

Ebû Hanîfe'nin Batı Hukuku'ndaki Yeri -Örnekleri İle Çözümsele Karşılaştırmalı Hukuk Araştırması-

Mehmet Nuri GÜLER
ŞHÜ İlâhiyat Fakültesi

Giriş

Ebû Hanîfe'nin hukuk anlayışını sağlam olarak ortaya çıkarıp, günümüz hukuk âleminin yararlanmasına sunmak için, onu İslâm Hukuku terimleri ve anlayışları dışındaki günümüz hukuk terimleri ve anlayışları ile tercüme etmek ihtiyacı, bir problem olarak görülmüştür. Bunu karşılamak üzere, “Ebû Hanîfe'nin Hukuk Anlayışının Batılı (Avrupa) Hukuk Ekolleri Arasındaki Yeri” amaç edilmiştir. Bu amaç, bir çözümsele karşılaştırmalı hukuk araştırması ile gerçekleştirilmiş ve yayımlanmıştır¹; ancak bunda, Ebû Hanîfe'nin, hemen hemen sadece görüşleri doğrultusunda bir belirleme yapılabilmektedir. Bu bakımdan, bu araştırmanın uygulamaya yönelik bir araştırma ile tamamlanması önerilmiştir. Bu amaçla, “Ebû Hanîfe'de Örnekleri ile Fiilen Yürürlükteki İslâm Hukuku ve Batılı (Avrupa) Hukukundaki Yeri” çözümsele karşılaştırmalı hukuk araştırması olarak yapılmış, fakat henüz yayımlanmamıştır. İşte bu tebliğ metni, henüz yayımlanmamış Ebû Hanîfe'nin uygulamalarına yönelik böyle bir araştırmanın, “Ebû Hanîfe'nin Batı Hukuku'ndaki Yeri” şeklindeki bir özeti olmaktadır. Bu tebliğin önemi, günümüz hukuk âleminin terim ve anlayışlarını tanıtarak, günümüz İslâm Hukukçusunun, kendini yalnızca İslâm Hukuku ile sınırlayan dar çerçevede bir hukuk uzmanı olmaktan çıkartıp, kendi hukukunu geliştirmedeki katkısını arttırmayı sağlamak istemesidir.

Bu şekilde, “Ebû Hanîfe'nin Batı Hukuku'ndaki Yeri” adlı tebliğin amacı ve önemi belirtildikten sonra, konunun anlatımına girişilebilir.

Buna, Ebû Hanîfe'nin Batı Hukuku'ndaki yerini belirlemek için, önce İslâm Hukuku'ndaki yerini ortaya koymakla başlamak gerekmektedir. İslâm Hukuk Sistemi'nde Ebû Hanîfe'nin, **el-Âlim ve'l-müteallim**'deki, “*Ene Uftike fihinn/Sana onlar hakkında fetvâ veririm (hükümlerini açıklarım)*”², “*Tesebbet fî'l-futyâ/Fetvâda çabuk davranma !...*”³ ifadelerine göre, “müfti” konumunda olduğu anlaşılmaktadır. Bilindiği gibi, “**müfti**,

¹ Mehmet Nuri Güler, “Ebû Hanîfe'nin Hukuk Anlayışının Batılı (Avrupa) Hukuk Ekolleri Arasındaki Yeri – Çözümsele Karşılaştırmalı Hukuk Araştırması-”, İslâmî Araştırmalar Dergisi, XV, sayı 1-2 (Ebû Hanîfe Özel Sayısı), Yıl: 2002, Ankara s. 91-130 (Bundan böyle, “Güler” şeklinde geçecektir).

² Ebû Mukatil Hafı b. Selm es-Semerkandî (ö. 208 h./823 m.), Ebû Hanîfe'den Rivâyet: el-Âlim ve'l-müteallim (thk. Muhammed Zâhid el-Kevserî), Mısır 1368 h./1949 m., Neşreden: Mustafa Öz (İmâm-ı A'zâmın Beş Eseri, İstanbul 1992), s. 39 (Bundan böyle, el-Âlim ve'l-müteallim şeklinde geçecektir).

³ el-Âlim ve'l-müteallim, s. 18, 21.

kendisine sorulan sorunun hükmünü, Kitab ve sünnet nasslarından veya nassların ışığı altında içtihat ederek çıkaran kimsedir.”⁴

Hukuk Bilimi’nde, hukuk ile uğraşan ilim (bilim) adamlarının çeşitli vesilelerle açıklamış oldukları bu görüşler, doktrin (öğreti),⁵ ya da diğer bir terimle, bilimsel (ilmî) içtihat diye adlandırılarak,⁶ Hukukun Yardımcı Kaynakları içinde sayılmaktadır.⁷ Buna göre, Ebû Hanîfe, İslâm Hukuk Sistemi’nde yardımcı kaynaklar arasında bulunan doktrin içinde yer almaktadır.

Karşılaştırmalı Hukuk’ta, temel araştırma yöntemi “görevsel denklik” olmaktadır. Bu yöntemde, ancak aynı görevi üstlenen ve fonksiyonu gören kural, kavram ve kurumlar karşılaştırılabilirler.⁸ Bu bakımdan, Ebû Hanîfe’nin İslâm Hukuk Sistemi’nin doktrini içindeki bu yeri, Batı Hukuk Sistemi’nin doktrinini oluşturan Batı (Avrupalı) Hukuk Ekolleri’ne denk düşmektedir. O hâlde, Ebû Hanîfe’nin Batı Hukuku’ndaki yeri, batı hukuk sistemini şekillendiren Roma Hukuk Sistemi ve Ekolleri içinde belirlenebilecek demektir.

Bu yüzden, işe, önce Roma Hukuku ve Ekollerinin özlü bir tanıtımıyla başlanılacak; sonra, Ebû Hanîfe’nin, İslâm Hukuku’nun kaynaklarını açıklamasına ve hukuk kurallarını uygulama örneklerine göre, batı hukuk sistemi ekolleri içindeki yeri belirlenmeye çalışılacaktır.

1. Roma Hukuku ve Batı Hukuk Ekolleri

Burada, önce Roma Hukuku, sonra da Batı Hukuk Ekolleri anahatlarıyla tanıtılacaktır.

1.1. Roma Hukuku (Corpus Juris Civilis)

Roma Hukuku, Batı Hukuk Sistemleri’nin kaynağını oluşturmaktadır.⁹ Roma Hukuku, milattan sonra 527-565 yılları arasında hüküm süren Justinianus’un büyük bir kanunlaştırma eseridir. Bu kanunlaştırmada, Roma hukukçularının eserleri ile Roma imparatorlarının emirnameleri belli bir düzen içinde birkaç külliyyât (kitap dizisi) halinde bir

⁴ Fahrettin Atar, Fıkıh Usûlü, MÜ İlahiyat Fakültesi Vakfı Yay. Nu. 24, İstanbul 1988, s. 327.

⁵ A. Şeref Gözübüyük, Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları, Üçüncü Bası, Ankara 1978, s. 47 (Bundan böyle, “Gözübüyük” şeklinde geçecektir.); Sami Karahan, “Yardımcı Kaynaklar”, Hukuk Bilimine Giriş, Üçüncü Baskı, Konya 1997, s. 48 (Bundan böyle, “Karahan” şeklinde geçecektir.); Tarık Özbilgen, Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri, İstanbul 1976, s. 369 ve devamı (Bundan böyle, “Özbilgen, Hukuk Başlangıcı” şeklinde geçecektir.).

⁶ Gözübüyük, s. 47. Geniş bilgi için bakınız: Orhan Münir Çağıl, Hukuka ve Hukuk Bilimine Giriş, Dördüncü Tabı, İstanbul 1971, s. 99-101 (Bundan böyle, “Çağıl, Hukuk Bilimine Giriş” şeklinde geçecektir.).

⁷ Necip Bilge, Hukuk Başlangıcı Dersleri, 5. Basım, Ankara 1966, s. 85 (Bundan böyle, “Bilge” şeklinde geçecektir.); Karahan, s. 48.

⁸ Ergun Özsunay, Karşılaştırmalı Hukuka Giriş, İstanbul 1976, s. 139 ve devamı.

⁹ Paul Koschaker, Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, (Kitabı Yeniden Elden Geçiren: Kudret Ayiter), Yedinci Bası, Ankara 1983, s. 7 (Bundan böyle, “Koschaker” şeklinde geçecektir.).

araya toplanmıştır.¹⁰ Bu bakımdan “yığmak” ve “toplamak” anlamında “*Compilatio*” diye adlandırılmıştır. Sonraları, Orta Çağ'da, bu *Compilatio*'ya “*Bütün Hukukun Bir Araya Toplanması*”, ya da “*Yurttaşlar Hukuku Derlemesi*” anlamına gelen *Corpus Juris Civilis* adı verilmiştir. Bu çağdan itibaren de *Corpus Juris Civilis* adıyla anıla gelmiştir.¹¹ *Corpus Juris Civilis*, imparator Justinianus tarafından kanun gücü verilerek yayınlanırken, Latince yayınlanmıştır. Sonraları, Yunanca özetleri yapılmıştır. Bunlara, “*İmparator Kanunu*” anlamında “*Basilica*” denilmiştir.¹²

Corpus Juris Civilis'in hazırlanan ilk bölümü, *Codex* (Kodeks) *I* ve *II* (miladî 528, 534) olmaktadır. *Codex*, “*İmparator Emirnamleri Derlemesi*”, ya da “*İmparator Hukuku Derlemesi*” anlamına gelmektedir.¹³ İkinci olarak hazırlanan bölümü de, *Digesta* (*Pandectae*) (m. 530-533)'dır. “*Düzenlenmiş Tam Bir Derleme*” anlamına gelir.¹⁴ *Corpus Juris Civilis*'in hazırlanan son bölümü ise, *Institutiones* (m. 533) olmaktadır. *Institutiones*, “*Hukuk Müesseseleri (Kurumları)*” demektir.¹⁵ İşte, Justinianus'un *Corpus Juris Civilis*'i bu üç bölümden meydana gelmektedir. Bu üç bölümün yayınlanmasından Justinianus'un ölümüne kadar geçen dönemde (m. 534-565) Justinianus'un çıkardığı emirnameler (*contitutio*'lar), Orta Çağ'da toplanarak *Novellae Leges*, Türkçe karşılığı ile *Yeni Kanunlar*, kısaca *Novellae* adı ile *Corpus Juris Civilis*'e eklenmiştir.¹⁶

Corpus Juris Civilis'in basımında hazırlanış sırasına uyulmayarak, önce *Institutiones*, sonra *Digesta* (*Pandectae*), *Codex* ve *Novellae* sıralamasıyla basılmıştır.¹⁷

Roma Hukuku, yani *Corpus Juris Civilis*, Batı Roma İmparatorluğu'nun siyasî bir birlik olarak ortadan kalkmasından itibaren XIX. yüzyılda Avrupa'da başlayan kanunlaştırma hareketine kadar, Batı'da “*Ortak Hukuk*” olarak yürürlüğünü sürdürmüştür. Bu süreçte, çeşitli dönemlerde, Avrupa Hukuk Ekolleri tarafından Roma Hukuku (yani *Corpus Juris Civilis*)'na sürekli bir içerik kazandırılmıştır.¹⁸ Şimdi bu ekollere geçilebilir:

1.2. Batı Hukuk Ekolleri

Roma Hukuku, XI. ve XII. yüzyıllardan itibaren XX. yüzyılın başlarına kadar, ekoller ile, zamanın ve toplumların değişik gereksinmelerine uydurulmaya çalışılmıştır. Bu ekollerin başlıcalarını, kronolojik olarak şöyle sıralamak mümkündür: “Dogmatik Hukuk

¹⁰ Özcan Karadeniz-Çelebican, *Roma Hukuku*, 3. Bası, Ankara 1982, s. 47-48 (Bundan böyle, “Karadeniz-Çelebican” şeklinde geçecektir).

¹¹ Koschaker, s. 3; Karadeniz-Çelebican, s. 13, 16, 36, 48.

¹² Koschaker, s. 4, 20, 56.

¹³ Şakir Berki, *Roma Hukuku*, Ankara 1949, s. 54 (Bundan böyle, “Berki” şeklinde geçecektir.); Koschaker, s. 31-32; Karadeniz-Çelebican, s. 53.

¹⁴ Berki, s. 52-53; Koschaker, s. 29-31; Karadeniz-Çelebican, s. 51-52.

¹⁵ Berki, s. 53; Koschaker, s. 28-29; Karadeniz-Çelebican, s. 49-51.

¹⁶ Berki, s. 54; Koschaker, s. 32; Karadeniz-Çelebican, s. 54.

¹⁷ Karadeniz-Çelebican, s. 49.

¹⁸ Karadeniz-Çelebican, s. 2.

Ekolü”, “Hümanist Hukuk Ekolü”, “Tabîî Hukuk Ekolü”, “Tarihçi Hukuk Ekolü”, “Pozitivist Hukuk Ekolü” ve “Sosyolojik Hukuk Ekolü”.¹⁹ Şimdi, bu ekolleri kısaca tanıyalım:

1.2.1. Dogmatik Hukuk Ekolü

XI. ve XII. yüzyıllarda, Batı’da, Roma adı kutsal bir nitelik almıştır. Alman imparatorları kendilerini, Roma imparatorlarının vârisleri görerek, “*Kutsal Roma-Germen İmparatoru*” ünvanını kendileri için kullanmaya başlamışlardır. Bu bakımdan Corpus Juris Civilis de, kutsal hukuk sayılıp, “*İmparatorluk Hukuku*” yapılmıştır. Böylece, Corpus Juris Civilis’in yeniden öğrenilerek uygulanması ihtiyacı kendini hissettirmiştir. Bu ihtiyaç, “*Glossator*”lar (Haşiyeciler) ve “*Commentator*”lar (Şârihler, Yorumlayarak Açıklayanlar) tarafından karşılanmıştır.²⁰ İşte bunların, Corpus Juris Civilis’i dogmatik bir otorite olarak kabul edip, çalışmalarını ona dayandırmaları ve Corpus Juris Civilis’teki hukuk kurallarını, bir dogma (inak) gibi açıklayarak, gördükleri çelişkileri bağdaştırmaya girişmeleri²¹ yönleri, burada esas alınarak, “Dogmatik Hukuk Ekolü” diye adlandırılmıştır. Bu ekol için, Skolastik Ekol,²² ya da Skolastik Doktrin²³ adları da kullanılmıştır.

1.2.2. Hümanist Hukuk Ekolü

Rönesans Çağı’nın genel eğilim sonucunda, XVI. yüzyılın başından itibaren Roma Hukuku’nda Dogmatik Hukuk Ekolü’nün yerini Hümanist Hukuk Ekolü almıştır.²⁴ Hümanist Hukuk Ekolü’nün amacı, serbest araştırma zihniyeti ile Corpus Juris Civilis’in kaynaklarını araştırmak olmuştur. Bu araştırmalarda, tarihsel ve filolojik yöntem kullanılmıştır. Sonunda, Corpus Juris Civilis’in klâsik hukuk metinlerinin bozulmuş biçimlerini ihtiva ettiği ortaya konulmuştur. Böylece, Corpus Juris Civilis’in Glossator’lar ve Commentator’larca benimsenen dogmatik otoritesi ortadan kaldırılmıştır.²⁵

1.2.3. Tabîî (Doğal) Hukuk Ekolü

Corpus Juris Civilis’in tedvinini (kanunlaştırmasını, sistemleştirmesini) izleyen serhçilik ve tefsircilik aşamalarında, Dogmatik Hukuk Ekolü, hukukun kaynağını, irâdî ve düsturcu yönüyle ele alıyorlardı. Hümanist Hukuk Ekolü ile Corpus Juris Civilis’in kaynakları ortaya çıkarılırken, kanun yapımındaki keyfilığe de tanık olunmuştur.²⁶

¹⁹ Karadeniz-Çelebican, s. 75, 88-89.

²⁰ Koschaker, s. 35-37; Karadeniz-Çelebican, s. 77-78.

²¹ Karadeniz-Çelebican, s. 79-80.

²² Güler, s. 114.

²³ Karadeniz-Çelebican, s. 75.

²⁴ Karadeniz-Çelebican, s. 80.

²⁵ Karadeniz-Çelebican, s. 80-81.

²⁶ Topçuoğlu, s. V-VI; Orhan Münir Çağıl, “Hukuk Felsefesinde Tabîî Hukuk”, Tahir Taner’e Armağan, İstanbul 1956, s. 229-230 (Bundan böyle, “Çağıl, Tabîî Hukuk” şeklinde geçecektir); Çağıl, Hukuk Bilimine Giriş, s. 401-402; Ali Bardakoğlu, “Tabîî Hukuk Düşüncesi Açısından İslâm Hukukçularının İstihsan ve Istilâh Görüşü”,

Kanunların bu keyfiliği karşısında, düşünürler, kökünü insanın özel yaratılışından alan bir “Tabîî (Yaratılışla İlgili) Hukuk”un var olduğunu ileri sürmüşlerdir.²⁷

Bu şekilde, bu kimseler, insandaki ölçmeye, değerlendirmeye, kurallaştırmaya ve düzen bilincine, diğer bir anlatımla adalet idesi²⁸ne dayanan, pozitif hukukun dışında ve üstünde bir hukuk biçimlendirmeye yönelmişlerdir. Bu yönelişleri ile elde edilen hukuku, yasaların belirlenmesinde bir kıtas yapmışlardır.²⁹ İşte, Avrupa’da XVII. ve XVIII. yüzyıllarda bu düşüncüyü savunan Tabîî Hukuk adı verilen, yeni bir ekol doğmuştur.³⁰ Böylece, Doğal Hukuk, kendisini, mevcut pozitif hukuk düzeninin, yani Roma Hukuku’nun üstünde sayarak, bu düzenin düzeltilmesi, değiştirilmesi ve geliştirilmesi işlevini üstlenmiştir.³¹

1.2.4. Tarihçi Hukuk Ekolü

Doğal Hukuk Ekolü’nün hukuku, kanun koyucunun adalet idesini somutlaştırma faaliyeti saymasına, XIX. yüzyılda, hukukun, halkın ruhundan (bilincinden: folksgayst, ya da volksgeist’ten) doğup oluştuğu düşüncesi ile karşı çıkmıştır.³² Doğal Hukuk Ekolü’ne, karşı çıkan bu ekol, XVIII. yüzyıl sonlarında ve XIX. yüzyıl başlarında gelişen Tarihsel Hukuk Ekolü olmaktadır.³³ Bu ekole göre, her ulusun ruhundan doğan kendine özgü bir hukukunun varlığı ileri sürülmektedir. Dolayısıyla, bu anlayış gereği, Avrupa’da Roma Hukuku, yeniden canlanmıştır.³⁴

1.2.5. Pozitivist Hukuk Ekolü

Pozitivist Hukuk Ekolü, XIX. yüzyılın ikinci yarısı ile XX. yüzyılda egemen olan modern düşüncenin bir ürünüdür. Modern düşünce, nesne ve olguyla doğrulanmayan şeyleri kabul etmemektedir. Bu bakımdan, hukuk alanında, hukuku akılın yarattığını kabul eden Tabîî Hukuk Ekolü ile, hukukun halk ruhundan doğduğunu ileri süren Tarihçi Hukuk Ekolü’ne karşı çıkmaktadır.³⁵

Erciyes Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Sayı: 3, Kayseri 1986, s. 120 (Bundan böyle, “Bardakoğlu, Tabîî Hukuk Düşüncesi, İstahsan ve İstislâh” şeklinde geçecektir).

²⁷ Topçuoğlu, s. VI; Özbilgen, Hukuk Başlangıcı, s. 216.

²⁸ Güriz, s. 155; Aral, Hukuk Felsefesi, s. 199.

²⁹ Çağıl, Tabîî Hukuk, s. 230-234; Çağıl, Hukuk Bilimine Giriş, s. 402-403; Bardakoğlu, “Tabîî Hukuk Düşüncesi, İstahsan ve İstislâh “, s. 120.

³⁰ Karadeniz-Çelebican, s. 83.

³¹ Karadeniz-Çelebican, s. 84; Aral, Hukuk Felsefesi, s. 197; Âdil İzveren, Hukuk Felsefesi, Ankara 1988, s. 40-41 (Bundan böyle, “İzveren” şeklinde geçecektir).

³² Karadeniz-Çelebican, s. 86.

³³ Karadeniz-Çelebican, s. 85.

³⁴ Karadeniz-Çelebican, s. 85-86; Özbilgen, Hukuk Başlangıcı, s. 129-144; Güriz, s. 229-230; Öktem, s. 261-262.

³⁵ Selâhattin Keyman, Hukuka Giriş ve Metodoloji, Ankara 1981, s. 16, 17, 27, 32 (Bundan böyle, “Keyman” şeklinde geçecektir).

Pozitivist Hukuk Ekolü'ne göre, gerçekliğe sahip tek hukuk, siyasal bakımdan üstün olanlar tarafından, siyasal bakımdan daha aşağı düzeyde olanlara hitap etmek üzere konulan hukuktur; yani pozitif hukuktur;³⁶ diğer bir anlatımla, devlet tarafından konulan kurallardır.³⁷

Bu bakımdan, Hukuk Bilimi'nin konusu, yasa koyucunun iradesine yol gösteren ölçülerin tartışmasına girmek yerine, yasa koyucunun iradesini incelemek olmalıdır. Bu yüzden, yürürlükteki hukuk, biçimsel ve mantıksal olarak açıklanmalı; yasama teknikleri geliştirilmeli; temel hukukî kavramlar ile normların anlamları belirtilmelidir. Bunlar da, hukuk biliminin, dogmatik ve biçimci olması gerektirdiğini göstermektedir.³⁸

1.2.6. Sosyolojik Hukuk Ekolü

Sosyolojik Hukuk Ekolü, temelde keyfi anlayışları reddetmektedir. Bu bakımdan, hukuku, özgürlük, adalet, kişilik ve mülkiyet gibi uygulamaya göre içleri keyfi doldurulan kavramlarla belirleyen Tabîî (Doğal) Hukuk Ekolü ile, hukuku, yasa koyucunun, dolayısıyla devletin iradesiyle özdeş sayan Pozitif Hukuk Ekolü'ne karşı çıkmaktadır.³⁹

Sosyolojik Hukuk Ekolü'ne göre, hukukun aslî kaynağı, *toplumsal düzen* olmaktadır.⁴⁰ Toplumsal düzen, toplumsal *kurumlardan*⁴¹; toplumsal kurumlar da, toplum üyelerinin düzenli davranışlarından meydana gelmektedir.⁴² Dolayısıyla *hukuk kuralları*, hukukî kurumun varlık kazanmasından sonra konulan hükümler olmaktadır.⁴³ Bu bakımdan, Sosyolojik Hukuk Ekolü, günlük hukukî sorunları, kavramcı ve biçimci mantık ve yorum yöntemleri ile değil de, hukukun toplumsal amaçlarını ve toplumun değer yargılarını göz önünde tutan bir yaklaşımla ele almaktadır.⁴⁴

2. Örnekler ile Ebû Hanîfe'de Fiilen Yürürlükteki (Pozitif) İslâm Hukuku

Batı Hukuku ve ekolleri'nin bu özlü tanıtımından sonra, şimdi, Ebû Hanîfe'ye göre fiilen yürürlükteki (pozitif) İslâm Hukuku, kendisine ait açıklama ve uygulama örneklerine başvurularak belirlenecek ve bu belirlemeye dayanarak, Batı Hukuku'ndaki yeri açıklanacaktır.

³⁶ Keyman, s. 19-20.

³⁷ Keyman, s. 29.

³⁸ Keyman, s. 25, 32.

³⁹ Keyman, s. 95-96; Özbilgen, Hukuk Başlangıcı, s. 121.

⁴⁰ Keyman, s. 115, 118.

⁴¹ Keyman, s. 118-119; Duguít, s. 13.

⁴² Keyman, s. 114; Duguít, s. 12.

⁴³ Keyman, s. 119.

⁴⁴ Keyman, s. 91, 133-134; Tark Özbilgen, Eleştirel Hukuk Sosyolojisi Dersleri, I, İstanbul 1971, s. 11-12, 16-19, 54 (Bundan böyle, "Özbilgen, Hukuk Sosyolojisi" şeklinde geçecektir); Duguít, s. 20; Güriz, s. 61, 328-329.

Bilindiği gibi, fiilen yürürlükteki hukukun belirlenmesi, önce bu hukukun var olup olmadığının, sonra da bu hukukun nasıl kullanıldığının ortaya konulmasını gerektirmektedir. Bunlardan birinci, “yürürlük”, ikincisi de “uygulama ve yorum” sorununu biçimlemektedir.⁴⁵ Bu bakımdan, “Ebû Hanîfe’ye Göre Fiilen Yürürlükteki (Pozitif) İslâm Hukuku”nun belirlenmesi için, önce Ebû Hanîfe’nin, İslâm Hukuku’nun yürürlüğü ile ilgili açıklama ve uygulama örneklerini, Batı Hukuk Sistemi ekolleri içinde değerlendirip, sonra İslâm Hukuk Kuralları’nı uygulama ve yorumlamasındaki örneklerle hukukî düşüncesine denk düşen Batı Hukuk Sistemi Ekolü’nün açıklanması yapılacaktır.

2.1. Örnekleri ile Ebû Hanîfe’de İslâm Hukuku’nun Yürürlüğü

Yürürlük, hukukun var olup olmadığının belirlenmesi demektir. Bunun için, önce, hukukun kaynaklarının, sonra da, yer ve zaman bakımından uygulanmasının bilinmesi gerekmektedir.⁴⁶ Bu bakımdan, Ebû Hanîfe’de İslâm Hukuku’nun yürürlüğü’nü ortaya koyarken, önce Ebû Hanîfe’de İslâm Hukuku’nun kaynakları ile ilgili açıklama ve uygulama örneklerini ve bunların Batı Hukuk Sistemi Ekolleri içindeki yeri, sonra da Ebû Hanîfe’de İslâm Hukuk kurallarının yer ve zaman bakımından uygulanmasına ait örnekler ve bunları karşılayan Batı Hukuk Sistemi Ekolü açıklanacaktır:

2.1.1. Ebû Hanîfe’de İslâm Hukuku’nun Kaynakları

Hukukun kaynağı⁴⁷ denildiğinde, yürürlükteki (pozitif) hukuku oluşturan çeşitli hukuk kuralları anlaşılmaktadır. Bu çeşitli hukuk kuralları, yazılı (kanun, yasa), yazılı olmayan (teamül, gelenek, örf ve âdet) ve yardımcı (yargı içtihatları ve doktrin) olarak sıralanmaktadır.⁴⁸ Bunlardan, yazılı ve yazılı olmayanlar bağlayıcıyken⁴⁹ yardımcı olanlardan, yargı içtihatları bazen bağlayıcı ve bazen de bağlayıcı değildir.⁵⁰ Doktrin ise bağlayıcı olmamaktadır.⁵¹ Hukukun kaynakları arasında, yazılıdan yazılı olmayana doğru, bağlayıcılık bakımından bir hiyerarşi (kademelenme) görülmektedir.

Ebû Hanîfe’de İslâm Hukuku’nun kaynaklarını belirlemek için, işe, hukuk kuralının toplumda ortaya çıkması, gelişmesi ve meriyetinde önemli bir özelliği olan “itaat edilme

⁴⁵ Özbilgen, Hukuk Başlangıcı, s. 361.

⁴⁶ Geniş bilgi için bakınız: Özbilgen, Hukuk Başlangıcı, s. 361-415.

⁴⁷ Hukukun kaynağı söz konusu olunca, “hukukun kaynağı (menba)” ve “hukukun çıktığı yer (menşe)” kavramlarına kısaca değinmek gerekecektir. Bunlardan “hukukun çıktığı yer” sosyal gereksinimler ve etik değerlerdir. “Hukukun kaynağı” da, bu gereksinim ve değerlerin varlıklarını yüzeye çıkaran araçlardır. Bu bakımdan, hukukun kaynakları biçimsel (formel) dir (Özbilgen, Hukuk Başlangıcı, s. 361-362).

⁴⁸ Çağıl, Hukuk Bilimine Giriş, s. 94; Gözübüyük, s. 33-47; İbrahim Arslan, “Hukuk Kurallarının Uygulanması”, Hukuk Bilimine Giriş, Üçüncü Baskı, Konya 1997, s. 27-28 (Bundan böyle, “Arslan” şeklinde geçecektir).

⁴⁹ Gözübüyük, s. 33.

⁵⁰ Gözübüyük, s. 46.

⁵¹ Gözübüyük, s. 47.

(boyun eğilme)”⁵² özelliğinden başlanacaktır. Böylece, Ebû Hanîfe’ye göre hukuk kuralını, dolayısıyla hukukun kaynaklarını belirlemek mümkün olacaktır.

Ebû Hanîfe itaatin, ‘Osmân el-Bettî’ye yazdığı *Risâle*’de, “farzlar...”^{a53} olacağını açıklamaktadır. Buna göre, farzlar itaat edilen özelliğini taşımaktadırlar. *Kitâbu Vasiyyeti’l-İmâm Ebî Hanîfe*’de de, Ebû Hanîfe, bu farzların “Allah’ın emirleri...”⁵⁴ olduğunu bildirmektedir. Bunlardan, *Ebû Hanîfe’ye göre hukuk kurallarının Allah’ın emirleri olduğu* ortaya çıkmaktadır.

Bu emirlerin somutlaşıp toplandığı yerler hukukun kaynakları olunca, Ebû Hanîfe, İslâm Hukuku’nun kaynaklarını şöyle açıklamaktadır: “Yüce Allah’ın Kitâbı’nda ve Resûlü (Allah’ın salâtı ve selâmı üzerine olsun)’nın sünneti’nde emir bulursam, ona tâbi olurum (onu alırım, onunla çözümlerim) ve ondan ayrılmam (onu terketmem), sahabe ayrılığa düştüğünde onların görüşlerinden seçerim. Sahâbeden sonrasından gelirse, alırım ve bırakırım.”⁵⁵

Bu ve benzeri rivâyetlerden,⁵⁶ *Ebû Hanîfe’de hukukun kaynaklarının*, *Kitab, sünnet ve sahabe görüşü* olduğu anlaşılmaktadır.⁵⁷ Yine, bu rivâyetlerde, Ebû Hanîfe’nin kaynaklara öncelik ve sonralık sırası verdiği görülmektedir. Bu onun, **kaynaklar hiyerarşisi düşüncesine sahip** olduğunu açıklamaktadır.⁵⁸

Ebû Hanîfe, *Kitab*’ı şöyle tanımlamaktadır: “Kur’ân, mushaflarda yazılmış, kalblerde hıfzedilmiş, dillerde okunmuş ve Nebî aleyhi’s-salât ve’s-selâm’a indirilmiş Allah kelâmıdır.”⁵⁹ *Sünneti* de şöyle tanımlamaktadır: “... Allah’ın Nebîsinin, bütün emirlerde, Allah’a uygunluk içinde olduğuna şahitlik ederiz. O, yeniden bir şey koymadı. Allah’ın dediğinin dışında Allah’a bir söz iftira etmedi. Hiç iki yüzlü de olmadı. Bunun için, Allah şöyle buyurmuştur: ‘Kim

⁵² Orhan Münir Çağlı, *Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş*, Dördüncü Tabı, İstanbul 1971, s. 87-90 (Bundan böyle, “Çağlı, *Hukuk İlmine Giriş*” şeklinde geçecektir.); Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, Dördüncü Bası, Üçdal Neşriyat, İstanbul 1983, s. 89-91 (Bundan böyle, “Aral, *Hukuk Bilimi*” şeklinde geçecektir.); Atay, s. 36.

⁵³ Ebû Hanîfe, *Risâletü Ebî Hanîfe ilâ ‘Usmân el-Bettî Âlimi Ehli’l-Basra(h)* (thk. Muhammed Zâhid el-Kevserî), Mısır 1368 h./1949 m., nşr. Mustafa Öz (İmâm-ı A’zam’ın Beş Eseri, İstanbul 1992), s. 80 (Bundan böyle, “er-Risâle” şeklinde geçecektir).

⁵⁴ Ebû Hanîfe, *Kitâbu Vasiyyeti’l-İmâm Ebî Hanîfe*, Tahkik: Muhammed Zâhid el-Kevserî, Mısır 1368 h./1949 m., nşr. Mustafa Öz (İmâm-ı Azamın Beş Eseri, İstanbul 1992), s. 88 (Bundan böyle, “Vasiyyet” şeklinde geçecektir).

⁵⁵ el-Muvaffâk b. Ahmed el-Mekkî (ö. 568 h./ 1172 m.), *Menâkıbu Ebî Hanîfe*, Dâru’l-Kitâbî’l-Arabî, Beyrût 1981, s. 73-74 (Bundan böyle, “el-Mekkî” şeklinde geçecektir). Aynı içerikteki diğer bir rivayet için bakınız: el-Mekkî, s. 80.

⁵⁶ Benzer rivâyet için bakınız: Abdulvehâb b. Ahmed b. Ali eş-Şa’rânî (ö. 973 h./1565 m.), *el-Mizânû’l-Kübrâ*, el-Cüz’ü’l-Evvel, el-Kâhire 1306 h., s. 56 (Bundan böyle, “eş-Şa’rânî” şeklinde geçecektir.).

⁵⁷ Benzer görüş için bakınız: H. Yunus Apaydın, “Bir Muhafazakar Reycilik Teorisi: Ebû Hanîfe”, *İslâmî Araştırmalar Dergisi*, XV, Sayı: 1-2 (Ebû Hanîfe Özel Sayısı), Yıl: 2002, Ankara s. 145 (1. Sütun) (Bundan böyle, “Apaydın” şeklinde geçecektir.) Ebû Hanîfe’ye göre hukukun kaynaklarına ilişkin söylenen sözler hakkında toplu ve geniş bilgi için bakınız: Ali Pekcan, “İmam Ebû Hanîfe’nin Fikhî Metodolojisi”, *İslâmî Araştırmalar Dergisi*, XV, Sayı: 1-2 (Ebû Hanîfe Özel Sayısı), Yıl: 2002, Ankara s. 131-142.

⁵⁸ Benzer belirleme için bakınız: Apaydın, s. 145 (2. Sütun).

⁵⁹ Ebû Hanîfe, *el-Fıkhû’l-ekber* (thk. Muhammed Zâhid el-Kevserî), Mısır 1368 h./1949 m., nşr. Mustafa Öz (İmâm-ı A’zam’ın Beş Eseri, İstanbul 1992), s. 70-71, 76 (Bundan böyle, “el-Fıkhû’l-ekber” şeklinde geçecektir).

*Resûle itaat ederse, Allah'a itaat etmiş olur.*⁶⁰”⁶¹ Sahabe'yi ise, el-Belhî (ö. 199 h./ 814 m.)'nin sorusunu cevaplarken şöyle tanımlamaktadır: “*Resûlullah, sallallahu aleyhi ve sellem'in ashâbından hiçbiri ile ilgini kesmemen, birini sevip diğerini sevmemezlilik etmemen...*”⁶² Ayrıca *el-Fıkhu'l-ekber*'de de şöyle açıklamaktadır: “*Resûlullah'ın ashâbından birini sadece hayırla anarız.*”⁶³

Ebû Hanîfe'nin, İslâm Hukuku'nun kaynaklarına ait bu tanımlamalarından, Kur'ân'ın, İslâm Hukuku'nun yazılı hukuk kaynağını; sünnet ve sahabe kavlinin ise, İslâm Hukuku'nun yazılı olmayan teamülî hukuk kaynağını oluşturduğu anlaşılmaktadır. sünnet ve sahabe kavlinin, İslâm Hukuku'nun teamülî hukuk kaynakları olarak değerlendirilmesi, es-Serâhsî (ö. 483 h. / 1090 m.)'nin, Hanefîler'e göre sünnetin hukukî anlamını, Hz. Peygamber ve kendisinden sonra sahâbesinin tuttuğu yol olarak bildirmesi⁶⁴ de desteklemektedir.

Ebû Hanîfe'nin kaynakların bağlayıcılıklarını, dolayısıyla ondaki kaynak hiyerarşisi düşüncesini şu rivâyet açıklamaktadır: “*Kimse, Allah'ın Kitâb'ı, Resûlullah'ın sünneti ve Resûlullah ashâbının üzerinde birleştiği konu karşısında bir görüş ileri sürme yetkisi yoktur...*”⁶⁵ Ebû Hanîfe'nin kaynak hiyerarşisi düşüncesinin uygulamasına gelince, **Kur'ân karşısındaki yetkisizliğe** şu örnek gösterilebilir: Medine'de, Ebû Hanîfe'nin, Hz. Ali'nin torunu İmâm Muhammed Bâkır (ö. 117 h./732 m.) ile konuşmalarında : “*Kadın mı zayıftır, yoksa erkek mi? – Kadın zayıftır. Kadının hissesi mirasta yarım, erkeğinki ise tamdır. Ben (Ebû Hanîfe) sırf kıyas ile hareket etmiş olsaydım, zayıfı korur; onun mirastaki payını arttırdırdım. Namaz mı üstündür, yoksa oruç mu? – Namaz üstündür. Ben (Ebû Hanîfe), eğer kıyas ile konuşmuş olsaydım, bu üstünlüğü üzerine, kadının hayızlı zamanlarında kılmadıkları namazların edâ edilmesini isterdim...*”⁶⁶ Sünnet karşısındaki yetkisizliğe de, şu örnek verilebilir: “*Ebû Hanîfe, bir kimse diğeri aleyhine dava açıp, delil getirirse, davacıya, şahitlerin yanı sıra ayrıca yemini gerekli görmezdi. O, Hz. Peygamber'in, 'Yemin davalıya, delil davacıya gerekir' hadisine göre, hareket etmekteydi. İbn Ebû Leylâ*

⁶⁰ en-Nisâ' 4/80.

⁶¹ Ebû Mukatil Hafs b. Selm es-Semerkindî (ö. 208 h./823 m.), Ebû Hanîfe'den Rivâyet: el-Âlim ve'l-müteallim (thk. Muhammed Zâhid el-Kevserî), Mısır 1368 h./1949 m., nşr. Mustafa Öz (İmâm-ı A'zam'ın Beş Eseri, İstanbul 1992), s. 33 (Bundan böyle, “el-Âlim ve'l-müteallim” şeklinde geçecektir.); ayrıca bakınız: el-Âlim ve'l-müteallim, s. 28.

⁶² Ebû Mutî'î'l-Hakem b. Abdillâh el-Belhî (ö. 199 h./ 814 m.), Ebû Hanîfe'den Rivâyet: el-Fıkhu'l-ebser (thk. Muhammed Zâhid el-Kevserî), Mısır 1368 h./1949 m., nşr. Mustafa Öz (İmâm-ı A'zam'ın Beş Eseri, İstanbul 1992), s. 44 (Bundan böyle, “el-Fıkhu'l-ebser” şeklinde geçecektir).

⁶³ el-Fıkhu'l-ekber, s. 73,

⁶⁴ Ebû Bekir Muhammed b. Ahmed es-Serahsî (ö. 483 h./ 1090 m.), Usûlu's-Serahsî, el-Cüz'u'l-Evvel (thk. Ebû'l-Vefâ el-Afgânî), Dâru'l-Kahramân, İstanbul 1984, s. 113 (Bundan böyle, “es-Serahsî, Usûl” şeklinde geçecektir). Ayrıca bakınız: Yunus Vehbi Yavuz, Hanefî Mezhebinde İçtihat Felsefesi, İstanbul 1993, s. 124, 261 (Bundan böyle, “Yavuz” şeklinde geçecektir).

⁶⁵ Ebû'l-Abbâs Şihâbuddîn Ahmed b. Muhammed b. Muhammed b. Ali b. Hacer el-Heysemî (ö. 974 h./1567 m.), el-Hayrâtü'l-hisân fî menâkibi'l-İmâmî'l-Âzâm Ebî Hanîfeti'n-Nu'mân (thk. Halil Meys), et-tab'atu'l-ulâ, Beyrût 1983, s. 41-42.

⁶⁶ el-Mekkî, s. 143.

[ö. 148 h./ 765 m.] ise, davacıya şahitlerle beraber yemini gerekli görüyordu. Buna Ebû Hanîfe şu sözleriyle karşı çıkmıştır: ‘Resûlullah’ın davacı üzerine koymadığı bir yükümlülüğü biz koyamayız. Yemin yükümlülüğünü de, Resûlullah’ın koyduğu yerden başka bir yere değiştiremeyiz.”⁶⁷ *Sahâbe Görüşü karşısındaki yetkisizliğe* ise, “Bir adam, Ebû Hanîfe’ye bir mesele soruyor; o da, cevap veriyordu. Adam, bu konuda Hasen el-Basrî şöyle, Abdullah b. Mes’ûd da şöyle söylüyor dedi. Bunun üzerine, Ebû Hanîfe, ‘Hasan yanılmış, İbn Mes’ûd ise isabet etmiştir’ diye cevap verdi.”⁶⁸

Buraya kadar sıralanan bilgiler, Batı Hukuk Ekolleri içinde değerlendirilecek olursa, Ebû Hanîfe’nin, hukuk kurallarını Allah’ın emirleri sayması ve onlara Kur’ân, sünnet ve sahabe kavli formları (biçimleri) içinde yürürlük vermesi ile Pozitivist Hukuk Ekolü içinde bulunmaktadır. Ayrıca, Ebû Hanîfe hukukun kaynakları’nı, Kitab, sünnet ve sahabe görüşü şeklinde bağlayıcılıklarına göre sıralarken, sahabe görüşü’nün sünnet’e, sünnet’in Kur’ân’a uygun olması ile yürürlük kazanması düşüncesine, yani kaynaklar hiyerarşisi düşüncesine sahip olması ile, diğer bir anlatımla, formel yürürlükteki⁶⁹ bu kaynakları sistematik yürürlükle⁷⁰ bütünlmesi ile, onun, Pozitivist Hukuk Ekolü içinde Normativistler⁷¹ arasında yer aldığını göstermektedir.

2.1.2. Ebû Hanîfe’de Hukuk Kuralının Yer ve Zaman Bakımından Uygulanması

Bu şekilde, Ebû Hanîfe’de İslâm Hukuku’nun kaynakları belirlendikten sonra, artık, yürürlüğün ikinci sorunu olan Ebû Hanîfe’de İslâm hukuk kurallarının yer ve zaman bakımından uygulanmasına ait örneklerin ve bunlara denk düşen Batı Hukuk Sistemi Ekolü’nün bilinmesine girişilebilir.

Ebû Hanîfe, *hukuk kuralının nerede geçerli olacağını* şöyle bildirmektedir: “Bir Müslüman, düşman toprağına izinle girse ve onlara bir dirhemi iki dirheme satsa, bunda bir sakınca yoktur; çünkü, Müslümanların hukuku, düşman toprağında yaşayanlar üzerinde geçerli (mer’î) değildir.”⁷² Bu ve benzeri rivâyetlerde,⁷³ hukuk kuralının uygulaması, coğrafi bölgeyle sınırlı olmaktadır. Böylece, Ebû Hanîfe’nin hukuk kuralının uygulamasında “*hukuk kurallarının yerelliği*”⁷⁴ anlayışına sahip olduğu görülmektedir.

⁶⁷ Ebû Yûsuf Ya’kûb b. İbrâhîm el-Ensârî (ö. 182 h./798 m.), ihtilâfu Ebî Hanîfe ve İbn Ebî Leyla, Mısır 1357 h., s. 16-17.

⁶⁸ İbn Abdilberr en-Nemerî (ö. 463 h./1070 m.), el-İntikâ’ fî fezâ’ili’l-eimmeti’s-selâseti’l-Fukahâ (nşr. Abdulfettâh Ebû Gudde), et-tab’atu’l-ulâ, Beyrût 1997, s. 209.

⁶⁹ Formel (Biçimsel) yürürlük hakkında geniş bilgi için bakınız: Özbilgen, Hukuk Başlangıcı, s. 371-372.

⁷⁰ Sistematik yürürlük hakkında geniş bilgi için bakınız: Özbilgen, Hukuk Başlangıcı, s. 372-375.

⁷¹ Normativistler hakkında geniş bilgi için bakınız: Güler, s. 118, 124, 128, 129.

⁷² Ebû Yûsuf Ya’kûb b. İbrâhîm el-Ensârî (ö. 182 h./798 m.), er-Reddu ‘alâ Siyeri’l-Evzâi, (Tashîh ve Ta’lik: Ebû’l-Vefâ el-Efğânî), Dâru’l-Kutubî’l-İlmiyye, Beyrût, ts, s. 96 (Bundan böyle, “Ebû Yûsuf” şeklinde geçecektir).

⁷³ Düşman toprağında Müslüman askere hadd uygulanmamasına ait rivâyet için bakınız: Ebû Yûsuf, s. 80.

⁷⁴ Hukuk kurallarının yerelliği hakkında geniş bilgi için bakınız: Bilge, s. 141; Gözübüyük, s. 56; İmre, s. 126; Arslan, s. 74-75.

Ebû Hanîfe'nin “Dâru'l-İslâm'da (İslâm topraklarında) zina, ya .da hırsızlık yapan muste'mene hadd (ceza) uygulanmayıp, hırsızlığı (çalmayı) ödemesi gerektiği” fetvâ-sında⁷⁵ “onlara hadd uygulanmaz” sözünün Ebû Yûsuf'ca: “... Hukuk kuralı onlar için geçerli değildir...”⁷⁶ şeklinde açıklanması, hukuk kuralının coğrafi bölge sınırları dışındaki vatandaşta uygulanmasında, Ebû Hanîfe'nin “*hukuk kuralının şahsîliği*”⁷⁷ düşüncesine bağlı kaldığı anlaşılmaktadır.

Hukuk kuralının uygulamasında bir diğer sorun, yazılı hukuk kuralları için söz konusu olup, yazılı olmayan hukuk kuralları için geçerliliği bulunmayan, *hangi zaman parçası içinde uygulanabileceği* sorunudur. Bunun için, Ebû Hanîfe'nin kendisinin yapmış olduğu şu açıklaması yardım eder niteliktedir: “*Emir ve Nehide [hukuk kurallarında] nâsih (ibtal eden, lağveden, boş ve hükümsüz bırakan) ve mensûh (ibtal edilmiş, lağvedilmiş, hükümsüz bırakılmış) vardır.*”⁷⁸ Burada görüldüğü gibi, Ebû Hanîfe'nin nassda “*nâsih ve mensûh*” anlayışı vardır. Bu anlayış, şu örnek ile uygulamada kendini göstermektedir: el-Bakara 2/180'inci ana-baba ve akrabaya vasiyet âyeti, yine en-Nisâ' 4/12'inci mîrâs âyeti ile ortadan kaldırılmış ve işte bu kabul ile Ebû Hanîfe, “*vasiyetin altında bir*” olacağını belirtmiştir.⁷⁹ Bu şekilde Ebû Hanîfe, yazılı hukuk kuralının süresinin açıklanmasının yasa koyucuya ait olduğu düşüncesindedir.⁸⁰

Ebû Hanîfe'de İslâm hukuk kurallarının yer ve zaman bakımından uygulanmasına ait bu açıklamalar ve örneklendirmelerden sonra, bunlara denk düşen Batı Hukuk Sistemi Ekolü'nü belirlemeye gelince, Ebû Hanîfe'nin, İslâm hukuk kuralını yer bakımından uygularken, hukukun düşman toprağında uygulanmaması, Pozitivist Hukuk Ekolü'nün hukuk kuralının uygulanabilirliğinin zorlayıcılık koşuluna dayandırması ve onu da, devlet otoritesine bağlama anlayışına⁸¹ uygun düşmektedir. Aynı şekilde, Ebû Hanîfe'nin, İslâm hukuk kuralını zaman bakımından uygularken, sahip olduğu “*nâsih ve mensûh*” anlayışında, “*Bir şey, konduğu biçimde kabullenilmelidir; kimin yanından konmuşsa, ancak yine onun yanından değiştirilebilir*”⁸² şeklindeki hukukun dokunulmazlığı düşüncesinin varlığı, Pozitivist Hukuk Ekolü ile aynılık göstermektir. Bütün bunlar da, *Ebû Hanîfe'de İslâm hukuk kurallarının yer ve zaman bakımından uygulanmasında yerinin Pozitivist Hukuk Ekolü içinde olduğunu* açıklamaktadır.

⁷⁵ Ebû Yûsuf, s. 94.

⁷⁶ Ebû Yûsuf, s. 95.

⁷⁷ Hukuk kuralının şahsîliği hakkında geniş bilgi için bakınız: Bilge, 141; Gözübüyük, s. 56; İmre, s. 126; Arslan, s. 75. Bu uygulamalarda, “yersellik ilkesi”nin kural, “şahsîlik ilkesi”nin de istisna olduğu kaydedilmektedir (Bilge, 142; Gözübüyük, s. 57; İmre, s. 126; Arslan, s. 75).

⁷⁸ el-Âlim ve'l-müteallim, s. 16. Benzer diğer bir rivâyet için bakınız: el-Mekkî, s. 80.

⁷⁹ Şemsu'd-Dîn es-Serahsî, Kitâbu'l-Mebûsât, el-Mucelledu'l-Evvel (el-Cüz'u's-sâbi ve'îşrûn), Dâru'l-Fikr, Beyrût 1989, s. 145 (Bundan böyle, “es-Serahsî, el-Mebûsât” şeklinde geçecektir).

⁸⁰ es-Serahsî, Usûl, II, 54.

⁸¹ Pozitif Hukuk Ekolü'nün ilkeleri hakkında geniş bilgi için bakınız: Niyazi Öktem, Hukuk Felsefesi (Ders Notları), İstanbul 1983, s. 269-273 (Bundan böyle, “Öktem” şeklinde geçecektir).

⁸² Özbilgen, Hukuk Başlangıcı, s. 73.

2.2. Örnekleri ile Ebû Hanîfe’de Hukuk Kuralının Uygulanması (Yorumlanması)

Hukukun amacına ulaşabilmesi için, hukuk kurallarının oluşturulması yanında, onun topluma yerleştirilmesi de gerekmektedir. Bu ise, hukuk kuralların en iyi şekilde uygulanması ile gerçekleşmektedir. Bu uygulama da, “nitelik”, “metin” ve “anlam” bakımından yapılmaktadır.⁸³ Bu tatbikâttan, anlam bakımından yapılanına “yorumlama” da denilmektedir.⁸⁴

2.2.1. Hukuk Kuralının Nitelik Bakımından Uygulanması⁸⁵

İslâm Hukuku’nda, ahkâm, farz, vâcib, haram, mekrûh, mubâh, helâl, sahîh, bâtil ve fâsîd gibi bir niteleme işi olmaktadır. Aynı şekilde, Ebû Hanîfe’de de ahkâmın, farz, vâcib, tenzihen mekrûh gibi niteleme olduğu görülmektedir. Bunu şu örnek açıklamaktadır: “Yûsuf b. Hâlid es-Semtî şöyle anlatmaktadır: Ebû Hanîfe’ye geldim ve şöyle sordum: Farz namazları kaç tanedir? Şöyle cevap verdi: Beştir. Sonra ‘vitir’i sordum. Şöyle dedi: vâcibdir... Bana bunda yol gösteren Ebû Hanîfe’ye Allah rahmet etsin ve ona hayırlar versin.”⁸⁶ Ayrıca, es-Serahsî’nin şu kaydı da, Ebû Hanîfe’de hükmün bir niteleme işi olduğuna bir başka örnektir: “Ebû Hanîfe’ye gelince, o, at cinsinin etini mekrûh kılıyordu. Kitâb’s-Sayd’daki açıklamada, tenzih bakımından kerâhetini [tenzihen mekrûh olduğunu] gösteriyordu.”⁸⁷

Bu nitelermeler ile, Ebû Hanîfe, Allah’ın emirleri ve nehiyelerinin, yani İslâm hukuk kurallarının bağlayıcılığı ve uygulanma sırasını belirlemektedir. Bu belirleme, hukuk kuralının yetki ve biçim esasına göre gerçekleştirildiğinden, Ebû Hanîfe, Pozitivist Hukuk Ekolü içinde yer almaktadır.

2.2.2. Hukuk Kuralının Metin (Nass) Bakımından Uygulanması⁸⁸

Bu, hukuk kuralının lafızıyla uygulanması demektir. Bunda, nass (yazılı hukuk kuralı) konulurken kullanılan sözcüğe ve dizilimine ait yalın anlam dikkate alınmaktadır. Ebû Hanîfe, hass, âmm ve müşterek kelimeler ile harflerden, hakikat ve sarîh kullanılmaları ile oluşan hukuk kuralının metnini (nassını), metin (nass) bakımından uygularken, bu

⁸³ Arslan, s. 51.

⁸⁴ Özbilgen, Hukuk Başlangıcı, s. 415.

⁸⁵ Günümüz hukukunda, hukuk kuralının nitelik bakımından uygulaması ile ilgili olarak bakınız: Arslan, s. 51. Ayrıca bakınız: Necip Bilge, Hukuk Başlangıcı Dersleri, 5. Basım, Ankara 1966, s. 56-57 (Bundan böyle, “Bilge” şeklinde geçecektir.); Gözübüyük, s. 54-55; Adnan Güriz, Hukuk Felsefesi, Dördüncü Bası, Ankara 1996, s. 120-127 (Bundan böyle, “Güriz” şeklinde geçecektir.).

⁸⁶ es-Serahsî, Usûl, I, 112.

⁸⁷ es-Serahsî, el-Mebsût, XI, 233.

⁸⁸ Günümüz hukukunda, hukuk kuralının metin (Pozitif Düzenleme) bakımından uygulanması için bakınız: Arslan, s. 56-57; Aral, s. 179-191; Zahit İmre, Medenî Hukuka Giriş [Temel Kavramlar, Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri ve Hakiki Şahıslar Hukuku], İkinci Bası, İstanbul 1976, s. 135 (Bundan böyle, “İmre” şeklinde geçecektir.).

uygulanması *Zâhir, Mufesser ve Muhkem*”⁸⁹ ile *Nass'ın İbâresi ile Sâbit Olan*”⁹⁰’ın uygulanması biçimlerinde görülmektedir.

Ebû Hanîfe’nin, hukuk kuralı metnindeki (nassdaki) hakikat kullanımlı **hâss** kelimenin zahir uygulanması için, şu örnek açıklayıcı olmaktadır: Ebû Hanîfe, 2 el-Bakara 230’uncu şu mealdeki: “*Bundan sonra kadını boşarsa, kadın başka biriyle evlenmedikçe bir daha kendisine helâl olmaz*” âyetinde, “*hattâ*”yı hass siğasında (kuruluşunda) kabul etmektedir. Bu yüzden, “*hattâ*”ya kelimenin kendisi için konulduğu “*ğâye*”, yani “*son*” veya “*bitiş*” anlamını vermektedir. Buna göre âyeti şöyle anlamaktadır: “*Kadını boşarsa, ondan sonra kadın kendisine helâl olmaz. Kendisinden başka bir erkekle nikâhlanıp, bu nikâhın bitmesi (son bulması) ile helâl olur*”. Ebû Hanîfe’nin boşandıktan sonra aynı kadınla tekrar evliliğin, o kadının başından ikinci bir nikâhın geçmesinden sonra gerçekleşebileceği fetvâsı, âyetteki, “*hattâ*” kelimesinin yapısını hass kuruluşunda görüp, böyle kelimelerin, konuldukları anlamla anlamlandırılmaları anlayışına sahip bulunmasındandır⁹¹. İşte bu, bir zahir uygulama, diğer bir anlatımla, hukuk kuralının lafzıyla uygulanması olmaktadır.

Ebû Hanîfe’nin, hukuk kuralını metin (nass) bakımından uygulanmasında, hakikat ve mecaz ile ilgili olarak şu açıklaması örnek gösterilebilir: “Bir kimse falanın oğullarına, veya falanın evlâtlarına vasiyet etse ve falanın kendi oğulları ve evlâtlarının oğulları varsa, bunda, oğullarının evlâtları bir şeye hak sahibi olmazlar. Çünkü söylenen sözde hakikat istenmiş olup, mecaz sözden uzak tutulmuştur.”⁹²

Ebû Hanîfe’nin, hukuk kuralını metin (nass) bakımından uygularken, harflerin uygulanması için de şu örnekler verilebilir: “Ebû Hanîfe’ye göre, ‘vav’ harfi ile gerçekleştirilen atıfta, tertip (dereceleme) anlamı üstün tutulmuştur. Buna göre, bir kimse eşine (karısına), onunla ilişkiye girişmeyerek şöyle dese: [Bu] eve girersen, sen boşsun ve boşsun ve boşsun. Sonra eş girse. Ebû Hanîfe’ye göre, eş bir defa boşanmıştır. Çünkü bu, ilkinin üzerinde ikincinin gerçekleşmesi şeklindeki bir sıralamadır. İkinci ve diğerlerinin gerçekleşmelerinde, sadece ilkinin ait açıklama tekrarlanmakta olup, herhangi bir sayı açıklaması bulunmamaktadır.”⁹³ Yine aynı şekilde, “Ebû Hanîfe’ye göre bir kimse eve girersen sen boşsun deyip boşsunu ‘fa’ harfini atıf yaparak arka arkaya iki kere kullansa, o da girse, bir kere boş sayılır. Çünkü ‘fa’ harfi ‘vav’dan eğreti alınmış olmakta ve o ikisinden birini diğerine mecaz olarak yakın kılmaktadır.”⁹⁴

Hukuk kuralının metin (nass) bakımından uygulanmasına ilişkin Ebû Hanîfe’ye ait bu örneklerde görüldüğü gibi, Ebû Hanîfe, yasa koyucunun kullandığı ifade ve vurgulardan hareket etmektedir. Bu şekilde mevcudu korumaktadır. Bu ise, Pozitivist Hukuk

⁸⁹ es-Serahsî, Usûl, I, 163 ve devamı. Karşılaştırınız: el-Bezdevî, I, 26; Abdülazîz, I, 26.

⁹⁰ es-Serahsî, Usûl, I, 236. Karşılaştırınız: el-Bezdevî, I, 27; Abdülaziz, I, 27.

⁹¹ es-Serahsî, Usûl, I, 130-131; es-Serahsî, el-Mebsût, VI, 9-10.

⁹² es-Serahsî, Usûl, I, 173.

⁹³ es-Serahsî, Usûl, I, 202-203.

⁹⁴ es-Serahsî, Usûl, I, 208.

Ekolü'nün uygulama biçimidir. Bu bakımdan, *Ebû Hanîfe, hukuk kuralının metin (nass) bakımından uygulanmasında Pozitivist Hukuk Ekolü ile aynılık göstermektedir.*

2.2.3. Hukuk Kuralının Anlam Bakımından Uygulanması ya da Yorumlanması

Hukuk kuralının anlam bakımından uygulanması, ya da yorumlanması, yasamanın ürünü hukuk kuralı metni (nass), uygulanırken, dil bilgisi kurallarınca yasamana göre anlaşılmadığında, metindeki kapalılığın giderilerek uygulanması olmaktadır⁹⁵. Ebû Hanîfe, hass, amm, müsterek kelimelerden hakikat ve sarîh kullanımları ile meydana gelen İslâm hukuk kuralı metnini (nassını), dile ait bilgilerle kavrayamadığında, metinde görülen bu kapalılığı, *nass, hafî, müşkil, mücmel* ve *mecaz, kinaye* ile *nassın işareti, nassın muktezası* uygulamalarıyla gidermektedir. Bu uygulamada söz, açık olmadığından anlamlandırılmasına gidilmekte ve bunda, söz sınırları içinde kalınmaktadır. Ebû Hanîfe'nin hukuk kuralını bu çeşit uygulaması şu örneklerde görülmektedir:

Ebû Hanîfe'nin *nass* uygulaması için, Hz. Peygamber'in "*Kim bir kuyu kazarsa, kuyunun etrafındaki 40 zir'a'lık alan onudur.*" sözündeki, kuyu etrafında hak kazanılan alanın 40 zir'a'lık ölçüsü ile gâzi'nin atına 1 pay verileceğini belirlemesi verilebilir. İşte bu ölçüler, hadislerin *nass* uygulaması ile elde edilmiştir.⁹⁶

Hafî uygulaması için de, Ebû Hanîfe'ye ait şu anlatımlar kaydedilmektedir: el-Mâide 5/38'inci şu mealdeki "*Erkek hırsızın ve kadın hırsızın, yaptıklarından ötürü Allah tarafından ibret verici bir ceza olarak ellerini kesin*" âyetindeki "*es-sârik: hırsız*" kapsamına, "*et-tarrâr: yankesici*" ve "*en-nebbâs: kefen soyucu*"nın girip girmeyeceği konusunda, görüş ayrılıkları söz konusu olunca Ebû Hanîfe şöyle demiştir: "*Nebbâş olarak isimlendirilme, hırsızlık anlamının kendisinde eksik olması nedeniyledir. Hırsızlıkta, koruma ve korunmanın varlığı ile beraber çalınma tehlikesi bildirilmektedir. Nebbâşta bu anlam yoktur; tam tersi, korumanın terki, boş bırakma anlamları vardır... et-Tarrâr'a gelince, bu ismin ona özel olması, suçta zekânın ve inceliğin fazlalığı nedeniyledir. Çünkü o, koruma kastı ile korumayı gerçekleştirmek isteyen kimsenin malını bir anda çalmaz. Hadlerde, hükmün geçişi tıpkısı için doğru olur. Hükmün bu geçişi de, evlâ yolu ile gerçekleşir. Örnek olarak, bu yolla sövme haram kılınmıştır. Bunda sövme, öf demeyi haram kılan *nassa* ortak edilmiştir.*"⁹⁷

Mücmel için örnek olarak şu âyet gösterilebilir: "[Allah] Ribâ'yı haram kıldı". Burada "ribâ" kelimesi mücmeldir. "Ribânın anlamı, beş âyet⁹⁸ ve Ebû Hanîfe'den nakledilen bir

⁹⁵ Özbilgen, Hukuk Başlangıcı, s. 416, 419, 421.

⁹⁶ es-Serahsî, el-Mebsût, XXIII, 161-162. Burada, söz konusu miktarların kıyasa göre değil, *nassın* bu miktarları açıklamak için gelmiş olduğu belirtilmektedir.

⁹⁷ es-Serahsî, Usûl, I, 167.

⁹⁸ Bu ayetler şunlardır: "Fâiz yiyenler mahşerde ancak şeytanın çarptığı kimsenin kalktığı gibi kalkarlar." (el-Bakara 2/275); "Allah, fâizi eksiltir." (el-Bakara 2/276); "...fâizden arta kalmış hesaptan vazgeçin, böyle yapmazsanız, bunun Allah'a ve Resûlü'ne karşı açılmış bir savaş olduğunu bilin." (el-Bakara 2/278-279); "...inanmışsanız, fâizden arta kalmış hesaptan vazgeçin." (el-Bakara 2/278) ve "Kim fâizciliğe dönerse, işte

hadis ile belirlenmeye çalışılmıştır.⁹⁹ İşte bu âyetler ve hadisten “ribâ”nın anlamının, “*Satışta şart koşulmuş karşılığı olmayan fazlalık*” olduğu anlaşılr.¹⁰⁰

Mecaz’ın uygulaması ile ilgili olarak Ebû Hanîfe şöyle demektedir: “Allah için Recep ayını oruç tutacağım dese ve niyet etse, bu yemin hem adak ve hem de yemindir. Adak için söz hakikat ve yemin için mecazdır.”¹⁰¹

Nassın işâreti için Ebû Hanîfe’den şu örneği aktarmak mümkündür: “Anneler çocuklarını, emzirmeyi tamamlatmak isteyen baba için, tam iki sene emzirirler. Anaların yiyecek ve giyeceğini uygun bir şekilde sağlamak, çocuk kendisinin olan babaya borçtur.”¹⁰² âyetinden Ebû Hanîfe, nassın işâreti uygulaması ile, kiralanan süt annesine, cinsi ve miktarı toplumun örfüne bağlı olarak yiyecek ve giyecek sağlanmasına cevâz vermiştir.¹⁰³

Ebû Hanîfe’nin *nassın muktezası* uygulamasına da şu anlatım örnek olmaktadır: “*Ebû Hanîfe, Muhammed ile birlikte... kabz olmaksızın hibe de mülk elde edilmez.*”¹⁰⁴ demektedirler. Burada, hibe metninde veya konuşmasında sözü edilmeyen kabzı, bu metin veya söze, nassın muktezası uygulaması ile koymaktadırlar.

Bu örneklerden, “mücmel” uygulamasında, Ebû Hanîfe, hukuk kuralı metninin kapalılığını, hukuk kurallarının bütünlüğü içinde diğer hukuk kuralı metinlerine göre anlamlandırmak yoluyla gidermektedir. *Günümüzde Sistematik Yorum*,¹⁰⁵ ya da *Kavramcı (Yapıcı) Yorumlama*¹⁰⁶ denilen bu uygulama ile Ebû Hanîfe Normativist’ler arasında yer almaktadır. Bununla birlikte, Ebû Hanîfe; hukuk kuralı metninin kapalılığını metindeki sözlerden ayrılmadan, Allah’ın iradesinin (emri ve nehyinin) ürünü olan hukuk kuralını, Allah’ın iradesine göre kavramak istemektedir. Bu yüzden o, hukuk kuralının sözünü bağlı kalmaktadır. *Bu bakımdan hukuk kuralının anlaşılması konusunda, günümüzde “literal”¹⁰⁷ (lafzî,¹⁰⁸ deyimsel¹⁰⁹) yorumlama” denilen uygulamayı gerçekleştirmektedir. Bu durumda, Ebû Hanîfe Pozitivist Hukuk Ekolü içinde bulunmaktadır.*

onlar cehennemliktir, onlar orada temelli kalacaklardır.”(el-Bakara 2/275). Hadise gelince o da şudur: “Altın altın ile eşit ölçüde ve peşin olarak satılır. Fazlası ribadır. Hurma, hurma ile eşit ölçüde ve peşin olarak satılır, fazlası ribadır. Buğday buğday ile eşit ölçüde ve peşin olarak satılır, fazlası ribadır. Tuz tuz ile eşit ölçüde ve peşin olarak satılır, fazlası ribadır. Arpa, arpa ile eşit ölçüde ve peşin olarak satılır, fazlası ribadır.” (es-Serahsî, el-Mebsût, XII, 110).

⁹⁹ es-Serahsî, el-Mebsût, XII, 109-110.

¹⁰⁰ es-Serahsî, el-Mebsût, XII, 109.

¹⁰¹ es-Serahsî, Usûl, I, 174.

¹⁰² el-Bakara 2/233.

¹⁰³ es-Serahsî, Usûl, I, 137 ve aynı sayfadaki dipnot 1. Ayrıca bakınız: es-Serahsî, el-Mebsût, XV, 119.

¹⁰⁴ es-Serahsî, Usûl, I, 249.

¹⁰⁵ Geniş bilgi için bakınız: Özbilgen, Hukuk Başlangıcı, s. 431-434.

¹⁰⁶ Geniş bilgi için bakınız: Güriz, s. 53-54; Arslan, s. 66-67; İmre, s. 148-150.

¹⁰⁷ Geniş bilgi için bakınız: Özbilgen, Hukuk Başlangıcı, s. 419-431.

¹⁰⁸ Geniş bilgi için bakınız: Bilge, s. 158; Özbilgen, Hukuk Başlangıcı, s. 420; Aral, Hukuk Bilimi, s. 192-194; İmre, s. 148-150; Arslan, s. 62.

¹⁰⁹ Geniş bilgi için bakınız: Gözübüyük, s. 63. Ayrıca bakınız: Arslan, s. 62.

Ebû Hanîfe'nin bu şekilde Pozitivist Hukuk Ekolü içinde Normativist ağırlıklı olarak yer alması yanında, sosyal koşullara da başvurmayı zararlı ve tehlikeli görmemektedir. Bu bağlamda “nass” uygulamasında, *Allah iradesinin nüzûlü aşamasındaki bilgilere göre anlamlandırma yapmakla günümüzde “tarihsel yorumlama”¹¹⁰ denilen uygulamayı gerçekleştirmekte ve böylece Ebû Hanîfe, Tarihsel Hukuk Ekolü içinde yer almaktadır.* Ayrıca “hafi” uygulamasında yapılan kelime (lafız, deyim) tanımlamaları, yine kelimenin “mecaz” kullanımları, aynı şekilde “nassın işaret” ve “nassın iktizâ” anlamlandırmaları, **toplumca belirlenmiş tanım, kullanın ve anlamlandırmalardır.** Bu bakımdan da, *Ebû Hanîfe'nin, Sosyolojik Hukuk Ekolü içinde yer aldığı görülmektedir.*

Hukuk kuralı metninin uygulamasında, söz açık olmadığına söz sınırları içindeki bir anlamlandırma ile hukuk kuralı anlam bakımından uygulanırken, söz bulunmadığı zamanda, hukuk kuralı sözün anlam sınırları içinde, yine anlam bakımından uygulanmaktadır. Bu durumda, hukuk kuralındaki sözün anlam sınırlarını, yani özünü, yine yasamana göre kavrayabilmek için, mantık kurallarına başvurulmaktadır. Ebû Hanîfe, bu kurallardan, “kıyas (analoji)” terimi ile adlandırdığı “bir kısım benzerlikten tüm benzerliğe”, ya da, “benzerlikten eşitliğe” kuralı ile “*delâletü'n-nâs* (evleviyet)” terimi ile adlandırdığı “çoğun içinde azın da mevcut olduğu” kuralını kullanmaktadır. Bu uygulamaları ile ilgili örnekler için de şunlar verilebilir:

Ebû Hanîfe'nin kıyasına bir örnek şudur: “Bir kimse 10 eflus borç alsın, sonra bu 10 eflus değer kaybetse, o kimse bu 10 eflusu, Ebû Hanîfe'nin kıyas ile elde ettiği görüşüne göre, sadece 10 eflus olarak öder.”¹¹¹ Bunun açıklamasını da şöyle yapmaktadır: “Ebû Hanîfe, o kimsenin zimmetinde vâcib olan eline aldığı (kazbettiği) fulûsların aynıdır. O kimse bu fulûsları aynı olarak teslim edebilmektedir. O halde, fulûsların kıymeti arttığında ve azaldığında, bir şey geri vermek o kimseye gerekli olmaz. Zaten, fulûsta borç alış-verişi, onun değer vasfı dolayısıyla değil, aynıyla bulunabilme vasfı dolayısıyla yapılabilmektedir.”¹¹²

Ebû Hanîfe'nin delâletü'n-nâs uygulamasına da bir örnek şu olmaktadır: “Hz. Peygamber'in “Kıyas ancak kılıçladır” sözü için Ebû Hanîfe şöyle demektedir: Kılıç kelimesinin kullanılması ile sözlükte belirlenmiş olan anlam, bünyeyi yaralamayla bozmak ve hem içte, hem dışta izi görülmek olmaktadır. Bu sonuç, sözü edilen anlamı, taş ve sopada olduğu gibi kendisinde bulundurmamalarda gerçekleşmez. Eğer başka bir alet ile, bu öldürmenin aynıysa gerçekleştirilirse, onunla kıyas yapma hükmü, nassın delâleti ile o alete ait olur. Burada bu hükmün belirlenmesinde, kıyas yolu kullanılmaz.”¹¹³

¹¹⁰ Geniş bilgi için bakınız: Bilge, s. 158-159; İmren, s. 150-151; Aral, Hukuk Bilimi, s. 194-196; Gözübüyük, s. 64; Arslan, s. 63.

¹¹¹ es-Serahsî, el-Mebsût, XIV, 29.

¹¹² es-Serahsî, el-Mebsût, XIV, 30.

¹¹³ es-Serahsî, Usûl, I, 243.

Örneklerde görüldüğü gibi, gerek kıyas ve gerekse delâletü'n-nâs biçimsel olup, bunlar ile, yasa koyucunun iradesine bağlı kalma gerçekleştirilmek istenmektedir. Bu istek altında yatan düşünce, Allah iradesinin dışında hukuk kuralının bulunmadığıdır. Bu bakımdan Ebû Hanîfe, Pozitivist Hukuk Ekolü içindedir.

3. Örnekleri ile Ebû Hanîfe'de Hukuk Boşluğunun Doldurulması

Bir uyuşmazlık karşısında, hukuk kuralının uygulamasının, hukuka ters düşen bir sonuç doğurması, ya da bu uyuşmazlığa uygulanacak bir hukuk kuralı bulunmaması haline *“hukuk boşluğu”* denilmektedir. Hukuk boşluğu hâlinde, hâkim hukuku başlamakta. Hâkim, boşluk doldurmada, bir başka hukuk kuralından, ya da teamüsel hukuktan yararlanabileceği gibi, kendisini yasa koyucunun yerine koyup, hukukun genel ilkelerinden, etik değerlerden ve sosyolojik verilerden faydalanarak çözüm getirebilmektedir.¹¹⁴

Ebû Hanîfe'nin kendisini yasa koyuncunun yerine koyup çözüm getirmesi şöyle adlandırılmaktadır: *“Allah'ın dininde konuşma bir kimseye câiz olsa, bu Ebû Hanîfe'nin istihsan ettim, dediği zamandır.”*¹¹⁵ Şu rivayet de, Ebû Hanîfe'ye göre hukuk boşluğu hâlini ve bu boşluğu giderme yolunu açıklamaktadır: *“... kendisine göre kıyasın sonucu kötü olursa, istihsâna yönelirdi.”*¹¹⁶

Ebû Hanîfe istihsân yolunu, *“Nafile namazın hayvan üzerinde işaretle kılınmasına ters kıyas ile nassa dayanarak cevaz verdik,”* derken *“bi-hilâfî'l-kıyâs”*¹¹⁷ terimiyle anlatmaktadır. Bununla beraber, Ebû Hanîfe'nin istihsân için *“alâ hilâfî'l-kıyâs”*¹¹⁸ terimini de kullandığı kaydedilmektedir. Bu kayda göre alâ hilâfî'l-kıyâs terimi, Türkçeye, *“kıyasa muhalif”*, *“kıyasa aykırı”*, *“kıyas karşıtı”* olarak çevrilmiştir. Bu bakımdan, Ebû Hanîfe'ye göre istihsânın *“kıyasa aykırı bir delil”* olduğu bildirilmektedir.¹¹⁹ Kıyasa aykırı bu delilin de, âyet, hadis, icma, başka bir kıyas, zaruret, örf, maslahat gibi bir delil olabileceği belirtilmektedir.¹²⁰ İstihsânı bu şekilde yorumlama, es-Serahsî'nin değindiği diğerleri yanında,¹²¹ şu soruyla da karşı karşıyadır: Kıyası meşrû görüp kullanan anlayışın,

¹¹⁴ Geniş bilgi için bakınız: Özbilgen, Hukuk Başlangıcı, s. 415-446; Bilge, s. 162-163; Gözübüyük, s. 65-66; İmre, s. 160-165; Aral, Hukuk Bilmi, s. 205-208; Arslan, s. 71-72.

¹¹⁵ el-Mekkî, s. 84. Benzer rivâyet için bakınız: el-Kerderî, s. 165.

¹¹⁶ el-Mekkî, s. 85. Ebû Yûsuf'un benzer lafızlarla aynı konuda diğer bir rivâyeti için bakınız: el-Kerderî, s. 170.

¹¹⁷ Ebû Hanîfe'nin bi-hilâfî'l-kıyâs terimini kullanımı için bakınız: es-Serahsî, el-Mebsût, I, 250. Ebû Hanîfe'nin dışında bi-hilâfî'l-kıyâs teriminin kullanımı için örnek olarak bakınız: es-Serahsî, el-Mebsût, I, 172, 182, 196; es-Serahsî, Usûl, II, 203, 207.

¹¹⁸ Ali Bakkal, Haneî Mezhebinde İstihsan Tipleri, Harran Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yay. No. 22, Şanlıurfa 2002, s. 23 (Bundan böyle, “Bakka” şeklinde geçecektir).

¹¹⁹ Bakka, s. 12, 23, 209.

¹²⁰ Bakka, s. 12.

¹²¹ İstihsân kullanmaları dolayısıyla Haneîler'e yöneltilen çelişkileri ve sorular için bakınız: es-Serahsî, Usûl, II, 199-200.

kıyasın karşıtını da meşrû görüp kullanması bir çelişki değil midir? Bu, eş-Şâfiî'nin (ö. 204 h./820 m.) belirttiği gibi, “zevke göre fetvâ vermek, keyfilik”¹²² sayılmaz mı?

Bu bakımdan, istihsânı, kıyasa aykırı, kıyas karşıtı bir delil olarak yorumlamada, gerek istihsânın mantığı, gerekse istihsânın hukuk tekniği yerini bulamamaktadır. Bu yüzden istihsânın mantığını ve hukuk tekniğini açıklayacak yeni bir yorumlamaya ihtiyaç vardır.

Bunu şu yorum sağlayabilir: İstihsan, yine aynı verilerden, yani “bi-hilâfî'l-kıyâs”, ya da “alâ hilâfî'l-kıyâs” biçimindeki anlatımlarından hareket edilerek, tamlama olan terime daha uygun bir çevri yapıldığında, Türkçe karşılığı “kıyasın tersi”, daha düzgün bir anlatım ile “ters kıyas” olarak belirir. İşte bu, istihsan mantığı ve tekniğini ortaya çıkaran bir belirleme olmaktadır. Bu şekliyle istihsan, Hukuk Bilimi'nde boşluk doldurmada kullanılan “kontranaloji (ters kıyas, ters benzeti)” tekniğini karşılamaktadır. Buna göre, kıyas, hakkında hukuk kuralı bulunmayan olaya hukuk kuralının uygulanması olurken, istihsân (kıyasın tersi, ya da ters kıyas) da, hakkında hukuk kuralı bulunan olaya hukuk kuralının uygulanmaması olmaktadır.

Bu ikisinin mantıksal açıklaması da şöyledir: Kıyas işlemi, hukuk kuralının anlamca yürürlü kılınması demektir. Düz kıyasta, yani İslâm Hukuku'ndaki kıyasta, olayın, hukuk kuralı metninde lafzı yer almayıp, ancak anlamı bulunmaktadır. Bu anlam bulunuşu ile, olay için hukuk kuralı yürürlü olmaktadır. Ters kıyasta, yani istihsânda ise, olay, hukuk kuralının metninde lafız olarak yer almaktadır; ancak anlam olarak bulunmamaktadır. Kıyas işlemi, anlam üzerine kurulduğundan, istihsânda (ters kıyasta) anlam olmayınca, hukuk kuralı da olay için yürürlü sayılmamaktadır.¹²³

İstihsânın, ya da ters kıyasın, hukuk kuralının oluşumu yönünden açıklaması da şöyledir: Hukuk kuralı, yasal olgu ve hukuksal sonuçtan, yani yargıdan oluşmaktadır. Yasal olgu, somut olaylardan soyutlanarak meydana getirilmektedir. Bu nedenle, somut olaylara uygun düşmek zorundadır. Hukuksal sonuç ise, bir değer yargısı olup, o da, değerlere uygun düşmek zorundadır. Buna göre, sosyal koşullarda bir değişme olmuş ise, hukuk kuralındaki yasal olgu, özel ve somut olaylara uygun düşmez. Değer anlayışında bir değişme olmuş ise, hukuksal sonuç (yargı) da değerlere uygun düşmez. Bu durumlarda, hukuk kuralı yürürlükten kalkar. İşte, istihsân (ters kıyas), ya yasal olgunun özel ve somut olaylara, ya da hukuksal sonucun (yargının) değerlere uygun düşmemesi ile, hukuk kuralının yürürlükten kaldırılıp uygulamadan düşürülmesi olmaktadır.¹²⁴

Demek ki, istihsanda (ters kıyasta) hukuk kuralı uygulamadan düşmekte ve ortaya bir hukuk boşluğu çıkmaktadır. Bu durumda, hâkim (yargıç), bir başka hukuk kuralından

¹²² Muhammed b. İdris eş-Şâfiî (ö. 204 h./820 m.), er-Risâle (İslâm Hukukunun Kaynakları), (çev. Abdulkadir Şener, İbrahim Çalışkan), Ankara 1966, s. 274, paragraf 1464.

¹²³ Kontranaloji (ters kıyas, ters benzeti) açıklamaları için bakınız: Özbilgen, Hukuk Başlangıcı, s. 424.

¹²⁴ Ters kıyasın hukuk kuralının oluşumu yönünden açıklaması için bakınız: Özbilgen, Hukuk Başlangıcı, s. 425-426.

veya teamülî hukuktan yararlanarak, ya da kendisini yasamanın yerine koyup hukukun genel ilkelerinden veya etik, sosyolojik, bilimsel verilerden yararlanarak bir çözüm getirmektedir.¹²⁵

Ebû Hanîfe'nin istihsanı için yapılan bu yeni yorumlama, şu örnek ile daha iyi anlaşılacaktır: “Aralarında bir giyisi bulunmadan eşine yaklaşp, ona karşı duyuları uyanan kimseye, Muhammed [eş-Şeybanî (ö. 189 h./798 m.)] kıyası kullanarak abdest gerekmez derken, Ebû Hanîfe de istihsanı uygulayarak abdest gerekir, demektedir. Muhammed, kıyası, İbn Abbâs'ın ‘Abdest, çıkan şey dolayısıyladır’ sözü üzerine yapmakta ve kendisinden bir şeyin çıkmadığını kesin olarak bilen kimsenin durumunu öpme gibi kabul etmektedir. Ebû Hanîfe ise, yaklaşımda bu dereceye ulaşan kimsenin çoğu hâlinde kendisinden sıvının (mezinin) çıkmasının gerçekliği üzerine, hükmü, sıvı çıkmamasının az görüldüğü duruma göre değil de çok görüldüğü duruma göre kurmaktadır.”¹²⁶

Bu örnek, kıyas ve ters kıyas bakımından çözümlenirse Ebû Hanîfe'nin istihsanı daha ayrıntılı olarak belirecektir: Burada hukuk kuralındaki olgu, bir şeyin çıkmaması, hukuksal sonuç (yargı) da, abdestin varlığıdır. Kıyas bakımından, sıvı çıkmamış, o hâlde bu olaya hukuksal sonuç abdestin varlığı taşınmıştır. İstihsan bakımından, olguda değişme olmuştur. Bu değişme de, giysi olmadan yaklaşp duyuların uyandığı şartlarda fitrat gereği çoğunlukla sıvının (mezinin) akması üzerine, bu şartların gerçekleşmesinde, fitrata ters olarak sıvı akmasa da, aktı sayılmasıdır. Bu şekilde, hükmen sıvı akmasının var kabul edilmesi karşısında, “Abdest, çıkan şey dolayısıyladır.” şeklindeki hukuk kuralı yürürlüğünü yitirmiştir. Böylece, hükmen sıvı varlığı olayı karşısında, bir hukuk boşluğu doğmuştur. Bunun ortadan kaldırılması gerekmektedir. Bunun için, Ebû Hanîfe, bir başka hukuk kuralı olan Hz. Alî'den nakledilen “Sıvı (Mezî) dolayısıyla abdest gerekir.”¹²⁷ hadisinden yararlanmaya gitmiştir. Sonunda, bu hukuk kuralını olaya uygulayarak, abdestin gerekliliğini açıklamıştır.

Burada, bir başka hukuk kuralından yararlanan Ebû Hanîfe'nin, diğer uygulamalarında ise, hukukun genel ilkelerinden, teamülden, etik değerlerden, sosyolojik ve bilimsel verilerden yararlandığı görülmektedir.¹²⁸ Bütün bunlardan hareketle, Ebû Hanîfe'de istihsanı, kendisini kanun koyucu yerine koyup yeni bir kural ortaya koyarken, insan fitratının gereği¹²⁹ aklın kavradığı iyiyi beğenmesi¹³⁰ olarak belirlemek mümkündür.¹³¹

¹²⁵ Ters kıyasla oluşan hukuk boşluğunun giderilmesi için bakınız: Özbilgen, Hukuk Başlangıcı, s. 419.

¹²⁶ es-Serahsî, el-Mebsût, I, 68.

¹²⁷ es-Serahsî, el-Mebsût, I, 67.

¹²⁸ Bu uygulamalarla ilgili örnekler için bakınız: Ali Bakkal, Hanefî Mezhebinde İstihsan Tipleri, Harran Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yay. No. 22, Şanlıurfa 2002.

¹²⁹ Bardakoğlu, “Hüsn ve Kubh”, EÜİFD, sayı 7, s. 60.

¹³⁰ Bardakoğlu, “Hüsn ve Kubh”, EÜİFD, sayı 4, s. 73.

¹³¹ Açıklaması için bakınız: Güler, s. 108-109, 125-126, 129.

Buraya kadar yapılan açıklamalarda, gerek Ebû Hanîfe'nin istihsanında, gerekse *kontranalojide* (ters kıyasta, ters benzetide), yasa koyucunun iradesinin rol oynamadığı anlaşılmaktadır. Bu bakımdan, Ebû Hanîfe, hukuk boşluğunun doldurulmasında istihsan uygulaması ile Pozitivist Hukuk Ekolü dışı ekoller içinde yer almaktadır. Bu yer, istihsanında, yani hukuk boşluğunu gidermesinde yöneldiği dayanağa göre, Tabîî Hukuk Ekolü, Tarihsel Hukuk Ekolü ve Sosyolojik Hukuk Ekolü içinde gerçekleştirilebilir.

4. Örnekleri ile Ebû Hanîfe'de Kanunlaştırma

Ebû Hanîfe'nin hukuk kurallarını yürürlüğe koyma, yani onları pozitif hale getirme, diğer bir anlatımla kanunlaştırma yetkisi bulunmamaktadır. Bununla birlikte, Ebû Hanîfe'nin Fıkh çalışmaları, seçme durumunda bu yetkileri bulunanlarca kanunlaştırma sırasında alınabilecek kanunlar hazırlama etkinliği görülmektedir. Şu anlatım bu etkinliği açıklamaktadır: *“Ebû Hanîfe, karşılaşılan meseleleri [öğrencilerine] tek tek sunuyordu. Öğrencilerinin düşüncelerini alt üst ederek onları zihinlerine yerleştiriyordu. Sonra, onlarda olanı dinliyor ve kendinde olanları da söylüyordu. Öğrencileri ile bir ay, ya da bundan daha fazla tartışmalarda bulunuyordu. Sonunda, o mesele için ortaya konan çözüm yollarından (görüşlerden) biri üzerinde karar kılıyordu. Bu çözüm yolunun kararlaştırılmasından sonra, Kadı Ebû Yûsuf, o meseleye ait esasları belirliyordu. Bunun sonunda da, o meseleye ait bütün esaslar belirlenmiş oluyordu. İşte bunlar gerçekleştiğinde, hukukî görüş ortaya çıkmaktaydı...”*¹³²

Kanunlaştırmanın ilk ve genel anlamının hukuk kuralının yazılı hâle getirilmesi olduğu açıklanmaktadır. Bu bakımdan, Ebû Hanîfe'nin, fetvâlarını, yani alternatif hukuk kurallarını yazıp sistemleştirerek, yeni olayların hukukî çözümünü gerçekleştirebilecek bir bütünlük içinde sunduğu şu rivâyette görülmektedir: *“...[Hz. Peygamber] Allah ona salât ve selâm etsin, şöyle buyurmuştu: ‘Yüce Allah, ilmi, insanların elinden zorla çekip alarak ortadan kaldırmaz; onu, ancak ulemanın ölümüyle çekip alır. Arkasından cahil başlar bırakır. Onlar da, bilgisizce fetvâ verirler, hem saparlar, hem de saptırırlar.’ İşte, bu yüzden, Ebû Hanîfe, onu (fetvâsını) sitemli olarak yazdı. Onu bâblara (bölümlere) ayırdı ve kitap şeklinde tertib etti. Önce ‘Tahâret’ten başladı, sonra ‘Namaz’, daha sonra birbirini izleyerek diğer ibâdetleri, arkasından ‘Muâmelât’ı, sonunda ‘Mirâs’ kitaplarıyla bitirdi. Ancak, ‘Tahâret’ ile başlama ve sonra ‘Namaz’, mükellefin itikadını sağlamlaştırdıktan sonra Namaz ile kendisine hitâb edilişin önce olması nedeniyledir.”*¹³³

Ebû Hanîfe'nin bu alternatif kanunlaştırma etkinliğinde, benimsediği yöntemin, kazuistik (somut olaycı, hâdiseci) yöntem¹³⁴ olduğu anlaşılmaktadır.¹³⁵ Ebû Hanîfe'nin şu

¹³² el-Mekkî, s. 391.

¹³³ el-Mekkî, s. 393-394.

¹³⁴ Kazuistik kelimesinin anlamı için bakınız: Güler, s. 110 dipnot 211. Kazuistik yöntem hakkında geniş bilgi için bakınız: Bilge, s. 67-68; İmre, s. 70-71; Aral, s. 160; Gözübüyük, s. 49; Arslan, s. 84-85.

¹³⁵ Muhammed Ebû Zehra, Ebû Hanîfe (çeviren: Osman Kesioğlu), 3. Baskı, Ankara 1999, s. 257-260 pragraf 64-67.

açıklaması bunu göstermektedir: “... Farz edelim bir kadın şahitler olmadan evlendi ve zıfaf oldu...”¹³⁶

Bu şekilde, doğabilecek uyuşmazlıklara çözüm bulunması amaçlanıp, bu çözümlerin sistemli bir biçimde yazılarak bir bütün halinde sunulması, *Ebû Hanîfe'nin yasa koyucunun koyduğu hukuku koruma amacı güttüğü ve hukuk uygulayıcılarına güvenmediğini göstermektedir. Bu görüntü ile*¹³⁷ *Ebû Hanîfe, Pozitivist Hukuk Ekolü içinde yer almaktadır.*

Sonuç

Ebû Hanîfe, İslâm Hukuk Sistemi'nde müftî konumunda olup, *fetvâları*, Batı Hukuk Sistemi'nde, hukukun yardımcı kaynaklar arasında bulunan *bilimsel* (ilmi) *içtihat*, ya da *doktrin* (öğreti) içinde yer almaktadır. Ebû Hanîfe'nin bu yeri, Batı Hukuk Sistemi'ni şekillendiren Roma Hukuk Sistemi içinde bu sistemin doktrinini oluşturan Batı (Avrupalı) Hukuk Ekolleri'ne denk düşmektedir.

Roma Hukuku, Roma hukukçularının eserleri ile Roma imparatorlarının emirnamelerinden meydana getirilerek, *Justinianus tarafından kanun gücü verilerek* Latince yayımlanmıştır. Yayımdan, XIX. yüzyılda Avrupa'da başlayan kanunlaştırma hareketine kadar, *Avrupa Hukuk Ekolleri* tarafından Roma Hukuku'na (yani Corpus Juris Civilis'e) devamlı *içerik kazandırılmaya çalışılmıştır*. Bu içerik kazandırma sürecinde, Dogmatik Hukuk Ekolü, onun hukuk kurallarını *dogma* olarak kabul edip çalışmalarında hep ona dayanırken, Hümanist Hukuk Ekolü, *kaynaklarını araştırmıştır*. Bunun sonucunda kanunların, Justinianus'un keyfince konulduğu ortaya çıkmıştır. *Kanun konuluşunu keyflikten kurtarmak için*, Tabîî (Doğal) Hukuk Ekolü, kökünü insanın özel yaratılışından alan ve *adalet idesine dayanan*, Roma Hukuku'nun dışında ve üstünde bir hukuk biçimlendirmeye yönelmiştir. Buna, Tarihsel Hukuk Ekolü, XIX. yüzyılda, hukukun, *halkın ruhundan* (bilincinden: folksgayst, ya da volksgeist'ten) doğup oluştuğu düşüncesi ile karşı çıkarken, Roma Hukuku'nu yeniden canlandırmak istemiştir. XIX. yüzyılın ikinci yarısı ile XX. yüzyılda, Pozitivist Hukuk Ekolü, hukuku *devlet tarafından konulan kurallar* sayarak, hem Tabîî Hukuk Ekolü'nü, hem de Tarihçi Hukuk Ekolü'nü reddetmiştir. Pozitivist Hukuk Ekolü'ne de, Sosyolojik Hukuk Ekolü, hukukun, *toplumsal kurumların belirlediği kurallar* olduğunu benimseyerek karşı çıkmıştır.

Ebû Hanîfe, İslâm hukuk kurallarını *Allah'ın emirleri* saymış ve onlara *Kur'ân, sünnet* ve *sahabe kavli* formları (biçimleri) içinde yürürlük vermiştir. Bu formlar, Ebû Hanîfe'de, *İslâm Hukukunun kaynaklarını* belirlemektedir. Ebû Hanîfe, formel yürürlükteki bu kaynakları, sahabe görüşünün sünnete, sünnetin Kur'ân'a uygun olması ile yürürlük kabul etmektedir. Böylece, bu kaynakları sistematik yürürlükle bütünlemiş olmaktadır. Bütün bunlarla o, Batı Hukuk Sistemi'nde *Pozitivist Hukuk Ekolü içinde Normativistler arasında yer almıştır*.

¹³⁶ es-Serahsî, Usûl, II, 243-244.

¹³⁷ Bu görüntünün Pozitivist Hukuk Ekolü'ne ait olduğu açıklaması için bakınız: Özbilgen, Hukuk Başlangıcı, s. 78-81; Ökten, s. 273, 287.

Ebû Hanîfe, İslâm hukuk kuralını *yer bakımından* uygularken, devlet otoritesine bağlı kalmıştır. Aynı şekilde, Ebû Hanîfe'nin, İslâm hukuk kuralını *zaman bakımından* uygularken, nâsîh ve mensûhu benimsemekle, bir şey kim tarafından konmuşsa onun tarafından değiştirilir düşüncesini taşımaktadır. Bu da, *hukukun dokunulmazlığını* savunduğunu göstermektedir. Bütün bunlarla da *Ebû Hanîfe yine Pozitivist Hukuk Ekolü içinde* yer alır.

Ebû Hanîfe'de *ahkâmın*, farz, vâcib, tenzihen mekrûh gibi *niteleme olduğu* görülmektedir. Bu nitelemeler ile, Ebû Hanîfe, Allah'ın emirleri ve nehiyelerinin, yani İslâm hukuk kurallarının bağlayıcılığı ve uygulanma sırasını belirlemektedir. Bu belirleme, hukuk kuralının yetki ve biçim esasına göre gerçekleştirildiğinden, *Ebû Hanîfe, Pozitivist Hukuk Ekolü içinde yer almaktadır*.

Hukuk kuralının *metin (nass)* bakımından uygulanmasında Ebû Hanîfe, yasa koyucunun kullandığı ifade ve vurgulardan hareket etmektedir. Bu şekilde mevcudu korumaktadır. Bu ise, Pozitivist Hukuk Ekolü'nün uygulama biçimidir.

Ebû Hanîfe, hukuk kuralı *metninin kapalılığını*, hukuk kurallarının bütünlüğü içinde diğer hukuk kuralı *metinlerine göre anlamlandırmak* yoluyla gidermektedir. “Sistematik yorum”, ya da “kavramcı (yapıcı) yorumlama” denilen bu uygulama ile *Ebû Hanîfe Pozitivist Hukuk Ekolü içinde Normativistler arasında yer almaktadır*. Yine, Ebû Hanîfe, hukuk kuralı *metninin kapalılığını metindeki sözlerden ayrılmadan, Allah'ın iradesinin (emri ve nehyinin) ürünü olan hukuk kuralını, Allah'ın iradesine göre kavramak istemektedir*. Bu yüzden o, “literal (lafzî, deyimse) yorumlama” denilen uygulamayı gerçekleştirmektedir. Böylece, *Ebû Hanîfe Pozitivist Hukuk Ekolü içinde bulunmaktadır*.

Ebû Hanîfe, hukuk kuralı *metninin kapalılığını* gidermede, sosyal koşullara da başvurmayı zararlı ve tehlikeli görmemektedir. *Allah iradesinin nüzülü aşamasındaki bilgilere başvurarak anlamlandırma yapmaktadır*. Bu şekilde *tarihsel yorumlama* denilen uygulamayı gerçekleştirmektedir. Bu durumda da, *Ebû Hanîfe, Tarihsel Hukuk Ekolü içinde yer almaktadır*. Aynı şekilde, *toplumca belirlenmiş tanım, kullanın ve anlamlandırmalara da başvurmakta*, dolayısıyla, Ebû Hanîfe, *Sosyolojik Hukuk Ekolü içinde* görülmektedir.

Ebû Hanîfe, hukuk kuralı *metnin kapalılığını* metinde söz bulunmadığında, *sözün anlam sınırları içinde gidererek uygulamak istemektedir*. Bunun için de, formel (biçimsel) mantık yollarını, kıyası ve *delâletü'n-nâs'*ı kullanmaktadır. Böylece, Allah'ın iradesine bağlı kalmayı gerçekleştirmek istemektedir. Bu bakımdan Ebû Hanîfe, *Pozitivist Hukuk Ekolü içindedir*.

Ebû Hanîfe, hukuk boşluğunun doldurulmasında “istihsân”ı, diğer bir terimle “kontranaloji”yi (ters kıyası, ters benzetiyi) uygulamaktadır. Bunda, yasa koyucunun iradesinin rol oynamadığı anlaşılmaktadır. Bu bakımdan, Ebû Hanîfe, Pozitivist Hukuk Ekolü dışı Ekoller içinde yer almaktadır. Bu yer, istihsanında, yani hukuk boşluğunu gidermesinde yöneldiği dayanağa göre, Tabiî Hukuk Ekolü, Tarihsel Hukuk Ekolü ve Sosyolojik Hukuk Ekolü içinde gerçekleştirebilmektedir.

Ebû Hanîfe'nin alternatif kanunlaştırma etkinliğinde, kazuistik (somut olaycı, hâdiseci) yöntem'i benimsemektedir. Bu yöntemi benimsemesi, Ebû Hanîfe'nin yasa koyucunun koyduğu hukuku koruma amacı güttüğü ve hukuk uygulayıcılarına güvenmediğini göstermektedir. Bu bakımdan da, Ebû Hanîfe, Pozitivist Hukuk Ekolü içinde yer almaktadır.

Bütün bunların ayrıntılara ait örneklerinde de anlaşıldığı üzere, Ebû Hanîfe'nin Batı Hukuku'ndaki yeri, Pozitivist Hukuk Ekolü içindeki hukuk kabulüyle, İslâm hukuk ilmini, dogmatik hukuk ilmi sayan biçimci bir gidiş içindeyken, gerek hukuk kuralı metninin kapallılığında ve gerekse hukuk boşluğunu doldurmada, nass dışına yönelerek, bazen Tabîî Hukuk Ekolü, bazen Tarihsel Hukuk Ekolü ve bazen de Sosyolojik Hukuk Ekolü içinde, İslâm hukuk ilmini dogmatik hukuk ilmi dışına yönlendiren içerikçi bir gelişme göstermektedir.



İzzet ER

UÜ İlahiyat Fakültesi

Sayın tebliğci Mehmet Nuri Güler'e çok teşekkür ediyoruz. Zamanı çok dikkatli kullandı. Sayın tebliğcimiz hukuk ekollerine istinaden İmâm-ı A'zam'ın hüküm istinbâtındaki benzerlikleri dile getirdi. Buradan hareketle İmâm-ı A'zam'ın Batı hukukundaki yerini dile getirmeye çalıştı. Şimdi değerli hocalarımızdan Sayın İbrahim Çalışkan'ın Müzakeresini dinliyoruz.

Müzakere

İbrahim Çalışkan
AÜ İlähiyat Fakültesi

Teşekkür ederim Sayın Başkan, değerli hocalarım ve sempozyuma başından beri gerçekten benim gıpta ile izlediğim, yararlanmak için belki uzaktan yakından koşup gelen değerli değerli öğrenci arkadaşlarım, geleceğimiz sempozyum boyunca tekrarlanan birkaç kelime ve yeni tespit ettiğimiz, böyle sayabileceğimiz iki yanlış açıklamayla başlamak istiyorum. Şimdi *Mebûsât*'u hepimiz eskiden beri bu söylediğim daha çok öğrenci arkadaşlarıma yönelik hocalarımla ilgili değil tabi, hep *Kâfî*'nin şerhi olarak biliyoruz ve öyle okuduk, öyle de ezberliyoruz. Ama rahmetli Rakid b. Şehid'in hemşehrisi olan Afganlı bir öğrencimize doktora tezi olarak da verdik, bütün yazma nüshaları tespit etti İstanbul'daki kütüphanelerde. İmam Serahsî'nin *Kâfî*'yi esas aldığı *Mebûsât*'un kesinlikle *Kâfî*'nin şerhleri olmadığı açık ve net. Bu bakımdan ifadelerde belki *Kâfî*'nin birçok şerhi olduğunu ama bunların henüz basılmadığını, yazma hâlinde bulunduğunu İmam Serahsî'nin *Mebûsât*'unda *Kâfî*'den çok istifade ettiğini ama bizim anladığımız teknik manada *Mebûsât*'un *Kâfî*'nin şerhi olmadığını söylememiz borcumuz olur. İkincisi, son devirlerde yazılan bütün usûl-i fıkıh kitaplarında Ebû'l-Huseyn el-Basrî'nin *el-Mû'temed* adlı eseri hep hocası Kâdi Abdülcebbar'ın *el-'Umed* adlı eserinin şerhi olarak sunulmaktadır. Halbuki *el-'Umed*'in baş tarafına baktığımız zaman, Ebû'l-Huseyn el-Basrî aynen şu ifadeye yer veriyor: “ben *el-'Umed*'i şerh ettikten sonra böyle bir usûl kitabı yazmamın sebebi...” Kendisine ait olup olmadığı tartışılan *el-'Umed*'in şerhi olarak Ebû'l-Huseyn el-Basrî'nin ayrıca basılmış iki ciltlik *el-Mu'temed* şerhi var. Piyasada bulunmaktadır. Bir hususa daha temas edeceğim. Fıkıh terimiyle ilgili, bu benim şahsî kanaatim, yaklaşımlara saygı duyuyorum. Ama fıkıh teriminin İmam Ebû Hanîfe'ye ait olduğu tanımıyla bugünkü hukuktaki ifadesi bana göre *mârifetü'n-nefsi mâ lehâ ve mâaleyhâ* kişinin toplum içerisindeki haklarını ve sorumluluklarını bilmesidir. Bunun bugünkü Türkçede ifadesi bu. Peygamberimiz aleyhisselatü vesselâm zimmîlerin haklarıyla ilgili kendisine sorulan bir soruya, aynı anlamda cevap vermiş: “lehum mâ lena, ve aleyhi mâ aleynâ.” “Bizim haklarımız onların haklarıdır. Bizim sorumluluklarımız, görevlerimiz onların da sorumlulukları, görevleridir.” Buradan değerli kardeşim Nuri Beyin tebliğine geçiyorum. Şimdi Nuri Beyin tebliğinin başlığı biraz kendisini sıkıntıya sokacak bir başlık. Bunun için de kendisini çok yoran bir başlık olmuş. Yani başlığı okuduğunuz zaman “Ebû Hanîfe'nin Batı Hukukundaki Yeri”, Batı hukukunda Ebû Hanîfe arıyorsun. O zaman ne var? Bir ön yargı var. Yani Batı hukukundaki temel ilkeleri esas alacağız, bu ekollerin özelliklerini göz önünde bulundurup İmam Ebû Hanîfe'yi burada bir yere koymaya çalışacağız. Bu defa bu, Ebû Hanîfe'nin düşünceleri içerisinde seçmecî örneklerle zorluyor

bizi. Bu dün de aktüalitesi sebebiyle gündeme geldi. Bir karikatür vardır. Amerika Irak'ı ele almış, Irak dört tane harften oluyor Türk harfleriyle. ı, r, a, k. Demiş hepsi dört harf, masanın üzerine bunları bir dağıtıyor. Nasılsa kolay toplanıyor diyor, dört tane harf. Birisi de seyrediyor kendisini. Çok kolay zannetti şimdi topluyor, rakı çıkıyor. Aynı harfler. Kenardan birisi diyor ki, karı da olabilirdi. Şimdi eğer illa şekillerle bir şeyleri sunmaya çalışırsak, o zaman İmam Ebû Hanîfe'yi Nuri kardeşimin en sonda vardığı sonuç gibi, hem sosyolojik hukuk ekolüne, hem pozitivist hukuk ekolüne, hem doğa hukuk ekolüne her birine dâhil etmek gibi bir sıkıntımız ortaya çıkar. Yani tebliğin sonunda, güzel bir netice var. Nedir? İmam Ebû Hanîfe'nin örnekleriyle görüşlerini ele alırsanız her hukuk ekolüne koyabilirsiniz. Sizin yaptığınız gibi sadece pozitivist hukuk ekolüne hapsedilmeyecek olan birisidir. Öyleyse İmam Ebû Hanîfe hukukî açıdan nev-i şahsına münhasır, kendi nitelikleri, özellikleriyle hakikaten bir ekolün oluşturabileceği fikir birikimine sahip büyük bir hukukçudur. Bu çıkıyor ortaya. Zaman yetersizliği sebebiyle benim genel olarak arz etmek istediğim bazı hususlar var. Nuri Beyle özel olarak görüşeceğim. Bu konuda yapılmış özel çalışmalar var, bu çalışmalardan sonra sunduğu tebliği çok daha güzel geliştirecek ve belki de tehdit edecek bir çalışmayı aktif edeceği kanaatindeyim. Teşekkür ediyorum.



İzzet ER

UÜ İlahiyat Fakültesi

İbrahim Çalışkan'a teşekkür ediyoruz. Şimdi Muharrem Kılıç, “Hukukun Kökeni Sorunsalına Rasyonalist-Doğal Hukuksal Bir Bakış: Ebû Hanîfe” isimli tebliğini sunacaklar.