merkezden denetlenmesi ve bu şekilde hukukta birlik ve düzenin gerçekleşmesi anlamına gelecektir.

Öyleyse her ne kadar İslam hukuku kaynakları itibariyle sivil alandaki icthadlardan doğmuşsa da bu zorunlu olarak bir düzensizliğe, hukuk güvensizliğine kapı aralamaz. Nitekim resmi otoriteler egemenlik kurabildikleri ölçüde belirli hukuk normlarını genellik ilkesine bağlı olarak uygulamışlardır. Hukuk kaynakları tam olarak resmi otoritelerce belirlenmiş değilse de bu otoriteler sivil kaynaklar arasındaki farklı hükümleri de mümkün mertebe birleyerek bunları tanımış, kabul etmiş, hukuk güvenliğini sağlayacak bir şekilde uygulanması yönünde politikalar yürütmüşlerdir. Öte yandan hukukun tedvin dönemi dikkate alındığında sivil otoriteler olarak mezhep imamlarının halkın gözünde idarecilerden daha çok güvene mazhar oldukları tarihsel bir gerçektir ve hukuk uygulamalarında güven telkin etmek için siyasi otoritelerin mezhep birikimine ihtiyaç duydukları da söylenmelidir.⁹³

2.1.4. Kazai Hüküm - Diyani Hüküm Ayrımı Bakımından

İslam hukuku uygulamasında kadılar bir taraftan İslam hukuku hükümlerine göre fetva kabilinden tavsiye-nasihah içerikli dinin hükümlerini öğretir bir danışma makamı iken aynı zamanda devletin yargııcı olarak kamu adına hükümler vermiş, kamu adına ceza ve müeyyidelere hükmetmişlerdir. Bu bakımdan hükümler diyani ve kazai olmak üzere ikili bir tasnife tabi tutulmuştur. Kamu adına devletin yaptırımına tabi tutulan hükümler “kazai hükümler”, ceza ve mükâfatının ahirete yönelik olarak tasavvur edilenler ise “diyani hükümler” kapsamında değerlendirilir.

⁹³ Ahmet Aydın, “Dört Mezhep İmamının Otoritesini Tesis Eden Temel Unsurlar-Güven-Otorite İlişkisine Dair Analiz”, Sy 87

Başka bir deyişle “hüküm dünyevi sonuçları ihtiva ediyorsa kazai hüküm, uhrevi sonuçları ihtiva ediyorsa diyani hüküm diye isimlendirilir.”⁹⁴

Kazai olarak ele alınan hükümler kaza, diyani olarak ele alınan hükümler ise fetvadır. Diğer bir tanımlamayla “*her bir beşeri davranışın dini geçerlilik bakımından değerini (dini hükmünü) belirleme faaliyetine ifta ve verilen hükme fetva; yalnızca beşeri ilişki teşkil eden davranışların hukuki geçerliliğini pozitif düzeyde (devletsel bir yetkiye dayanarak) ve belli bir prosedüre bağlı kalarak belirleme faaliyetine ve verilen karara da kaza (kada:yargı kararı) denilmektedir.*”⁹⁵ Fetva müftüye anlatılana göre verilir. Müftü şer’i hükmü açıklar, bildirir; bu hüküm bağlayıcı değildir. Kaza ise şer’i hükmü bildirmekle birlikte delilleri göz önünde bulundurur, bağlayıcıdır.⁹⁶

Hallaf bu ayrımı tarihsel gelişim bakımından şu şekilde ele almıştır: “*Önceki kaduların hükümleri daha çok fetvaya yakındı; insanlar hükmü öğrendiklerinde kendi istekleriyle hükmünü icra ederlerdi. Ancak kadular tarafından verilen hükümlerin icra edilmesi için güce ihtiyaç duyulduğu sonraki dönemlere gelince gücü ellerinde bulunduran valilerin bu kararları icra etmelerini gerektiren hiçbir yasanın bulunmaması yüzünden kadular tarafından verilen hükümlerin tenfiz edilmesi valilerin inisiyatifine bırakıldı. Eğer kadı, vali tarafından destekleniyorsa bütün hükümleri olduğu gibi icra ediliyordu eğer vali tarafından hiçbir desteğe sahip değilse verdiği hükümler bağlayıcı olmayan birer fetva niteliğinde kalıyordu.*”⁹⁷ Görüleceği üzere devletin kurumsal yapısının değişmesi doğal olarak hukuk teşri ve yargılama yöntemlerini de etkilemiştir.

Burada vurgulanması gereken, İslam hukukunun temelde “ilahi” bir kaynağı olduğu gerçeğiyle ilgili olarak, İslam hukukunun dünyevi müeyyideler içerdiği gibi uhrevi bir takım ödül ve cezaları da içeriyor olmasıdır. Hakimden gizlenip ortaya

⁹⁴ Davut Yaylalı, “İslam Hukukunda Kazai-Diyani Hüküm Ayrımı”, Dini Araştırmalar Der., Ocak-Nisan 2003, c.5, s.15, Sy 29-36

⁹⁵ Talip Türcan, “İslam Hukukunda İki Farklı Geçerlilik Alanı: Kazai ve Diyani Hüküm Ayrımı”, Sy 161

⁹⁶ Nasi Aslan, “Osmanlı Hukukunun Oluşumunda Fetva ve Kaza Münasebeti”, Dini Araştırmalar Der., Mayıs-Ağustos 1999, c.2, s.4, Sy 85-86

⁹⁷ Abdulkadir Hallaf, *İlk Dönem İslam Hukuku Yasama-Yargı-Yürütme*, İstanbul: Pınar Yay., Temmuz, 2006, Sy 67

çıkarılmayan ya da hakim yanıltılarak gerçeğin hilafına bir algının yaratıldığı durumlarda kazaen olmasa da diyaneten gerçek suçlunun mahkum edilmesi söz konusudur. Aktarılan şu hadis-i şerif bu gerçeğe işaret etmektedir:

“Siz bana gelip dava açıyorsunuz. Ben de bir beşerim. Belki sizin bazınız bazınızdan daha düzgün ve beliğ bir şekilde ifadede bulunabilir. Ben de işittiğime göre hüküm veririm. Şunu iyi bilin ki zahir delillere istinaden kime hakkı olmadığı halde kardeşinin hakkını vermiş olursam o bunu almasın. Zira bu durumda ben ona cehennemden bir ateş parçası vermiş olurum.” (Buhari, Ahkam,30 ; Müslim, Akdiye, 3; Ebu Davud, Akdiye, 7; Ahmet b. Hanbel, Müsned, II, 33; V, 41,454)

Doktrinde bir mesele hakkındaki diyanî hükümler ile kazai hükümlerin aynı yönde olabileceği gibi bunun tersinin de mümkün olduğu ifade edilmiştir. Yani diyaneten masum-haklı olan bir hukuki eylem kazaen suçlu-haksız bulunabilir ya da kazaen zahir görünüşü itibariyle sıhhatli görünen bir ibadet diyaneten sakıt olabilir.⁹⁸ Diyanî hükümlerde bireyin niyeti esas alındığı için bu değerlendirme subjektiftir, kazai hükümler ise objektif esaslara dayandırılmalıdır.⁹⁹

Buradaki temel espri dünyada kamu adına verilen hükmün zahire göre verilmesi ve bilinmeyen diyanî kısmının ise ahirete kalmasıdır. Hiç şüphesiz Peygamberin (as) ifade buyurduğu gibi hem meselenin kapalılığından ötürü hem de hakime aksettirilmedeki maluliyetlerden ötürü hüküm verirken hakimin yanılması mümkündür. Hiçbir hukuk düzeninde bütün kazai faaliyetlerin bütünüyle gerçeğe uygun olduğu söylenemez. Ne var ki bir ihtilaf varsa bir hüküm de olmalıdır ve bir hüküm verirken eldeki delil durumunun ötesinde daha aydınlatıcı deliller bulmak bazen mümkün olmamaktadır. Dünyevi hükümlerle ilgili şu ifadeler bu durumu te’yt etmektedir:

“Ortaya çıkan uyuşmazlıklarda mahkemeler sadece ispat edilebilen ihlalleri çözümleyebilir. İspat edilemeyen haklar kanunun himayesinden mahrum kalır. Bedene veya mala ya da herhangi bir menfaate karşı işlenen suçlar şayet hukukun ulaşamayacağı alanlarda icra edilmiş ise ya da haklı olan hakkını ispat edememişse

⁹⁸ Davut Yaylalı, “İslam Hukukunda Kazai-Diyani Hüküm Ayrımı”, Sy 30

⁹⁹ Talip Türcan, “İslam Hukukunda İki Farklı Geçerlilik Alanı: Kazai ve Diyani Hüküm Ayrımı”, Sy 160

yahut hak sahibi herhangi bir sebeple hakkını arama yoluna gitmemişse burada hakkın himayesi söz konusu değildir. Çünkü hukuk haksızlığın giderilmesi için ispat arar. Dünyevi hükümler bakımından İslam hukukunun tavrı da aynıdır.”¹⁰⁰

Nihayetinde zahire göre hüküm vermek bir zarurettir ki hukuk güvenliği de ancak bu şekilde temin edilir. Bir meselede kuvvetli deliller esas alınarak zayıf delillerin hilafına hüküm verilmelidir. Aksi halde tüm şüphelerin izale edilmesi, bütün tereddütlerin ortadan kaldırılması amacıyla yargılama yapılırsa birçok olayın hükme bağlanması imkansız hale gelecektir. Yargı kararlarının ancak objektif kanıtlara bağlı kalınarak verildiğini, maddi gerçeği tespit edebilmenin her zaman mümkün olmadığını kabul etmek gerekir.¹⁰¹ Netice itibariyle işleyen bir hukuk düzeni olayların belli bir istikrar ve belli yöntemlerle hükme bağlandığı hukuk düzenidir yoksa bütün olayların sonsuza kadar araştırılıp tüm şüphelerin kaldırıldığı, hiçbir yanlış karara yer olmayan düzen değildir.

Öte yandan her ne kadar fetvalar bu amaçla ortaya çıkmassa da bilhassa Osmanlı uygulamasında devlet başkanının iradesiyle bir kanun haline dönüştüğü vakidir. Ebusuud efendinin “Maruzat”ı Kanuni Sultan Süleyman’a sunulan bir fetva koleksiyonu iken sultanın iradesiyle bir kanun metni işlevi görmüş, kadılar açısından bağlayıcı metinler olmuştur.¹⁰² Bu bakımdan özellikle muamelat alanında yoğunlaşan fetvaların mahkemelerin kaza faaliyetleri açısından bir kaynak niteliği aldığı söylenebilir. Fetva müessesesi halkın içinden çıkan serbest hukukçular eliyle olduğundan mahkeme kararlarına millet adına nizamata veren bir fonksiyon icra etmiş, kadıları hukuka uygun hareket etmeye zorlayarak hukukun düzenli işleyişinde önemli rol oynamıştır.¹⁰³

¹⁰⁰ Saffet Köse, *İslam Hukukuna Giriş*, Sy 60-61

¹⁰¹ Talip, Türcan, *İslam Hukukunda İki Farklı Geçerlilik Alanı: Kazai ve Diyani Hüküm Ayrımı*”, Sy 160

¹⁰² Nasi Aslan, “*İslam Hukukunda İki Farklı Geçerlilik Alanı: Kazai ve Diyani Hüküm Ayrımı*”, Sy 88

¹⁰³ Nasi Aslan, “*İslam Hukukunda İki Farklı Geçerlilik Alanı: Kazai ve Diyani Hüküm Ayrımı*”, Sy 99

2.1.5. Kazuistik Yöntemle Uygulanması Bakımından

Kazuistik yöntem -diğer adıyla meseleci yöntem- terim olarak “hukukun genel kaideler halinde ele alınmayıp, her meselenin ayrı ayrı ele alınıp incelenmesi şekli”¹⁰⁴ anlamında kullanılır. Soyut yöntem ise aksine soyut kurallar koyarak hakimlere daha geniş bir yorum sahası bırakmaktadır. Örneğin “bir kimse başkasının burnunu kırarsa 100 lira tazminat verir” kazuistik bir yöntemi ifade ederken “başkasının vücuduna zarar veren kimse tazminatla yükümlüdür” ifadesi soyut yöntemle konulmuş bir hükme karşılık gelir.¹⁰⁵

Dünya hukuk tarihini göz önüne aldığımızda hukuk kaynaklarını belirlemede kazuistik ve soyut yöntemi birbirinin yerine geçen alternatifler olarak alabiliriz. Daha açıklayıcı bir ifadeyle doğrusal bir şekilde kazuistik yöntem yerini soyut yöneme terk etmiştir.¹⁰⁶

İslam hukuku modern öncesi zamanlarda teşekkül etmiş bir hukuk olarak kazuistik yöntemi kullanmıştır. Buna göre hukuki meselelerin çözümünde fetva külliyatları, geçmiş ictehadlar evveleminde kullanılan kaynak değerini almıştır. İslam hukukunun hukukçulara getirilen meseleler, sorulan fetvalar, günlük problemler etrafında şekillendiğini söyleyebiliriz.

Anglo-sakson hukuk sistemi olarak da isimlendirilen İngiltere-ABD hukuk geleneği kazuistik/meseleci yöntemle anılmaktadır. Fakat İslam hukukundaki ictehadların, mahkemelerin ictehadları değil hukuk alimlerinin hukuk öğretimi sırasında ya da kendilerine intikal etmiş bir hukuki probleme verdikleri cevaplar olması vechiyle İngiliz-ABD hukukundan ayrıldığı söylenmelidir.¹⁰⁷

Kazuistik yöntemde uygulayıcının sınırları daha dar çizilerek yorum imkanı daraltılmıştır. 17.000 maddeden oluşan meşhur Prusya Kanununda hakimin önüne gelen meseleyi kanunda bulamaması halinde, hakime “durumu komisyona sorarak

¹⁰⁴ “Kazuistik”, Hukuk ve Fıkıh Terimleri Sözlüğü, Sy 300

¹⁰⁵ Muhammed Tayyib Kılıç, *İslam Hukukunda Kanunlaştırma Olgusu*, Sy 52

¹⁰⁶ Yakup Mahmutoglu, “*İslam Hukukunun Kazuistik Yapısı Üzerine*”, SDÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, C2, S1, Yıl 2012, Sy 131-151

¹⁰⁷ Mehmet Akif Aydın, “*İslam Hukuku'nun Osmanlı Devleti'nde Kanun Hukukuna Doğru Geçirdiği Evrim*”, Sy 12

komisyonun vereceği karara göre hareket etmek”¹⁰⁸ emredilmiştir. Bu hakimlere tam bir güvensizliği işaret ederken bu yöntemle vaki olan bütün olaylara karşılık gelebilecek hükümler ihdas edilmesinin imkansızlığı hakkında hukuk tarihine bir dipnot düşülmüştür.

İslam hukuku kazuistik yöntemi benimsemesi ile esasında hukuk güvenliği bakımından müspet yönde gelişmiştir diyebiliriz. Zira “kazuistik metotla yapılan kanunlarda keyfiliği önlemek istismarı ve suistimalleri ortadan kaldırmak en önemli kanun yapma saikidir.”¹⁰⁹ Bununla birlikte modern devletlerde toplumsal-siyasal olayların hızlı gelişimi kazuistik yöntemden soyut yönetime doğru bir evrilişe sebep olmuştur. Soyut yöntemle hazırlanan modern kanunlar yukarıda bahsettiğimiz hakimin takdir yetkisi, yorum yetkisi gibi yöntemlerle hızlı değişen meseleler karşısında kanunun esnetilerek uygulayıcıların yeni olaylar hakkında hüküm kurmak noktasında çaresiz kalmamasını hedeflemiş böylece hukuk güvenliğinin temin edilmesi yoluna gitmiştir.

2.1.6. Hükümün İlet Üzerine Bina Edilmesi Bakımından

Hükümlerin hikmet üzerine değil ‘illet’ üzerine bina edilmesi hukuk güvenliği bakımından bir başka önemli yapısal özelliktir. Bahsi geçen illet şöyle tanımlanır: “Hükümü gösteren veya gerekli kılan yahut hükümün kendisine bağlandığı durum, vasıf, mana, gerekçe.”¹¹⁰ Hükümlerin bir konuluş gayesi yani bir hikmeti vardır. Bir hükümün hikmeti ise “o hükümle güdülen amaç yani şariin o hükümü koymakla gerçekleştirilmesini istediği maslahat veya giderilmesini istediği mefsedettir.”¹¹¹

¹⁰⁸ Adnan Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, Ankara:Siyasal Kitabevi, 12. Baskı, 2009, Sy 71

¹⁰⁹ Yakup Mahmutoglu, *İslam Hukukunun Kazuistik Yapısı Üzerine*”, Sy 138

¹¹⁰ İbrahim Kafi Dönmez, “İlet”, DİA, yıl: 2000, C: 22, Sy 117-120

¹¹¹ Ferhat Koca, “Hikmet”, DİA, yıl: 1998, C: 17, Sy 514-518

Hikmetten farklı olarak illet, hukuk normunun nihayetinde yeryüzünde istenen ideal nizamını içermez. İlet, vaz'edilen hükmü geçerli kılan vasıftır. İlet hükmün kendi üzerine bina edildiği “açık ve istikrarlı bir niteliktir.”¹¹²

Verilen klasik misale göre “sefer hali” yolcu için namazı kısaltmanın bir illeti iken bu kolaylaştırıcı hükmün hikmeti ise Allah'ın (c.c.) kullarına ibadetlerde kolaylık dilemesidir. Örnek üzerinden gidecek olursak ibadetin kolaylaştırılması hikmet merkezli bir yorumlamanın sınırsız bir serbestiyet getirmesi halinde, namaz ibadetinin neredeyse bütünüyle sakıt olarak değerlendirilmesi mümkündür. Zira günün belli vakitlerinde abdest almak şartıyla belli ritüellerin icrası suretiyle gerçekleştirilen namaz herkes için az ya da çok bir zorluk sayılabilir. Eğer zorlukların giderilmesi merkezindeki yorumların bir ölçüsü olmayacak ise bu durumda namaz herkes için bir zorluk olarak alınıp farzıyeti tartışılabilir. Burada “hüküm hikmet üzerine değil illet üzerine kurulur” genel ilkesini benimseyen klasik görüşün hukuk güvenliğini sağlamak açısından istikrarsız ve sonsuz yorumların önünü kapatmak üzere ortaya çıktığı söylenebilir.

Bu bakımdan illet hükmün konulmasındaki “müessir” iken hikmet “hükmün teşri kılınması için münasip mana”dır. Klasik kaynaklarda illet “etkin sebep” (es-sebeb-ül faili); hikmet ise “amaçsal sebep” (es-sebebu'ul gai) olarak nitelendirilmiştir. İlet tek tek hükümler için hükmü geçerli kılan vasıf iken hikmet hükümlerin bütünündeki şariin genel amaçlarına işaret eder. Hikmetle ta'lilde bulunmak kargaşa, düzensizlik doğurup hukuka olan güveni sarsma ihtimali nazara alınarak çoğu İslam hukuku bilgini tarafından benimsenmemiştir.¹¹³

Dinin ya da fikhın hedeflediği gayeler anlamında kullanılan ve “makasidü'ş-şeria, makasidü'ş-şari', makasidü't-teşri, el-makasidü'ş-şer'iyye” gibi tamlamalarla ifade edilen literatür¹¹⁴ çalışmamız açısından önem teşkil etmektedir.

Buna göre kimi İslam hukukçuları, özellikle muamelat alanında, dini metinlerin yararlı amaçlarının gerçekleştirilmesi ve genel menfaatin sağlanması gayesine vurgu yaparak makasid merkezli bir icihad fikrini benimsemişlerdir. İlk

¹¹² Ferhat Koca, “Hikmet”, DİA, yıl: 1998, C: 17, Sy 514-518

¹¹³ Ferhat Koca, “Hikmet”, DİA, yıl: 1998, C: 17, Sy 514-518

¹¹⁴ Ertuğrul Boynukalın, “Makasidü'ş-şeria”, DİA, yıl: 2003, C: 27, Sy 423-427

olarak İmam-ı Hameyn El-Cüveyni'nin eserlerinde var olduğu tespit edilen “makasid” terimi Gazali'nin, özellikle Şatbi'nin “El-Muvafakat” eseriyle zenginleşmiş; Şah Veliyullah Ed-Dihlevi'ye meşhur “Hucetullahi-i Baliga”yı yazmada amaç olmuş ve nihayet yakın zamanda Tunus müftüsü ve Zeytuniye Üniversitesi rektörü Muhammed Tahir b. Aşur'un İslam hukuk teorisiyle ilgili görüşlerinde temel kavram haline gelmiştir.¹¹⁵ Bu yaklaşım bir taraftan “makasid literatürü” adı altında hukuk bilginlerine, yorumlarını yapmakta büyük bir zenginlik sağlamışsa da diğer taraftan hukuki istikrarı bozabilecek keyfi yorumlara kapı aralaması bakımından eleştirilmiştir. Nitekim dini metinlerin amacının yorumlanmasında isabetsiz ya da eksik tespitlerde bulunmak bilakis makasidü's-şeriadan bir sapma anlamına gelebilecektir. Bununla ilgili olarak aşağıdaki tespitler kayda değerdir:

“İslâm hukukçuları kimi zaman adaleti sağlamak adına maksada uygunluğu yani hikmeti de bir kenara bırakmışlardır. Zira maksada uygunluk bu açıdan her zaman munzabıt (istikrarlı) ve zâhir (açık) olmayabilir. Söz gelimi kasten adam öldürme fiili için öngörülen kısas cezasında pratik amaç, esasen bir hikmet olan “adam öldürme suçunun önüne geçme” olarak kabul edildiği takdirde, “kisasın dışında başka cezalarla adam öldürme suçunu engelleme gerçekleştirilebilir” düşüncesi ileri sürülebilir ve İslam hukukunun kısas uygulamasıyla gerçekleştirmeyi hedeflediği “adalet” zedelenebilir. Zira kısas konusundaki tikel şer'i norm, bu cezada adaleti gerçekleştirmeye yönelik olarak vaz'edilmiştir. Aynı şekilde zina cezasının maksadı “neseplerin karışmasını engellemektir” denilebilir. Neseplerin karışması evlilik dışında kesin bir yöntemle önlenirse zina fiilinin cezalandırılmaması gerekir. Ancak bu görüşte olan bir fakih yoktur. Bu nedenle İslam hukukçuları pratik amaç olan hikmet yerine her zaman istikrarlı, açık yani kolayca anlaşılabilen bir gerekçeyi (illet) dikkate almışlardır. Bu bağlamda hikmet ile adalet arasında bir zıt ilişkiden söz edilebilir.”¹¹⁶

¹¹⁵ Ertuğrul Boynukalın, “Makasidü's-şeria”, DİA, yıl: 2003, C: 27, Sy 423-427

¹¹⁶ Adnan Koşum, “Hukukun İşlevleri Arasında Zıtlık ve Adaletin Üstünlüğü Bakımından İslam Hukuku”, 59-60

2.1.7. Kanunilik İlkesi Bakımından

“Suç ve cezaların kanuniliği” diğerk bir ismiyle “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesini yukarıda ele almıştık. Kanunilik kavramı şöyle tarif edilir: “Şari' (kanun koyucu) tarafından, suç olarak belirtilmiş fiil ve sözlerin icra edilmesi durumunda, hukuken sorumluluğu olan şahsa uygulanacak cezanın açıklanması. Daha açık bir ifadeyle kanunilik ilkesi, yürürlükteki hukukta suçlar ve karşılığında uygulanacak cezaların sınır ve miktarlarının belirtilmesidir.”¹¹⁷

Ayet ve hadislerde yasaklanan şeylerin ve yapılması haram kılınan davranışların dışındakiler kaide olarak mübah kabul edilir. “Allah'ın size helâl kıldığı güzel ve temiz şeyleri haram etmeyin.” (Maide 87) emr-i ilahisi ve Tahrir suresinin Resulullah'a itab olarak kabul edilen ilk ayetindeki “Allah'ın sana helal kıldığı şeyi niçin kendine yasak ediyorsun?” hitabını bu minvalde okuyabiliriz.

Aşağıdaki hadisler de bu ilkeye işaret etmektedir:

“Müslümanlar içinde en büyük günah sahibi, aslında haram olmayan bir şeyi sormak suretiyle haram kılınmasına sebep olan kimsedir” (Müslim, “Fezail”, 132)

“İbn Abbas anlatır: “Cahiliye halkı bazı şeyleri yerler bazı şeyleri de haram diye yemezlerdi. Derken Allah peygamberini gönderdi ve kitabını indirdi. Helali helal, haramı haram kıldı. Dolayısıyla sadece onun helal kıldığı helal, haram kıldığı da haramdır. Hakkında sükut geçtikleri ise biz insanlara bırakılmış alandır” dedi ve sonuna kadar “De ki: bana vahyolunanda leş veya akıtılmış kan yahut domuz eti -ki pisliğin kendisidir- ya da günah işlenerek Allah'tan başkası adına kesilmiş bir hayvandan başka yiyecek kimseye haram kılınmış bir şey bulamıyorum” (En'am 6/145) ayetini okudu” (Ebu Davud, “At'ime”, 31)

“Hz Peygamber'e tereyağı, peynir ve kürk hakkında soruldu. Hz. Peygamber şöyle cevap verdi “Helal, Allah'ın kitabında helal kıldığı şeydir. Haram da kitabında haram kıldığıdır. Hakkında sükut geçtikleri ise insanların kendi seçimlerine bırakılmış alandır” (Tirmizi, “Libas”, 6, İbn Mace, “A'time”, 60)

¹¹⁷ Yaşar Yiğit, “İslam Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi ve Kanunu Bilmemenin Cezalara Etkisi”, Diyanet İlmi Dergi, C:36, Sayı:1, Ocak-Şubat-Mart 2000, Sy 57

İslam hukukunda bir eylemin suç olması ve suça verilecek cezanın nev'i ve miktarı için önceden belirli olması öngörülmüştür. Bu belirlilik İslam hukukunun temel kaynakları olan naslarda olabileceği gibi siyasal otoritenin meşru biçimde çıkardığı kanunlarla da sağlanabilir. Nihayetinde “İslam'da hiç bir kimse naslarda (ayet-hadi-kanun) suç olarak belirtilmemiş bir fiil ya da eylemden dolayı cezalandırılmaz. Sorumluluk için yükümlülük konusu hükümlerin bildirilmesinin şart koşulması, kanunilik ilkesinin başka bir ifadesidir.”¹¹⁸

Yine fıkıh usulünün ıstıshab kavramı bu hususları içine alan bir yorumlama yöntemidir. Istıshab “geçmişte sabit bir durumun değiştiğine dair bir bilgi bulunmadıkça devam ettiğine hükmetmektir.”¹¹⁹ Istıshabın açılımı olarak sayılan¹²⁰ mecellede birer usul maddesi olarak kendine yer bulan “eşyada aslolan ibadadır”, “beraati zimmet asıldır”, “şek ile yakın zail olmaz” ve “bir şeyin bulunduğu hal üzere kalması asıldır” kaideleri “kanunilik” ilkesinin farklı görünümeleridir. Bu kaideleri şöyle açıklayalım:

“Eşyada aslolan ibadadır” ilkesi gereği hakkında bir hüküm bulunmayan konularda hareket noktasının helallikle, serbestlik dairesinde kabul edilmesidir.¹²¹

“Beraati zimmet asıldır” kuralı aksi ispat edilinceye kadar bir insanın borçsuz ve suçsuz olduğunu ifade eder.¹²² “Masumiyet karinesi” olarak modern hukukta yer alan bu ilke suçsuzluk halinin sabit, yakın, esas olduğunu bu halin şüphe ile ortadan kaldırılamayacağını ifade eder. Suçluluğu kesin olarak kanıtlanana kadar herkes masumdur.

“Şek ile yakın zail olmaz” varlığı kesin şekilde sabit olan şeyin yokluğuna şüpheyle hükmedilemez anlamındaki kaidedir. Modern hukuktaki “şüpheden sanık yararlanır” ilkesi aynı prensibe işaret eder. Buna göre birisinin suçlu olması için “her türlü şüpheden uzak kesin delil” gerekir.

¹¹⁸ Yaşar Yiğit, “İslam Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi ve Kanunu Bilmemenin Cezalara Etkisi”., Sy 59

¹¹⁹ Saffet Köse, *İslam Hukukuna Giriş*, Sy 138

¹²⁰ Fahrettin Atar, *Fıkıh Usulu*, İstanbul: İFAV Yay., 2008, Sy 76

¹²¹ Saffet Köse, *İslam Hukukuna Giriş*, Sy 138

¹²² Saffet Köse, *İslam Hukukuna Giriş*, Sy 139

“Bir şeyin bulunduğu hal üzerine kalması asıldır” kaidesi şu örnekle açıklanır: “Sağ olan bir kişinin ölümüne bir delille ispatlanıncaya kadar hükmedilemez. Ancak bir delil ile ispatlanınca o şahsın ölümüne karar verilir.”

Dikkate alınmaması halinde keyfiliğe ve hukuksal kaosa sebebiyet verebilecek olan¹²³ tüm bu kaideler İslam hukukunun var olan hukuki durumun istikrarı yönünde hareket ettiğini göstermektedir. Hukuki durumdaki değişikliklerin kabulü ancak ispata bağlı olup ispat yükümlülüğü değişikliği iddia eden tarafa yüklenmiştir. Böylece bir hukuki durumun keyfi olarak yorumlanıp keyfi olarak değişikliğine hükmedilmesinin önü alınmış, hukuki haklar muhafaza edilerek hukuk güvenliği sağlanmaya çalışılmıştır.

2.1.8. Cehaletin Mazeret Olmaması Bakımından

Allah (c.c.) dini yükümlülükler açısından insanları bu yükümlülüklerin bildirilmesi itibariyle sorumlu tutmuştur. Kur'an-ı Kerim'de bir ayette “...Biz peygamber göndermedikçe (kimseye) azap edecek değiliz” (İsra-15) denilmiş, başka bir ayette “Rabbin, ülkelerin merkezî yerlerine, kendilerine âyetlerimizi okuyan bir peygamber göndermedikçe oraları helâk edici değildir. Zaten biz, halkları zalim olmadıkça memleketleri helâk etmeyiz.” (Kasas-59) buyurulmuştur. Yine “İman edip salih ameller işleyenlere; Allah'a karşı gelmekten sakındıkları, iman ettikleri ve salih amel işledikleri, sonra Allah'a karşı gelmekten sakındıkları ve iman ettikleri, sonra yine Allah'a karşı gelmekten sakındıkları ve iyilik ettikleri takdirde, daha önce tatmış olduklarından dolayı bir günah yoktur” (Maide-94) ayeti “İslam kendinden önceki günahları siler” ilkesine işaret etmektedir.

Fakat bununla birlikte dini hükümlerin tamamlanması ile birlikte özellikle uygulanan hukuk kuralları bakımından bu hukuka tabii inananların bu kuralları bildiği kabul edilir. Bu noktadan sonra bilmemek mazeret değildir. İslam hukukunda bu bilmeme hali için “cehl, cehalet” terimleri kullanılmıştır. Cehalet “bilmek

¹²³ Yaşar Yiğit, “İslam Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi ve Kanunu Bilmemenin Cezalara Etkisi”., Sy 57-58

kabiliyetini haiz bir kimsenin bilmesi gereken bir şeyi bilmemesi” halidir.¹²⁴ Bilmemenin kişinin işlediği suç ve edindiği borç açısından bir mazeret olması durumunu açarsak: Allah’ı bilmek gibi akıl sahibinin kendiliğinden erişeceği itikadi yükümlülüklerde bilmemek mazeret değildir fakat İslam’ı henüz kabul etmiş insanlar açısından namaz, oruç gibi dini vazifeler hakkındaki cehaletlerinden ötürü mes’uliyet yoktur.¹²⁵ Fakihler bu konuda “dar’ul-islam” ve “dar’ul-harb” ayrımı yapıp İslam hukukunun geçerli olmadığı darülharb olan coğrafyalarda bilgisizlik karinesi, İslam hukukunun geçerli olduğu darulislam coğrafyalarda ise bilgi karinesini kabul etmişlerdir.¹²⁶ Buna göre dar’ul-harbdaki bir kişinin karşılaştığı hukuki durumu bilmediği dar’ul-islamdaki bir kişinin ise karşılaştığı hukuki durum hakkında bilgisi olduğu varsayılır.

Dar’ul-harbda bulunan, yeni Müslüman olan kişiye ilişkin bilmeme mazereti her ne kadar kabul edilmişse de bunun bir istisna olduğu vurgulanmıştır. Yani burada mazeretli kişinin Müslüman olmasının üzerinden henüz az bir zaman geçmesi, İslam yerleşim merkezlerine çok uzak olması gibi şartlar ileri sürülmüştür. Buradaki bilmeme hali esasında bilme imkanı bulunmama durumuyla ilgilidir. Öte yandan cehaletin mazeret olması sadece Allah hakları alanında mı yoksa hem Allah hakları hem kul hakları alanında mı olduğu da tartışılmıştır.¹²⁷

Bunun yanında bir kişinin içki olduğunu bilmediği bir içeceği içip sarhoş olması gibi maddi vakanın suç teşkil eden unsurunun bilinmemesinden kaynaklanan durumlar da “şüpheli bilmeme” şeklinde nitelendirilerek mazeret kabul edilmiştir.¹²⁸

Hukukun bilinmemesinin istisnai haller dışında mazeret sayılmaması hukuki güvenlik açısından önemli bir yaklaşımdır. “İslam ülkesinde kanunu bilmemek mazeret değildir. Bu sebeple herkes kanunu öğrenmek ve ona göre yaşamak mecburiyetindedir.”¹²⁹ Yukarıda da değindiğimiz gibi kanunu bilmemenin mazeret sayılmaması, bilmeme halinin kötüye kullanımını ortadan kaldıran önemli bir ilkedir.

¹²⁴ Fahrettin Atar, *Fıkıh Usulu*, Sy 152

¹²⁵ Fahrettin Atar, *Fıkıh Usulu*, Sy 152

¹²⁶ İbrahim Kafi Dönmez, “*Cehalet*”, DİA, yıl: 1993, C: 7, Sy 219-222

¹²⁷ İbrahim Kafi Dönmez, “*Cehalet*”, DİA, yıl: 1993, C: 7, Sy 219-222

¹²⁸ Vahap Ovacı, “*Mukayeseli Hukuk Çerçevesinde İslam Ceza Hukukunda Cehalet*”, Bozok Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 8/8 (2015/8), Sy 19-33

¹²⁹ Fahrettin Atar, *Fıkıh Usulu*, Sy 152

Aksi halde birçok kişi verdiği zarardan veya işlediği suçtan ötürü bilmeme mazeretine sığınarak hak ettiği yaptırımdan kurtulabilirdi ki bu durumun hukuki güvenliği zaafa uğratacağı kesindir. Bu bakımdan cehalet mazeret sayılmamıştır. Öte taraftan henüz İslam'a girmiş kişiler bakımından bilmedikleri şeylerden sorumlu olmamak da onlar açısından hukuk güvenliği teminatıdır. Sonuç olarak hukuk bilginlerinin bilmek ve sorumlu olmak açısından kurdukları bu bağ hukuk güvenliği hassasiyetinin bir tezahürüdür.

2.2. Benzer Uygulamalar ve Kurumlar Bakımından

2.2.1. Tazir

“İslam ceza hukukunun kanunlaştırılması”¹³⁰ olarak tavsif edilen tazir suçları “had suçları ve cinayetlerdeki gibi belirli cezası bulunmayan suçlara verilecek miktarı ve uygulanması yöneticiye veya halka bırakılmış cezaları ifade eder.”¹³¹

Tazir suç ve cezaları sınırsız meseleler karşısında sınırlı nasların dolduramadığı boşlukları doldurmak zaruretinin bir tezahürü olarak ortaya çıkmıştır. Tazir kelime olarak “engellemek, tedip etmek; desteklemek saygı göstermek” anlamlarında kullanılır. Hadlerin ve kefaretlerin dışında kamu gücünün te'dibine müstehak olan, zamanın telakkisine göre suç olarak kabul edilen birçok çirkin fiil vardır. Bu bakımdan tazir suçlarını tahdit etmek mümkün değildir.

“Taziri icabettiren suçlar muayyen değildir. Kadına laf atmak, taarruz etmek, dövmek, sövmek, kalpazanlık, tartıda hile, halkı rahatsız etmek vesaire gibi had ve kıyas dışında kalan fiillerdir.”¹³²

Bu suçlar korunmak istenen hukuki yarar bakımından dini hayatın, can güvenliğinin, aile düzeninin, mal emniyetinin, iş yeri güvenliğinin, genel ahlak ve

¹³⁰ Hisham Ramadan, *İslam Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması: Ta'zir Cezaları Örneği* (Çev.: Sercan Karadoğan), Uluslararası İslam Ceza Hukuku Sempozyumu Tebliğler Kitabı, Lale Yayıncılık, Nisan 2017, Sy 645-667

¹³¹ Tuncay Başoğlu, “Tazir”, DİA, C:40, 2009, Sy 198-202

¹³² Osman Keskiöglü, “Fıkıh Tarihi ve İslam Hukuku”, Ankara: DİB yay., 1999, Sy 321

namusun, kamu güvenliğinin ve siyasi düzenin korunmasına matuf olabilir.¹³³ Suçun işlenişi bakımından ise teşebbüs ya da fiilin ihmalen işlenmesi gibi hafifletici sebeplerle, suçun normalden çok daha büyük mağduriyetlere sebep olduğu ağırlaştırıcı sebeplerin vukuu halinde İslam hukuk literatürü tazir uygulamasına başvurmuştur. Örneğin öldürmenin cezası açık olarak belirtilmişse de öldürmeye teşebbüsün cezası açık olarak bildirilmemiştir. Zina suçunun cezası belli ise de bu fiilin daha kötücül olarak mağdurun iradesini cebren kırmak suretiyle işlenmesi (cinsel saldırı-tecavüz) halinin düzenlenmesi tazir kapsamında değerlendirilmiştir.

Bir kimsenin cehaletle bir fiilin suç olduğunu bilmeden hareket etmesi ya da bir fiilin suç olup olmadığının tartışıldığı durumlarda bu fiilin suç olmadığı yönündeki zayıf görüşü benimseyerek bu fiili gerçekleştirmesi gibi durumlarda had ve kefarete cehalet nedeniyle düşse de taziren failin cezalandırılabilceği kaydedilmiştir.¹³⁴

Öte yandan had ve kefaretlere bakımından cezalar sınırlı olarak sayılmışsa da tazir cezalarıyla mevcut cezalar hürriyeti sınırlandırıcı cezalar, mali cezalar, kınama ve mahrumiyet cezaları eklenmek suretiyle genişletilmiştir.¹³⁵

Biz Hisham Ramazan'ın tazirle ilgili olarak "İslam ceza hukukunun kanunlaştırılması" şeklindeki tarifine katılıyoruz. Gerçekten de suç unsuru barındıran fiilleri cezalandırma yetkisi ve sorumluluğu olan devlet idarelerinin zamanın telakkisine göre yeni rastlanılan ya da İslam hukukundaki suçun maddi unsuruyla birebir uyuşmayan durumlar için sükut etmesi bir hukuk boşluğu bir hukuki kaos zemini oluşturabilirdi. Bu bakımdan hükümdarlar tazir enstrümanını kullanarak ceza alanında kanunlaştırma benzeri yeni normlar oluşturarak hukuki emniyeti tesis etmek istemişlerdir. Böylece hukuk boşluklarının doldurularak istikrarlı bir hukuk uygulamasına zemin hazırlandığı söylenebilir.

¹³³ Tuncay Başoğlu, "Tazir", DİA, C:40, 2009, Sy 198-202

¹³⁴ Hisham Ramadan, *İslam Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması: Ta'zir Cezaları Örneği*, Sy

¹³⁵ Tuncay Başoğlu, "Tazir", DİA, C:40, 2009, Sy 198-202

2.2.2. Maslahat-ı Mürsele, Istıslah

“Hükümlerin konuluş amacı kulların maslahatını sağlamaktır. Maslahat faydalı olanı almak, mesfedet zararlı olanı kaldırmak-engellemek demektir. Klasik ifadesiyle maslahat (ç. mesalih) def-i mefasid celb-i menafidir. Istıslah ise maslahata göre hüküm vermek demektir.”¹³⁶

Sınırsız meseleler karşısında sınırlı nasların doğrudan hükümler içermesi mümkün olmadığından hukukçular birçok vesile ile yeni meselelere bir karşılık bulmak ve bunu yaparken de naslardan da uzaklaşmamak istemişlerdir. Bu motivasyonla ortaya koydukları maslahat kavramsallaştırması birçok meselenin çözümünde fonksiyonel bir yöntem olarak kullanılmıştır. Mecelle’de bu yaklaşımı yansıtan halka yönelik tasarrufların maslahata dayanması gerektiğine (md 58) ve toplum menfaatinin fert menfaatine tercih edileceğine, ağır zararın hafif zarara katlanmakla giderileceğine (md 26-29) dair maddeler mevcuttur.¹³⁷

Istıslah maslahata göre hüküm vermektir. Maslahatın bir tanımı da şöyledir: *“Maslahat dinin konulduğu ana ilkeleri ve gerçekleştirmek istediği temel gayeleri de kuşatacak biçimde insanların dünya ve ahiret menfaatlerini ifade eden geniş açılımlı bir kavram olup bunun bir türü olan mürsel maslahat kanun koyucunun 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 demektir.”*¹³⁸

Buna göre Kur’an sayfelerinin bir mushafta toplanması, Hz. Ebu Bekir’in Hz. Ömer’i hilafete aday göstermesi, Cuma namazı için iç ezan okunması, ölümle sonuçlanan hastalık halinde boşanan karının kocasına mirasçı kılınması, bulunmuş hayvanların (lukata/dâlle) alınarak sahipleri gelinceye kadar beytülmal tarafından bakılması maslahata göre hüküm vermenin sahabe uygulamalarındaki örnekleridir.¹³⁹

¹³⁶ Saffet Köse, *İslam Hukukuna Giriş*, Sy 131

¹³⁷ Şükrü Özen, *"İstıslah"*, DİA, C:23, 2002, Sy 383-388

¹³⁸ Şükrü Özen, *"İstıslah"*, DİA, C:23, 2002, Sy 383-388

¹³⁹ Saffet Köse, *İslam Hukukuna Giriş*, Sy 131

Günümüzle ilgili olarak bu başlık altında değerlendirilen “tapu siciline kaydın esas alınması, evlenenlere evlilik cüzdanının verilmesi”¹⁴⁰ gibi örnekler kanunlaştırmayla devletlerin murat ettiği hukuk güvenliğinin tezahürleridir. Gerçekten de kanunlar çıkarmakla hedeflenen amaç vatandaşların sorumlu oldukları kuralları ayrıntılarıyla bilmesi, yeni sorunlara yeni çözümler üretilmesi, toplumsal mutabakatın bir şekilde sağlanması gibi cihetlerle “kamu yararı”nın-“maslahat”ın gerçekleştirilmesidir.

Hukuk güvenliği esasında vatandaşların hukuka itimat etmelerini öngören bir hukuk sistemini hedeflemesi bakımından bir maslahata işaret eder. Hukuk sisteminden beklenen “sosyal ihtiyaçları karşılama” fonksiyonu gereği halkın maslahatı dikkate alınarak hukukun öngörülebilir, belirli ve istikrarlı olarak uygulanması şarttır. Bu bakımdan uygulanacak hükümlerin belirlenmesi, standart haline getirilmesi, yazılması, halka açıklanması, uygulamadaki farklı anlayış ve hükümlerin asgariye indirilmesi halkın maslahatı gereği yerine getirilmesi gereken hususiyetlerdir.

2.2.3. İstishab

"Bir zamanda sabit olan bir durumun aksini gösteren bir delil bulunmadıkça sonrasında da mevcut olduğuna hükmetmek"¹⁴¹ olarak özetlenen istishab yöntemi bir hukuki emniyet kurumudur. Yukarıda tahlil ettiğimiz “kanunilik” fikrinin fıkıh usulündeki yansımasıdır istishab.

İstishabla ilgili bazı kaidelere temel kaynaklarda yer verilmiştir. Örneğin Hz. Peygamber’in (sa) “delil ile ispat iddia edene, yemin ise inkar edene düşer” buyurduğu kaide Mecelle’de “beyyine müddei için ve yemin münkir üzerinedir” şeklinde yer almıştır. Mecelle’nin buna paralel diğer bir maddesi şu şekildedir: “Beyyine hilaf-ı zahiri ispat için ve yemin aslı ibka içindir.”¹⁴²

¹⁴⁰ Saffet Köse, *İslam Hukukuna Giriş*, Sy 132

¹⁴¹ Ali Bardakoğlu, “*İstishab*”, DİA, C:23, 2001, Sy: 376-381

¹⁴² Saffet Köse, *İslam Hukukuna Giriş*, Sy 139

Gerçekten de hukuki bir iddiada bulunan kimseye iddiayı ispat yükümlülüğü yüklenmesi başka türlü düşünülemez kadar doğal bir hayat akışını ifade eder. Aksi halde, yani bir ispat yükümlülüğü olmaksızın hukuki iddiaların baştan kabul edilmesi hukuki bir kaos anlamına gelecektir. Sınırsız olaylar karşısından bir hükme varabilmek için ibaha alanını korumak mecburidir. Başka bir ifadeyle “müctehid, bir mesele ile karşılaştığında, bu meselenin hükmünü nakli delillerden veya kıyas metoduna yahut maslahat prensibine göre araştırır. Bu delillerde bir hüküm bulamazsa o zaman ibaha-i asliyye esasına göre hükmeder ki bu hüküm mübahlıktır.”¹⁴³

Kaynaklarda ıstıshabın çeşitlerinden bahsedilmiştir. “Delil bulunmadığı sürece kişinin yükümlülük ve sorumluluğunun bulunmadığına hükmedilmesi” “beraati asliye ıstıshabı”dır; aksine delil bulunmadıkça bir şeyden faydalanmanın veya bir davranışta bulunmanın mübah olduğuna hükmedilmesi “ibaha-yi asliyye ıstıshabı”; bir sebebe istinaden sabit olmuş şer’i bir hükmün aksini gösteren bir delil bulunmadığı sürece devam ettiğine hükmedilmesi “şer’i hüküm ıstıshabı”dır.¹⁴⁴

Istıshab tüm bu türleri ve açılımlarıyla hakkında yasaklayıcı bir hüküm bulunmayan şeyin mübahlığına hükmetmekle hukuk boşluklarının doldurulup hukukun hakkında hüküm olmayan meseleler karşısında cevapsız kalma tehlikesini bertaraf eder. Var olan hukuki statünün -aksi ispat oluncaya kadar- korunmasını emrederek hukukun istikrarlı sonuçlar vermesini, vatandaşların haklarına emniyetle sahip olmasını temin eder.

2.2.4. Ulu’l-Emre İtaat

Nisa Suresinin 59. Ayetinde ifadesini bulan “ulu’l emre itaat” fikhî ve kelami disiplinler kapsamında tartışılmalı meselelerden birisi olmuştur. Bu Kur’ani emir hayatın dinamizmi karşısında hukuk üreten, çözümler sunan meşru ve adil bir kurumsal güç oluşturmayı ve bu gücün meşru ve adil bir yönetimi gerçekleştirmek için çıkardığı kanunlara uymayı zımnen emreder.

¹⁴³ Zekiyüddün Şaban, İslam Hukuk İlminin Esasları (çev:İbrahim Kafi Dönmez), Ankara:Diyanet Vakfı Yayınları, Aralık, 2015, Sy 218

¹⁴⁴ Şükrü Özen, "Istıslah", DİA, C:23, 2002, Sy 383-388

İçerik itibariyle “idari işler” olarak tavsif edebileceğimiz alanın biteviye değişen, yeni düzenlemelere muhtaç tabiatı gereği devlet makamlarının üzerine düşen görev aşıkardır. “Devlet başkanının yetkisine bırakılan tazir cezaları, devletin siyasi ve idari yapısı, miri arazi, vakıflar ve vergiler gibi alanlarda yapılan düzenlemeler ve hazırlanan kanunlar”¹⁴⁵ bu görev ve yetkiye örnek gösterilebilir.

Diğer taraftan üzerinde ihtilaf bulunan hukuki sorunlarda idari makamların nihai belirleyiciliği tarih boyunca önemli bir fonksiyon icra etmiştir. İnalçık bu durumu şu şekilde açıklar ve örneklendirir.

“Şeriatin iki çözümünü caiz gördüğü durumlarda ulu'l emrin kararı kesindir; aynı şekilde fukaha arasında ciddi ihtilafların bulunması halinde, devlet başkanı kamu yararını gözeterek uygulamada birliği sağlamak ve toplumda ayrılıkların oluşmasını önlemek amacıyla belirli bir mezhebin hükümlerinin takip edilmesine karar verebilir. Bu sebeple Abbasiler Selçuklular ve Osmanlılar döneminde kadılar mahkemelerinde Hanefi mezhebini karakterize eden geniş ilkeler sayesinde bir taraftan fetvalar, diğer taraftan kadı mahkemelerinin kararları ve sultanlar tarafından yürürlüğe konulan düzenlemeler şeklinde yeni hukuki kuralları takip etmek zorunda idiler. Bu tür bir karar daha sonraki hukuki gelişme tarafında takip edilen istikameti önemli ölçüde etkilemiştir. Hanefi mezhebini karakterize eden geniş ilkeler sayesinde bir taraftan fetvalar diğer taraftan kadı mahkemelerinin kararları ve sultanlar tarafından yürürlüğe konulan düzenlemeler şeklinde yeni hukuki kuralların ortaya konulabildiği yeni bir dönem başlamıştır.”¹⁴⁶

Bunun yanı sıra idarecilerin hukukçuların icihadlarını meşru kılmalarının yanı sıra sınırlı dönemde bizzat kanunnameler çıkardıkları vakidir. Özellikle Osmanlı'da 16. yüzyıl itibariyle fetvalarda padişah iradesinin vurgulanması söz konusudur. Bu dönemde ilk defa Osmanlı padişahları şer'i hukuk alanında uygulanacak hukuk kurallarına birebir müdahil olmaya başlamışlardır.¹⁴⁷ “İslam Hukukunun Osmanlı Devletinde kanun hukukuna doğru geçirdiği evrim”i inceleyen

¹⁴⁵ Mehmet Şener, “Seyyid Beye Göre Halifenin Kanun Koymadaki Yetkisi”, İzmir: İzmir İlahiyat Fakültesi Vakfı Yay., 1999, Sy 99-105

¹⁴⁶ Halil İnalçık, “Kanun”, DİA, yıl: 2001, C: 24, Sy 324-327

¹⁴⁷ Mehmet Akif Aydın, “İslam Hukuku'nun Osmanlı Devleti'nde Kanun Hukukuna Doğru Geçirdiği Evrim”, Sy 14

Aydın bu konuda Şu tespitini paylaŐır: “Ebussuud Efendi’nin maruzatında benim tespit edebildiğim kadarıyla bu türden devletin, Şer’i hukuk kuralına birebir müdahil olduğu yirmi kadar örnek bulunmaktadır.”¹⁴⁸

Kanunların gerçekteŐirmek istediği amaç ise kamu yararı, İslam hukukundaki karşılığı itibariyle maslahattır. Kanunlar maslahat için çıkarılır, maslahata göre, maslahat ölçüsünde düzenlenir. Mecellenin özlü ifadesiyle: “Devlet başkanının ra’iyye üzerindeki tasarrufu maslahata menuttur.” (Mecelle:58 madde)

Yukarıda bahsettiğimiz hususlar “ulul emre itaat”ın kanunların çıkarılması, bu kanunlara uyulması ve siyasal birliğin sağlanarak hukuk güvenliğinin gerçekteŐirilmesinde önemli bir kurum olduğunu ortaya çıkarmaktadır. Ulul emre itaat, siyasal yapıya karşı bir güveni temsil ettiği gibi otoritenin tesis ettiği hukuk sistemine de itimadı gerektirir. Elbette bu güvenin sağlanması evveleminde devletin sorumluluğudur.

2.2.5. Mezhep

Sistematik olarak hukuk üretmek emek ve beceri isteyen bir iddiadır. Özellikle İslam hukukunun, kaynağını doğrudan uygulamak için yapılmış kanun metinlerinden değil de dini metinlerin hukuki formasyonla okunmasından aldığını dikkate alarak diyebiliriz ki hukuk bilginlerinin derin metod bilgisine, kaynaklara hakim olacakları bir bilgiye, günün olaylarını anlayıp tarif edebilme yetilerine sahip olması kaçınılmazdır. Gittikçe büyüyen bir birikimin başlangıcı olan mezheplerin ilk belirdiği hicri 2.-3. yüzyılda icthad serbestisinin önünde bir engel olmamasına karşılık bu serbestinin hukuk kaosuna yol açma ihtimaline karşı da önlemler alınmıştır. İŞte mezhep ekolleri bu icthadları belirli, istikrarlı, ölçülü bir vasata çekmek noktasında rol oynayan kurumlar olmuştur. Mezhep “vaktiyle İslam devletlerinde mevzuat (yürürlükteki hukuk normları) yerini tutmuŐ belli bir hukuk

¹⁴⁸ Mehmet Akif Aydın, “İslam Hukuku’nun Osmanlı Devleti’nde Kanun Hukukuna Doğru Geçirdiği Evrim”, Sy 15

ekolüne ait hükümler mecmuası; şer’i tafsili delillerden hareketle şer’i ameli hükümleri çıkarmada tutulan belli bir yol yöntem”olarak tanımlanmıştır.¹⁴⁹

Yukarıda bahsettiğimiz sivil içtihad faaliyetleri farklı alimlerin değişik yöntemlerle hudutsuz-karmaşık bir hükümler bütününe ulaştığı bir hukuk kaosuna sebebiyet vermemiştir. Bunun yerine hukukçuların bir okul olarak, bütüncül-yeknesak bir usulle, belli başlı bütün meseleleri içine alacak şekilde sistematik çalışmaları söz konusu olmuştur. İşte “mezhep” bize göre bu sistematik yaklaşımın en güzel ürünü haline gelerek ümmetin meselelerini hukuk güvenliği içinde çözmenin en verimli yöntemi olmuştur.

Burada mezhep olgusu her ne kadar ortaya çıkardığı istikrarla hukuk güvenliğine katkı sağlasa da çoğu zaman mezheplerin devlet nezdinde tek geçerli mezhep olması mümkün olmamıştır. Siyasi sınırlar içinde mezhep çeşitliliği söz konusu olduğundan mezhep doğal olarak varlık gösterdiği coğrafya bakımından yerel olarak hukuki belirliliği sağlamıştır. Devletlerin resmi mezhepleri olsa bile yörenin mezhebine göre kadılar atanarak¹⁵⁰ hukuk kaynağı bakımından bir nevi yerinden yönetim ilkesi benimsenmiştir. Bu uygulama o dönem için genel kabul görmüştür. Mahmasani bu durumu, fakihlerin tek mezhep uygulamasının inanç hürriyetini zedeleneceği yönündeki düşünceleriyle ilişkilendirmiştir.¹⁵¹

Bugünkü anlamda kanunlaştırma daha çok “merkezi yönetim” anlayışının bir ürünü olarak siyasal sınırlar içinde standart bir hukuk metninin uygulama bulması şeklinde ortaya konmuştur. Osmanlı son dönemi kanunlaştırmaları bu açıdan değerlendirilmeye tabii tutulmuştur.¹⁵² Mecelle Hanefi hükümlerine sıkı sıkıya bağlı kalmak bakımından eleştirilirken, Hukuk-u Aile Kararnamesi tüm mezheplerdeki hükümlerden faydalanması sebebiyle olumlu karşılanmıştır. Aydın’ın ifade ettiği gibi “diğer mezheplerden yararlanmanın yirminci asrın başlarında hiç de müsait olmayan şartlar içerisinde yine kanunlaştırma yoluyla gerçekleşebilmesi dikkat çekicidir.”¹⁵³

¹⁴⁹ “Mezhep”, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*, Mehmet Erdoğan, Sy 375

¹⁵⁰ Hasan Ellek, “Osmanlı’da Kanunlaştırma Hareketleri ve Mecelle”, Sy 123

¹⁵¹ Subhi Mahmasani, “İslam Hukukunun Tedvini”, Sy 317

¹⁵² Subhi Mahmasani, “İslam Hukukunun Tedvini”, Sy 324

¹⁵³ Mehmet Akif Aydın, “İslam Hukuku’nun Osmanlı Devleti’nde Kanun Hukukuna Doğru Geçirdiği Evrim”, Sy 20

Öte yandan mezhep ekolleri tüm bu toparlayıcı çalışmaları sonunda kendi içlerindeki farklı yorumları bile tercih edilebilirlik bakımından elemeye tabi tutmuşlardır. Şöyle ki; “İslam hukuk tarihinde, tüm ameli mezheplerde, o mezhep içindeki ictheadların, mezhebin özüne en uygun ve en doğru olanını (esahh-ı akvali) tespit çalışmaları, hep bu gayeye, yani bu konuda keyfiliğe fırsat verilmemesine yönelik çalışmalardı. Bu kabil çalışmalar -yani, doktrinindeki görüşler (ictheadlar) içerisinden, uygulamada esas alınacak olanları (müfta bih -muhtar olan görüşleri) tercih ve tespit çalışmaları- o günkü şartlarda, bir nevi kanunlaştırma çalışmaları mahiyetindeydi. Bu çalışmalar sonucu hazırlanan fıkıh ve fetva kitapları, kanun mesabesinde,asırlarca uygulamada kalmış ve hukuki sahada ittihadın sağlanmasına katkıda bulunmuştur.”¹⁵⁴

Sonuç olarak mezhepler hem temel dini kaynaklardaki hukuk normlarını tespit ederek belirlemiş, bu normları hukuk metodolojisi içinde açık ve anlaşılır bir şekilde ifade etmiş ve tüm bu içeriği sistematik, ölçülü, tutarlı bir bütünün parçası haline getirerek istikrarlı bir uygulamaya teorik kaynak üretmişlerdir. Böylece hukuk güvenliğinin sağlanmasında birincil derecede fonksiyon icra etmişlerdir.

2.2.6. İcma

İcma ıstılah anlamı itibariyle şöyle tarif edilir: “Muhammed ümmetinin (müctehidler) onun vefatından sonraki herhangi bir zamanda dini bir meselenin hükmü üzerinde fikir birliği etmeleri.”¹⁵⁵

İcmanın sabit olması bakımından fikir birliği eden müctehidler tevatür sayısına ulaşmış ulaşmadığı; bütün müctehidler ya da çoğunluğunun fikir birliği etmelerinin kabulü hususlarında farklı görüşler söz konusudur. Ayrıca icmanın Hz. Muhammed’in vefatından sonra gerçekleşmesi, icma edenlerin Hz. Peygamber

¹⁵⁴ Beşir Gözübenli, *Türk Hukuk Tarihinde Kanunlaştırma Faaliyetleri ve Mecelle*, Ankara: TDV yay., Ahmet Cevdet Paşa Sempozyumu, 1997, Sy 283-299

¹⁵⁵ İbrahim Kafi Dönmez, “İcma”, DİA, yıl: 2000, C: 21, Sy 417-431

ümmetinden olması ve icmanın bir meselenin şer’i hükmü üzerinde olması gerektiği şeklinde şartları vardır.¹⁵⁶

İcma kurumunun, fikri ve sosyolojik arka planı ele alındığında, hukuk güvenliğine hizmet ettiği söylenebilir. İcma geçmişteki bilinen, istikrar arz eden uygulamalardan radikal kopuşları önlemeye yarayan bir kurumdur. Dönmez bunu şöyle ifade eder:

“İcma pratik sonucu itibariyle İslamı temsil eden temel hükümlerle ilgili naslar üzerinde zorlanmış yorumlara başvuru kapısını kapatıp gereksiz vakit kaybını ve bunları dinin değişmez temel hükümleri olarak, hatta iman esaslarının uzantısı gibi telakki eden müslümanların zihinlerinin örselemesini önleyen, böylece tarihin hangi döneminde ve hangi coğrafi ve sosyal şartlar altında olursa olsun müslümanların birliğini temsil eden ortak hükümlerin korunmasını sağlayan bir ilke olarak düşünülmelidir.”¹⁵⁷

Bazı hususların delillendirilmesinde açık hüküm varken bu hususun icmaen sabit olduğunun söylenmesi “bu hususun böyle anlaşılmasında icma oluşmuştur, bir başka şekilde anlamaya imkan yoktur” anlamındadır.¹⁵⁸ Bu yönüyle icma, bir istikrar kurumu olarak kaynakların yorumlanmasında fakihleri birliğe ve sağduyuya yöneltmiş bu bakımdan hukuk güvenliğinin sağlanmasına katkıda bulunmuştur

2.2.7. Fetva Kitapları

Fetva, fakih bir kişinin sorulan fıkhi bir meseleye yazılı veya sözlü olarak verdiği cevap, ortaya koyduğu hükümdür.¹⁵⁹ İslam hukuk tarihinde önemli bir işlevsellik sağlamış fetva kitaplarının, dağılık hükümlerin aynı kitapta toplanmasına, belirli bir standart oluşturulmasına katkı sağladığı söylenmelidir. Bununla birlikte

¹⁵⁶ Zekiyuddün Şaban, *İslam Hukuk İlminin Esasları*, Sy 105-106

¹⁵⁷ İbrahim Kafi Dönmez, “İcma”, DİA, yıl: 2000, C: 21, Sy 417-431

¹⁵⁸ Saffet Köse, *İslam Hukukuna Giriş*, Sy 127

¹⁵⁹ Fahrettin Atar, “Fetva”, DİA, C:12, 1996, Sy 486-496

araştırmacılar, fetva kurumunun halk açısından bakıldığında hukukun yaygınlaşmasına ve bilinmesine katkı sağladığı savını ileri sürmektedir.¹⁶⁰

En bilinen fetva külliyyatı sahiplerinden “Ebüssuûd şer’i konularda birçok meseleyle ilgili olarak fetva şeklinde formüle ettiği çözümleri sultana arz ederek bunların kanunlaşmasını sağlamıştır.”¹⁶¹

Fetva kitapları hem tarihi olarak hem de coğrafi olarak geniş alanlarda fonksiyon icra etmiştir. Örneğin Babür Hükümdarı Evrengzib Alemgir (1658-1707) zamanında Hanefi icihadlarından derlenmiş olan El-Fetava’l-Hindiyye isimli eser günümüzdeki anlamıyla kanun gibi bir resmiyet kazanmasa da devlet başkanının öncülüğüyle ve hukuk uygulamalarına rehber olması niyetiyle ortaya çıkmıştır.¹⁶²

Fetva kitaplarının mahiyeti döneme-coğrafyaya göre farklılık arz etmiştir. “*Selçuklular’da ve özellikle Osmanlı Devleti’nde Hanefî mezhebi fıkıh kitapları mukallit müftülerin başvuru eserleri haline gelmiştir. Endülüs’te Mâlikî, Mısır’da Fâtımiler devrinde Şîa, Eyyûbiler’de Şâfiî mezheplerinin, Memlûkler’de ise dört mezhebin fıkıh kitapları fakihlerin fetva kaynaklarını teşkil ediyordu. Genellikle her bölgede müftülerin başvuracağı fıkıh kitapları belirlenmek suretiyle birliğin sağlanmasına çalışılmıştır.*”¹⁶³

Günümüzde hakimlerin başucu kitabı olan kanunlar gibi, tarihsel bilgiler bize fetva kitaplarının kadılar için bir başucu kitabı olduğu yönünde bilgiler vermektedir. “*Hicrî ilk iki asırdan sonra kaleme alınan fıkıh ve fetva kitapları müftülerin iftâ kaynağı olmuştur. Bunlar arasında Ebü’l-Kasım es-Saymerî, İbnü’s-Salâh eş-Şehrezûrî, Nevevî, İbn Hamdân, Süyûtî, İbn Âbidîn, Cemâleddin el-Kasımî gibi fıkıh âlimlerinin Edebü’l-müftî ve benzeri adlarla yazdıkları eserler veya Hatîb el-Bağdâdî’nin el-Fakih ve’l-mütefakkih, Şehâbeddin el-Karâfi’nin, el-İhkâm ve el-*

¹⁶⁰ Uriel Heyd, “Osmanlı’da Fetva Müessesesinin Bazı Tezahürleri” (trc Fethi Gedikli), İstanbul: Hukuk Araştırmaları Der., C:9, Sayı 1-3, 1955, Sy 287-317

¹⁶¹ Nasi Aslan, “Klasik Dönem Ceza Kanunnameleri Bağlamında Osmanlı Hukukunun Şer’iliği Üzerine”, Sy 27

¹⁶² Mehmet Akif Aydın, “Anayasa”, DİA, C:3, 1991, sy 153-164

¹⁶³ Fahrettin Atar, “Fetva”, DİA, C:12, 1996, Sy 486-496

Furûk, İbn Kayyim el-Cevziyye'nin İ'lâmü'l-muvakkî'n'i gibi konuya genişçe yer veren eserleri sayılabilir."¹⁶⁴

Tüm bu bilgilere göre fetva kitapları, pratik sahada fetvaların bir kanun gibi kullanılarak gerek farklı coğrafyalar bakımından gerekse farklı zaman dilimleri bakımından hukuk uygulamalarının standart hale gelmesine hizmet etmiş, hukuk güvenliğini gerçekleştiren bir form olarak uygulama bulmuştur.

2.3. İslam Hukuk Tarihi Bakımından

İslam hukuk tarihi, İslam siyasi tarihinin mütemmim cüzüdür. Peygamber (as) dönemini, sahabeler dönemini, Emevi, Abbasi devletlerini, Selçukluları, Osmanlı devletini nazara aldığımızda o dönemdeki devlet sistemlerinde yasama organları eliyle çalışan bir kanun çıkarma merciinden bahsetmek mümkün değildir. İslam'ın ilk dönemdeki teşrii ile modern kodifikasyon arasında tam bir benzerlik kurmak mümkün görünmemektedir.¹⁶⁵ Yine de mezheplerin teşkili aşamasında "tedvin" faaliyetlerinin gündeme geldiği ve geç dönemlerde bu düşüncenin fiiliyata geçmesiyle kimi kanun metinlerinin oluşturulduğu bir gerçektir. Tedvin hükümdarın iradesiyle, yeni baştan dizayn edilen değil zaten uygulamaya konu olan hukuk normlarının bir araya getirilmesidir. Bir başka tanımlamayla: "İslam hukuku hükümlerinin, yürürlüğü sağlanmak ve muhtevasına işlerlik kazandırılmak üzere, devlet tarafından benimsenen bağlayıcı ifade içinde şekillendirilmesidir."¹⁶⁶

Bu aşamada Subhi Mahmasani'den iktibasla İslam hukukunda tedvin merhalelerini şöyle özetleyebiliriz: İlk başta cahiliye Arapları açısından örf yegâne hukuk kaynağı olup tedvin bilinmiyordu, örf ise kimi zaman müphem oluyor ve bütün durumlarda bağlayıcı olamıyordu. İslam'dan sonra birincil hukuk kaynağı olan Kur'an-ı Kerim Hz. Ebu Bekir döneminde resmen toplanmış ise de sünnetin resmen toplanması gerçekleşmemişti. Klasik hadis kaynakları olan sahih ve sünenler daha

¹⁶⁴ Fahrettin Atar, "Fetva", DİA, C:12, 1996, Sy 486-496

¹⁶⁵ İbrahim Kafi Dönmez, "İslam Hukukunda Müctehidin Naslar Karşısındaki Durumu ile Modern Hukuklarda Hakimin Kanun Karşısındaki Durumu Arasında Bir Mukayese", Sy 74

¹⁶⁶ Subhi Mahmasani, "İslam Hukukunun Tedvini", Sy 313

sonraları içtima edilmiş ise de bu kaynaklar resmi ve bağlayıcı olmak üzere devlet tarafından toplanmış değildi ve bu cihetle tedvin özelliğine sahip değildi.¹⁶⁷

Bu bağlamda Abbasi devrinde aşağıda ayrıntılarıyla tanıtmaya çalışacağımız Abdullah İbn Mukaffa'nın öncülüğünü ettiği bir tedvin çağrısı varsa da bu karşılığını bulmamıştır. Bu birinci merhalede bir kitabın ya da bir mezhebin merkezileştirilmesi kabul görmemiştir. İkinci merhalede mezhep hükümleri "ihtiyaren" bir araya getirilmiş bu merhalede özellikle fıkıh eserleri bir koleksiyon halinde toplanmıştır. Üçüncü merhale bir mezhebin resmen tedvini merhalesidir. Osmanlı Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye ve Hanefi mezhebinden alınma diğer Osmanlı kanunlarını tedvin etmekle bu merhaleyi gerçekleştirmiş oldu. Dördüncü aşamada ise tedvin edilen kanunların bir değil birden fazla farklı mezhep hükümlerinden seçilmesi faaliyeti gerçekleşmiştir.¹⁶⁸

Biz aşağıda bu süreçleri değerlendirmeye çalışarak kronolojik usulle İslam hukukunun uygulama bulduğu devletlerdeki kanunlaştırma, tedvin ve benzeri faaliyetleri çeşitli yönleriyle incelemeye çalışacağız.

2.3.1. Emevi - Abbasi Dönemi; Mezhep Etkisi

Hız. Peygamber ve sahabe devrinde hukukun kaynakları konusunda hukuk güvenliğini sarsacak bir ihtilaf olmamıştır. Hız. Peygamberin nübüvvet sıfatı gereği ortaya çıkan meselelerin peygamberin hakemliğiyle çözülmesiyle ilgili bir ihtilafın olması da zaten beklenmez. İlk zamanlarda toplumsal hayatın ihtiyaç ve problemlerinin ciddi bir zorlukla karşılaşılmadan çözülmesi Hız. Peygamberin halkasında yetişen sahabelerin kaynaklara olan vukufiyeti ve İslam toplumunun homojen yapısıyla açıklanabilir.¹⁶⁹ Daha sonra yapılan fetihler nedeniyle yeni kurulup kurumsallaşan devletler açısından hukuki meseleler daha karmaşık hale gelmiştir. İlk halifeler bizzat yargılama yaparken Emevi devletinin ilk Halifesi Muaviye, başkent Dimeşk'te yargı yetkisini tayin ettiği kadıya terk etmiş, daha

¹⁶⁷ Subhi, Mahmasani, "İslam Hukukunun Tedvini", Sy 315

¹⁶⁸ Subhi, Mahmasani, "İslam Hukukunun Tedvini", Sy 318-324

¹⁶⁹ Muhammed Tayyib Kılıç, *İslam Hukukunda Kanunlaştırma Olgusu*, Sy 102

sonraları valiler de yargı yetkisinden el çektilmiş, kadılar yargının esas uygulayıcıları olmuştur.¹⁷⁰

Emevi ve Abbasi devirlerinde ise hükmedilen coğrafya olabildiğince genişlemiş, bunun yanında hukuk ekolleri teşekkül etmiş, birbirinden farklı bakış açıları gelişmiştir. Her ne kadar bu noktada hukuki kaynakların birliğini savunan görüşler ortaya atılmışsa da bu devirlerde farklılaşan hukuk kurallarını toplamak üzere bir tedvin faaliyetine girişilmiş değildir. Bu dönemde tüm siyasal yapı içinde geçerli ortak resmi bir hukuk metni ortaya çıkarılmamışsa da merkezi otoritenin hukuk birliğini temine yönelik idari tedbirlere başvurması hayatın olağan akışında gerçekleşmiştir. Bu kabilden olmak üzere halifelerin tayin ettikleri kadılara görev konularını, görev yerlerini, görevlerini gerçekleştirirken uyması gereken kuralları tavsiye mektuplarıyla bildirdiği ve dahi bu mektupların da o bölgedeki halka merasimle okunduğu yönündeki rivayetler kayda değerdir.¹⁷¹

Öte yandan bu dönem, mezheplerin de teşekkül ettiği dönemdir. Yukarıda ayrıntılarıyla işlediğimiz üzere mezheplerin hukuk güvenliğinin sağlanmasında rolü büyüktür. Mezhep ekolleri dağınık haldeki icthadları hem bir usul çerçevesine sokarak hem de bu icthadları zenginleştirip kitaplaştırarak hukuki yorumları ölçülü hale getirmiştir. Mezheplerin teşekkülünde resmi kurumların bir dahli olmamış, bu okullar sivil alanda oluşmuşlardır. Bununla birlikte geniş mezhep külliyatları hukuk uygulayıcısı olarak kadıların elinde bir kanun gibi temel başvuru kaynağı olmuştur.

Bu dönemde sivil alanda, özel hukukla ilgili yargılamalarda mezheplerin etkisiyle istikrarlı hukuk uygulamaları söz konusu olmuştur. Vergilerin toplanması, yöneticilerin atanması gibi kamu hukukuna karşılık gelen alanlarda ise karışıklıkların ve haksızlıkların da etkisiyle bir “kanunlaştırma” fikri ortaya çıkmıştır.

Mezheplerin oluşumunu tamamlaması ile hicri dördüncü asırdan itibaren “halk bakımından taklidin müctehidler bakımından ise tahricin” temel karakter

¹⁷⁰ Fahrettin Atar, “Kadı”, DİA, 24. C, 2001., Sy 69-73,

¹⁷¹ Ebu'l Hasan Habib el-Maverdi, *Edebü'l Kadı*, (nşr. Muhyi Hilal Esserhan), Bağdad, 1391/1971, 1, 117-273; İbn Kudame, *El-Muğni*, Kahire, 1389/1969, X/32-98 (Naklen;Fahrettin Atar, “Kadı”, DİA, C:24, 2001, Sy 69-73)

olduğu dönem “istikrar” dönemi olarak adlandırılır.¹⁷² Taklid delilsiz de olsa bir mezhebe bağlanmak, tahrir ise yorumlarını bir mezhebin usul ve esas dairesi içinde yapmaktır.¹⁷³ Mezheplerin kurumsallaştığı bu tarihten itibaren hukuki güvenliğin bu minvalde tesis edildiği anlaşılmaktadır.

Aşağıda mezheplerin henüz oluştuğu ve zamanla istikrar üreten kuruma dönüştüğü bu devirlerde yaşamış fakihlerin görüşlerini aktararak hukuk güvenliği ve kanunlaştırma yönünden tahlil etmeye gayret edeceğiz. Özellikle daha hicri 2. yy’da halifeye hukuk normlarının metinleştirilmesi, standart hale getirilmesi yönünde ilk kez fikir bildiren Abdullah İbn Mukaffa’nın görüşleri çalışmamız açısından önemlidir. Ebu Yusuf ve Maverdi ise bürokrasi içindeki görevleri, hukuk donanımları ve kanun mesabesinde geniş kapsamlı, idareyi standart uygulamalara davet eden eserleriyle hukuki birliğe katkı sunmuşlardır.

2.3.2.1. Abdullah İbn Mukaffa (ö. 142-759)

Hicri 2. yy’da yaşamış Abdullah İbn Mukaffa “Risaletü’s-sahabe” adlı eserin sahibidir. İran kökenli bir bürokrat olan Abdullah İbn Mukaffa’nın Abbasilerin kuruluş yıllarında yazdığı risalede halifeye hukuk birliği sağlayacak bir yasa yapmasını önermesi önemlidir.

İran’ın Cûr (Firuzabad) şehrinde dünyaya gelen İbn Mukaffa’nın ilk eğitimini Cûr’da Fars kültürü ve Mecusi geleneğine göre aldığı, babasının Divan’ül Harac’taki görevi sebebiyle küçük yaşta Basra’ya gittiği, sonradan Arapça öğrenip, Emevilerin son döneminde memuriyete başladığı kaydedilmiştir.¹⁷⁴

Abdullah İbn Mukaffa yaşadığı çağın buhranlı ikliminde bir tür ıslahat projesi olarak yazdığı “Risaletü’s-sahabe” isimli eserinde ordudan ekonomiye, bürokrasiden din işlerine kadar geniş bir alanda görüşlerini ortaya koymuştur. Bizim için önemli olan hukuk alanındaki önerileri ise hukuk güvenliğini temin etme, bunun için bir sistem kurma çağrısını içermektedir. Örneğin “İhtilal Ordusu” başlığında şu ifadeleri

¹⁷² Saffet Köse, *İslam Hukukuna Giriş*, Sy 162

¹⁷³ Saffet Köse, *İslam Hukukuna Giriş*, Sy 162

¹⁷⁴ İsmail Durmuş, “İbnü’l Mukaffa”, DİA, yıl: 2000, C: 21, Sy 130-134

kullanarak belirsiz normların-emirnamelerin belirli-net olması gerekliliğinden bahsetmiştir:

“Eğer Emîru’l-Mü’minîn askerlere bilinen iyi şeyleri (ma’rûf), açık, kısa ve veciz bir şekilde yazar, yapmaları gereken her şeyi kapsayan, yasaklanması gereken her şeyi açık ve anlaşılır bir dille açıklayan; gerekçeleri fazla uzatmayan bir emirnâme şeklinde yazarsa ve halkı yöneten (hukemâ) insanlara bunu ezberletirse; o zaman sıradan kişiler dahi bu kurallara uyar. Bu emânname ve bildiri, inşallah onların düşüncelerini düzeltir, başkalarına karşı delil teşkil eder, Allah indinde de mâzeret olur.”¹⁷⁵

Abdullah İbn Mukaffa’nın şifahen bilenen kuralların yazılmasıyla, bu yazmanın açık-anlaşılır olmasıyla, bu yazılanların halka okunmasıyla ilgili hassasiyetlerinin altını çizmek gerekir. Risalede “emire itaat” konusu zamanın yanlış yönelişlerinden yola çıkarak tartışılmış ve devlet başkanına itaati gerektiren alanlar sayılmıştır:

“Bizim tespitlerimize göre, devlet başkanına itaat edilmesi gereken alanlar şunlardır: Hakkında açık nas bulunmayan ve karar verme yetkisini Allah’ın devlet başkanına verdiği, kendi görüş ve düşünceleriyle yapması gereken yönetimle ilgili işleridir. Bunlar; savaş açma, ateşkes ilân etme, vergi toplama, dağıtma, görevliler tâyin etme ve azletme,hakkında âyet ve hadis olmayan bu gibi konularda kanun koyma vs. gibi konularında sadece devlet başkanı yetkilidir; ona itaat etmek zorunludur. Aynı şekilde Kur’an ve Sünnete göre cezaları infaz etmek, düşmana karşı savaş ilân etmek ve savaş stratejilerini belirlemek, Müslümanlar için vergi ve ganimet alıp yine onlara dağıtmak, devlet başkanının yetkileri içindedir. Bu ve benzeri konular, Allah’a itaati vacip kılan şeylerdir. Bu konularda devlet başkanı dışında başka hiçbir kimsenin yetkisi yoktur. Bu ve benzeri konularda devlet başkanına isyan eden veya onu yalnız bırakan kimse, aynı zamanda kendini de helâk eder.”¹⁷⁶

¹⁷⁵ Mustafa Demirci, “Abdullah İbn’ül Mukaffa’nın Risaletüssahabe Adlı Risalesi: Takdim ve Tercüme”, İstem, Yıl:6, Sayı:12, 2008, Sy 217-240

¹⁷⁶ Mustafa Demirci, “Abdullah İbn’ül Mukaffa’nın Risaletüssahabe Adlı Risalesi”, Sy 229

Bu cümlelerde emirin “kanun koyma” yetkisinden doğrudan bahsedilmiş ve devletin siyasi ve idari işlerinde sultanın egemenlik yetkisinin altı çizilmiştir. Yukarıda ele aldığımız ulu'l-emre itaat konusuna taalluk eden bu alıntı bize sultana itaat edilmesi gereken konuları sayarken dolaylı olarak bu hususlarda sultanın kanunname/kanun çıkarma noktasında yetkisi olduğunu vurgulamış kabul edebiliriz. Aşağıdaki alıntıda ise Kur'an'ı kerimin kıyamete kadar gelecek tüm zamanlara şamil hükümler getirmesinin aklen imkânsızlığı üzerinde durulmuştur:

"Hz. Peygamberin gönderilişinden kıyamete kadar gelecek olan insanlar için geçerli olan hükümler, düşünceler, emirler ve insanların karşılaştığı bütün işlerde, bir harfini bile fedâ etmeden, sadece “azîmet” yoluyla dînî hükümlerini göndermiş olsaydı; o zaman onlara tâkatlerinin üzerinde bir sorumluluk yüklenmiş olurdu. Dolayısıyla kulaklarının duyma, kalplerinin (akıllarının) anlama kapasitesini aşan şeyler onlara gönderilmiş olurdu. Sonuçta Allah'ın nimet olarak verdiği akıl ve zekâları, karşılaştıkları şeyden dolayı hayret ve şaşkınlık içinde kalırdı. Bu durumda akıl ve idrak, hiçbir konuda kullanılmayan, işlevsiz bir şey olarak anlamsız hâle gelirdi. Akıl, bu yapı içinde sadece Kur'an-ı Kerim'in getirdikleri şeylerde kullanılmakla sınırlı kalırdı."¹⁷⁷

Daha sonra müellif yönetimle ilgili konuların yürütülmesine ilişkin şu fikirleri ileri sürmüştür:

“Dînin nasla belirlenmiş hususlar dışında kalan iktidar, yönetimle ilgili konular, insanların akıl yürütmesine bırakılmıştır. Bu yaklaşıma göre siyâsi karar yetkisi de yöneticilere (ulu'l-emre) bırakılmıştır. Diğer insanların ve halkın bu konulardaki yetki ve sorumluluğu, sadece istişâre ânında görüş ve kanaatlerini açıklamak, kendilerinin bir konudaki görüşüne başvurulmak için davet edildiklerinde icâbet etmek, gıyâbında da nasihat ve itaat etmekten ibârettir. Yöneticiler ise ancak azîmet ile hükmedip ve bu anlamdaki sünnetlerle hükmettiği takdirde itaat edilmeyi hak eder.”¹⁷⁸

¹⁷⁷ Mustafa Demirci, “Abdullah İbn'ül Mukaffa'nın Risaletüssahabe Adlı Risalesi”, Sy 229-230

¹⁷⁸ Mustafa Demirci, “Abdullah İbn'ül Mukaffa'nın Risaletüssahabe Adlı Risalesi”, Sy 230

Nihayet hukuk sisteminin ıslahı hakkında Abdullah İbn Mukaffa, hukuki güvensizlik ortaya çıkaran farklı uygulamalara dikkat çekerek bu durumun ıslah edilmesini teklif etmiştir. Ona göre tüm hükümlerin yazılı surette toplanması ve te'lif edilerek hukukta birliğin sağlanması gerekmektedir:

“Emîru’l-Mü’minîn’in düşünmesi ve incelemesi gereken konulardan biri de bu iki bölge veya onların dışındaki bölgelerde, mâlî konularda, namus/zinâ ve adam öldürme suçlarındaki hükümlerde had safhaya ulaşmış olan hukuk alanındaki zıtlıklar, farklı uygulamalar ve görüş ayrılıkları meselesidir. Meselâ, Hire bölgesinde adam öldürme ve zinâ ile ilgili bir suç helâl sayılırken, bu iki suç Kûfe’de haram sayılmaktadır. Bu farklılıklar ve görüş ayrılıkları, Kûfe içinde bile mevcuttur. Hatta Kûfe’nin bir tarafında helâl olan bir mesele, başka bir tarafında haram sayılmaktadır. Öyle ki bütün bu farklılıklar, Müslümanların kanları ve mahremiyetlerini ilgilendiren alanlarda dahi uygulanmaktadır. Yetkileri ve hükümleri geçerli olan kâdılar, bu hükümlerle hükmetmektedirler. Bununla birlikte Irak ve Hicaz’da yaşayan hemen her grup bu konular incelendiğinde, yaşananları tuhaf karşılarlar, sert tepki gösterirler ve kendilerinin dışındakileri küçük görürler. Dolayısıyla bu farklılıklar, akıl sahibi kimseleri duydukları zaman kızgınlığa sürüklemektedir.”¹⁷⁹

“Eğer Emîru’l-Mü’minîn uygun görürse, bu değişik hüküm ve oluşumların bir yazıyla kendisine gönderilmesini emreder, böylece her bölge veya halkın sünnet ve kıyasla ilgili delilleri kendisine sunulmuş olur. Daha sonra Emîru’l- Mü’minîn bu konuları inceler. Her ihtilaflı konuda Allah’ın kendine ilham ettiği görüşleri uygular ve karar verdiği bu görüş ve hükümleri her tarafta mecbûrî hâle getirir, buna aykırı hüküm vermeleri yasaklar. Bunun için kapsamlı bir "Kitap" (Kitâben Câmian) meydana getirilir. Eğer böyle yaparsa Cenâb-ı Allah'tan, doğrusu ile yanlışı birbirine karışmış hükümleri, tek ve doğru bir hüküm olarak çıkarmasını umarız. Temennimiz odur ki Emîru’l-Mü’minîn’in bu görüş ve uygulaması, farklılıkların ve değişik oluşumların birleşmesine vesîle olur. Daha sonra da bu uygulama, inşallah her devrin yöneticileri tarafından tekrar yenilenir ve güncelleştirilir.”¹⁸⁰

¹⁷⁹ Mustafa Demirci, “Abdullah İbn’ül Mukaffa’nın Risaletü’s-Sahabe Adlı Risalesi”, Sy 232

¹⁸⁰ Mustafa Demirci, “Abdullah İbn’ül Mukaffa’nın Risaletü’s-Sahabe Adlı Risalesi”, Sy 233

Yine risalenin maliye ve vergiyle ilgili kısmında Abdullah İbn Mukaffa, vergi miktarlarının belirli ve kayıtlı olması gerektiğini aşağıdaki cümlelerle ifade etmiş:

*“Eğer Emîru’l-Mü’minîn, köylerin, kasabaların ve toprakların vergilendirilmesi konusunda iyi düşünürse, miktarı belli vergiler koyarak, bununla ilgili dîvanlar kurarak herkesin sorumlu olduğu ve ödeyeceği vergiyi belirli hâle getirirse; vergi memurları çiftçilerden sadece belirlenen miktarı alırlar”*¹⁸¹

Nihayetinde sultanın bu fikriyatı tam anlamıyla uygulamaya koyduğu söylenemez. İbn Mukaffa’nın bu kanunlaştırma teklifi Halife’nin aklında İmam Malik’in Muvatta’nın resmi metin olarak kullanılması fikrini ortaya çıkarmışsa da İmam Malik’in bunu kabul etmediği rivayet edilir ki¹⁸² bu teşebbüs böylece akim kalmıştır. Halife Mansur’un bu işi İmam Malik’e İbn Mukaffa’nın telkinleri üzere tevdi ettiği ifade edilmiştir.¹⁸³

2.3.2.2. Ebu Yusuf (ö. 182-798)

Hicri 113 (731) tarihinde Kufe’de doğan imam, Ebu Hanife’nin talebeliğini yapmıştır. Bununla birlikte devrin birçok âliminden de ders alan Ebu Yusuf hadis ve fıkıh alanlarında uzmanlaşmıştır. Geçim sıkıntısı nedeniyle gittiği Bağdat’ta halife ile tanışmış ve kadılık görevine getirilmiştir. Bilahare Halife Harun Reşid devrinde ilk defa kurulan “kadılıkudat”lık kurumunda görev alarak hukuk uygulamalarında birliğin sağlanması yönünde hizmet etmiştir.¹⁸⁴ İmam Malik’in eserine yapılan teklifin Harun Reşid zamanında Ebu Yusuf’a da yapıldığı ifade edilmiş bunun üzerine Ebu Yusuf’un iktisat konularını içeren Kitab’ul Harac’ı kaleme aldığı kaydedilmiştir.¹⁸⁵ İmam eserinde vergilerin miktarının ve vergi toplama usulünün belli bir standart haline getirilmesi üzerinde durmuştur.¹⁸⁶ Ebu Yusuf’un başkadı

¹⁸¹ Mustafa Demirci, “Abdullah İbn’ül Mukaffa’nın Risaletü’s-Sahabe Adlı Risalesi”, Sy 238

¹⁸² Mehmet Akif Aydın, “İslam Hukuku’nun Osmanlı Devleti’nde Kanun Hukukuna Doğru Geçirdiği Evrim”, Sy 12

¹⁸³ Muhammed Yusuf Guraya, “Historical Background of the Compilation of the Muwatta of Malik B. Anas, Islamic Studies, C:7, Sayı:4, 1968, Sy 384 (Naklen: Muhammed Emin Kılıç, *İslam Hukukunda Kanunlaştırma Olgusu.*, Sy 135)

¹⁸⁴ Salim Ögüt, “Ebu Yusuf”, DİA, C:10, 2009, Sy 260-265

¹⁸⁵ Muhammed Tayyip Kılıç, *İslam Hukukunda Kanunlaştırma Olgusu.*, Sy 137

¹⁸⁶ Muhammed Tayyip Kılıç, *İslam Hukukunda Kanunlaştırma Olgusu.*, Sy 138

olduğu süreçte yargıda birliği sağlamaya yönelik çabaları konumuz açısından önemlidir.

Ebu Yusuf'un devletin uygulamasına konu olması bakımından sistematik bir eser ortaya çıkarması onun aynı zamanda devlet bürokrasisinde resmi bir görev almasıyla ilgili olmalıdır. Abbasi devrinde kurulan kadılık kadatlık makamının ilk sahibi Ebu Yusuf olmuştur. Kadılık kadatlık kadılar arasında bir hiyerarşi ihdas etmek suretiyle kadınların tayini ve azli bakımından etkili bir makamdır.¹⁸⁷ "Kadılık kadatların büyük bir dairesi; katip, muhafız, mübaşir, sicil muhafızı gibi memurları vardır."¹⁸⁸ Kadılık kadatın kadınları yönetmek değil hukuk işlerinde halifeye fetva vermek vazifesiyle yetkilendirildiği yönünde bir görüş¹⁸⁹ var ise de kadılık kadatların hiç değilse kadınların atanması ve azlinde etkili olduğu dikkate alındığında yargı teşkilatı üzerinde söz sahibi olduğu söylenmelidir. Kadılık kadatlık makamının yargı kurumları olan kadılıklar ve devletin başı olan halife arasında rabıta olmak suretiyle istikrarsız, düzensiz hukuk uygulamalarını standart hale getirmede bir misyonu olduğu söylenebilir.

Ebu Yusuf'un "Kitabul Haraç"ı mali hukuk alanında yazılan, bu alanda günümüze ulaşan ilk te'lif eserdir.¹⁹⁰ Kitabul Haraç'ta gaminetin tarifi, taksimi, humus, fey ve haraç konularına yer verilmiş; bazı toprakların statüsü, buralardaki vergi uygulamalarına değinilmiş; zekât, suların hukuki statüsü, cizye ve gümrük vergisi ele alınmıştır. Kitapta vergi tahsildarları ve kadınlarla ilgili bölümler de mevcuttur.¹⁹¹

İmamin devlet kademesinde görev almasının esere etkisiyle ilgili şu değerlendirmeler yapılmış: "*Başkadı olması sebebiyle muhtemelen toprak ve vergi hukukunun kapsamına giren bazı davalarla ilgilenmek durumunda kalan Ebu Yusuf ayrıca vergi defterlerine, devlet arşivlerine, aralarında üst düzey bürokratlar ve*

¹⁸⁷ Şükrü Özen, "Kadılık kadat", DİA, C:14, 2001, Sy 77-82

¹⁸⁸ Hayrettin Karaman, *İslam Hukuk Tarihi*, İstanbul: İz Yay., 2012, Sy246

¹⁸⁹ Ahmet Hamdi Furat, "Kadılık kadatlık Müessesinin Oluşumu ve İlk Kadılık kadatlar", İstanbul: İÜİFD, Sayı: 18, Yıl: 2008, Sy 104-121

¹⁹⁰ Salim Ögüt, "Ebu Yusuf", DİA, C:10, 2009, Sy 260-265

¹⁹¹ Cengiz Kallek, "Kitabul Haraç", DİA, C:26, 2002, Sy 101-104

ulemanın da bulunduğu uzmanlara kolaylıkla ulaşabildiği, uygulamaları gözlemleyip yaşayan şahitleri celbetme yetkisini taşıdığı için meselelere vukufiyet kazanmıştı.”¹⁹²

Netice itibariyle Ebu Yusuf devlet tecrübesinin de katkısıyla bir vergi kanunu mesabesindeki eserini kaleme alırken, devlet politikasıyla ilgili temel esaslar ortaya koyarken vergilerin belli bir standarda erişmesi ve tahsildarların keyfi uygulamalarına imkan bırakılmaması yönünde görüşler ortaya koymuştur¹⁹³ ki bu yaklaşım hukuk güvenliği bakımından değerli bir yaklaşımı ifade eder. Öyle anlaşılmaktadır ki bu devirde siyasi otoritelerin normları belirli hale getirecek hukukçulara ihtiyacı olmuş ve bu yöndeki adımlar pratik karşılık bulmuştur.

2.3.2.3. Maverdi (ö. 450-1058)

Hicri 364'te Basra'da doğmuş Basra ve Bağdat'ta fıkıh ve hadis alanında devrin alimlerinden dersler almıştır. Kadılık ve elçilik vazifelerinde bulunmuştur. Maverdi toplumbilim, siyaset, iktisat alanındaki görüşleriyle önemli eserler vermiştir.¹⁹⁴ Maverdi'nin ünlü El-Ahkamüssultaniye isimli eseri adeta bir anayasa mesabesinde idare hukuku alanında yoğunlaşan ictheadları derleyip toplamıştır. Eserde devletin başı halifenin tayini, seçme usulleri, halifeliğin sona ermesi gibi hususlar ilk sırada yer alır. Daha sonra vezirlerin, valilerin, kumandanların yetki ve görevleri ele alınır. Savaş hukukuyla ilgili komutanın orduyu idare etmesiyle, düşmanın kuşatılmasıyla, harp sonucuyla ilgili ayrıntılar işlenir. Daha sonra yargı işleri ele alınarak hakimliğin şartları, hakimlerin tayinleri, hakimlerin yer bakımından yetkileri gibi konular ele alınır. Fevkalade mahkemeler (mezalim mahkemeleri) usul, yetki ve görevleri işlenir. Nüfus idaresi, zekat idaresi, fey ve ganimetlerin taksimi, bölgelerin coğrafi olarak statülendirilmesi, arazilerin durumu, devlet içi divan meclislerinin idaresi, devlet personelinin hukuki statüleri, bazı cezalar, belediye işleri gibi konularda hükümler ortaya konulur.¹⁹⁵

¹⁹² Cengiz Kallek, “Kitabul Haraç”, DİA, C:26, 2002, Sy 101-104

¹⁹³ Cengiz Kallek, “Kitabul Haraç”, DİA, C:26, 2002, Sy 101-104

¹⁹⁴ Cengiz Kallek, “Maverdi”, DİA, C:28, 2003, Sy 180-186

¹⁹⁵ Ebu'l Hasan Habib el-Maverdi, “El-Ahkamü's Sultaniye İslam'da Devlet ve Hilafet Hukuku” (Çev:Ali Şafak), İstanbul: Bedir Yay., 2015

Eserde yargı işlerinin ele alındığı bölümde hakimlerin yer bakımından yetkilerinin üzerinde durulması çalışmamız açısından kayda değerdir:

“Hakimin göreceği işler genel, yapacağı iş yeri ise özel, sınırlı olabilir. Bir ülkenin herhangi bir yerinde veya bir mahallede bütün işlere bakmak üzere tayin olunabilir. Orada bulunan veya oraya gelen her şahsın işine bakar. Eğer oraya geçici olarak gelenlerin işlerine bakmayacağı belirtilmişse o zaman bakamaz. Bir ülkeye herhangi bir yerinde veya mahallesinde kararlar vermek üzere tayin edilirse o ülkenin her yerinde hüküm verebilir.”¹⁹⁶

Buradaki belirlilik üzerindeki vurgu hukuk uygulamalarındaki belirsizliği izale etmeye yönelik bir hukuk güvenliği hassasiyetidir. Yine eserde birden fazla hakim olması durumunda çatışmanın nasıl çözüleceğinin üzerinde durulmuş hakimlerin yetki ve görev bakımından belirli olması bakımından hükümler sıralanmıştır:

“Bir ülkeye iki hakim tayini yapılırsa her iki hakimin tayini de üç sebeple muteber olur:

- 1. Her ikisini ayrı ayrı yerler göstermek suretiyle görevleri belirtilir o yerlerde hakimliklerini yaparlar,*
- 2. Aralarında görev taksimi yapmak suretiyle tayinleri yapılır. Birine borçlar hukuku ihtilafları diğerine aile hukuku ihtilafları verilir. Her ikisi de aynı ülkede kendilerine ait özel görevlere bakarlar.*
- 3. Aynı ülkede her ikisine de bütün ihtilaflara bakma yetkisi verilir. Şafiiler bu türlü tayinde farklı görüştedirler. Bir gruba göre böyle bir tayin, işlerde karışıklıklara, ihtilaflara, yetki müdahalesine yol açacağından, bir ihtilaf her ikisine de gidebileceğinden karışıklık sürer gider. Bu bakımdan böyle bir tayin hukuken doğru değildir. Birinin tayini mu'teber olur. Eğer bir ihtilaf çıkmıyorsa her ikisinin hakimliği de mu'teber olarak kalır.”¹⁹⁷*

¹⁹⁶ Ebu'l Hasan Habib el-Maverdi, “El-Ahkamü's Sultaniye İslam'da Devlet ve Hilafet Hukuku”, Sy 141

¹⁹⁷ Ebu'l Hasan Habib el-Maverdi, “El-Ahkamü's Sultaniye İslam'da Devlet ve Hilafet Hukuku”, Sy 149

Maverdi, Ahkamü's-sultaniye adlı eseriyle aynı isimdeki literatürün öncülerinden olmuştur. Bu literatür kapsamında değerlendirilen diğer eserler de yazıldıkları çağın devlet yapılarıyla ilgili olarak kamu hukuku alanında düzenlemeler içermektedir. “Devlet başkanı devletin esas teşkilatı, idari, mali, kazai yapısı ve işleyişiyle ilgili hükümlere ahkamü's-sultaniye dendiği gibi, bu terim, adı geçen konuları ele alan hukuk dalına ve ilgili bazı eserlere de unvan olmuştur.”¹⁹⁸ Bu literatür kapsamında değerlendirilen tüm eserler doğrudan devlet idaresinin işleyişiyle ilgili bir içeriğe sahip olduklarından hepsinin birer kanun teklifi gibi değerlendirilmesi mümkündür. Zira bu eserlerin yazılış gayesi halka yönelik bir irşad olmaktan ziyade devlet işlerinin düzenli olması için sultanlara çağrıda bulunmaktır.

2.3.2. Osmanlı Dönemi; Örfi Hukuk

Osmanlı İmparatorluğu gerek Türk devlet geleneğinin gerekse İslam tarihindeki devlet tecrübelerinin olgunlaştığı bir tarih sürecinde var olmuştur. Zaman içinde büyük bir alanda hükümet eden Osmanlı, sistematik kurumlarıyla, zamanın şartlarına göre gelişmiş bir devlet aklı ve devlet kültürüyle tarihteki yerini almıştır. Osmanlı'nın sultanlar eliyle çıkarılan kanunnameleri bugünkü anlamda kanunların öncül versiyonu kabul edilebilir. Günümüzdeki anlamıyla tam bir yasama faaliyeti olarak değerlendirilmese de sultanlar eliyle bütün egemenlik sahasında geçerli, soyut, genel, emredici kurallar ortaya konulmuş, bu kuralların halka iletilmesi için çeşitli uygulamalar yapılmış ve bu yolla hukuki güvenliğin azami ölçüde gerçekleşmesi için hukuk kaynaklarında birlik sağlama çabası görülmüştür. Heyd'a göre bu yaklaşım devlet geleneğinde hukuk kaynaklarının bir elde toplanması yönünde ciddi bir farklılaşmayı ifade eder:

“Osmanlı sultanları, idari ve adli iki ayrı kaza organları ile örfi ve dini iki farklı hukuk sistemleri arasındaki ikiliği ortadan kaldırmak için, önceleri kısmen başarılı sayılan büyük gayret gösterdiler. Bu çabalar aynı anda çeşitli yönlerde sarf edilmiştir. İlk olarak, kadıların dışında kalan hakimlerin şahsi arzularına binaen verdikleri cezaları tahdit etmek için sultanlar, bu hakimlerin tatbik etmek zorunda

¹⁹⁸ Ali Şafak, “El-Ahkamüs'Sultaniye”, DİA, C:1, 1998, Sy 554-555

oldukları kanunları koymaya çalıştılar. Bu niyetle sultanlar İslam'da o zamana kadar görülmemiş bir şey yapmış oldular. Laik hukuku ve usulü hakkında kanun adı verilen geniş ve teferruatlı kaideleri meriyet mevkiine koydular ve bunların kanunname adı altında toplanması için ferman çıkardılar.”¹⁹⁹

Heyd Osmanlı Devletinde kanun ve şeriat ayrımı yaptığı makalesinde bu bağlamda bazı hususların altını çizer. Buna göre kanunla gelen cezalar şeriatın koyduklarından daha ağırdır, şeriatın bid'at kabul ettiği para cezaları kanunda yaygın bir şekilde kullanılmıştır. Bazı suçlara şeriatla yeri olmayan kürek mahkumiyeti cezası verilmiştir. Sultan şeriata göre daha hafif cezaların verilebileceği bazı durumlarda suçluyu idam etme salahiyetine sahip olmuştur. Sonuç olarak süreç içerisinde hukukçular idarecilerle ilişkileri açısından “hükümetin siyasi ve idari telakkilerine aşina olmuş ve çok kere bunlarla uyum sağlayacak bir tavır” içerisinde olmuşlardır.²⁰⁰

Kanunname geleneğinin doğal yansıması olarak hukukun istikrarlı bir şekilde uygulanması için merkezi otoritenin, hukuk kaynaklarının belirlenmesi ve hukuk uygulayıcılarının istikrarlı kararlar vermeleri yönünde tasarrufları olmuştur.

“Kanuni Sultan Süleyman, Kanunname-i Al-i Osman'ın istinsah edilerek ciltli birer nüshasının her vilayetteki şeriat mahkemelerine konması için talimat vermiştir. Bilahare, Kanuni'nin padişahlığı zamanında yeni ceza kanunnamesi te'lif edildiği zaman, kadıların ondan bir nüsha istedikleri bilinmektedir. Bundan başka, XVI. yüzyılda çıkarılan pek çok sayıda ferman, kadıların adaleti, şeriat ve kanun uyarınca icra etmelerini talep etmiştir. Bu yolla, Osmanlı hükümeti, içinde çeşitli mahkemelerin aynı hukuku tatbik ettiği daha birlikçi ceza hukuku idaresini temin etmiştir. Aynı gayeden hareketle Osmanlı sultanları, çok kere özellikle hakkında geçmiş devir fukahasının ihtilaf ettiği hususlarda, kadıların hangi dini hukuku tatbik etmeleri gerektiğine karar verecek kadar ileri gitmişlerdir.”²⁰¹

İlk genel karakterli kanunnameler doğal olarak ceza hukuku alanında yapılmıştır. Zira “böylece suçlar ve suçlular kişisel intikam ve kan davası yoluyla

¹⁹⁹ Uriel Heyd, “Eski Osmanlı Hukukunda Kanun ve Şeriat”, Sy 287-317

²⁰⁰ Uriel Heyd, “Eski Osmanlı Hukukunda Kanun ve Şeriat”, Sy 287-317

²⁰¹ Uriel Heyd, “Eski Osmanlı Hukukunda Kanun ve Şeriat”, Sy 287-317

değil, düzeni sağlamayı üstlenen bir üst kurum tarafından cezalandırılacaktır.”²⁰² Bu standartlaştırıcı kanunnamelerin ikinci olarak vergi ve toprak hukuku alanında gerçekleştiği kaydedilmektedir. Bu aşamadan sonra şer’iyye sicillerine yansıyan yargı dilinde gerek sonradan çıkan kanunnamelerde ve divan toplantılarında geçen “kanunumdur”, “kanuna muhalif iş itmeyüsünüzdür”, “kanun budur”, “kanuna muhaliftir” gibi ifadeler, kanunnamelerin geneline, özel adlandırılmayla “Kanun-i Osmani”ye ve bu kanunnameler nezdindeki standartlaşmaya işaret eder.²⁰³

Osmanlı’da her ne kadar din hizmetlileri sınıfının başındaki isim Şeyhülislam ise de o dahi kendi hukuki görüşlerinin mahkemelerde uygulanması için bunları sultana arz ederdi. Bir görüşün genel uygulama bulması ise sadece sultanın kadılara yönelik emirnameleri ile mümkün olabilirdi. Ve sultanın kendi çıkardığı kanunnameler şeyhülislamın tasvibine ihtiyaç duymadan yürürlüğe konurdu.²⁰⁴

Elbette çok uzun yıllarda varlığını koruyan ve çok geniş mekanlara hükmeden sistemin aksayan yanları olacaktır. Özellikle hukuki güvenliğin tesisi adına yapılan bu birleştirme çabaları kimi zaman farklı gruplar arasındaki çatışmaya da dönebilmiştir. Halil İnalcık’ın bu konudaki ifadeleri kayda değerdir:

“Osmanlı Devleti'nde şeriat ile padişah kanunu arasındaki çatışma çeşitli safhalarda kendini göstermiştir. Merkezileşmiş ve mutlakiyetçi imparatorluk sisteminin destekleyicisi olarak Fatih Sultan Mehmed kanun ve örf ilkelerini kuvvetlendirmiş ve seküler kanunun bağımsızlığını desteklemiştir. Aynı zamanda Osmanlı kanunnamelerini yürürlüğe koymuş ve ulemayı devlet kontrolündeki daireler hiyerarşisine daha da yakınlaştırmıştır. Bürokrasiye mensup olan o dönem tarihçilerinden birine göre bu dünyanın "doğ-ru düzen"i (nizam) mutlaka sultanın kesin cebri otoritesini (yasağ- ı padişah) ve sultanın tek kişilik iradesinin kararlarını yürürlüğe koymasını gerektirir. Fatih Sultan Mehmed'in halefi II. Bayezid devrinin ilk yıllarında şeriat taraftarları Fatih'in bağımsız yasama faaliyetine karşı sert tepki

²⁰² Yunus Koç, “Osmanlı Örfi Hukukunda Standartlaşma (16. yy.)”, Hacettepe Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü, Sayı:2, Bahar 2005, Sy 131-148

²⁰³ Yunus Koç, “Osmanlı Örfi Hukukunda Standartlaşma (16. yy.)”, Sy 147

²⁰⁴ Uriel Heyd, “Eski Osmanlı Hukukunda Kanun ve Şeriat”, Sy 287-317

göstermişlerdir. Yavuz Sultan Selim dini otoritelerin devlet işlerine müdahalesini kabul etmemiştir."²⁰⁵

Uriel Heyd ve Halil İnalıcık'ın şeriat ve kanun şeklindeki ayrımı yukarıda da ifade ettiğimiz üzere kimi akademisyenler tarafından eleştirilse de²⁰⁶ anladığımız kadarıyla tarihsel süreçte her halükarda böyle bir çatışmanın varlığı söz konusudur. Belki bunu şeriat-kanun olarak değil çalışmamızdaki terminolojiye sadık kalarak sivil hukukçularla, devlet erkini elinde bulunduran resmi hukuk belirleyici hükümdarların arasındaki bir çatışma olarak tarif etmek daha doğrudur. Neticede geniş topraklar üzerinde kurulup sistematize olmak zorunda olan Osmanlı devletinin hükümdarlarının uygulanacak hukukun mer'iyetini devletin yetkisine tâbi kılmak istemeleri hukuk güvenliği açısından anlaşılır bir durumdur. Aksi takdirde hukukta birlik olmaması devlet açısından zafiyet teşkil edecek, hukuk uygulamalarında bir istikrarsızlık ortaya çıkacaktır. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki yüzyıllara dayanan sivil hukuki teamül ve otoriteler karşısında tüm bunları yönetmek kolay olmamıştır. Buna rağmen bugünkü manada egemenlik anlayışının olmadığı, teknik olarak merkezi otoritenin tüm coğrafyaya ulaşmasının zor olduğu çağlarda Osmanlı devletinin hukuk güvenliği açısından, hukuk birliğini sağlamak, ortaya çıkan normları halka bildirmek gibi tasarruflarının kayda değer olduğunu söylemeliyiz.

Bu cümleden olmak üzere Osmanlı devlet mekanizması içinde ihdas edilen nişancılık kurumu, kanunnamelerin hukuk uygulamalarına dahil edilmesi hususunda etkin bir kurum olmuştur. Nişancı "devlet kanunlarını iyi bilen, yeni kanunlarla eskilerini, şer'i hukuk kuralları ile örfî hukuk kurallarını toplama yetkisini haiz, Divan-ı Hümayun'da bu hususlar hakkında görüşlerinden yararlanan"²⁰⁷ bir devlet adamıdır. Görev ve yetkisinden ötürü kendisine "müfti-i kanun" unvanı verilmiştir.²⁰⁸ Nişancı kanunnamelere doğruluğunun göstergesi olan tuğra işaretini

²⁰⁵ Halil İnalıcık, "Kanun", DİA, yıl: 2001, C: 24, Sy 323-324

²⁰⁶ Hayrettin Karaman, *İslam Hukuk Tarihi*, İstanbul: İz Yay., 2012, s. 246-247, s. 264; Nasi Aslan, "Klasik Dönem Ceza Kanunnameleri Bağlamında Osmanlı Hukukunun Şer'iliği Üzerine", Ç.Ü İlahiyat Fakültesi Dergisi, C 3, Sayı 2, Temmuz-Aralık, 2003, Sy 17-44

²⁰⁷ Aybars Pamir, "Nişancı ve Hukuki Statüsü", AÜHFD, 59 (4) 2010, Sy 691-710

²⁰⁸ Erhan Afyoncu, "Nişancı", DİA, C: 33, 2007, Sy 156-157

basar, bunların yürürlükte kalıp kalmayacağına karar verir ve yeni kanunnamelerin önceki kanunnamelerle uyumlu olup olmadığını denetler.²⁰⁹

Osmanlı’da devlet kanunların ilanına önem vermiş, halka kanunları bildirmek suretiyle hukuk güvenliğini sağlamak istemiştir. Bu durumla ilgili bilgiler şu ifadelerle aktarılmıştır:

*“Kanunnamelerin muhteviyatının halka bildirilmesi hakkında fermanlar çıkarıldı. Bazen bu i’lam, bunların meydanlarda yüksek sesle okunmasıyla olurdu. Sultanın her tebaası böyle bir kanunnamenin resmi bir suretini bir hükümet dairesinden ya da bir mahkemeden takdir edilen resmi fiyatını ödemek suretiyle temin etme hakkına sahipti.”*²¹⁰

Yine Kanuni devrinde yeni ceza kanunnamesi te’lif edildiği zaman kadıların ondan bir nüsha istedikleri bilinmektedir²¹¹

Heyd’e göre kanunnameler çıkartmak suretiyle kamu iradesini ortaya koymak bir belirlilik haline işaret eder:

*“Şeriat Arapça fıkıh kitaplarında ifade edilmiş olup herhangi bir mesele hakkında hukukun ne emrettiğini kolayca anlamaya izin vermez. Buna karşı kanun, Türkçe yazılmış, basit, açık ve şüpheye yer bırakmayacak şekilde ifade edilmiştir. Fıkıh kitapları, hukuku ilk planda Kur’an ve ilk İslam toplumunun sünnetlerinden çıkaran ve kendi devrindeki hükümetle çok az veya hiç irtibatı olmayan büyük fakihlerin görüşlerini içerirken; kanunun hükümleri, Osmanlı imparatorluğu dahilindeki günlük hayatın problemleriyle ilgilenen saray fermanlarından kaynaklanır.”*²¹²

Osmanlı, devlet idaresinde arşivciliğe önem vermiş olup bunun hukuk sistemine yansımaları şer’iyye sicilleridir. Bunlar “günümüze kadar gelip bize o dönem hakkında ayrıntılı veriler sunan sicillerdir. Bu siciller “mahkemelerde kadılar tarafından tutulan ve kadıların davalar hakkında verdikleri hükümleri, nikah, talak,

²⁰⁹ Halil İnalçık, “Kanun”, DİA, yıl:2001, C:24, Sy 323-324

²¹⁰ Uriel Heyd, “Eski Osmanlı Hukukunda Kanun ve Şeriat”, Sy 642-652

²¹¹ Uriel Heyd, “Eski Osmanlı Hukukunda Kanun ve Şeriat”, Sy 642-652

²¹² Uriel Heyd, “Eski Osmanlı Hukukunda Kanun ve Şeriat”, Sy 642-652

*ikrar, vakıf, alış-veriş gibi hukuki muameleleri ve kadılara üst makamlardan bildirilen (ferman, tezkire, temessük, mürasele vb.) çeşitli kayıtları ihtiva eden belgeler*²¹³dir.

İçerik itibariyle şeriye sicilleri şu şekilde açıklanmıştır: *“belli bir sıraya uyulmaksızın kadılar, karşılaştıkları davalara verdikleri hükümleri, üst makamlardan gelen yazılarla, çeşitli muamelelerle ilgili kayıtları deftere işlerler. Defterlerde yer alan belgeler istatistiki açıdan bir tahlile tabi tutulursa i'lam ve hüccetlerin büyük bir yekunu oluşturduğu söylenebilir. Bundan sonra maruz, tezkire, temessük, kassam defteri, tereke defteri, emir ve fermanlar gibi kayıtların geldiği görülür*²¹⁴

Görüldüğü üzere idari talimatlar dâhil kadıların tuttuğu siciller, Osmanlı'da yazılı uygulamaya önem verildiği, bu suretle uygulamaların belirli, bilinebilir, hukuk güvenliğine uygun bir şekilde geliştiği söylenebilir. Bu siciller hukuk uygulayıcıları açısından belirli bir kaynak haline gelmiş, istikrarlı kararlar verilmesi noktasında diğer uygulayıcılara bir veri olmuştur.

Öte yandan bugünkü anlamda yürütme yetkisini elinde bulunduran padişahın yargı sistemini kendi yetkisi nezdinde bir yetki olarak kabul ettiği, kadıların kendi yerel sahalarında kararlarında hür olsalar da aynı zamanda bir devlet adamı oldukları bir gerçektir. Yani Osmanlı'da kadılar dağınık, kaotik bir düzlemde kendi serbest hükümlerini verdikleri ve imparatorluğun külli hukuk uygulamalarının insicamı açısından sorumsuz oldukları söylenemez.

*“Kadı ile halife arasındaki ilişkinin bazı bakımlardan bir tür vekalet ilişkisi olarak kabul edilmesi ve vekalette olduğu gibi kadının görevinin sınırlandırılabilceği görüşü, bu uygulamaya uygun bir hukuki zemin oluşturmuş ve kadıların görevlerinin devlet başkanı tarafından zaman, mekan ve bazı hususlarla sınırlandırılabilceği esası kabul edilmiştir.*²¹⁵

²¹³ Ali Duman, *“Kadı Defterleri (Şer'iyye Sicilleri), Mahiyetleri, Muhtevaları ve İslam Hukuku Açısından İncelenmelerinin Önemi”*, EKEV Akademi Dergisi, Yıl:2011, Sayı:33, Sy 139-155

²¹⁴ Ali Duman, *Kadı Defterleri (Şer'iyye Sicilleri)*, Sy 142

²¹⁵ Mehmet Akif Aydın, *“İslam Hukuku'nun Osmanlı Devleti'nde Kanun Hukukuna Doğru Geçirdiği Evrim”*, Sy 13

Kadılar kendi görüşleri ve mezhepleri doğrultusunda mutlak manada bağımsız kararlar vermiş değıllerdir. Onlar belli bir mezhebe göre siyasi otoritenin yönlendirmelerini dikkate alarak vazifelerini icra etmişlerdir:

*“Kadı veya müftü tayinlerinin belli bir tarihten itibaren hakim siyasi otoritenin tercih ettiğı mezhebe göre yapılması ve bu hukukçuların da sadece bu mezhebin görüşlerini uygulamaları devletin hukuku etkilemesinin ve ictihad hukukundan kanun hukukuna doğru evrimin belli belirsiz ilk adımı olarak yorumlanabilir.”*²¹⁶

Ezcümle Osmanlı devleti Kılıç’tan iktibasla²¹⁷ “yarı resmi hukuk kodları”ndan, “fetva kitapları”ndan, “kanunnameler”den, “hukukun uygulanmasına yardımcı belgeler”den, “resmi mezhep uygulaması”ndan mürekkep bir normlar bütünü oluşturarak sistematik bir hukuk içeriğı oluşturmaya çalışmıştır. Tasnife göre yarı resmi hukuk kodları fıkıh literatüründe ortaya çıkan Molla Hüsrev’in *Dürerü’l Hükkam fi şerhi Gureri’l Ahkam* ve İbrahim el-Halebi’nin *Mülteka’l-Ebhur* gibi başvuru eserleridir. Fetva kitapları bakımından Ebusuud’un *Maruzat*’ı ön plana çıkmış, bununla birlikte çok sayıda fetva kitabı hukuk uygulamasında kanun mesabesinde işlev görmüştür. Kanunnameler padişah kanunnameleri, sancak kanunnameleri, belirli gruplarla ilgili diğerkanunnamelerdir. *Uzun Hasan Bey Kanunnamesi, Fatih Kanunnamesi, Sultan Süleyman kanunnamesi* başat örnekleridir. Hukukun uygulamasına yardımcı olan belgeler *şeriyye sicilleri ve sakk mecmuaları, fermanlar, adaletnameler ve ahidnamelerdir.*²¹⁸

Osmanlı hukuk sisteminde kullanılan bu resmi belgelerin teknik isimleri ve bu belgelerin özel fonksiyonları şu şekilde açıklanmış:

“ “Beratlar” bir görev tevcih belgesi olmakla beraber, memur edilenlere vazifelerine ait kanun ve nizamlar ayrıntıları ile bildirilmekteydi.

“Yasaknameler” genellikle belli bir işe ait kanun ve nizamlarla birlikte bu kuralların uygulanması için ‘yasakkulu’na verilen yetkileri bildirmektedir.

²¹⁶ Mehmet Akif Aydın, “İslam Hukuku’nun Osmanlı Devleti’nde Kanun Hukukuna Doğru Geçirdiğı Evrim”, Sy 13

²¹⁷ Muhammed Tayyip Kılıç, *İslam Hukukunda Kanunlaştırma Olgusu* Sy 151-193

²¹⁸ Muhammed Tayyip Kılıç, *İslam Hukukunda Kanunlaştırma Olgusu*, Sy 151-193

“Tevkiler”, belli kanunları, kadı subaşı gibi resmi memurlara bildiren hükümlerdir.

“Adaletnameler” ise yukarıda saydıklarımızdan biraz farklıdır. Şöyle ki adaletname devlet otoritesini temsil eden görevlilerin, reyaya karşı bu otoriteyi kötüye kullanmaları, kanun, hak ve adalete aykırı davranışları halinde kanun yapıcıların hakkı ve kanunu hatırlatıcı mahiyette düzenlediği hukuki tanzimlerdir.”²¹⁹

Sonuç olarak İslam hukukunun temel olarak bir devletler eliyle yapılmış bir hukuk olmaması onun hukuki uygulamada birlik, düzen ve güvenliğe önem veren siyasi otoritelerce kullanılıp bu yönde olumlu fonksiyon icra etmesine engel değildir. Genel itibariyle Osmanlı uygulamasında gördüğümüz şudur ki devlet kanun boşluklarını kanunname ve diğer normatif araçlar ile doldurmakta mahir ve cevval davranmış, bunun hukuk uygulayıcıları ve halka duyurulması noktasında tasarruflarda bulunmuş ve nihai olarak hukuk uygulamalarının birliği noktasında gerek kadıların atanmasında, gerekse atandıktan sonraki hukuki tasarruflarında kısmî müdahalelerde bulunarak hukuk güvenliğini önemsemiştir. Bu yönüyle hukuk tarihi bakımından başarılı bir örnek sayılmalıdır. Schacht’ın ifadesiyle: “Osmanlı imparatorluğunda 16. yüzyılda hakim olan hukuk nizamı sadece birlik arz etmesi bakımından bile olsa, çağdaş Avrupa’da hakim olan hukuk düzeninden çok daha üstündür.”²²⁰

2.3.3. Tanzimat Dönemi; Dönüşüm

Osmanlı’da modernizasyonunun alabildiğince yerleşik düzenin yerini aldığı bu dönemin temel dinamiği kanunlaştırma hareketleridir. Tanzimat fermanında geçen ifadeyle “bazı kavanin-i cedidenin vaz’ ve tesisi” bir hedef olarak ortaya konmuştur. Kanunlaştırma faaliyetleri siyasi iklimin bir yansıması mahiyetindedir. Buna göre ilk kanunlaştırmalar Batı’nın teşvikiyle zaman zaman da zorlamasıyla yapılmıştır.²²¹

²¹⁹ Aydın Yetkin, “Osmanlı Devletinde Hukuk Devletinin Gelişim Süreci”, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, C:6, Sayı:24, 2013 , Sy 380-413

²²⁰ <http://kitaplar.ankara.edu.tr/dosyalar/pdf/591.pdf> Sy 100 (Erişim Tarihi:23.03.2019)

²²¹ Mehmet Akif Aydın, “Batılılaşma”, DİA, C: 5, 1992, Sy 162-167

1839 yılında yayınlanan Tanzimat fermanı siyasal tarih açısından bir köşe başı olması cihetiyle Osmanlı hukukunda da büyük bir dönüşüme zemin hazırlamıştır.

Kanunlaştırmanın bugünkü bildiğimiz halinin asıl Tanzimat döneminde vaki olduğunu söyleyebiliriz. Tanzimat fermanında Osmanlı'nın kötü gidişi şeriate (hukuka) uymamakla irtibatlandırılmış, yeni kanunların çıkarılması zorunluluğuna vurgu yapılmış ve bu kanunların çıkarılacağı mercii olarak “meclis-i ahkam-ı adliye”ye işaret edilmiştir.²²² Bundan sonra çalışmaları öngörüldüğü kadar verimli olmasa da bir meclis vardır. Bu süreçte Batı'dan kanunlar alındığı gibi aynı zamanda kanunları hazırlayan hukukçular yaşadığı coğrafyanın birikimini, hukuk tecrübesini tedvin ederek orijinal kanunlar yapmışlardır. “Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri Literatürü” isimli makale yazarı Şentop, bu dönemdeki kanunları tasnif ederek saymıştır. Buna göre kanunların bir kısmı “tedvin” edilmiş bir kısmı “iktibas suretiyle benimsenmiş” bir kısmı ise iki usulün karması olarak kabul edilmiştir.

Tedvin edilen kanunlar; 1840 tarihli ceza kanunu, 1851 tarihli ceza kanunu (Kanun-u cedid), arazi kanunnamesi, mecelle-i ahkam-ı adliye, hukuk ve aile kararnamesi, usul-i muhakeme-i şer'iyeye nizamnamesi. İktibas yoluyla benimsenen kanunlar; kanunname-i ticaret, ticaret-i bahriye kanunnamesi, usul-i muhakemat-ı cezaiye kanunu. Karma usulle yapılan kanunlar; 1876 Kanun-i esasisi, 1858 tarihli ceza kanunname-i hümayunu, usul-u muhakamet-ı hukukiye kanun-ı muvakkatı olarak sayılır.²²³

Bu kanunlardan özellikle Mecelle-i Ahkamı-ı Adliye isimli kanun hazırlanışındaki yoğun çalışmalar, içerdiği şümüllü hükümler itibariyle bir dönüm noktası eseridir. Mecelle'de “Osmanlı hukukunda şeri hukuka ait bir alanda hukukçuların ictihadlarıyla oluşan bir hükümler mecmuası ilk defa padişahın “mucibince amel olunsun” diye emretmesiyle resmi metin-kanun haline dönüştürülmüştür.”²²⁴

²²² Aydın Yetkin, “Osmanlı Devletinde Hukuk Devletinin Gelişim Süreci”, Sy 394

²²³ Mustafa Şentop, “Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri Literatürü”, Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, C 3, sayı 5, 2005, Sy 647-672

²²⁴ Mehmet Akif Aydın, “Batılılaşma”, DİA, C:5, 1992, Sy 162-167

Mecellenin bir dönüm noktası olması, içerdiği hükümlerin nevezuhur, yeni icat edilmiş hükümler olduğuna yorulmamalıdır. Bir mukaddime ve on altı kitap içinde 1851 maddeden meydana gelen mecelle külliyatı teamülen de olsa uygulanagelen binlerce usul ve fûru içeriğini tedvin etmek suretiyle ortaya çıkarılmıştır. Ebu'l Ula Mardin eserinde Mecelle'ye kaynak olan onlarca eseri sayar²²⁵ ve bazı Mecelle hükümlerinin önceki eserdeki kaynağını gösterir.²²⁶ Örnek olarak:

- Şek ile yakın zail olmaz - Arapça aslı; El yakinu la yezulu bişşek (Eşbah)
- Mani zail oldukta memnu avdet eder- Arapça aslı; İza zalel maniu adel memnuu (Mecami Şerhi)
- Cevaz-i şer'i zamane münafidir - Arapça aslı; Cevazüşşer'i yünafizzaman (Serrutül Fetava)

Mecelle ifade ettiğimiz gibi hiç bilinmeyen yepyeni hükümlerden ibaret değilse de uygulamada var olan hükümleri özlü biçimde ifade edip bir araya getirmesi yönüyle kıymetli bir derlemedir ve bu derleme Tanzimat döneminde resmi kanun olarak hukuk birliğinin sağlanması yönünde önemli bir işlev görmüştür.

Mecelle'den yarım asır kadar sonra 1917'de yürürlüğe giren Hukuk-u Aile Kanunnamesinde Mecelle'de düzenlenmeyen aile hukukuna ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Bu kanun İslam ülkelerinde aile hukuku hakkında yapılan ilk kanun olma özelliğine sahiptir. Kararname ile aynı zamanda Osmanlı cemaat mahkemelerinin yargı yetkisi ilga edilerek bu konuda şer'iyeye mahkemeleri tek yetkili kılınmak suretiyle yargıda birlik sağlanmış ayrıca nikahların hakim ve naibin huzurunda kıyılıp mahkemece tescil edilmesi zorunlu hale getirilmiştir.²²⁷

Tanzimat dönemi kanunlaştırma faaliyetlerinde her ne kadar Osmanlı hukuku uygulamalarına uyumlu bir yöntem benimsenmeye çalışılsa da netice itibarıyla modern Türkiye'nin yeni hukukunun alt yapısını gerçekleştiren fikri ve pratik ürünler

²²⁵ Ebu'l Ula Mardin, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa*, Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yay., 2009, Sy 167-169

²²⁶ Ebu'l Ula Mardin, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa*, Sy 179-186

²²⁷ Ahmet Yasin Küçüktiryaki, "Osmanlı Devletinde Tanzimat Sonrası Aile Hukuku Alanındaki Gelişmeler ve Hukuk-ı Aile Kararnamesi", Hitit Üniversitesi İlahiyat Fak. Der., 2014/2, c.13, sayı:26, Sy 177-201

bu dönemde ortaya çıkarılmış, bu noktada ciddi bir dönüşüme imza atılmıştır. Bu süreklilik durumu ve reform anlayışına ilişkin Şentop'un ifadeleri şu şekildedir.

“Kanunlaştırma faaliyetinin önemli bir kısmında, en azından şeklen, İslam hukukuna ve Osmanlı hukukunun genel yapısına uygun davranılmaya dikkat edilmiştir. Ancak zaman içinde hem şer'iyeye mahkemelerinin faaliyet alanının daraltılması, hem de kanunların uygulamada öne çıkmasıyla, İslam hukukundan gelen hükümlerin nispeten ihmale uğradığını söyleyebiliriz. İlk zamanlarda bir deneme, belki de Batı baskısını azaltacak bir adım olarak görülen hukuk alanındaki düzenlemeler, zaman içinde hem mevzuat, hem de uygulama bakımından ciddi gelişme kaydetmiş ve Türkiye'ye mahsus bir hukuk birikimini oluşturmuştur. Mahkeme kararları incelendiğinde, bugün de kullandığımız pek çok kavram ve yaklaşım tarzının en az yüz sene önce mevcut ve gelişmiş olduğunu görmek ilgi çekicidir. Hukuk alanında Cumhuriyet dönemindeki reformların birdenbire ortaya çıkmadığını, oldukça eskiye dayanan bir "geleneğin" bulunduğuun altını da çizmek gerekir.”²²⁸

Bu dönem siyasi kurumlarla birlikte yargı kurumlarında da kökten değişiklikler yapıldığı bir dönemdir. İmparatorluğun dağılma sürecinde yargı kurumlarındaki değişim aşamalarıyla şu şekilde anlatılmıştır:

“Klasik dönemde Osmanlı şehrinin idaresi ve yargı gücü kadıya verilmişti. Kadı sadece şehrin değil civardaki köy ve nahiyelerin de mülki amiri ve yargıcı idi. Kadı kolluk işlerinin, mali sorunların ve şehir yönetiminin sorumlusuydu. Kadı, görevini ya konağında veya camide yerine getirirdi; İstanbul'da bile, II. Mahmut dönemine kadar kadılık ofisi yoktu. Osmanlı'da kadılar, ilk yıllardan XIX. yüzyıla kadar, kazaskerlere, kazaskerler de sadrazamlara bağlıdır. Tanzimat döneminin başında kazaskerler, Şeyhülislamlığa bağlandı ve şeyhülislam Meclis-i Vükelaya alındı. 1253/1837 tarihinde kazaskerlikler birer mahkeme olarak Şeyhülislamlığa (Bab-ı Meşihata) devredilince bütün kadılar da Şeyhülislamlığa bağlanmış oldu; kadıların idari ve yerel yetkileri de kaldırıldı.”²²⁹

²²⁸ Mustafa Şentop, “Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri Literatürü”, Sy 671

²²⁹ Tahsin Fendoğlu, “Tanzimat Sonrası Hukuki Düzenlemeler ve Hukuk Düalizmi”, Türkler, C. 14, Ankara: Yeni Türkiye Yay.,2002, Sy 733

Bu dönemde şeyhülislamlık kurumunun “fetva işlemleri ve şeriyeye mahkemelerinin ilam ve hüccetlerinin tetkik ve temyiz işlerini yürütmekle görevli birimi”²³⁰ olan “fetvahane” 1914 yılındaki “heyet-i iftaiyesi hakkındaki nizamname ile “telif-i mesail” ve “taharri-i mesail” adıyla iki şubeye bölünmüştür. Telif-i mesail kurumu gerek tanzimat dönemi kurumsal dönüşümünün mahiyetini anlatması bakımından gerekse araştırmamızın konusu bakımından önem arz etmektedir. Bu kurumun görevleri; “nikah, talak, nafaka ve bunların teferruatıyla ilgili meselelerin kitap haline getirilmesi”, “matbu ve yazma Türkçe fetva kitaplarından istifade edilerek bir fetva mecmuası oluşturulması”, “Hanefî mezhebinde “müfta bih” olmayan bir kavlin veya diğer uç bir görüşün zamanın maslahatına uygunluğundan dolayı tercih edilmesi halinde bu konuyla ilgili delilleri ile birlikte bir mazbata layiha tanzim edilip bunun fetva eminine ulaştırılması ve padişahın resen irade alınması” şeklinde ifade edilmiştir.²³¹

Telif-i mesail şubesi tarafından hazırlanan Kitabu'n Nafakat adlı mecmuanın mukaddimesinde hukuk kaynaklarındaki dağınıklıkla ilgili hukuki güvensizliğe dikkat çekilmiş ve meselelerin bir araya getirilip tedvin edilerek belirli hale sokulması zaruretinden bahsedilmiştir. Bu ifadeler tanzimat dönemi kanunlaştırma ruhunu ve hukuk güvenliği arayışını veciz olarak ifade eder:

“Mesaili fikhiyyeyi ihata ve gayrine vusul hakikaten düşvar olup ihtilafattan ari ve yalnız akval-i muhtareyi havi asar şimdiye kadar meydana getirilmemiş olduğundan kazaya-yı şeriyeye ve fetava-yı şerife arasında bazen tezat ve tedafu' vaki' olmaktadır. Binaen aleyh ihtilafattan ari ve yalnız akval-i muhtareyi hâvi olmak üzere camiu'l-etraf ve sehlu'l-me'haz bir kitap vücuda getirilse umumen nas ve hususen kadı ve müftiler için azim faidesi olacağından herkes işini vus'i mertebesinde şer-i şerife tevfiik etmiş olur. İşte böyle bir eser-i âli ve hayriyyenin vücuda gelmesi emrinde fetvahanedeki ulema ve fukahadan bir "heyet-i fikhiyye" vücuda getirilerek evveleminde nafakât ve nikah ve talak ile müteferriatına dair

²³⁰ Ferhat Koca, “Osmanlılarda Meşihat Dairesi İçinde Müstakil Bir Birim Olarak Fetvahane”, İLAM Araştırma Dergisi, 2/1 (Ocak-Haziran 1997), Sy 133

²³¹ İslam Demirci, “Osmanlı Şeyhülislamlık Kurumunun Bir Birimi Telif-i Mesail Şubesi”, İHAD, S:9, 2007, Sy 143-170

bilcümle mesail-i muhtaranın cem' ve tedvini makam-ı meşihatça tensib edilmiştir."²³²

Görüldüğü üzere Tanzimat dönemi İslam hukuku sistemi içinde kalma hassasiyetiyle beraber kanunların çıkarıldığı, bununla birlikte İslam hukuku içeriğindeki farklı normların birleşmesi düşüncesinin ortaya çıktığı bir dönemdir. Ne var ki öte yandan batıdan alınan kanunlar ve İslam hukuku hükümlerince ihdas edilen kanunların aynı anda resmi kanunlar haline getirilmesinin sistematik bir karışıklığa sebep olduğu söylenebilir.

2.3.4. Ulus Devletler Dönemi; Pratik Bir Zorunluluk Olarak

Kanunlaştırma

Tanzimat süreci, birinci dünya savaşı sonrasında dünyada imparatorlukların dağılması ve ulus devletlerin inşası ile birlikte yerini başka bir döneme bırakmıştır. Yeni dönemde modern devletler dünya savaşlarından sonra sınırları belirlenmiş ülkeler üzerinde hakimiyet kurmuşlar ve bu ülkelerde kurdukları yasama organları vasıtasıyla “resmen” ihdas ettiği kanunları tartışmasız ve birincil hukuk kaynağı kabul etmişlerdir.

Gelişmeleri takip etmek durumunda kalan İslam coğrafyaları açısından ise kimi zaman Batı’da uygulamasını bulan kanun metinlerini tercüme etmek suretiyle kimi zaman da tarihsel süreçte uygulanagelen geleneksel hukuku tedvin etmek şeklinde yasama faaliyetleri başlamıştır. Bu doğrultuda Mısır, Suriye ve Irak gibi devletlerin hukuk tarihlerine bakılırsa “İslam hukukunun hükümleriyle batılı kanunlardan müteşekkil bir karışım”²³³ şeklinde bir yasama politikası benimsenmiş görünmektedir.

1948 Mısır medeni kanununun aşağıdaki metni bu “hukuki dualizm”i şöyle formüle etmiştir:

²³² İslam Demirci, “Osmanlı Şeyhülislamlık Kurumunun Bir Birimi Telif-i Mesail Şubesi”, Sy 147-148

²³³ A.H. Al-Katifi, “Normes et Valeurs dans L’islam Contemporain” (Doğu Arap Dünyasında Hukuki Modernleşmenin Birkaç Yönü), Payot, Paris, 1966, Sy 301-312 (Çev:Münir Koştaş)

“1. Kanun, bu ahkâmın lafzen veya mana olarak taalluk ettiği herşeyi tanzim eder.

2. Uygulanabilir kazai bir hükmün olmaması halinde hakim örfe ve İslam Hukukunun prensiplerine göre karar verir”²³⁴

Her ne kadar teoride imparatorluk bakiyesi devletler ne modernleşmenin aciliyetinden ne de halklarının asırlardır getirdikleri hukuk uygulamalarından tam olarak vazgeçememiş olsa da genel itibariyle kamu otoriteleri nazarında İslam hukukunun geçerliliğini yitirdiği söylenebilir. Mısır (1948), Irak (1949) ve Suriye (1949) medeni kanunları da İslam hukukuna bir normatif değer yükleyerek onu teorik olarak uygulanabilir kılmışsa da Al-Katifi bu kanunlarla ilgili olarak İslam hukukunun sadece bir kaynaklar sıralamasında “yardımcı kaynak” olarak alındığını kaydeder, İslam hukukunun bu zeminde ahenkli bir uyumu gerçekleştirmesinin “imkansız” olduğunu savunur ve sonuç olarak pratikte İslam hukukunun neredeyse hiç uygulanmadığını ifade eder.²³⁵

Türkiye’de cumhuriyetten önce bir taraftan yabancı kanun metinlerinin tercüme edildiği bir taraftan da kadim uygulamaların tedvin edilerek kanunlaştırılmaya çalışıldığı dönem “tanzimat sonrası hukuk dualizmi”²³⁶ ismiyle literatüre geçmiştir. Fakat Türkiye’de yukarıdaki yeni devletlerden farklı olarak Cumhuriyetle birlikte bu dualizm geride kalmış, yasama organının kanun çıkarmada tek yetkili mercii kabul edilmesiyle hukukta birlik gerçekleştirilmiştir.

Esasında kanunların yeni bir hukuk mantığıyla ortaya çıkması bir taraftan tarihsel olarak kanunun dönüştürücü etkisiyle ilişkilidir. Türkiye özelinde kanunların, Tanzimat dönemi itibariyle toplumsal yaşama yön vermesi istenmiş ve Cumhuriyetin kurulması ile birlikte yepyeni bir toplumsal, siyasal, ekonomik yapıya ulaşmak için “kelimenin tam anlamıyla Batı’dan iktibas edilen kanunlara başvurulmuştur.”²³⁷

Türkiye bakımından İslam hukuku kategorik olarak sistem dışı kabul edilse de hukuki dualizmi meydana getiren bahsettiğimiz süreç etkilerini bir bakıma halen

²³⁴ A. H. Al-Katifi, “Doğu Arap Dünyasında Hukuki Modernleşmenin Birkaç Yönü”, Sy 330

²³⁵ A.H. Al-Katifi, “Doğu Arap Dünyasında Hukuki Modernleşmenin Birkaç Yönü”, Sy 331

²³⁶ Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, “Türk Hukuk Hayatındaki Düalizm ve Şer’i Hukuktan Laik Hukuka Geçiş”, Ankara, 1968, Yargıtay Yüzüncü Yıl Dönümü Armağanı, Sy 705-724

²³⁷ Ülker Gürkan, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, Ankara: Siyasal Kitabevi, Ekim 2012, Sy 58

sürdürmektedir. Bugün fertlerin kendiliğinden ya da aldıkları bir fetva doğrultusunda İslam hukukunu bazı alanlarda uygulama alışkanlıkları bir resmi hukuk-fetva hukuku gerilimini ortaya çıkarmıştır. Daha çok medeni hukukla ilgili alanlarda ortaya çıkan bu gerilimin simgeleşmiş örneği “hukuk ikiliğinin yaygın bir göstergesi olarak imam nikahı”²³⁸ dır.

Halkın bir kısmı dini duygularla ve asırlardan beri getirdikleri alışkanlıklarla bir din adamının önünde nikah kıydırmayı nikah akdinin geçer şartı saymaktadır. Bu uygulamada hüküm ifade edecek resmi bir kayıt tutulmamaktadır. “Osmanlı devletinde belli bir dönemden sonra nikahların tescil işinin kadı kontrolündeki imamlara bırakılması şeklindeki uygulamanın bozulmuş ve amacından sapmış bir kalıntısı”²³⁹ sayılabilecek imam nikahı uygulamasında İslam hukukunun evliliğe bağladığı hukuki sonuçları gerçekleştirecek bir yargılama ya da icra merci mevcut değildir. Nikah akdi esasında özel bir amaca hizmet eder ve bu akid derin uhrevi çağrışımları haizdir. Bu bakımdan dileyenler için nikah akdini bir takım dini ritüeller eşliğinde gerçekleştirmek inanç hürriyetine taalluk eden doğal bir haktır. Fakat mağduriyetlere çokça kapı açan imam nikahı ve benzeri uygulamalar suiistimal edilmektedir. Neticede bu uygulama hukuki belirsizliğe sebep olarak hukukun toplumda gerçekleştirmek istediği düzen ve istikrarı sarsmaktadır. Bu bakımdan imam nikahı bir dönem Türk Ceza Kanununun ilgili maddeleri gereğince suç sayılmıştır. Diğer taraftan ülkemizde aktüel bir mesele olarak tartışılan müftü ve-veya imamlara resmi nikah kıyma yetkisi verme çalışmaları bir aşama kaydetmiştir. Bahsettiğimiz hukuk ikiliğini ortadan kaldırmaya matuf “Evlendirme Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik” resmi gazetede 02/12/2017 tarihinde yayımlanmıştır.²⁴⁰

Yine hukuki ikilik dolayısıyla hukuki güvensizlik yaratan bir başka konu olarak İslam miras hukuku ile medeni kanun miras rejimi arasındaki farklılıklar dikkat çekmektedir. Gün itibariyle özellikle kırsal kesimlerdeki arazi meselelerinde geçmişe uzanan teamüller gereği farklı uygulamalarla kadınların eşit miras

²³⁸ Hacı Yunus Apaydın, “*Nikah Akdinin Mahiyeti ve İmam Nikahı Uygulaması*”, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Yıl:2000, Sayı:9, Sy 371-380

²³⁹ Hacı Yunus Apaydın, “*Nikah Akdinin Mahiyeti ve İmam Nikahı Uygulaması*”, Sy 375

²⁴⁰ <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2017/12/20171202-10.pdf> (erişim tarihi: 19/09/18)

hakkından mahrum edilmesi söz konusudur. Teoride ise erkek ve kız çocukların mirasta eşit olmamasının yanında kanuni mirasçuların iki sınıfa ayrılması, fûrunun ve murisin ana babasının birlikte mirasçı olması, terekeden sadaka, mirasın reddi, mirastan ıskat, mirastan feragat, mirasta iade, mirasçuların borçlardan mes'uliyeti gibi konularda türlü farklılıklar söz konusudur.²⁴¹ Bahsi geçen bu ve benzer örnekler pratik uygulamada hukuk güvenliğinin zedelendiği durumlar ise de bunlar kendine has sürecin ürünleri olup istisnai durumlar olarak alınmalıdır.

²⁴¹ Şakir Berki, "İslam Hukuku Miras Sistemi ile Medeni Kanunun Miras Sistemi Arasındaki Farklar", AÜİFD, C:12, Sy 1-14

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3- DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Tezimizin başlığında “pratik zorunluluk” ifadesini kullanmamız iddia ettiğimiz bu zorunluluğun, doğrudan Şari’i Teala tarafından emredilmiş olmadığına; yahut da İslam hukukunun özüne-mahiyetine ilişkin -ontolojik- bir zorunluluk olarak değerlendirilmediğine işarettir. İlahi ve beşeri karakteri içinde barındıran İslam hukukunun hangi yöntemle hayata tatbik edileceği onun beşeri yanına taalluk eder. Yani İslam hukukunun bir icihad hukuku yahut da devletin vâz ettiği kurallar bütünü olarak işlev görmesi zamanla-şartlarla-ihtiyaçlarla mukayyet olup “pratik” bir arayıştan ibarettir. Bahsettiğimiz bu “ihtiyaç karşılama” fonksiyonunun bir hukuk sistemi bakımından önemini Apaydın’ın şu cümleleriyle yeniden vurgulamak istiyoruz:

“Bugün içinde yaşadığımız toplumda fakihler, eskiden olduğu gibi, toplumsal gerçekliği, mevcut her türlü sosyal, siyasal, hukuki şartları zemin kaydırması yapmadan dikkate almak ve çözümlerini buna göre üretmek durumundadır. Bir görüşü mevcut problemi çözmedeki kabiliyetini ortaya koymaksızın, adeta Allah’ın ve peygamberin arkasına sığınarak, tartışılmaz manevi-dini bir mahfaza içinde sunmak bir yandan haksız rekabeti doğururken öte yandan o görüşün dogmatik bir görünüm içinde algılanmasına yol açmaktadır. Unutmamak gerekir ki toplumsal problemlerin çözümünde, referansların ne olduğundan ziyade önerilen çözümün tutarlı, gerçekçi, uygulanabilir olması ve problemi çözmekte yeterliliği önceliklidir. Bunun anlamı çözüm önerilerinde vurgunun “söyleyenin kimliği”nden ve ne adına konuştuğundan ziyade “söylenenin muhtevası”na yapılması gerektiğidir.”²⁴²

Buna göre, bugün ihtiyaç karşılayan bir zorunluluk olarak ele aldığımız kanunlaştırmanın tarihsel karşılığı olarak tedvin faaliyetleri Mahmasani’nin ifadeleriyle “ağır ağır, ihtiyatlı adımlarla ve tedrici bir şekilde, zamanla fikir

²⁴² Hacı Yunus Apaydın, “Nikah Akdinin Mahiyeti ve İmam Nikahı Uygulaması”, Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Yıl:2000, Sayı:9, Sy 371

dünyasından varlık dünyasına çıkmıştır.”²⁴³ İnalçık ise tarihsel bağlamda bu kabul ve zarurete şöyle dikkat çeker: “Şeriat’ın uygulanması bir u’lul-emrin, yani emir sahibi bir siyasi otoritenin varlığını gerektirdiği için ulema, siyasi gücün sağlamlaştırılması doğrultusunda gerekli olan kanunları İslam devletinin zaruri bir kurumu olarak kabul etmiştir”²⁴⁴ Tedvin faaliyetleri, örfi hukuk, kanunlaştırma faaliyetleri verili bir gerçeklik olarak dünden bugüne varlığını sürdürmektedir.

Arsal hukuk tarihini medeniyetin tarihi olarak tarif eder ve hukukun geçirdiği safhaları incelemekle medeniyetin geçirdiği safhaları incelemeyi müsavi sayar.²⁴⁵ Öyleyse hukuk sistemlerinin-anlayışlarının değişimi üzerine yapılacak mülahazaların medeniyet telakkisindeki gelişimden bağımsız okunması isabetsiz olacaktır. İslam hukukunun resmi hukuk olarak uygulanıp işlevini icra ettiği tarihi zemin ile bugün aynı coğrafyalarda uygulanagelen hukukun neşvü nema bulduğu zemini doğru değerlendirmek iki ayrı “fotoğraf” çekmekle değil geçmişte başlayıp bugün biten bir “video” çekmekle mümkün olacaktır.²⁴⁶ Sosyal bilimlerde doğru yorumlama yapmak için zamanın şartlarındaki değişiklik sürecini dikkate almak kaçınılmazdır.

Elbette tezimiz konusu itibariyle modern öncesi zamanlarla modern zamanları ayrıntılarıyla mukayese eden felsefi-entelektüel bir değerlendirme değildir. Bu konuyu süregelen aktüel mecralara havale edip şu kadarını söylemekle yetinelim; imparatorlukların hüküm sürdüğü tarım toplumunu bütün tezahürleri ile ele aldığımızda İslam hukukunun kanunlaştırılmadığından hareketle geçmiş zamanların hukukçularına eksiklik izafe etmek anakronizm içeren bir yaklaşım olacaktır. Mamafih tersinden aynı şekilde söyleyebiliriz ki geçmiş zamanların siyasi-sosyal yapısında teşekkül etmiş serbest içtihad hukukunun tüm tezahürleri ile bugüne taşınma gayreti ise bir başka beyhude çaba olarak önümüzde durmaktadır.

Yukarıdaki ıstıslah-ulu’l emre itaat-mezhep gibi yöntem, kurum ve yaklaşımlar sınırsız olaylar karşısında sınırlı nasları genişletip esneten kurumlardır. Ve gayet tabiidir ki düzeni gerçekleştirmek, hukukun vicdanlarda tanınması, hukuk

²⁴³ Subhi Mahmasani, “İslam Hukukunun Tedvini”

²⁴⁴ Halil İnalçık, *Osmanlı’da Devlet, Hukuk ve Adalet*, Sy 59

²⁴⁵ Arsal, Sadri Maksudi, *Umum Hukuk Tarihi* 3. Baskı, İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Yayımı, İstanbul, 1948 (Naklen: İbrahim Erol Kozak, *Kadim Dönemler Genel Hukuk Tarihi* 2. baskı, Konya: Palet Yayınları, Ekim 2015, sy 6)

²⁴⁶ İbrahim Erol Kozak, *Kadim Dönemler Genel Hukuk Tarihi.*, Sy 9

güvenliğinin sağlanması için bilhassa sosyal ilişkilerin-sözleşmelerin-suçların-devlet sistematığının ayrıntılarını belirlemek için salt manada nasların kâfi olduğunu söylemek isabetli olmayacaktır.

Bugün güçler ayrılığı prensibine dayanan modern devletler, halkları temsil ettiği düşünülen vekiller eliyle yasama faaliyetlerinde bulunur, hükümet etme yetkisini bu kanunlardan alır. Hükümetler siyasetlerini kanun çıkararak gerçekleştirir, toplumsal talepler kanunlarda karşılığını bulur. Modern hukuk, hukuk boşluğunu hoş göremez, boşluklar varsa da bir şekilde doldurulmalıdır. Zira artık hukuk normlarının nihai belirleyicisi olan kurum, bir ekolü temsil eden sivil otoriteler, belli bir coğrafyada hakim olan yerel otoriteler ya da herhangi bir güç sahibi erk değil doğrudan devletin kendisidir.

Yürürlükte olan Türk Medeni Kanununun ilk maddesi şöyle bir uygulama perspektifi çizmektedir: “Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır. Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir. Hâkim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır.”

Esasında İslam hukukçularının Kur’an ve sünneti yorumlamak üzere kurumsallaştırıp kullandıkları her yöntem hukuk boşluğuna mahal vermemek için hayatın değişkenliğine ve bu değişkenliğin nasları-metinleri zorlayan tabiatına karşı durmak için kullanılmıştır. İslam hukukçuları da uygulamada nasın “sözüyle ve özüyle” değindiği tüm meseleleri derleyip sistemli bir şekilde çözüme kavuşturup çözümlerini yazılı eserlerle kayıt altına alma gayreti gütmüşlerdir.

Bugün farazi bir İslam hukuku yasama organının naslar bakımından üzerine düşen görev de bu şekilde olacaktır. Karaman’ın ifadeleriyle; “kısaca yasama organının alanı:

1. Nasların nihai yorumunu yapmak
2. Nasların uygulanmasıyla ilgili kanunlar çıkarmak

3. Nasların temas etmediği alanlarda onların ruhuna uygun kanunlar çıkarmaktır.”²⁴⁷

Prof. Hasen Hamid Hassan yayınlanan bir tebliğinde “şeriatın kanunlaştırılması” kavramından bahsederek şu ifadelerle teklifini açıklar: “Şeriatın kanunlaştırılmasından maksat icihad yoluyla elde edilmiş fikhin anlaşılmasını kolaylaştıracak, hakimlere ve diğer hukuk adamlarına uygulamada yardımcı olacak bir kalıba sokulmasıdır. Bu da önce hükmü kanunlaştırılmak istenen mesele üzerindeki çeşitli icihadları derlemek, sonra da kanunlaştırmak üzere bunlardan birini seçmek suretiyle yapılacaktır.”²⁴⁸

Ortaya konulan bu teklifi esasında yukarıda incelediğimiz kanunlaştırma hareketlerinin mahsulü olan Mecelle ve Hukuk-u Aile Kararnamesi gibi örnekleriyle gerçekleşmiş olarak kabul edebiliriz. Bu süreç genel itibariyle başarılı bir şekilde uygulamaya konu olmuştur. Sultanların eliyle çıkarılan kanunnameye ve örfi hukuk uygulamasına aşına olan ulemanın kanunlaştırma faaliyetlerine muhalefet etmemesi bu bakımdan kayda değerdir.²⁴⁹ Dahası kanunlaştırma fikri gecikmiş bir proje olarak bile değerlendirilebilir.²⁵⁰

²⁴⁷ Hayrettin Karaman, *Mukayeseli İslam Hukuku*, İstanbul: İz Yay., 1974, 1. C, Sy 104

²⁴⁸ Hasen Hamid Hassan, *Ahbarü'l Aleml İslami*, C 13, s. 1048-1049 (Naklen: Hayrettin Karaman, *İslam Hukuk Tarihi*, İz yay., 2012, İstanbul, Sy 337)

²⁴⁹ Mehmet Akif Aydın, “*İslam Hukuku'nun Osmanlı Devleti'nde Kanun Hukukuna Doğru Geçirdiği Evrim*”, Sy 20

²⁵⁰ Hisham Ramadan, *İslam Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması: Ta'zir Cezaları Örneği*, Sy 645

Sonuç

Çalışmamızda hukuk güvenliği ve kanunlaştırma olgularını ele alırken öncelikle bu ikisi arasında sebep sonuç ilişkisini ortaya koymaya gayret ettik. Yasama organı eliyle çıkarılan günümüz anlamındaki kanunlaştırma faaliyetlerinin hukuk güvenliğinin tesisi için ne gibi roller üstlendiğine değindik.

Hukuk güvenliği ve kanunlaştırmanın hukukun genel fonksiyonları itibariyle önemini vurgulayıp yaşadığımız zaman itibariyle bu olguların genel kabul görmelerine ve pratik önemlerine vurgu yaptık.

İslam hukuku bakımından konumuzu değerlendirirken hukuk güvenliği ve kanunlaştırma düşüncesini, İslam hukukunun genel ve yapısal özellikleri bağlamında, ortaya koyduğu kuramsal hukuk bağlamında ele almaya çalıştık. İslam hukuk tarihinde bu yöndeki ihtiyaç, arayış ve çözümlere değindik.

Gördüğümüz kadarıyla İslam hukuku ve modern hukuk kendine has yapısal özellikleri olsa da uygulandığı toplumlarda bazı ortak problemlerle karşılaşmışlardır. Hukuk güvenliğinin tesisi meselesi bunlardan biridir.

Modern hukuk, kanunlaştırma yöntemiyle hukuk güvenliğini tesis etme noktasında önemli bir başarı sağlamıştır. İslam hukuku ise uygulandığı değişik dönemler itibariyle yararlandığı farklı farklı yöntemlerle hukuk güvenliğini gerçekleştirmiştir. Bu ihtiyaç tarih boyu hissedilmiş, buna ilişkin teklifler her dönemde varit olmuştur.

Serbest ictheadların resmen tedvin edilip tüm siyasal yapı bakımından geçerli olduğu süreç Tanzimat dönemine rast gelmekle birlikte bu sürecin ürünü olan kanunlar başarılı bir uygulama bulmuştur.

Netice olarak kanunlaştırmanın, hukuk güvenliğinin tesis edilmesi bakımından geçerli ve fonksiyonel bir uygulama olduğunu söyleyebiliriz. İslam hukukunun resmen uygulanması iradesinin mevcut olduğu siyasal yapılar bakımından, bugün itibariyle İslam hukuku kapsamında kanunlaştırma yönteminin uygulanmasını pratik bir zorunluluk olarak değerlendirmekteyiz.

BİBLİYOGRAFYA

AK, Ayhan, *İslam Hukuk Felsefesi (Köken ve Uyum Odaklı Analiz)*, İstanbul: Ensar Yay, 2014

AFYONCU, Erhan, “Nişancı”, *DİA*, C: 33, 2007, Sy 156-157

AL-KATIFI, A.H. “*Normes et Valuers dans L’islam Comtemporain*” (Doğu Arap Dünyasında Hukuki Modernleşmenin Birkaç Yönü), Payot, Paris, 1966

ALTUNDIŞ, Mehmet, “*Hukuki Güvenlik İlkesi*”, *Yasama Dergisi*, Sayı 10, Eylül-Ekim-Aralık 2008, Sy 60-94

APAYDIN, Hacı Yunus, “*Nikah Akdinin Mahiyeti ve İmam Nikahı Uygulaması*”, *Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Yıl:2000, Sayı:09, Sy 371-380

ARAL, Vecdi, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1991

_____ *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992

ASLAN, Nasi, “*Klasik Dönem Ceza Kanunnameleri Bağlamında Osmanlı Hukukunun Şer’iliği Üzerine*”, *Ç.Ü İlahiyat Fakültesi Dergisi*, C 3, Sayı 2, Temmuz-Aralık 2003, Sy. 17-44

_____ “*Osmanlı Hukukunun Oluşumunda Fetva ve Kaza Münasebeti*”, *Dini Araştırmalar Der.*, Mayıs-Ağustos 1999, c.2, s.4, Sy 85-100

ATAR, Fahrettin, *Fıkıh Usulu*, İstanbul: İFAV Yay., 2008

_____ “*Kadı*”, *DİA*, C:24, 2001, Sy 66-69

_____ “*Fetva*”, *DİA*, C:12, 1996, Sy 486-496

AYENGİN, Tevhit, “*İslam Hukukunun Kökeni Üzerine Bazı Düşünceler*”, *Usul Dergisi*, 4 sayı (2005/2), Sy 99-113

AYDIN, Ahmet, “*Dört Mezhep İmamının Otoritesini Tesis Eden Temel Unsurlar-Güven-Otorite İlişkisine Dair Analiz*”, İzmir: Türkiye Din Eğitimi Araştırmaları Dergisi, Sayı.4, 2017, Sy 77-88

_____ “*Devlet İdaresine Dair Konulara Fıkıh Eserlerinde Az Yer Verilmesini İbn Haldun’un Realist Siyaset Teorisi Ekseninde Değerlendirme*”, İzmir: Türkiye Din Eğitimi Araştırmaları Dergisi, Sayı:6, 2018, Sy 95-111

AYDIN, Mehmet Akif, “İslam Hukuku'nun Osmanlı Devleti'nde Kanun Hukukuna Doğru Geçirdiği Evrim” , Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları, Sayı 1. 2006 (Bahar), Sy 11-21

_____”Anayasa”, DİA, C:3, 1991, Sy 153-164

_____”Batılulaşma”, DİA, C:5, 1992, Sy 162-167

AYDIN, Hakkı, “İslam Hukuku, Devlet ve Ahkamussultaniye İlişkisi”, Sivas: Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Sayı:5, 2001, Sy 57-79

BAŞOĞLU, Tuncay, “Tazir”, DİA, C:40, 2009, Sy 198-202

BARDAKOĞLU, Ali, “İstishab”, DİA, C:23, 2001, Sy 376-381

BERKIN, N.M., “Kanunların Kudreti”, İstanbul Yüksek İslam Enstitüsü Yayınları, Sayı:4, 1962, Sy 17-20

_____”İslam Hukuku Miras Sistemi ile Medeni Kanunun Miras Sistemi Arasındaki Farklar”, Ankara Ün. İlahiyat Fak. Der., C:12, Sy 1-14

BOYNUKALIN, Ertuğrul, “Makasidü’ş-şeria”, DİA, yıl: 2003, C: 27, Sy 423-427

ÇAĞIL, Orhan Münir, “Hukukun Mahiyeti ve Fonsiyonu”, İctihad ve Makasid (Der:Ahmet Yaman), Konya: Yediveren Yay, 2002, Sy 17-28

DEMIRCI, İslam, “Osmanlı Şeyhülislamlık Kurumunun Bir Birimi Telif-i Mesail Şubesi”, İHAD, S:9, 2007, Sy 143-170

DEMIRCI, Mustafa, “Abdullah İbn’ül Mukaffa’nın Risaletüssahabe Adlı Risalesi: Takdim ve Tercüme”, İstem, Yıl:6, Sayı:12, 2008, Sy 217-240

DÖNMEZ, İbrahim Kafi, “İslam Hukukunda Müctehidin Naslar Karşısındaki Durumu ile Modern Hukuklarda Hakimın Kanun Karşısındaki Durumu Arasında Bir Mukayese”, İctihad ve Makasid (Derleyen: Ahmet Yaman), Konya:Yediveren Kitap, 2002, Sy 73-97

_____”Cehalet”, DİA, yıl: 1993, C: 7, Sy 219-222

_____”İcma”, DİA, yıl: 2000, C: 21, Sy 417-431

DUMAN, Ali, “Kadı Defterleri (Şeriyye Sicilleri), Mahiyetleri, Muhtevaları ve İslam Hukuku Açısından İncelenmelerinin Önemi”, EKEV Akademi Dergisi, Yıl:2011, Sayı:33, Sy 139-155

DURMUŞ, İsmail, “İbnü’l Mukaffa”, DİA, yıl: 2000, C: 21, Sy 130-134

EBU’L ULA MARDIN, Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa, Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yay., 2009

ELLEK, Hasan, “*Osmanlı’da Kanunlaştırma Hareketleri ve Mecelle*”, Gümüşhane Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 2014/3, c 3, sayı 6, Sy 119-159

ERDOĞAN, Mehmet, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri*, İstanbul: Ensar Yay., 2013

FENDOĞLU, Tahsin, “*Tanzimat Sonrası Hukuki Düzenlemeler ve Hukuk Düalizmi*”, Ankara: Yeni Türkiye Yayınları, Türkler, C. 14

FURAT, Ahmet Hamdi, “*Kadilkudatlık Müessesinin Oluşumu ve İlk Kadilkudatlar*”, İÜİFD, Sayı: 18, Yıl: 2008, Sy 104-121

GÖZÜBENLİ, Beşir , *Türk Hukuk Tarihinde Kanunlaştırma Faaliyetleri ve Mecelle*, Ankara:TDV yay., 232, Ahmet Cevdet Paşa Sempozyumu, 1997, Sy 283-299

GÖZÜBÜYÜK, Şeref, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*, Ankara: Sevinç Matbaası, 1991

GÜRKAN, Ülker, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, Ankara: Siyasal Kitabevi, Ekim 2012

GÜRİZ, Adnan, *Hukuk Başlangıcı*, Ankara: Siyasal Kitabevi, Ağustos 2009

HAYEK, Friedrich A. , *Hukuk, Yasama ve Özgürlük* (çev:Attila Yayla), İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yay, 1996

HEYD, Uriel “*Osmanlı’da Fetva Müessesesinin Bazı Tezahürleri*” (çev:Fethi Gedikli) İstanbul: Hukuk Araştırmaları Der. , 9/1-3, 1955, Sy 287-317

_____ “*Eski Osmanlı Hukukunda Kanun ve Şeriat*” (çev:Selahaddin Eroğlu), Proceedings of The Israil Academy of Sciences and Humanities”, Jerusalem 1969, c. 3 , Sy 642-652

İBN SINA, *El-İşarat Vet-Tenbihat*, Litara Yay., 2014, Çev: Ekrem Demirli

İNALCIK, Halil, “*Kanun*”, DİA, C: 24, 2001, Sy 323-324

_____ *Osmanlı’da Devlet, Hukuk ve Adalet*, İstanbul: Kronik Yay., 3. Baskı, Kasım 2016

_____ “*Kanunname*”, DİA, C: 24, 2001, Sy 333-337

KALLEK, Cengiz, “*Kitabul Haraç*”, DİA, C:26, 2002, Sy 101-104

_____ “*Maverdi*”, DİA, C:28, 2003, Sy 180-186

KARADOĞAN, Sercan, Uluslararası İslam Ceza Hukuku Sempozyumu Tebliğler Kitabı, Lale Yayıncılık, Nisan 2017, Sy 645-667

KARAMAN, Hayrettin, “*Fıkıh*” maddesi, DİA, C:13, 1996, Sy 1-14

_____ *İslam Hukunda İctihad*, Ankara: DİB Yayınları, Ankara, 1975

- _____ *İslam Hukuk Tarihi*, İstanbul: İz Yay., İstanbul, 2012
- _____ *Mukayeseli İslam Hukuku*, İstanbul: İz Yay., 1974, 1. cilt
- KESKİOĞLU**, Osman, “*Fıkıh Tarihi ve İslam Hukuku*”, DİB yay., Ankara, 1999
- KILIÇ**, Muhammed Tayyib, *İslam Hukukunda Kanunlaştırma Olgusu*, Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008
- _____ “*Umumi Hukuk Tarihinde Kanunlaştırma Olgusu*”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 1, Sayı:1 - 2, Aralık - Ocak 2011
- KOCA**, Ferhat, “*Hikmet*”, DİA, yıl: 1998, C: 17, Sy 514-518
- _____ “*Osmanlılarda Meşihat Dairesi İçinde Müstakil Bir Birim Olarak Fetvahane*”, İLAM Araştırma Dergisi, 2/1 (Ocak-Haziran 1997)
- KOÇ**, Yunus, “*Osmanlı Örfi Hukukunda Standartlaşma (16. yy.)*”, Hacettepe Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Enstitüsü, Sayı:2, Bahar 2005, Sy 131-148
- KOŞUM**, Adnan, “*Hukukun İşlevleri Arasında Zıtlık ve Adaletin Üstünlüğü Bakımından İslam Hukuku*”, AÜİFD 47, sayı 1, Sy 55-66
- KOZAK**, İbrahim Erol, *Kadim Dönemler Genel Hukuk Tarihi*, Konya: Palet Yayınları, İkinci Baskı, Ekim 2015
- KÖKÜSARI**, İsmail, *Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi*, Ankara: Adalet Yay., 1. Baskı, Nisan 2015
- KÖSE**, Saffet, “*Teşekkül Devrinde Fıkıhın Dünyeviliği Fikri ve Günümüzdeki Yansımaları*”, İLAM Araştırma Dergisi, C:2, S;2, Temmuz-Aralık 1997, Sy 195-222
- _____ *İslam Hukukuna Giriş*, İstanbul: Hikmetevi Yay, Şubat 2015
- KULUÇLU**, Erdal, “*Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkileri*”, Sayıştay Dergisi, Sayı 710, Sy 3-22
- KÜÇÜKTIRYAKI**, Ahmet Yasin, “*Osmanlı Devletinde Tanzimat Sonrası Aile Hukuku Alanındaki Gelişmeler ve Hukuk-ı Aile Kararnamesi*”, Hitit Üniversitesi İlahiyat Fak. Der., 2014/2, c.13, sayı:26, Sy 177-201
- MAHMASANI**, Subhi, “*İslam Hukukunun Tedvini*” (Çev:İbrahim Kafi Dönmez), İstanbul: MÜİFD, Sayı:3, 1995, Sy 313-328
- MAHMUTOĞLU**, Yakup, “*İslam Hukukunun Kazuistik Yapısı Üzerine*”, SDÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, C2, S1, Yıl 2012, Sy 131-151
- EL-MAVERDİ**, Ebu’l Hasan Habib, “*El-Ahkamü’s Sultaniye İslam’da Devlet ve Hilafet Hukuku*”(Çev:Ali Şafak), İstanbul: Bedir Yay., 2015

ORTAYLI, İlber, *Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devletinde Kadı*, Ankara: Turhan Kitabevi Yay., 1994

OVACI, Vahap, “*Mukayeseli Hukuk Çerçevesinde İslam Ceza Hukukunda Cehalet*”, Bozok Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, 8/8,2015/8, Sy 19-33

ÖZBUDUN, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, Ankara:Yetkin Yay., 7. Baskı, 2004

ÖĞÜT, Salim, “*Ebu Yusuf*”, DİA, C:10, 2009, Sy 260-265

ÖZEN, Şükrü, “*Kadıkudat*”, DİA, C:24, 2001, Sy 77-82

_____ “*İstislah*”, DİA, C:23, 2002, Sy 383-388

PAMIR, Aybars, “*Nişancı ve Hukuki Statüsü*”, AÜHFD, 59 (4) 2010, Sy 691-710

RAMADAN, Hisham, *İslam Ceza Hukukunun Kanunlaştırılması: Ta'zir Cezaları Örneği*, (Çev.:Sercan Karadoğan), Uluslararası İslam Ceza Hukuku Sempozyumu Tebliğler Kitabı, Lale Yayıncılık, Nisan 2017, Sy 645-667

ŞABAN, Zekiyüddün, *İslam Hukuk İlminin Esasları*,(çev:İbrahim Kafi Dönmez), Ankara: Diyanet Vakfı Yayınları, Aralık, 2015

ŞAFAK, Ali, “*El-Ahkamüs'Sultaniye*”, DİA, C:1, 1998, Sy 554-555

ŞAHİN, Metin, “*Normlar Hiyerarşisinin Türk İdare Hukukunda Uygulanması*”, Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi

ŞENER, Mehmet, “*Seyyid Beye Göre Halifenin Kanun Koymadaki Yetkisi*”, İzmir İlahiyat Fakültesi Vakfı Yay., 1999, Sy 99-105

ŞENTOP, Mustafa, “*Tanzimat Dönemi Kanunlaştırma Faaliyetleri Literatürü*”, Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi, C 3, sayı 5, 2005, Sy 647-672

TÜRÇAN, Talip, *İslam Hukuk Biliminde Hukuk Normu*, Ankara Okulu Yay., Nisan 2013

_____ “*İslam Hukukunda İki Farklı Geçerlilik Alanı: Kazai ve Diyani Hüküm Ayrımı*”, İslam Araştırmaları Dergisi, C:19, Sayı:1, 2006, Sy 159-167

_____ “*Sünni ve Mu'tezili Fıkıh Usulünün Tanımlanmasında Bir Kriter Olarak Şer'ilik Algısı ve İbaha Alanının Şer'iliği Sorunu Bağlamında Bir Örnekleme*”, Marife Dergisi, Yıl 5, Sayı 3, Kış 2005, Sy 195-211

UMAR, Bilge, *Hukuk Başlangıcı*, İzmir: DEU Hukuk Fakültesi Yayınları, 1997

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, “*Türk Hukuk Hayatındaki Düalizm ve Şer’i Hukuktan Laik Hukuka Geçiş*”, Ankara, 1968, Yargıtay Yüzüncü Yıl Dönümü Armağanı

YAYLALI, Davut, “*İslam Hukukunda Kazai-Diyani Hüküm Ayrımı*”, Dini Araştırmalar Der., Ocak-Nisan 2003, c.5, Sy 29-36

YETKİN, Aydın, “*Osmanlı Devletinde Hukuk Devletinin Gelişim Süreci*”, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, C:6, Sayı:24, 2013, Sy 380-413

YİĞİT, Yaşar, “*İslam Ceza Hukukunda Kanunilik İlkesi ve Kanunu Bilmemenin Cezalara Etkisi*”, Diyanet İlmî Dergi, C:36, Sayı:1, Ocak-Şubat-Mart 2000, Sy 55-84