

İSLAM HUKUKUNUN İNGİLİZ COMMON LAW ÜZERİNDEKİ ETKİSİ TARTIŞMALARI IV

(THE DEBATES ON THE INFLUENCE OF ISLAMIC LAW
ON ENGLISH COMMON LAW IV)

Prof. Dr. Şahban YILDIRIMER * **

ÖZ¹

İslam hukuku ile common law arasında kimi alanlardaki benzeşim, bu hukuk sistemlerinin karşılıklı etkileşimini akla getiriyordu. Yapılan bilimsel çalışmalar bu etkileşimin karşılıklı olmaktan daha ziyade tek taraflı olduğunu destekler mahiyette idi. Bu alandaki ilk kıvılcımın “trust” kurumunun kökeni araştırılırken ortaya çıktığını ifade etmek mümkündür. Bu yüzyılın ortalarında Henry Cattan bu etkiyi en yüksek perdeden dillendirdi. Aynı alanda çalışmalar ardı ardına devam etti. Monica M. Gaudiosi, kendisinden önceki araştırmacının iddialarını teyit etmekle kalmamış, İngiliz medeniyetinin eşsiz eğitim kurumu Oxford’un kurumsal yapısını İslami vakıf kurumuna borçlu olduğunu iddia etmiştir.

Akademik çalışmalar etki alanlarını genişlettikçe bu etkinin kısmi değil genel olduğuna dair kanaatleri doğruluyordu. Ancak genel bir etkiden bahsedebilmek için çok daha fazla veriye ihtiyaç vardı. Aksi takdirde bu iddia, akademik anlamda temelsiz bir iddia olarak bilimsellik düzeyine ulaşmamış olacak ve bir temenniden hatta vehimden ibaret kalacaktı. George Makdisi İslami eğitim kurumları, bu arada medrese eğitiminin İngiliz kültürü üzerindeki etkisine dair son derece ciddi araştırmalar yaptı ve bu alana ilişkin iki eser ortaya koydu.

Konu ikinci kuşak araştırmacıların da ilgi alanı içinde olmayı sürdürdü. Baba Makdisi’nin araştırmalarına oğul Makdisi yenileriyle katkı sağladı. Araştırma verileri kısmi etkiden genel ve tümel bir etkiye işaret ediyordu.

^H Eserin Dergimize geliş tarihi: 22.08.2024. İlk hakem raporu tarihi: 15.10.2024. İkinci hakem raporu tarihi: 16.10.2024. Onaylanma Tarihi: 17.10.2024.

* Profesör Doktor, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, İslam Hukuku Anabilim Dalı.

** Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-7204-5609.

Esere Atf Şekli: Şahban Yıldırım, “İslam Hukukunun İngiliz Common Law Üzerindeki Etkisi Tartışmaları IV”, YÜHFD, C.XXII, 2025/1, s.403-428.

¹ Seri makalelerin dördüncüsü olarak bu çalışmanın ortak gerekçesi aynı olduğu için ilk makalenin özeti aynen burada da kullanılmıştır.

Nihayet J. Makdisi, kendisinden önceki tüm akademik ve bilimsel araştırmaları da arkasına alarak en güçlü ifadeyle şu iddiayı dillendirdi: Common law sistemini etkilemesi mümkün ve muhtemel tüm hukuk sistemleri, bu hukuk anlayışı ile doku farklılığına sahiptir. Bu nedenle sadece bir tek hukuk sisteminin etkisinden bahsedilebilir, o da İslam hukukudur.

İslam hukukunun İngiliz Common law hukuk anlayışını hem kurumsal hem de kuramsal olarak etkilediği hatta onu şekillendirdiği yönündeki tez üzerinde araştırmalar yapan St.Thomas Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi Prof. Dr. Gonzalez, Makdisi'nin görüşlerini son derece kışkırtıcı ve bir o kadar da ikna edici bulduğunu ifade eder. Makdisi'nin bu etkileşim için makul bir güzergâh çizebilmiş olmasını tezin en güçlü yanı olarak zikreder. Görev yaptığı hukuk fakültesinde Mülkiyet Hukuku Derslerine giren Gonzalez kendi payına ve kendi dersi açısından etkileşim alanının belki küçük olduğunu ama böyle bir kültürel etkileşimin kaynağını bilmenin son derece önemli olduğunu vurgular. Gonzalez, Makdisi'nin bu iddiasının bilimsel mahfillerde yeterli ilgi ve desteği görememesinin temel nedeni olarak Oryantalizmin ideolojik gücüne işaret eder. İslam düşmanlığı/karşıtlığının yaygınlık kazandığı bir döneme denk gelmesinin bireysel kanaatleri etkilemiş olabileceği gerçeğini de göz ardı etmez, ancak asıl baskının Oryantalizmin ideolojik gücünden kaynaklandığını vurgular.

Bu iddia ilkten duyanların kolaylıkla kabul edebilecekleri bir husus olmadığını belirtmemiz gerekir. Ayrıca bu tez, ideolojik bir yaklaşımı barındırdığı kuşkusuz bir yana bu alandaki araştırmacıların da ifade ettiği gibi iddianın çok kışkırtıcı olduğunun da farkındayız. Bu alanda seri halde yayımlayacağımız çalışmaların ilki olarak bu makalede, genel bir değerlendirme yapacağız. Kurumsal ve kuramsal benzerlikleri sonraki makalelerde geniş olarak ele alacağız.

Anahtar Kelimeler: İslam Hukuku, İngiliz Hukuku, Ortak Hukuk, Vakıf, Sicilya.

ABSTRACT

The similarities between Islamic law and common law in certain areas suggest the possibility of mutual interaction between these legal systems. However, scientific studies indicate that this interaction is more one-sided than reciprocal. It can be said that the first spark in this area emerged while researching the origins of the "trust" institution. In the mid-20th century, Henry Cattán expressed this influence most prominently. Subsequent studies in this area continued in succession. Monica M. Gaudiosi not only

confirmed the claims of previous researchers but also argued that the unique educational institution of English civilization, Oxford, owes its institutional structure to the Islamic waqf system.

As academic studies expanded their scope, they confirmed the belief that this influence was not partial but general. However, much more data was needed to speak of a general influence. Otherwise, this claim would remain unscientific and be considered a mere wishful thought or even a delusion. George Makdisi conducted serious research on the influence of Islamic educational institutions, particularly the madrasa system, on English culture, and produced two works in this field.

The subject continued to interest second-generation researchers. The younger Makdisi contributed new findings to the research of the elder Makdisi. The research data indicated a shift from partial to general and universal influence. Finally, J. Makdisi, building on all previous academic and scientific research, boldly asserted that all legal systems that could possibly influence the common law system have structural differences with this legal understanding. Therefore, only one legal system can be mentioned as having an influence, and that is Islamic law.

Professor Dr. Gonzalez, a faculty member at St. Thomas University School of Law, who conducts research on the thesis that Islamic law influenced and even shaped English common law both institutionally and theoretically, found Makdisi's views extremely provocative yet convincing. He noted that Makdisi's ability to outline a plausible path for this interaction was the strongest aspect of the thesis. Gonzalez, who teaches Property Law at the law school where he works, emphasizes that while the area of interaction may be small for his course, knowing the source of such cultural interaction is extremely important. Gonzalez points to the ideological power of Orientalism as the main reason why Makdisi's claim did not receive sufficient attention and support in scientific circles. He acknowledges that the prevalence of Islamophobia and anti-Islam sentiment might have influenced individual opinions during that period, but he stresses that the primary pressure stemmed from the ideological power of Orientalism.

We acknowledge that this claim is not something that those hearing it for the first time can easily accept. Furthermore, aside from the suspicion of an ideological approach, as expressed by researchers in this field, we are aware that the claim is very provocative. As the first in a series of articles we will publish, this article will provide a general assessment. We will

extensively examine institutional and theoretical similarities in subsequent articles.

Keywords: *Islamic Law, English Law, Common Law, Trust, Sicily.*

A. İNGİLİZ CASE LAW'IN İSLAM HUKUKUNDAKİ "İÇTİHAT" İLE KARŞILAŞTIRILMASI

İngiliz hukukunun en esaslı kaynağı mahkeme kararları, yani *case*'lerdir. İngiltere'de yüksek mahkemelerin her kararı hukuk yaratır. Zira mahkemeler bir kararın ihtiva ettiği prensibi (*ratio decidendi*) gelecekte bu ilkenin daire-i şümulüne girebilen bütün hallerde tatbik ile mükelleftirler. Buna "*mahkemenin bağlayıcı kudreti veya otoritesi*" (the binding force-authority-of decided case) denilmiştir. İngiliz hukukunun esası hâkim tarafından tatbik olunan yazılı olmayan hukuktur. Hukuk kaidelerinin büyük bir ekseriyeti, parlamento tarafından kabul edilmiş kanunlar vasıtasıyla yahut kralların veya bakanların emir nameleriyle değil, mahkemeler ve hâkimler tarafından ihdas edilmiştir. *Zira İngiliz hukuk kaidelerinin büyük bir ekseriyeti, Parlamentoca kabul edilmiş kanunlar vasıtasıyla yahut Kralların veya Nazırların emirnameleriyle değil, mahkemeler ve hâkimler tarafından ihdas edilmiştir. İngiliz hukuk kaideleri hâkimler tarafından vaz' edilmiştir, içtihada dayanır.*² Hâkim, örf ve âdete göre daha önceki bir olay dolayısıyla verilmiş olan bir kararı daha sonra meydana gelmiş olan bir olaya tatbik etmek mecburiyetindedir. Böylece önceki karar hukuku yaratmış olmaktadır. Bu şekilde ortaya çıkan hukuka "Case Law" (İçtihat) ismi verilmektedir. Burada şu ayrıntıyı gözden kaçırmamak gerekir. "*Bir mahkemenin verdiği karar yalnız taalluk ettiği davadaki tarafları bağlamakla kalmaz. Aynı zamanda ilerideki bütün davalarda da ona riayet edilmesi mecburidir. Ancak riayet edilmesi gereken husus, o hükmün dayandığı sebepler, onun istinat ettiği prensiplerdir.*"³ Başka bir ifadeyle her mahkeme kendinden yüksek derecedeki hatta bazen kendi derecesindeki bir mahkemeden sadır olmuş bir kararda mündemiç ilkeye, benzer olaylarda uymakla mükelleftir. Bu konuda bağlayıcı olan eski bir mesele hakkındaki mahkeme kararının ihtiva ettiği prensiptir.⁴

İngiliz hukuk sisteminde ilk derece mahkemelerin kararları diğer yargıçları bağlamaktadır. Çünkü yargı kararlarının tümünün birleşiminden

² Bay Clive Parry, "İngiliz Hukuk Sistemi", (Çev. Fadıl H. Sur), (A.Ü.H.F.D.) Yıl 1944, Cilt 1, Sayı 3, s. 445.

³ Parry, s. 449.

⁴ Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat*, Ayır Basım s. 157. YÜHFD Cilt: XXII Sayı:1 (2025)

oluşan örf ve adet, bağlayıcı bir hukuki kural olarak kabul edilmektedir. İlk derece yargı kararlarının üst yargı kurumu için bağlayıcı olması karşılaşılan bir durum değildir. Buna rağmen bu kararların zamanla üst mahkemenin ihmal edemeyeceği bir hüküm ve kuvvet iktisap etmeleri de mümkündür. Ancak İngiliz Yüksek Mahkemesi *her mesele hakkında yeni bir karar vererek eski kararlarından hiç birisini tatbik etmemeyi kendisi için bir mecburiyet olarak kabul etmiştir.*⁵ İngiltere’de mahkeme kararlarının bağlayıcı kudreti prensibi caridir. Her mahkeme kararı sadece kazıyye i muhkeme kuvvetini değil, kanun kuvvetini haizdir. Her mahkeme kararı objektif bir hukuk kaynağıdır. Emsal teşkil eder ve bu kararla konulan prensip, aynı prensip içine giren hususlar için bütün mahkemeleri bağlar.⁶

İslam hukuku ve bu hukuktan mülhem olduğu kabul edilen Osmanlı uygulamaları ile İngiliz hukuk sistemini karşılaştıranlar en esaslı karşılaştırmayı “içtihat” kavramı üzerinden yapmaktadırlar. Oysa İngiliz hukuk sisteminde bu kavrama yüklenen anlam ile İslam hukukunda bu kavramla ifade edilen anlam tamamen farklıdır. İslam hukukunda hâkim bir başka hâkimin kararına karşı kendini bağımlı görmediği gibi kendisine ait benzer konudaki bir önceki kararına karşı dahi bağımlı görmez. Çünkü içtihat neticesinde verilen tüm kararlar aynı düzeyde zan ifade ederler bu nedenle birinin diğeri üzerine üstünlüğü yoktur.⁷Bunun ifadesi olarak “İçtihat ile içtihat nakz olunmaz.” ifadesi bir kaide olarak yerleşmiştir.

İngiliz common law doktrininin içtihada dayalı oluşu İslam hukukunun dinamizmini sağlayan temel unsurun içtihat oluşu iki hukuk sisteminin en belirgin ortak alanıdır. Ancak emsal kararın yargılama istemi içindeki normatif gücü konusunda her iki hukuk sistemi açısından temel farklar mevcuttur.Öncelikle yargı kararlarının hâkimi bağlayıcı yönde bir normatif gücünün oluşu bu İngiliz hukukunun esnek oluşuna engel teşkil etmektedir.

İngiliz “emsal öğretisi”, bu hukukunun büyük ölçüde içtihadı temel alması nedeniyle doğası gereği zorlayıcı bir özelliğe sahiptir. Sonraki davalarda hâkimler önceki kararları dikkate almalıdır. Bir hâkimin kararı belirli bir durumda bir "emsal" teşkil eder. Daha sonraki bir davada hâkim dikkate alınması gereken farklı emsal türleri vardır ve daha önceki bir karar sadece kendi kararını

⁵ Arthur Curti, “İngiliz Hukukunun Menbalarına Şematik Bir Bakış”,(Çev. A. Necdet Azak), (İ.Ü.H.F.M.) Yıl: III, Sayı: 11, İstanbul 1937, s. 304.

⁶ Andreas B. Schwarz,“İngiliz Hukuku ve Kontinantal Hukuk” (Çev. Hıfzı Veldet), (İ.Ü.H.F.M.) Yıl: III, Sayı: 10, İstanbul 1937, s. 225.

⁷ Ali Himmet Berki, *Hukuk Tarihinden İslâm Hukuku*, Örnek Matbaası, Ankara 1955, s. 141.

*dayandıracağı malzemenin bir parçası olabilir. Önceki davanın karara bağlandığı şekilde, davanın önündeki davaya karar vermek zorunda olduğunu düşünüyorsanız, emsal bağlayıcı olarak kabul edilir. Eğer bir emsal karar daha sonraki kararın sadece önemli bir parçasıysa, ikna edici olarak kabul edilir. Emsal fikri tamamen İslam'a yabancıdır.*⁸

İslam hukukunda yargı bağımsızlığı ya da yargıç bağımsızlığı incelenirken hâkimin eski kararları karşısındaki tutumu da incelenmiştir. Hâkimin bir önceki kararının kendisini bağlamaması gerektiği, Halife Ömer'in Ebu Musa el- Eşâ'rî'ye yazdığı talimatnamede şu şekilde geçmektedir: “Daha önce verdiğin bir hükmün yanlışlığını anlar ve doğru bir hal çaresi bulur isen hiçbir şey seni hakka dönmekten alıkoymasın ve aynı konuda yeni bir karar vermene engel olmasın. Şunu bil ki; hakka dönmek batılda ısrar etmekten daha iyidir.”⁹

Nitekim Halife Ömer'in kendisi de zaman zaman önceki içtihatlarından dönmüştür. Bu durum kendisine hatırlatılınca da şu karşılığı vermiştir: “ O zaman öyle hükmetmiştik şimdi ise böyle hükmediyoruz.”¹⁰ Böylece önceki kararı yeni kararı üzerinde etkili olmamış ve her iki içtihadında da müstakil olarak bir karar vermiştir.¹¹ Her olay kendine özgüdür. Dışarıdan bakan birisi iki olayı benzer zannedebilir. Ancak yargıç her olayı kendi bağlamı içinde yeniden kurgular ve yeni bir karar verir. Başkalarının gözüyle benzer olduğu sanılan hukuki olaylar hâkimin gözüyle çok farklı olabilir. Bundan dolayı farklı sonuçların çıkması da doğaldır.

Bu hususta meşhur olarak bilinen örneklerden biri de İmam Şafii ile ilgilidir. Mısır'a gelmeden önce kendisine ait eski görüşleri vardı. Ancak Mısır'a gelip yerleşince şartların değişmesiyle bu yeni duruma uygun hukuki görüşler ortaya koymuştur.¹²

⁸ Herbert Liebesny, *English Common Law and Islamic Law in the Middle East and South Asia: Religious Influences and Secularization*, 34 Clev. St. L. Rev. 19 (1985-1986), s. 20.

⁹ Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl Serahsî, *el-Mebsût*, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut 1986, c. XVI, s. 61,67.

¹⁰ Serahsî, c. XVI, s. 84.

¹¹ Şemsuddin Ebu Abdillâh Muhammed b. Ebi Bekr İbn Kayyım el-Cevziyye, *I'lâmu'l-Muvakkîn an Rabbi'l- Âlemin*, Dâru'l-Kutubi'l-İlmiyye, Beyrût 1993, c. I, s. 86-87.

¹² Süleyman Muhammed et- Temmâvî, *Hiz. Ömer ve Modern Sistemler*, (Çev. Muhammed Vesim Taylan) Bayrak Matbaası, İstanbul 2004, s. 304.

1. İngiliz Hukuk Sistemindeki Mahkeme Kararlarının İslam Hukukundaki Örf ile Karşılaştırılması

İngiliz hukuk sisteminde, hukuka kaynaklık etmesi bakımından “örf”ün etkisi konusunda hukukçular farklı yaklaşım içinde olmuşlardır. Schwartz ve onun gibi düşünen hukukçulara göre bu etki yok denecek kadar azdır. Çünkü “*Common Law ve Case Law köklerini kısmen çok eski örf ve âdet hukukuna salmış olmakla beraber hakikatte İngiliz hukuku asırlar zarfında ağır ağır hâkim tarafından meydana getirilmiş bir hukuktur. Her mahkeme kararı bu muazzam ve muhteşem binaya yeni bir yapı taşı koymaktadır. Bu hukuk örf ve âdet hukuku değil, mahkeme içtihadı hukuku, yani hâkim tarafından meydana getirilmiş olan hukuktur. Başka bir ifadeyle; Customary Law değil, Judge-made law’dır.*”¹³

Edward Jenks ve onun gibi düşünen hukukçulara göre ise, *Common law hâkimler tarafından ve onların otoriteleri sayesinde meydana getirilmiş olduğu için, bu bakımdan “hâkimler tarafından imal edilmiş” (judge-made law) bir hukuktur. Fakat teşekkülündeki unsurlar ve malzemesi halkın örf ve adetlerinden alındığından, bu bakımdan da yerli ve halkın mahsulü (popular growth) dür. Meşhur İngiliz hukukçularından Henry of Bratton’un (veya Bracton) “İngiltere’nin Kanunları ve Teamülleri Hakkında” (Concerning the Laws and Customs of England) adlı eserinin başlığındaki “teamül” ifadesi bile, hukukun ilham kaynaklarından birinin örf olduğunu gösterir niteliktedir. Ayrıca Common law’un çok eski zamanlardan beri “ülkenin umumi teamülü” (the universal custom of the realm) tarif edile gelmesi de aynı bakış açısının gayri ihtiyari bir ifadesidir.*¹⁴

Bu konuda Jenks ve onun gibi düşünen hukukçuların görüşü İslam hukukçuları arasında yaygınlık kazanmış ya da kabul görmüş olmalı ki İslam hukukunda hukukun tali kaynaklarından biri olarak kabul edilen “Örf” üzerinden hareketle şöyle bir karşılaştırma yapılmaktadır: *İslam ve İngiliz hukuk sistemlerinde geleneklerin önemli bir yeri ve rolü vardır. Bu tür hukuk uygulamalarına ‘gelenekçi hukuk sistemleri’ denilmektedir. İslam hukukunda temel hukuk metinlerine ters düşmeyen, mesela nasslarla (ayet ve hadisler) yasaklanmış bir şeyi serbest hale getirmeyen, yasak kılınmayanları da engellemeyen her gelenek, görenek ve adetler nass gibi*

¹³ Schwarz, *İngiliz Hukuku ve Kontinental Hukuk*, s. 226.

¹⁴ Edward Jenks, “İngiliz Hukuku Hakkında Genel Bilgiler”, (Çev. Mukbil Özyörük), (A.Ü.H.F.D.) c. VII, s. 1-2, (m.y.) 1950, s. 49.

kabul edilmiştir. Böylece “Hukuk toplumdaki sosyal ihtiyaçlara cevap verir.” ilkesinin gerçekleşmesine imkân tanınmış olmaktadır.¹⁵

2. İslam Hukukundaki Fetva Kurumu ile İngiliz Hukuk Sistemindeki Mahkeme Kararlarının Karşılaştırılması

İslam hukuku üzerinde araştırma yapanlar genellikle bu hukukunun ilk bin yıldaki gelişim evresinin son derece verimli olduğunu iddia ederler. Common law’ın on dokuzuncu yüzyıl öncesi döneminin gelişim evresini İslam hukukunun gelişim evresine benzeten hukukçular, özellikle literatür oluşumundaki benzerliğe vurgu yaparlar. Dava koleksiyonları, mahkeme kayıtlarının tutulması, özet olarak muhafaza edilmesi ve bunların analiz edilmesi, İslam hukukundaki fetva kitapları, muhtasar, şerh ve haşiye türü eserlerin yazılması ve aktarılmasına benzetilmiştir.¹⁶

Bilindiği gibi, İngiliz hukuk sisteminde ‘Case Law’ denilen davalar hukuku vardır. İslam hukukunda da fetvalar adı ile anılan ve olaylara dayanan bir hukuk vardır.¹⁷ İngiliz hukuk sistemindeki hukuku yaratan *mahkeme kararları* ile İslam hukukundaki *fetva sistemi* arasında benzerlik ve ortak noktalar oluşturmaya yönelik bu çabalar Ö. L. Barkan tarafından da tetkik edilmeden acelelikle verilmiş yargılar olarak eleştirilmiştir. Ona göre;

Anglo-Saxon memleketlerindeki kanunlaştırma hareketlerinden bahsedilirken İngiliz hukukuna has olan bazı vasıfların Tanzimat’tan önceki Osmanlı hukukunda mevcut bulunduğu iddiaları son derece önemlidir. Ancak bu fikirler tahkike, işlenmeye ve tavzihe muhtaçtır. Fikrimizce fıkıh ve fetva kitapları bu bakımdan tetkik edilerek İslam hukukunun fetva sistemi ile olan münasebeti ve bu sistemin mevzubahis hukukun fetva sistemi ile inkişafının muhtelif merhalelerinde ne şekilde müessir olmuş bulunduğunu göstermek ve İngilizlerin mesele hukuku yahut mahkeme hukuku dedikleri hukuk nev’ile fetva sistemi arasındaki müşabehetin yalnız şekle ait olup olmadığının tayini mümkündür.¹⁸

¹⁵ Ali Şafak, “Hukukun Temel İlkeleri Açısından Mecelle’ye Bir Bakış”, *Ahmet Cevdet Paşa Sempozyum’u(9-11 Haziran 1995) İkinci Baskı*, Ankara 2009, s. 268.

¹⁶ John Makdisi, "A Reality Check on Istihsan as a Method of Islamic Legal Reasoning" (2002) 2:1 *UCLA J Islamic & Near E L* 99, s. 100-101.

¹⁷ Şafak, s. 263-264.

¹⁸ Ömer Lütfi Barkan, “Eser Tahlil ve Tenkidleri”, -“Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat”- (*İ.Ü.H.F.M.*) c. VII, s. 2-3, İstanbul 1941, s. 707.

Barkan bu konudaki benzeşimin İslam hukuk literatürüne ait fetva kitaplar yerine kanunnameler üzerinden yapılmasını da eleştirir. Nitekim Velidedeoğlu'nun hukuk ve fetva kitaplarından değil de Kanunnameleri referans göstermesini doğru bulmaz. Bunun gerekçesini şöyle açıklar: “Müellifin etüdünde bu sistemi, asıl tesiri mevzubahis olan hukuk sahasında ve fetva kitaplarında değil, bilakis eski Osmanlı kanunnamelerinde tetkik etmiş olması pek yerinde değildir. Ona göre bu kanunnameler, bünye ve inkişaf itibariyle asıl İslami denilen hukuktan büsbütün ayrı bir mahiyet arz etmektedir. Emirnamelerle daha evvel tayin edilmiş bulunan bazı prensiplerin nasıl tatbik edileceğini göstermek için prensipleri müşahhas bir mesele haline sokan ve tahsillerini medresede yapmış olan kadılar için munis olan *fetva tarzındaki* meseleler, bazı nüshalara sonradan ilâve edilmiştir. Filhakika, bu kanunnamelerin muhtelif kısımları padişah fermanları ile mütemadiyen değiştirilmiştir. Şüphe yoktur ki, eğer bugün Türk arşivleri tam bir şekilde muhafaza edilmiş olsaydı, hangi maddelerin ne gibi siyasi ve idari maksatlarla hazırlanıp verilmiş olan hangi eski hükümlerin neticelerini ihtiva ettiğini göstermek bizim için mümkün olacaktı. Bu sebepten diyebiliriz ki, bu kanunnamelerin meydana gelmesinde ve muayyen istikametlerde tadil ve tebdil edilmiş olmalarında *fetva sisteminin tesiri mevzubahis olamaz*. Birçoklarında mevcut olup Şeyhülislâm Ebüssuud Efendiye atfedilen hükümler de, Ebüssuud Efendinin şeyhülislâm sıfatına değil, belki de onun vilâyet muharriri olarak Selânik, Üsküp ve Budin sancakları ahvalini tetkik ederek nizamlar koyduğu zamanlara aittir.

3. Mahkeme Kararlarının Hukuk Yaratmasına Yönelik Tenkitler

Mahkeme kararlarının bir hukuk kaynağı sayılıp sayılmayacağı yolundaki kuşkunun bir nedeni de, bu kararların, yalnızca doğumunu gerektirmiş olan belli olay ve kişiler için bir norm niteliğini taşıması, gelecek olaylar için de geçerli, objektif ve genel bir kural kimliğine sahip bulunmayışıdır. Hatta bu kararlar, bizzat o kararları vermiş bulunan mahkemeleri bile bağlamaktan uzak bulunmaktadır. Oysa bilindiği gibi, hukuk objektif normlardan ibarettir. Bu bakımdan, mahkeme kararlarının objektif hukukun bir kaynağı olarak kabulündeki kuşkunun ciddiyetini kabul etmek gerekir.¹⁹

¹⁹ Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1975, (İkinci Bası) s. 109.

Yüksek dereceli mahkemelerin kararları prensip olarak aşağı dereceli mahkemeleri bağlamamakla beraber, uygulamada durum tamamen aksine görünmektedir. Yüksek dereceli mahkeme, aşağı dereceli mahkeme kararlarının, hukuki uygulamada birliği sağlamak amacı ile kanunlara uygunluğunu kontrol eder ve bu yüzden bu kararı gerekçe göstererek onaylar ya da bozar. Böylece yüksek mahkemece verilmiş, gelecekteki benzer olaylara da uygulanmaya elverişli, kapsamı geniş bir takım prensip kararları ortaya çıkar ki, işte bunlar aşağı dereceli mahkemelerce dikkate alınacak bir örnek niteliğini kazanmakla objektif hukukun bir kaynağı rolünü oynar.²⁰

Gilyom, Anglosakson devrinde geniş yetkilere sahip olan Witanegemot meclisini ilga etti. Onun yerine Normanlardan oluşan Magnum concilium adıyla bir şûrâ meclisi tertip etti. Bu bir istişare meclisi idi. Kralın daveti üzerine toplanırdı. Bundan başka curia regis (kral divanı) adıyla bir yüksek daimi hususi şûrâ tesis etti. ²¹Bu iki kurum ayrıntılı incelemeyi gerektiriyorsa da benzer ikili şûra meclisi olarak Hz. Ömer döneminde dar çerçeveli şûra ve geniş katılımlı bir şûradan bahsedilir. Ayrıca ‘kral divanı’ Osmanlı devletindeki Divan-ı Hümayun’u çağrıştırmaktadır.

Tüm bunlara rağmen İngiliz hukuk sisteminde ilk derece mahkemelerinin kararları ya da üst mahkemenin kararlarından hangisinin hukuk yarattığı belirsizliğini korumaktadır. Kimi hukukçular ilk mahkeme kararlarının her biri bir kanun kuvvetini haiz olduğunu iddia ederler. Kimileri de üst yargı kurumunun kararlarının bu kuvvette olduğu izlenimi vermektedirler. Hatta mahkeme kararlarının kendisi mi yoksa kararların dayandığı ilke mi kanun kuvvetinde olduğu konusu da belirsizdir.

Mahkemelerin yetki alanı ile ilgili şu üç soru sürekli canlılığını korumuştur.

1. Mahkemeler yeni suçlar oluşturma ya da mevcut suçların etki alanlarını aşırı bir şekilde genişletme hakkına sahip midirler?
2. Mahkeme kararlarının geçmişe uygulanabilir etkisinden dolayı içtihadın suçların kapsamını genişletebildiği common law sistemlerinde kanunilik ilkesi, ceza içtihadının geçmişe uygulanmasına uyarlanabilir mi?
3. Common law sistemlerinde içtihat bazen ceza hukuku kurallarının gelişiminde baskın bir rol oynar. Yargılanan kişilerin, yargıcın önemli bir yer tuttuğu bir sistemde ceza hukukunun tam durumunu keşfetmeye

²⁰ Aral, s. 109.

²¹ Sadri Maksudi Arsal, “İngiliz Âmme Hukukunun İnkişafı Safhaları”, (İ.Ü.H.F.M.), c: VI, s: 1, İstanbul 1940, s. 14.

çalıştıklarında hissettikleri güçlülere eklenen bu belirlilik eksikliği kanunilik ilkesine yeterince uygun düşmekte midir?²²

B. İSLAM HUKUK METODOLOJİSİNDE “İSTİHSAN” İLKESİNİN COMMON LAW’DAKİ “EQUITY” İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Equity, XV ve XVI. yüzyıllarda, şansölye mahkemelerinde, yetersizlikleri ve yanlışlıkları ortaya çıkmaya başlamış olan Common law sistemini tamamlamak ve yeniden gözden geçirmek amacıyla ortaya konan formüllerin bütünüdür. İngiliz hukukunda Equity kurallarının içerisinde geliştikleri şartlara kısaca göz atmak gerekir. Common law sistemi kötü işlediğinde, kraliyet mahkemelerine başvurulmadığı, mahkemeler tarafların aradığı çözümü veremediklerinde ya da bir muhakemeyi doğru yönlendiremediklerinde, hakkaniyete aykırı bir çözüme ulaştıklarında taraflar, orta çağın zihniyetine uygun olarak krala, olaya müdahil olması için başvurabiliyorlardı. Kral da, vicdanının buyruklarına uyararak, adaletin uygulanmasını kolaylaştıracak ya da adaletin emrettiği çözümleri kabul ettirecek bir karar veriyordu. Hukuk bir fetiş değildi. Kral adil bir hükümdar olarak, vatandaşlarına adaleti sağlamalıydı. Onun müdahaleleri, hukuk tekniğinin yetersiz kaldığı tüm durumlarda meşru oluyordu.²³

Equity, hukuk sahasını vücuda getiren “Court of Chancery” denilen şansölye mahkemesinin kararlarıdır.²⁴ Şansölye Mahkemesi ilk asırlarda

²² Roderick Munday, “İngiliz Hukukunda ve Common Law Ülkelerinde Kanunilik İlkesi” (Çev. Zeynel T. Kangal), (*İ.Ü.H.F.M.*), Yıl 2003, Cilt 61, Sayı 1-2, s. 448.

²³ Rene David, *Çağdaş Büyük Hukuk Sistemleri*, (Çev. Argun Köteli) Üçdal Neşriyat, İstanbul (ty) s. 313-314.

²⁴ Kimi hukukçular Equity’i Osmanlı Devleti’ndeki *Arz Odasına* benzetmişlerdir. Bu benzetme Parry’nin daha önce atıf yaptığımız *İngiliz Hukuk Sistemi* isimli makalesinde paranteze alınarak yapılmıştır. Parry, s. 455. Ancak o, bu fikrin müellife mi yoksa bu görüşlerin mütercime mi ait olduğu belirsizdir. Ancak Osmanlı kurumları tarihinde ne zaman ortaya çıktığı tam olarak tespit edilemeyen Cuma Divanı’nda sadece davalara bakılırdı. Cuma günleri veziriazam konağında toplanan Cuma Divanı’nda veziriazamın başkanlığında yalnız kazaskerler bulunurdu. Dâvâlar vezîriâzam huzurunda dinlenip çözüldüğü için bu Divana “Huzur Murafaası” denir; ayrıca “Arz Odası Murafaaları” diye anıldığı da olurdu. Huzur Murafaalarına davaların Divan-ı Hümayundan, İkinci Divanı’ndan gönderilebileceği gibi padişahın da kendisine gelen dava dilekçesi mahiyetindeki arzı halleri de *Arz Odası’nda şer’le görüle* üst yazısıyla buraya havale ettiği görülmektedir. Muhtemelen taraflar Arz Odası’na doğrudan da başvurabiliyordu. Bir dava ilkten Arz Odasına götürülebildiği gibi, mahallinde görülüp de taraflardan birinin hükme kanaat etmediği davalar da istinafen buraya arz edilebilirdi. Her iki halde de davalara bizzat bakılabileceği gibi başka bir mahkemeye de gönderilebilirdi. Bu mahkeme genellikle

dini bir mahkeme idi. Şansölyenin kendisi de uzun süre bir piskopos idi. Bu piskoposun hukuki yardımı, vicdanın emirlerini yerine getirmek temayülünden ileri geliyordu. Bundan dolayı Kralın şansölyesi, mahkemeler tarafından verilen şiddetli kararları hafifletiyordu.²⁵

Equity'den doğan hukuki esaslar yalnız Chancery mahkemesinde tatbik edilirdi. Law da yalnız Common Law mahkemelerinde tatbik olunurdu. *Eğer şansölye mahkemesi, Common Law mahkemesi tarafından verilen bir hükmü kendi telakkisince vicdanın evamir ve icabatına mugayir bulursa, bazen tarafları bu ilâmın icrasından ağır ceza tehdidi ile menedebilirdi. Hukuki açıdan bu çarpık durum ancak XIX. asrın ikinci yarısında giderildi.*²⁶ 1873 tarihli (Judicature Act)tesis etmiş olduğu mahkemelerin kanun ve nasfeti aynı zamanda tatbik edeceğini belirlemiştir.²⁷ Bu tarihten itibaren adli örgütlenmede yeni bir dönem başlamış Common law ve Equity mahkemeleri birleştirilmiştir. Bundan böyle İngiliz mahkemeleri, Common law kurallarını olduğu kadar Equity kurallarını uygulamakta da aynı derecede yetkili olacaklardı. Oysa daha önce Common law'un uygulanması istendiğinde Common law mahkemelerine, Equity'nin uygulanması istendiğinde ise, Şansölye mahkemelerine gitmek gerekiyordu.²⁸ Court of common law ile court of Chancery'nin birleştirilmesiyle Londra'da High Court of Justice meydana geldi. Gerçi Common law ve Equity'e ait işleri bu mahkemenin ayrı ayrı iki dairesi tarafından görülmekte ise de, bu uygulama

tarafların buldukları yer mahkemesi veya istinaf taleplerinde ilk hükmü veren mahkemeydi. Ahmet Mumcu, *Divan-ı Hümayun*, Birey ve Toplum Yayınları, İstanbul 1986, s.147-148.

²⁵ Schwarz, *Medeni Hukuka Giriş*, s. 88. Common law katı bir hukuk sistemi özelliğini taşıyordu. Common law yoluna giderek hakkını elde edemeyenler bir dilekçe ile krala başvuruyorlardı. Bu dilekçeler krallık divanı üyeliği görevini ifa eden Lord Chancellor'a kral tarafından gönderiliyordu. O da adaletin gereği olarak yapılması uygun olan işlemi tespit ediyordu. Yargısal kararlarında ona rehberlik eden yüksek fikir vicdan (conscience) idi.(Adnan Güriz, *Adalet Kavramının Belirsizliği*, Adalet Kavramı, (Ed. Adnan Güriz), (m. y.) Ankara 1994, s. 19). Equity çareleri 1875 yılına kadar, yalnızca, özel bir mahkeme, şansölye mahkemesinin gene özel durumlar dolayısıyla uygulanabildiği çarelerdi. Ancak bu çarelere başvurma, asırlar içerisinde öylesine katı ve hukuksal nitelikler kazandı ki, adına rağmen bu çarelerdeki hakkaniyet unsurunun yoğunluğu, Common law kurallarının içerdiği hakkaniyet düsturundan daha fazla olmamaya başladı. (David, s. 302.)

²⁶ Andreas B. Schwarz,*Medeni Hukuka Giriş*,(Çev. Hıfzı Veldet) Üniversite Kitabevi, İstanbul 1942, s. 88

²⁷ Hawley King Joseph Edward- "İngiliz (Common Law)'unun Gelişmesi", (Çev. İlhan Lüttem), (A.Ü.H.F.D.) c. XVI, sayı:1-4, s. 181.Kimi hukukçular bu tarihi 1875 olarak belirtmişlerdir. "1875 yılında common law ve equity davalarına bakan mahkemeler birleştirilmiştir." Güriz, s. 19.

²⁸ David, s. 304.

YÜHFD Cilt: XXII Sayı:1 (2025)

ile iki mahkeme içtihatları arasındaki rekabet son bulmuştur.²⁹ Buna rağmen Common Law ile Equity arasındaki bu rekabet İngiliz hukuk doktrinlerinde olduğu gibi İngiliz usul hukukunda da büyük izler bırakmıştır.³⁰ Equity, common law'ın eksik yönlerini tamamladığı gibi kurallarının sertliğini gideriyordu. Böylece nasfet kaideleriyle örf ve âdete dayanan hukuk kaideleri paralellik arz etmiştir. Bundan dolayı Common law uzun yaşamını Equity'e borçludur, denilebilir.³¹

Chancellor'lar, Equity'i uygularken taraflardan hangisinin haklı olduğu konusunda şahsi görüş ve vicdani kanaatlerinin dışında başvurdukları objektif kriterler olduğu sürekli iddia edilmişse de halkın bu konudaki kuşkuvarlığı asla izale edilememiştir. Bu durum halk arasında şu şekilde yaygınlık kazanmıştır. “*Equity, her Chancellor'un ayak ölçüsüne göre uzar veya kısılır.*” Equity mahkemesinin bir “Vicdan mahkemesi” (Court of Conscience) olduğu yönündeki yerleşik kural bu kanaatlerin sürekli beslendiği kaynak olmuştur.³²

İslam hukuku ve İngiliz hukuk sistemlerinde formalizmin aşılmasında yöntemsel benzerliklere işaret eden hukukçular bu alanda istihsan ve equity arasında karşılaştırma yaparlar. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi metodolojik olarak İslam hukukunda salt kıyasa dayalı mekanik bir analojinin olmaması hukuk dinamizmi açısından son derece özgün bir yaklaşımdır. Buna göre “daha güçlü bir delil ya da daha güçlü bir gerekçe nedeniyle bir konuda benzerlerinin hükmünden başka bir hükme dönmek” olarak tanımlanan istihsan, formalizmin aşılmasını sağlayan önemli bir yöntem olarak kabul edilmiştir. İslam hukuku ve kurumları tarihi üzerine ciddi çalışmaları bulunan Tyan, istihsan yorumunun equity temelinde bir akıl yürütme biçimi olduğunu öne sürer. İslam hukuku alanında yeni yasal düzenlemelerin yapılmasında veya zaruret, ihtiyaç, yarar (maslahat) ve kolaylık gibi pratik sosyal değerlendirmeler temelinde, var olan hukuk kurallarının yorumunu daraltan ya da genişleten bir yöntem olarak nitelendirir. Ona göre, İslam hukukunda zamanla katı ve literal bir yorumlama yöntemi olarak varlık kazanan kıyas karşısında, istihsanın hukukun ruhu, gayesi ve temel sosyal amacı doğrultusunda yorumlanmasının yöntemi olarak gelişmiştir.³³

²⁹ Schwarz, *İngiliz Hukuku ve Kontinantal Hukuk*, s. 231.

³⁰ Jenks, s. 69.

³¹ Parry s. 454-455.

³² Jenks, s. 70.

³³ John A. Makdisi, “Legal Logic and Equity in Islamic Law”, 33, *American Journal of Comparative Law*, 1985, s. 68.

İslam hukukunun usule (metodoloji) ilişkin gelişim evrelerine baktığımızda Tyan'ın bu anlayışını tümüyle destekleyecek bir anlayışı bulmak kolay değildir. Zira kıyas ve istihsan bir diğerinin alternatifi ya da usul açısından tıkanmış bir kıyas sistemine bir açılım meydana getirmek için ihdas edilmiş değildir. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi istihsanın ilk uygulamalarının “kıyas-ı hafi” olarak tanımlanması³⁴, yine kıyas ile ilişkilendirilmesi de bunu teyit etmektedir.

Hukuk ile hayat arasındaki dinamik yapıyı muhafaza etmek başka bir ifadeyle hayatın reel gerçekleri ile hukukun düzenleyici normları arasındaki uyumu devam ettirebilmek son derece önemlidir. Hukuka bu dinamizmi kazandıracak ya da bu esnekliği sağlayacak ilke ve metotların varlığı önemlidir. İslam hukuku açısından bu dinamizmi sağlayan ilkelerden biri de “istihsan”dır. İlahi ve beşeri unsurun bir arada bulunması, İslam hukukunun eşsiz özelliklerinden biridir. Hukukun kaynağı olarak Allah'ın Şari' olarak kabulü, bu hukukun insan aklı tarafından kavranacağı, yorumlanacağı ve uygulanacağını kabulünü dışlamamıştır. Dolayısıyla İslam hukuku, kökeni itibariyle ilahidir ve yine de bazı durumlarda insan aklı tarafından şekillendirilmekte, biçimlendirilmekte ve değiştirilmektedir. Ancak vurgulamak gerekir ki bu alanda değişen, ilahi olan değil ondan üretilen beşeri çabanın ürünleridir. Benzer fonksiyonun İngiliz common law sisteminde “equity” tarafından karşılandığı ifade edilmiştir. Özellikle modern toplumsal değişimlere uyum sağlamada bu iki kurumun benzer fonksiyonları icra ettiği iddia edilmiştir.³⁵

Bu (istihsan-equity) benzeşimi, “*evrensel ve nesnel değerlere dayalı bakış açısının varlığına*” dayandıran³⁶ kimi hukukçular, aynı coğrafyadaki diğer hukuk sistemlerinin bu anlayışa neden ulaşamadığı sorusuna bu iddiaları çerçevesinde tatmin edici bir cevap bulmaları kolay olmayacaktır. Ayrıca bu konudaki benzerliği “doğal hukuk” ilkeleri çerçevesine dâhil etmeleri³⁷ ise pozitivist bir anlayışı çağrıştırmaktadır. Onlara göre; “*hukuk kavramının anlam ve içeriğinin bütün toplumlar için temelde özdeş bir*

³⁴ Ahmed Hamdi Şirvânî, *Levâmi 'u'd-Dekâik fî Tercemeti Mecâmi 'i'l-Hakâik*, İmak Ofset, İstanbul 2017, s. 34, 80.

³⁵ Sulaiman Lebbe Rifai, “General Philosophy of Islamic Law (Maqâsid) and the Common Law: Some Similarities and Differences” (February 21, 2021). s. 3. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3789926> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3789926>. (Erişim tarihi: 22.08.2024)

³⁶ Muharrem Kılıç, “Karşılaştırılmalı Hukuk Tarihinde Metodolojik Formalizmin Aşılmasında İki Yöntem: İstihsan ve Equity”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sayı: 1, 2003, s. 158.

³⁷ Kılıç, s. 160.

kavramsal çerçeveye karşılık gelişinde gizli”dir.³⁸ Bu durumda “genel geçer bu durumun diğer hukuk sistemleri arasında neden vuku bulmadığı” sorusu da cevapsız kalacaktır.

J. Makdisi, ise istihsan ile equity arasında hukuk felsefesi perspektifinde ince bir zeminde derin bir ayrışmaya işaret eder. Ona göre, İslam hukukunda Batılı hukuk geleneğindeki benzer bir içerikte *equity* kavramına rastlanmadığını iddia eder. Ona göre, pozitif hukuktan ayrı ve onun ötesinde vicdani ilkeler bütünü olarak varlık kazanan ve meşruiyetini doğal hak ve adalet inancından alan equity'nin, hukukun temel kaynaklarının vahiy temeline dayandığı İslam hukuku ile çeliştiğini iddia eder. Felsefi olarak incelendiğinde equity doğal hak ve adalet kaynaklı olmakla akli bir zemine sahiptir. Oysa İslam hukuku vahiy kaynaklı bir adalet ve hakkaniyet anlayışına sahiptir. Ona göre “equity meşruiyetini, doğal hak kuramından veya pozitif hukuku aşan bir -ide olarak- adaletten alır. Bu kavram, İslam hukukunun Kur'an ve sünnette tecelli etmiş olan Allah'ın vahyine dayanması ilkesi ile çelişmektedir. Ayrıca istihsan hiçbir zaman İslam hukukçuları tarafından Kur'an ve sünnetten bağımsız olacak şekilde equity temeline dayalı akıl yürütme faaliyeti olarak kabul edilmemiştir.”³⁹

Konuyu tabii hukuk odaklı analiz eden bir başka araştırmacı Chehata ise İslam hukukunun felsefi olarak doğal hukuk anlayışından farklılaştığını bu nedenle bu teorinin iç bünyesindeki bir kurumsal veya kuramsal yapı olan equity ile istihsanın benzerliğinden bahsetmenin mümkün olamayacağını iddia eder.⁴⁰

³⁸ Kılıç, s. 148.

³⁹ Makdisi, J., “Legal Logic and Equity in Islamic Law” s. 67.

⁴⁰ Chafik Chehata, “Hukuk Mantığı ve İslam Hukuku”, (Çev İbrahim Kâfi Dönmez) *İslâm Tetkikleri Dergisi*, c. VIII, Sayı: 1-4, İstanbul 1984, s. 70-88.

İslam hukuku ile tabii hukuk kuramını felsefi açıdan karşılaştırdığımız (İslam Hukuk Felsefesi Açısından Tabii Hukuk Teorisi ve İslam Hukuku) çalışmamızdan konu ile ilgili şu alıntıyı yapabiliriz. İslâm hukuku ile tabii hukuk arasındaki yakınlığın kaynağı; her iki hukuk sisteminde de adalet idesinin aşkın (transandantal) bir boyuta sahip olmasıdır. İslâm hukukunda ilâhî irade, Kur'an'da normatif düzenlemeler olarak belirlemekte ve ilâhî elçinin yaşam kodlarında pozitiviteye dönüşmektedir. Böylece İslâm değer felsefesi, hukuk alanına aktarılmıştır. Ancak tabii hukuk teorisinde adalet idesi aşkın boyutunu sürekli muhafaza etmekte ve pozitif hukuk olarak asla tümüyle uygulandığı iddia edilmemektedir. Bu durum adalet idesinin belirsiz ve tanımsız bir çerçevede gizemli bir halde kalmasına sebep olmaktadır. Tabii hukuk teorisi, kuram olarak adaletin muhteva kazanmış şekli olarak tanımlanmıştır. Bu kuramda da adalet, pozitif hukukun dışında ve üstünde bir değer olarak algılanmıştır. Adalet idesi aşkın âlemde var olan ve bu idenin gerçekleşebileceği sonsuz imkânları barındıran bir yapı sergiler. Bu idenin somut hale dönüşmesi ya da pozitif olarak uygulama alanı bulması kendisini sınırlayacağı için, tabii hukuk doktrininde adalet idesinin

Common law'daki equity ile İslam hukukundaki istihsanı karşılaştırmalı olarak doktora tezinde inceleyen Razik temel bir ayrılığa işaret eder. Ona göre istihsan, metodolojik ilke olarak yazılı olmasa da İslam'ın ilk döneminde hatta Hz. Peygamber döneminden itibaren var olan bir hukuk kaynağı idi. Oysa equity common law sisteminde hukukun tıkanıdığı anda ortaya çıkmış bir ilkedir. Ancak bu durum tespitiyle, equity ilkesinin dış kaynaklı olabileceğine dair bir iddiayı ima etmemektedir.⁴¹

Sonuç olarak farklılaştığı alanlar değil benzeştiği alanlar dikkate alındığında ortak alanların çok daha belirgin olduğu görülecektir. Bu ilkeler hem İslam hukukunda kıyasa dayalı sonuçlara ulaşırken hem de common law'daki analojiye dayalı çıkarımlarda bulunurken katı bir formalizm yerine daha esnek bir şekilde bu hukukun olaylara ve gelişmelere uyumunu sağlamada önemli bir yöntem olarak kullanılmıştır.

C. İLKE-KURAL AYRIMI VE “İLKE”NİN İSLAM HUKUKU VE COMMON LAW HUKUK DÜŞÜNCESİ AÇISINDAN ÖNEMİ

Bu bölümde common law düşüncesinde “ilke” olarak nitelendirilen, İslam hukuk literatüründe ise benzer bir içeriğe sahip ancak “kaide” olarak tanımlanan evrensel etik/hukuk ilkesi üzerinden her iki hukuk sistemlerinin benzeşen bir diğer yönü üzerinde duracağız. Temel atflarımız ünlü Alman hukuk felsefecisi Dworkin'in yaklaşımları odağında olacaktır. Dworkin'in “ilke”⁴² olarak tanımladığı çerçeve ile İslam hukukundaki “maqsad” 1

pozitif hukuk olarak hiçbir zaman bir bütün halinde uygulandığı iddia edilememiştir. Bu kuramı savunanlara göre adalet, sürekli bir ide ve ideal olarak pozitif hukukun kontrolörü konumunda kalmalıdır. Adalet idesi, metafizik âlemden fizik âleme asla inmemelidir. Pozitif hukuk, bu ideyi sonsuza kadar araştırmalı, bu ideale ulaşmak için sürekli bir arayış içinde olmalıdır. İlâhî kaynaklı olan İslam hukukunun soyut bir ide olarak kalmak gibi bir hedefi asla olmamıştır. Bu hukukun pozitif olarak uygulanması ilahi iradenin tüm peygamberlere yüklediği en temel görevlerdendi. Bu hukukun sosyolojik mer'iyeti, ilahi iradenin kontrolünde Hz. Peygamber döneminde şekillenmiştir. Kur'an ve Sünnet'in temsil ettiği değerler bütünü, aynı zamanda hukukun pozitif düzeyde yürürlük kaynağını teşkil ettiği Hz. Peygamber dönemi sonrasında yapılacak düzenlemeler bakımından, ulaşılması gereken nihaî bir amaç ve kendisine göre şer'î geçerliliğin belirleneceği temel bir kriter niteliğindedir. Böylece Sünnet olarak tanımlanan Hz. Peygambere ait uygulama ve pratikler bu hukukun sonsuza kadar şekillenmesinde temel referans kaynaklarından ikincisi olarak göz önünde bulundurulmuştur.

⁴¹ Mohamed Haniffa Mohamed Razik, *A Perspective on Islamic Methodology in Terms of Objectives of Law: (A Comparative Analysis with Special Reference to English Equity and İstihsân)*, 2010, s. 264.

⁴² Dworkin'e göre, medeni ve siyasi haklar *ilkeyi* oluşturan en önemli unsurlardan biridir. (Hasan Tuna Göksu, “Ronald Dworkin'in Adalet Kuramında Temel Kavramlar: Haklar, *YÜHFD Cilt: XXII Sayı:1 (2025)*

(tümel değerler) karşılaştıran bilimsel makalelere literatürde rastladık. Bilindiği üzere “maqsad” çok daha üst bir çerçevedir. Belki uygun olan İslam hukukundaki “kaide”, “dabit”, “asl”, vb. bir kavram çerçevesi ile karşılaştırmak olacaktır. Nitekim aşağıdaki örneklerden de anlaşılacağı üzere Mecelle’nin külli kaidelerinden biri olarak zikredilen bir ifade ile anlatılmak istenen içeriğin Dworkin’in “ilke” kavramı ile ifade ettiği içerikle örtüştüğünü görmek mümkündür.

Dworkin “ilke” denilen ve “yasa/kanun” nu aşan ancak aynı zamanda yasaya ilham veren ve bünyesinde hukuk etiği taşıyan normları hukuk felsefecileri ve hukukun uygulayıcıları olan yargıçlar için son derece önemli görür. Hatta “zor davalar” olarak nitelendirdiği bu davaların çözümü için ilkelere başvuruyu son derece önemser. Bu zor davalar nadir olarak karşımıza çıksa da bu davaların hukuk sistemi içinde çözülmesi gerekir. Çünkü bu davalar çözüme kavuşturulmadığında tüm hukuk sistemini tehdit edebilecek nitelikte bir eksiklik olarak tanımlanacaktır. Aslında bu davalar uygulanan hukuk sisteminin bir yönüyle adil oluşunun garantörü olmaktadır. Başka bir yönüyle bu davalar mevcut sistemin temelinde yer alan siyasal ahlaki ilkelerin geçerliliğinin ve işlevselliğinin test edildiği davalardır. Bu ilkesel yaklaşımlar hâkimlerin, karşılaştıkları davaları çözüme kavuştururken hukuki standartlar olarak aktif bir veri olarak devrede olmaktadır. Burada şu önemli tespiti vurgulamak gerekir bu ilkeler kanuni boşluğun hukuki boşluğa dönüşmesine engel olmaktadır. Burada kanun boşluğunun hukuk boşluğuna dönüşmemesi ifadesi ve bunun “ilke”ler aracılığı ile giderilmesi son derece önemli bir tespittir.

Dworkin’e göre; “hukukun nihai amacı adaleti gerçekleştirmektir. Ancak kimi zaman yasa, ahlaki bir değer olan adaleti gerçekleştirmek için yeterli olmayabilir. Bu durumda, bir anlamda belki de yasanın dışına çıkılacak, ama hukukun genel ilkelerinden hareketle etik bir değer olan adalete ulaşılabilecektir. Burada; “teleolojik” bir bakış açısıyla hareket edilecek ve istenilen sonuca ulaşılabilecektir. Bu nedenle adalet denilen değer gerçekleştirilebilmesinin tek yolunun pozitif hukuk normları çerçevesinde mümkün olabileceğini iddia eden pozitivist anlayışa eleştiriler yöneltilir. Ona göre hukuk, yasaya indirgenildiğinde bireyin doğal haklarını korumak, adil ve demokratik bir toplumda yaşamak daha da zorlaşacaktır. Adalet denilen değer gerçekleştirilebilmesi sadece pozitif hukuk normları ile sınırlı değildir. Başka bir ifadeyle, “adalet” denilen değer sadece yazılı kurullarla

İlkeler ve İdeal Yargıç Herkül”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sayı: 4, Yıl: 2014, s. 121-122).

değil aynı zamanda hukukun bir parçası olan *ilkelerle* sağlanmaktadır. Bundan dolayı adalet, hukuktan farklı olarak, temelde ahlaki haklara ilişkin en iyi teoriyi bulma meselesidir. İlkeler temel hakları içeren, insan onurunu koruyan, özgürlük ve eşitlik sağlamaya çalışan kavramları kapsamaktadır. Batı ülkelerinde bunlar artık pozitif hukuk normları haline de gelmiştir.

Dworkin, Hart'ın hukuk ile kanunu özdeş kabul eden anlayışı üzerine yoğunlaşmış, onun bu ayrımı görmezden geldiğini belirtmiştir. Oysa bu eksiklikler ve hatalar nedeniyle pozitivist teori adaletin ahlaki yönünü görmezden gelerek bizzat adaletsiz sonuçlara sebebiyet vermektedir.⁴³

Yargıç adaleti gerçekleştirmek için bazen karşılaştığı nadir olaylarda yasanın amir olduğu hükmü uygulamak yerine hukuken meşru görülebilecek daha üst bir anlayışa dayanarak kararlar verebilmektedir. Bunu yaparken hukukun evrensel ilkelerini kullanması ve bu alanda hukuki bir gerekçe göstermesi hâkimin yetkinliği açısından son derece önemlidir. Common Law kültüründe ister “metafizik” olarak, ister “hukuk ötesi” olarak tanımlansın hâkime çözümde yardımcı olan bu ilkelere başvurmak ve adalet denilen değere bu ilkeler aracılığı ile ulaşmak iftihar edilecek bir durum olarak ifade edilmiştir. Hâkimin yasal alanın dışına çıkarak, ancak hukuk içinde kalarak davaları çözerken yöneldiği bu alan common law hukuk düşüncesinde “hukuk ötesi” olarak nitelendirilirken, İslam hukukunda yargıçlık görevini ifa eden “kâdî” nin hükmünü inşa ederken tanımlanmamış mülahazalara yönelmesi “hukuk-üstü” alan olarak nitelendirilmesi ilginç bir benzerliktir.

İslam hukukunun uygulandığı Mağrib bölgesindeki davaları inceleyen David S. Powers bu davalardan birinde kâdî'nin yargı faaliyetindeki tutumunu şu şekilde tasvir eder. “*Kadı işini yaparken yerleşik hukuk doktrinine başvurmuş, önceki davalara atıflar yapmış ve davanın verilerini analiz etmek ve çelişen delilleri değerlendirmek için karmaşık yorumlama ve dilbilgisi araçlarını kullanmıştır. Bu davanın yakından incelenmesi, kadının belirgin fakat tanımlanmamış olan bazı hukuk-üstü mülahazalardan da kesinlikle etkilendiğini akla getirmektedir.*”⁴⁴

Bir başka davayı inceleyen Powers, İslam hukukunda yargılama faaliyetinin mekanik bir yapıda olmadığını her olayın kendi bağlamı içinde değerlendirildiğini bu nedenle davaların sonuçlarının önceden kestirilmesinin mümkün olmadığını iddia eder. Bunun en temel nedeni de

⁴³ Göksu, s. 117.

⁴⁴ David Stephen Powers, *Hukuk, Toplum ve Kültür*, (Çev. İsmail Eriş) Şenyıldız Matbaacılık, İstanbul 2014, s. 40.
YÜHFD Cilt: XXII Sayı:1 (2025)

hâkimlerin hükmü inşa ederken kurgularını hukuk ötesi ya da hukuk üstü mülahazalara dayandırmış olması dolayısıyladır. “*Bu hükümlerin önceden kestirilemez oluşları kadının hükmünün ve müftünün görüşünün aslında zikredilmeyen “hukuk-ötesi mülahazalardan etkilendiğini akla getirmektedir.*”⁴⁵ Aslında Common law hukuk düşüncesi de zaman zaman metafizik kaynağı işaret eder. Örneğin, Common law’da mevcudiyeti mündemiç bir akıl olduğu ve bu aklın Tanrı’nın aklından türediği sıklıkla iddia edildi. Kişi ne kadar akıllı ve zeki olursa olsun bu Tanrısal nitelikli akıl kişilerin akıllarını aşmaktadır.⁴⁶

Şimdi de pozitivistlerin ilke eleştirisine kısaca değinelim. “Kimse Kendi Suçundan Kazanç Sağlayamaz İlkesi’nin İslam Hukukundaki Karşılığı İslam hukuk düşüncesine hâkim kimi ilkelere farklı kavramlarla ama aynı içerikle İngiliz hukuk sisteminde de benzer örnekler üzerinden yapılan yorumlarda görülmektedir.⁴⁷ Örneğin Mecelle’nin ilk yüz maddesi arasında külli bir kaide olarak yer alan “*kim ki bir şeyi vaktinden evvel isticâl eyler ise mahrumiyetiyle cezalandırılır.*” ifadesi, common law hukuk kültüründe “*kimse kendi suçundan, hilesinden ve hatasından bir kazanç sağlayamaz*” şeklinde ifade edilmiştir. İlginç olan her iki hukuk sisteminde bu kaideler açıklanırken, “varisin mirasa bir an önce sahip olmak için murisi öldürmesi” örneğinin verilmesidir. Common law için bir övünç vesilesi olarak sunulan ve “zor davalar” için kurtarıcı gibi gösterilen bu ilkenin Mecelle’de daha teknik ve daha belirgin bir çerçevede ifade bulmasına rağmen hukuk tarihimizde yeterli ilgi ve övgüyü bulamamış olması üzücü olsa da yine de bu gayreti takdir eden hukukçular büsbütün yok değildir. Nitekim Mecelle’nin külli kaidelerini Türk hukuk sistemi perspektifinden değerlendiren Ord. Prof. Mustafa Reşit Belgesay örneklediğimiz 99. madde için “*bu kaide bir hayat felsefesidir*”⁴⁸ ifadesi ile önemine işaret etmiştir. Burada sevindirici olan husus, evrensel hukuk düşüncesinin farklı kültürlerde farklı ifade kalıpları ile de olsa aynı düşünce birliğini taşıdıkları ifade edilebilir. Ancak şunu da ifade etmek gerekir ki Mecelle’nin bu ilke için başvurduğu kaynak el-Eşbah ve’n-nezâir isimli eser 1563 tarihinde

⁴⁵ Powers, s. 266.

⁴⁶ Roger Cotterrell, Hukukbilimin Politikası, (Çev. Saim Üye) Yaylacık Matbaacılık, İstanbul 2018, s. 66.

⁴⁷ “Hukuk Kültürü” kavramı için bakınız: Mehmet Yüksel, “Hukuk Kültürü Kavramına Sosyolojik Bir Bakış”, *HFSA* 26, s. 491-508.

⁴⁸ Mustafa Reşit Belgesay, “Mecelle’nin Külli Kaideleri ve Yeni Hukuk”, (*İ.Ü.H.F.M.*), c. XII, s: 2-3, İstanbul 1946, s. 573.

vefat eden İbn Nüceym⁴⁹ tarafından yazılmıştır. Hatta bu kaide İbn Nüceym'den önce Suyûtî'nin (ö.911/1505) el-Eşbah ve'n-nezâirinde aynı şekilde geçmektedir.

New York Temyiz Mahkemesinin 1889 tarihli ünlü *Riggs v. Palmer* davasında Mahkemenin “kimse kendi suçundan, hilesinden ve hatasından bir kazanç sağlayamaz” ilkesi üzerinden adil bir çözüme nasıl ulaşıldığı açıklanır. Bu davada Mahkemenin çözmesi gereken sorun kısaca şu şekildedir; “söz konusu dava bir ceza davasıdır ve bu davada yargılanan şahıs, oldukça varlıklı büyükbabasıyla yaşamaktadır ve büyükbabasının yapmış olduğu vasiyetnamede tek varisidir. Ancak daha sonra büyükbabasını öldürmüştür”. Bu davada Mahkeme öncelikle şu kabulden hareket etmiştir: “Eyaletin mirasa ilişkin yasaları ve sözleşme özgürlüğünü düzenleyen kuralları, bu yasa ve kuralların sonuçları common law'un temel ilkeleri ile test edilmeksizin sadece lafzıyla yorumlanır ve uygulanırsa katil suçlu olmasına rağmen mirası almalıdır. Zira o dönemde New York Eyalet yasalarında katilin mirasçı olmasını engelleyen herhangi bir kural bulunmamaktadır”. Burada ilgili mahkeme lafzi yorumu aşan bir hukuk mantığı ile katilin hiçbir şekilde öldürdüğü kişinin mirasçısı olamayacağına karar vermiştir.⁵⁰

Her iki davada bu mahkemeler tarafından alınan kararlara bakıldığında; ilke denilen standartların davaya bakan yargıcın iki açıdan sınırlanmış olduğu fark edilir. İlki; davaya uygulanacak kuralın bulunmadığı durumda yargıç takdir yetkisini kullanmakta böylelikle ilke, kural yokluğunda hâkimin yasama organı gibi hareket etmesini engelleyerek onu güçlü bir biçimde sınırlamaktadır. İkinci aşamada ise yargıç davaya uygulanacak ilkeyi seçerken de sınırsız bir takdir hakkına sahip değildir.⁵¹ Aslında hâkimler önlerine gelen davalara uygulayacakları ilkeleri belirlerken geçmişte benzer davalara uygulanan ilkeleri, dolayısıyla emsal kararları gözetmek zorundadır. Böylelikle ilke, mevcut davaya uygulanacak normların seçiminde hâkimleri sınırlamakta, hatta böylece yerleşik hukuk kültüründen sapmasına da bir yönüyle engel olmaktadır.

⁴⁹ Ahmet Özel, Zeynüddîn b. İbrâhîm b. Muhammed el-Mısrî İbn Nüceym (1520-1563). (DİA), c. X. S. 236 vd.

⁵⁰ Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press Cambridge Massachusetts, 1977, s. 23.

⁵¹ Dworkin'in ilkeleri yok sayan hukuki pozitivizm anlayışına yönelttiği eleştirilerden biri de uygulanacak kural yokluğunda yargıçlara geniş bir takdir yetkisinin verilmesidir. (Ahmet Ulvi Türkbâğ, *Kanıtlanamayanı Kanıtlamak: Ronald Dworkin'in Hukuk Kuramı*, Derin Yayınları, İstanbul 2010, s. 80-81).

Bir başka örnek olarak şunu da zikredebiliriz. *Chancery mahkemeleri İngiltere’de equity law’ın uygulanması için pek çok temel hukuki ve adil prensipler ihdas etmiş ve düzenlemişlerdir. Bir açıdan baktığımız İslam hukukundaki külli kaidelere çok benzeyen bir durumu söz konusudur. Hatta “equity şekilden ziyade niyetleri dikkate alır” (equity looks to the intent rather than the form) prensibi Mecelle madde 2 “bir işten maksat ne ise hüküm ona göredir” veya madde 3 “ukudda itibar makasid ve meaniyedir, elfaz ve mabaniye değildir” kurallar ile çok benzeşmektedir.⁵² Equity maximleri ile İslam hukuku külli kaidelerinin benzeşimi önemli bir araştırma alanı olarak durmaktadır.*

Pozitivistlerin hukuku yasa/kanuna indirgeyen perspektifleri çokça eleştirilmişse de onlar kendi paradigmaları açısından “ilke” kavramı ile ifade edilen çerçeveye yönelik eleştirilerde bulunmuşlardır. Temel eleştiri odağını ise “ilke” nin yorumlanmasında hâkime “sınırsız” takdir yetkisinin verilmiş olmasıdır. Başta Dworkin olmak üzere onun fikirlerini savunanlarca bu eleştirilere geniş bir literatürle cevap verilmiştir. İslam hukuku perspektifi ile konu ilkesel zeminde daha net olarak çözümlenmiştir. Konu ile ilgili ayrıntılı çalışma yapan Necmeddin Kızılkaya bu konudaki çekinceleri şu şekilde ifade etmiştir: “*Fıkhî kâideler doğrudan mükellefleri ilgilendiren birer hüküm olmaktan ziyade, altlarında değişik hükümlerin toplandığı birer asıl olmaları itibariyle doğrudan mükelleflerle ilgili fer’î meselelere uygulanamazlar. Buna karşılık, bizzat bir hüküm olan her fıkhî ifadenin ilgili olduğu mükellefleri bağlayacağı açıktır. Kâide ile hüküm arasındaki bu nüans sebebiyle Mecelle Cemiyeti’nin hazırladığı Esbâb-ı Mûcibe Mazbatası’nda, hakimlerin şer’î bir delil olmaksızın sadece kavâide dayanarak hüküm veremeyeceği belirtilmiştir.*”⁵³

Bu İslam hukukçularının “maqsad” olarak tanımladıkları hukukun gerçekleştirme istediği temel değerler hesaba katılarak “teleolojik” bir yaklaşımla adalet denilen etik değere ulaşılabilir. Hukuku norma indirgeyen pozitivist hukuk anlayışı bu ısrar nedeniyle adaleti ikincil düzeyde bir hedef olarak değersizleştirmektedir.

⁵² Haluk Songur, *İslam Hukuku ve İngiliz Hukuku*, Nokta Dijital Yayınları, Isparta 2015, s. 71.

⁵³ Necmeddin Kızılkaya, *İslam Hukukunda Külli Kâideler*, Alemdar Ofset Matbaacılık, İstanbul 2013, s. 53.

D. İSLAM HUKUK METODOLOJİSİNDE “İSTİHSAN” İLKESİNİN COMMON LAW'DAKİ “EMSALDEN GEREKÇELİ AYRILIŞ” İLE KARŞILAŞTIRILMASI

İslam hukukunda kıyasa dayalı çıkarımda katı bir formalizmi daha esnek bir şekilde bu hukukun olaylara ve gelişmelere uyumunu sağlamada “istihsan” önemli bir yöntem olarak kullanılmıştır. Common law hukukundaki “*emsalden gerekçeli ayrılış*” ya da “*otoriteden gerekçeli ayrılış*”⁵⁴ yaklaşımı ile İslam hukukundaki “istihsan”ın benzerliğinden hareket eden araştırmacılar İslam hukukunun common law’ı etkilemiş olduğu/olabileceği tezine bu benzerliği de bir destek olarak zikretmişlerdir.⁵⁵ İstihsan’ın farklı uygulanış çeşitliliği bu kavramın farklı tanımlarını da beraberinde getirmiştir. Bu yöntemi kıyasın bir çeşidi olarak gören hukuk ekollerinin bunu, “gizli kıyas” olarak nitelendirmelerinde⁵⁶ özel bir yetkinlikle bu derinliğe ya da farklılığa nüfuz edebileceği iddiasını da barındırmaktadır. Metodolojik olarak İslam hukukunda salt kıyasa dayalı mekanik bir analojinin olmaması hukuk dinamizmi açısından son derece özgün bir yaklaşımdır. Emsalin emsale kıyas edilmesi her zaman mekanik olarak “hukukilik” sonucunu doğurmayabileceği yadsınamaz bir gerçektir. Buradaki temel yaklaşım hukukun temel referans kaynaklarında gömülü “değerler” üzerinden hukuki bir çıkarım yapmaktır. Bu durum hukukun sanıldığı gibi basit “mekanik” bir analogi olmadığını da göstermektedir. “*Common law’daki emsalden gerekçeli ayrılış ile İslami hukuktaki genel analogiden ayrılmanın ifadesi olan “istihsan” ilkeleri farklı bir muhakeme ile hatalı kararların önüne geçmek için düzeltici cihazlardır. Bu manada istihsan, temel ilkesel yaklaşımdan farklılaşarak ya da genel doktrinin dışına çıkarak ama yine hukuk içinde kalarak belki farklı bir korelasyonla hukuki bir sonuca ulaşmaktadır.*”⁵⁷ Zira mekanik olarak bir davadaki bir kararı bir başka davaya uzatmak için kullanılan insan muhakemesi hatalı sonuçlara ulaşabilir. Başka bir ifadeyle bir davadaki kurguyu bir başka davaya aynen uygulamaya çalışmak bazen hatalı olabilir Çünkü her olayın kendisi özeldir. Bu şekilde eşitlemek üzerinden bir sonuca varmak bazen yanıltıcı olabilir. İşte bu nedenle “emsalinden gerekçeli ayrılış” derken görünüşte birbirine benzeyen iki olay var ancak daha güçlü bir delil bizi genel kuralın dışına çıkarır ancak yine hukuk içinde kalarak daha sağlıklı bir karar veririz.

⁵⁴ Makdisi, J., A Reality Check on Istihsan as a Method of Islamic Legal Reasoning, s. 100.

⁵⁵ John A. Makdisi, “Hard Cases and Human Judgment in Islamic and Common Law”, 2, *Indiana International & Comparative Law Review*, 1991, s. 191-219.

⁵⁶ Şirvânî, s. 34, 80.

⁵⁷ Makdisi, J., Hard Cases and Human Judgement and Common Law, s. 202.

Netice olarak, İslam hukukundaki “istihsan” ve common law’daki “emsalinden gerekçeli ayrılış” ilkelerinin her ikisi de muhakemenin hatalı işlememesi için konulmuş düzeltici araçlar olarak nitelendirilmiştir.⁵⁸

Burada önemli olan bir husus da, “common law”un (ortak hukuk) belirli yönergelerindeki bir boşluk genellikle kamu politikası kavramına başvurulması, toplumda düzen ve uyum için neyin doğru, adil, uygun veya elverişli olduğuna dayanan bir tespit ile doldurulmasıdır. Kamu politikası kararının alındığı ilkeler, kültüre ve bu nedenle common law dokusunda gömülüdür. İslam hukuk metodolojisinde benzer bir ifade istislah (maslahat/fayda) kavramıdır. İslam hukukunda da genel ilkeleri hukukun temel kaynakları olan Kur’an ve Sünnette gömülü olarak bulunur.⁵⁹

Sonuç Yerine

İslam hukuku ile İngiliz common law hukuk düşüncesi arasındaki etkileşim durumlarını incelediğimiz çalışmalarımızda birçok alanda benzerliklerin olduğu kolaylıkla fark edilir. Bu benzerlik zemini elbette hukuk aklının evrenselliği ile izah edilemeyecek düzeydedir. Common law hukuk düşüncesindeki “kimse kendi suçundan, hilesinden ve hatasından bir kazanç sağlayamaz” ilkesinin yapısal benzerliği bir yana bu ilke için verilen örneğin tümüyle aynı oluşu dikkat çekicidir.

İslam hukukunda içtihat faaliyeti son derece dinamiktir. Ancak mekanik değildir. Başka bir ifadeyle non-ergodiktir. Hukukçular ilkesel bir paradigma içinde içtihadi faaliyette bulunurlar. Bazen hukuk içinde kalarak ama paradigma dışına çıkarak içtihatla bulunmuşlardır. Ama böyle bir durumda çok daha güçlü bir gerekçe olması gerekir. Buna istihsan adı verilmiştir. Bu durum benzer şekilde common law’da emsallerinden gerekçeli ayrılış olarak uygulamıştır. Bu ve benzeri birçok alanda benzerlikler görülmektedir. İslam hukuk tarihinde yeni meydana gelen ve hukuki çözüm gerektiren konularda bazı hukukçuların, metodolojisini benimsediği bir mezhebin yöntem bilimine bağlı kalmalarında ısrarcı olmaları yadırganacak bir durum değildir. Bu durumun “ıctihat kapısının kapanması” şeklinde nitelendirilmesi kanaatimizce maksadını aşan bir yorum olmuştur.

⁵⁸ Kılıç, s. 158.

⁵⁹ Makdisi, J., *Hard Cases and Human Judgement and Common Law*, s. 203.

Kaynakça

Aral, Vecdi, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1975,(İkinci Bası).

Arsal, Sadri Maksudi, “İngiliz Âmme Hukukunun İnkışafı Safhaları”, (*İ.Ü.H.F.M.*), c: VI, s: 1, İstanbul 1940.

Barkan, Ömer Lütfi, “Eser Tahlil ve Tenkidleri”, -“Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat”- (*İ.Ü.H.F.M.*) c. VII, s. 2-3, İstanbul 1941.

Belgesay, Mustafa Reşit, “Mecelle’nin Külli Kaideleri ve Yeni Hukuk”, (*İ.Ü.H.F.M.*), c. XII,s: 2-3, İstanbul 1946.

Berki, Ali Himmet, *Hukuk Tarihinden İslâm Hukuku*, Örnek Matbaası, Ankara 1955.

Chehata,Chafik,“Hukuk Mantığı ve İslam Hukuku”, (Çev İbrahim Kâfi Dönmez) *İslâm Tetkikleri Dergisi*, c. VIII, Sayı: 1-4, İstanbul 1984.

Cotterrell Roger,Hukukbilimin Politikası, (Çev. Saim Üye) Yaylacık Matbaacılık, İstanbul 2018.

Curti, Arthur, “İngiliz Hukukunun Menbalarına Şematik Bir Bakış”,(Çev. A. Necdet Azak), (*İ.Ü.H.F.M.*) Yıl: III, Sayı: 11, İstanbul 1937.

David, Rene,Çağdaş Büyük Hukuk Sistemleri, (Çev. Argun Köteli) Üçdal Neşriyat, İstanbul (ty).

Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press Cambridge Massachusetts, 1977.

Göksu, Hasan Tuna, “Ronald Dworkin’in Adalet Kuramında Temel Kavramlar: Haklar, İlkeler ve İdeal Yargıç Herkül”, *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sayı: 4, Yıl: 2014.

Güriz, Adnan, *Adalet Kavramının Belirsizliği*, Adalet Kavramı, (Ed. Adnan Güriz), (m. y.) Ankara 1994.

İbnu'l- Kayyim el-Cevziyye, Şemsuddin Ebu Abdillah Muhammed b. Ebi Bekr, *İ'lâmu'l-Muvakkîn an Rabbi'l- Â'lemîn*, Dâru'l-Kutubi'l-İ'lmiyye, Beyrût 1993.

Jenks, Edward, “İngiliz Hukuku Hakkında Genel Bilgiler”, (Çev. Mukbil Özyörük), (*A.Ü.H.F.D.*) c. VII, s. 1-2, (m.y.) 1950.

Kılıç, Muharrem, “Karşılaştırılmalı Hukuk Tarihinde Metodolojik Formalizmin Aşılmasında İki Yöntem: İstihsan ve Equity”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sayı: 1, 2003.

Kızılkaya, Necmeddin, *İslam Hukukunda Külli Kâideler*, Alemdar Ofset Matbaacılık, İstanbul 2013.

King- Hawley, Edward- Joseph, “İngiliz (Common Law)’unun Gelişmesi”, (Çev. İlhan Lütem), (*A.Ü.H.F.D.*) c. XVI, sayı:1-4.

Liebesny, Herbert, *English Common Law and Islamic Law in the Middle East and South Asia: Religious Influences and Secularization*, 34 Clev. St. L. Rev. 19 (1985-1986).

Makdisi, John A., "A Reality Check on Istihsan as a Method of Islamic Legal Reasoning" (2002) 2:1 *UCLA J Islamic & Near E L* 99.

Makdisi, John A., "Hard Cases and Human Judgment in Islamic and Common Law", 2, *Indiana International & Comparative Law Review*, 1991.

Makdisi, John A., "Legal Logic and Equity in Islamic Law", 33, *American Journal of Comparative Law*, 1985.

Mumcu, Ahmet, *Divan-ı Hümayun*, Birey ve Toplum Yayınları, İstanbul 1986.

Munday, Roderick, "İngiliz Hukukunda ve Common Law Ülkelerinde Kanunilik İlkesi" (Çev. Zeynel T. Kangal), (*İ.Ü.H.F.M.*), Yıl 2003, Cilt 61, Sayı 1-2.

Özel, Ahmet, Zeynüddîn b. İbrâhîm b. Muhammed el-Mısrî İbn Nüceym, (DİA).

Parry, Bay Clive, "İngiliz Hukuk Sistemi", (Çev. Fadıl H. Sur) , (*A.Ü.H.F.D.*) Yıl 1944, Cilt 1, Sayı 3.

Powers, David Stephen, *Hukuk, Toplum ve Kültür*, (Çev. İsmail Eriş) Şenyıldız Matbaacılık, İstanbul 2014.

Razik, Mohamed Haniffa Mohamed, *A Perspective on Islamic Methodology in Terms of Objectives of Law: (A Comparative Analysis with Special Reference to English Equity and İstihsân)*, 2010.

Rifai, Sulaiman Lebbe, "General Philosophy of Islamic Law (Maqāsid) and the Common Law: Some Similarities and Differences" (February 21, 2021). Available at

SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3789926> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3789926>

Schwarz, Andreas B., "İngiliz Hukuku ve Kontinental Hukuk" (Çev. Hıfzı Veldet), (*İ.Ü.H.F.M.*) Yıl: III, Sayı: 10, İstanbul 1937.

Schwarz, Andreas B., *Medeni Hukuka Giriş*, (Çev. Hıfzı Veldet) Üniversite Kitabevi, İstanbul 1942.

Serahsî, Ebû Bekr Muhammed b. Ahmed b. Ebî Sehl, *el-Mebsût*, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut 1986.

Songur, Haluk, *İslam Hukuku ve İngiliz Hukuku*, Nokta Dijital Yayınları, Isparta 2015.

Şafak, Ali, "Hukukun Temel İlkeleri Açısından Mecelle'ye Bir Bakış", *Ahmet Cevdet Paşa Sempozyum'u (9-11 Haziran 1995)* İkinci Baskı, Ankara 2009.

Şirvânî, Ahmed Hamdi, *Levâmi'ü'd-Dekâik fî Tercemeti Mecâmi'i'l-Hakâik*, İmak Ofset, İstanbul 2017.

Temmâvî, Süleyman Muhammed, *Hız. Ömer ve Modern Sistemler*, (Çev. Muhammed Vesim Taylan) Bayrak Matbaası, İstanbul 2004.

Türkbağ, Ahmet Ulvi, *Kanıtlanamayanı Kanıtlamak: Ronald Dworkin'in Hukuk Kuramı*, Derin Yayınları, İstanbul 2010.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, *Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat*, (Ayrı Basım).

Yüksel, Mehmet, "Hukuk Kültürü Kavramına Sosyolojik Bir Bakış", *HFSA* 26.