

IDA. Baskı



Yıl : 1969

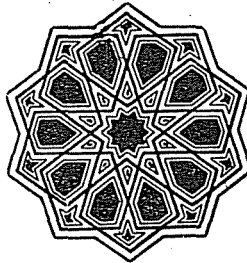


Cilt : XVII

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

İLÂHİYAT FAKÜLTESİ DERGİSİ

ANKARA ÜNİVERSİTESİ İLÂHİYAT FAKÜLTESİ
TARAFINDAN YILDA BİR ÇIKARILIR



İSLÂM HUKUKUNUN ANA HATLARI

Prof. Dr. ŞAKİR BERKİ

§. 1- İslâm hukukunun bu günkü önemi, ve kaynakları:

I- İslâm hukukunun önemi.

II- İslâm hukukunun kaynakları.

§. 2- İslâm hukukunun müstakil bir hukuk sistemi olduğu ve Roma hukuku ile farkları.

§. 3- İslâm hukukunun beşerî hukukla ilgisi, ve islâm hukukunda mahkeme içtihadı ve doktrin:

I- Beşerî hukukla ilgisi.

II- İslâmda doktrin ve mahkeme içtihadı.

1. İslâm hukukunda doktrin

2. İslâm hukukunda mahkeme içtihadı.

§. 4- İslâm hukukunda hukukun tasnifi ve taksimi.

§. 5- İslâmda Amme hukuku:

I- Anayasa Hukuku.

II- İdare Hukuku.

III- Ceza Hukuku.

IV- Usul Hukuku.

V- Devletler genel Hukuku.

VI- Toprak Hukuku.

§. 6- İslâmda özel hukuk:

I- Medenî Hukuk; 1. Şahıs Hukuku; 2. Aile Hukuku; 3. Aynî Haklar;

4. Miras Hukuku.

II- Borçlar Hukuku ve İş Hukuku.

III- Ticaret hukuku.

Etüd, bu plân nazara alınarak en genel prensiplere istinatla yapılacaktır.

I- İslâm Hukukunun Önemi ve Kaynakları

I - İslâm Hukukunun Önemi :

Gerek memleketimizde, gerek yabancı memleketlerde islâm hukukunun kısmen veya tamamen okutulması ve mukayeseli hukuk faaliyetlerinde ihmal olunmaması hukuk ilminde bir fantazi değildir. Bu hukuka ehemmiyet verilmesinin sebebi, halen bu gün dahi mahkemeleri işgal edecek mahiyette olmasındandır. Filhakika, bu gün değil yalnız Türk Mahkemeleri bütün dünya mahkemeleri Devletler Özel Hukuku prensipleri icabından olarak, gerek re'sen, gerek tarafların göstermesi üzerine islâm mevzuatını nazara alarak hükmetmek mecburiyetinde kalabilirler. Türk Mahkemeleri ise, fazla olarak, aşağıdaki hallerde islâm hukukunu uygulamak mecburiyetinde kalabilirler:

1) Medenî Kanundan evvelki ölümlerle açılan mirasın taksiminde islâm miras hukukunun, yani Kur'anı kerimdeki hisse ve taksim esaslarının tatbiki karşısında kalınabilir. Bu mecburiyet, Medenî Kanunun mevkii mer'iyet ve sureti tatbikine dair olan kanunun verasetde hakkı müktesebi red etmemiş olan ilgili maddeleri hükümlerinden doğmaktadır. Medenî Kanunun kabulünden uzun bir zaman ve meselâ 100 sene gibi bir müddet geçtikten sonra artık Türkiyede eski miras davâlarının zuhur etmeyeceği binnetice, Türk mahkemelerinin ve hukukcularının islâm hukuku esaslarını tatbik etmekden kurtulacakları tarzındaki bir noktai nazar yanlıştır; zira, Medenî Kanundan evvel ölen bir kimsenin bilfarz değil ikinci, üçüncü, altıncı batın torunları mirasçı olarak râcih hakka sahip olduklarını iddia ederek başkasına intikal etmiş olan terekeyi iktisab için miras sebebi ile istihkak davâsı açsalar ve davâlı bu davâda mürurzaman def'inde bulunmasa, mahkeme müruru zamanı re'sen nazara alamayacağından, bizzarur eski miras hükümlerine, yani islâm miras hukuku esaslarına göre hükmetmek zorunda kalacaktır.

2) Toprak hukuku sahasında da Türk hâkimleri Cumhuriyet devrinden evvel tahsis edilmiş olan metrûk arazi¹ ve hususiyle Mer'a, Yaylak ve kış-

1 Metrûk arazi ve çeşitleri için Etüdün 5. nci Paragrafının VI. Nolu kısmına bakınız.

laklarla ilgili ihtilâflarda evvelki hukukun prensiplerini² tatbik etmekle mükelleftirler. Filhakika, Arazi Kanununun metrûk arazi ile ilgili ahkâmı sâbık hâdiseler için olduğu kadar 2. No. lu atıfda işaret bulunduğu üzere, Cumhuriyet devri mevzuatıyla tahsis edilen mer'alar hakkında da kabili tatbik olabileceğinden, mülga değildir.

3) Medenî Kanundan evvel yapılmış olan Vakıflarla ilgili davâlarda da, Türk hâkimleri ve hukukcuları, islâm vakıf hukukunu nazara almak mecburiyetindedirler. Bu itibarla İmparatorluk vakıf hukukundan bigâne kalmak hukuku, hele tatbikatçı için düşünülecek şey değildir.

Bütün bu sebepler ve konu derinleştirildiği ve teferruatla ele alındığı zaman eklenmesi mümkün sair sebepler karşısında islâm hukukunun bilhassa memleketimiz bakımından tatbikî yönden önemini tamamiyle kaybetmemiş bir hukuk olduğu kolayca anlaşılacaktır.

4) Nihayet, mukayeseli hukuk sahasında islâm hukukunun beynelmilel ehemmiyetine de işaret etmek lâzımdır. Filhakika, islâm hukuku Roma hukukundan müstakil³ bir hukuk sistemi olduğundan genel mukayeseli hukuk ilminde ihmal edilmemekte, Dünya Fakültelerinin bazılarında ve Mukayeseli Hukuk Enstitülerine incelenmektedir. Türkiye Hukuk Fakültelerinde de seçimlik ders olmakla beraber Mukayeseli Hukuk dersleri mevcut olup, bu dersleri islâm hukukunu ihmal ederek okutmak muhakkak ki, nakisedir. Zira islâm hukuku ile Roma ve bu günki bazı hukuk sistemlerinin mukayesesi neticesinde, çok original farkların mevcudiyetine vâkıf olunacaktır. Bu farklar öyle farklardır ki, mesleği hukuk ilmi olanlar tarafından lakayıt kâhnamaz. İlahi hukuk ile beşerî hukuk arasındaki enteresanlık ancak bu mukayese sâyesinde meydana çıkarılabilir. Keza bu mukayese sayesinde ki, ilâhî ahlâk ve hukukdan istiane etmemiş beşerî hukuk ve beşerî hukukdan faydalanmamış ilâhî hukuk bulunmadığı anlaşılacaktır.

Türkiye Üniversitelerinde Mukayeseli Hukuk Enstitüleri de faaliyettedir. Bu kürsülerin, yani Mukayeseli Hukuk kürsüleri ile Enstitülerinin gâyesi yalnız mer'î kanunları değil, hukuk tarihinin yarattığı Roma, İslâm,

2 Yani Arazi Kanununun Mer'a ve yaylak ve kışlaklarla ilgili ahkâmı tatbik edilecektir. Hattâ bu hükümler, Cumhuriyet devrinde tahsis edilen Mer'alara dahi uygulanır: Yeni mevzuatda mer'alar hakkında sükût bulunan ahvalde, mer'alara ait örfî hükümleri tatbik etmek Medenî Kanunun 1 inci maddesi icabındandır.

3 Roma ve İslâm hukuklarının yekdiglerinden müstakil hukuk sistemleri olduğu aralarındaki original farklardan derhal anlaşılır. Bu hususta bakınız: Şakir Berki "Etudes de droit" (Fransızca-Türkçe), No. 3-4, Ankara 1968, page: 1-3.

İngiliz ve Cermen hukuku gibi müstakil hüviyet ve mevki olan hukuk sistemleri arasındaki farkları da belirtmekten ibarettir. Aksi halde mezkûr kürsü ve Enstitü faaliyetleri nâkısdır.

Görülüyor ki, hangi cepheden bakılırsa bakılsın, İslâm hukuku mazîye karışmış, tatbikî ehemmiyetini yitirmiş bir hukuk manzumesi değildir. Roma hukuku gibi ancak bazı müessese ve kaideleri zamanla ve muhtelif millî hukuk ceryanlarıyla islah ve mecedilmiş olarak dolayısıyla berhayat bir hukuk değildir. Hattâ İslâm hukuku, bazı islâm memleketlerinde tamamen, bazılarında kısmen mevzuat halinde uygulanmakta, yani doğrudan doğruya berhayat olmakda devam etmektedir.

II - İslâm Hukukunun Kaynakları :

Hukukda kaynak mefhumu tatbikî ehemmiyeti olan bir mefhumdur: Bir ihtilaf ancak hukuk kaynaklarındaki silsileye, sıraya uyularak halledilir. Medenî Kanunun 1 inci maddesindeki hüküm bu keyfiyeti teyide kâfidir. Bu madde ihtilâfların hallinde mahkemelerin mer'î kanunların (daha doğrusu mevzuatın, yani kanun, tüzük ve yönetmelik) lafız ve ruhuunu yani mevzuatın sarîh veya zımî hükümlerini, bunların yokluğunda örf ve âdet hukukunu, örf de yoksa kendi içtihadlarını nazara alarak hükmedeceklerini beyan ediyor. Hiç bir hâkim, kendisine hal için arz olunan ihtilâfı, kanun veya örfde hüküm yoktur diye red edip, icrayı kaza vazifesinden iktinab edemez. Mevzuat ve örf yokluğu karşısında kendisi kanun koyucu makamı olsa idi o hadiseyi hangi esaslarla tanzim eder idi ise o vechile, o esasa göre davayı neticelendirerek bir karara varmaya mecburdur. Mahkemelere tahmil edilen bu mecburiyet, yani kanun ve örfün mutlak sükûtu karşısında davâyı şahsî kanaatleriyle neticelendirici bir karara varmaları mecburiyeti, kanunların ve örfün derpiş etmediği ihtilâfların resmen hal çaresiz kalması lüzumuna binaendir. Aksi halde bu çeşit ihtilâflar, taraflar arasında, kuvvetlinin kuvvetsizi ezmesini, zorbalıkla hak alınmasını ve binnetice cemiyetde anarşiyi önlemek için ihdas edilmiş olan şahsen ihkâkı hak yaasağının yeniden ihdas ve ihyası mevzuubahis olurdu.

Burada ehemiyetle kayde değer ki, hâkim, bir meselede Temyiz Mahkemesi Genel Kurulunun veya İctihadı Birleştirme kararı bulunsa bile, bunlara mutlaka uymaya mecbur değildir. Zira bunlara muhalif olarak vereceği karar belki temyiz edilmeyecek⁴ ve bu suretle kararı kaza sahasında nihâf

⁴ Bir hükmün temyiz edilmemesi ya temyiz hakkından feragat edilmekle, veya temyiz müddetini kaçırmakla mümkün olabilir. Bazı kararlar daha vardır ki hiç temyiz edilmeksizin

otorite iktisab eyleyebilecektir. Hele münferit hâkimin kararı bozan Yargıtay Daire kararına karşı ısrar hakkı usul hukukunda enteresan gördüğümüz meselelerdendir. Bizce, Mahkemelerin ısrarı ancak bir kararın ekseriyetle bozulmuş olması halinde kabul edilmelidir. Aksi hal, hem halkın adalete itimatsızlığını tevhit eder, hem Genel Kurul İşlerinin hacmini artırır. Usul hukukunun tekniğiyle ilgili bu meselede burada bu kadarla yetinmek kâfidir. Meseleyi bu yazıda zikretmiş olmamızın sebebi, islâmda kaza bahsini iyi anlamak içindir.

İslâm hukukunda da kaynak mefhumunun muasır manâ ve ehemmiyeti aynıdır. Filhakika kaazî, yani icrayı adâlet etmekle mükellef memur, yani hâkim⁵ bir devâda karar verirken dilediği gibi hareket edemez, istediği şekilde hükmedemez; islâm hukukunun kaynaklarında davâ konusu ihtilâfî halledecek sarahat veya delâlet, yani sarîh veya zımnî hüküm mevcut oldukça bu hükme uyarak karar vermeye mecburdur. Kaynaklarda mutlak sükût mevcut ise, davâyâ bakmamazlık edemez. İçtihadı ile hükmeder.

İslâm hukukunun menşesindeki, yani Hz. Peygamber zamanındaki, Asrı Saadetdeki, kaynakları, üçütür: Bunlar İslâm hukukunun aslî kaynaklarıdır ki, sıradan bir hukukcunun mutlaka bilmesi lâzımdır. Hele kaza vazifesinde her şeyden evvel bunlarla hüküm zarurîdir. Bu kaynaklar eyi bilinmedikçe islâm hukukunda alelâde bir hukukcu ve hâkim dahi olmak mümkün değildir.

Bu önemli kaynaklar sırası ile şunlardır:

1. Kur'anı Kerim.
2. Sünnet.
3. İçtihad.

1. Kur'anı Kerim.

İslâm hukukunun ilk kaynağı Kur'anı kerimdir. Filhakika bu son kutsî kitap, yalnız iman, ibadet, ahlâk, iktisad, sıhhat, ilh. gibi konulara dâir ol-

kesin hüküm (Muhkem kazıye: Kazıyei muhkeme) haline gelir. Diğer cihetten hâkimlerin Yargıtay Daire kararlarına mutlaka uymaları icab etmez. Dairece kararı temyiz edilip bozulan bir hâkimin kararında ısrar etmeye hakkı vardır; İsrar üzerine Yargıtay Genel Kurulu hâkimin rey'ini münasip görebilir; bu halde mahkemenin kararı Temyizden geçmek suretiyle nihâi otorite, muhkem kazıye (kesin hüküm) kuvvetini iktisap etmiş olur.

5 Kaazî dilimizde (Kadı) haline gelmiştir ki bu galatdır; kaim vâlîde kaim birader, yani ana yerine kaim olan, geçen, kardeş yerine kaim olan, geçen kelimeleri de böyledir, yani kayın vâlîde kayın baba, kayın birader ilh. olarak yanlış kullanılmaktadır.

mayıp, Kamu ve özel hukukun ve hattâ Devletler Hukukuna taalluk eden prensipleri en genel bir şekilde ihtiva eyleyen ilâhi hukuk Anayasası mahiyetindedir. Kur'anı kerimde, teferruatı her milletin ihtiyaçlarına ve inkişaf seviyesine uygun şekilde düzenlemek beşerî faaliyete terk edilmiş olmakla beraber, Demokratik idare zaruretine işaret eyleyen âyetlere dahi tesadüf olunur. Filhakika, hattâ Hz. Muhammede hitaben "işlerinde arkadaşlarıyla müşavere et.." mealinde hüküm mevcuttur⁶. En geniş manâsında demokrasi, idare edenlerin câmiaları şahsî ve keyfî kanaatlerine göre idare etmeyip istişareye müstenit idare tarzıdır ki, bunun şekli hattâ zamanımızda gerek Anayasalardaki gerek seçim kanunlarındaki ayrılıklar dolayısıyla tenevvü eder. Hz. Peygamber zamanında ve ondan sonraki devirlerde henüz halkın çok cüz'î bir kısmı tenevvür etmiş olduğu, ve o devirlerde hükûmet icraatını halka aksettiren, halkı hükûmet tasarruflarından günü gününe haberdar eyleyen neşriyat mevcut olmadığı nazara alınacak olursa, o devirlerde demokrasinin ancak nüve ve manâsının en genel şekilde belirtilmiş olmasıyle iktifa edilmiş olunmasının sebebi kolayca anlaşılır. Kur'an kerimde demokratik idarenin nüvesi mevcut olduğuna göre, demokratik idare islâm dininde de kabul edilmiş addolunmak lazımdır. Ancak muasır gelişmede münkeşif demokrasi insan faaliyet ve düşüncesine terk olunmuştur. Esasen Kur'anı kerimde her müessesese hakkında en genel esaslar mukayyet olup, teferruat beşer zekâsına havele edilmiştir.

Beşerî Anayasalarda olduğu gibi, ilâhi Anayasalarda da bazı meseleler sükûtla geçiştirilmiş olabilir. Bu gibi meselelere Kur'anı kerimde de tesadüf edilir. Bu halde mevcut sükût Hz. Peygamber zamanında onun emirleriyle doldurulurdu. Ancak Doldurulan boşluk Hadisi Kutsî yardımıyla olmayıp, Peygamberin kendi içtihadı ile vâki olmakta idi ise, Cenabı Resul bu hususlarda daha evvel kayd olunan âyeti kerime emrine uyarak mesaî arkadaşlarını da istişare eder, kendi kanaatini derhal impoze eyleyip tatbik mevkiine koymazdı. Hz. Peygamberden sonra Halife, yani Resûl gibi Devleti Kur'an ve Hadislerle ve bunlarda sarahat bulunmayan hallerde istişareye önem vererek idareyi üzerlerine almış olan Devlet reisleri de istişare müessesesini ihmal etmezlerdi.

Anayasa olmak itibarıyla ne Hz. Peygamber, ne halefleri Kur'andaki esaslara muhalif emir veremeyecekleri gibi, boşlukları doldururlarken de aynı veçhile hareket ederlerdi. İstişare ile elde edilen noktai nazar da Kur'

6 Kur'anı Kerim Al İmran Sûresi, Ayet: 159. keza: Şura Suresi, Âyet: 36.

ana aykırı olamaz. İstişare edeni aydınlatmak bakımından önemli olup, ona kabul mecburiyeti tahmil etmez. İstişare eden, beyan edilen fikri, müşayere edilen noktai nazarını kur'ana, hadise uygun bulur ve kendi fikrinin istinat ettiği delillerden daha kuvvetli delillere dayandığını müşahede ederse, onu kabul eder, aksi halde şahsî kanaatini tatbik mevkiine koyar. Keyfiyet bu gün de aynıdır; Bakanlık müsteşarlarının, hukuk müşavirlerinin fikirleri hep istişarî mahiyettedir.

Kur'anî kerimde özel hukukla ilgili en genel prensipler de yer almış bulunmaktadır: Şahıs hukuku, Aile hukuku, aynı haklar, Borçlar Hukuku, Miras hukukuna ait prensipler bu kutsî kitapda mevcuttur. Hava hukuku, trafik hukuku ilh.. gibi hukuk mevcut olmamakla beraber, bu gibi hukuk branşlarının beşer zekâsı ile ihtiyaç hâsıl oldukça ihdas olunamayacağı da sarîh veya zımnî şekilde yer almış değildir. Binanaleyh, müslüman milletler muasır zaruretler karşısında beliren ihtiyaçlar için kanun yapmak yetkisine sahiptirler. Keyfiyet bu günkü modern Anayasalarda da aynıdır. Meselâ Anayasalar toprak davâsına ait en genel prensipleri koyarlar; meseleyle ilgili teferruatı Toprak mevzuatı, müstakil toprak kanunlarına havale ederler; keza matbuat hürriyetine ait esasları kayd edip, teferruatı Matbuat kanununa terk eylerler. Daha bir çok misaller verilebilir: Üniversite hakkındaki prensibi vaz eder, teferruatı Üniversiteler Kanunu ile ikmal eylerler. Yargı hakkında prensipler koyar, her çeşit yargı için iktiza eden usulün Usul kanunlarıyla tanzim edileceğine atıf yaparlar. Daha bir çok misaller verilebilir.

Ehemmiyetle kayde değer ki, Kur'anî kerimde de ferdî münasebetlerde ilk kanun irade muhtariyetinden doğan mukaveledir. Bir mesele hakkında mukavele, veya Devletler arasındaki bir konuda muahede mevcut ise, çıkacak ihtilâfî mahkemeler mukavele veya muahede hükümlerini nazara alarak halle mecburdurlar Ancak mukavele Kur'ana aykırı olamaz. Hattâ Kur'anın âmir hükümleine aykırı olamaz demek daha doğrudur. Zira Kur'anî kerimde bazı hükümler vardır ki âmir değildir; cenabı Allahın tavsiyesi dir. Riayet olununca Allah mükafatlandırır, hoşnut olur, bazı günahları bağışlar. Meselâ miras taksim edilirken mirasçı olmayıp da taksim sırasında mevcut bir fakire de terekeden bir miktar verilmesi şeklinde tecellî eden hassas miras kaidesi, Allahın bir tavsiyesidir. Yerine getirilirse, hoşnut olur, yapılan teberru, terekeden yapılan sadakayı, yapanların günahlarını bağışlamak, çalışma gayretlerini artırmak, daha fazla servet sahibi kılmak için himmetini esirgemez. Keza Kur'anî kerimde borçlanıldığı zaman yazmak ve şahit tutmak tavsiye buyrulmaktadır. Lâkin bunu yapmamak günaha götüren bir muhalefet sayılmaz; tavsiye ilâhiye yerine getirilse idi, istikbalde belki menfaati muhtel

olmazdı. Çünkü cenabı Hak bu tavsiyeyi sırf fertlerin menfaatlerini garanti-lemek, istikbalde aralarında bir ihtilaf çıkarak mahkemelerde para ve zaman kaybetmemek ve nihayet böyle bir ihtilaf yüzünden aralarındaki sevgi ve dostluk ve hattâ kardeşliğin tezelzüle oğramamasını temin buyurmak için yapmış bulunmaktadır. Şu halde bu ve buna benzer Kur'anı kerim hükümleri âmir hükümlerden değildir. O halde bu hükümlere riayet edilmeden yapılmış olan muameleler bâtil, keenlemyekûn olmayıp, muteberdir. Binnetice bir hâkim, davâ açan alacaklıya senet ibraz edememesi halinde, davasını redde yetkili değildir; şahit dinlenmesi veya yemin beyyinelere istimal olunarak âdaletin tecellisine çalışmak vazifesidir. Buna mukabil Kur'anı kerimde bir çok âmir hüküm vardır ki, bunlara riayet etmek mecburîdir; aksi halde hukukî muamele hüküm tevhit etmez. Meselâ bir şahıs arkadaşına 10000 lira ödünç verip, yazılı ve şahitli mukavele yaparak % 2 fâiz istenmiş bulunsa, Kur'anı kerimde Fâiz memnû olduğundan işbu mukavele için fâiz talebine dair olan hükmü keenlemyekûndur; ancak mukavele re'sûlmal için delil olarak ibraz olunabilir. Keza evlâd edinmek Kur'anı kerimde memnû değildir; fakat bir kimse evlâd edindiği çocuğu ancak hakiki babasının adı ile çağrabilir, ona kendi soy adını veya lakabını veremez⁷. Binnetice, aksine mukavele ile evlâd edinilse, evlâtlığın evlâd edinene kendi adını taşımasına dâir olan ve bugünkü evlâd edinme hükümlerini kabul eden kayıtlar hükümsüz olur.

Keyfiyet modern hukukda da aynıdır. Filhakika, kanunlarda âmir hükümler ve tefsir edici hükümler olmak üzere iki çeşit hüküm vardır. Fertler tefsir edici hükümlere riayet etmeye mecbur değildirler. Aksine mukavele yapabilirler. Meselâ bir menkulün satılmasında müşteri satım akdi yapılırken menkul nerede idi ise, satın aldığı menkulü orada almaya kanunen mecburdur. Lâkin Borçlar kanunundaki bu hüküm âmir hüküm değildir. Aksi mukavele edilmiş ise ona göre hükmolunur. Buna mukabil fâiz haddini tahdit eden kanun hükümleri âmir hükümlerendir; kanun ne nisbetde fâiz alınabileceğini kabul etmiş ise, o nisbet aşarak fâiz şartını muhtevî bir mukavele için işbu şartı hükümsüzdür. Bir çok misal verilebilir.

Hülâsa, Kur'an hukukunda olduğu gibi, modern hukukda da mahkemeler her şeyden evvel taraflar arasındaki anlaşmaya göre hükmederler; ancak bu anlaşma âmir hükümlere aykırı olmamak lazımdır. Demek oluyor ki, bu kayıtlar mukavele de hukukun kaynaklarıdır, hattâ ahkâmî âmir, (âmir hükümler) ihlal edilmedikçe özel hukukun ilk kaynağıdır. Keyfiyet, vâki izahatdan anlaşılacağı üzere islâm hukukunda da böyledir.

7 Ahzab şâresi Âyet: 5.: "Oğullukları babalarının adıyla çağırınız..".

Şu çok kısa izahat ve kayıtlar gösteriyor ki, Kur'anı kerimde hukukun esasları ile ilgili çeşitli hükümler vardır; bu itibarla İslâm hukukunun ilk kaynağı olarak evvelâ Kur'anı zikretmek zarurîdir.

Hz. Peygamber ve ondan sonra devlet başına gelenlerin hiç biri iki bakımdan diktatörlük yapamazlardı.

1) Evvela Peygamber de dahil olmak üzere Devlet idaresinde Anayasa mahiyetinde olan Kur'anı kerim hükümlerine muhalefet edilemez. Hz. Peygamberin dahi kur'ana aykırı icraatde bulunması, ve Kur'an hükümlerini kendi arzusuna göre değiştirecek tatbik etmesi imkân haricinde idi⁸.

2) Devlet işlerinin bu işlere ehil olanlara verilmesi, hâkimlerin ve sair memurların, rüşvet, iltimas gibi ferdî menfaat için amme menfaatini feda edici hareketleri Kur'anda şiddetle memnûdur ki, bu esaslar modern mevzuatda da tâkip olunmaktadır. Memuriyete alınma şartlarının derpişi ve rüşvet, iltimas, ihtilas gibi hareketlerin mevzuatla cezalandırılmış bulunması iddiannın açık delilidir.

Diktatoryal idarelerde ise diktatör, bu gibi kayıt ve şartlardan azâdedir. Devlet işlerine ehil olsun olmasın dilediğini getirmek, iltimas ve rüşvet gibi hareketleri yapanları iş başında tutmak yetkisi dahilindedir. Hz. Peygamber dahi bu diktatoryal tasarruflarda bulunamazdı; aksi halde Allaha ve onun kullarına (halka) karşı büyük mes'uliyet yüklenmiş olurdu.

Kur'anı kerimde kamu hukukundan olan ceza hukukuna ait prensipler de yer almıştır. Hattâ cemiyetin hırsızlık ve yol kesmek gibi emniyet ve âsâyişinin baş düşmanı olan hareketler beşerî kanunlardaki cezalara nazaran daha şiddetli müeyyidelerle men edilmiştir. Meselâ hırsızın elinin kesilmesine dâir olan hüküm meşhurdur⁹.

Kur'anı kerimde usul hukuku ile ilgili olarak, bilhassa yalan yere yemin yalan şahadet gibi adâletin aksi istikametde tecellisine hizmet edecek olan hareketlerin ağır şekilde cezayı mucib olacağı beyan buyrulmaktadır¹⁰.

8 Elhakka sûresi, Âyet: 45-46: "Eğer o elçi bize karşı bir takım sözler uydursa idi onu sağ elimizle yakalar, kalbinin damarlarını koparırdık..".

9 Mâide Sûresi, Âyet: 38. Mamafih, zaruretler memnuu mubah kılar kaidesi nazara alınarak her hırsızlık vak'ası el kesmeyi mucib olmaz. Bu itibarla Hz. Ömer kâhik devirlerinde yapılan hırsızlıkların fâillerine el kesme cezasını tatbik etmezdi.

10 Bakara Sûresi, Âyet: 283 Nisa suresi, Âyet: 135. Bu hususta daha bir çok âyeti kerimeler vardır. Aynı konuda ibretle etüd edilecek Hadisler de mebzuldür/.

Mamafih, Usul Hukuku başlı başına bir mevzû olup, Haz. Peygamberin koyduğu esaslar, Hz. Ömerin vaz eylediği prensipler bu günki modern Usul Hukukunu idare eden esaslardan pek farklı değildir¹¹.

İslâm hukukunda Toprak ve İş Hukukunun en genel esasları gerek Kur'anı Kerim, gerek Hadislerde yer almıştır ki, bunlar yeri gelince özlü olarak incelenecektir.

Bu izahat Kur'anı Kerimin hangi sebebe binaen islâm hukukunun ilk kaynağı olduğunu teyide kâfidir. Binaenaleyh, İslâm hukuku hakkında en genel ve asgarî bilgiyi edinebilmek için her şeyden evvel Kur'andaki hukukla ilgili hükümleri titizlikle ve ilim gözüyle etüd etmek zarurîdir. Kur'anın hukuka dair prensipleri iyi bilinmedikçe, islâm hukuku eserlerinden de bihakikın istifade etmeye imkân olamaz. Bu eserlerin doğru olup olmadığını kontrol de imkânsızlaşır. Keyfiyet aynen beşerî hukukdaki gibidir. Meselâ bir kimse Medenî Kanun hükümlerini bilmezse, Medenî hukuk hakkında yazılan eserlerin doğru olup olmadığını takdirden âciz kalır. Bu eserlerde ileri sürülen fikirlerin ve verilen izahâtın kanun hükümleriyle ne derece irtibat halinde bulunduğunu anlamak mümkün olmaz. Tefsirlerin isabet derecesi takdir olunamaz.

Kur'an bilgisine ve ahkâmına yukuf, "Kelâm" ilmi ile elde edilir. Bu itibarla bu ilme çok önem vermek zarurîdir. Mensuh âyet mensuh olmayan âyet ilh. gibi nâzik ve hattâ islâm hukukcuları arasında dahi münakaşa konusu olmuş meseleler üzerinde müstakil etüdler, Seminerler, ve hattâ tezler yaparak derinleşmek ve kat'î bir neticeye, gerekçeleriyle vâsıl olmaya çalışmak zarurîdir.

2. Sünnet.

İslâm hukukunun ikinci kaynağı, Hz. Peygamberin ekserisi Kur'anı kerimdeki hukuk esaslarının tefsirinden ibaret olan sözlerine (Hadis), hareketleri veya sükûtlarına genel olarak Sünnet denir. Bu kısa kayıttan, üç çeşit Sünnet olduğu anlaşılmaktadır.

A-Sünneti kavliye, B-Sünneti filîye, C-Sünneti takrirîye.

A-Sünneti kavliye:

Hazreti Peygamberin sözle ifade ettikleri hukuka kaynak teşkil eden beyanlarıdır. Meselâ, Hükmederken nasafetin rehber edilmesine dâir olan

¹¹ Bu hususda Ali Himmet Berki nin "İslâm'da Kaza" adlı eserine bakınız.

hadisler bu kabildendir ve Kur'anı Kerimin tefsiri mahiyetindedir. Zira Kur'anda insaf tavsiye eyleyen çeşitli âyetler vardır. Keza Hz. Peygamberin "bana arz olunan vâkıya göre hükmederim" mealindeki hadisi de sünneti kavliye zümresindedir. "Emîrin izni ile ölü araziye ihya edene o arazinin verileceği" mealinde olup toprak hukuku ile ilgili hadis de sünneti kavliye-dendir. Daha bir çok misaller verilebilir. "Arz olunan vâkıya göre hükmetmek" mealindeki hadis modern usul hukukunda aynen câridir. Filhakika modern hukuk sistemlerine göre mahkemeler iddia ve vâkıalarla bağıdır. Yani hâkim müddeinin talebinden fazlasına hükmedemeyeceği gibi, arz olu-nup da zabıtlara geçirilmiş olan vâkıalar dışına çıkarak karar da veremez.

B-Sünneti fiiliye.

Hz. Peygamberin söz söylemeksizin, sırf hareketleriyle bir işin câiz ol-duğunu veya olmadığını belirtmesidir.

C-Sünneti takririye.

Cenabı Peygamberin bir hareketi gördüğü halde men etmemesi o hare-ketin câiz olduğunu zımnen beyan eylemesidir.

Kayde şâyandır ki, Hz. Peygamberin her sözü, fiili ve sükûtu sünnet sayılmaz; binnetice hukuka kaynak değildir. Bu hususda aşağıdaki esaslar bilhassa kayde şâyandır:

- 1) Peygamberlik çağına kadar ki sözleri Hadis addedilmemek lazımdır.
- 2) Her insan gibi yaptığı hareketler de sünnet addolunmaz. Meselâ paza-ra gidip Hanei Saadete dönerken arkadaşlarından bilfarz Hz. Ebubekir e oğrayıp biraz oturması ilh..Sünnet değildir.; yani her müslümanın pazardan evine dönerken "Peygamber böyle yapardı veya yapmıştı" diye bir arkadaşı-nın bürosuna veya mağazasına veya evine oğraması icab etmez.

Hz. Peygamber, gerek Kur'anın tefsiri mahiyetinde olan, gerek içtihâdi olan hadislerinde hatâ yapabilir mi idi? Bu nâzik meselede ancak "Zelle"den bahsedilebilir. İnsan olması hasebiyle hatâ etmesi mümkündür¹². Hz. Peygam-berin düşeceği hatâyâ Zelle denir. Ve Cenabı Peygamber ancak hakkında Kur'anda ve Hadisi kutsîlerde henüz hüküm geçmemiş olan hallerde zellede bulunabilir. Bundan başka, Peygamber hatâsı ile sair kulların hatâsı arasın-da şu mühim fark vardır: Peygamberlerin hatâsını ancak Allah tashih buyu-

¹² Zira hatâ işlemeyen yalnız Allah'tır. Bundan başka Kur'anı Kerimde Hz. Muhammed'e de hitaben istişare lüzumunu belirten Âyeti kerimeler mevcuttur.

zur: kullarını sâir her kul tashihe mezundur. İşte Kur'anı kerimdeki "Peygamber hatâ işlemez" mealinde ifade buyrulan hüküm bu hakikati ifade etmek içindir. Üzerinde daha çok kayıtlarda bulunmak mümkün olan bu meselede burada bu kadar işaret etmeyi kâfi buluyoruz. Kısaca yapılan bu izahatı Kur'anı kerimdeki "Ey İman edenler Allaha ve Resûlüne uyunuz.. amellerinizi iptal etmeyiniz.." mealindeki âyeti celile de teyide kâfidir. Bu âyeti kerimeden maksad, Kur'andaki esaslara, yani Allahın âyetlerindeki hükümlerle Peygamberin Hadislerine itirazsız itaatın zarurî bulunduğunu beyandır. Şu halde Hz. Peygambere itaat vardır, muhalefet yoktur; çünkü Muhammed vahiy ile konuşur, kendiliğinden konuşmaz¹³ ve bir zellede bulunsa Hâlıkı onu derhal tashih buyurur ve Peygamber bu tashih üzerinde hatâsında asla ısrar etmezdi.

Yukardaki kayıtlardan Hz. Peygamberin bir diktatör olduğu neticesine de varılamaz. Filhakika, din ve hukuk sahasında İlâhî Anayasa olan Kur'an esaslarından ayrılmaya mezun değildi. Bu hususu teyid eden âyeti celileler vardır ki, en önemlisini daha evvel kayd ettiğimizden burada tekrara lüzum yoktur.

Hadis bahsinde önemli hususlardan biri de Sahih ve Gayrisahih Hadis konusudur; Filhakika, Hz. Muhammede izafe olunan her söz ve rivayet olunan her hareket Hadis ve sünnet olmayabilir. Uzatmadan en ehemmiyetli kıstas kayd edilmelidir: Bir Hadisin sahih olup olmadığı her şeyden evvel Kur'anı Kerim hükümleriyle ahenkdar olup olmamasından anlaşılır. Meselâ "Tereke ancak vârisler arasında paylaşılır, başka şahıslara terekeden bir şey verilmez" şeklinde bir söz Hadistir diye nakledilse, bu hadis sahih (Hakikî) hadis olamaz. Zira, Kur'anı kerime aykırıdır; Çünkü baştan sonuna kadar her vesile ile sadakaya ve fakirleri himayeye önem vermiş olan bu son Kutsî kitabda "Mirasın taksimi sırasında mevcut fakirlere de terekeden bir şey veriniz" mealinde çok hassas ve munsif bir Tanrı buyruğu vardır¹⁴.

Keza, daha evvel de işaretlenmiş olduğu gibi, Hz. Muhammed in peygamberlikten evvelki bir sözü, peygamber olduktan sonra inzal buyrulan Kur'anı Kerim hükümlerine aykırı olmasa bile Hadis addedilemez. Her ne kadar Hz. Muhammed 40 yaşına, yani Peygamberlik vazifesiyle bahtiyar olduğu ana kadar, ahlâkı, ve çok isabetli düşünüş ve adâleti ile bütün Arabis-

13 Yani Âyeti Celileleri vahiy ile telekkî eder; binnetice Kur'andaki âyetlerden şüpheye mahal yoktur. Hepsî Allah kelâmıdır. Peygamberin kendiliğinden bir heca, bir harf dahi ilâvesi yoktur.

14 Nisa Sûresi; Âyet: 8.

tana ün salmış ve "El Emin: kendisine güvenilir insan" lakabını alarak bütün hareketleri ve sözleri ile Halka örnek teşkil edecek müstesna bir şahsiyet idi ise de, Peygamberlik gelmedikçe emsal teşkil edecek mahiyette olan sözlerine ve hareketlerine itaat mecburiyeti olmadığından o safhadaki yani peygamber olmadan evvelki söz ve hareketlerini Hadis olarak kabul etmek hem mümkün hem doğru değildir.

Hadisler ikinci kaynak olarak, birinci kaynak olan Kur'anı kerime nazaran daha az kuvvetlidir. Şu manâda ki, Kur'anı kerimdeki âyet hükümlerinin mevcudiyetinde müçtehitler arasında hiç bir ihtilaf olmadığı halde, bir çok hadislerin sahîh olup olmadığı, dört mektebin (Mezheb) kurucuları ve devam ettiricileri arasında münakaşa mevzuu olmuştur.

Hadisler, muhtevâ itibariyle ya Kur'anı kerimdeki sarîh hükümlerin peygamber sözüyle tekrar ve teyidi, başka türlü ifade edilişi, yahut kur'anın lafzî veya ruhî tefsiri, veya Kur'anı kerimin çok münakkah ve mücmel oluşu itibariyle izaha muhtaç hükümlerinin aydınlatılması, yahut, Kur'anı Kerimde mutlak sükût olan¹⁵ meselelerde cenabı peygamberin resullük sıfatına münhasır içtihadlarıdır. Bu sonucu halde Hz. Peygamber, bizzat teşriî kuvvet vazifesi yapmaktadır. Filhakika Kur'anın beşer zekasına bıraktığı meselelerde, Peygamberin ve hattâ, ilerde İctihad bahsinde tafsîl edileceği veçhile, sâir âlimlerin noktai nazarları ile hükmedilecektir. Ancak gerek Peygamberin içtihadı, gerek sair bilginlerin kanaatleri Anayasa olması itibariyle Kur'anı Kerimdeki esaslara muhalif olamaz.

Hz. Peygamberin boşlukları dolduran içtihadı ile, sâir islâm müçtehidlerinin içtihadı arasındaki ehemmiyetli fark şudur: Hz. Peygamberin içti-

15 Hiç şüphe yokki Kur'anı kerim aynen beşerî Anayasalar gibi ancak en genel prensipleri muhtevîdir; teferruatı ve ilerde doğacak ihtiyaçları beşerin zihni ve fikrî faaliyetlerine terk eder. Nitekim Kur'anı Kerimde Çek, Poliçe, Trafik, hava ilh.. gibi hukuk konularına temas dahi edilmemiştir. Fakat bu gibi hukuk kollarına sarîh veya zımnî şekilde engel yoktur ve böyle bir engel Hadislerde de bulunamaz. Binnetice değişen ve gelişen medenî ihtiyaçlara, teknik ilerlemelere ticarî ve ekonomik zaruretlere binaen islâm dininde ve hukukunda hukukcuların faaliyet göstermesi gerekmektedir. Mühim olan nokta yapılacak kanunlar ve tesis edilecek içtihadların Kur'anı kerimin âmir hükümlerine aykırı olamayacağıdır. Âmir hükümler diyorum; çünkü Kur'anı kerimde âmir olmayan, ancak ilâhî tavsiye mahiyetinde, yapılmadığı zaman cezayı mücib olmayan hükümler de mevcuttur: Tereke paylaşılırken Fakirlere de terekeden bir şey verilmesine, borçlanıldığı zaman senede rapt olunmasına ilh.. gibi hususlara dâir olan hükümler bu zümredendir. Bu ilâhî tavsiyelere riayet edilmediği takdirde amme intizamı ihlal edilmez, ancak ferdi menfaatler tehlikeye düşebilir veya Cenabı Hakkın lutfına mazhariyet mümkün olmaz. Üzerinde uzun yazılabilecek olan bu konuda burada bu kadar kayıtda bulunmayı kâfi addediyoruz.

hadı Hadis olduğundan, dört İmam (Hukukta ileri giden Reis) da dahil olmak üzere bütün hukukcular ve mahkemeler tarafından itirazsız riayet görecektir. Yani Kur'anda bir mesele hakkında sarahat veya delâlet mevcut olmadığı gerekçesiyle mezkûr şahıslar derhal ihtilâfî şahsî kanaatleriyle halle kalkışmayacaklar, Hadis bulunup bulunmadığını araştıracaklardır¹⁶.

Lakin çok önemli ve enterasan olan şu husus belirtilmelidir: Hz. Peygamber devrinde dahi Hâkimler için içtihad kapısı kapalı değildi. Yani bir hâkim (Kadı) kendisine arz edilen ihtilâfî hal için Kur'anda hüküm bulunmasa ve Hadis de olmasa Hz. Peygambere müracaat ederek, müşkil durumda kaldığını, davânın onun tarafından hükme bağlanması lâzım geldiğini ileri sürüp, ihtilâfî peygambere havale edemez veya keyfiyeti ona sorup verilecek hükmün nasıl olması lâzım geldiğini resmen¹⁷ isteyemez. Kendi şahsî içtihadı ile hükmetmeye mecburdur.

Hadis, islâm, dininin ve hukukunun ikinci önemli kaynağı olduğu cihetle Hadis ilmine vukuf şarttır. Aksi halde İslâm dininde ve hukukunda müchtehit olmak şöyle dursun, alelâde bir islâm hukucusu seviyesine bile ulaşamaz¹⁸.

Hadis ilmini islâmda ve islâm hukukunda ihtilâfsız bir kaynak haline getirebilmek için her şeyden evvel Sahih Hadisleri ve bunların hukuka taallük edenlerini derlemek lâzımdır. Bu derlemede dört mektebin üzerinde ihtilâf etmedikleri Hadisleri ilk plâna almak zarurîdir. Derleme yapılırken konulara göre tasnif de şarttır¹⁹.

3- İctihad.

Kur'an ve Hadislerde bir mesele hakkında mutlak sükût bulunduğu, bu kaynakların lafız ve ruhunda ihtilafı halle yardım edici bir hüküm bulun-

16 Keyfiyet bu gün de farksızdır. Kanunda hüküm yoktur diye hemen içtihad edilemez. Kanunların tatbikini ve izahını gösteren Nizamname olup olmadığı araştırılmak lâzımdır. Varsa içtihad câiz olmaz. Bundan başka yüksek dereceli mahkemelerin benzer meselelerdeki kararları da bu günün hâkiminden içtihad yetkisini kısmen kaldırmaktadır.

17 Lâkin özel olarak Cenabı Peygamberi istişare edebilir ve adâletde yanlışlık yapmamak için ona göre hükmedebilir. Bu gün de böyledir: Bir hâkim, müşkil durumda başka meslektaşını veya bir hukukcuyu istişare edebilir. Lâkin karar yerinde onlardan bahsetmesi usulden olmadığı gibi câiz de değildir.

18 İlâhiyet Fakültesitede "Hadis İlme" okutulmasının sebebi budur. Bu ilme vukuf olmayan, müftilik, vâizlik yapamayacağı gibi, islâm hukuku sahasında sâlim bir mütalâada da bulunamaz.

19 Bu hususda İslâm Hukukunun kodifikasyonu meselesine tahsis edilecek olan bahse bakınız.

madığı takdirde, hukukcu ve hâkimlerin kendi fikrî faaliyetlerinin meydana getireceği sureti hal demektir ki, özel ve resmî olmak üzere ikiye ayrılır.

A-Özel doktrin hukuk ilminde geniş vukufu olan hukukcuların bir mesele hakkındaki fikrî faaliyetleri mahsulüdür ki, muhtelif olabilir; yani yekdiğerine benzemesine, uymasına imkân olmayabilir. Esasen içtihadın içtihadla nakzedilemeyeceğine dâir olan kaide de bu gibi çeşitli noktai nazar ve fikir mahsulüne yer verilmesini âmirdir. İslâm hukukunda özel doktrin çok enteresan ayrıntılar gösterdiğinden bu hukukda dört mektep (Mezhep) kurulmuştur. İslâm hukukunda içtihad kapısı kapalı olsa idi böyle dört mektebin kurulması imkânsız olurdu. Bu dört mektep mensuplarının çeşitli görüş tarzları da nazara alınacak olursa, İslam hukukunda içtihad hürriyetinin vüs'ati eyce anlaşılır²⁰.

B-Resmî doktrin: mahkemelerin tesis etmiş olduğu doktrindir, ki ehemmiyeti bilhassa bu gün söz konusudur. Zira aşağı dereceli bir mahkeme, üst dereceli mahkemelerin bazı kararlarına uymaya mecburdurlar. Meselâ bir Asliye mahkemesi Temyiz Genel Kurul veya İctihadı birleştirme kararına uymak zorunda kalmaktadır. Aksi halde verdiği kararın bozulması, kendisine not kaybettirir ve dolayısıyla terfî ve maaşında ilerlemeden mahrum edebilir. Temyizin Daire kararlarına ise, bir hâkim ısrar hakkını hâizdir. Mamafih, bu gün dahi kaununda, örfde sarahat olmayan hallerde mahkemelerin verecekleri kararlar içtihadîdir. Ve içtihad içtihadla nakzedilmez kaidesi mucibince üst derecedeki mahkemeler tarafından bozulamaz. Ancak hâkimin bu suretle tesis edeceği içtihadta hukukun genel prensipleri ihlâl edilmiş ise, içtihadın muhteremliği ve istiklâli nazara alınmaz, bu gibi içadlar da nakız edilebilir.

İslâm Hukukunda İstinâf ve temyiz yoktu. Ancak sonraları ve bilhassa İslâmî ahlâkın zayıflamaya başladığı devirlerde Divanı Mezâlim ve Darül' adl namlarıyla divanlar tesis edilerek hükümlerin temyizi safhası da zarurî oldu²¹.

İslâmda bu gün dahi içtihad kapısının açık olduğuna işaret lâzımdır: Bir kimse Kur'an ve Hadis ilmine eyce vâkıf olur ve ötedenberi İslâm hukukunu içersesine incelemiş, bu sahada fikir yormuş bulunup da eserler yarat-

20 Roma hukukunda aslı hukuk mektepleri "Proculien" ve "Sabinien" olmak üzere iki idi.

21 Bu hususta bilgi edinmek için: Ali Himmet Berki nin "İSLÂMDA KAZÂ" Hüküm ve Hâkimlik ve tevâbii, adlı eserinin 60-64 üncü sahifelerine bakınız.

miş olan müctehid ve âlimlerin bu faaliyetlerini de tâkip etmiş bulunursa, içtihad kudretine elbet sahip ve lâyük olur. Binnetice Kur'anda ve Hadislerde hüküm bulunmayan hallerde kendisi kanun koyucu imiş gibi düşünüp hüküm vermek serbestisinden tam manâsiyle faydalanır. Şurası mühimdir ki, Kur'anı kerim ve Hadislerde mutlak sükût vardır diye diğer eserlere önem verilmeden içtihad yaratmaya kalkışmak hatâhıdır. Zira İslâm hukukcularının mezkûr eserlerinin tetkiki, bir mesele hakkında Kur'anda ve Hadisde hüküm bulunup bulunmadığı mevzuunda da araştırma yapmak demektir. Filhakika Kur'an ve Hadisler dâima sarîh hükümler ihtiva etmezler, delâlet yoluyla hükümleri de muhtevîdirler. Bilhassa Kur'anın ve Hadislerin lafzî ve ruhî tefsirleri ehemmiyetlidir. Bir meselede Kur'anda ve Hadislerde ruhî tefsir yoluyla bir hüküm mevcut ise yine içtihad edilemez. İşte meşhur islâm hukukcularının eserlerini tetkik ve ondan sonra içtihadla hüküm zarureti olup olmadığı düşünmek bunun için lâzımdır. Bu tetkikat yapıldıktan sonra Kur'an ve Hadislerin lafız ve ruhunun mutlak sükût ihtiyar ettiği anlaşılırsa içtihad kapısı açıktır. Keyfiyet modern beşerî kanunlarda da farksızdır. Bir hukukcu veya hâkim, bilfarz Medenî Kanunun lafzî ve ruhî tefsirinden istifade için vaktiyle yazılmış eserleri tetkik ihtiyacı duymadan içtihad etmeye meyil ederse, yanlış yoldadır; öyle ki bu usulü tatbik ederek hareket etmesi halinde belki kanunu tatbik etmemiş olmak tehlikesini yaratır. Zira kanunlar yalnız lafzlarıyla değil, ruhu ile de kabili tatbiktir. Kanunun ruhundan bir hüküm istidlâli mümkün iken bunu yapmayıp içtihadla gitmek Medenî Kanunun 1 inci maddesi hükmüne de aykırıdır. Kanunların ruhî tefsiri hukukda en güç olan bir meseledir. Binnetice böyle meselelerde meşhur hukukcuların fikirleri araştırılmak lâzımdır. Bu araştırma yapılmadan şahsî içtihadla hükmetmek biraz evvel beyan edilen mahzurları doğurur.

Kayd olunan şekilde çalışmalara rağmen Kur'an ve Hadislerde sarîh veya zımnî bir hükmün mevcut olmadığı anlaşılırsa, muasır hukukcular dahi İmamı Âzam ilh. gibi deha mertebesine yükselmiş olanların içtihadına mutlak uymaya mecburiyet duymaz. Ancak bunların bir mesele hakkındaki içtihadını red mücib sebebsiz olamaz. Hukukcu, mücerret "kanımıza göre, zannımızca ilh.." gibi ibareleri delil yaparak aynı meselede serd edilmiş olan bir fikri tenkit edemez. Tenkit sebeplerini, gerekçeleri zikretmek lâzımdır. Aksi hal, içtihad değil, şahsî ve mücib sebebi olmayan keyfî bir noktâ nazar olmaktan ileri gidemez. Bunun içindir ki, muasır Usul kanunlarında bir mahkemenin hükmünü nakzeden Temyiz Mahkemesinin dahi nakız sebeplerini zikretmesi mecburiyeti derpiş edilmiştir.

Kur'anı Kerimde hava Hukuku, trafik hukuku, fikrî haklar ilh. gibi mevzûlarda sarahat ve hattâ delâlet olduğu iddia edilemez. Hadisler hakkında da aynı şey'i söylemek, bu hukuk kollarının muasır ihtiyaçlardan doğmuş olması itibariyle yanlış olmaz. Binnetice, bu mevzularda devrin islâm hukukcusu İmam Âzam ilh gibi büyük hukukcuların eserlerinden de istifade edemez. Şu halde Kur'an ve Hadislerdeki ana prensipler ihlal edilmedikçe, muasır hayatın icaplarından olan bu hukuk kollarının islâm âleminde de yer almasının câiz olduğu yolunda bir içtihad elbet de hatâlı olmaz.

Kur'an ve Hadisler münakkahtır; mücmeldir, yani en genel prensipleri veciz ve pek kısa tarzda ilân etmişlerdir. Bu itibarla mutlak sükût bulunan hallerde beşer zekâsına önem verilmiştir. Keza bu en genel prensiplerin lafzî ve ruhî tefsirleri de hukukcuların gayretlerine terk olunmuştur. Böyle olmasa idi, işte o vakit İslâmî ilimler ve islâm hukuku donmuş, terekkîye mâni bir din ve hukuk haline gelmiş olurdu.

Keyfiyet Modern beşerî hukuk ve mevzuatda da aynıdır: Anayasalar ve bunların ilân ettiği esaslara uygun tarzda hazırlanmış olan Ana kanunlar münakkahtır, ancak prensipleri ve bu prensiplerin akla gelebilen ve tatbikatında en çok tesadüf olunan neticelerini ifade ederler. Teferruatı hukukcuların faaliyetine terk eyerler. Böyle olmasa idi Medenî Hukuk, ceza hukuku ilh. sahalarda yüzlerce eserler yazılmazdı.

Bütün bu izahatın önemli bir neticesi de şudur: İslâm hukukunun gelişmesinde, orijinal bir mahiyet almasında büyük dahli olmuş bulunan dört mektep (Mezheb) de muteberdir. Bir hukukcu bu mekteplerden yalnız birine saplanıp kalamaz. Zira, bir mekteb mensesûbininin derpiş etmediği bir mesele ve fikir diğerinde bulunabilir. Bundan başka hepsi ülemadan olduğu cihetle, bir mesele hakkında bir mektebin fikri diğerinden başka olabilir. Bu günün hukukcusu mutlaka Şâfiî mektebinin fikrini veya mutlaka Hanefî mezhebinin noktai nazarını kabule mecbur değildir; Hambeli mektebinin aynı konudaki görüşünü daha münasip bulabilir ve onu kabul eder. Esasen bu mektepleri kuran büyük hukukcular aksini de iddia etmiş değildirlere. Hattâ büyük Hukukcu İmamî Âzâm talebelerini bile kendi fikrini kabule zorlayıcı bir tedris usulü tâkip etmemiş, aksini tensip eylemiştir ki, büyüklüğünün sebeplerinden biri de budur.

Bütün bu izahat, şurada burada tesadüf edilip, İslâm hukukunun terakkiye mâni donmuş bir hukuk olduğu şeklindeki beyanlarda ne derece isabet olduğuna dair okuyucuya bir kanaat vermeye kâfidir.

İşte bu içtihad serbestisi sâyesindedir ki İslâm hukukunda dört hukuk mektebi ve şubasının kurulması mümkün olmuştur; bu mekteplerden en kıymetlisi Sâbit bin Numan (İmamı Âzam) tarafından kurulan ve Hanefî Mektebi (Mezhebi) nâmiyle anılanıdır. Bu mektebe kıymet itibarıyla rüchan verilmesinin iki önemli sebebi vardır:

1) İslâm Hukukunun temellerini atan evvelâ bu mektep olmuştur. İmamı Âzamın Fıkı Ekberi İslâm hukukunun kurulmasına hizmet etmiştir.

2) Bu mektep kurucusu ve mensupları aynen Asrı Saadetde olduğu gibi hükmederlerdi. Yani Kur'an ve Hadisde hüküm bulunmayan hallerde şahsî içtihadlarıyla hareket eylerlerdi.

Ehemmiyetle kayd olunsun ki, Hanefî Mektebinin diğerlerinden daha üstün tutulmuş olması, İslâm hukukunda kodifikasyon bahsinde izah edileceği üzere, bu mektep mensuplarının, bunu kurmuş olan İmamı Âzamın içtihadı ile dahi bağh kalmamalarına müsâit bulunduğuandır. Zira, daha evvel işaretlendiği üzere, İctihadın içtihadla nakzedilmesi mümkün değildir. Aynı esas, Cenabı Resûl devrinde de mevcuttu. Hz. Muhammed, Muaz bin Cebeli kazâ vazifesiyle tavzif buyurduğu zaman ondan Kur'anla bunda hüküm yoksa Sünnetle bunda da hüküm bulamazsam içtihadımla hükmederim cevabını almış ve bu cevaba memnun olmuştu.