Cumhuriyet İlahiyat Dergisi-Cumhuriyet Theology Journal

ISSN: 2528-9861 e-ISSN: 2528-987X

26/2 (December/Aralık 2022), 717—741

İslam Hukuku Perspektifiyle Hukukî Realizmin Analizi

An Analysis of Legal Realism From the Perspective of Islamic Law

Ayhan Ak

Doç. Dr., Ondokuz Mayıs Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi

İslam Hukuku Anabilim Dalı

Associate Professor, Ondokuz Mayıs University, Faculty of Theology

Department of Islamic Law

Sakarya, Türkiye

ayhan.ak@omu.edu.tr orcid.org/0000-0003-1268-4684

Article Information/Makale Bilgisi

Article Types / Makale Türü: Research Article/Araştırma Makalesi

Received/Geliş Tarihi: 31 July/Temmuz 2022

Accepted/Kabul Tarihi: 24 November/Kasım 2022

Published/Yayın Tarihi: 15 December/Aralık 2022

Pub Date Season/Yayın Sezonu: December/Aralık

Volume/Cilt: 26 **Issue/Sayı:** 2 **Pages/Sayfa**: 717-741

Cite as/Atıf: Ak, Ayhan. "İslam Hukuku Perspektifiyle Hukukî Realizmin Analizi." *Cumhuriyet İlahiyat Dergisi* 26/2 (Aralık 2022), 717-741. https://doi.org/10.18505/cuid.1151808

Ak, Ayhan. "An Analysis of Legal Realism From the Perspective of Islamic Law." *Cumhuriyet Theology Journal* 26/2 (December 2022), 717-741. https://doi.org/10.18505/cuid.1151808

Plagiarism/İntihal: This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software. / Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

Published by/Yayıncı: Sivas Cumhuriyet University, Faculty of Theology/Sivas Cumhuriyet Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi.

Ethical Statement/Etik Beyan: It is declared that scientific and ethical principles have been followed while carrying out and writing this study and that all the sources used have been properly cited/Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde bilimsel ve etik ilkelere uyulduğu ve yararlanılan tüm çalışmaların kaynakçada belirtildiği beyan olunur (Ayhan Ak).

Telif Hakkı&Lisans/Copyright&License: Yazarlar dergide yayınlanan çalışmalarının telif hakkına sahiptirler ve çalışmaları CC BY-NC 4.0lisansı altında yayımlanmaktadır./ Authors publishing with the journal retain the copyright to their work licensed under the CC BY-NC 4.0.

An Analysis of Legal Realism From the Perspective of Islamic Law

Abstract: In this study, first the basic principles and approaches of legal realism will be introduced, and then it will be compared to some particular issues in Islamic law. The uncertainty approach advocated in legal realism cannot be found in Islamic law, therefore, the analysis will be carried out in terms of the issues where is a consensus (ijmā) and where certainty is found via authenticity (thubūt) and meaning (dalālah). Because in Islamic law, ijmā refers to the most advanced fixed and clarified legal notion which is transformed into firm evidence and sealed the controversial issues. The subjects of consensus are among the fixed, untouchable and backbone topics in Islam. Contrary to the methodological, conceptual and principled uncertainty expressed in legal realism, it should be stated that there is certainty on the sources, concepts and principles in Islamic law. The fact that law practitioners operate on an uncertain ground makes the rule of law impossible and turns unlawfulness into its basic form. Muslim legal scholars do not consider legal rules that become clear with ijtihad as absolute law. The possibility of error will always exist for a mujtahid- despite he is bound by his own ijtihad. The approach that ignores the source of law inevitably becomes contradictory to Islamic law. Because the science of fiqh, which expresses the structural analysis of Islamic law, is essentially based on the concepts of finding the root and the determining the root. Contrary to legal realism, in Islamic law, it is impossible to ignore ethics at legal level, in other words ethics takes an indispensable position in both theory and practice of Islamic law. Despite the approach of realists that justice is subjected to law, although it is said that justice is subject to law in matters reached the consensus, it is not possible to talk about the fixation of justice at the level of ijtihad. Even though the current law formed by case law is fair, the new law that can be formed with new case law will also be fair. In this state, at the level of case law, justice is guided by law and at the same time it governs the law. While the legal realists say that all legal rules express possibility; the Muslim legal scholars have taken the balanced approach by emphasizing that some rules express certainty and others imply probability. In realism, concepts, methodology are unimportant and worthless, the results are what matters. In Islamic law, the method is as important as the result or even more than the result. In Islamic law, arbitrary sentimentality and personal tendencies in the clarification of law are not acceptable in judicial processes. As seen in the legal realism, for Islamic law, it is not possible to defend a casuistic approach of focusing on the event by ignoring the general rules of law for any period and the schools of Islamic law. To qualify any judgment to be Islamic, this judgement should be based on the al-Kitāb, al-Sunnah, and the abstract legal norms. It is not possible to make an analysis by ignoring the naṣṣ (the divine sources of Islam). Although the pluralist approach may seem positive in terms of offering a wealth of alternatives at first glance, it involves significant risks in terms of consistency. Each legal system and school have its own unique history, geography, concepts and methodology. The legal norms produced by each civilization basin, the value codes of that civilization are loaded. A legal system that is free from the value codes of the civilization in which it was born is unthinkable. The biggest resistance that the pluralist approach will encounter is in the field of cultural consistency. Because the norm of law carries traces from different planes and dimensions of culture and civilization beyond logic and morality. Taking norms from another legal system means transferring values from that civilization basin, which causes to fundamental inconsistencies and conflicts in the functioning of law. When legal pluralism is analysed in terms of Islamic law, it is seen that every rule, concept or principle included in the legal system is subject to the test of conformity with the al-Kitāb, Sunnah, consensus and basic principles of Islam. It is not possible to include a norm that does not comply with the rules into the system. This rule constitutes the essence of the pluralist approach that can be mentioned in the context of Islamic law. Therefore, a limited and regular pluralism can be mentioned in order to get the solutions of different legal schools. According to Islamic law, a pluralist approach to include the solutions of other legal systems directly into the system without going through any auditing process is not possible. No form of law from Roman law, Socialist law, or Jewish law can be directly incorporated into Islamic law. However, if some practices of the people in the conquered regions are in accordance with Islamic law, they are accepted and the continuation of the existing practices is ruled within the scope of customary evidence. It does not matter if these practices are based on any other legal system. The important point here is to comply with the al-Kitāb, the Sunnah and the basic principles of Islam. According to Islamic law, the fact that any practice is legitimate and valid in another legal system is not held an absolute and valid reason for it to be qualified as a void (mardūd). In terms of Islamic law, the expression explaining the state is not "force" but "the fulfillment of religious orders and worldly affairs." The ulama are in agreement that it is obligatory for Muslims to establish a state for the fulfillment of religious orders and the management of worldly affairs.
Keywords: Islamic Law, Legal Realism, Uncertainty, Sources of Law, Values.

İslam Hukuku Perspektifiyle Hukukî Realizmin Analizi

Öz: Bu çalışmada öncelikle hukukî realizm temel ilke ve yaklaşımlarıyla tanıtılacak, ardından belirlenen hususlarda İslam hukuku ile mukayese yapılacaktır. İcmâ edilen, sübut ve delâlet bakımından kat'iyyetin bulunduğu meseleler bakımından yapılacak tahlilde

hukukî realizmde savunulan belirsizlik yaklaşımına İslam hukukunda yer yoktur. Çünkü İslam hukukunda icmâ, en ileri düzeyde belirginleşen, sabite haline dönüşen, tartışmaya kapanan meseleleri ve hukuk alanını ifade eder. İcmâ edilen hususlar İslam'ın sabiteleri, dokunulmazları, omurgasıdır. Hukukî realizmde ifade edilen usulî (köke ilişkin), kavramsal ve ilkesel belirsizliğin aksine İslam hukukunda belli kaynaklar, kavramlar ve ilkeler üzerinde belirginlik ve sabite söz konusudur. Hukuki realizmde görülen, hukukun yargı kararıyla varlık kazanması ve belirginleşmesi yaklaşımı, yargıçları hukuk yapıcılar olarak ön plana çıkarmakta, yargıçlar devletini beraberinde getirmekte, yasama ve yürütmeyi büyük oranda zayıflatmaktadır. Hukukî realizmdeki belirginliğin tüketici, mutlak; İslam hukukunda içtihadî alandaki belirginliğin ise nisbî olduğu söylenebilir. İçtihatla belirginleşen hukuk hiçbir müçtehit tarafından mutlak hukuk olarak değerlendirilmeyecek, kendi içtihadıyla bağlı olan müçtehidin zihin dünyasında da hata ihtimali her zaman mevcut olacaktır. Hukukun kaynağını göz ardı eden yaklaşım, yapısal olarak İslam hukukuyla çelişik nitelikte olmak zorundadır. Çünkü İslam hukukunun yapısal tahlilini ifade eden fıkıh usulü ilmi özde kök algısı ve kökün tespitine dayanır. Realizmin aksine İslam hukuku bakımından hukuk düzleminde ahlakı reddetmek imkânsızdır, hukukun gerek teorisi ve gerekse pratiğinde ahlak vazgeçilemez konumdadır. Realistlerin adaletin hukuka tâbî olduğu yönündeki yaklaşımlarına karşılık, icmâ edilen kat'î hususlarda adaletin hukuka tabi olduğu söylense de içtihadî düzlemde hiçbir yaklaşım bakımından adaletin sabitlenmesinden söz etmek mümkün değildir. İçtihatlarla oluşan mevcut hukuk adil olsa da yeni içtihatlarla oluşabilecek yeni hukuk da adil olacaktır. Bu haliyle içtihadi düzlemde adalet, hukuk tarafından yönlendirilmekte ve aynı zamanda hukuku yönlendirmektedir. Hem yön vermesi hem de yönlendirilmesi, adaletin İslam hukukuna özgü görünümüdür. Realistler hukuk alanında kurallara karşı çıkarlarken, İslam hukukçuları genel hukuk kurallarını ortaya koymuşlar ve teferruatıyla tahlil etmişlerdir. Realistler bütün hukuk kurallarının ihtimal ifade ettiğini söylerken; İslam hukukçuları, bazı kuralların kesinlik, bazılarının ise ihtimal ifade ettiğini vurgulamak suretiyle denge yaklaşımını esas almışlardır. Realizmde kavramlar ve metodoloji önemsiz ve değersizdir, önemli olan sonuçlardır. İslam hukukunda ise metot sonuç kadar hatta sonuçtan da önemlidir. Hukukî realizmde görülen haliyle, genel hukuk kurallarını yok sayarak olaya odaklanmak şeklinde bir yaklaşımı İslam hukukunun hiçbir dönemi ve ekolü için savunmak mümkün değildir. Çünkü herhangi bir yargının İslamî olarak nitelendirilebilmesi için temelde Kitap'a ve sünnete dayanma zorunluluğu vardır. Plüralist (çoğulcu) yaklaşım, ilk bakışta, alternatif zenginliği sunması bakımından olumlu gibi görülebilse de tutarlılık bakımından güçlü riskleri barındırmaktadır. Her hukuk sistemi ve ekolünün nevi şahsına münhasır tarihi, coğrafyası, kavram haritası ve metodolojisi vardır. Her medeniyet havzasının ürettiği hukuk normlarında, o medeniyetin değer kodları yüklüdür. Doğduğu medeniyetin değer kodlarından arındırılmış bir hukuk sistemi düşünülemez. Plüralist yaklaşımın karşılaşacağı en büyük direnç kültürel tutarlılık alanındadır. Çünkü başka bir hukuk sisteminden normlar almak o medeniyet havzasından değer aktarımı yapmak anlamına gelir ki bu da hukukun işleyişinde esaslı tutarsızlık ve çatışmalara yol açar. Hukuk sistemine dâhil olan her kural, kavram ya da prensibin Kitap, sünnet, icmâ ve İslam'ın temel ilkelerine uygunluk testine tabi olduğu görülür. İslam hukuku bağlamında söz konusu edilebilecek plüralist yaklaşımın özünü bu kural oluşturur. Farklı mezheplerin çözümlerini alabilmek bakımından sınırlı ve kurallı bir çoğulculuktan söz edilebilir. Diğer hukuk sistemlerinin çözümlerini herhangi bir denetim sürecinden geçirmeden doğrudan sistem içerisine almak şeklindeki bir plüralist yaklaşım İslam hukuku açısından mümkün değildir. Ancak fethedilen bölgelerdeki insanların bir kısım uygulamaları İslam hukukuna uygunsa ve örf delili kapsamında mevcut uygulamaların devamına hükmedilir. Önemli olan Kitab'a, sünnete, İslam'ın temel ilkelerine uygun olmaktır. Herhangi bir uygulamanın başka bir hukuk sisteminde meşrû ve merî olması, onun İslam hukuku bakımından merdud olarak nitelendirilmesi için mutlak ve muayyen bir sebep değildir.

Anahtar Kelimeler: İslam Hukuku, Hukukî Realizm, Belirsizlik, Hukukun Kaynakları, Değerler.

Giriş

Pragmatist hukuk görüşü[1] ve sosyolojik hukuk kuramları[2] olarak isimlendirilen hukukî realizmin özünde *belirlilik* ve *rasyonalite*nin, *mekanik* ve *şeklî/kavramsal* yaklaşımın reddi vardır. Realizme göre hukukta belirsizlik esas olup, hukuk mahkeme kararı ile ortaya çıkar.[3] Tabiî ve aklî, belirgin terimler değildir, benimsenen inanca göre farklı yorumların konusu olarak kullanılabilir. Hukuk düzleminde çatışan talepleri değerlendirmeye elverişli, birini diğerinden üstün tutmayı mümkün kılan bir kriter mevcut

1 Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi* (Ankara: Siyasal Kitabevi, 2017), 327.

2 Kemal Gözler, *Hukuka Giriş* (Bursa: Ekin Yayınları, 2010), 181.

3 Ayşen Furtun, *Hukuk Felsefesi Dersleri* (İstanbul: Beta Basım Yayım, 2014), 113, 114; Osman Nuri Güven, *Amerikan Hukuki Realizminde Hakimin Rolü ve Nitelikleri* (Ankara: Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2020), 49.

değildir. Kriterler zaman içinde değişir, farklılaşır. Hukuk normları kesinlik değil ihtimal ifade etmelidir. Savunulan rölatiflik ilkesine göre bir norm, sonuçları ve pratiği bakımından farklı zamanlarda farklı anlamlar ifade edebilir.[4]

Hukukî realizmde yerleşik alışkanlıklar ve benimsenen uygulamalar önemli değildir. Hukuk, hayatı eski kurallara göre düzenlemeye çalışma uğraşını ifade etmez. Pragmatizm, her çeşit soyutlamanın, a priori (deney öncesi) sebebin, yerleşik ilkenin ve mutlak sayılan fikrin reddedilmesidir. Kesin dogmalar ve ilkeler değil olasılık ve imkânlar önemlidir. Ahlakî değerler zamanla değişir, farklılaşır. Dünün ahlakî değerlerinin yerini bugünkü değerlerin alması gibi yarının değerleri de mevcut değerlerin ve kanunların yerini alacaktır. Bir fikrin doğruluğu fikirde saklı sabit bir nitelik olarak değerlendirilemez.[5] Hukukta kesinlik ve sabitlik bir yanılgıdan ibaret olup; bu yanılgıyı gidermek için hâkimler değişimi ortaya koymak ve yönlendirmek zorundadırlar.[6]

Doğru, düşünce sürecinde *uygun* olan; *haklı* ise insan davranışı bakımından *elverişli* olandır. Ampirist yaklaşıma bağlı olarak bilginin gözlemle sürekli doğrulanması gerekir. Hukuk, kurallar toplamı değil, sonuçlar toplamıdır, hukukî sonuçları belirten soyut bir kavramdan ibarettir. Hukuka uygun ve hukuka aykırı davranış, bir dilin doğru ve yanlış kullanımı gibidir.[7]

Hukukî realizmin temelinde nominalizm yer almaktadır. Buna göre *genel fikirlerin/genelliğin* hiçbir gerçekliği yoktur.[8] Somut olaylara çözüm ararken başvurulan hukukî genellemeler elverişsiz ve yetersizdir. Somut durum hukuk realitesini belirler. Çözüm arayışında realizm olaydan norma geçiş denebilecek bir yöntemi esas almaktadır. Hukuk kuralından hareket ederek somut olaya çözüm aramak, yerleşik doktrinlere göre karar vermek uygun değildir.[9] Hukuk bizatihi amaç değil, sosyal amaçlar için araçtır.[10]

Hukuku belirleyen, hukukun kaynakları değil, yorumlayan ve uygulayan iradedir. Hâkimin uygulamadığı kural yok hükmündedir. Hukuk kuralları sözcüklerden ibaret olup ancak kararlarla *gerçeklik* haline gelir.[11] Hukuk alanında hâkimin kişisel eğilimlerinin mahkeme kararında rol oynadığını kabul etmek gerekir. Hâkimler tanık beyanlarının gerçeğe, gerçeğin de tanık beyanlarına uygun olmasına önem vermelidirler. Realizme göre insan ihtiyaçlarının en az fedakârlıkla karşılanması, günümüz hukuk yaklaşımlarında ön plana çıkmaktadır. Fayda kriterinin esas alındığı realizmde eğilim adalete uygun hukuk yönünde değil, elverişli hukuk yönündedir ve belirleyici olan sonuçtur. Hukuk hayatında sosyal ve insanî ihtiyaçlardan kaynaklanan değerlerin dışında başka değerler gündeme alınmamalıdır.[12] Belirlenmesi gereken *değer* değil, *ihtiyaçtır*.[13]

Hukukî realizmde görülen plüralist (çoğulcu) yaklaşıma göre *gerçek* çoğulcu bir içerikle değerlendirilmelidir. Fiziki, biyolojik, sosyolojik, psikolojik problemlerin tek bir formülle çözüme kavuşturulması imkânsızdır.[14]

Hukukî realizm konusunda Ülker Gürkan tarafından hazırlanan eserin[15] yanı sıra ülkemizde iki yüksek lisans tezi[16] hazırlanmış olup; bu çalışmada, yukarıdaki giriş bilgilerinin ardından, öncelikle hukukî realizm temel ilke ve yaklaşımlarıyla tanıtılacak, realizmin farklı görünümleri temel görüşleriyle ifade edildikten sonra, belirlenen hususlarda İslam hukuku ile mukayese yapılacaktır.

---

4 Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 329-331.

5 Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 327, 328.

6 Furtun, *Hukuk Felsefesi Dersleri,* 113.

7 Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 328.

8 Furtun, *Hukuk Felsefesi Dersleri,* 117.

9 Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 330-332.

10 Yıldırım Torun, *Hukuk Felsefesi* (Ankara: Orion Kitabevi, 2012), 300.

11 ABD'de hukukun mahkeme kararlarından ibaret değerlendirilmesi, uç bir görüş olarak kabul edilmemiştir. bk. Ertuğrul Uzun, "Amerikan Hukuki Realizmi", *Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş* (İstanbul: İthaki Yayınları, 2015), 76; Furtun, *Hukuk Felsefesi Dersleri,* 114, 115.

12 Karl Llewellyn, "Realistic Jurisprudence-The Next Step", *Columbia Law Review* 30/4 (1930), 38.

13 Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 328-330.

14 Bu yaklaşım common law (İngiliz hukuku) esaslarına uygundur. ABD'de 1930 bunalımında İngiltere, Almanya ve Avustralya uygulamalarına bakılarak çözüm arayışına girilmesi hukukta plüralist yaklaşımın bir örneği olarak ifade edilmektedir. Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 331.

15 Ülker Gürkan, *Hukukî Realizm Akımı* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1967).

16 Emine İrem Akı, *Amerikan Hukuki Realizmi Çerçevesinde Hukuki Belirsizlik* (Ankara: Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2008); Güven, *Amerikan Hukuki Realizminde Hakimin Rolü ve Nitelikleri*, 49.

1. Hukukî Realizmin Görünümleri

Hukukî realizmin Amerikan Hukukî realizmi (AHR) ve İskandinav Hukukî realizmi (İHR) şeklinde iki farklı görünümü bulunmaktadır.

1.1. Amerikan Hukukî Realizmi (AHR)

AHR 1920'li yıllarda etkili hale gelmiş, hukukî formalizme tepki niteliği kazanmış, 1930'dan sonra etkisini giderek kaybetmiştir.[17] Bu yaklaşıma göre hukuk belirgin değildir, sürekli bir oluşum halindedir; amaç değil, sosyal amaçların aracıdır, mantığa değil tecrübeye dayanmalı, kesin şekilde ahlaktan ayrılmalıdır.[18] Hukukçu olması gerekene değil olana, teoriye değil pratiğe odaklanmalıdır. Yazılı kaynaklardan ve örflerden kaynaklanan hukuk her halükârda belirsizdir ve tahminden[19] ibarettir.[20] Geleneksel hukuk kurallarına fazlaca güvenmemek gerekir. Davaları ve hukukî durumları dar kalıplar içine sıkıştırmak doğru değildir.[21]

Kuralların genelliğinin şüpheli bir nitelik ortaya çıkardığını savunan[22] hukukî realistlere göre mahkeme kehaneti olan hukuk,[23] doğru veya yanlışlığına bakmadan, deneyimleri göz önünde bulundurarak toplumun isteklerine ve ihtiyaçlarına cevap vermelidir.[24] Amerikan realizmine göre hukuk laboratuvarları olan mahkemelerde gerçekleşen hukuk önceliklidir. Sonuçlar titizlikle düzenli, sistemli ve sürekli bir şekilde incelenmeli ve ulaşılan sonuçlara göre hukukî değerlendirme yapılmalıdır. AHR'nin bazı temsilcilerine göre, hukuktaki belirsizliklerin sebebi hukuk kurallarıdır. Biçimsel hukuk kuralları taraflara güven verici nitelikte değildir, Yüksek Mahkeme kararlarına yönelmek gerekir. Çünkü ilk derece mahkemelerinin kararları, sağlıklı tahminlerde bulunmak bakımından elverişsizdir. Amerikan realistlerinden, içlerinde Jerome Frank'ın da bulunduğu bir diğer gruba göre ise belirsizliğin sebebi mahkeme kararlarının tahmin edilmesindeki zorluktur. Yüksek mahkeme kararlarına değil ilk derece mahkeme kararlarına odaklanmak gerekir. Çünkü üst derece mahkemesi somut olayın uzağında bulunmaktadır ve yanlış karar verme olasılığı ilk derece mahkemesine göre daha yüksektir. İspat vasıtası şahitlikse, hâkim şahitlerin yanılabileceklerini sürekli göz önünde bulundurmalıdır. Hâkim de bir insandır ve gerek dinî gerek ekonomik ve gerekse siyasi önyargılarla karar verebilir.[25]

1.2. İskandinav Hukukî Realizmi (İHR)

İHR'ne göre her türlü fizikötesi yaklaşım hukuk hayatından uzaklaştırılmalıdır. Hukukun bağlayıcılığı, geçerliliği, hukukî haklar ve ödevler hukukçunun ilgi alanı dışında kalan fizikötesi konulardır. Doğa olaylarındaki nedensellik hukukî olaylarda da vardır ve hukukçunun işi nedensellik içerisinde olaylara dair tahminlerde bulunmaktır. Hukuk, *olması gerekenden* soyutlanmalı ve *olan* açısından incelenmelidir. İskandinav realizmine göre hukukun kökenine ilişkin çalışmalarda nihayetinde bir topluma varılacağı için köken çalışmalarında bir sonuç elde etmek imkânsızdır. Bundan dolayı, hukukun kaynakları ve kökenine değil, bugünkü hukukun geçerliliğine odaklanmak gerekir.[26] Hukuk normları, soyut fikirler topluluğu olarak, hukukî fenomenlerin yorumlanması bakımından elverişli *şema* fonksiyonu icra eder ve hâkimin vereceği kararlar bakımından tespit ve tahmin imkânı sunar. Hukuk normu, toplum üyelerinden ziyade, hukuk uygulayıcıları olan hâkimler ve diğer kamu görevlilerine yönelik direktif niteliğindedir.

---

17 Realizmi karmaşa dönemleri ile irtibatlandıran, istikrarlı toplumlara uygun görmeyen yaklaşımlar için bk. Ahmet Ulvi Türkbağ, "Amerikan Hukuki Realizm Akımı", *İÜHFM* 57/1 (2000), 80.

18 Torun, *Hukuk Felsefesi,* 299.

19 Oliver Wendell Holmes, "The Path of Law", *Harvard Law Review,* 10/8 (1987), 464.

20 Furtun, *Hukuk Felsefesi Dersleri,* 114, 115.

21 Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 332, 335.

22 Furtun, *Hukuk Felsefesi Dersleri,* 113.

23 Holmes, "The Path of Law", 461.

24 Adam Winkler, "A Revolution Too Soon: Woman Suffragists and the 'Living Constitution'", *New York University Law Review* 76 (2001), 1457.

25 Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 332-336.

26 İHR'nde amaç hukuku bir sosyal-psikolojik disiplin haline getirmektir. Fatma Süzgün Şahin, "İskandinav Hukuki Realizmi ve Alf Ross", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12/1 (2013), 32.

Her hukuk normu bir tahmin niteliğindedir. Hâkimin ruh dünyası, karar sürecinde etkilidir ve geçerli hukuk, hukukçuların hukukla ilgili beyanlarından oluşmaktadır. İskandinav realizminde hukuk normunun mevcut durum ve geleceğe dair öneri ve tahminlerden ibaret olması, mevcut normların bağlayıcılığına tepkisel yaklaşım anlamı taşımaktadır.[27]

İHR'ne göre hukukun işleyişinde mistik hiçbir faktör bulunmamaktadır. Ahlakî duygular, istekler ve eğilimler hukuku belirlemez. Aksine hukuk ahlakî duygu, istek ve eğilimlerin oluşumunda etkilidir.[28] Sosyal hayatın tabiî bir adalet duygusuyla yönlendirildiği de söylenemez. Adalet duygusunu yönlendiren tek faktör yürürlükte olan hukuktur. [29]

Karl Olivecrona, Lundstedt ve Alf Ross İHR'nin önemli temsilcilerindendir.[30] Olivecrona (1897-1980) temelde realizm ve idealizm şeklinde iki akım halinde ele aldığı[31] hukukun, doğal sebepler ve sonuçlar dışında incelenmesinin başarılı sonuçlar vermeyeceği düşüncesindedir. Hukukun bağlayıcılığından değil insanlar arası ilişkileri etkilemesinden söz edilebilir. Hukuk kuralı mistik değil[32] belki psikolojik bir etkinliğe sahiptir. Kanun koyucu hukuk kuralı[33] yoluyla insanların davranışlarını etkilemek ister. Ancak bunun ön şartı da insanların zihinlerini etkilemektir. Hukuk kurallarının adalete dayandığı söylemi yanlıştır ve ancak batıl bir inanış olabilir. Kişi, doğumdan ölüme kadar hukuk düzeninin etkisi altındadır ve ahlakî fikirler de hukukun etkisiyle oluşur. Dolayısıyla ahlak ve adalet hukuktan önce değil hukuktan sonra ve hukukun etkisiyle teşekkül eder. Kanunu, gerekirse cebir kullanmak suretiyle uygulamaya hazır görevliler bulunmalıdır. Devlet, kural ihlallerini önleyici tedbirler alır, ihlal edenleri cezalandırır ve mahkemelerin kararlarını uygular. Eğitim, sağlık, haberleşme gibi konuların cebir kullanımıyla ilgili olmadığı düşünülse de nihai olarak bunların arkasında da devlet gücü bulunmaktadır.[34]

İsveçli realist hukukçu Anders Vilhelm Lundstedt (1882-1955) adalet kavramının son derece yanıltıcı, tabiî adalet anlayışının dayanaktan yoksun ve hukuk dışı olduğunu ifade etmektedir. Hukuk düzleminde doğruyu onaylayıp yanlışa karşı çıkan adalet duygusu, ideolojilerden ilgisiz biçimde tespit edilmelidir. Hukukla adalet arasında karşılıklı etkileşim söz konusudur. Kanun normları ile örf ve adetlerin gelişmesinde etkili olan adalet duygusu hukuk kurallarınca beslenir ve geliştirilir. Hukuk mekanizmasının faaliyeti durursa, adalet duygusu bütün anlamını yitirir. Hukuk düzeni ortadan kalktığında adalet duygusu ilkel bencillik içgüdüsü ve saf intikam duygusuna dönüşür, sosyal düzenin yerini kargaşa alır. İnsanların menfaatleri söz konusu olduğunda değer yargıları değil olaylar dikkate alınmalıdır. Her türlü değerlendirmeyi, değer tanımlamasını reddeden sosyal refah metoduna göre toplumun büyük çoğunluğunun neyi istediğini araştırmak yeterlidir. Nitekim insanların çoğu, kanunların öngördüğü ya da kanunların uygulanmasının gerekli kıldığı isteklere sahiptirler. Kanunların değiştirilmesi uygulayıcılar ve vatandaşların kanaatlerine bağlı[35] olup, hiçbir şekilde fizikötesiyle ilgili değildir.

Uyuşmazlıklarda çıkarların dengelenmesi esastır. Alternatifler içinde topluma en büyük faydayı sağlayan, sosyal fonksiyonu en iyi şekilde yerine getiren kanun tercih edilmelidir. Bir hukukî faaliyeti haklı kılan, bunun toplumun sürekliliği için gerekli olmasıdır. Toplumun sürekliliği hukukî hayatın temel nedeni olduğu için hukuk, bütün ideolojik amaçlardan arındırılmalı, hukukçu da her türlü özel çıkar düşüncesinden uzak olmalıdır. Yapıcı hukukun son ödevi hukukun sistemleştirilmesidir. Bu doğrultuda hukuk gerçeği ile hukuk ideolojisi birbirinden ayrılmalıdır.[36]

İHR'nin önemli temsilcilerinden biri Danimarkalı hukukçu Alf Ross'dur (1899-1979). Ona göre hak kavramında gizemli bir güç bulunmamaktadır[37] ve hukuk teorileri ifade için değil insanları yönetmek için vardır. Parlamento (yasama meclisi) sosyal

27 Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 337-339.

28 Torun, *Hukuk Felsefesi,* 302.

29 Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 339.

30 Torben Spaak, "Philosophy of Law of Karl Olivecrona" (Ocak 2017), 1.

31 Karl Olivecrone, "Realism and idealism: some reflections on the cardinal point in legal philosophy", *N.Y.U. L. Rev.* 120 (1951), 120.

32 Brian Bix, "Ross and Olivecrona on Rights", *Australian Journal of Legal Philosophy* 34 (2009), 109.

33 Karl Olivecrone, "The Imperative element in the law", *Rutgers Law Review* 18/3 (1964), 795.

34 Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 340-342.

35 Vilhelm Lundstedt, "The Relation Between Law and Equity", *Tul. L. Rev* 25 (1950), 60.

36 Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 342-344.

37 Bix, "Ross and Olivecrona on Rights", 108.

yönlendirmeyi düzenleyen merkezi organdır. Hukuk kuralı direktif niteliğindedir, bilgi vermez, nasıl davranılması gerektiğini belirtir. Hayatta hukuk fenomenleri ile hukuk normları karşılıklı etkileşim halindedir, çeşitli hukukî olaylar iç içedir. Ross hukuk olaylarını satranç hamlelerine benzetmektedir. Uyulması gereken hukuk kuralları, satrançtaki oyun kuralları gibidir. Ancak hukuk kuralları hem çok hem de karmaşıktır. *Geçerli hukuk*, *geçerli satranç kulları* gibi bir anlama sahiptir. Ross hukuk kurallarını kapsam bakımından *davranış düzenleyen kurallar* ve *yetki veren kurallar* şeklinde ikiye ayırmaktadır. Davranış kulları hem halka hem de yargıçlara yöneliktir. Bu kurallar hem kurallara uyması gereken kişilerin hem de yargı mercilerinin davranış modellerini belirler. Hukuk kuralı mahkemeye yönelik direktif içermiyorsa, hukukla ilgisiz ahlakî beyandan başka bir nitelik taşımaz. Mahkemelere direktif veren kurallar, aynı zamanda kişilerin davranışlarını da düzenliyor demektir. Özel kişilere yönelik direktiflerin, mahkemeler için de direktif teşkil ettiğini kabul etmek gerekir. Yasama ve yargılama usulüne ilişkin kurallar ikinci kategoride yer almaktadır. Bunlar da davranış normlarına indirgenebilir ve yasama organı ile hâkimlerin davranışlarını düzenlediği söylenebilir. Hukuk, norma uyulmadığında, hangi tür cebrin kullanılacağını belirlemekle kalmaz, aynı zamanda kamu organlarına cebir kullanma yetkisi verir. Cebir kullanma yetkisinin kamu organlarında bulunduğu yerde devletten söz edilebilir. Hukuk kurallarının geçerliliği bir varsayıma dayanır. Bu varsayıma göre hukuk normları birer yorum modelidir. Mahkeme kararları bu normlara göre oluşur ve belli sınırlar içinde bu kararları önceden tahmin etmek mümkündür. Bu, satranç oyunuyla ilgili kuralların, satranç oyuncusunun hamlelerini tahmin etmeyi mümkün kılması gibidir.[38]

2. Hukukî Realizmin İslam Hukuku Bağlamında Değerlendirmesi

Bu kısımda, hukukî realizmin temel ilke ve yaklaşımları belli başlıklar altında İslam hukuku ile mukayese edilecektir.

2.1. Hukukta Kaynak Anlayışının Reddi

Belirsizliği esas alan realizm, hukukta kök ve kaynak arayışını ve bundan ortaya çıkacak belirginliği reddetmektedir.[39] Buna göre hukuk, hayatı eski kurallara göre düzenleme faaliyeti olmadığı[40] için kaynak ve kökene değil hukuku yorumlayan ve uygulayan iradeye[41] odaklanmak gerekir.

İslam hukuku kapsamında yapılacak değerlendirmede kök ve kaynak anlayışının reddi, sistematik fark olarak ortaya çıkacaktır. İslam hukukunun Hz. Peygamber (s.a.s.), sahâbe, tâbiîn ve müçtehit imamlar dönemleriyle birlikte toplumda kök salması ve yerleşmesinin ardından, müçtehitler hicrî dördüncü asırdan itibaren yoğun olarak hukukun usulüne odaklanmışlar,[42] ilk dönemden itibaren var olan usul anlayışını sistematik eserlerle ortaya koymuşlardır. Nitekim gerek Kitâb[43] gerekse sünnet,[44] bireysel ve toplumsal hayatı inşa ederken müracaat edilecek kaynakları açık bir şekilde beyan etmiştir. Buna göre ilahî teşrîî irade[45]

---

38 Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 344-347.

39 İskandinav Realizmine göre hukukun kökenine ilişkin çalışmalarda daima nihai olarak bir topluma varılacağı için köken çalışmalarında bir sonuç elde etmek mümkün değildir. Bundan dolayı, hukukun kaynakları ve kökenine değil, bugünkü hukukun geçerliliğine odaklanmak gerekir. bk. Güriz, *Hukuk Felsefesi,* 338.

40 Hukuk, hayatı eski kurallara göre düzenlemeye çalışma uğraşını ifade etmez. bk. Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 328.

41 Hukuku belirleyen, hukukun kaynakları değil, yorumlayan ve uygulayan iradedir. bk. Furtun, *Hukuk Felsefesi Dersleri,* 115

42 Her ne kadar Şâfiî er-Risâle isimli eserini ikinci asrın sonlarında yazmışsa da usul çalışmaları Cessâs, Debûsî, Pezdevî, Cüveynî, Gazzâlî, Râzî gibi âlimlerle dördüncü ve beşinci asırlarda yoğunlaşmıştır.

43 "Ey iman edenler! Allah'a itaat edin, peygambere itaat edin, sizden olan ülü'l-emre de. Eğer bir hususta anlaşmazlığa düşerseniz -Allah'a ve âhirete gerçekten inanıyorsanız- onu, Allah'a ve peygambere götürün. Bu, elde edilecek sonuç bakımından hem hayırlıdır hem de en güzelidir." ''يَا اَيُّهَا الَّذينَ اٰمَنُوا اَطيعُوا اللهَ وَاَطيعُوا الرَّسُولَ وَاُولِي الْاَمْرِ مِنْكُمْ فَاِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ اِلَى اللهِ وَالرَّسُولِ اِنْ كُنْتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الْاٰخِرِ ذٰلِكَ خَيْرٌ وَاَحْسَنُ تَأْويلا'' en-Nisâ 4/59.

44 İçtihadı teşvik hususunda Muaz hadisi önemli bir örnektir. Süleyman b. Eş'as b. İshak el-Ezdî Ebu Davud, *Sünenü Ebu Davud* (Cidde: Dâru'l-Kıble, 1998), "Akziye", 11. Ayrıca bk. Abdulwahid Hamid, *Islam the natural way* (London: Mels, 1989), 34.

45 İlâhî irade, tekvînî irade ve teşrîî irade olmak üzere iki çeşittir. ''...أَلَا لَهُ الْخَلْقُ وَالْأَمْرُ...'' "...Dikkat edin, yaratmak da, emretmek de yalnız O'na mahsustur..." el-A'râf 7/54. Tekvînî irade ile "tabiat kanunlarını belirleyen irade", teşrîî irade ile de "sosyal düzen kurallarını belirleyen irade" kastedilmektedir. Sâlih b. Fevzân b. Abdullah Fevzân, *İânetü'l-Müstefîd bi Şerhi Kitâbi't-Tevhîd* (Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 2002), 2/195.

hukukun temel kaynağıdır[46] ve gerek bireysel gerekse toplumsal hayatın ilahî iradeden tecelli eden emir ve yasaklara göre şekillendirilmesi gerekir. Teşrîî iradenin tecellisi ise Kur'an-ı Kerîm (Kitâb) ve ona bağlı olarak Hz. Peygamber'in (s.a.s.) sünnetidir. Kitâb vahy-i metlüv,[47] sünnet ise vahy-i gayri metlüv[48] olarak hayat inşâ kaynaklarıdır.

Kitâb ve sünnete dayalı diğer iki kaynak da icmâ ve kıyastır. İcmâ Kitab ve sünnete dayalı sabiteleri, omurgayı, dokunulmaz alanı tespit ederken;[49] kıyas hem usûlî kıyas formu hem de genel kural[50] formuyla Kitâb ve sünnette var olan çözümlerin benzerlerine de uygulanmasını, dolayısıyla hukukî genişleme ve açılımı temin etmektedir. Her bir hukuk ekolünün (mezhebin), bu temel kaynak sistematiğine bağlı haber ve yöntem nitelikli başka kaynakları da bulunmaktadır.[51]

Hukukun kaynağını göz ardı eden yaklaşım, yapısal olarak İslam hukukuyla çelişik nitelikte olmak zorundadır. Çünkü İslam hukukunun yapısal tahlilini ifade eden fıkıh usulü ilmi özde kök algısı ve kökün tespitine dayanır. Nitekim *asıl* kök, *usûl* kökler[52] demek olup; fıkıh usulü fıkhın kökenini konu edinen ilim dalıdır. Kaynaklar, şer'î bilgi ve hükümlerin dayanaklarını ifade ederken usûl, bu kaynaklara dayalı olarak belli yöntemlerle şer'î hükme ulaşmayı ifade etmektedir. Bu haliyle usûl, kaynaklardan şer'î hükümlere giden süreci ifade eden en kapsamlı kavram ve elbette bir bilim dalı olarak ifade edilebilir.

2.2. Belirsizliğin Esas alınması

Hukukî realizmin özünde belirliliğe, şekle,[53] forma[54] karşıtlık vardır. Belirli olanın, şeklin, formun reddedilmesi hukuka ilişkin köken ve kaynak anlayışının reddi, hukukta sabitelerin reddi gibi farklı görünümlerde ortaya çıkmakta, ayrıca bu yaklaşım kaçınılmaz olarak kavramsal belirsizliği beraberinde getirmektedir. Hukukî realistler öncelikle hukuk kurallarını, ahlakı ve değerleri reddederek, zemini belirsizlik olarak belirlemekte, sonrasında bu belirsizlik alanında somut olay ve mahkeme kararı ile belirginleşen hukuktan söz etmektedirler.[55] Bunu yaparken de kaynak anlayışına karşı çıktıkları gibi bütün sabitelere karşı çıkarak hukuk alanında ahlakı, değerleri ve genel ilkeleri reddetmektedirler.

---

46 "Hüküm ancak Allah'ındır." "اِنِ الْحُكْمُ اِلَّا لِلّٰهِ" el-En'âm 6/57; Yusuf 12/40.

47 Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl Şemsüleimme Serahsî, *Usûlü's-Serahsî* (Beyrut: Dâru'l-Kitâbi'l-İlmiyye, 1993), 2/75.

48 Hz. Peygamber'in (s.a.s.) tabiî beşerî filleri dışında bir kısım kavlî, fiiî ve takrîrî sünnetlerinin gayr-i metlüv vahiy olarak nitelendirilmesine kaynak teşkil eden ayet "O, kişisel arzularına göre konuşmaz. O (size okuduğu) vahiyden başka bir şey değildir." en-Necm 53/3. şeklindedir. Elbette bu, Hz. Peygamber'in beşeri yönünün bulunmadığı anlamına gelmemektedir. Tasarrufâtu'n-nebî (ef'âlü'r-rasûl) kapsamında bu hususlar literatürde ayrıntılı olarak analiz edilmiştir. bk. Muhammed Süleyman Aşkar, *Ef'âlü'r-rasûl ve delâletuhâ ale'l-ahkâmi's-şer'iyye* (Beyrut: y.y., 1996), 1/215.

49 Abdülvehhab Hallâf, *İlmu usûli'l-fikh* (Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 2011), 41.

50 Fahrettin Atar, *Fıkıh Usûlü* (İstanbul: İFAV Yayınları, 2002), 57.

51 Ali b. Abdülkâfî Sübkî, *el-İbhâc fî şerhi'l-minhâc alâ minhâci'l-vusûl ilâ ilmi'l-usûl li'l-Beydâvî,* (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1404), 2/277.

52 Zekiyyüddin Şaban, *İslam Hukuk İlminin Esasları* (Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2018), 31.

53 Hukukî realizmin özünde belirlilik ve rasyonalitenin, buna bağlı olarak da mekanik ve şeklî/kavramsal yaklaşımın reddi vardır. bk. Furtun, *Hukuk Felsefesi Dersleri,* 113.

54 Amerikan realizmi 1920'li yıllarda etkili hale gelmiş, hukukî *formalizme tepki* niteliği kazanmış, 1930'dan sonra etkisini giderek kaybetmiştir. bk. Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 332; Torun, *Hukuk Felsefesi*, 299.

55 Hukukta belirsizlik esas olup, hukuk mahkeme kararı ile ortaya çıkar. bk. Furtun, *Hukuk Felsefesi Dersleri*, 114. Amerikan realizminde vurgulandığı üzere, hukuk belirgin değildir, sürekli bir oluşum halindedir. Amaç değil, sosyal amaçların aracıdır. bk. Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 335. Gerek yazılı kaynaklardan ve gerekse örflerden kaynaklanan hukuk her halükarda belirsizdir ve tahminden ibarettir. bk. Furtun, *Hukuk Felsefesi Dersleri,* 115.

Hukukî realizmde belirsizlik esas alınınca sabitelerin reddi,[56] tabiî bir sonuç olarak ortaya çıkmaktadır. Bu yaklaşıma göre hukuka ilişkin sabitelerden, genel hukuk normlarından,[57] hukuka hâkim ahlak ilkelerinden ve hatta uygulama öncesinde hukuktan[58] söz edilemez. Hukuk düzleminde sabit doğrulardan değil ancak ihtimallerden söz edilebilir.[59]

İcmâ[60] edilen, sübûtu ve delâleti kat'î meseleler[61] bakımından yapılacak tahlilde hukukî realizmde savunulan belirsizlik yaklaşımına İslam hukukunda hiçbir şekilde yer olmadığı açıktır. Çünkü İslam hukukunda icmâ[62] en ileri düzeyde belirginleşen, sâbiteye dönüşen, tartışmaya kapanan meseleleri ve hukuk alanını ifade eder. İcmâ edilen hususlar İslam'ın sabiteleri, dokunulmazları, omurgasıdır.[63] Bunların farzlara, haramlara, menduplara, mekruhlara ya da mubahlara ilişkin olması arasında bu bakımdan fark yoktur.

İcmâ, hukukun kaynağına, kökenine ilişkin olabileceği gibi genel bir hukuk ilkesine ya da belli bir hukuk dalındaki ayrıntılı bir meseleye ilişkin de olabilir. Bu haliyle icmâ kaynaklar,[64] ilkeler,[65] kavramlar veya hükümler[66] bakımından söz konusu olabilecek bir ittifakı ifade etmektedir. Bu durumda, hukukî realizmde ifade edilen usulî (köke ilişkin), kavramsal ve ilkesel belirsizliğin aksine İslam hukukunda belli kaynaklar, kavramlar ve ilkeler üzerinde belirginliğin ve sabitenin var olduğunu ifade etmek gerekecektir.

Belirsizlik üzerine kurulu bir yapıda somut olayı hukuken çözümleyecek olan irade bakımından tahmine dayalı[67] geniş bir inisiyatif alanının ortaya çıktığı açıktır. Fakat bunu olumlu bir durum olarak değerlendirmek mümkün değildir. Çünkü hukuk uygulayıcılarının belirsiz zeminde faaliyet icra etmeleri hukuk devletini imkânsız hale getirmekte, hukuksuzluğu esas haline dönüştürmektedir. Hukukî realizmde görülen, hukukun yargı kararıyla varlık kazanması ve belirginleşmesi yaklaşımı, yargıçları hukuk yapıcılar olarak ön plana çıkarmakta, yargıçlar devletini beraberinde getirmekte,[68] yasama ve yürütme iradesini büyük oranda zayıflatmakta, yargıya tâbî hale getirmektedir. Nitekim nihai olarak yargı denetimine tabi olan yasama ve yürütme kuvvetleri, belirsiz bir yargı zemininde önceki faaliyetlerinin legal ya da illegal oluşu hususunda bir güvene sahip olamayacaklar, yargının somut olayda belirginleşecek olan belirsiz iradesi daima yasama ve yürütmeyi denetim ve kontrol altında tutacaktır.

---

56 Hukukta kesinlik ve sabitlik bir yanılgıdan ibarettir. Bu yanılgıyı gidermek için hâkimler değişimi ortaya koymak ve yönlendirmek zorundadırlar. Furtun, *Hukuk Felsefesi Dersleri,* 113.

57 Hukuk, hayatı eski kurallara göre düzenlemeye çalışma uğraşını ifade etmez. Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 328.

58 John Chipman Gray'e göre hâkimin uygulamadığı kural yok hükmündedir. Gürkan, *Hukukî Realizm Akımı*, 15.

59 Hukukî realizmde yerleşik alışkanlıklar ve benimsenen uygulamalar önemli değildir. Çünkü pragmatizm, her çeşit soyutlamanın, a priori (deney öncesi) sebebin, yerleşik ilkenin ve mutlak sayılan fikrin reddedilmesidir. Bu yaklaşımda kesin dogmalara ve ilkelere değil olasılık ve imkânlara önem verilir. Hukuki realizme göre bir fikrin doğruluğu fikirde saklı sabit bir nitelik olarak değerlendirilemez. Davaları ve hukuki durumları dar kalıplar içine sıkıştırmak doğru değildir. Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 327, 335.

60 Ulemanın Hz. Peygamber'den sonraki bir dönemde dini bir meselenin hükmü üzerinde görüş birliğine varmalarıdır. İcmâ, İslam hukukunun Kur'an ve sünnetten sonra üçüncü kaynağıdır. Vehbe Zühaylî, *el-Vecîz fi usûli'l-fikh* (Dimeşk: Dâru'l-Fikr, 1999), 46; İbrahim Kafi Dönmez, "icmâ", *Diyanet Vakfi İslam Ansiklopedisi (DİA)* (İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2000), 21/417.

61 Gerek sübut ve delâletteki kat'îlik ve gerekse içtihada kapalı alanda ortaya çıkan kesinlik özü itibariyle icmâ ekseninde tahlil edilebilir nitelikte değerlendirilebileceği için farklı kesinlik alanları olarak ayrıca ele alınmamıştır.

62 Burada kastedilen mezhep içi görüş birliği değil ümmetin icmâıdır. Mesela beş vakit namazın farziyetinde ümmetin icmâı vardır. Bk. "إن الْأُمَّةَ أَجْمَعَتْ على فَرْضِيَّةِ هذه الصَّلَوَاتِ" Alaüddin Ebubekir b. Mes'ûd b. Ahmed Kâsânî, B*edâiu's-sanâi' fi tertîbi'ş-şerâi'* (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1986), 1/90-91. 2/163.

63 "وَفِيهِ إشَارَةٌ إلَى أَنَّ إجْمَاعَ الْمُسْلِمِينَ حُجَّةٌ يَجِبُ اتِّبَاعُهَا" . Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, 2/163.

64 Kitâb ve sünnetin hukukun temel kaynakları olması hususundaki görüş birliği (icmâ) gibi.

65 Teysir prensibi gibi. bk. Halit Çalış, *İslam'da Kolaylaştırma İlkesi Azimet - Ruhsat İlişkisi* (İstanbul: Ensar Neşriyat, 2013), 67.

66 Arafat'ta Cuma namazının caiz olmaması gibi."وَأَجْمَعُوا عَلَى أَنَّهُ لَا تَجُوزُ الْجُمُعَةُ بِعَرَفَاتٍ" Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, 1/260.

67 Doğa olaylarındaki nedensellik hukukî olaylarda da vardır ve hukukçunun işi nedensellik içerisinde olaylara dair tahminlerde bulunmaktır. Hukuk normları, soyut fikirler topluluğu olarak, hukuki fenomenlerin yorumlanması bakımından elverişli şema fonksiyonu icra eder ve hâkimin vereceği kararlar bakımından tespit ve tahmin imkânı sunar. Hukuk normu, toplum üyelerinden ziyade, hukuk uygulayıcıları olan hâkimler ve diğer kamu görevlilerine yönelik direktif niteliğindedir. Hukuk normunun geçerliliği, hâkim ya da kamu görevlisinin vereceği karara ilişkin bir tahmin teşkil etmesinde anlamını bulur. bk. Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 337, 338.

68 Ayhan Döner, *Türk Anayasa Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022), 144.

Eğer belirsizlik zemininde hukuku belirginleştirme yetkisinin sadece yargıya ait olmadığı, hukuk uygulayıcıları olarak yasama ve yürütmenin de karşılaştıkları somut durumlardaki karar ve uygulamalarıyla belirsiz hukuku belirgin hale getirecekleri söylenirse, bu durumda devlet, üç belirsizin belirsiz savaş alanına dönecek, devlet teşkilatından ve yönetilebilir bir devletten, hukuk güvenliği ve istikrardan söz edilemeyecektir.[69]

Bu durum, belirsizlik zemininde belirgin bir devlet teşkilatı ve hukukî işleyişin mümkün olmayacağını göstermektedir ki İslam hukukunda hukuk sistemini, devlet teşkilatını ve hukukî işleyişi mümkün kılan belirginlik alanını ve sabiteleri ifade eden kavram icmâdır. Hukukî anlamda icmâ edilen hususlar hukuk sisteminin ve hukukî işleyişin zeminini oluşturmaktadır.

Burada iki hususun değerlendirilmesi gerekmektedir: *İcmâ edilen hususların, hukuk sistemi içerisindeki kapsamı, oranı* ve *icmâ edilmeyen hususlardaki belirsizliğin hukukî realizmdeki belirsizlikle benzerliği ya da ondan farkı*.

Hukukî realizmdeki belirsizliğin aksine İslam hukukunda icmâ ile belirginleşen, sabite haline gelen kaynak, ilke ve formlar vardır. Ancak bunlar, İslam hukuk sistemi içerisinde sınırlı düzeydedir. İcmâ edilen hususlar, hukukun genel sisteminin kurulması bakımından sabit zemin sunmaktadır.

Hukukun bütününün icmâ suretiyle sabiteler şeklinde tayin ve tespiti mümkün değildir. Bütün zamanlara ve bütün mekânlara hitap eden ve çözümler sunan bir hukuk sisteminin bütünüyle sabit formlar halinde teşkili mümkün değildir. Hukukun teferruatıyla formalizasyonunu imkânsız hale getiren, hayatın dinamizmi ve şartların değişmesiyle her an ortaya çıkan yeni hukukî sorun formlarıdır.[70] Bu kapsamda nihai olarak, hukukî realizmdeki belirsizlik yaklaşımının aksine İslam hukukunda, icmâ edilen hususlar ekseninde teorik düzlemde *sınırlı sabite/belirginlik* esasının var olduğu söylenebilir. Pratikte belli dönemlerde bazı devletlerde mezhep çözümlerinin "hukuk sistemi" olarak kabul edilip uygulanması, mezhep içi icmâları da o toplum ve devlet için belirginlik alanı içerisinde düşünmeyi mümkün kılmaktadır.

Bu tespitten sonra, içtihat alanını analiz etmek gerekmektedir. İslam hukukuna göre hukukun kahir ekseriyeti içtihadî olup, müçtehitlerin içtihatlarıyla oluşmuştur. Fakat hukuk bütünlüğündeki içtihadî alan, hukukî realizmde ifade edildiği biçimiyle bir belirsizlik alanı değildir. Realizmde belirsiz hukuk hâkimin kararıyla belirginleşirken, İslam hukukunda müçtehidin içtihadıyla belirginleşmektedir.[71] Müçtehidin içtihadıyla birlikte artık belirgin bir hukuk vücut bulmuştur ve bu varlığını asırları aşarak devam ettirir. Realizmde ise geçmişteki hukukî verilerin, genel ilkelerin değeri yoktur ve hukuk hâkimin kararıyla mevcudiyet kazanır.[72] Hâkimin kararıyla vücut bulan hukuk, sonraki yeni hukukî meseleler bakımından ise belirsizlik alanı içerisinde önemsiz yerini alır. Önceki çözümlere, ahlaka ve genel ilkelere göre yeni meselelerin çözümlenmesi söz konusu değildir.

Hukukî realizmin hâkimin kararıyla ortaya çıkan belirginliğe ilişkin tanımıyla İslam hukuk yapılanması içerisinde müçtehidin içtihadıyla ortaya çıkan hukukî belirginliğe ilişkin tanımlar arasında da farklılık bulunmaktadır.[73] Nitekim hukukî realizmde hâkimin kararıyla belirginleşen hukuk, mutlak hukuktur. Diğer bir ifadeyle, hâkimin kararıyla belirginleşenden başka bir hukuk yoktur. İslam hukuku açısından bakıldığında ise müçtehidin kararıyla belirginleşen hukuk, mutlak hukuk değildir. O meselenin hukuku, müçtehidin içtihadıyla ortaya çıkan hukukî neticeden ibaret değildir. Başka bir müçtehit aynı meselede farklı bir sonuca ulaşabilir ve ehlinden sadır mahalline masruf[74] içtihatlardan birinin diğerine üstünlüğü yoktur.[75]

Bu haliyle hukukî realizmdeki belirginliğin tüketici, mutlak; İslam hukukunda içtihadî alandaki belirginliğin ise nisbî olduğu söylenebilir. Hukukî realizmde hukuk olan, hâkimin kararıyla belirginleşenden ibaretken; İslam hukukuna göre hukuk bir deniz, müçtehidin içtihadıyla belirginleşen ise o denizde bir damladır. Çünkü İslam hukukuna göre hiçbir müçtehit, kendi ulaştığı sonucun

---

69 Cem Baygın - Ahmet Nar, *Medeni Hukuk Dersleri I Başlangıç Hükümleri ve Gerçek Kişiler Hükümleri* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2021), 17.

70 Mehmet Erdoğan, *İslam Hukukunda Ahkâmın Değişmesi* (İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2017), 15.Bir hukuk sistemi, toplumsal değişime bağlı olarak ortaya çıkan problemlere ne kadar çözüm üretebiliyor ve tıkanıklıkları ortadan kaldırabiliyorsa o kadar güçlü kabul edilmektedir. Nihat Dalgın, "Değişim Stratejisi Açısından Hukuk ve İslam Hukuku", *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 16 (2003), 75.

71 Hayreddin Karaman, *İslam Hukukunda İctihad* (Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 1985), 28.

72 Ayşen Furtun, *Hukuk Felsefesi Dersleri* (İstanbul: Beta, 2014), 113.

73 Müctehit, bir hukuk teknisyeni değildir. bk. İbrahim Kafi Dönmez, "İslam Hukukunda Müctehidin Nasslar Karşısındaki Durumu ile Modern Hukuklarda Hakimin Kanun Karşısındaki Durumu Arasında Bir Mukayese", *Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 4 (1986), 49.

74 Osman Şahin, *Fetvâ Âdâbı Fetvâ İsteyen ve Fetvâ Verenlere Rehber* (Samsun: Fıkıh Kitapları, 2009), 64.

75 Muvaffakuddin Ahmed b. Muhammed İbn Kudâme, *Ravzatü'n-nâzır ve cennetü'l-münâzır fî usûli'l-fikh* (b.y.: Müessesetü'r-Reyyân, 2002), 2/378.

İslam'ın mutlak doğrusu olduğunu, diğer müçtehitlerin ulaştıkları sonuçların mutlak yanlış olduğunu iddia edemez. Beşerî bir çabanın neticesi olarak ulaşılan sonucun mutlak doğru olduğunun teyidini mümkün kılacak doğrudan vahiy bağı bulunmamaktadır. Ehlinden sâdır mahalline mazruf bütün içtihatların isabetli olduğu düşüncesine dayanan musavvibe yaklaşımı esas alındığında, aynı konuda içtihatla ortaya çıkan bütün belirginleşmelerin hukuk olduğu söylenecektir. Çoğunluğun kabul ettiği ve aynı konudaki içtihatlardan birinin isabetli, diğerlerinin ise hatalı olduğu düşüncesine dayanan muhattıe yaklaşımı esas alındığında ise her bir müçtehidin kendi içtihadıyla oluşan hukukî belirginleşme *hata olasılığıyla birlikte* isabetli, diğer müçtehitlerin içtihatlarıyla ortaya çıkan belirginleşme *isabet olasılığıyla birlikte* hatalı olacaktır.[76] Neticede içtihatla belirginleşen hukuk hiçbir müçtehit tarafından mutlak hukuk olarak değerlendirilmeyecek, kendi içtihadıyla bağlı olan müçtehidin zihin dünyasında da hata ihtimali her zaman mevcut olacaktır.

2.3. Ahlak ve Değerlerin Reddi

Hukukun kesin şekilde ahlaktan ayrılması,[77] fizikötesi kriterlerin hukukun konusu olmaması gerektiğinin,[78] yarının değerlerinin mevcut değerlerin ve kanunların yerini alacağının,[79] ahlakın hukuku değil, hukukun ahlakı oluşturduğunun,[80] yapılması gerekenin ahlak değil, toplum tarafından belirleneceğinin[81] savunulduğu hukukî realizmde ahlakın hukuk dışına atılması İslam hukuku bakımından kabul edilebilir değildir. Birçok meselede olduğu gibi hukuk-ahlak ilişkisinde de İslam hukuku dengeyi[82] temsil etmektedir. Realistlerin hukuku din kuralları gibi bir diğer toplumsal düzen kuralı manzumesi olan ahlak kurallarından tecrit etme yaklaşımları,[83] hukuka dair temel *belirsizlik* görüşlerinin tabiî sonucudur. Belirsizliğin sisteminin özüne yerleştirildiği bir yaklaşımda, insanlık tarihinin en belirgin ve yaygın normları olan ahlak kurallarının reddedilmesi, beklenen bir tavırdır. Aksi yaklaşım, çelişki ve tutarsızlık olarak ortaya çıkacaktır.

Toplumsal düzen kurallarının tümünü reddedip sadece hâkimin kararıyla belirginleşen hukuka dayalı toplum düzeni tanımlaması,[84] hukukî realizmin zayıf yönlerinden birini oluşturmaktadır. Çünkü bu sistemde diğer toplumsal düzen kurallarının ve özellikle de ahlakın yerini dolduracak normlar bütünlüğü bulunmamakta ve toplumun yönetimi bakımından önemli bir boşluk ortaya çıkmaktadır.

---

76 Hata-isabet tartışmalarının temelinde Hz. Peygamber'in (s.a.s.) *isabet eden müçtehide iki, hata eden müçtehide ise bir sevabın var olduğunu* bildiren beyanı bulunmaktadır. Ebû Abdillâh Muhammed b. İsmail el-Buhârî, *el-Câmiu's-sahîh* (b.y.: Dâru tavki'n-Necât, 2001), "İstisam", 13. Musavvibeye göre aynı konuyla ilgili farklı içtihatlardan her biri isabetli ve doğrudur. Muhattıeye göre ise müçtehit için kendi içtihadı yanlış olma ihtimaliyle birlikte doğru, diğer içtihatlar doğru olma ihtimaliyle birlikte yanlıştır. O müçtehide tâbî olanlar için de aynı durum geçerlidir. Muhammed Hudarî, *Usûlü'l-fıkh* (Mısır: Matbaatü's-Saâde, 1969), 411. İbrahim Kafi Dönmez, "İçtihadın Bağlayıcılığı Meselesi ve Fıkıh Mezheplerine Bağlanmanın Anlamı", *Usul Dergisi*, 1 (2004): 38; Rahmi Telkenaroğlu, Fıkıh Usulünde Muhattıe ve Musavvibe (İçtihadi Çözümlemelerde Doğrunun Tek Olup Olmadığı tartışması) (Konya: Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora, 2009), 21.

77 Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 332; Torun, *Hukuk Felsefesi,* 299.

78 Kanunların değiştirilmesi uygulayıcılar ve vatandaşların kanaatlerine bağlı olup hiçbir şekilde fizikötesiyle ilgili değildir. bk. Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 342.

79 Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 328-337.

80 Torun, *Hukuk Felsefesi,* 302.

81 Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 342.

82 Adalet, dengedir. bk. Ebu'l-Fazl Muhammed b. Mükerrem İbn Manzûr, *Lisânü'l-Arab* (Beyrut: Dâru Sâdır, 1414), 11/431. İslam'a göre kamu hakları ile kişi hakları arasında da denge esastır. Ahmet Yaman, *İslam Kamu Hukuku* (Ankara: Bilay, 2020), 65. Denge cezalar dâhil, (eş-Şûrâ 42/40.) hukukun her alanında esastır. Hz. Peygamber'in örnekliğinde ortaya konan hayat sisteminde denge esastır. Ebu Abdullah Bedrüddin Muhammed b. Abdullah Zerkeşî, *el-Bahru'l-muhît fi usûli'l-fikh* (b.y.: Dâru'l-Kütüb, 1994), 4/354. Müslümanın izzet ve şerefi ile zaruriyyat arasındaki denge için bk. Ebû Muhammed İzzeddin Abdulaziz b. Abdüsselâm b. Ebu'l-Kâsım İbn Abdüsselâm, *Kavâidü'l-ahkâm fi mesâlihi'l-enâm* (Beyrut: Dâru'l-Meârif, ty), 1/98.

83 Döner, *Türk Anayasa Hukuku*, 110. Ali Fuad Başgil, *Din ve Laiklik* (İstanbul: Kubbealtı Neşriyat, 1998), 11.

84 Muhsin Koçak vd., *İslam Hukuku* (İstanbul: Ensar Neşriyat, 2018), 29-34. Baygın - Nar, *Medeni Hukuk Dersleri I Başlangıç Hükümleri ve Gerçek Kişiler Hükümleri*, 3-9; Ayhan Döner, *Anayasa Hukukuna Giriş Ders Notları* (Erzincan: DC Yayınevi, 2021), 9; Necip Bilge, *Hukuk Başlangıcı: Hukukun Temel Kavram ve Kurumları* (Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2013), 6-13.

İslam hukuku açısından hukuk-ahlak eşitlemesi olmadığı gibi ahlakı bütünüyle hukuk dışına çıkarma yaklaşımı da yoktur, hukukla ahlak iç içedir.[85] Nitekim yaptırımla desteklenmiş ahlak hukuk, çoğu zaman yaptırımdan soyutlanmış hukuk ise ahlaktır. Mesela iftiradan uzak durmak bir ahlak kuralıdır. Bir kişinin iffetine namusuna yönelik iftira, yaptırım belirlemesine bağlı olarak hukukî bir boyut taşırken bunun dışındaki iftiralar genel olarak bir ahlakî normun ihlali niteliği taşımaktadır.[86]

Müslüman ahlakının temel kaynağı olan Hz. Peygamber'in (s.a.s.) hayatı (sünneti), aynı zamanda hukukun da kaynağıdır. Onun ahlakı cezalarda eşitlik,[87] işkence yasağı,[88] hırsızlık suçunun cezası[89] gibi birçok meselede hukuk kuralı olarak tezahür etmiştir. Bu kapsamda ahlak-hukuk ilişkisi bakımından İslam hukukunun yapısal olarak farklılık arz ettiğini, nevi şahsına münhasır bir hukuk sistemi olduğunu ve sağlam ahlaki temeller üzerine şekillendirilmesinin hedeflendiğini[90] söylemek mümkündür.

Hukuk-ahlak ilişkisinde ekollerin ortaya koydukları farklı yaklaşımların özünde insana ilişkin bakış açıları bulunmaktadır. İnsanın tek yönüne odaklanan akımlar, buna göre bir sistem ortaya koymakta ve esasında insanı hiçleştirmekte, kaybetmektedirler. Bu aşama vurgulanan husus, insanın maddî ve manevî yönleriyle bir bütün olarak ele alınması ve buna göre bir sistem kurgusunun yapılmasıdır.[91] Bu yaklaşımla İslam hukukunun insanın fiillerine ve sorumluluğuna[92] dair kavramları hukuk-ahlak ilişkisi bakımından önemli veriler içermektedir. Nitekim İslam hukukunun sadece emredici ve bağlayıcı kuralları ve talepleri konu edinmediği, aynı zamanda tavsiye nitelikli, bağlayıcı olmayan kuralları ve talepleri de konu edindiği görülmektedir. Farz/vacip ve haram kesin ve bağlayıcı talebi ifade ederken;[93] mendup ve mekruh bağlayıcı olmayan talepleri ifade etmektedir. Bu haliyle mendup ve mekruhların özü itibariyle ahlak alanını tanımladığı söylenebilir. Çünkü İslam hukuk sistemi mendup ve mekruhlar için bağlayıcı yaptırımlar öngörmemiştir.[94] Dolayısıyla klasik İslam hukuk (fıkıh) sistemi içerisinde mekruh ve menduplara bağlı olarak ahlakın önemli bir yere sahip olduğu söylenebilir.[95]

İslam hukuk sisteminin kurgusu bakımından önemli bir yere sahip olan ahlak, *hukukun uygulanması* bakımından da önemli bir yere sahiptir. Yargılama hukukunda şahitliğe dayalı hüküm verilirken şahidin tezkiyesi, genel yaşantısı ve güvenilirliğinin araştırılmasının ardından şahitliğine itibar edilmesi[96] ahlakın hukuktaki görünümünün önemli örneklerinden biridir.

İslam hukukunun pratiğinde birçok ahlak kuralının hukuk kuralı halinde yaptırımla desteklendiği görülmektedir. Mesela yalan söylemek ahlaka aykırı bir davranıştır, sözleşmede taraflardan biri yalan ile karşı tarafı aldatırsa, aldanma muhayyerliği

---

85 Ahmet Yaman, "Kur'ân'da Yasamanın Arka Planı Olarak Ahlak", *Marife* 6/1 (2006), 44.

86 Mecdüddin Ebu'l-Fazl Abdullah b. Mahmud b. Mevdûd el-Mevsılî, *el-İhtiyâr li ta'lîli'l-muhtâr* (İstanbul: Çağrı Yayınları, 1996), 4/93.

87 Buhârî, "Fezâil", 18.

88 Ebu Davud, "Cihâd", 110.

89 Müslim, "Hudûd", 9.

90 Ahmet Yaman, "Fıkıh - Ahlâk İlişkisi İslam Amelî Ahlâkının İlke ve Uygulamaları Çerçevesinde Bir Giriş", *Usûl İslam Araştırmaları* 9 (2008), 116.

91 İsmail Kıllıoğlu, *Ahlâk - Hukuk İlişkisi* (İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 1988), 378.

92 Vehbe Zühaylî, *el-Vecîz fi usûli'l-fıkh* (Dimeşk: Dâru'l-Fikr, 1999), 121; Hallâf, *İlmu usûli'l-fıkh*, 89.

93 Atar, *Fıkıh Usûlü*, 120, 127.

94 Muhsin Koçak vd., *Fıkıh Usûlü* (İstanbul: Ensar Neşriyat, 2017), 192, 196.

95 Üstelik İslam'ın dinî, hukukî ve ahlaki içerikle sunduğu insan hakları tanımlaması, seküler anlayışın insan fizyolojisine ve maddeye indirgenmiş insan hakları tanımlamasının eksiklerini taşımamaktadır. bk. Recep Ardoğan, "Sekülarizm, İslam ve İnsan Hakları", *İnsan Hakları ve Din (Sempozyum)*, (2010), 357. Devletler hayata sırf ekonomik baktıkça, toplumların medeniyet seviyesi yükselmeyecek, aksine düşecektir. İnsanlığın ulaştığı medeniyet seviyesinden bir şey kaybetmemesinin yolu ise İslam devletler hukukunda ortaya konan ahlaki değerlerin uluslararası arenada olması gereken yerde bulundurulmasıdır. Recep Çiğdem, *Mukayeseli Hukuk (İslam-Türk Borçlar Hukuku)-Genel Hükümler-Özel Borç İlişkileri* (İstanbul : Rağbet Yayınları, 2016), 97.

96 " لَا خِلَافَ فِي أَنَّهُ إذَا طَعَنَ الْخَصْمُ فِي الشَّاهِدِ أَنَّهُ لَا يَكْتَفِي بِظَاهِرِ الْعَدَالَةِ بَلْ يَسْأَلُ الْقَاضِي عن حَالِ الشُّهُودِ وَكَذَا لَا خِلَافَ في أَنَّهُ يَسْأَلُ عن حَالِهِمْ في الْحُدُودِ وَالْقِصَاصِ وَلَا يَكْتَفِي بِالْعَدَالَةِ الظَّاهِرَةِ سَوَاءٌ طَعَنَ الْخَصْمُ فِيهِمْ أو لم يَطْعَنْ" "Davanın ilgili tarafı, şahide ilişkin itirazda bulunduğunda, hâkim şahidin adaletine dair o an zahirde oluşan kanaatiyle yetinmemeli, durumunu araştırmalı, tezkiye yapmalıdır. Bunun yanında, dava tarafının itirazına bakmadan şahidin, had ya da kısas cezası uygulanmak suretiyle adalet vasfını kaybedip etmediğini araştırmalıdır. Bu hususlarda ulema arasında ihtilaf bulunmamaktadır." Bk. Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, 6/270.

kapsamında, yapılan işleme ilişkin fesat yaptırımı hüküm altına alınmıştır.[97] Buna göre aldanan taraf, akdi devam ettirme ya da feshetme hususunda seçim hakkına sahip olacaktır.[98] Bu kapsamda netice olarak İslam hukuku bakımından hukuk düzleminde ahlakı reddetmenin imkânsız olduğu, hukukun gerek teorisi ve gerekse pratiğinde ahlakın vazgeçilemez bir konumda yer aldığı ifade edilmelidir.

2.4. Hukuka Bağlı Adalet

Adaletin hukuku değil, hukukun adalet anlayışını oluşturduğunun, hukuk olmazsa adaletin anlamını kaybedeceğinin,[99] adalet değil elverişlilik esasının[100] vurgulandığı hukukî realizme karşılık İslam hukukunda bu bakımdan nevi şahsına münhasır bir yapı vardır. Sübutu ve delâleti kat'î, hakkında icmâ edilmiş hükümler ideal hükümlerdir.[101] Bunlar bakımından daha iyisini aramak söz konusu değildir. Bu hükümler bakımından adalet hukuka tâbîdir. Fakat İslam hukukunun geneline bakıldığında bu alanın oldukça dar olduğu görülür. İslam hukukunun kısm-ı azamını oluşturan içtihadi alanda ise iki açıdan değerlendirme yapılabilir. Birincisi herhangi bir konu ya da konularda içtihat eden müçtehit bakımından adalet-hukuk ilişkisi, ikincisi bu müçtehidin dışındakiler bakımından adalet-hukuk ilişkisi.

Bir müçtehit için içtihadî alanda kendi ulaştığı sonuç, içtihadı değişmediği sürece ideal olan sonuçtur ve kendisi için bağlayıcıdır. Bu sebeple kendi ulaştığı hükmün dışında başka bir hükümle amel edemez. Müçtehidin ulaştığı sonuç hukuk ise adalet bu hukuka tâbîdir. Fakat bu, söz konusu müçtehit için geçerli bir yargıdır. Diğer müçtehitler bakımından ise ideal olan önceki müçtehitlerin ulaştıkları sonuçlar değil, kendi ulaştıkları sonuçtur. Dolayısıyla müçtehitler var oldukça, içtihadî alanda başka ideal çözümler, mevcudun ötesinde ve üstünde adil uygulamalar mümkün olacaktır. Çünkü bir içtihadî çözümü İslam'ın mutlak hükmü olarak hukuka dâhil edip Hz. Peygamber'in (s.a.s.) dışındaki bir beşer iradesini diğer beşer iradelerinin üzerinde tanımlamayı mümkün kılacak nazarî temel bulunmamaktadır, hiçbir içtihadî hüküm İslam'ın diğer içtihadî hükümleri geçersiz hale getiren mutlak hükmü olarak nitelendirilemez.[102] Dolayısıyla içtihadî düzlemde hiçbir yaklaşım bakımından adaletin sabitlenmesinden söz etmek mümkün değildir. İçtihatlarla oluşan mevcut hukuk adil olsa da yeni içtihatlarla oluşabilecek yeni hukuk da adil olacaktır. Bu haliyle içtihadî düzlemde adalet, hukuk tarafından yönlendirilmekte ve aynı zamanda hukuku yönlendirmektedir. Hem yön vermesi hem de yönlendirilmesi, adaletin İslam hukukuna özgü görünümü olarak ifade edilebilir.

---

97 "Bizi aldatan bizden değildir." Ebu Abdullah Muhammed b. Abdullah Hakim, *el-Müstedrek ale's-sahîhayn* (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1990), 2/11.

98 Ayrıntıda farklılık bulunmakla birlikte genel yaklaşım bu yöndedir. Nuri Kahveci, *Mukayeseli İslam Borçlar Hukuku* (İstanbul: Hikmetevi, 2015), 124.

99 İHR'ne göre sosyal hayatın tabii bir adalet duygusuyla yönlendirildiği söylenemez. Adalet duygusunu yönlendiren tek faktör yürürlükte olan hukuktur. (Olivecrona) Hukuk kurallarının adalete dayandığı söylemi yanlıştır ve ancak batıl bir inanış olabilir. Kişi, doğumdan ölüme kadar hukuk düzeninin etkisi altındadır ve ahlaki fikirler de hukukun etkisiyle oluşur. Dolayısıyla ahlak ve adalet hukuktan önce değil hukuktan sonra ve hukukun etkisiyle oluşur. Lundstedt adalet kavramının son derece yanıltıcı olduğunu, tabii adalet anlayışının dayanaktan yoksun olduğunu ifade etmektedir. Tabii adalet, ortak adalet ve adalet duygusunun içeriği hukuk dışıdır. Adaletle ilgili her görüş kaynağını pozitif hukuk uygulamasından alır. Hukukla adalet arasında karşılıklı etkileşim söz konusudur. Kanun normları ile örf ve adetlerin gelişmesinde etkili olan adalet duygusu hukuk kurallarınca beslenir ve geliştirilir. Hukuk kuralı fiili olarak mevcut olmazsa, adalet duygusu da rolünü icra edemez. Hukuk mekanizmasının faaliyeti durursa, adalet duygusu bütün anlamını yitirir Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 339-344.

100 Realizme göre insan ihtiyaçlarının en az fedakârlıkla karşılanması, günümüz hukuk yaklaşımlarında ön plana çıkmaktadır. Fayda kriteri esastır. Realizmde eğilim adalete uygun hukuk yönünde değil, elverişli hukuk yönündedir. Sonuç belirleyicidir. Hukuki realizm kişisel haklara değil sosyal ihtiyaçlara öncelik verilmesini önerir. Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 330.

101 Bu, mezhep içi görüş birliği değil, ümmetin icmâı niteliğindeki görüş birlikleri için geçerli bir yargıdır ve usûl ilminde ele alınan icmâ da budur. Meselâ "صلاة" kelimesi rükû, secde, kadesiyle Hz. Peygamber'in (s.a.s.) gösterdiği şekilde edâ edilen ibadeti ifade eder ve bu, icmâ ile sabittir. Ya da farz namazın beş vakit olması icmâ ile sabittir. Bu mana ve hükümler, İslam'ın ideal mana ve hükümleridir. Bu manalar ve hükümler bakımından daha idealinin arayışı söz konusu değildir.

102 İbrahim Kafi Dönmez, "İçtihadın Bağlayıcılığı Meselesi ve Fıkıh Mezheplerine Bağlanmanın Anlamı", *Usul Dergisi* 1 (2004), 38. Bir içtihadın başka bir içtihatla bozulmayacağı temel ilkesi (İbn Kudâme, *Ravzatü'n-nâzır ve cennetü'l-münâzır fi usûli'l-fikh*, 2/378.) bu hususta belirleyicidir.

2.5. Hukuk Kurallarının Reddi

Hukukî realizmde genel hukuk kurallarının reddi[103] dikkat çekici bir özellik olarak karşımıza çıkmaktadır. Belirginliğin bütün formlarına karşı çıkıp belirsizliği esas almaları bakımından bu, realistlerden beklenen bir tavırdır. Çünkü genel kurallar hukuka dair belirlemelerdir. Genel kuralların kabul edildiği durumda, hukuk uygulayıcılarının bazı karar ve uygulamaları önceden belli düzeyde belirgin hale gelecektir. Bu ise hukukî realizmde savunulan temel felsefeye aykırıdır. Hukukta genel kural kabul etmeyince hukukî realizm bakımından temel normdan ve hukuk kuralları arasında çatışmadan da söz etmek mümkün olmamaktadır.

İslam'ın geneli ve hukukun zemini açısından, hukuk kuralı olarak nitelendirilmese de hukuk kurallarına asıl manasını veren temel ilke tevhiddir. Bütün sistem anlamını *Allah'ın birliği/tekliği* üzerinde bulur.[104] Tevhit ilkesinden tecrit edilmiş bir İslam hukuku ne teorik düzlemde ne de pratikte mümkündür. Çünkü İslam'a göre hukuk, özü itibariye, bir olan Allah'ın (c.c.) teşrîî iradesinin tecellîsidir.

Genel kuralları kabul etmeyen hukukî realizme karşılık İslam hukukunda kaynak normlar olan ayet ve hadislerden bir kısmı genel hukuk kuralı, bir kısmı da belli meseleleri düzenleyen özel hukuk kuralı niteliğindedir. Bunların yanında bir de ulemanın formalize ettiği genel ve özel hukuk kuralları bulunmaktadır ki bunlar kavâid eserlerinde ele alınıp tahlil edilmiş, bu hususta önemli bir literatür ortaya çıkmış, fıkhî kaideler tek tek ortaya konmuş, açıklanmış, kaynağı, kapsamı ve bağımsız olması bakımından tasnif edilmiş,[105] temel küllî kaideler tespit edilmeye çalışılmış,[106] bir kaide sistematiği ortaya konmuştur. Ancak bu hususta hassasiyetle vurgulanan nokta, genel hukuk kurallarının müstakil olarak hukuk kaynağı olmaması, temel hukuk kaynakları olan Kitâb, sünnet, icmâ ve kıyasa dayanmasıdır. Bu sebeple küllî kâideleri kanun fikrine dayalı hukuk sistemlerindeki kanunlar gibi görmek isabetli bir yaklaşım değildir.

Hukuk kurallarının kabulü ile birlikte ortaya çıkan temel mesele, kurallar arasındaki çatışmanın giderilmesi ve kuralların hukukî tahlil süreçlerine dâhil edilmesinde dengeli bir mekanizmanın oluşturulmasıdır. Hukukî realizmde hukuk kuralı kabul edilmediği için kuralların çatışması ve hukuk kurallarının çözüm süreçlerine dengeli bir şekilde dâhil edilmesi gibi bir mesele söz konusu olmamaktadır. Ancak İslam hukukunda genel ve özel hukuk kuralları kabul edildiği ve teferruatlı biçimde tahlillere konu olduğu için kural çatışmalarının giderilmesi ve kuralların hukukî süreçlerde dengeli biçimde işlevselleştirilmesi özel önem arz etmektedir. Ayrıntısı çalışmamızın kapsamı dışında kalmakla birlikte nasslar bağlamındaki çatışma bakımından tearuz[107] ana başlığında nesih, tercih, terk gibi yöntemler[108] ve deliller kapsamında istihsân,[109] hukuk kuralları arasında farklı düzeylerde ortaya çıkan çatışmaları giderme yolları olarak ifade edilebilir.[110]

---

103 Gürkan, *Hukukî Realizm Akımı*, 150; Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 333. Ayrıca bk. Furtun, *Hukuk Felsefesi Dersleri,* 113-117.

104 ''فَبَعَثَ اللهُ نَبِيَّهُ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وسلّم داعيا إلى توحيد'' "Allah (c.c.) peygamberini (s.a.s.) tevhidin davetçisi olarak göndermiştir." Ahmed b. Ali Ebubekir er-Râzî Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân* (Beyrut: Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, 1412), 3/2.

105 Ahmet Yaman, "Bir Kavram Olarak 'Fıkıh Kaideleri' ya da İslam Hukukunun Genel İlkeleri", *Marife* 1/1 (2001), 65-67.

106 Ahmet Yaman, *İslam Hukukuna Giriş* (İstanbul: İFAV Yayınları, 2012), 62.

107 Hudarî, *Usûlü'l-fikh*, 394.

108 Hallâf, *İlmu usûli'l-fikh*, 203.

109 Zühaylî, *el-Vecîz fî usûli'l-fıkh*, 86. İstihsânın kuralların katılığını esnetme işlevi için bk. İbrahim Hakkı Aydın, "İstihsân Temelinde Akıl ve Ebu Hanife", *İslami Araştırmalar Dergisi* 15/2 (2002), 165-170. Bu yöntemde, somut olaya uygulanacak iki kural bulunmaktadır ve hukuk uygulayıcısı, somut olay için bu iki kuraldan birini tercih etmek durumundadır, ikisini birden uygulama imkânı yoktur. Somut olaya uygulanacak kurallardan biri genel diğeri özel ise mezheplerin yaklaşımı genel hükmün esas alınması yönündedir. Ancak Hanefiler belli şart ve durumlarda istisnai olarak özel hükmün esas alınabileceğini kabul etmekte ve bunu da istihsan yöntemi olarak sistematize etmektedirler. Günümüz uygulaması Hanefîlerin ortaya koyduğu istinâî yaklaşım paralelindedir ve bir konuyla ilgili genel ve özel düzenleme çatıştığında belli şartlarda özel ve sonraki düzenleme uygulamaya esas teşkil etmektedir. Tahir Çağa, "Özel Hüküm Genel Hükmü Daima Bertaraf Eder mi?", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 3 (1991), 368. Mesela bir trafik kazasında sorumluluklar belirlenirken Borçlar kanundaki genel düzenlemelerden önce Karayolları Trafik Kanunundaki düzenlemeler esas alınacaktır.

110 Hukukî realizm açısından kural çatışması söz konusu olmadığından, İslam hukukunda böyle bir konunun var olduğunu ve belli yöntemlerle meselenin çözüme kavuşturulduğunu ifade ile iktifâ ediyor, mukayese çalışmamızın dışında kalması sebebiyle çatışmanın giderilme yöntemlerine ilişkin ayrıntılara girmiyoruz.

Hukukî realizme göre hukuku cebir kullanarak uygulayacak devletin bulunması gereklidir.[111] Devletin gerekliliği bakımından realistlerin yaklaşımları ile İslam hukukçularının genel yaklaşımlarının örtüştüğü söylenebilir. Nitekim ulemâ dinî emirlerin ve dünya işlerinin sevk ve idaresi için bir devlet tesisinin farz olduğu hususunda görüş birliği içerisindedir.[112] Bu benzerliğe karşılık, hukukî realizm ile İslam hukuku arasında devletin izahı bakımından temelde farklılık bulunmaktadır. Çünkü İslam hukuku açısından devleti izah eden ifade *cebir* değil, yaptırım sistematiğini dışlayıcı bir mahiyet taşımamak üzere *dini emir ve dünya işlerinin yerine getirilmesidir*.

Bu kapsamda özellikle ifade edilmesi gereken bir diğer husus, realistlerin içerisinde bulundukları çelişik durumdur. Çünkü realistlerin cebir ekseninde tanımladıkları devlet, genel kurallara karşı olmaları sebebiyle, tanımsız bir bünye olarak anlam bulacaktır. Genel hukuk kurallarına karşı çıkıldığında, kuralların kurumsallaşmış hali olan devletten söz etmek mümkün olmayacak, devletin gereklilik olarak nitelendirilmesi sistematik bir çelişki ve mantıkî tutarsızlık olarak nitelendirilecektir.

2.6. İhtimalci Yaklaşımın Sınırı ve Rölativite

Hukukî realizme göre hukuk normları kesinlik değil, ihtimal ifade etmelidir. Bir norm, sonuçları ve pratiği bakımından farklı zamanlarda farklı anlamlar ifade edebilir. Rölatiflik ilkesi, kesinliğe karşı bir güvence sağlar.[113]

İhtimalci yaklaşım, hukukî realizmdeki belirsizlik anlayışının tabiî sonucudur. Esasında bütün ihtimalleri sayıp döken, hâkimin ya da hukuk uygulayıcısının iradesini belli sayıda ihtimalle sınırlandıran norm anlayışı, hukukî realizmin temel yaklaşımıyla uyumlu değildir. Çünkü bu, hukuk alanında büyük oranda belirginlik anlamına gelmektedir ve uygulayıcılar bu ihtimallerden birini tercih edeceklerdir. Ancak hukukî realizmin temel mantığından hareketle burada ifade edilen ihtimalci yaklaşımın sınırlayıcı olmayacağını, hâkimlerin ve diğer hukuk uygulayıcılarının, normda ortaya konan ihtimallerin, dolayısıyla da normların dışına çıkabileceğini, bu durumda da normun mevcudiyetinin önemini kaybedeceğini, olması ya da olmaması arasında bir fark bulunmayacağını söylemek mümkündür.

Bir norm, bir konuda zihnin üretebileceği sayısız ihtimalden bir veya birkaçını ifade ediyor ve normdaki bir ihtimal, diğer ihtimallere göre hiçbir üstün nitelik taşımıyorsa, o normun varlığının kayda değer bir önemi yoktur. Böyle bir norm, sadece karşılaştığı somut olaya ilişkin ihtimalleri ortaya koyamayan hukuk uygulayıcıları için hazır ihtimal ve hazır çözüm olarak önemli görülebilir.

Realistler normun izafî olduğu, izafî normun bağlayıcılık üretemeyeceği savıyla, *norm* gerçeğini kökten reddetmektedirler. Bu iddia, İslam hukuku açısından analiz edildiğinde, normu bütünüyle işlevsiz hale getirecek bir izafilik alanının mümkün görülmediği müşahede edilir. Nitekim normun kesinlik ya da ihtimal ifade etmesi, delâlet meselesi olup gerek ayetlerin gerekse hadislerin delâletlerinin kat'î ya da zannî oluşu usul literatürünün önemli bir konusudur.

Realistlere göre norm yapısı itibariyle izafidir, ihtimal ifade eder ve bu ihtimallerden birini diğerinden üstün hale getiren bir gerekçe yoktur. İslam hukukuna göre ise delâleti kat'î olan nass, delâlet ettiği mana üzere bağlayıcıdır, bu mana ve içerik bakımından izafilikten, alternatif manalardan söz edilemez.[114] Delâleti zannî olan (alternatif manalar ihtiva eden) nasslar ise müçtehidin zannının odaklandığı noktada (hükümde/manada) müçtehit açısından bağlayıcılık kesp eder. Yasamada hukuk yapıcıları, yürütme ve yargıda hukuk uygulayıcıları delâleti kat'î naslarla bağlı olacaklar, bu nasslar bakımından bir izafilikten söz

---

111 Kanunun insan yaşamında etkili olabilmesi için sosyal bir organizasyona ihtiyaç vardır. Kanunu, gerekirse cebir kullanmak suretiyle uygulamaya hazır görevliler bulunmalıdır. Devlet, kuralları ihlali önleyici tedbirler alır, ihlal edenleri cezalandırır ve mahkemelerin kararlarını uygular. Eğitim, sağlık, haberleşme gibi konuların cebir kullanımıyla ilgili olmadığı düşünülse de nihai olarak bunların arkasında da devlet gücü bulunmaktadır. Ross: Hukuk, norma uyulmadığında, hangi tür cebrin kullanılacağını belirlemekle kalmaz, aynı zamanda kamu organlarına cebir kullanma yetkisi verir. Cebir kullanma yetkisinin kamu organlarında bulunduğu yerde devletten söz edilebilir. Tersi de geçerlidir, kamu organlarının cebir kullanma yetkisinin bulunmadığı durumda devletten de söz edilemez. Hukukun cebre dayalı oluşu tartışılamaz. Çünkü hukuk düzeni cebrin tespit ve tatbikini gösterir Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 340-347.

112 "وَلِأَنَّ نَصْبَ الْإِمَامِ الْأَعْظَمِ فَرْضٌ بِلَا خِلَافٍ بين أَهْلِ الْحَقِّ" "Devlet başkanı seçemek/tayin etmek ehl-i hakkın ihtilafsız kabul ettiği bir farzdır." Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, 7/2. Kur'an'da devlet kurmaya işaret niteliğinde birçok nass bulunmaktadır ve Hz. Peygamber farklı şehirlerde valiler görevlendirmek suretiyle bu görevini yerine getirmiştir. Bunlar İslam'da devletin gerekliliğini gösteren delillerdir. bk. Muhammed Tahir İbn Âşur, *Usûlü'n-nizâmi'l-içtimâî fi'l-İslâm* (Amman: Dâru'n-Nefâis, 2001), 325.

113 Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 331.

114 Aladuddin Ahmed b. Muhammed Abdülaziz Buhârî, *Keşfü'l-esrâr şerhu usûli'l-pezdevî* (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1997), 3/386.

edilemeyecektir. Delâleti zannî naslarda ise yetki sahipleri müçtehitseler zanlarına itibarla, nassın delâlet ettiği alternatif manalardan birini esas alacaklardır. Müçtehit değillerse önceki ya da yaşadıkları dönemdeki müçtehitlerin zanlarına itibarla esas aldıkları alternatife göre hukukî süreçleri işleteceklerdir.

Sınırlı izafiliğin söz konusu olduğu (delâleti zannî/alternatif manaların bulunduğu) nasslarda, alternatif manalardan biriyle hukukî süreçlerin devam ettirilmesi gerekliliğini ortaya çıkaran sebep, Allah'a, Rasûlü'ne (s.a.s.) ve ülülemre itaat edip sorunları Kitâb'a ve sünnete göre çözmeyi emreden kat'î nasslardır.[115] Nasslardaki sınırlı izafiliğin bağlamazlık gerekçesi olarak ileri sürülmesi, karşılaşılan sorunların Kitâb ve sünnete müracaatla çözülmesini emreden kat'î naslarla önlenmiştir. Buna göre alternatif manaların (delâlette zannîliğin) mevcudiyeti, bu manaların bütününü red gerekçesi olmayacak; sorunlara Kitâb ve sünnete göre çözüm bulma kat'î emri gereğince, bu alternatiflerden biri veya olayın tabiatına göre birkaçı seçilecektir. Sınırsız alternatiflerin söz konusu olduğu, dileyenin dilediği manayı yükleyebildiği genişlikte bir belirsizlik ihtimali ise İslam hukukunun temel kaynaklarında mevcut hukuk normları bakımından söz konusu değildir. Başka bir ifadeyle, fıkhî düzlemde müteşâbih nasstan söz edilemez.[116] Netice itibariyle İslam hukuku bakımından hukuk normunu işlevsiz, kullanılamaz hale getirecek genişlikte bir izafilik alanına yer olmadığı, sistem olarak kelâmın (normun)[117] i'mâlinin ihmalinden evlâ görüldüğü[118] ifade edilmelidir.

Normların sonuçları ve pratiği bakımından farklı zamanlarda farklı anlamlar ifade etmesi[119] konusu da İslam hukuku bakımından önemli bir tahlil alanını oluşturmaktadır. İslam hukukundaki yerleşik kurala göre *sebebin hususiliği, hükmün umumiliğine mani değildir*.[120] İslam hukuku kurallarının evrenselliğini ifade eden en temel kurallardan biri budur. Belli olayları düzenlemek için nazil olan ayetler ve varit olan hadislerin kapsama alanı sadece o olaylar değildir. Sebep hususi olsa da hüküm umumidir ve benzer nitelikli bütün somut olayları kapsar. Ancak bu, hükümlerin tarihi bağlamı, temel anlamı ve sınırlarından dışarı çıkarılarak uygulayıcı iradenin dilediği gibi anlam yükleyebileceğini ifade etmez. Uygulayıcı irade, lafzın sınırlarını, sebeb-i nüzûlü ve sebeb-i vürûdu (ayetin inişine ve hadisin beyânına sebep olan olay ve ortamı) göz önünde bulundurmak durumundadır.[121]

Rölativitenin kesinliğe karşı güvence sağlaması ise her zaman için insanlığın istediği durum değildir. Çünkü çoğu zaman insanlık, belirsizlik ve bilinmezliğe karşı kesinlik ve sabite arayışı içerisindedir. Sınırlı düzeyde de olsa sabiteler tespit edip hayatı o sabiteler üzerine kurmak, insanlığın temel arayış alanını ifade etmektedir.

2.7. Kavramsal ve Metodolojik Belirsizlik

Realistlere göre her türlü kavramsal düşünce, fizikötesi ve ideolojik olduğu gerekçesiyle reddedilmelidir. *Doğru*, düşünce sürecinde *uygun* olan; *haklı* ise insan davranışı bakımından *elverişli* olandır. *Tabiî* ve *aklî*, belirgin terimler değildir. Bunlar benimsenen inanca göre farklı yorumların konusu olarak kullanılabilir.[122]

Realistlerin doğru, haklı, tabiî ve aklî kavramlarına yönelik değerlendirmeleri genel yaklaşımları doğrultusunda düşünce ve ifade düzleminde büyük bir belirsizlik alanı oluşturmaktadır. Esasında hukukî realizmde belirgin olan tek şey, belirsizliktir ve bu durum, kavramsal düzlemde de açıkça görülmektedir. Realistler genel kurallar gibi kavramların da belirsiz olduğu kanaatindedirler.

Kavramsal belirsizlik bakımından yapılacak tahlilde İslam hukukunda geniş bir kavram ağının var olduğu görülecektir. Gerek hukuka ilişkin genel kavramlar gerekse her bir hukuk dalının sistematiğini ortaya koyan kavramlar tarihi süreç içerisinde oluşmuş,

---

115 en-Nisâ 4/59.

116 Hallâf, *İlmu usûli'l-fikh*, 156.

117 Beşer kelamını da kapsayacak nitelikteki böyle bir sistem kuralı, mevzu Allah'ın ve peygamberinin kelamı olduğunda ihmali güçlü bir şekilde dışlayacak, i'mali öne çıkaracaktır. Dolayısıyla bu ilkedeki *kelâm* lafzını konuya göre norm olarak kabul etmek de mümkün ve kimi zaman gereklidir.

118 Zeynülâbidin b. İbrahim İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir* (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1980), 135.

119 "لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان" "Şartların (ezmânın) değişimi ile hükümlerin değişimi inkar olunamaz" Mecelle-i Ahkâmı Adliye md. 39.

120 Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 4/53.

121 Nureddin Abbâsî, *el-İctihâdü'l-istıslâhî, mefhûmuhû, hüciyyetühû, mecâlühû, davâbitühû* (Beyrut: Dâru İbn Hazm, 2007), 28. Her alanda olduğu gibi yorum yöntemlerinde de mübalağadan uzak durulmalıdır. bk. İbrahim Kafi Dönmez, "Müzakereler", *İslam Fıkhını Nasıl Anlamalıyız? (Sempozyum Tebliğ ve Müzakereleri)* (Bursa: Kurav Yayınları, 2006), 149.

122 Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 328-339.

gelişmiş, belirginleşmiş; birçok kavram, İslam hukukunun genel sistematiği içerisinde yerini almış, bu kavramları izah eden eserler oluşturulmuştur. Her ne kadar bazı kavramlar İslam hukuk ekollerince farklı şekillerde tanımlanmış olsa bile bu durum hiçbir şekilde İslam hukukunda kavramsal belirsizlik algısına sebep olmamıştır. Aksine kavramlar süreç içerisinde adım adım belirginleşmiştir.

Realistlerin aklî ve tabiî olanın belirsizliğine vurguları ve bu şekilde rasyonaliteye, akla karşı çıkmaları kendi sistemleri bakımından çelişki niteliğindedir. Belirsizliği savunanların, belirsiz olduğu iddiasıyla rasyonaliteye ve tabiî hukuka karşı çıkmaları mantıki olarak tutarsızlıktır.

Bu yaklaşımıyla hukukî realizim usûlü, metodolojiyi imkânsız, gereksiz ve değersiz hale getirmektedir. Çünkü belirsizlik üzerine metodoloji inşa etmek mümkün değildir. Temel savunusu itibariyle vakıanın, realitenin esas alınması, önceki olaylara dayanılarak oluşturulan kuralların sonraki olaylara yönelik hukukî tahlillere dâhil edilmesinin imkânsızlaşması sonucunu ortaya çıkarmaktadır.[123] Nitekim realizme göre hukuk, *doğru veya yanlışlığına* bakmadan, toplumun isteklerine ve ihtiyaçlarına cevap vermelidir.[124] Toplumun isteklerini doğruluk ve yanlışlığına bakmadan böylesine önceleyen bir akımdan metodoloji beklemek de mümkün değildir.

Realistlerin metodolojik iddiaları metodolojik imkânsızlık verileri niteliğindedir. Çünkü bilginin sürekli doğrulanma gerekliliği, yerinde saymaktır. Süreçlerde etkili birçok bilgi vardır ve bunlardan hangisinin her seferinde doğrulanacağı da belli değildir. Hukukun sonuç olarak tanımlanması da bu akımda metodolojinin önemsiz ve değersizliğini göstermektedir.[125] Bunun karşısında ise dünya hukuk tarihi ve evrensel hukuk düşüncesi bakımından eşsiz bir katkı olarak İslam hukukçuları *fıkıh usulünü* oluşturmuş ve geliştirmişlerdir.

2.8. Belirsiz Hukukun Belirginleştirilmesi

Belirsiz hukukun mahkeme kararıyla belirgin hale geleceğini[126] söyleyen realistlerin ortaya koydukları yaklaşımların İslam hukuku bağlamında birçok açıdan tahlil edilmesi gerekmektedir. Hukukun hâkimin kararıyla belirginleşmesine yukarıda işaret edilmişti. Hâkimin kişisel eğilimlerinin karara etkisi, realistlerin özellikle vurguladıkları hususlardandır. Hâkimin tercih edeceği mezhep ve içtihatlar kişisel eğilim olarak değerlendirildiğinde, realizmle İslam hukuku arasında bu açından nisbî benzerlikten söz edilebilir. Osmanlı Devleti'nde devlet mezhebi paralelinde Hanefî hâkimlerin görev yapması esas olmakla birlikte, farklı bölgelerde sultana vekâleten[127] farklı mezheplerden hâkimler de görev yapmıştır.[128] Farklı mezheplerden hakimlerin görevlendirilmesi, belli şartlarda, hukukî realizmde olduğu gibi, hakimlerin kişisel eğilim ve mensubiyetlerinin yargılama sürecinde etkili olmasına müsaade edildiğinin göstergesi olarak değerlendirilebilir. Ancak keyfilik ve duygusallık anlamındaki kişisel eğilimler İslam hukuku bakımından yargılama süreçlerinde kabul edilebilir değildir. Hâkimin yargılama sırasında uyması gereken kurallar ayrıntılı olarak belirtilmiş, duygusal anlarında karar vermemesi, yargılama faaliyetinin objektif karakterine uygun hareket etmesi özellikle belirtilmiştir.[129]

---

123 Amerikan realizmine göre geleneksel hukuk kurallarına fazlaca güvenmemek gerekir. İskandinav realizmine göre doğa olaylarındaki nedensellik hukukî olaylarda da vardır ve hukukçunun işi nedensellik içerisinde olaylara dair tahminlerde bulunmaktır. Bilgi gözlemle sürekli doğrulanmalıdır. bk. Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 328-337.

124 Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 332.

125 Hukuk, kurallar toplamı değil, sonuçlar toplamıdır. Hukuka uygun ve hukuka aykırı davranış, bir dilin doğru ve yanlış kullanımı gibidir. Hukuk, hukukî sonuçları belirten soyut bir kavramdan ibarettir. Sonuçlar titizlikle düzenli, sistemli ve sürekli bir şekilde incelenmeli ve ulaşılan sonuçlara göre hukukî değerlendirme yapılmalıdır. Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 328-331.

126 Hakimin takdir yetkisiyle belirsiz hukukun belirginleşmesi için bk. Gülriz Öztürk, "Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 51/2 (2002), 14.

127 Mustafa Şentop, "Tanzimat'tan Önceki Dönemde Osmanlı Mahkemelerinin Görev ve Yetkisi", *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları* 1 (2006), 104.

128 Farklı mezhep mensuplarının bulunduğu bölgelere ilgili mezhebe mensup kadıların atandığı bilinmektedir. Bk. Süleyman Kaya, "Uluslararası Rahmet ve Çatışma Bağlamında İslam Mezhepleri Sempozyumu", *Osmanlı Tatbikatında Tek Mezhebe Bağlılık* (Konya: Sebat Ofset, 2016), 105; İlber Ortaylı, *Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devleti'nde Kadı* (İstanbul: Kronik Yayıncılık, 2016), 93.

129 Fahreddin Atar, *İslam Adliye Teşkilatı Ortaya Çıkışı ve İşleyişi* (Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 1979), 100. Nasi Aslan, *İslam Hukukunda Yargılama Etiği ve İlkeleri* (Adana: Karahan Kitabevi, 2014), 57.

Şahitlerin beyanlarının gerçeğe uygun olması hususunda İslam yargılama hukukunda görülen tezkiye kurumu özellikle vurgulanmalıdır. Buna göre hâkim, şahidin genel durumu ve güvenilirliği konusunda gizli araştırma yapar, güvenilir olduğu kanaatine ulaşırsa şahitliğini kabul eder. Güvenilir şahidin verdiği bilgi, hükmün üzerine bina edilmesi için yeterli güce sahiptir.[130]

Hukukî realizmde görülen somut durumun hukuk realitesini belirleyeceği yönündeki yaklaşım, keyfiliğe, belirsizlik ve düzensizliğe sebep olacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir.[131] Somut olaya norm karşısında öncelik verilmesi, İslam hukuku açısından değerlendirildiğinde, ilk bakışta geneli itibariyle İslam hukukunun olaylar üzerine inşa edildiği, bu bakımdan İslam hukuku ile hukukî realizm arasında bir benzerlik bulunduğu söylenebilir.[132] Birçok ayet ve hadis belli olaylar üzerine bunların hükümlerini ortaya koymak için nâzil ve vârit olmuştur.[133] Bu durum, İslam hukuk realitesinin bütünüyle somut olay ekseninde anlam bulduğunu, hukukun somut olayla başlayıp, realizmde olduğu gibi, somut olayla bittiğini göstermez. Her ne kadar sebeb-i nüzûlün ayeti, sebeb-i vürûdun hadisi anlamada etkisi varsa da ayet ve hadis (norm) o sebeplerle sınırlı değildir. Sebebin husûsîliği hükmün umûmîliğine mâni değildir.[134] Ayet ve hadislerin lafzî ve gâî yorumlarının taşıdığı değer[135] de olayın etkisinin sınırlı olduğunu göstermek bakımından önemlidir. İslam hukuku bakımından somut olayların kurucu rolü vardır. Ancak soyut normun gücü, tartışmasız, somut olayın üstündedir. Soyut norm (ayet ya da hadis) hem nâzil ya da vârit olduğu olayı hem de süreç içerisinde ortaya çıkacak benzer nitelikteki bütün olayları düzenlemek bakımından somut olay karşısında mutlak üstünlüğe sahiptir. Bu haliyle nasslar bakımından değerlendirildiğinde, somut olaydan ziyade soyut normun esas olduğu söylenebilir. Ayet ve hadislerin belli olayları anlatarak hükmü beyan etmesi de durumu değiştirmez. Çünkü bir olay ekseninde konan hüküm, ondan sonraki benzer bütün olaylara çözüm teşkil edecek soyut norm niteliğindedir. Ayet ve hadislerin düzenleme alanı, sadece nâzil ya da vârit olduğu olay değildir. Bu nassların icrâ alanları, ilgili olayla başlayıp bitmemektedir.

Doğrudan ayet ve hadislerle düzenlenen hukuk alanının ötesinde, süreç içerisinde içtihatla oluşan fıkıh bakımından İslam hukukunun geneli için soyut norm yönteminin esas olduğu söylenebilir. Çözümler arasındaki ahenk ve tutarlılık da buna işaret eder.[136] Hukukî realizmde görülen haliyle, genel hukuk kurallarını yok sayarak olaya odaklanmak şeklinde bir kazuistik yaklaşımı İslam hukukunun hiçbir dönemi ve ekolü için savunmak mümkün değildir. Çünkü herhangi bir kuralın İslamî olarak nitelendirilebilmesi için temelde Kitab'a ve sünnete, soyut normlara dayanma zorunluluğu vardır. Nassları göz ardı ederek olay odağında bir çözümleme yapma imkânı yoktur. Nitekim İslami ilimler literatüründe nassın varlığında kaynaklığı şüphesiz kabul edilirken; yokluğu durumunda aklın müstakil kaynak olmasının sorgulanması,[137] soyut norm yönteminin ne kadar güçlü olduğunu

130 Kâsânî, *Bedâiu's-sanâi'*, 6/270.

131 Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 337.

132 Hukuk literatürünün hukuk realitesinin yansıma alanı olduğu düşünüldüğünde, hukuk yazımı bakımından ortaya konan yaklaşımların hukuk realitesi bakımından da fikir vereceği söylenebilir. Bu yaklaşımla bk. Talip Türcan, *İslam Hukuk Biliminde Hukuk Normu Kavramsal Analiz ve Geçerlilik Sorunu* (Ankara: Ankara Okulu Yayınları, 2016), 88. Fıkıh usulü ve kavâid kitaplarında soyut kural yöntemi izlenirken, fürû kitaplarında kazuistik metot benimsenmiştir. Hayreddin Karaman, "Akid", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 1989), 2/251.

133 Mesela İbnü'l-Arabî, hirabe ayetlerinin nüzul sebebiyle ilgili beş farklı rivayetin bulunduğunu belirttikten sonra, ilk olarak bu ayetlerin ehl-i kitâb hakkında nazil olduğu yönündeki görüşü aktarmaktadır. bk. Ebubekir Muhammed b. Abdullah İbnü'l-Arabî, *Ahkâmü'l-Kur'ân* (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2003), 2/92. Gelişme ve teşekkül dönemlerinde fıkıh ilmi, nazariyeler ve genel kurallar üzerine bina edilmemiş, bunun yerine her meselenin ayrı ayrı kendi şartları içerisinde ele alınıp hükme bağlanması yolu tercih edilmiştir. Hayreddin Karaman, "Fıkıh", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi* (İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 1996), 13/3.

134 Cessâs, *Ahkâmü'l-Kur'ân*, 4/53.

135 Bilge, *Hukuk başlangıcı*, 201-203; Yasemin Işıktaç - Sevtap Metin, *Hukuk Metodolojisi* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2003), 193-212.

136 Haluk Songur, *Mukayeseli Hukukta Ceza ve Teorik Temelleri İslam Ceza Hukukunda Ceza ve Amaçları* (İstanbul: Söğüt Yayınları, 2008), 83.

137 Serahsî aklın dindeki konumunu ve deliller arasındaki yerini kandil metaforuyla açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Ona göre bir şahsa "Bu kandili al, yolu aydınlatırsa yürü" denildiğinde yürüme fiilini gerektiren ne yoldur ne de kandil, emrin bizatihi kendisidir. Bu tasvirde emir nasslar, eldeki kandil ise akıldır. Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl Şemsüleimme Serahsî, *Usûlü's-Serahsî* (Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, ty), 1/102. Kandil, emir doğrultusunda işlevseldir. Bunun gibi İslam hukuk sisteminde de akıl nasslarda açık veya örtülü biçimde bulunan manaları ortaya çıkarıp uygulamada işlevseldir, müstakil hüküm kaynağı değildir.

göstermek bakımından önemli bir örnektir. Karşılaşılabilecek bütün olayları kalıplar halinde tespit edip kanunlara koymak mümkün olmayıp,[138] soyut normlarla çerçeve belirlemek zorunluluktur.[139]

Hukuk konularının belli bir tasnifle temel kavramlar altında ele alındığı fürû eserlerinde soyut normların somut olaylarla desteklenmesi, kazuistik yöntemin esas alındığını göstermez. Çünkü sonraki fukahâ için bağlayıcı olan somut olayın kalıpları değil, somut olaya hâkim soyut normlardır. Ayet ve hadislerde yer alan somut olay kalıpları büyük oranda o haliyle korunmaya çalışılmışsa da birçok meselede somut olay değil, olay kalıbının özündeki soyut normun esas olduğu vurgulanmıştır.[140] Elbette bu durum tarihselci yaklaşımlara imkân verecek genişlikte özensiz bir anlama faaliyetini olağan hale getirmez. Nasslarda somut olaylarla anlatılan meselelerin özünde yer alan malum, muayyen, ittifak edilmiş soyut normlar bellidir ve bunlar makâsıdü'ş-şerîa, hikmetü't-teşrî' gibi başlıklarda ele alınmış,[141] İslami ilimler geleneğinde, keyfî soyutlamalar güçlü bir tepkiyle karşılanmıştır.[142] Çünkü soyutlama ile ulaşılan soyut normun, karşılaşılan sonraki sorunlara yardımcı norm olarak kullanılması gerekirken, bazı araştırmacılarca, ayet veya hadislerle belirtilen açık hükümlerin işlerliğini ortadan kaldırıcı nitelikte sürece dâhil edilmesi gibi bir tutarsızlıkla hareket edilmiştir.

Soyut norm yöntemini her bir olayın nevi şahsına münhasır hususiyetlerinin ihmaline yol açma zafiyetiyle muallel tanımlamak, isabetli bir yaklaşım olmayabilir.[143] Çünkü soyut norm yönteminin özünde, genel norm odağında somut olayın dinamiklerinin göz önünde bulundurulması suretiyle çözüme ulaşma yaklaşımı vardır.

Realistlerin belirsiz hukukun belirginleştirilmesi kapsamında dereceli mahkeme sistemi bakımından ortaya koydukları değerlendirmeler İslam yargılama hukuku ile sistematik farklılık içerisindedir. İslam yargılama hukukunda tek dereceli mahkeme sistemi esas olduğu için[144] ilk derece mahkemesi ile yüksek mahkeme kararlarından hangisine öncelik verileceğine dair yaklaşımlar pratik karşılık bulmaz. Ancak realistlerden bir kısmının yüksek mahkeme kararlarına öncelik tanımalarına karşılık diğer bir kısmının ilk derece mahkemesi kararlarına öncelik tanıması ve bu şekilde ortaya çıkan ayrılık, tek dereceli mahkeme sisteminin istikrar açısından daha uygun olduğu şeklinde bir yorumu mümkün kılabilir.

2.9. Plüralist Yaklaşım

Gerçeğin çoğulcu bir içerikle değerlendirilmesi, farklı uygulamalara ve yaklaşımlara bakılarak hukukî çözümler üretilmesi gerektiğini ifade eden[145] realistler genel kuralları ve ekollere özgü kavramları reddedince, bütün ekol ve sistemlerin çözümlerine

---

138 Toplum hayatında ortaya çıkabilecek bütün olayları önceden farzedip, hiçbir olayı dışarıda bırakmayacak şekilde kanunlar hazırlanması, erişilemeyecek bir gayedir. Dönmez, "İslam Hukukunda Müctehidin Nasslar Karşısındaki Durumu ile Modern Hukuklarda Hakimin Kanun Karşısındaki Durumu Arasında Bir Mukayese", 26.

139 Fıkıh usulünün yazımı bakımından fukahâ metodunun kazuistik mütekellimin metodunun soyut norm yöntemine göre ortaya çıktığı ifade edilmektedir. Usul eserlerinin oluşumu bakımından durum böyle olsa da neticede bu eserlerle sonraki hukuki çözümleme süreçlerinde kullanılacak olan soyut normların tespit ediliyor olması, iki metotta da soyut norm yönteminin esas olduğunu göstermektedir.

140 Mesela dişlerin misvaklanması somut olay iken, temizlik, bunun özündeki soyut normdur.

141 Dini koruma ve sünneti ikame gibi şer'î maksatlar için bk. Zekeriya el-Ensârî, *Esne'l-metâlib fî şerhi ravzu't-tâlib* (Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2000), 3/118.Hikmet-i teşri, esbâb-ı mucibe, esbâb-ı teşrîiyye, hikem-i teşrîiyye, makâsıd ilmi hükümlerin belirlenmesinde gözetilen şer'î maksatları ortaya koyma, nassların yorumunda bu maksatların gerçekleşip gerçekleşmediğine dikkat etme, yorumda ve ulaşılan sonuçları test etmede umumât-ı Kur'an ve sünneti kıstas olarak kullanma, küllî bir yaklaşımla konuları ele alma gibi meseleler üzerinde yoğunlaşan bir hukuk alt dalı. Mehmet Erdoğan, *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü* (İstanbul: Rağbet Yayınları, 1998), "Hikmet-i teşrî", 155.

142 Keyfî soyutlama örnekleri için bk. İlhami Güler, *Sabit Din Dinamik Şeriat* (Ankara: Ankara Okulu Yayınları, 1999), 25.

143 İslam hukukunun kazuistik yapısını teşkil eden bu yöntem, toplum-hukuk ilişkisinin doğal sonucu olarak; toplumsal şartların, vakaların ve gelişmelerin yakından takip edilerek her olayı genel bir kurala feda etmeden kendi özel şartları içinde değerlendirilmesi demektir. Ali Duman, "Ebu Hanife'nin Hüküm İstinbat Yönteminin Fukaha Usulündeki Rolü", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, (2009), 94.

144 Esas olan tek dereceli mahkeme sistemidir. İçtihadın içtihatla nakzolunmayacağı (الإجتهاد لاينقض بمثله) yönündeki temel kuralın da (bk. Mustafa Ahmed Zerkâ, *Şerhu'l-kavâidi'l-fikhiyye* (Cidde: Dâru'l-Beşâir, 2001), 155.) baskısıyla İslam tarihinde iki veya üç dereceli mahkeme sistemlerine belli oranda mesafeli durulmuştur. Ancak bu sistem teorik olarak bütünüyle de İslam hukuku açısından imkânsız değildir. Çok dereceli mahkeme sistemlerinin özünde, yereldeki uygulama farklılıklarını gidererek uygulama birliğini temin etme yaklaşımı bulunmaktadır.

145 Fiziki, biyolojik, sosyolojik, psikolojik problemlerin tek bir formülle çözüme kavuşturulması imkânsızdır. Bu yaklaşım common law (İngiliz hukuku) esaslarına uygundur. ABD'de 1930 bunalımında İngiltere, Almanya ve Avustralya uygulamalarına bakılarak çözüm arayışına girilmesi

müracaat edebilecekleri serbesti zemini yakalamışlardır. Ortada bir sistem olmadığı için sistematik tutarsızlık olasılığı da kalmamıştır. Hukuk uygulayıcıları bu yaklaşımda, Amerika'da 1930 krizinde olduğu gibi, bütün hukuk sistemlerinden ve ekollerden yararlanabilecek, buna göre çözümler üretebileceklerdir.

Plüralist (çoğulcu) yaklaşım, ilk bakışta, alternatif zenginliği sunması bakımından olumlu gibi görülebilse de tutarlılık bakımından güçlü riskleri barındırmaktadır. Her hukuk sistemi ve ekolünün nevi şahsına münhasır tarihi, coğrafyası, kavram haritası ve metodolojisi vardır. Her medeniyet havzasının ürettiği hukuk normlarında, o medeniyetin değer kodları yüklüdür. Doğduğu medeniyetin değer kodlarından arındırılmış bir hukuk sistemi düşünülemez.

Hukuk normlarında üç tür tutarlılık aranır: mantıkî tutarlılık,[146] etik tutarlılık[147] ve kültürel tutarlılık. Plüralist yaklaşım, sınırlı düzeyde mantıkî tutarsızlığa, belli düzeyde etik tutarsızlığa ve ileri düzeyde kültürel tutarsızlığa sebep olacak bir yöntem olarak değerlendirilebilir. İnformel mantık çerçevesinde bakıldığında farklı hukuk sistemleri arasında mantıkî tutarsızlıkların ortaya çıkması mümkündür.

Etik/ahlakî tutarlılık bakımından hukuk sistemleri arasında farklılık olması kaçınılmazdır. Çünkü her hukuk sisteminin kökündeki medeniyet havzasının ahlak anlayışı nispeten farklılık gösterir.

Plüralist yaklaşımın karşılaşacağı en büyük direnç kültürel tutarlılık alanındadır. Çünkü hukuk normu mantık ve ahlakın ötesinde kültür ve medeniyetin farklı düzlem ve boyutlarından izler taşır ve başka bir hukuk sisteminden normlar almak o medeniyet havzasından değer aktarımı yapmak anlamına gelir ki bu da hukukun işleyişinde esaslı tutarsızlık ve çatışmalara yol açar.

Çoğulculuk İslam hukuku bakımından tahlil edildiğinde, hukuk sistemine dâhil olan her kural, kavram ya da prensibin Kitab, sünnet, icmâ ve İslam'ın temel ilkelerine uygunluk testine tabi olduğu görülür. Naslara uygun olmayan bir normun sistem içerisine dâhil edilmesi mümkün değildir. İslam hukuku bağlamında söz konusu edilebilecek plüralist yaklaşımın özünü bu kural oluşturur.

Bu genel kuralı ortaya koyduktan sonra, İslam hukuku açısından plüralizmin farklı boyutlarda değerlendirilebileceğini söyleyebiliriz. Vahiy döneminde cahiliye adetlerine yönelik ibkâ (olduğu gibi hukuk sistemine dâhil etme), ıslah (düzelterek hukuk sistemine dâhil etme) ve iptal (hukuk sistemine almama)[148] şeklinde üç tavır vardır. Tevhit özünden filizlenen İslam hukuku bakımından cahiliye adetlerinin ıslah ya da ibkâ yoluyla sisteme dâhil edilmesi bir yönüyle çoğulculuk olarak nitelendirilebilir. Ancak vahiy dönemi, oluşum dönemidir ve oluşum süreci cahiliye toplumunda devam etmektedir. Bir süre sonra cahiliye dönemi asr-ı saate dönecek olsa bile, aynı toplumdaki uygulamalar üzerinden devam eden bir hukukî tekemmül süreci söz konusudur. Bu haliyle cahiliye adetlerine yönelik tavır bakımından plüralist bir yapıdan söz etmek mümkün olmamaktadır.

Çoğulcu yaklaşım, müçtehidin içtihadıyla bağlı olması bakımından değerlendirildiğinde, her müçtehidin kendi içtihadıyla bağlı olduğu, başka içtihatlarla amel edemeyeceği yönündeki temel kural[149] ile karşılaşılır. İçtihat düzeyindeki bir âlim bakımından plüralist yaklaşımdan söz edilemez. Bu haliyle, hâkim müçtehit olduğunda, kendi içtihadına göre hüküm vermek zorundadır. Kendi içtihadının dışında başka çözümleri alarak hüküm veremez.

---

hukukta plüralist yaklaşımın bir örneği olarak ifade edilmektedir. Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 331. Kendilerini şüpheci bir grup olarak tanımlayan Frank'e göre hukuk kuralları sözcüklerden ibaret olup ancak kararlarla "gerçeklik" haline gelir. Jerome N. Frank, *Law and Modern Mind* (London: Stevenson & Sons Limited, 1949), 8; Furtun, *Hukuk Felsefesi Dersleri,* 115

146 Bu bağlamda "ما جاز لعذر بطل بزواله" (İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, 86.) gibi kaidelerin hukuksal tahlil süreçlerine dâhil edilmesinin özünde, genel manada mantıkî tutarlılık fikrinin bulunduğu aşikârdır. Buna ilaveten umûmî zararla husûsî zararın bir araya gelmesi durumunda husûsî zararın tercih edileceğine (Zerkâ, *Şerhu'l-kavâidi'l-fikhiyye*, 197.), şiddetli zararla hafif zararın bir araya gelmesi halinde hafif zararın tercih edileceğine (Zeynüddin b. İbrahim b. Muhammed İbn Nüceym, *el-Bahru'r-râik şerhu kenzi'd-dekâik* (Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, ty), 8/403; Zerkâ, *Şerhu'l-Kavâidi'l-fikhiyye*, 199.) iki şerden ehven olanın seçileceğine (Zerkâ, *Şerhu'l-kavâidi'l-fikhiyye*, 203.), mefsedetin def'inin maslahatın celbinden evlâ olduğuna (Alauddin Ebu'l-Hasen Ali b. Süleyman Merdâvî, *et-Tahbîr şerhu't-tahrîr fî usûli'l-fikh* (Riyad: Mektebetü'r-Rüşd, 2000), 8/3835; Zerkâ, *Şerhu'l-Kavâidi'l-Fıkhiyye*, 205.) yönelik kâideler de özü itibariyle mantıkî tutarlılık arayışına matuftur.

147 Hukuk kuralları yalnızca şeklî kriterlerle değil, ahlakî tutarlılıkları da göz önünde bulundurularak tahlil edilmelidir. Bk. Yaman, "Fıkıh - Ahlâk İlişkisi İslam Amelî Ahlâkının İlke ve Uygulamaları Çerçevesinde Bir Giriş", 117.

148 Muhammed Hamidullah, *Introduction to Islam* (Ankara: The Turkish Religious Foundation, 1997), 181. İslam'ın cahiliye adetlerine yönelik tavrına baktığımızda, ibkâ, ilkâ ve ıslah ile karşılaşırız. Bunlar içerisinde ilkâ tavrının sergilendiği alanlar, ekseriyetle, insanın manevi bütünlüğünün zedelendiği uygulama alanlarıdır ki; muhâdene nikâhı, şigar nikâhı, makt nikâhı, mut'a nikâhı gibi bir kısım nikâh çeşitlerinin ilkâ edilmesi bunun örneği olarak zikredilebilir. bk. Ebu Abdullah Muhammed b. İdrîs Şâfiî, *el-Ümm* (Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, 1393), 5/174.

149 Koçak vd., *Fıkıh Usûlü*, 413.

Yargıda müçtehit olmayan hâkim bakımından plüralist yaklaşımın imkânı tahlil edildiğinde, İslam hukuk sisteminin geneli bakımından dirençli bir tavrın esas olduğu söylenebilir. Müçtehit olmayan hâkim, bir mezhebe/ekole göre hüküm verecektir. Farklı mezheplerin çözümlerinden dilediğini almak gibi bir serbest yaklaşım genel olarak benimsenmemiştir.[150] Sistematik tutarlılık gereğince bir mezhebin çözümleri ile yargı süreçlerini işletmek esastır. Fakat bunun mutlak bir kural olduğunu söylemek de mümkün değildir. Bir hâkim karşılaştığı meseleyi mensup olduğu mezhebin dışında başka bir mezhep kuralı ile çözüme kavuşturduğunda, bu hükmün bağlayıcılığını engelleyen bir durum söz konusu değildir. Bir hâkimin, farklı bir mezhebe göre hüküm vermesi, onun kararının bağlayıcılığına etki etmez. Yasamada da yargıdakine benzer bir durum vardır. Mecelle-i Ahkam-ı Adliyye'de Hanefî mezhebi esas alınmışken, 1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde Hanefi mezhebi esas alınmakla birlikte diğer mezheplerden çözümlere de yer verilmiştir.[151] Dolayısıyla farklı mezheplerin çözümlerini alabilmek bakımından sınırlı ve kurallı bir çoğulculuktan söz edilebilir.

Bunun yanında, diğer hukuk sistemlerinin çözümlerini herhangi bir denetim sürecinden geçirmeden doğrudan sistem içerisine almak şeklindeki bir plüralist yaklaşım İslam hukuku açısından mümkün değildir. Roma hukukundan, Sosyalist hukuktan ya da Yahudi hukukundan herhangi bir hukuk formu doğrudan İslam hukukuna dâhil edilemez. Ancak fethedilen bölgelerdeki bir kısım uygulamalar İslam hukukuna uygunsa, kabul edilir ve örf[152] delili kapsamında mevcut uygulamaların devamına hükmedilir. Dinin açık emirlerine aykırı olmayan (sahih) örfler hukukun kaynağıdır, muteberdir,[153] âdet muhakkemdir,[154] örfle tayin nassla tayin gibidir.[155] Bu haliyle sahih örfün, nass gücünde sistemsel role sahip olduğu söylenebilir. Örf ve âdetlerin başka herhangi bir hukuk sistemine dayanıyor olmasının önemi yoktur. Önemli olan Kitab'a, sünnete, İslam'ın temel ilkelerine uygun olmaktır. Herhangi bir uygulamanın başka bir hukuk sisteminde meşrû ve mer'î olması, onun İslam hukuku bakımından merdut olarak nitelendirilmesi için mutlak ve muayyen bir sebep değildir.

Sonuç

Hukukî realizmle İslam hukuku arasında yapılan karşılaştırma ile ulaşılan sonuçlar bağlamında icmâ edilen, sübût ve delâlet bakımından kat'iyyetin bulunduğu meseleler açısından yapılacak tahlilde hukukî realizmde savunulan belirsizlik yaklaşımına İslam hukukunda hiçbir şekilde yer olmadığı öncelikle vurgulanmalı, hukukî realizmde ifade edilen usulî, kavramsal ve ilkesel belirsizliğin aksine İslam hukukunda belli kaynaklar, kavramlar ve ilkeler üzerinde belirginliğin ve sabitenin var olduğu, realizmin aksine İslam hukuku bakımından hukuk düzleminde ahlakı reddetmenin imkânsız olduğu, hukukun gerek teorisi ve gerekse pratiğinde ahlakın vazgeçilemez bir konumda yer aldığı ifade edilmelidir.

---

150 Ali Şafak, "İslam Hukukunda Kaynaklar – İctihad - Müctehid – Mezheb – Taklid ve Telfik Meseleleri Üzerine Bir Araştırma", *AÜİİFD* 3 (1979), 14.

151 Kararnamenin hazırlanmasına etki eden faktörlere baktığımızda siyasi ve ekonomik etmenlerin, bitmek bilmeyen savaşların ve sosyal ihtiyaçların büyük rol oynadığını ve dikkate alındığını görmekteyiz. Balkan ve Birinci Dünya savaşları Osmanlı'nın sosyal ve ekonomik yaşantısında büyük değişiklikler meydana getirmiştir. Özellikle devam eden savaşlara erkeklerin büyük çoğunluğunun katılmak zorunda kalmaları sosyal hayattaki yerlerini kadınların doldurmaları zaruretini ortaya çıkarmıştır. Artık şehirlerde kadın, kocasından, kardeşinden boşalan yerleri işçi veya memur olarak dolduran bir kimsedir. Osmanlı hukukunun kararnameye kadar Hanefî mezhebi merkezli olmasından dolayı uzun süren savaş yıllarında kocaları şehit veya mefkud olan kadınlar zor durumda kalmışlardır. Hanefî mezhebine göre kayıp olan kocaya "hükmen ölüm kararı" verebilmek için, akran olduğu kimselerin vefatına veya farklı görüşlere göre 62 ila 120 yıl kadar beklemek gerekmektedir. Hukuk-ı Aile kararnamesiyle eşi kaybolan kadınların maslahatına en uygun düşen Mâlikî mezhebinin görüşü benimsenmiştir. Mehmet Akif Aydın, *İslam-Osmanlı Aile Hukuku* (İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 1985), 210-213. Maliki mezhebine göre eşi kayıp olan hâkime müracaat eder, hâkim gerekli araştırmayı yaptıktan sonra bilgi edinilmesinden ümit kesilmesi halinde dört yıl beklenir. Ebu'l Velîd Muhammed b. Ahmed İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-müctehid ve nihâyetü'l muktasıd* (Beyrut: Daru'l-Kütübi'l-İslamiyye, 1982), 2/165. Kararnamenin plüratif (çoğulcu) bir anlayışla hazırlandığının diğer bir göstergesi de çok evliliğe belirli ölçüde sınırlama getirmesidir. Kararnamede kadının nikâh akdi yapılırken eşine evlilik boyunca tek eşi olması şartını öne sürebileceği esasını getirmiştir. Söz konusu şart Hanefî mezhebinde kabul edilmezken Hanbelî mezhebine göre mümkündür. Ebû İshak Burhaneddin İbrâhim b. Muhammed İbn Müflih, *el-Mubdi' fi şerhi'l-mukni (* (Beyrut: Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1997), 6/148.

152 Hallâf, *İlmu usûli'l-fikh*, 79.

153 Selahattin Kıyıcı, *İslam Hukukunda Örf ve Adet* (Ankara: İşaret, 1990), 131.

154 İbn Nüceym, *el-Eşbâh ve'n-nezâir*, 89; Mecelle-i Ahkâmı Adliye md. 36.

155 Şemsüleimme Muhammed b. Ali b. Ebî Sehl Serahsî, *el-Mebsût* (Beyrut: Dâru'l-Fikr, 2000), 4/272; Mecelle-i Ahkâmı Adliye md. 45.

Hukukî realizmdeki belirsizlik yaklaşımının aksine İslam hukukunda *sınırlı sabite/belirginlik* esasının var olduğu, hukukî realizmdeki belirginliğin tüketici, mutlak; İslam hukukunda içtihadî alandaki belirginliğin ise içtihatla belirginleşen hukukun hiçbir müçtehit tarafından mutlak hukuk olarak değerlendirilmeyecek olması, kendi içtihadıyla bağlı olan müçtehidin zihin dünyasında da hata ihtimali her zaman mevcut olacağından hareketle nisbî nitelik taşıdığı söylenebilir.

İslam hukukunun yapısal tahlilini ifade eden fıkıh usulü ilminin özde kök algısı ve kökün tespitine dayanması sebebiyle, hukukun kaynağını göz ardı eden her yaklaşım, yapısal olarak İslam hukukuyla çelişik nitelikte olmak zorundadır. Hukukî realizm de köke ilişkin kural ve değerleri reddetmesi sebebiyle yapısal olarak İslam hukuku ile çelişik vaziyettedir.

Realistler hukuk alanında kurallara karşı çıkarken, İslam hukukçuları genel ve özel hukuk kurallarını müstakil eserlerde tahlil etmiş, bir kural sistematiği ortaya koymuşlardır. Hukukî realistler bütün hukuk kurallarının ihtimal ifade ettiğini söylerken; İslam hukukçuları, bazı kuralların kesinlik, bazılarının ise ihtimal ifade ettiğini vurgulamak suretiyle denge yaklaşımını esas almışlardır, izâfîlik gerekçesiyle normun ihmaline imkân vermemişlerdir. Hukukî realizmde görülen haliyle, genel hukuk kurallarını yok sayarak olaya odaklanmak şeklinde bir kazuistik yaklaşımı İslam hukukunun hiçbir dönemi ve ekolü için savunmak mümkün değildir. Çünkü herhangi bir hükmün İslamî olarak nitelendirilebilmesi için temelde Kitab'a ve sünnete, soyut normlara dayanma zorunluluğu vardır. Nassları göz ardı ederek olay odağında bir çözümleme yapma imkânı yoktur.

Hukukî realizmde görülen, hukukun yargı kararıyla varlık kazanması ve belirginleşmesi yaklaşımı, yargıçlar devletini beraberinde getirmekte, yasama ve yürütmeyi büyük oranda etkisiz hale getirmektedir. Hukukun belirginleştirilmesinde keyfîlik ve duygusallık anlamındaki kişisel eğilimler İslam hukuku bakımından yargılama süreçlerinde kabul edilebilir değildir.

Realizimde görülen sınırsız plüralizmin aksine İslam hukukunda sınırlı ve kurallı çoğulculuk vardır. Ancak diğer hukuk sistemlerinin çözümlerini herhangi bir denetim sürecinden geçirmeden doğrudan sistem içerisine almak şeklindeki bir plüralist yaklaşım İslam hukuku açısından mümkün değildir.

Makalemiz kapsamında ifade edilebilecek bir diğer husus, realizmde adaletin hukuka tâbî kılınmasına karşılık İslam hukukunda adaletin hem yönlendiren hem de yönlendirilen konumunda olmasıdır. İslam'a göre hukuk adaleti adalet de hukuku yönlendirir. Bu sebeple adaletle hukuk arasında karşılıklı tâbiiyyet söz konusudur.

Çalışma kapsamında nihâî olarak hassasiyetle vurgulamak gerekir ki realizmde kavramlar ve metodolojinin önemsiz ve değersiz olmasına, yönteme değil sonuca önem atfedilmesine karşılık İslam hukukunda kaynaklara ve kaynaklardan hüküm elde etme usulüne önem ve öncelik verilmiş, usûl sonuç kadar hatta sonuçtan da önemli görülmüştür.

Kaynakça

Abbâsî, Nureddin. *el-İctihâdü'l-İstıslâhî, Mefhûmuhû, Hüciyyetühû, Mecâlühû*, Davâbitühû. Beyrut: Dâru İbn Hazm, 2007.

Abdülaziz Buhârî, Aladuddin Ahmed b. Muhammed. *Keşfü'l-esrâr şerhu usûli'l-Pezdevî.* Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1997.

Akı, Emine İrem. *Amerikan Hukuki Realizmi Çerçevesinde Hukuki Belirsizlik*. Ankara: Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans, 2008.

Ardoğan, Recep. "Sekülarizm, İslam ve İnsan Hakları". *İnsan Hakları ve Din* (Sempozyum), 320-362.

Aslan, Nasi. *İslam Hukukunda Yargılama Etiği ve İlkeleri*. Adana: Karahan Kitabevi, 2014.

Aşkar, Muhammed Süleyman. *Ef'âlü'r-Rasûl ve delâletuhâ ale'l-ahkâmi's-şer'iyye*. Beyrut, 1996.

Atar, Fahreddin. *İslam Adliye Teşkilatı Ortaya Çıkışı ve İşleyişi*. Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 1979.

Atar, Fahrettin. *Fıkıh Usûlü*. İstanbul: İFAV, 2002.

Aydın, İbrahim Hakkı. "İstihsan Temelinde Akıl ve Ebu Hanife". *İslami Araştırmalar Dergisi* 15/2 (2002), 165-174.

Aydın, Mehmet Akif. *İslam-Osmanlı Aile Hukuku*. İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 1985.

Başgil, Ali Fuad. *Din ve Laiklik*. İstanbul: Kubbealtı Neşriyat, 1998.

Baygın, Cem - Nar, Ahmet. *Medeni Hukuk Dersleri I Başlangıç Hükümleri ve Gerçek Kişiler Hükümleri*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.

Bilge, Necip. H*ukuk Başlangıcı: Hukukun Temel Kavram ve Kurumları.* Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2013.

Bix, Brian. "Ross and Olivecrona on Rights". A*ustralian Journal of Legal Philosophy* 34 (2009). https://doi.org/10.2139/ssrn.892788

Cessâs, Ahmed b. Ali Ebubekir er-Râzî. *Ahkâmü'l-Kur'ân*. Beyrut: Dâru İhyâi't-Türâsi'l-Arabî, 1412.

Çağa, Tahir. "Özel Hüküm Genel Hükmü Daima Bertaraf Eder mi?" *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 3 (1991), 366-375.

Çalış, Halit. *İslam'da Kolaylaştırma İlkesi Azimet - Ruhsat İlişkisi*. İstanbul: Ensar Neşriyat, 2013.

Çiğdem, Recep. *Mukayeseli Hukuk (İslam-Türk Borçlar Hukuku)-Genel Hükümler-Özel Borç İlişkileri*. İstanbul : Rağbet Yayınları, 2016.

Dalgın, Nihat. "Değişim Stratejisi Açısından Hukuk ve İslam Hukuku". *Ondokuz Mayıs Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 16 (2003), 73-109. https://doi.org/10.17120/omuifd.59406

Döner, Ayhan. *Anayasa Hukukuna Giriş Ders Notları*. Erzincan: DC Yayınevi, 2021.

Döner, Ayhan. *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.

Dönmez, İbrahim Kafi. "İcmâ". *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 21/417-431. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2000.

Dönmez, İbrahim Kafi. "İçtihadın Bağlayıcılığı Meselesi ve Fıkıh Mezheplerine Bağlanmanın Anlamı". *Usul Dergisi* 1 (2004), 35-48.

Dönmez, İbrahim Kafi. "İslam Hukukunda Müctehidin Nasslar Karşısındaki Durumu ile Modern Hukuklarda Hakimin Kanun Karşısındaki Durumu Arasında Bir Mukayese". *Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 4 (1986), 23-51.

Dönmez, İbrahim Kafi. "Müzakereler". *İslam Fıkhını Nasıl Anlamalıyız?* (Sempozyum Tebliğ ve Müzakereleri). Bursa: Kurav Yayınları, 2006.

Duman, Ali. "Ebu Hanife'nin Hüküm İstinbat Yönteminin Fukaha Usulündeki Rolü". *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 83-102.

Ensârî, Zekeriya el-. *Esne'l-metâlib fî şerhi ravzu't-tâlib*. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2000.

Erdoğan, Mehmet. *Fıkıh ve Hukuk Terimleri Sözlüğü*. İstanbul: Rağbet Yayınları, 1998.

Erdoğan, Mehmet. *İslam Hukukunda Ahkâmın Değişmesi*. İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2017.

Fevzân, Sâlih b. Fevzân b. Abdullah. *İânetü'l-Müstefîd bi Şerhi Kitâbi't-Tevhîd*. Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 2002.

Frank, Jerome N. *Law and Modern Mind*. London: Stevenson & Sons Limited, 1949.

Furtun, Ayşen. *Hukuk Felsefesi Dersleri*. İstanbul: Beta, 2. Basım, 2014.

Gözler, Kemal. *Hukuka Giriş*. Bursa: Ekin Yayınları, 2010.

Güler, İlhami. *Sabit Din Dinamik Şeriat*. Ankara: Ankara Okulu Yayınları, 1999.

Güriz, Adnan. *Hukuk Felsefesi*. Ankara: Siyasal Kitabevi, 2017.

Gürkan, Ülker. H*ukukî Realizm Akımı*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1967.

Güven, Osman Nuri. A*merikan Hukuki Realizminde Hakimin Rolü ve Nitelikleri.* Ankara: Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans, 2020.

Hakim, Ebu Abdullah Muhammed b. Abdullah. *el-Müstedrek ale's-sahîhayn*. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1990.

Hallâf, Abdülvehhab. *İlmu usûli'l-fıkh*. Beyrut: Müessesetü'r-Risâle, 2011.

Hamid, Abdulwahid. *Islam the natural way*. London: Mels, 1989.

Hamidullah, Muhammed. *Introduction to Islam*. Ankara: The Turkish Religious Foundation, 1997.

Holmes, Oliver Wendell. "The Path of Law". *Harvard Law Review*, 10/8 (1987), 457-478.

Hudarî, Muhammed. *Usûlü'l-fıkh*. Mısır: Matbaatü's-Saâde, 1969.

Işıktaç, Yasemin - Metin, Sevtap. H*ukuk Metodolojisi*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2003.

İbn Abdüsselâm, Ebû Muhammed İzzeddinAbdulaziz b. Abdüsselâm b. Ebu'l-Kâsım. *Kavâidü'l-ahkâm fî mesâlihi'l-enâm.* Beyrut: Dâru'l-Meârif, ts.

İbn Âşur, Muhammed Tahir. *Usûlü'n-Nizâmi'l-İçtimâî fi'l-İslâm*. Amman: Dâru'n-Nefâis, 2001.

İbn Kudâme, Muvaffakuddin Ahmed b. Muhammed. *Ravzatü'n-nâzır ve cennetü'l-münâzır fî usûli'l-fıkh*. yy: Müessesetü'r-Reyyân, 2002.

İbn Manzûr, Ebu'l-Fazl Muhammed b. Mükerrem. *Lisânü'l-Arab*. Beyrut: Dâru Sâdır, 1414.

İbn Müflih, Ebû İshak Burhaneddin İbrâhim b. Muhammed. *el-Mubdi' fi Şerhi'l-Mukni*,(. Beyrut: Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1997.

İbn Nüceym, Zeynüddin b. İbrahim b. Muhammed. *el-Bahru'r-râik şerhu kenzi'd-dekâik*. Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, ty.

İbn Nüceym, Zeynülâbidin b. İbrahim. e*l-Eşbâh ve'n-nezâir*. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1980.

İbn Rüşd, Ebu'l Velîd Muhammed b. Ahmed. B*idâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l Muktasıd*. Beyrut: Daru'l-Kütübi'l-İslamiyye, 1982.

İbnü'l-Arabî, Ebubekir Muhammed b. Abdullah. *Ahkâmü'l-Kur'ân.* Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 2003.

Kahveci, Nuri. *Muakayeseli İslam Borçlar Hukuku*. İstanbul: Hikmetevi, 2015.

Karaman, Hayreddin. "Akid". *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 2/251-256. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 1989.

Karaman, Hayreddin. "Fıkıh". *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi*. 13/1-14. İstanbul: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 1996.

Karaman, Hayreddin. *İslam Hukukunda İctihad.* Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, 1985.

Kâsânî, Alaüddin Ebubekir b. Mes'ûd b. Ahmed. B*edâiu's-sanâi' fî tertîbi'ş-şerâi'*. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1986.

Kaya, Süleyman. "Osmanlı Tatbikatında Tek Mezhebe Bağlılık". *Uluslararası Rahmet ve Çatışma Bağlamında İslam Mezhepleri Sempozyumu.* 105-120. Konya: Sebat Ofset, 2016.

Kıllıoğlu, İsmail. *Ahlâk - Hukuk İlişkisi*. İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 1988.

Kıyıcı, Selahattin. *İslam Hukukunda Örf ve Adet*. Ankara: İşaret, 1990.

Koçak, Muhsin vd. *Fıkıh Usûlü.* İstanbul: Ensar Neşriyat, 2017.

Koçak, Muhsin vd. *İslam Hukuku.* İstanbul: Ensar Neşriyat, 2018.

Llewellyn, Karl. "Realistic Jurisprudence-The Next Step". *Columbia Law Review* 30/4 (1930), 22-45. https://doi.org/10.2307/1114548

Lundstedt, Vilhelm. "The Relation Between Law and Equity". *Tul. L. Rev* 25 (1950), 59-69.

Merdâvî, Alauddin Ebu'l-Hasen Ali b. Süleyman. *et-Tahbîr şerhu't-tahrîr fî usûli'l-fıkh.* Riyad: Mektebetü'r-Rüşd, 2000.

Mevsılî, Mecdüddin Ebu'l-Fazl Abdullah b. Mahmud b. Mevdûd el-. *el-İhtiyâr li ta'lîli'l-muhtâr*. İstanbul: Çağrı Yayınları, 1996.

Olivecrone, Karl. "Realism and idealism: some reflections on the cardinal point in legal philosophy". *N.Y.U. L. Rev*. 120 (1951), 120-131.

Olivecrone, Karl. "The Imperative element in the law". Rutgers Law Review, 18/3 (1964), 794-810.

Ortaylı, İlber. *Hukuk ve İdare Adamı Olarak Osmanlı Devleti'nde Kadı*. İstanbul: Kronik Yayıncılık, 2016.

Öztürk, Gülriz. "Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 51/2 (2002), 1-18.

Serahsî, Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl Şemsüleimme. *Usûlü's-Serahsî*. Beyrut: Dâru'l-Kitâbi'l-İlmiyye, 1993.

Serahsî, Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl Şemsüleimme. *el-Mebsût*. Beyrut: Dâru'l-Fikr, 2000.

Songur, Haluk. M*ukayeseli Hukukta Ceza ve Teorik Temelleri İslam Ceza Hukukunda Ceza ve Amaçları*. İstanbul: Söğüt Yayınları, 2008.

Spaak, Torben. "Philosophy of Law of Karl Olivecrona". https://www.researchgate.net/publication/319275006, 1-16. https://doi.org/10.1007/978-94-007-6730-0_65-2

Sübkî, Ali b. Abdülkâfî. *el-İbhâc fî Şerhi'l-Minhâc alâ Minhâci'l-Vusûl ilâ İlmi'l-Usûl li'l-Beydâvî,*. Beyrut: Dâru'l-Kütübi'l-İlmiyye, 1404.

Süzgün Şahin, Fatma. "İskandinav Hukuki Realizmi ve Alf Ross". *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 12/1 (2013), 31-41. https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.1.0004

Şaban, Zekiyyüddin. *İslam Hukuk İlminin Esasları*. Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2018.

Şafak, Ali. "İslam Hukukunda Kaynaklar – İctihad - Müctehid – Mezheb – Taklid ve Telfik Meseleleri Üzerine Bir Araştırma". *AÜİİFD* 3 (1979), 1-36.

Şâfiî, Ebu Abdullah Muhammed b. İdrîs. *el-Ümm*. Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, 1393.

Şahin, Osman. *Fetvâ Âdâbı Fetvâ İsteyen ve Fetvâ Verenlere Rehber*. Samsun: Fıkıh Kitapları, 2009.

Şentop, Mustafa. "Tanzimat'tan Önceki Dönemde Osmanlı Mahkemelerinin Görev ve Yetkisi". *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları* 1 (2006), 87-105.

Torun, Yıldırım. *Hukuk Felsefesi.* Ankara: Orion Kitabevi, 2012.

Telkenaroğlu, Rahmi. *Fıkıh Usulünde Muhattıe ve Musavvibe (İçtihadi Çözümlemelerde Doğrunun Tek Olup Olmadığı tartışması).* Konya: Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2009.

Türkbağ, Ahmet Ulvi. "Amerikan Hukuki Realizm Akımı". *İÜHFM* 57/1 (2000), 79-95.

Uzun, Ertuğrul. "Amerikan Hukuki Realizmi". *Çağdaş Hukuk Düşüncesine Giriş*. İstanbul: İthaki Yayınları, 2015.

Winkler, Adam. "A Revolution Too Soon: Woman Suffragists and the 'Living Constitution'". *New York University Law Review* 76 (2001), 1456-1526.

Yaman, Ahmet. "Bir Kavram Olarak 'Fıkıh Kaideleri' ya da İslam Hukukunun Genel İlkeleri". *Marife* 1/1 (2001), 49-75.

Yaman, Ahmet. "Fıkıh - Ahlâk İlişkisi İslam Amelî Ahlâkının İlke ve Uygulamaları Çerçevesinde Bir Giriş". *Usûl İslam Araştırmaları* 9 (2008), 87-118.

Yaman, Ahmet. *İslam Hukukuna Giriş*. İstanbul: Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 2012.

Yaman, Ahmet. *İslam Kamu Hukuku*. Ankara: Bilay, 2020.

Yaman, Ahmet. "Kur'ân'da Yasamanın Arka Planı Olarak Ahlak". *Marife* 6/1 (2006), 41-49.

Zerkâ, Mustafa Ahmed. *Şerhu'l-Kavâidi'l-Fıkhiyye*. Cidde: Dâru'l-Beşâir, 2001.

Zerkeşî, Ebu Abdullah Bedrüddin Muhammed b. Abdullah. *el-Bahru'l-muhît fî usûli'l-fikh*. yy: Dâru'l-Kütüb, 1994.

Zühaylî, Vehbe. *el-Vecîz fî usûli'l-fikh*. Dimeşk: Dâru'l-Fikr, 1999.