



Cumhuriyet Dönemi Türk Hukukçularının İslâm Hukuku Hakkında Yaptıkları Çalışmalara ve Yaklaşım Tarzlarına Genel Bakış

Kenan Yıldız

0000-0001-6120-5710

Milli Eğitim Bakanlığı, Erzurum, Türkiye

ror.org/00jga9g46

ky457384@gmail.com

z

İslâm hukuku Türklerin İslâmiyet'i kabulüyle birlikte Türk hukuk tarihinde yerini almış ve Türk hukuk tarihinin büyük bir kısmını teşkil etmiştir. Diğer Türk devletlerinde uygulanan İslâm hukuku Osmanlı İmparatorluğu'nda da uygulanmıştır. Fakat rönesans sonrası meydana gelen değişim ve dönüşüm Batı medeniyetinin endüstri ve teknoloji alanında ilerlemesine sebep olmuş, Osmanlı ise bu değişim ve dönüşümü takip edememiştir. Tanzimat döneminde yönetim kadrosu yüzünü Batı'ya çevirmiş ve içinde bulunduğu olumsuz durumdan ancak bu sayede kurtulabileceğini mit etmiştir. Bu dönemde yapılan Batı tarzı reformlardan hukuk da nasibini almış, Tanzimat Fermanı'nın (1839) ilanından sonra Batı tarzı kanunlar iktibas edilmeye başlanmıştır. Tanzimatla başlayan bu hukuki değişim nihayet Cumhuriyet dönemi idaresinin kararıyla 1926'da tamamen Batı kanunlarının kabulüyle sonuçlanmış ve İslâm hukuku ile olan bağ koparılmıştır. Cumhuriyet dönemi modern hukukçuları yürürlükte olmamasına rağmen eski hukuka taalluk eden davaların çözülmesi, mukayeseli hukuk alışmaları, Türk hukuk tarihinin aydınlatılması gibi nedenlerle İslâm hukuku hakkında çalışmalar yapmış ve bu hukuk sistemi hakkında değerlendirmelerde bulunmuşlardır. Bazı modern hukukçular oryantalist kaynaklardan beslenmeleri, İslâm hukuku hakkındaki malumat eksikliği ve ideolojik/siyasi mülahazalar gibi sebeplerle İslâm hukukunun değişmez bir hukuk sistemi olduğu, bu nedenle değişen zamanın şartlarına mutabakat sağlayamadığu şeklinde olumsuz kanaate sahip olmuşlardır. Diğer bir kısım modern hukukçular ise bu hukuk sisteminin çok gelişmiş bir hukuk üretme mekanizmasına ,toplumların hukukî ihtiyaçlarına cevap verecek kapasiteye ve dinamizme sahip olduğu kanaatine varmışlardır. Ayrıca bu hukukçular yaptıkları mukayeseli çalışmalarla İslâm hukukunun diğer hukuk sistemlerinden ne derece ileri bir hukuk sistemi olduğunu göstermeye çalışmışlardır. İslâm hukukunun kıymetini taktir eden hukukçulardan bir kısmı ise yeni hukukumuzu eski hukukumuzun devamı olarak görmüş ve bu yönde çalışmalar yapmışlardır.

Anahtar Kelimeler

İslâm Hukuku; Modern Hukuk; Mecelle; Kanun; Batılılaşma

Öne Çıkanlar

- Bu makalede Cumhuriyet dönemi Türk hukukçularının İslam hukuku hakkındaki yaklaşımları incelenmektedir.
- 1932 ve 1937 tarihlerinde Lahey Uluslararası Modern Hukuk Kongresi'nde İslâm hukuku bağımsız bir hukuk sistemi olarak tanınmıştır.
- Şakir Berki Roma hukuku gibi İslâm hukukunun ana hatlarının da hukuk fakültelerinde okutulmasının zaruri olduğunu belirtir.
- Vasfi Raşit Seviğ, Mecelle'yi “*maziye nazara alan, geçmiş bir devrin hukukunu ifade eden bir eser*” medeni kanunu ise “*istikbale yöneltilmiş bir hukuk*” olarak tanımlar.
- Sıddık Sami Onar, “Hak ve adaletin en büyük ve feyizli kaynaklarından” olduğunu ifade ettiği İslâm hukukunun asırlar boyunca en uygar milletlerin ihtiyaçlarına kâfi geldiğini söyler.

Atıf Bilgisi

Yıldız, Kenan. “Cumhuriyet Dönemi Türk Hukukçularının İslâm Hukuku Hakkında Yaptıkları Çalışmalara ve Yaklaşım Tarzlarına Genel Bakış”. *Eskiye*ni 56 (Mart 2025), 359-392. <https://doi.org/10.37697/eskiyeni.1565775>

Makale Bilgileri

Etik Beyan	Bu çalışma Prof. Dr. Ali İhsan Pala danışmanlığında 2024 tarihinde tamamladığımız Cumhuriyet Dönemi Türk Hukukçularının İslâm Hukuku Hakkındaki Yaklaşımları başlıklı doktora tezi esas alınarak hazırlanmıştır.
Geliş Tarihi	12 Ekim 2024
Kabul Tarihi	17 Mart 2025
Yayın Tarihi	25 Mart 2025
Hakem Sayısı	İki İç Hakem - İki Dış Hakem
Değerlendirme	Çift Taraflı Kör Hakemlik
Etik Beyan	Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde etik ilkelere uyulmuştur.
Benzerlik Taraması	Yapıldı - intihal.net
Çıkar Çatışması	Çıkar çatışması beyan edilmemiştir.
Etik Bildirim	eskiyenedergi@gmail.com
S. Kalkınma Amaçları	-
Lisans	CC BY-NC 4.0

A General Overview of the Studies and Approaches of Turkish Jurists in the Republican Era on Islamic Law

Kenan Yıldız

0000-0001-6120-5710

Ministry of Education, Erzurum, Türkiye

[ror.org/00jga9g46](https://orcid.org/00jga9g46)

ky457384@gmail.com

Abstract

Islamic law entered Turkish legal history with the adoption of Islam by the Turks and constituting a significant portion of Turkish legal history. Islamic law applied in other Turkish states was also applied in the Ottoman Empire. However, the changes and transformations that occurred after the Renaissance led to advancements in Western civilization in the fields of industry and technology, while the Ottoman Empire was unable to keep pace with these developments. During the Tanzimat period, the Ottoman Empire's management elite seeking to ameliorate the nation's declining fortunes, sought inspiration from Western models, with the result that Western-style reforms influenced the legal system. Following the proclamation of the Tanzimat Edict in 1839, a series of legal innovations, including the adoption of Western-style laws, ensued. This period of legal transformation, initiated by the Tanzimat, culminated in 1926 with the complete acceptance of Western laws by the Republican administration, thereby severing ties with Islamic law. During Republican era, legal scholars conducted studies on Islamic law despite its non-application, addressing issues related to cases pertaining to former laws, comparative law studies, and illuminating Turkish legal history. However, some modern legal scholars, have expressed a negative view Islamic law, perceiving it as an immutable legal system that fails to adapt to changing conditions. This perception is influenced by a number of factors, including reliance on orientalist sources, a lack of knowledge regarding Islamic law, and ideological and political considerations. In contrast, other modern jurists have come to the conclusion that Islamic law has a very developed law production mechanism and the capacity and dynamism to respond to the legal needs of societies. In their comparative studies, these these scholars have sought to demonstrate the degree to which Islamic law can be regarded as an advanced legal system in comparison to other system. Conversely, some legal scholars who acknowledge the value of Islamic law regard our new legal system as a continuation of traditional legal framework and have conducted studies in this direction.

Keywords

Islamic law; Modern law; Majalla; Law; Westernization

Highlights

- This article examines the approaches adopted by Turkish jurists during the Republic period towards Islamic law.
- Islamic law was recognized as an independent legal system at the International Modern Law Congress in The Hague in 1932 and 1937.
- Şakir Berki states that it is essential to teach the main outlines of Islamic law, similar to Roman law, in law faculties.
- Vasfi Raşit Seviğ defines the Majalla as “a work expressing the law of a bygone era,” while the civil code is described as “a law directed towards the future.”
- Siddik Sami Onar asserts that Islamic law is “one of the greatest and most fruitful sources of rights and justice” having sufficiently met the needs of the most civilized nations for centuries.

Citation

Yıldız, Kenan. “A General Overview of the Studies and Approaches of Turkish Jurists in the Republican Era on Islamic Law”. *Eskiyeni* 56 (March 2025), 359-392.

<https://doi.org/10.37697/eskiyeni.1565775>

Article Information

<i>Ethical Statement</i>	This article is extracted from my doctorate dissertation entitled “The Approaches of Turkish Lawyers of the Republic Period on Islamic Law”, supervised by Prof. Dr. Ali İhsan Pala (Ph.D. Dissertation, Atatürk University, Erzurum, 2024).
<i>Date of submission</i>	12 October 2024
<i>Date of acceptance</i>	17 March 2025
<i>Date of publication</i>	25 March 2025
<i>Reviewers</i>	Two Internal & Two External
<i>Review</i>	Double-blind
<i>Plagiarism checks</i>	Yes - intihal.net
<i>Conflicts of Interest</i>	The Author(s) declare(s) that there is no conflict of interest
<i>Complaints</i>	eskiyenidergi@gmail.com
<i>S. Development Goals</i>	-
<i>License</i>	CC BY-NC 4.0

Giriş

610 yılında Hz. Muhammed'e (s.a.v.) vahyin gelmesiyle başlayan İslâm hukuk sistemi, özellikle Medine Dönemi'nde (622-632) ilk uygulamaları, anayasal nitelikleri ve hukukun diğer dallarına dair temel ilke ve prensiplerin belirlenmesiyle uygulanmaya başlamıştır. Sonraki dönemlerde ise beşerî içtihadın katkısıyla gelişip genişlemiştir.

Türklerin İslâmiyet'i kabulüyle birlikte bu sistem Türkler tarafından kullanılmaya başlanmış, Anadolu Selçukluları ve Büyük Selçuklular vasıtasıyla Osmanlı İmparatorluğuna intikal etmiştir. Osmanlı şer'î hukuk tabir edilen bu hukuk sisteminin yanında yine şer'î hukukun ülü'l-emre tanıdığı yetki çerçevesinde ve şer'î hukuka aykırı olmayacak şekilde çıkarılan kanunnamelerle (örfi hukuk) devleti idare etmiştir.

Rönesans sonrası Batı'da özellikle endüstri ve teknoloji olmak üzere her alanda hızlı bir değişim ve dönüşüm yaşanmıştır. Osmanlı ise çeşitli ekonomik, askerî ve siyasî zaaf lar yüzünden bu değişim ve dönüşümü takip edememiş ve Avrupa'nın pazarı haline gelmiştir. Yönetim kadrosu Osmanlıyı içinde bulunduğu durumdan kurtarmak için çareler aramış ve çareyi Batı tarzı reformlarda bularak önce Tanzimat Fermanı'nı (1839) ardından da İslahat Fermanı'nı (1856) ilan ederek yüzünü Batıya çevirmiştir. Fermanların ardından başta ticaret kanunu olmak üzere bazı kanunlar Batı kanunlarından iktibas edilmiştir. Bu dönemde Medeni kanununda Batıdan iktibası gündeme gelmiş, fakat ulemanın karşı çıkmasıyla bu fikirden vazgeçilerek kendimize ait millî bir kanun olan Mecelle (1868-1876) ortaya çıkmıştır.

Cumhuriyet döneminde ise bir taraftan Lozan antlaşmasındaki Batının baskıcı tavrının diğer taraftan Cumhuriyet yöneticilerinin Batılılaşma arzusunun etkisiyle İslâm hukuku tamamen terkedilerek Batı kanunları benimsenmiştir. Yaşanan bu süreçler içerisinde özellikle Cumhuriyet Dönemi'nde, genelde Türk aydınları özelde Türk hukukçuları, doğrudan ya da dolaylı biçimde İslâm Hukuku karşısında çeşitli tutumlar benimsemişlerdir. Bu tutumların çoğu olumsuz kanaate sahip olmakla birlikte bu konuda insaf lı olanlar bulunduğu gibi İslâm Hukuku'nun üstün niteliklerini ön plana çıkararak da olmuştur. İşte bu bilgiler ışığında bu çalışmanın temel amacı Cumhuriyet dönemi Türk hukukçularının İslâm hukuk sistemi hakkında yaptıkları çalışmaları tespit etmek ve onların İslâm hukuku hakkındaki yaklaşımlarını, kanaatlerini bilimsel metot ve objektivite içerisinde araştırıp incelemektir.

Yapılan araştırma neticesinde bu çalışma ile alakalı olarak Dr. Necdet Subaşı'nın kaleme aldığı "Türk Aydınlarının Din Anlayışı" adlı eserine rastlanmıştır. Bu eserde Subaşı genel manada aydınların din anlayışından bahsetmiş olup hukukî meselelere değinmemiştir. Yine konuyla alakalı din sosyolojisi alanında "Cumhuriyetin Din Politikası (1923-1939)" adlı ve Kelam alanında "Cumhuriyet Dönemi Aydınlarının İslâmiyet'e Bakışı" adlı doktora çalışmaları yapılmıştır. Bu çalışmalardan ilki, meseleyi sosyolojik açıdan incelediğinden hukuk alanına hiç yer vermemiş, ikincisi ise çalışmanın ikinci bölümünde "Hukuk ve Sosyal Hayat" başlığı altında genel değerlendirmelerde bulunmuştur. Diğer bir çalışma ise Abdullah Akın tarafından yapılan "Tanzimat Sonrası Fıkhi Dönüşüm ve Fıkıh Eğitimi" adlı bir doktora çalışmasıdır. Bu çalışma ise Tanzimat ile Cumhuriyet dönemi arasını kapsayan bir çalışmadır. Konuyla en çok alakalı çalışma ise, Eyyüp Said Kaya tarafından 2014 yılında yayınlanmış "Türkiye Cumhuriyeti'nde Fıkıh Literatürü: Bir Hasıla" adlı makale çalışmasıdır. Bu çalışmada yazar Cumhuriyet

döneminde yapılan fıkıh çalışmaları hakkında bilgiler sunmaktadır. Bunu yaparken de Cumhuriyet dönemini kendi içerisinde dönemlere ayırarak ve her bir dönemde yapılan çalışmaları dönemin özelliklerini de dikkate alarak değerlendirmeler yapmaktadır. Bu makalede hem İslâm hukukçuları tarafından hem de modern hukukçular tarafından yapılan İslâm hukuku çalışmaları yer almıştır. Makalede yer alan modern hukukçularla alakalı kısımlar çalışmada yol gösterici olmuştur. Bu çalışmada ise sadece modern Türk hukukçularının İslâm hukuku hakkındaki çalışmaları, bu çalışmalardan yola çıkarak İslâm hukukuna bakış açıları ve bu bakış açılarının altında yatan nedenler tespit edildi.

Çalışmada makalenin hacmi göz önünde bulundurularak günümüzde yaşayan modern hukukçular kapsam dışı bırakıldı. Araştırmada modern hukukçuların yaptıkları çalışmalar kategorize edilerek sunuldu. Herhangi bir kategori içerisine dahil edilemeyen hukukçular ise münferit başlıklar altında incelendi.

1. Türk Hukuk Tarihi Bağlamında Yapılan İslâm Hukuku Çalışmaları

Türklerin İslâmiyet'i kabulüyle birlikte Türk-İslâm devletleri İslâm hukukunu kullanmaya başlamıştır. Uzun süre yürürlükte kalan İslâm hukuku doğal olarak Türk hukuk tarihinin büyük bir kısmını oluşturmuştur. Bu nedenle aslında Türk hukuk tarihi çalışmalarında önemli bir yer tutması gereken İslâm hukuku az bir kısım modern hukukçunun çalışmaları dışında inceleme konusu yapılmamıştır.

1.1. Ahmet Ağaoğlu

Ahmet Ağaoğlu (öl. 1939) 1927'de "Üç Medeniyet" isimli eserini neşretmiştir.¹ Bu eserde Ağaoğlu "İslâm medeniyeti, Avrupa veya Batı medeniyeti, Buda-Brahman medeniyeti" olarak isimlendirdiği üç medeniyeti ele almış ve "Batı medeniyetinin diğerlerine galip geldiğini ve dolayısıyla kurtuluşumuz için bu medeniyeti olduğu gibi benimsemekten başka çare olmadığını"² ifade etmiştir. Ağaoğlu İslâm medeniyetinin hem madden hem de manen mağlup olduğunu, eğitim-öğretimden sosyal yaşama, siyasal hayattan teknik kurumlara kadar Batı medeniyetinin taklit edildiğini, bu taklit ister kendi irademizle isterse cebren olsun neticede bir yenilginin söz konusu olduğunu ifade etmiştir. Yazar İslâm medeniyetinin yenilgisini ilan etmenin kendisini müteessir ettiğini söylese de Asya'da gelenekçilerle Avrupa taraftarları arasında öteden beri mevcut olan mücadelede Avrupa taraftarlarını haklı bulmakta ve devletin içinde bulunduğu durumdan kurtulması için Batı tarzı reformların kaçınılmaz olduğu sonucuna varmaktadır.³

1931 tarihinde basılan "Hukuk Tarihi" eserinde ise genellikle Roma ve Batı Avrupa tarihinden bahseden müellif İslâm hukukuna birkaç yerde temas ederek⁴ İslâmiyet'ten önceki Arap ve Türklerin yaşayışlarında kendince uygun bulduğu bilgileri aktarıp aralarındaki basit benzerlikleri göstermeye çalışmıştır.⁵

¹ Eserin Latin harfleriyle basımı 1972 tarihinde gerçekleştirilmiştir. Nuri Yüce, "Ahmet Ağaoğlu", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1988), 2/465-466. Müellif bu eserini 1919-1920 tarihleri arasında Malta'da kaleme almıştır. Ahmet Ağaoğlu, *Üç Medeniyet* (İstanbul: Doğu Kitabevi, 2013), 13.

² Ağaoğlu, *Üç Medeniyet*, 13.

³ Ağaoğlu, *Üç Medeniyet*, 22-23.

⁴ Ahmet Ağaoğlu, *Hukuk Tarihi: Hukuk Fakültesi Müderrislerinden Ağaoğlu Ahmet Beyefendinin Takrirleridir* (İstanbul: Hukuk Talebesi Cemiyeti Neşriyatı, 1931), 115, 168.

⁵ Kaya, "Fıkıh Literatürü: Bir Hasıla", 15.

1.2. Türk Hukuk Tarihini Türkleştirme Çabasinda Olan İki Hukukçu: Sadri Maksudî Arsal, Mehmed Fuad Köprülü

1930'dan sonra İslâm hukuku alanında kalem oynatan iki modern hukukçu göze çarpar: Sadri Maksudi Arsal (öl. 1957) ve Mehmed Fuad Köprülü (öl. 1966). Bu iki modern hukukçunun da ortak özelliği Türk hukuk tarihinin oluşumunda ana etkiye sahip olduğunu iddia ettikleri İslâm öncesi dönemi ön plana çıkarmalarıdır.

Türk Hukuk Tarihi alanında ilk eser sahibi olan⁶ Arsal, Türk hukuk tarihinin Türklerin hukuk tarihi olduğunu savunur ve İslâm öncesi Türk hukukunun gün yüzüne çıkartılarak İslâm'dan bağımsız bir Türk hukuk tarihinin inşa edilmesi gerekliliğinden bahseder. Beş devre ayırdığı⁷ Türk hukuk tarihinin ilk devri olan "Orta Asya Devri" müellif için oldukça önemlidir. Bu devre bu kadar önem atfetmesi Türklerin kökeninin Orta Asya'dan gelmiş olmasının yanı sıra İslâm hukukundan bağımsız bir Türk hukuk tarihinin ortaya çıkarılması için zemin teşkil etmesinden kaynaklanmış olabilir.⁸

"Türk Tarihi ve Hukuk"⁹ isimli eserinde Avrupa hukukunun rönesans öncesi skolastik döneminden bahis açan Arsal konuyla ilgili dipnotta Türk hukuk tarihi içerisinde İslâm hukukunun hâkim olduğu dönemi bu döneme benzetir:

"İslâm aleminde de aşağı yukarı aynı vaziyet vardı. Din ve ahlak sahasında otorite Kur'an, Hadis ve büyük din otoritelerinin reyleri, felsefe sahasında ise Aristo'nun ve İslâm filosoflarının İslâm dini esaslarına uygun olan fikirleri idi. İslâm aleminde Roma hukukunda olduğu gibi dine istinad etmeyen bir hukukta yoktu. İslâm dünyasında hukuk dahi tamamen dine tabi idi, hukukla din birleşmişti."¹⁰

Dine dayanması noktasından İslâm hukukunu Roma hukukuna benzeten Arsal başka bir eserinde Avrupa'nın bugünkü medeniyet seviyesine gelmesinde İslâm medeniyetinin çok büyük bir rol oynadığını, Yunan medeniyetinin İslâm alimleri tarafından Avrupa'ya aktarıldığının unutulmaması gerektiğini söyler.¹¹ Yazara göre, Osmanlı'nın çöküş dönemlerinde alimlerimizin bir çoğunun Avrupa'daki bilim, teknoloji ve felsefe sahalarında meydana gelen gelişmelere sırt dönüp bu gelişmeleri takip etmemeleri ne kadar yanlışsa bugün Avrupa'yı örnek alan bizim münevverlerimizin İslâm kültür tarihini ihmal etmeleri de bir o kadar yanlıştır. Çünkü insanlık bir bütündür ve medeniyetlerin birbirlerinden etkilenmesi tabii bir hadisedir.¹² Müellif ayrıca günümüz hukuk sistemlerinin dayandığı yüksek felsefi ve ahlakî esasların bir taraftan idealist âlim ve düşünürlerin eserlerine diğer taraftan ise büyük Peygamberlerin talimlerine dayandığını beyan eder.¹³

⁶ Ali Birinci, "Türk Hukuk Tarihçisi Sadri Maksudî'nin Hayat Hikâyesi ve Eserleri", *İstanbul Hukuk Mecmuası* 75 (Aralık 2017), 93.

⁷ Sadri Maksudi Arsal, *Türk Tarihi ve Hukuk* (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1947), 17.

⁸ Murtaza Bedir, "Osmanlı Öncesi Türk Hukuk Tarihi Yazıcılığı", *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi* 5 (Mayıs 2005), 31.

⁹ Bu kitap müellifin 1925 yılından Ankara Hukuk Fakültesinde ve sonraki yıllarda ise İstanbul Hukuk Fakültesinde yıllarca okuttuğu "Türk Hukuk Tarihi" derslerinin geliştirilmesi sonucu ortaya çıkmıştır. Birinci, "Sadri Maksudî'nin Hayat Hikâyesi", 96.

¹⁰ Arsal, *Türk Tarihi ve Hukuk*, 9.

¹¹ Mesela, müellif Fârâbî'nin (öl. 339/950) hukuk felsefesi tarihinde çok müstesna bir yerinin olduğuna dikkat çekerek bütün insanlığı kapsamına alacak devletlerarası teşkilat tasavvurunu ilk olarak açık bir şekilde ifade eden kişi olduğunun altını çizer. Sadri Maksudi Arsal, *Hukuk Felsefesi Tarihi* (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1945), 141.

¹² Arsal, *Hukuk Felsefesi Tarihi*, 46-47.

¹³ Arsal, *Hukuk Felsefesi Tarihi*, 308.

Bedir, Arsal'ın bu eseri (Türk Tarihi ve Hukuk) İslâm öncesi döneme hasretmesinin, dönemin dini toplumsal her alandan soyutlamak şeklinde cereyan eden ideolojisinin bir sonucu olarak görmektedir.¹⁴

Müellif, İslâmiyet öncesi Türk hukuk tarihine kaynak olarak gösterdiği Karahanlılar dönemi eserlerinden olan Yûsuf Has Hâcib'in (öl. 1077) kaleme aldığı Kutadgu Bilig'de İslâm dininin çok az bir etkiye sahip olduğunu söyler.¹⁵ Hatta bu eseri İslâm dünyasında idare ile ilgili yazılan benzeri eserlerden ayıran en önemli özelliğin İslâm dininin prensiplerine değil akla ve eski Türk örf ve adetlerine dayanması olduğunu özellikle vurgular.¹⁶

Türk hukukunda İslâm öncesi dönemin önemli bir yere sahip olduğunun altını çizen diğer isim Köprülü'dür. Köprülü'nün İslâm hukuku ile alakalı çalışmaları, daha çok hukuk sosyolojisi alanında olmuştur. Vakıf, hisbe gibi İslâm hukukunun içtimai hayata taalluk eden kurumlarını¹⁷ araştırma konusu yaparak bu mevzuların modern hukuk içerisinde incelenmesi gerektiğini savunmuştur. Bununla birlikte Köprülü, fıkha dair iyimser olmayan bir tablo çizmektedir. Yazılarında yer yer fakihleri “tenkitçi ve objektif bir zihniyete tesadüf”¹⁸ edememekle suçlar, fıkıhı da “ortazaman Müslüman hukukçularının dar ve şematik nazariyeleri”¹⁹ ve “hayali sistemleri”²⁰ diyerek eleştirir. Yine İslâm hukuku hakkında “devlet otoritesine serbest bir faaliyet tanımayan dar ve geri nazariyeler” ve “menşei Kitap ve Sünnet'ten -yâni iptidaî Arap örfiyle Hz. Muhammed'in kanun koyucu şahsiyetinden- almakla beraber, bu hukuk, muhtelif yabancı hukuk sistemlerinden müteessir olmuş”²¹ şeklinde ifadelerine rastlanmaktadır.

Müellif ne tarihçilerin ne de hukukçuların “içtimai tarih tetkikatına” girişemediklerinden dolayı münferit “bir Türk hukuku mevcut olmadığı” şeklinde yanlış bir düşünceye²² saplanıp kaldıklarını söyler. İslâm kamu hukukunun oluşmasında Kitap ve Sünnetin çok az katkı sağladığını²³ ve kamu hukukunun Türklerin öteden beri sahip oldukları devletçilik zihniyetinin bir ürünü olarak meydana geldiğini söylemektedir.²⁴

Köprülü'nün İslâm hukukuna iki önemli katkısı olduğu söylenebilir. Bunlardan ilki hukukî nitelikleriyle ön plana çıkan müesseseleri içtimai açıdan incelemenin ehemmiyetini ortaya koymasıdır. O, içtimai tarih tetkikatına büyük önem vermiş, hukuku

¹⁴ Bedir, “Türk Hukuk Tarihi Yazıcılığı”, 31.

¹⁵ Arsal, *Türk Tarihi ve Hukuk*, 98.

¹⁶ Arsal, *Hukuk Felsefesi Tarihi*, 148. Türk hukuk tarihinin oluşumunda Türklerin İslâm öncesi dönemdeki örf ve adetlerinin etkili olduğu noktasında Arsal'la aynı düşünce yapısına sahip olan Fuad Köprülü ise Kutadgu Bilig'de çok güçlü bir İslâmi etkinin var olduğunu ve bu eseri İslâm öncesi dönemlerdeki hukukî yapıyı aydınlatmak için kaynak olarak görenlerin yanıldığını ifade etmiştir. Köprülü'nün burada kastettiği kişinin Arsal olması kuvvetle muhtemeldir. M. Fuad Köprülü, *İslâm ve Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları ve Vakıf Müessesesi* (İstanbul: Ötüken Neşriyat, 1983), 23 (dip. 47).

¹⁷ “Vakıf Müessesesi ve Vakıf Vesikalarının Tarihi Ehemmiyeti” adlı yazısını örnek olarak gösterebiliriz. Köprülü, *Vakıf Müessesesi*, 311.

¹⁸ Köprülü, *Vakıf Müessesesi*, 353.

¹⁹ Köprülü, *Vakıf Müessesesi*, 3. Başka bir sayfada da “İslâm hukukunun devlet otoritesine serbest bir faaliyet tanımayan dar ve geri nazariyeleri” şeklinde ifadesi mevcuttur. Köprülü, *Vakıf Müessesesi*, 35. (Kitapta 35. sayfa sehven 36 diye basılmıştır.)

²⁰ Köprülü, *Vakıf Müessesesi*, 35.

²¹ Köprülü, *Vakıf Müessesesi*, 18.

²² Köprülü, *Vakıf Müessesesi*, 5-6.

²³ Kur'an ve Sünnetin İslâm kamu hukukuna katkısının yüzde bir olduğunu Avrupalı Şarkiyatçı Van Kremer'den nakletmiştir. Köprülü, *Vakıf Müessesesi*, 18.

²⁴ Köprülü, *Vakıf Müessesesi*, 3-35.

sadece kanun metni olarak görenleri ise eleştirmiştir. Diğer önemli katkısı ise, şarkiyatçıların İslâm hukukuna olan ilgisinden ve oryantalist literatürden bahsederek modern çevrelerce İslâm hukuku hakkında çalışmalar yapılmasının meşruiyetini bi'l-vâsiâ desteklemiş olmasıdır.²⁵ Bunun İslâm hukukundan bahsetmenin anlamsızlaştı/rıldı/ğı bir dönemde çok önemli bir katkı olduğu aşikardır. Müellif çalışmalarında oryantalist literatürü bolca kullanmış ve oryantalist yazarlardan övgüyle bahsetmiştir.²⁶

1.3. Sabri Şakir Ansay

İslâm hukukuna dair eser veren modern hukukçulardan biri de Sabri Şakir Ansay (öl. 1962)'dir. Ankara Hukuk Fakültesi'nde Hukuk Tarihi ve Hukuk Başlangıcı kürsüsü²⁷ görevindeyken fakültenin birinci sınıfında okuttuğu Hukuk Tarihi dersleri sırasında fıkha dair yaptığı takrirlerin genişletilmesi ile ortaya çıkan²⁸ “Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku” adlı eseri önce Ankara Hukuk Fakültesi'nde sonrada Ankara İlahiyat'ta ders kitabı olarak okutuldu. Yazar fıkhi bilmenin Türk hukuk tarihini anlamak, eski hukukumuzun ait problemleri çözüme kavuşturmak ve İslâm hukukunun yürürlükte olduğu komşu ülkelerde meydana gelen hadiseleri analiz edebilmek açısından önemli olduğunu vurgular.²⁹

Kitapta fıkıhın kaynakları, mezhepler ve İslâm hukuk sistemi ile ilgili genel bilgiler verildikten sonra şahıs, eşya ve borçlar hukuku şeklinde bir sınıflandırma yapılır. Bu bakımdan eseri İslâm hukukunun modern hukuka uyarlanması girişiminin ilki saymak mümkündür.³⁰

Müellif, kitabının önsözünde hukukun inançla alakalı olmadığını, onun bir dünya nizamı olduğunu, dinden ayrı bir alan olarak düşünülmesi gerektiğini, Doğu'nun hukuku hala dinle irtibatlandırdığını, bu düşüncenin memleketin geri kalmasına ve sorunlara sebep olduğunu belirttiikten sonra bir de ulemâyâ -birazda küçümseyerek- sitemde bulunur:

“Eski devirlerden bugünkü anlamda bir laiklik beklenemezse de bugün aramızda hâlâ Mecelleye veya Suûdi Arabistan'daki otoriteye hasret çeken ulemâcılara rastlanabilmektedir. Bin bu kadar yıl önce mer'i olduğu toprakların halkına, onların yaşayış seviyelerine ve ihtiyaçlarına pek uygun olabilen bir nizamı, hayat şartları, siyasî münasebetleri büsbütün başka olan bir cemiyette özlemek, yalnız bugünü değil, dünü de anlamak kabiliyetinden mahrum bulunmak demek olur.”³¹

Ansay bu sitemini biraz daha ileri taşıyarak İslâm dinini överken İslâm ulemâsını ağır bir şekilde tenkit eder. Yazara göre, İslâm âlimleri hep gelecek zamanla ilgili ahlâkî

²⁵ Kaya, “Fıkıh Literatürü: Bir Hasıla”, 18.

²⁶ Köprülü, *Vakıf Müessesesi*, 16-20. Müellif “iki büyük İslâmiyatçı” olarak taktim ettiği Schnouck - Hurgaronje ve Goldziher'i “İslâm hukuku kaynaklarını eski ve sağlam vesikalara istinad” ettirdiklerini söyleyerek överken Sava Paşa'yı “XI.-XV. asırlarda tesbit edilmiş ananelere tâbi” olduğunu söyleyerek yermektedir. Köprülü, *Vakıf Müessesesi*, 16.

²⁷ Kemal Tahir Gürsoy, “Prof. Sabri Şakir Ansay'ın Ardından”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 19/1 (Mayıs 1962), XIV.

²⁸ Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku* (Ankara: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, 1954), 3.

²⁹ Ansay, *Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku*, 9.

³⁰ Kaya, “Fıkıh Literatürü: Bir Hasıla”, 35.

³¹ Ansay, *Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku*, 5.

bozukluktan bahsetmiş, hayatın akışındaki kaçınılmaz değişimi dikkate almamış, İslâm dininin kanun koyucular için her zaman yol gösterici olacak “yüksek prensiplerini geliştirememişler ve ba’zan bütün bir tarafa bırakmışlar ferdin himayesinde ifrâta giderken öbür taraftan onu ihmal etmişler, İslâm’ın esas umdelerinden olan hayat, hürriyet, mülkiyet ve iktisap haklarına, rızâ ve râdeye [faide, menfaat], krediye layık olduğu sağlam mevki verememişlerdir.”³²

Yine ulemânın dünyadaki gelişmeleri görmezden gelip kelime ve mefhumlarla uğraştıklarını, “skolastik, çürük bir mantık içinde” bocalayıp durduklarını, cehaletlerinden akli ön plana çıkararak İslâm’ı anlayamayarak “onun dinamik hukukunu nakillere ve muayenesi, teemmülü memnu' kavillere irca' cansız hale” getirdiklerini, hukuku zamanın ihtiyaçlarına cevap verecek şekilde güncellemek yerine hep eski zamanlardan kalma kalıp ve kaidelere uydurmaya çalıştıklarını söyleyerek eleştirilerine devam eder. Ulemânın İslâm hukukundaki dinamizm ve canlılığı işletemediklerini, bu nedenle karşılıklarına çıkan problemleri çözmek için yalancılığa, riya ve hileye başvurduklarını, böylece dinin kutsiyetini, manevi otoritesini sarstıklarını söyleyen müellif, bütün bunların nedeninin hukuka dini bir karakter verilmesi olduğunu iddia eder.³³

Ansay’ın diğer eseri “Eski Aile Hukukumuzda Bir Nazar: Hukuk İnkilâbımızı Aydınlatan Tarihî-Teşri’î Vesikalar”³⁴ adlı derleme çalışmasıdır. Eserde 1917 Hukûk-ı Âile Kararnâmesi’nden 1924’te oluşturulan Ahkâm-ı Şahsiye Komisyonu tarafından hazırlanan 1340 (1924) tarihli tasarıya kadar aile hukuku ile alakalı kanun belgeleri bir araya toplanmıştır. Yazar eseri iki nedenle kaleme aldığını belirtir. Birincisi, aile hukukuna dair yapılan kanunlaştırmaların modern kanunlar karşısındaki başarısızlığını ortaya koymak, diğeri ise Osmanlı hakkında araştırma yapmak isteyen Batılı ilim adamlarının bu belgelere ulaşma taleplerini karşılamak.³⁵

Hayrettin Karaman, Arsal ve Ansay gibi fıkıhtan daha çok tarihi bir malumat olarak bahseden modern hukukçulara bir eleştiride bulunur:

“Cumhuriyetin okumuşları ile üniversite öğretim üyeleri içinden hukukla meşgul olanlar, ya İslâm Hukukunu hiç kale almazlardı, yahut da bazı müsteşriklerin etkisi altında ölmüş, hukuk ilmine vereceği hiçbir şeyi kalmamış müzelik bir kurumdan ve ilimden söz edercesine ona temas ederlerdi. Ankara İlahiyat Fakültesinde Okutulan Sabri Şakir Ansay’ın ‘Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku’ isimli kitabı bu yaklaşımın tipik bir örneğidir.”³⁶

1.4. Çoşkun Üçok

Hukuk tarihi bağlamında İslâm hukukundan bahseden modern hukukçulardan birisi de Sadri Maksudi Arsal’ın talebesi olan Çoşkun Üçok (öl. 1988)’tur. “Türk Hukuk Tarihi Dersleri” ismini taşıyan eseri daha sonra Ahmet Mumcu ve Gülnihal Bozkurt’un da katkılarıyla genişletilerek “Türk Hukuk Tarihi” ismiyle basılmıştır. Eserin ikinci

³² Ansay, *Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku*, 5.

³³ Ansay, *Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku*, 5-6.

³⁴ Sabri Şakir Ansay, *Eski Aile Hukukumuzda Bir Nazar: Hukuk İnkilâbımızı Aydınlatan Tarihî-Teşri’î Vesikalar* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1952).

³⁵ Ansay, *Eski Aile Hukukumuzda Bir Nazar*, 2.

³⁶ Hayrettin Karaman, *Laik Düzendeki Dini Yaşamak-4* (İstanbul: İz Yayıncılık, 2006), 688.

bölümünde ana hatlarıyla İslâm hukuku işlenmiştir. Eserde İslâm hukukunun da “diğer hukuk sistemleri gibi kendi kendine değil, diğer hukuk sistemlerinin etkisi altında ve yavaş yavaş geliştiği”, Türklerin İslâmiyet’i kabul etmesiyle mecbur kalarak bu hukuk sistemini kullandıkları, hicri üçüncü yüzyılda içtihat kapısının kapatılmasıyla bu hukuk sisteminin dondurularak gelişmelere ayak uyduramadığı, içtihat faaliyetinin durdurulma vaktinin de Türklerin İslâm alemine hâkim olmaya başladığı bir zaman dilimine denk geldiğinden dolayı Türklerin fıkıhın gelişimine katkı sağlayamadıkları, Türklerin İslâm hukukunu uygulayabildikleri kadar uygulayıp sonra da zorunlu olarak terk ettikleri iddiaları yer almaktadır.³⁷

2. Vakıflarla Alakalı Eserler

1937 tarihinde “Mecelle şârihi Küçük Ali Haydar Efendi (öl. 1935)’nin oğlu”³⁸ Ahmet Esat Arsebük (öl. 1957) vakıflarla ilgili bir eser kaleme almıştır. Arsebük, Adliye Ceridesi’nde neşredilen eserinde, Yüksek Adliye Vekâletinin Osmanlı vakıf hukukunu bilmeyen yeni hukukçulara eski mevzuatın öğretilmesi amacıyla kendisinden bir eser yazmasını istediğini ve eseri bu nedenle yazdığını söyler. Yazar, “eski hâdiseler hakkında tatbik edilmesi lâzım gelen bu esaslar bugün hâlâ para ölçülerile ifade edilemeyecek kadar büyük servetleri” alakadar ettiğini, mahkemelerde eski vakıf ahkâmı ile alakalı binlerce davanın mevcut olduğunu, bu nedenle “yüksek vekâletin emrini büyük bir memnuniyet ve şükranla” karşıladığını ifade eder.³⁹

Aynı tarihte Vakıflar Umum Müdürlüğü “Cumhuriyetten Önce ve Sonra Vakıflar: Tarih Kongresi ve Sergisi Münasebetile Türk Tarih Kurumuna Takdim Olunan Rapor”⁴⁰ isimli bir eser yayımlar. Beş bölümden müteşekkil eserde sırasıyla; vakfın hukukî ve idarî cephesi, estetik ve arkeoloji bakımından vakıflar, vakfın içtimai cephesi, vakfın malî ve iktisadî cephesi, dünkü ve bugünkü vakıf başlıkları yer almıştır. Son bölümde meşrutiyet ve mutlakiyet devirlerinde vakıf müessesesinin amacından saparak vakfın gelirlerinin yanlış yerlere harcanıp israf edildiği ifade edilmekte ve bu yerlerin başında da medrese ve tekkelerin geldiği belirtilmektedir.⁴¹ Eserde vakıflar “Türklüğün orijinal eserleri” olarak takdim edilerek vakıfların tarihinin Türklerin tarihiyle başladığı ifade edilmektedir.⁴²

1938’de de Halim Baki Kunter (öl. 1971) vakıflarla alakalı bir eser neşretmiştir.⁴³ Eser 1939’da kitap olarak da neşredilmiştir. Kunter vakfın öteden beri dini ve İslâmî bir kurum olduğunun iddia edildiğini, halbuki Türk vakıflarının İslâmiyet’ten önce ortaya çıktığını ve “Buda dinindeki Türkler tarafından da çok rağbet gösterilen sosyal bir müessese” olduğunu söyler.⁴⁴

³⁷ Çoşkun Üçok vd., *Türk Hukuk Tarihi* (Ankara: Savaş Yayınevi, 1996), 46-47.

³⁸ Kaya, “Fıkıh Literatürü: Bir Hasıla”, 30.

³⁹ Esat Arsebük, “Mameleke İstinad Eden Şahsiyet: Vakıf”, *Adliye Ceridesi* 8/12 (1937), 1130.

⁴⁰ *Cumhuriyetten Önce ve Sonra Vakıflar: Tarih Kongresi ve Sergisi Münasebetile Türk Tarih Kurumuna Takdim Olunan Rapor* (İstanbul: Vakıflar Umum Müdürlüğü Neşriyatı, 1937).

⁴¹ *Cumhuriyetten Önce ve Sonra Vakıflar*, 67.

⁴² *Cumhuriyetten Önce ve Sonra Vakıflar*, 4-5.

⁴³ Halim Baki Kunter, “Türk Vakıfları ve Vakfiyeleri Üzerine Mücmel Bir Etüd”, *Vakıflar Dergisi* 1 (1938), 103-129.

⁴⁴ Kunter, “Türk Vakıfları”, 103-104.

Daha önce Köprülü'nün vakıfla alakalı çalışmalarının mevcut olduğu nakledilmişti. Köprülü vakfın menşei ve tarihi tekemmülü konusu üzerinde duran en önemli isimlerdendir. Yazar farklı mezheplerden olan ulemânın genelinin -Kur'an'da konuyla ilgili açık bir nas bulunmamakla birlikte Peygamberin çeşitli hadislerine dayanarak- bu kurumun kaynağının İslâmiyet olduğunu kabul ettiklerini söyleyerek bunlardan İmam Şâfiî'nin (öl. 204/820) İslâmiyet'ten önce Arap Yarımadasında böyle bir müessesenin mevcut olmadığı görüşünü el-Üm eserinden nakleder.⁴⁵

Şâfiî'nin vakfın şiddetli bir taraftarı olduğunu ve el-Üm eserinde vakfa taraftar olmayanları şiddetli bir şekilde tenkit ettiğini belirten Köprülü, kitapta isimleri zikredilmese de bu eleştirilerin muhatapları arasında İmâm-ı Âzam'ın (öl. 150/767) ve Kādî Şüreyh'in (öl. 80/699 [?]) olduğunu söyler. Müellif vakıf hakkındaki birçok meselede İmâm-ı Âzam'a ve İmam Muhammed'e (öl. 189/805) muhalefet eden Ebû Yûsuf'un (öl. 182/798) Hanefî mezhebindeki vakıf müessesesinin esaslarını belirlediğini ifade eder. O, aslında İmam Yûsuf'un da diğer bazı ulemâ gibi birkaç hadise dayanarak (müellif bu hadislerden bahsetmez) "Kur'an'ın miras hakkındaki kat'î hükümlerini tâdil edebilecek bir müesseseyi" tecviz etme cesaretini gösteremediğini, sonraları içtimaî/sosyal zaruretlerin bu müessesenin inkişafını doğurduğunu ve İmam Yûsuf'un bir hac yolculuğunda Medine'deki vakıfları görerek bu kurumun İslâm ümmeti için çok hayırlı olduğu kanaatine vararak bütün muarızlarına rağmen bu sistemi kurarak muvaffak olduğunu belirtir.⁴⁶

Köprülü bu bilgileri aktardıktan sonra İslâm alimlerinin vakfın menşei İslâmiyet'e dayandırmalarının tarihi realiteyle uyuşup uyuşmadığının tetkik edilmesi gerektiğini söyleyerek⁴⁷ vakfın menşei konusunda Avrupa müelliflerinin ileri sürmüş oldukları nazariyeleri tek tek ele alır. Bu nazariyelerden yazarın kabul ettiği nazariye "Bizans Hukuku Menşei Nazariyesi"dir. Buna göre vakıf kurumu fikhın veraset hükümlerini hükümsüz kılmak maksadıyla ortaya çıkmış ve "ilk örneğini Bizans'ın Suriye ve Mısır'daki dini müesseselerinden" almıştır.⁴⁸

Ali Himmet Berki (öl. 1976) ise vakfın eski zamanlardan beri insanlar tarafından kabul edilen bir hayır müessesesi olduğunu, bu kurumun tekâmülünün ise İslâmiyet sayesinde gerçekleştiğini, fakirlere ait vakıfların ise tamamen İslâmiyet'e ait olduğunu ifade etmiştir.⁴⁹

3. İslâm Hukukunun Bağımsız Bir Hukuk Olarak Tanınması ve Mukayeseli Hukuk Çalışmaları

1932 ve 1937 tarihlerinde modern hukukçuların fıkıh hakkında çalışma yapmalarına sebep olacak bir gelişme yaşandı. Senhûrî (öl. 1971), Ebu Zehra (öl. 1974) ve Mahmasânî (öl. 1986) gibi Batı hukuk sistemlerinin örnek alınarak İslâm hukukunun yeniden inşa

⁴⁵ Köprülü, *Vakıf Müessesesi*, 356. İmam Şâfiî bahsi geçen yerde cahiliye devrinde oğul için ya da Allah adına vakfın yapılıp yapılmadığı konusunda bilgilerinin olmadığını ifade etmektedir. bk. Ebû Abdillâh Muhammed b. İdrîs b. Abbâs eş- Şâfiî, *el-Üm* (Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, 1393/1983), 4/60.

⁴⁶ Köprülü, *Vakıf Müessesesi*, 356-357.

⁴⁷ Müellif vakfın menşei İslâmiyet olmadığı konusunda kesin bir kanaate sahiptir: "...kat'iyetle söylenebilir ki, vakıf müessesesi, doğrudan doğruya İslâm dininin dini-ahlâkî esaslarından doğmuş ve münhasıran İslâmî bir müessese değildir." Köprülü, *Vakıf Müessesesi*, 368.

⁴⁸ Geniş bilgi için bk. Köprülü, *Vakıf Müessesesi*, 356-367.

⁴⁹ Ali Himmet Berki, *Vakıflar İkinci Kitap* (Ankara: Nur Matbaası, 1950), 5.

edilmesini amaçlayan Ortadoğulu İslâm hukukçuları⁵⁰ Lahey “Uluslararası Modern Hukuk Kongresi”nde sundukları tebliğler sayesinde İslâm hukukunun bağımsız bir hukuk olarak tanınmasını sağladılar.⁵¹ Bu da modern hukukçulara mukayeseli hukuk bağlamında İslâm hukukundan bahsetme imkânı tanıdı.

3.1. Ahmet Reşit Turnagil

Mukayeseli hukuk sahasında verilecek ilk örnek Ahmet Reşit Turnagil’in “İslâmiyet ve Milletler Hukuku”⁵² adlı çalışmasıdır. Bu eser Turnagil’in 1937 yılında Lahey’de milletlerarası hukuk akademisi profesörlüğü sırasında vermiş olduğu derslerin elden geçirilmesi sonucu vücuda getirilmiştir. Turnagil’in eseri yazma gayesini bizzat kendi dilinden dinleyelim:

“Şu ‘İslâmiyet’ ve ‘milletler hukuku’ tabirlerini güya medlûlleri arasında mevcut zıddiyetin fark ve temyiz edilebilmesi için karşılaştırmak üzere yan yana koymadım; hâkim huzuruna çıkan iki hasım gibi birbirinin yanına getirmedi; onları böylece birbirine şerik ve refik [ortak ve arkadaş] etmekle her birinin usulünü ve erkânını esasî kaidelerini mukayese etmek ve bu kıyas neticesinde ve sayesinde, birbirine uygunluklarını belirtmek, ta bidayette imtizaçlı, ahenkli karabetlerini göstermek niyetinde bulundum.”⁵³

Turnagil, yabancıların İslâmiyet’in milletler hukuku konusunda pek bilgilerinin olmadığını, onlara göre İslâm’la milletler hukuku arasında herhangi bir uyumun söz konusu olamayacağını, çünkü onların tasavvurlarında İslâm dini, bu dini kabul etmek istemeyen kimsenin “boynunu vurmağa hazırlanmış bir kılıç suretinde musavver”⁵⁴ olduğunu söyleyerek eseriyle İslâm dininin savaş dini olduğu şeklindeki yanlış algıyı kırmağa çalışır. Turnagil, İslâm hukukunun özel hukuk sahasında birçok çalışma ve tercümelerin olduğunu bu nedenle yabancıların bu alanla ilgili bilgi edinebilecekleri yeteri kadar kaynağa ulaşabildiklerini fakat milletler hukuku sahasında bunun böyle olmadığını “doğru ve açık tercümelerin” yokluğu sebebiyle bırakın normal bir vatandaşı yabancı hukuk ehlinin bile “kesif karanlıklar” içerisinde kalacağını ifade eder. Arkadaşım ve dostum dediği Leon Ostrorog (öl. 1932)’un da Mâverdî (öl. 450/1058)’nin “el-Ahkâmü’s-Sultâniye” eserini Fransızcaya tercüme etmesindeki hareket noktasının yabancıların İslâm milletler hukuku alanına ait bu yanlış ve kötü algıyı bertaraf etmek olduğunu ve Ostrorog’un bunu kendisine tekrarlar ifade ettiğini nakleder.⁵⁵

Yazar, çalışmasına önce İslâm milletler hukukuna dair eser tanıtımlarıyla başlar. Sonraki bölümlerde ise barış ve savaş zamanlarında uygulanacak olan ahkâma yer verir. Eserin sonunda ise ek olarak Peygamber Efendimiz ve ilk halifeler dönemindeki bazı

⁵⁰ Kaya, “Fıkıh Literatürü: Bir Hasıla”, 32.

⁵¹ Ali Himmet Berki, *Hukuk Tarihinden İslâm Hukuku I* (Ankara: Diyanet İşleri Reisliği Yayınları, 1955), 5; Saffet Köse, *İslâm Hukukuna Giriş* (İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2015), 39, 76.

⁵² Eser ilk önce 1942 ve 1943 yıllarında 3 makale şeklinde İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisinde yayımlanıyor. 1943’de Kenan Matbaasında kitap halinde basımı da gerçekleştiriliyor. 1972’de de Sebil Yayinevi tarafından tekrar basılıyor.

⁵³ Ahmet Turnagil, “İslâmiyet ve Milletler Hukuku 1”, *Journal of Istanbul University Law Faculty* 8/1-2 (1942), 16.

⁵⁴ Turnagil, “İslâmiyet ve Milletler Hukuku 1”, 17.

⁵⁵ Turnagil, “İslâmiyet ve Milletler Hukuku 1”, 18.

anlaşmalardan bahseder. Kaya bu eser hakkında “sanki Meşrutiyet devrinde bir İslâmcı tarafından kaleme alınmıştır”⁵⁶ ifadesini kullanır.

3.2. Şakir Berki

Mukayeseli hukuk çerçevesinde Şakir Berki'nin (öl. 1988) eserlerine de temas etmek gerekmektedir. Berki'nin, Hayrullah Hâmîdî ile birlikte yazdığı “İslâm Hususi Hukukunun Ana Prensipleri: ‘Kur’anda Hukuk”⁵⁷ adlı eseri müelliflerin seçtikleri Kur’an âyetlerinin medeni hukukun temel kavramlarına göre sınıflandırılması ile meydana getirilmiştir. Berki'nin ayrıca mukayeseli hukuk bağlamında miras hukuku ile ilgili çalışmaları dikkat çekicidir.⁵⁸ Bu çalışmalarında İslâm miras hukuku ile medeni hukuk karşılaştırması yapmaktadır. “İlahi hukuk sistemi olması dolayısıyla İslâm hukuku miras sistemi ile beşerî modern miras sistemleri ve bu arada Türk Medeni Kanunu arasında çok enteresan ve kayda şayan ve teemmüle [düşünmeye] sevk edici çeşitli” farkların bulunduğunu belirten Berki bu farkları izah etmenin üç açıdan ehemmiyetli olduğunu söyler. Birincisi, mukayeseli hukuk açısından; beşerî hukuk sistemleri ilâhî hukuk sistemlerinden birçok prensip ve müesseseler almıştır. Ayrıca ilâhî hukuk sistemleri bütünüyle ilâhî irade eseri olarak ortaya çıkmamış, ana esas ve ilkelerini ilâhî iradeden alan bu sistemler beşer eliyle oluşturulmuştur. Bu iki esas mukayeseli hukuk bakımından ilâhî hukuk sistemlerinin incelenmesini gerekli kılmıştır. İkincisi, uygulama bakımından; medeni hukuk insanlara aralarında anlaştıkları sürece mirası diledikleri hukuk sistemine göre paylaşma hakkı tanımıştır ki bu açıdan ilâhî hukuk sistemlerinin miras hükümlerinin bilinmesi fayda sağlayacaktır. Üçüncüsü ise devletler özel hukuku açısından; hâkimler ülkemizde ikamet eden ve İslâm hukukuna tabi olan yabancı şahısların davalarıyla karşılaşabilirler. Bu durumda hâkimlerin İslâm miras hükümlerini bilmesi gerekmektedir.⁵⁹ Berki bunları izah ettikten sonra Roma hukuku gibi İslâm hukukunun ana hatlarının da hukuk fakültelerinde okutulmasının zarurî olduğunu belirtir.⁶⁰ Bunu belirtirken de devrin ideolojik yapısı gereği tepki çekeceğini düşündüğünden olsa gerek “bu iddianın siyasetle değil, ancak ve münhasıran ilimle alakası olduğu red edilemez”⁶¹ kaydını düşer.

Berki'nin İslâm miras sistemiyle medeni hukuk miras sistemi mukayesesi şu örnekle daha iyi anlaşılabilir. İslâm hukuk sisteminde esas olan “kanuni mirasçılık” iken medeni hukukta esas olan “ölüme bağlı tasarruftur”. Medeni kanunda miras bırakan şahıs isterse malının tamamını mirasçı olmayanlara devredebilirken, İslâm hukuk sisteminde hâkim, miras bırakan şahsın “üçte birini aşan vasiyetleri ancak bu tasarruf nisabı nispetinde infaz edip kanunî mirasçıların paylarını muhafaza eylemeye” yetkilidir. Medeni kanunda ise

⁵⁶ Kaya, “Fıkıh Literatürü: Bir Hasıla”, 33.

⁵⁷ Şakir Berki-Hayrullah Hâmîdî, *İslâm Hususi Hukukunun Ana Prensipleri: “Kur’anda Hukuk”* (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1956).

⁵⁸ Bu makalelerden bazıları şunlardır: Şakir Berki, “İslâm Hukuku Miras Sistemi ile Medeni Kanun’un Miras Sistemi Arasındaki Farklar”, *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 22/1-2 (Haziran 1978), 1-16; Şakir Berki, “Eski ve Yeni Medeni Hukukumuzda Miras Sistemleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 37/1 (Mayıs 1980), 223-237; Şakir Berki, “Kur’an’da Mirâs Hukuku”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 38/1 (Mayıs 1981), 107-132.

⁵⁹ Berki, “İslâm Hukuku Miras Sistemi ile Medeni Kanun’un Miras Sistemi Arasındaki Farklar”, 2-3.

⁶⁰ Berki başka bir yazısında da “İslâm hukukunun yalnız fakültelerimizde değil, bütün dünya fakültelerinde okutulması” gerektiğini söylemektedir. Şakir Berki, “İslâm Hukûkunun Muâsır Ehemmiyeti”, *İslâmın Nuru* 2/17 (Eylül 1952), 32.

⁶¹ Berki, “İslâm Hukuku Miras Sistemi ile Medeni Kanun’un Miras Sistemi Arasındaki Farklar”, 3.

hâkimin böyle bir yetkisi yoktur. Yalnız mirasçılar isterlerse kanuni paylarını korumak için “tenkis davası” açabilirler. Berki bu farkı ortaya koyduktan sonra hangi hukuk sisteminin daha isabetli olduğunu izah eder. Osmanlı miras hukukunun bu konuda daha isabetli olduğunu söyleyen Berki, Medeni kanunun hem bir kısım kimseleri kanunen mahfuz hisseli mirasçılı kılıp sonra da miras bırakan şahsın insafına terk etmesinin mahfuz hisseli kanuni mirasçılık ile bağdaşmadığını, İslâm hukukunda ise miras bırakan şahsın ancak malının üçte birini vasiyet edebileceği ve üçte ikilik kısımla mirasçılarının hakkının muhafaza edildiğini belirtir. Berki ayrıca modern hukukta mirasçılarının tenkis davası açma haklarının olduğunu fakat daha pratik bir yol varken kişilerin hak arama imkânlarını güçleştirmenin manası olmadığını, ayrıca zaman aşımına uğradığı zaman mirasçılarının bu haktan da mahrum olacaklarını sözlerine ekler.⁶²

3.3. Hukûk-ı İslâmiyye ve Istilâhât-ı Fıkhiyye Kâmusu'nun İstanbul Hukuk Fakültesi Tarafından Basılması

Ömer Nasuhi Bilmen (öl. 1971)'in “Hukûk-ı İslâmiyye ve Istilâhât-ı Fıkhiyye Kâmusu” eserinin 1949 yılında İstanbul hukuk fakültesi tarafından basılması⁶³ da mukayeseli hukuk ile gerçekleştirilmiştir.⁶⁴ Bilmen'in bu güzide eserine üç önemli modern hukukçu takriz yazmıştır. Bunlardan biri o dönemde İstanbul Üniversitesi Rektörlüğü görevini yürütmekte olan Sıddık Sami Onar (öl. 1972), ikincisi dönemin İstanbul Hukuk Fakültesi Dekanı Hüseyin Nail Kubalı (öl. 1981), diğeri ise İstanbul Üniversitesi Eski Dekanı Hıfzı Veldet Velidedeoğlu (öl. 1992)'dur.

Onar'ın yazdığı takriz sadece bir kitaba ve müellife övgü değil, bir modern hukukçunun İslâm hukukunun kıymetini taktir ile birlikte böyle bir hukuk sisteminden modern hukukun mahrum olmasından duyduğu üzüntünün dile getirilmesidir. “Hak ve adaletin en büyük ve feyizli kaynaklarından” olduğunu ifade ettiği İslâm hukukunun asırlar boyunca en uygar milletlerin ihtiyaçlarına kâfi geldiğini, böyle bir hukuk sisteminin mukayeseli hukuk içerisinde hak ettiği mevkiyi alamadığını ve Roma hukuku kadar değer görmediğini üzüntüyle ifade eder:

“Roma hukuku kaidelerinin zaman ve devlet şekilleri içinde geçirdiği istihale ve hayatın zaruretlerine intibak bakımından, ilim âleminde büyük bir kıymet arz ettiği halde İslâm hukukunun; aynı istihaleleri geçirmiş, hayat şartları birbirinden farklı ve ayrı ayrı medeniyetlere sahip olan Türk, Arap, İran, Hint gibi müteaddit İslâm milletlerinin içtimai bünyelerine uymuş ve ihtiyaçlarına cevap vermiş olmasına ve bugün de içinde adalet ve faziletin en esaslı hükümleri saklı bulunmasına rağmen mukayeseli hukuk sahasında ve hukukun tekâmülünde bugün bir rolü bulunmaması hukuk ilmi namına esefle karşılaşmak icabeder.”⁶⁵

İslâm hukukunun ilke ve esaslarını ortaya koyarak bunların kıymet ve ehemmiyetinin hukuk dünyası içerisinde dile getirilmesinin hukuk ilminin gelişimi açısından büyük bir hizmet olduğunu vurgulayan Onar, İslâm hukuku hakkında mukayeseli hukukun yöntem ve metotlarıyla yapılacak olan incelemelerin hem İslâm hukukunun önemini ortaya koyacağını hem de “birçok meselelerde cemiyetin en âdil hareket kaidelerini bulmağa yardım” edeceğini ifade eder. Müellif, Türklerin geçmişte fikhın inkişafı noktasında büyük

⁶² Berki, “Eski ve Yeni Medeni Hukukumuzda Miras Sistemleri”, 224-225.

⁶³ Ömer Nasuhi Bilmen, *Hukûk-ı İslâmiyye ve Istilâhât-ı Fıkhiyye Kâmusu* (İstanbul: Bilmen Yayınevi, ts.), 1/5.

⁶⁴ Bilmen, *Hukûk-ı İslâmiyye*, 8/289.

⁶⁵ Bilmen, *Hukûk-ı İslâmiyye*, 8/289.

hizmetler ifa ettiklerini, bugün de “bahri-bi-pâyan” olan İslâm hukukunun tüm incelikleriyle ortaya konularak “bu hukukun zaman kıymet hükümleri dahilinde tetkik ve izahı vazifesi”nin yine Türk hukukçularının omuzlarına yüklendiğini belirtir.⁶⁶

Onar, “asırlar ve kıtalar içinde, milletler ve medeniyetler arasında yayılmış muazzam bir hukuk manzumesi” olarak tavsif ettiği İslâm hukukunu yeni nesillere doğru ve anlaşılabilir bir şekilde aktarmanın her babayığının harcı olmadığını, Bilmen’in ilmi ve azmiyle bu çok güç işin üstesinden geldiğini söyleyerek ona teşekkür eder.⁶⁷

Hüseyin Nail Kubalı ise yazdığı takrizde önce milletlerin gelişmesinin nasıl olması gerektiğini açıklamakla başlayarak “milli medeniyet, bir bakıma, milli olanla yabancı olan her nevi kıymetlerin ve müesseselerin devamlı ve şuurlu bir surette milli icaplara göre telif ve terkip edilmesi yolu ile bir milletin hayatında teessüs eyliyen tarihi devamlılıktan ibarettir” der. Milletlere öz benliğini kazandıran bu tarihi devamlılığın “kaynağını milli mâzinin derinliklerinden alarak istikbale yönelen milli hayat hamlesinin ifadesi” olduğunu söyleyen Kubalı, milletlerin uygarlık seviyelerinin ve hayatîyetinin geçmişle gelecek arasındaki bu bağlantıyla sıkı bir münasebetinin olduğunu ifade eder.⁶⁸

Tarihi devamlılığın milletlerin tekâmülü için hayati bir önem arz ettiğini vurgulayan Kubalı, bizim tarihimizin Doğu ve Batı mücadelesiyle geçtiğini Tanzimat’tan beri Batı’ya doğru süratli ve dengesiz bir meylin başladığını ve Cumhuriyet dönemindeki sert değişimle öz değerlerimizi ve müesseselerimizi Batı değer ve müesseseleriyle yer değiştirerek tarihi devamlılığımızda bir sarsıntı meydana geldiğini ifade eder. Doğu ile Batı’nın mücadelesinde olması gereken iki medeniyeti mezcetmekken; “Garbın iyisini almak, Şarkın iyisini yaşatmak ve bunları, milli zaruretlere göre telif ve terkip etmek”, mücadelenin sertliği bu makul yolu bize terk ettirerek hatalı olan; “bu medeniyetlerden birini bütünü ile kayıtsız, şartsız kabul etmek, diğerini ise toptan ve kayıtsız, şartsız red ve inkâr etmek” yolunu irtikâp ettirdi. Kubalı devamlı bu konudaki meselenin aslını ve yapılan hatayı şu cümleleriyle gözler önüne serer:

“Asıl mesele, kanaatimizce, Garp-Şark probleminin öteden beri vazediliş tarzında, Garpla Şarkın gerek beşerî gerekse milli zemin üzerinde, birbirini tamamlayabileceklerine, birbiri ile, hiç değilse bazı noktalarda, kaynaşabileceklerine inanmamakta idi. Bu inanmamazlık memleketimizin ve milletimizin tarihi ve coğrafi realitelerine nazaran, büyük bir hata idi ve çok uzun yıllardan beri için çırpınıp durduğumuz intikal devresinin ve onun doğurduğu maddi ve manevi buhranların devam edip gitmesine meydan verecek mahiyette idi.”⁶⁹

Kubalı, yaptığı bu durum tespitinden sonra yapılması gerekenin Doğu-Batı taassubunu bırakarak farklı farklı medeniyet ve kültür muhitlerinden gelen tesirlere “şuurlu bir şekilde açık, onları şekilden ziyade ruh ve esasa yöneltmek milli şartlarımızla en makul tarzda telif ve terkiye muktedir, kendisi ve insanlık camiası hakkındaki vazifelerini daha fazla müdrik, olgun, köklü bir millet haysiyetiyle hareket etmek” olduğunu söyler.⁷⁰

⁶⁶ Bilmen, *Hukûk-ı İslâmiyye*, 8/289.

⁶⁷ Bilmen, *Hukûk-ı İslâmiyye*, 8/289-290.

⁶⁸ Bilmen, *Hukûk-ı İslâmiyye*, 8/291.

⁶⁹ Bilmen, *Hukûk-ı İslâmiyye*, 8/291-292.

⁷⁰ Bilmen, *Hukûk-ı İslâmiyye*, 8/292.

Dekanlığı sırasında eserin İstanbul Hukuk Fakültesi tarafından basılmasını sağlayan Velidedeoğlu da takrizlerinde Kâmus'un hukuk hayatımızdaki büyük eksikliği doldurduğunu belirtmiştir.⁷¹

4. İslâm Ansiklopedisi ve Ona Alternatif İslâm-Türk Ansiklopedisi

1939 yılında İslâm hukuku ile ilgili önemli bir gelişme göze çarpmaktadır. Dönemin Milli Eğitim Bakanı Hasan Âli Yücel (öl. 1961) Ankara'da icra edilen (2-5 Mayıs 1939) "I. Türk Neşriyat Kongresi"nde alınan karar nedeniyle 9 Mayıs 1939'da İstanbul Üniversitesi Rektörlüğüne gönderdiği bir yazı ile "Hollanda'nın Leiden şehrinde yayımlanması tamamlanmış olan The Encyclopaedia of Islam'ın" Türkçe'ye tercüme edilmesini istemiştir.⁷² "Telif, tâdil, ikmal ve tercüme suretiyle" yayınlanan ansiklopedide 300 kadar fıkıh maddesi yer almıştır.⁷³ Tercüme heyeti yabancı nüshada bir çok eksik ve hataların olduğunu tespit etmiş, ilk başlarda bu eksik ve hatalar dipnot ve zeyiller vasıtasıyla düzeltilmeye çalışılmış daha sonraları ise "pek çok madde "TH" (Tahrir Heyeti) imzasıyla veya bir Türk müellif tarafından yeniden kaleme" alınmak suretiyle giderilmiştir.⁷⁴

Ansiklopedinin mukaddimesinde hazırlanma gerekçesinde yer alan "Türk tarih ve kültürünün İslâm tarih ve kültürüne sıkı alakası dolayısıyla, biz Türkler için ihmali mümkün olmayacak"⁷⁵ ifadesinden ansiklopedinin içerisindeki İslâm hukuku ile ilgili maddelerin doğrudan değil zamanın ideolojisine hizmet ettiğinden dolayı bir kıymeti harbiyesinin olduğu manasını çıkarmak yanlış olmasa gerektir. Bununla birlikte böyle bir ansiklopedinin hazırlanması ansiklopedi ve maddeleri hakkında başlayan tartışmalar dolayısıyla İslâm hukuku hakkında yazı yazma konusunda bir meşruyet zemini oluşturması açısından ehemmiyetlidir.⁷⁶

Ansiklopedideki İslâm hukuku maddelerinin neredeyse yarısı yabancı müellifler tarafından yazılmıştır. Bu müellifler şunlardır: Th. W. Juynboll (öl. 1948), A. J. Wensinck (öl. 1939), T. J. Schacht (öl. 1969) ve G. W. Heffening'dir (öl. 1944).⁷⁷

İllet gibi fıkıhın bazı temel kavramlarına yer verilmeyen ansiklopedide fıkıh maddelerinin ekseriyetinde daha çok tarihi boyut nazara verilmiş, bazılarında ise yalnızca tarihi uygulama ve kurumlaşmalarla yetinilmiştir. Yine ansiklopedide ele alınan kavram yahut müesseselerin İslâm coğrafyasının sapa bölgelerindeki tezahürlerinden bahsedilirken Osmanlı ve Anadolu'daki tezahürlerine atıfta bulunulmamıştır.⁷⁸

Ansiklopediyi hazırlayanların bakış açısı hakkında okuyucuya fikir vermesi adına J. Schacht imzalı abdest maddesindeki şu ifadeler dikkat çekicidir:

"Şeytanlara, habis ervaha ve her şeyde bir ruh bulunduğu inananların (animist) fikirlerine dayanan taharetin dini usul ve kavaidi Araplara, eski Samilerden kalma bir miras gibi, malum idi ise de, Peygamberin zamanında artık tatbik edilmiyordu. Her halde

⁷¹ Bilmen, *Hukûk-ı İslâmiyye*, 8/295.

⁷² Orhan F. Köprülü, "İslâm Ansiklopedisi", *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2001), 23/43.

⁷³ Kaya, "Fıkıh Literatürü: Bir Hasıla", 20.

⁷⁴ Köprülü, "İslâm Ansiklopedisi", 43/ 44.

⁷⁵ Adnan Adıvar, "Mukaddime", *İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: Milli Eğitim Basımevi, 1978), 1/XVII.

⁷⁶ Kaya, "Fıkıh Literatürü: Bir Hasıla", 20.

⁷⁷ Kaya, "Fıkıh Literatürü: Bir Hasıla", 21.

⁷⁸ Kaya, "Fıkıh Literatürü: Bir Hasıla", 21.

Kur'an'ın Medine'de son nazil olan surelerinden abdestin erkânını ihtiva eden 5. surenin 8. âyeti İsrailî ananenin devamını göstermektedir.”⁷⁹

Ansiklopedi, tercüme girişimi aşamasından başlayarak yayın süresi boyunca çeşitli açılardan eleştirilere maruz kalmıştır. İlk eleştiriler yerli bir ansiklopedi hazırlamak yerine neden oryantalist zihniyetiyle yazılmış bir ansiklopedinin tercüme edilmesi konusunda olmuştur. Diğer eleştiriler ise daha çok ansiklopedide yayınlanan “maddelerin bilgi ve teknik hataları” etrafında temerküz etmiştir. İlk ve en kapsamlı eleştiri ansiklopedi henüz hazırlık aşamasındayken Eşref Edip Fergan'ın (öl. 1971) neşrettiği “İslâm Ansiklopedisi” isimli on bir sayfadan oluşan bir kitapçıktır. Bu kitapçıkta “The Encyclopaedia of Islam” eleştirilmekte, ansiklopedi maddelerinin direk olarak tercüme edilmesinin sakıncalarından bahsedilmekte, ansiklopediye karşı eleştiri ve reddiyeler yapılması, bazı bölümlerinin çıkarılması, tashihlerin yapılması yahut yeniden kaleme alınması gibi çözüm önerileri yer almaktadır.⁸⁰

Daha ansiklopedi tercüme edilmeden yapılan bu tenkitler netice vermeyip İslâm Ansiklopedisi yayınlanmaya başlayınca Sebilürreşad dergisinin ana kadrosunu oluşturan Eşref Edip (öl. 1971), İsmail Hakkı İzmirli (öl. 1946), Kâmil Miras (öl. 1957) ve Ömer Rıza Doğrul (öl. 1952) tarafından yerli bir ansiklopedi yazılması kararlaştırılmıştır. “İslâm-Türk Ansiklopedisi” adını taşıyan, alt başlığında “Muhîtu'l-Maârifî'l-İslâmîyyeti't-Türkiyye” ifadesi yer alan, açıklamasında “Türk-İslâm mütehasıs âlimlerden mürekkep bir heyet tarafından telif olunmuştur” kaydı bulunan ve hem üslubu hem de içeriğiyle yerli ve milli olduğunu gösteren ansiklopedi 1940 yılında neşredilmeye başlanmıştır. “On altı sayfalık formalar halinde İslâm-Türk Ansiklopedisi Mecmuasının içinde dergiyle beraber çıkan ansiklopedi” iki cilt çıkarıldıktan sonra 1948 tarihinde yayınına son verilmiştir.⁸¹

Maddelerin birçoğunda İslâm Ansiklopedisinde yer alan aynı maddenin eleştirisine de yer verilen İslâm-Türk Ansiklopedisinde otuz küsur kadar fıkıhla alakalı madde yer almıştır. En çok fıkıh maddesi telif eden kişinin, modern hukukla fıkıh arasında bağlantı kuran hem İslâm hukukçusu hem de iyi bir modern hukukçu olan dönemin temyiz hâkimlerinden Ali Himmet Berki olması manidardır. Fıkıh maddeleri hazırlanırken farklı mezhep ve coğrafyalara ait eserlerden de istifade edilmekle birlikte ağırlığı Hanefî mezhebi eserleri teşkil etmektedir.⁸²

5. Türk Hukuk Lûgati

“Türk Hukuk Kurumu (eski adıyla Hukuk İlmini Yayma Kurumu)” 1937 yılında “Türk Hukuk Kamusu (Ansiklopedisi)” hazırlamaya karar veriyor. Hazırlanacak kamusun bir cildinin İslâm hukukuna ayrılması düşünülüyor. Fakat yeni nesil İslâm hukuku kavramlarını bilmeden bu kamustan nasıl istifade edecek, diye eleştiriler yapılırca kurum -bir taraftan kamus çalışmalarını devam ettirirken- 1939 senesinde “Hukuk Lûgati” hazırlama kararı alıyor.⁸³ Eser 1944 yılında yayınlanıyor.⁸⁴

⁷⁹ Josept Schacht, “Abdest”, *İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: Milli Eğitim Basımevi, 1978), 1/25.

⁸⁰ Köprülü, “İslâm Ansiklopedisi”, 43/ 44.

⁸¹ Ayhan Aykut, “İslâm-Türk Ansiklopedisi”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2001), 23/57-58.

⁸² Kaya, “Fıkıh Literatürü: Bir Hasıla”, 23.

⁸³ *Türk Hukuk Lûgati* (Ankara: Türk Hukuk Kurumu, Başbakanlık Basımevi, 1991), IX.

⁸⁴ Eserin ilk baskısı: *Türk Hukuk Lûgati* (Ankara: Türk Hukuk Kurumu, Maarif Basımevi, 1944).

Lûgatta İslâm hukukuna yer verilme nedeni olarak iki gerekçe sunulmuştur. Birincisi İslâm hukukunun asırlar boyunca Türklerin hayatında esaslı bir rol oynadığı ve bu hukukun önemli bir kısmının şimdiki ve gelecekteki nesiller için yürürlükte olduğudur. İkincisi ise Türk tarihi bakımından böyle bir lûgata olan ihtiyaçtır. Bu gerekçe altında İslâm ahkâmının bazı istisnalar dışında tedvin edilmediği söylenerek;

“Mesela, vakfa ait bir kanunu veya bir vakfiyeyi okuyarak ondan mâna çıkarmanın, mutlaka bundaki hukuk istilahlarının anlaşılmasına bağlı olduğu malûm iken bunu temin edecek elde -maalesef- bir esaslı müracaat yeri bulunmadığı gibi mevcutlar da hep eski harflerle ve dağınık bir halde olduğu için bu ihtiyacı ancak bu lûgat ile karşılamak kabil olacaktır.”⁸⁵ denilmiştir.

Lûgatta yer alacak İslâm hukukuna ait kavramların yazımıyla Ebül’ulâ Mardin’in (öl. 1957) başkanlığını yaptığı Ali Himmet Berki (öl. 1976), Mehmet Gönenli (öl. 1991), Şevket Yund (öl. 1951) ve Ömer Nasuhi Bilmen’den (öl. 1971) oluşan beş kişilik heyet görevlendirilmiştir.⁸⁶

6. Ömer Lütfi Barkan

Cumhuriyet tarihinde İslâm hukukunu konu edinen önemli simalardan birisi de Türk iktisat ve hukuk tarihçisi olan Ömer Lütfi Barkan (öl.1979)’dır. 1939-1942 yılları arasında “vakıf, miras ve sultanların temlik hakkı” gibi ictimaî meseleleri inceleme konusu yapan Barkan, annales ekolünü⁸⁷ takip ederek Osmanlı tarihinde sosyo-ekonomik tarihçiliğin temel kavramlarını ilk defa işleyen şahıs olarak kabul görür.⁸⁸ Barkan, Arsal’ın aksine Türk hukuk tarihini anlamak için İslâm hukukunun bilinmesinin zaruretinden bahseder. Bu yönüyle Fuat Köprülü’nün sosyal tarih anlayışıyla paralel bir görüşe sahiptir. İki bölümden oluşan Türk hukuk tarihi eserinin ikinci bölümünün “Müslüman Türk Devletlerinde Hukuk ve Teşkilat” başlığını taşıması ve sair makalelerinde fıkha verdiği önem bu fikrinin bir tezahürüdür. Köprülü gibi İslâmiyet’ten önce de Türklerin kendilerine has hukukî kurumlarının mevcut olduğunu söyleyen Barkan “nazari ve sistematik İslâm hukuku bilmeden, İslâm hukukunun İslâm aleminin değişik kısımlarında aldığı şekli incelemeyen Müslüman Türklerin hukuk tarihini gerektiği gibi anlamaya imkân”⁸⁹ olmadığını ifade ederek bu alanın Türk hukuk tarihi için ihmal edilemeyeceğinin altını çizmiştir.

⁸⁵ *Türk Hukuk Lûgati*, XII.

⁸⁶ *Türk Hukuk Lûgati*, XIII.

⁸⁷ Annales ekolü, 20. yüzyılın başında tarihi sadece siyasî olaylara münhasır kılan tarihçiliğe bir tepki olarak Fransa’da zuhur eden akımın adıdır. Bu anlayışa göre tarih siyasal, sosyal, ekonomik, dinî ve kültürel vb. alanların hepsinin sentezlenmesiyle anlaşılacak bir alandır. Bu nedenle tarih bilimi diğer bilimlerle sürekli iletişim halinde olmalı ve o bilimlerin yöntem, metot ve müktesebatından azami derecede istifade etmelidir. Muhammed Dağ, “Annales Ekolü’nde Sorun Odaklı Tarihçilik: Büyük Adam Tarihçiliğinden Her Şeyin ve Herkesin Tarihine”, *Pamukkale Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 55 (Mart 2023), 206-207.

⁸⁸ Kaya, “Fıkıh Literatürü: Bir Hasıla”, 24. Barkan’ın bahsi geçen konuları incelediği bazı makaleleri şunlardır: Ömer Lütfi Barkan, “İslâm-Türk Mülkiyet Hukuku Tatbikatının Osmanlı İmparatorluğunda Aldığı Şekiller: İmparatorluk Devrinde Toprak Mülk ve Vakıfların Hususiyeti I, II, III”, *Journal of Istanbul University Law Faculty* 7/4 (Eylül 2011), 906-942; Ömer Lütfi Barkan, “Osmanlı İmparatorluğu Teşkilat ve Müesseselerinin Şer’îliği Meselesi”, *Journal of Istanbul University Law Faculty* 11/3-4 (Eylül 2011), 203-224.; Ömer Lütfi Barkan, “Osmanlı İmparatorluğu’nda Toprak Vakıflarının İdari-Mali Muhtariyet Meselesi”, *Türk Hukuk Tarih Dergisi* 1 (1944), 11-25.

⁸⁹ Ömer Lütfi Barkan, *Türk Hukuk Tarihi (Teksir)* (İstanbul: 1951), 54.

Barkan tarihi anlamak için fıkıhın ihmal edilmemesi gerektiğini, Kur'an-ı Kerim'in bir hukuk kitabı olmadığını, ruhanî kanunları ihtiva eden bir itikat kitabı olduğunu, Kur'an'da mevcut olmayan İslâm hukuk kurallarının ilk üç asırda oluştuğunu ve bu oluşturulan kurallara mukaddesiyyet atfedilerek değişmez dini esaslar olarak bakıldığını⁹⁰ söylemektedir. Bununla birlikte gerek kamu hukuku gerekse özel hukuk alanında idarecilere geniş yetki tanındığından dolayı şer'î hukukun yanında örfî hukukun da tatbikat sahası bulduğunu⁹¹ belirterek kamu hukuku alanında İslâm coğrafyasında çok farklı idarî usul ve esasların uygulandığını hatta Kur'an'ın sarîh emirlerine aykırı usul ve sistemlerin geliştirildiğini⁹² iddia etmiştir.

Barkan tarihi anlamak için fıkıhın ihmal edilmemesi gerektiğini söylemekle birlikte Türk Hukuk tarihini ve teşekkül eden kurum ve müesseseleri sadece fıkıha bakarak anlamının da yanlış olduğunu ifade eder. Fıkıhı “nazari sistemler, teşekkül ettikleri andan itibaren ölü doğmuş hükümler” olarak tavsif ederek özellikle kamu hukuku alanını bu kaidelerle izah etmenin mümkün olmadığını ve genelde İslâm memleketlerinde özelde Osmanlı da fikhî hükümlerin yanında Sultanın kendi iradesiyle fıkıhtan bağımsız olarak bir örfî hukukun geliştiğini ve Osmanlı hukukunun şer'î değil daha çok seküler niteliğiyle ön plana çıktığını savunur.⁹³

Barkan hem Türk Hukuk Tarihi eserinde hem de makalelerinde fıkıhın Müslüman halkların örf-adetleriyle ve diğer milletlerin kültürlerinden alınan kurumların sistemleştirilmesi sonucu ortaya çıktığını sıklıkla dile getirir. Köprülü'nün örfî hukuk sayesinde fıkıhtan bağımsız bir kamu hukuku oluşturma çabalarını hem kamu hukuku hem de özel hukuk alanında Barkan'da da görmekteyiz. Ona göre mezhep imamlarının fonksiyonu ecnebi müesseseleri İslâmî şekle büründürerek aklamaktan ibarettir.⁹⁴ Barkan'ın İslâm tarihi içerisinde müşahade edilen şeylerin kaynağının fıkıh olmadığını gösterme eğilimi hemen hemen bütün yazılarında kendini hissettirmektedir.

7. Vasfi Raşid Seviğ

1951'de Medeni Kanun'un kabulünün 25. yılı münasebetiyle Vasfi Raşid Seviğ (öl. 1971) “Fıkıh ve Medeni Kanun” isimli bir makale yayınladı. Seviğ makalesine “Fıkıhın doğuşu ve gelişmesi tarihi kadar mühim ve terbiyevi bir olaya hukuk tarihinde az rastlanır” cümlesiyle başlar. Fakat hemen akabinde “İslâm Hukuku büyük ve parlak bir hukuk kültürüne malik olduktan sonra kısırlaştı ve altı asır boyunca ne yeni bir fikir ne yeni bir eser yarattı. XIV nci asırda yazılmış eserlerden okutulan bir hukukta hayattan eser bulunduğu ise asla iddia edilemez”⁹⁵ ifadelerini kullanarak yazının gidişatı hakkında fikir verir.

İslâm hukukunun ilk iki kaynağı olan Kur'an-ı Kerim ve Sünnet hakkında genel bilgi verdikten sonra sözü nâsih-mensûh meselesine getirir ve bunun gerekliliğini şöyle açıklar:

“Bu prensibe mâna vermek ve gerekçe bulmak lâzımgeldikte denebilir ki her gün doğan yeni ihtiyaçlara, metinlerde hudut ve şümlü tesbit edilmiş adeta dondurulmuş

⁹⁰ Barkan, *Türk Hukuk Tarihi*, 86; Barkan, “Osmanlı İmparatorluğu Teşkilat ve Müesseselerinin Şer'iliği Meselesi”, 204.

⁹¹ Barkan, *Türk Hukuk Tarihi*, 58; Barkan, “Osmanlı İmparatorluğu Teşkilat ve Müesseselerinin Şer'iliği Meselesi”, 206.

⁹² Barkan, “Osmanlı İmparatorluğu Teşkilat ve Müesseselerinin Şer'iliği Meselesi”, 205.

⁹³ Barkan, “Osmanlı İmparatorluğu Teşkilat ve Müesseselerinin Şer'iliği Meselesi”, 206 vd.

⁹⁴ bk. Barkan, *Türk Hukuk Tarihi*, 86.

⁹⁵ Vasfi Raşid Seviğ, “Fıkıh ve Medenî Kanun”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8/3 (1951), 210.

hükümler cevap veremez; bu sebepten eski hükmün esas prensibine sadık fakat daha evrilir ve çevrilir ve dönmeye imkân verir kaideler doğması bir zaruret olur.”⁹⁶

Bu girişten sonra mezhepleri ve mezheplerin usullerini ele alan Seviğ konuyu arz ederken yer yer bazı müesseseler ve kavramların İslâm hukukuna Roma vb. hukuklardan geçtiğini⁹⁷ iddia eder. Mevzuyu arz ederken İslâm hukukçularına bir eleştiride bulunur:

“İslâm hukukçularındaki hata değişmeyen maksadı bırakıp değişmesi lazım gelen rivayetlere bağlanmış olmalarındadır. Değişmeyen ruhu ve mânâyı bırakıp değişmesi mukadder olan mebnaya yani cesetlere, iskeletlere saplanıp kalmış olmalarındadır. Zaman değişiyor, kitap eskiyor, eski müelliflerin rivayetleri ve hatta kasıtları üzerinde durmaktan ise şeriatı bugünkü cemiyetin zaruretleri diye uzlaştırmağa, cemiyetin bünye arzularına intibak ettirmeğe çalışmak lazım değil midir? Fakat acaba buna hukukun din ile karışık bulunması müsait olabilir mi idi? İşte büyük mesele, büyük dava...”⁹⁸

Mezhep imamlarının “kanun koyucu hükmünde” olduğunu, “imamlarda mutlak surette ‘rey’ ve ‘içtihat’ kudreti bulunduğunu” söyleyen yazar mezhep imamları hakkında şöyle bir çıkarımda bulunur: “Bunlar Peygambere şari olmakta eşit kılınmış kimselerdir.”⁹⁹

Seviğ 14. yüzyıldan sonra tamamen taklit döneminin başladığını, zamanın ulemâsının kendisinde içtihat kudreti göremediğini ve halkı dört mezhebe yönlendirmekten başka bir şey yapmadıklarını makalesinde sık sık atıfta bulunduğu hocası “Emin oğlu Mahmut Esat”tan (öl. 1918) nakleder.¹⁰⁰ “İdeal bir kanun olmakla başlamış olan” fıkıhın “gelişmesi durdurulmuş olması yüzünden hayali bir hukuk haline” düştüğünü söyler.¹⁰¹

Seviğ, Tanzimat döneminde Ali Paşa (öl. 1871)’nın Fransa medeni kanununun alınmasını teklif ettiğini ve bunun doğru bir düşünce olduğunu, Mecelleyi “maziye nazara alan, geçmiş bir devrin hukukunu ifade eden bir eser” medeni kanunu ise “istikbale yöneltilmiş bir hukuk” olarak tanımlar.¹⁰² İsviçre’den alınan medeni kanunun ise Türk hukukçular tarafından Türkiye şartlarına göre dizayn edileceğini, kendi dönemini kastederek medeni kanundan beklenen hizmetin “sadece din ile dünya işlerinin birbirinden temamiyle ayrılması, devletin Anayasamızın dileği ve emri mucibince her vatandaşı, aralarındaki din farkını nazara almaksızın Türk görmesi demek olan lâikliği tesis eylemesi ve her reşide dinini serbestçe intihaba imkân vermesi”¹⁰³ olduğunu ifade eder.

⁹⁶ Seviğ, “Fıkıh ve Medenî Kanun”, 213.

⁹⁷ Ümmü veled müessesesinin Babil hukukundan geçtiği, fıkıhtaki kira akdinin Roma hukukundaki kira akdiyle aynı olduğu, fıkıh kelimesinin Romalılardan esinlenerek konulduğu ve fıkıh kelimesinin Romalıların hukukçuları adlandırdığı “Prudentia” kavramıyla aynı manaya geldiği iddialarını örnek olarak verebiliriz. Seviğ, “Fıkıh ve Medenî Kanun”, 216-2017.

⁹⁸ Seviğ, “Fıkıh ve Medenî Kanun”, 223.

⁹⁹ Seviğ, “Fıkıh ve Medenî Kanun”, 224.

¹⁰⁰ Müellifin bahsettiği hocası Osmanlı döneminin önemli hukukçu ve devlet adamlarından Seydişehirli Mahmud Esad Efendi’dir. Doğum tarihi 1856, vefat tarihi 1918’dir. Mülkiye ve darülfünun öğretmenliği, Maliye Nezâreti müfettişliği, Adliye Nâzırlığı vekâleti, Şûrâ-yı Devlet Tanzimat Dairesi reisliği gibi devlet görevlerinin yanı sıra Isparta Mebusluğu yapan Mahmud Esad 1917 Hukûk-ı Âile Kararnâmesi komisyonuna da başkanlık yapmıştır. Talebeleri arasında Ömer Nasuhi Bilmen ve Ebül’ulâ Mardin gibi önemli şahsiyetler vardır. Ali Erdoğan, “Seydişehir”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 2009), 37/25-26.

¹⁰¹ Seviğ, “Fıkıh ve Medenî Kanun”, 227.

¹⁰² Seviğ, “Fıkıh ve Medenî Kanun”, 231-232.

¹⁰³ Seviğ, “Fıkıh ve Medenî Kanun”, 233.

8. İslâm-Osmanlı Hukuku ile Modern Hukuk Arasında Bağlantı Kuran Hukukçular

Bazı modern hukukçular İslâm hukukuyla modern hukuk arasında bağ kurarak iki hukuk sistemi arasındaki benzerliklere işaret etmiş ve aslında modern hukuk sistemimizin eski hukuk sistemimizden tamamen ayrı bir hukuk olmadığı, yeni hukukun eski hukukun bir devamı olarak görülmesi gerektiği izlenimi vermişlerdir.

8.1. Ali Himmet Berki

Cumhuriyet dönemi İslâm hukuku çalışmaları söz konusu olunca belki de ilk akla gelen kişi hem İslâm hukukçusu hem de modern hukukçu kimliğiyle eserler kaleme almış olan Ali Himmet Berki (öl.1976)'dir. 1938 yılında yayınladığı “Eski Hadiselerde Tatbiki Lâzımgelen İrs ve İntikal” eserinde Hanefî mezhebinin ferâiz ve miras hükümlerini ele alan Berki eseri yazma amacını, Cumhuriyet dönemi hâkimlerinin “eski irs ve intikal hükümlerile teveğğul etmediklerinden [meşgul olmadıklarından] tevarüs ve intikale ait davalar usulüne muvafık olarak halledilememekte ve bu yüzden alakadarlar mutazarrır” olduklarından onlara bir rehber olarak kaleme aldığını ifade etmektedir.¹⁰⁴ Yazar daha sonra bu eserini geliştirerek “Miras ve Tatbikat” ismiyle 1947’de neşretmiştir.¹⁰⁵ Berki İrs ve İntikal eserinden iki yıl sonra “Vakıflar” isimli eserini yayınladı. Osmanlı vakıf hukukunun esas alındığı eser son dönem Hanefî kaynaklarına dayanmaktadır. Eserin telif sebebi önceki eserle paralel olarak “Taksim hakkında mücmelen malumat edinmek genç hukukçularımız için faydeli olacağından...”¹⁰⁶ şeklinde belirtilmiştir.

Hem İslâm-Osmanlı hukuku hem de Türk medeni hukuku sahalarında çalışmalar yapıp eser veren nadir hukukçularımızdan olan¹⁰⁷ Berki daha önce de bahsi geçtiği gibi yeni hukukumuzu eski hukukumuzun bir devamı olarak görmektedir. Berki İslâm ve Osmanlı hukuku ile ilgili yazdığı makale ve eserlerle İslâm hukukunu müdafaa etmiş, kadîm hukukumuzun çağının kapanmadığını temel kaidelerinin yeni hukukumuzda halen yaşadığını göstererek süreklilik vurgusu yapmıştır. Necip Fazıl Kısakürek (öl. 1983) Berki’nin bu amacını şu cümlelerle ifade etmiştir: “... bütün medeni kanun maddelerini İslâm fihhinde muhakeme ederek, medeni kanun maddelerinde, bu hükme uygun madde bularak, hüküm verilmesi gerektiği yolunda düşünen bir hâkim, adalette budur.”¹⁰⁸

Berki’nin 1948 yılında yayımlanan “Hukuk Mantiği ve Tefsir” isimli eseri “fıkıh usulündeki elfaz bahislerinin kavram ve sistematizmasının modern Türk medenî hukukuna tatbik teşebbüsü olarak”¹⁰⁹ görülebilir. Kitabın önsözünde fıkıh usulünün hukuk fakültelerinden kaldırılması dolayısıyla bir boşluğun oluştuğunu¹¹⁰ ifade eden Berki eseri kaleme alışı gayesini şu şekilde beyan etmektedir:

¹⁰⁴ Ali Himmet Berki, *Eski Hadiselerde Tatbiki Lâzımgelen İrs ve İntikal* (Ankara: Hapishane Matbaası, 1938), 7-8.

¹⁰⁵ Hem eski hukuk hem de medeni hukuk hükümlerinin incelendiği eserin diğer baskıları ise 1951 ve 1963 tarihinde Ankara’da yapılmıştır. Şakir Berki, “Ali Himmet Berki”, *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi* (İstanbul: TDV Yayınları, 1992), 5/509.

¹⁰⁶ Berki, *Vakıflar*, 82.

¹⁰⁷ Berki, “Ali Himmet Berki”, 5/509.

¹⁰⁸ Fethullah Soyubelli, “Büyük Hukukçu Ali Himmet Berki”, *Akademi Kürsü* 5 (2019), 49.

¹⁰⁹ Kaya, “Fıkıh Literatürü: Bir Hasıla”, 43.

¹¹⁰ Berkinin eseri hakkında Sebülürreşâd’da bir yazı kaleme alan Kâmil Miras hukuk fakültelerinden bu dersin kaldırılmasını “İrfanımıza karşı cehaletle irtikap olunan” bir saygısızlık olarak nitelemekte, bu hadisenin “hukuk âlemimiz içinde doldurulması mümkün olmayan bir boşluk meydana” getirdiğini, bu boşluğu

“Bugünkü içtihat ihtilâflarının çokluğu bu kaide ve esasların nazara alınmamasından ve kanunlar kaleme alınırken hükümler arasındaki ahenk ve tenazura ve kelime ve ibarelerin medlûllerine dikkat edilmemesinden ileri gelmektedir. Kanunu tefsir etmek ne kadar güç bir iş ise kanun yapmak daha güç bir sanattır. Bir tecrübe olmak üzere bu önemli konu hakkında bir risale yazmağı düşündüm. Görebildiğim eserlerden istifade ve meseleler üzerinde imali fikir ile vasıl olduğum neticeleri yazmağı çalışacağım.”¹¹¹

Berki'nin amacı Müslüman alimlerin yıllarını teksif ederek müthiş bir ceht ve gayretle ortaya koydukları, hukukçular için bir hazine kıymetinde olan ve onsuz bir hukuk eğitiminin işin ruhuna nüfuz edemeden çok sun'i, ezberci ve kısır kaldığı¹¹² hukuk mantığından (fıkıh usulü) -aslında bu ilmi öğrenme imkânından yoksun bırakılmış- Cumhuriyet dönemi hukukçularını mahrum bırakmamaktır. Bunu yaparken de fıkıh usulündeki meseleleri özenle seçmiş, İslâm hukukuna has olan meseleleri dışarda bırakarak modern hukuka tatbiki mümkün olan meseleler üzerinde yoğunlaşmış ve eserini -kendi tabiriyle- “Medenî kanunun kabul ettiği mesleğe göre” inşa etmiştir. Bu yönüyle alanında bir ilke imza atmıştır. Günümüz modern hukukçularından Otacı da eserin bu özelliğine şu sözleriyle değinmiştir: “Fıkıh usulüne dair klasik çalışmalar, niteliği gereği modern hukuka uyarlanmamıştır. Ali Himmet Berki'nin, Hukuk Mantığı ve Tefsir isimli çalışması, fıkıh usulünün kurallarından yararlanarak, modern kanunların nasıl yorumlanacağını gösteren önemli bir çalışmadır.”¹¹³

Berki'nin İslâm hukuku ile medeni hukuku telif ederek modern hukuk içerisinde fikhın varlığını devam ettirebileceği yaklaşımını somutlaştırmak için mehir konusu örnek verilebilir. Müellif “nikâhda koca tarafından peşin veya müeccel olarak kariya verilmesi sarahaten veya zımnen taahhüt olunan mal” olarak tanımladığı mehrin medeni hukuk içerisinde yer alabileceğini ve medeni hukuk hükümlerine aykırı olmadığını söyler. Ona göre Medeni kanun madde 110'da yer alan “evlenme kâğıdı ibraz edilmeden, evlenmenin dini merasimi yapılamaz” hükmü dolaylı olarak dini nikaha izin vermiştir. Dini nikahta ise mehir mevcuttur ve nikah esnasında belirlenmişse belirlenen miktar belirlenmemişse mehr-i misil tahakkuk eder. Bununla birlikte iki noktadan mehir medeni kanun tarafından da kabul görür. Birincisi kocanın boşanma vukuunda karısına vermeyi taahhüt

derinden hisseden modern hukukçularımızdan Sıddık Sami Onar'ın kendisine bir tren yolculuğu esnasında “muasır hukuk sistemine göre ve zamanımızın mevzuatından örnekler almak suretile bir usul kitabının yazılmasına ihtiyaç bulunduğunu” anlattığını ve kendisinden bu mevzu ile alakalı bir kitap yazmasını istediğini nakletmektedir. Bu fikrin kendisinin de bir gayesi olduğunu söyleyen Miras bu arzusunun Berki tarafından yerine getirildiğini ifade etmiştir. Kâmil Miras, “Hukuk Mantığı ve Tefsir”, *Sebilürreşâd* 3/75 (1950), 387.

¹¹¹ Ali Himmet Berki, *Hukuk Mantığı ve Tefsir Kanun ve Mukavelelerin Tanzim ve Tefsirine Ait Kaide ve Asıllar* (Ankara: Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T.A.O., 1948), 4-5.

¹¹² Sava Paşa (öl.1904) kendi döneminde fıkıh usulünün gereği gibi öğretilmediği için hukuk eğitiminin yetersizliğinden yakınarak şu tespitte bulunmuştur: “İslâm hukuku mabedinin kapısını açacak olan anahtar, hukuk nazariyatıdır. İlk önce öğrenilmesi lâzımgelen hukuk nazariyatı bilinmeden, kanun metinlerinin öğretilmesi talebeyi, menba ve esbabı öğretilmeden uzun uzun kanun maddelerini ezberlemeye mahkûm etmektedir. Kanun tatbikatını, hukuk nazariyatını bilmiyen ellere tevdi etmek, adalet kudretini makineleştirmek ve işgal ettiği mevkiden indirerek alelâde bir işçinin eline tevdi etmek suretiyle, bu asil hüküm ve hâkim mesleğini cehlin koynuna atmak demektir.” Sava Paşa, *İslâm Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüd*, çev. Baha Arıkan (Ankara: Yeni Matbaa, 1955), 1/14.

¹¹³ Cengiz Otacı, “Hermeneutik (Yorum Bilim) ve Ceza Kanunlarının Yorumu”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 89 (2010), 450.

ettiği mal (mehir) bir borçtur ve Borçlar Kanunu'na göre bu mukavele geçerlidir. (Borçlar kanunu madde 19 ve 20.) Diğeri ise medeni hukukta birçok meselede örf ve adetlerin esas kabul edildiğidir. Bu nedenle mehrin medeni kanun içerisinde yer almasında herhangi bir engel yoktur.¹¹⁴

Berki çalışmalarında Osmanlı hukuk mevzuatının birçok yönden modern devlet inşası için hukuk kaynağı olabileceğini gösterir ve Cumhuriyet hukukunun bu tecrübeden dersler çıkarması gerektiğini ifade eder. Sadece kanun üretmenin tek başına kamu vicdanını tatmin edecek bir adaleti sağlamakta yetersiz kalacağını belirterek adaletin ancak “dini akide ve manevi müeyyide ile tenmiye ve takviye” ile temin edileceğini vurgular.¹¹⁵

Berki'nin önemli bir eseri de 1955 tarihinde Diyanet İşleri Başkanlığı tarafından yayınlanan “Hukuk Tarihinden İslâm Hukuku”¹¹⁶ adlı kitabıdır. Müellif eseri yeni hukukçulara “İslâm hukukuna ait son zamanlarda neşrolunan eserlerde gördükleri ve tedris kürsülerinden işittikleri malûmat ve mütâleaların hakikate ne derecelerde muvafık olup olmadığını”¹¹⁷ anlatmak gayesiyle yazdığını belirtmiştir. “Son zamanlarda neşrolunan eserler” ifadesiyle Arsal, Fuat Köprülü, Barkan gibi modern hukukçuların Türkleştirilmiş hukuk anlayışıyla ve oryantalist bakış açısıyla kaleme aldıkları eserleri kastettiği izahıta varestedir.

8.2. Ebül'ulâ Mardin

Yeni hukukumuzun eski hukukumuzun devamı olduğu vurgusunun hâkim olduğu önemli bir isim de Ebül'ulâ Mardin (öl. 1957)'dir. Hem Osmanlı'da hem de Cumhuriyet döneminde önemli vazifelerde bulunan Mardin,¹¹⁸ modern hukuku Osmanlı hukukuyla mukayeseli olarak işler. Ona göre modern hukuku anlamak için Osmanlı hukuku ihmal edilmemesi gereken bir alandır.

Öğrencilerinden Recai Seçkin, hocanın derslerinde mukayese usulünü kullandığını ve bu usulün genç hukukçular açısından fayda sağladığını, bir hukukî meseleyi ele aldığı zaman bunun sadece yeni kanunlarımız bakımından çözümünü değil Fransız, Alman kanunlarında ve İslâm hukukunda da nasıl halledildiğini anlatarak aralarındaki farklara işaret ettiğini ifade eder.¹¹⁹

Mardin İsviçre medeni kanunundan mülhem olan medeni kanunumuzun laik bir karaktere sahip olduğunu, fakat bunun sırf dini karşısına alarak hükümler koyduğu anlamına gelmeyeceğini, medeni kanunda yer alan hükümlerin bazen dini ahkâmla örtüştüğünü bazen de dini ahkâma mugayir olduğunu ifade etmiştir. Örneğin medeni kanun miras meselesinde kadınla erkek arasında müsavet esasını benimsemiştir. Ona göre

¹¹⁴ Berki, *Hukuk Mantiği ve Tefsir*, 205-207.

¹¹⁵ Ali Himmət Berki, “Adalet Fikri Beşerî Kanunlar ve Hakkaniyet”, *Türk Yurdu* 275 (1959), 25-26.

¹¹⁶ bk. 60 numaralı dipnot.

¹¹⁷ Berki, *Hukuk Tarihinden İslâm Hukuku*, 3.

¹¹⁸ Osmanlı döneminde 1914-1919 tarihleri arasında Niğde, 1920 de Mardin mebusluğu yapan Mardin, Meşihat-ı İslâmiyye müsteşarlığı ve Şûray-ı Evkaf üyeliği vazifelerinde de bulunmuştur. Cumhuriyet döneminde de “Dârüşşafaka'yı idare eden Cem'iyeti Tedrisiyye İslâmiyye'nin Başkan vekilliği” ve “1927 de Tapu ve Kadastro Umum Müdürlüğü Mütihazası müşavirliği” görevlerini ifa eden hukukumuz İsviçre Medeni Kanunu'nun iktibası için oluşturulan komisyonlarda da vazife yapmıştır. İsmet Sungurbey, *Ebû'l-ulâ Mardin* (İstanbul: Kültür ve Turizm Bakanlığı Yayınları, 1988), 17-20.

¹¹⁹ Recai Seçkin, “Ebû'l-ulâ Mardin ve Eserleri (1880-1957)”, *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 13/02 (1958), 183-184.

medeni kanun bu hükmü sırf dine muhalefet olsun diye değil sosyal ve iktisadî gerekçelerle kabul etmiştir.¹²⁰

Mardin medeni kanun hükümleriyle dini ahkâm arasında münasebet kurmakta bir beis görmemektedir. Mardin'in eski hukukla yeni hukuku beraber mütalaasını çok eşlilik örneğinden takip edilebilir. Çok eşlilik meselesini ele alan Mardin İslâmiyet'ten evvel çok eşliliğin var olduğunu, İslâmiyet'in bu mesele ile mücadele ettiğini ve dinin tek eşle evliliği benimsediğini çok eşliliği tahdit edici hükümler koyarak zorlaştırdığını ve bu nedenle medeni kanunun tek eşle evlenme hükmünün isabetli olduğunu vurgular.¹²¹ Çok eşliliğin aile huzurunu da bozacağını şöyle ifade eder:

“Şunu da unutmamalısınız ki evlenme müessesesinde erkek kadından ne istiyorsa kadın da erkekten aynı şeyi istemekte haklıdır. Birden fazla karısı olanların ise iyi bir aile teşkil edemedikleri muhakkaktır. Bilmem tanıdıklarınız arasında müteaddit zevcesi olan kimseler var mıdır? Varsa onların tabiri marufile ‘hali pürmelalini’ göz önüne getiriniz. Onlarda aile saadetinden eser görür müsünüz?”¹²²

Mardin aynen muasırı Berki gibi medeni kanundaki nikahla alakalı hükmün dini nikah yapılmasına mâni olmadığını, İslâmiyet'te “nikahın dini eşkal ve merasimi” olmadığını, resmi nikahtan sonra dini nikah kıymaya engel bir halin bulunmadığını söyler.¹²³

Kaya eski hukuku modern hukuk içerisinde ele alması konusunda Mardin'e yaptığı övgünün yanında bir de eleştiri getirir. O, Mardin'in mukayeseli hukuk sahasında gösterdiği bu tavra bakarak klasik bir İslâmcı olarak nitelemenin yanlış olacağını, O'nun derslerde bir konuyla ilgili mukayese ve müzakere yaptıktan sonra mevzuyu “bu bir inkılâb hükmüdür” diyerek sonlandırdığını,¹²⁴ hem tek parti döneminde hem de 1950'den sonra İslâmî kesimin siyasî duruşunu paylaşmadığını gösteren kayıtların mevcut olduğunu, dolayısıyla Mardin'i değerlendirirken bunların da nazarı itibara alınması gerektiğini söyler.¹²⁵

Kaya'nın bahsettiği Mardin'in bu tavrı Türkçe ezan hakkındaki yaklaşımında görülmektedir. Sungurbey'in (öl. 2006) nakline göre Mardin ve arkadaşları profesörler odasında muhabbet ederlerken İktisat Profesörü Mardin'e “Türkçe ezanın Arapça ezan yerini tutamayacağını” söylemesi üzerine Mardin şu cevabı vermiştir: “Ezan ibadet değil ibadete davettir; kaldı ki Hanefi mezhebine (İmamı Âzam'a) göre, her millet, değil ezan okumayı, ibadeti bile kendi diliyle yapabilir, namazını kendi diliyle kılabılır.”¹²⁶ Mardin'in ezan konusundaki bu muhalefetinin nedeninin kendisinin beyan ettiği Ebû Hanîfe'ye ait görüşü benimsediğinden dolayı mı yoksa dönemin ideolojisinden kaynaklı bir çıkarım mı olduğunu tahmin etmek belki niyet okumak olabilir. Fakat üniversite reformu sırasında (1933) 240 kişiden 157'sinin açığa alınması aşamasında Mardin'in kadro dışı kalmamasının

¹²⁰ Mardinî Zade Ebül'ula, *Hukuku Medeniye Dersleri C. I: Umumi Zabıtlar, Şahsın Hukuku* (İstanbul: Ahmet İhsan Matbaası, 1928), 78-79.

¹²¹ Mardinî Zade Ebül'ula, *Medeni Hukuk Dersleri C. III: Aile Hukuku* (İstanbul: Güneş Matbaası, 1934), 3/66-73.

¹²² Mardin, *Medeni Hukuk Dersleri*, 3/73.

¹²³ Mardin, *Hukuku Medeniye Dersleri*, 3/19-20.

¹²⁴ Sungurbey, *Ebû'l-ulâ Mardin*, 41.

¹²⁵ Kaya, “Fıkıh Literatürü: Bir Hasıla”, 40.

¹²⁶ Sungurbey, *Ebû'l-ulâ Mardin*, 29.

nedenleri arasında “dönemin sert koşullarından dolayı yeni medeni kanuna güçlü bir eleştiri getirmemesi” sayılabilir.¹²⁷

8.3. Mustafa Reşit Belgesay

İslâm hukuku ile medeni hukuk arasında bağ kuran hukukçulardan birisi de Mustafa Reşit Belgesay (öl. 1969)'dır. 1947 yılında neşredilen “Mecellenin Küllî Kaideleri ve Yeni Hukukun Ana Prensipleri”¹²⁸ adlı eserinde Mecellede yer alan küllî kaidelerin “tabîî hukuka ve modern hukukun hayli münakaşalardan ve tekâmülden sonra ulaştığı prensiplere”¹²⁹ uygun olduğunu vurgulayan Belgesay bu kaideleri ele alma amacını şu şekilde belirtmiştir: “Bugünkü hukukun da önemli bir kısmı Mecellenin müsellemtattan¹³⁰ addettiği kaidelere dayanır. Binaenaleyh, Mecellenin doksan dokuz maddesini yeni hukuk prensiplerinin ve felsefi mülahazaların ışığı altında tetkik ve izah bu hukukun da çabuk kavranması ve öğrenilmesi bakımından büyük faydalar sağlayacaktır.”¹³¹

Belgesay'ın eseri kaleme alma amacının Mecellenin modern hukukla uyumunu göstererek genelde İslâm hukukunun özeldi ise Mecellenin hukuk dünyasında istifade edilmesi gereken bir alan olduğunu göstermek olduğu söylenebilir. Bu iş için özellikle küllî kaideleri seçmesinin nedeni ise normatif düşüncenin prensiplerini ifade eden bu kaidelerin “klasik fıkıh literatürünün modern hukuk disiplinine en uyumlu ve seküler hukuk sistemleriyle en az çatışma içeren boyutunu” oluşturmasından kaynaklanmaktadır.¹³²

Kitaptan vereceğimiz aşağıdaki örnek Belgesay'ın küllî kaidelerle modern hukuk arasında nasıl bir bağ kurduğu konusunda yardımcı olacaktır. Müellif Mecellede yer alan “İçtihat ile içtihat nakz olunmaz” kaidesinin modern hukukta da cari olduğunu, yargıcın kesinleşen kararının gerçek sayılacağını ve ancak süresi içinde üst mahkemeye bu karar için müracaat edilebileceğini, süresi dolmuş kararın artık değiştirilemeyeceğini söyler. Yine Medeni Kanun'da “yargıca ancak kanunda sarahat olmayan hallerde kanun koyan gibi hüküm tayin etmek yetkisi” verildiğini ve bu kanun maddesinin Mecellenin “Mevridi nasta içtihatı mesağ yoktur” kaidesiyle aynı şeyi ifade ettiğini izah eder.¹³³

Belgesay'ın konumuz açısından diğer önemli bir çalışması da “Kur'an Hükümleri ve Modern Hukuk”¹³⁴ isimli eseridir. Bu eserde de Kur'an âyetleriyle medeni hukukun birçok açıdan mutabık düştüğünü açıklamaya çalışır.

Bir nevi hukuk felsefesi özelliği taşıyan eserde “Hukuk ve Ahlakta Esas” başlığı altında hukuk ve ahlakın kaynağı üzerinde tartışılır. Önce filozofların hukuk ve ahlakın kaynağı

¹²⁷ Sezer Şimşek, *Ebul'ulâ Mardin Cumhuriyet Devrinde Bir Osmanlı Âlimi* (İstanbul: Kitap Yayınevi, 2015), 105.

¹²⁸ Mustafa Reşit Belgesay, *Mecellenin Küllî Kaideleri ve Yeni Hukukun Ana Prensipleri* (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1947).

¹²⁹ Belgesay, *Mecellenin Küllî Kaideleri*, 8.

¹³⁰ Müellif müsellemtâtı şöyle tarif eder: “İspatı imkânsız veya çok zor ve fakat her selim aklın, yani kökleşmiş âdetlerle, alışılan bâtil zihniyetle anlayışları kararmamış ve muayyen bir fikir ve kanaatin, veyahut hasis menfaatlerin esiri olmayan, matiyere az çok akli erebilen kişilerin kolayca ve biraz düşünmekle kabulünde tereddüt etmeyeceği gerçeklerdir.” Belgesay, *Mecellenin Küllî Kaideleri*, 8.

¹³¹ Belgesay, *Mecellenin Küllî Kaideleri*, 8.

¹³² Kaya, “Fıkıh Literatürü: Bir Hasıla”, 44.

¹³³ Belgesay, *Mecellenin Küllî Kaideleri*, 20-21.

¹³⁴ Mustafa Reşit Belgesay, *Kur'an Hükümleri ve Modern Hukuk: Mevzuat İçtihatlar Tatbikat* (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1963).

konusunda farklı yaklaşımlar sergilediği ifade edilir. Kimisi hukuk ve ahlakın kaynağını tabii hukuka bağlarken, kimisi menfaate kimileri hislere, Kant (öl. 1804) ise akla bağlamıştır. Bütün bu sayılan prensiplerin hukuk ve ahlakın kaynağı olmada yetersiz kalacağını söyleyen Belgesay hukuk ve ahlakın hakiki kaynağının vahiy olduğunu ifade eder. Kur'an'da hem akılla hem de hislerle belirlenmiş ideal prensiplerin toplamını ifade eden adaletin emredildiğini vurgulayan müellif Kur'an'ın "ahlâk ve hukuk için menfaat, his, akıl esaslarını kombine" ettiğini söyler. Belgesay, ancak bu üç esasın dikkate alınarak konulduğu hükümlerin insanları memnun edebileceğinin altını çizer. His ve menfaatleri esas almadan sırf akıl ile konulan hükümler hukuk ve ahlaktan beklenen neticeyi ortaya çıkaramayacağı gibi, aklın devre dışı bırakılıp sadece his veya menfaat esas alınarak konulan hükümlerde netice vermez. Hisler insanı aldatılabildiği gibi akıl da insanı aldatılabilir. Doğru olan şey akıl ile bulunan prensiplerin his ve menfaat bileşenleriyle kontrol edilmesidir. Ancak bu şekilde ortaya konulan prensip tarafları memnun eder ve genelin kabulüne mazhar olur. Müellif bu neticeye Kur'an âyetlerinden vardığını şöyle ifade eder:

"Kur'an'da çok âyetlerde kalplerin ahlaki vazifeleri anlayabileceği, kalpleri katı olanların bu vazifeleri kavrayamayacakları yazılı olduğu gibi, akıl ile kontrol edilmeyen hislerin insanı hataya düşürebileceği de beyan edilmektedir. Hataların bir hayli sebepleri, insanların hislerine kapılarak veyahut aşırı lojikle hüküm vermeleridir. Kalpler de, hisler de insanı hataya düşürebilir."¹³⁵

"Kur'an" başlığını taşıyan ikinci babda Kur'an'ı Kerim'in "ferdin şahsi menfaati (ferdiyetçilik) ve sosyal menfaat (sosyalizm) esaslarına bağlanmadan münasebetleri, selim hislere uygun, neticeleri velud hükümlerle tanzim"¹³⁶ ettiğini dile getiren müellif Kur'an'ın hükümleri hakkında genel bilgiler verdikten sonra nâsih- mensûh konusuna da yer verir. Bakara suresi 106. âyete dayanarak birçok müfessirin sonradan nazil olan bazı âyetlerin önceki bazı âyetlerin hükümlerini ortadan kaldırdıklarını, az bir kısım müfessirin ise bu âyette kastedilenin önceki kitapların hükümleri olduğunu nakleden Belgesay bu iki ayrı görüşe de katılmadığını beyan eder. Ona göre, Kur'an tertibinde iniş sırasının nazara alınmadığı, bazı âyetlerin Mekke'de bazılarının Medine'de indiği, âyetlerin nüzul sıraları konusunda ittifakın bulunmadığı gibi durumlar göz önüne alındığında neshi kabul etmek zordur. O birbirine tamamen zıt görünen âyetlerde bile gerçek manada bir zıtlığın olmadığını, her birinin içerisinde farklı hikmetler barındırdığını söyler. Bakara sûresinin 106. âyetine¹³⁷ atıfta bulunarak Allah'ın daha hayırlısını getirmeden önceki âyeti unutturmayacağını ifade buyurduğunu söyleyerek hafızalarda kalmış birbirine zıt gibi görünen iki âyet varsa demek ki zamanın ihtiyaçları nazara alınarak, yapılacak iş ve davranışa hangisi uygunsa o âyetle amel edilebileceği çıkarımını yapar.¹³⁸

Bu görüşüne delil olarak Allah'ın kanun ve sözlerinde değişimin olmadığını ifade eden "*Sen sünnetimizde (Mukadder hareket normları) değişme göremezsin*" şeklinde tercüme

¹³⁵ Belgesay, *Kur'ân Hükümleri ve Modern Hukuk*, 31-34.

¹³⁶ Belgesay, *Kur'ân Hükümleri ve Modern Hukuk*, 39.

¹³⁷ "Biz bir âyetin hükmünü yürürlükten kaldırır veya onu unutturursak, mutlaka daha iyisini veya benzerini getiririz. Bilmez misin ki Allah her şeye kâdirdir." *Kur'an Yolu* (Erişim 09 Ağustos 2024), el-Bakara, 2/106.

¹³⁸ Belgesay, *Mecellenin Küllî Kaideleri*, 42.

ettiği İsrâ suresi 77. âyeti ile “Dünya hayatında da ahirette de onlar için müjde vardır. Allah’ın sözlerinde hiçbir değişme yoktur”¹³⁹ âyetini, önceki kitaplardan bahseden “Allah’ın izniyle önce gelen kitapları doğrulayıcı, müminler için bir hidayet rehberi ve müjdecisi olarak Kur’an’ı senin kalbine indiren odur.”¹⁴⁰ âyeti ile “O sana kitabı, gerçeğin ta kendisi ve öncekileri doğrulayıcı olarak indirmiştir; daha önce insanlara doğru yolu göstermek üzere Tevrat ve İncil’i indirmişti; furkanı da indirdi. Bilinmeli ki Allah’ın âyetlerini inkâr edenler için şiddetli bir azap vardır. Allah suçlunun hakkından gelen mutlak güç sahibidir.”¹⁴¹ âyetlerini örnek gösterir. Müellif bu âyetlerden Kur’an’ın kendinden önce indirilen Tevrat ve İncil’de mevcut olan hükümleri de bozmadığını, o hükümlerin asıl metinleri unutulduğundan dolayı uygulamadaki tereddütleri gidermek için Kur’an tarafından aynı prensiplerin yeniden izah edilerek zamanın şartlarına intibak ettirildiğini söyler. Belgesay, mevzuyu şöyle sonlandırır: “Kur’an bir âyet ortadan kaldırılsaydı o âyeti herkesin unutacağını beyan ettiğine göre hatırlanmış bir âyetinin münfesihi olması kabul zordur. Biz inceleme mevzuumuzda, müfessirlerin zıt buldukları âyetlerin birbirini tamamladıklarına, izah ettiklerine kanaat ettik.”¹⁴²

9. Refik Gür

Refik Gür (öl. 1986) İslâm hukuku ve Mecellenin kıymetini sonradan anlayıp, eski hukukumuzun kıymetini anlatmak için çaba sarf eden hukukçularımızdandır. Gür, bu bağlamda 1950 başlarında “Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle”¹⁴³ adlı eserini kaleme alır. Müellif, Sebül yayınlarından çıkan kitabın ikinci baskısının önsözüne kendisinin hukuk fakültesinde Mecellenin yerine henüz layiha halinde olan medeni kanunu okuduğunu ifade ederek başlar ve aradan geçen zamanın Mecelle hakkındaki fikrini değiştirdiğini ve kitabı neşretmeyi kendine bir görev olarak addettiğini şu cümleleriyle açıklar:

“Tarih olmuş bir çeyrek yüzyıl sonra tecrübenin, hükümlerdeki bîtaraflığın, olgunluk ve insafın verdiği ilhamla, bu misilsiz Türk hukuk âbidesinin değerini belirtme sahasında bir vazife halinde kaleme alınan eser, bu vâdide kendisini daha ilmî, daha sentetize olanlarının takip etmesi dileğiyle neşriyat âlemine çıkarılmıştır.”¹⁴⁴

Müellif Mecellenin “bir doğmatizm, iskolâstisizm eseri” olmadığını aksine Cumhuriyet döneminde medeni kanunun kabulü sırasındaki inkılapçılık ruhuyla kıyaslanabilecek derecede kendi döneminin ruh ve kültürel yapısıyla uyumlu çok ileri bir hamle olduğunu ifade eder.¹⁴⁵ Gür’e göre Mecelle önemlidir fakat küllî kaideler daha bir önemlidir. Çünkü bu kaideler tazelik ve canlılığı her zaman için geçerli mantık ve felsefe düsturları olup¹⁴⁶ “kıymeti ve hâdiselere mücerret tatbik kabiliyeti hiçbir zaman eksilmeyecek, sarsılmayacak”¹⁴⁷tır.

¹³⁹ Yûnus, 10/64.

¹⁴⁰ el-Bakara, 2/97.

¹⁴¹ Âli İmrân 3/3-4

¹⁴² Belgesay, *Mecellenin Küllî Kaideleri*, 43.

¹⁴³ Refik Gür, *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle* (İstanbul: Çeltut Matbaası, ts.)

¹⁴⁴ Gür, *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle*, 11.

¹⁴⁵ Gür, *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle*, 211.

¹⁴⁶ Gür, *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle*, 116.

¹⁴⁷ Gür, *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle*, 105.

Gür eserinde İmparatorluk hukuku ile kilise hukukunu mukayese ederek iki hukuk arasındaki farkı ve İslâm hukukunun zamanın akışına mutabakatını anlatır. Çok geniş sınırlara ulaşmış ve içerisinde çeşitli dinlerden farklı milletleri barındırmış olan Osmanlı'da “merkeziyet içerisinde adem-i merkeziyet idare usulü ile kolektif fonksiyonlarının âdeta akıl ve sır ermez bir mükemmeliyet içinde” düzenlendiğini ve bunda muvaffak olduğunu söyleyen Gür bu muvaffakiyeti İmparatorluk hukuk sisteminin “adl-ü ihsan prensiplerine dayatılmış dogmayı, muâmelât reflekslerine intibak ettirmenin muvaffakiyet yolunu” bularak şer’î hukukla örfî hukuk arasında meydana getirdiği ahenk ve uyuma bağlar. Hukukun canlılığının “nassın teşri hikmetine akıl erdirmesini ve hukuk zekâsının yapıcı bir şekilde kullanılmasını bilen mantık” ile sağlanabileceğini belirten müellif, Osmanlı hukukunun, çoğu zaman birbiriyle taban tabana zıt olan nakil ile akli uzlaştırıp dogmatizmle rasyonalizmi yan yana getirerek ortaya canlı hayat düsturlarının çıkacağını gösteren en güzel hukuk örneğini temsil ettiğini söyler. Batı'nın ise orta çağ dönemini insanlık hayat ve ülküsünden koparan skolastik düşüncüyü Osmanlı'nın kullandığı formül ile yenme başarısı gösteremediğini ifade eder.¹⁴⁸Gür, bu bahsi şu çarpıcı ifadelerle kapatır:

“Ezmanın tebeddülü ile ahkâmın tebeddül edeceğini, yâni zamanların değişmesiyle hükümlerin değişebileceğini kararlaştıran bu hukuk nehci, garbın “Droit canonique” i kilise duvarlarının örttüğü kasveli ve loş muhitten dışarıya çıkarken gözleri ışıktan kamaşan yarasa gibi, muhitine körü körüne yapışır ve bir çağı vampir gibi sömürerek terakki ve tekâmülü önlerken, lügatte bile “gereği gibi anlayıp bilmek” manasına gelen, Şarkın fıkhi, ahkâmı ameliyeyi bu genişlik ve tesâmüh [hoşgörü] şartları içerisinde serbestçe inkişaf ettirip, adl-ü-ihsan'dan mürekkep iki başlı bir nimet halinde seyyaliyetini ve hayat şartlarına uygunluğunu muhafaza ve temin ederek, Şarkı orta çağ iskolastisizminden korumuş, bu ruh ve kudret imkânlarıyla Türk İmparatorluğu'na en geniş hayatiyet ve inkişafı bu sâyede sağlamıştı.”¹⁴⁹

Gür ayrıca Roma hukuku ile İslâm hukukunun birlikte tahsil edilmesi gerektiğini oysa Roma hukukuna haddinden fazla önem verildiği buna mukabil İslâm hukukundan söz edilmediği eleştirisinde bulunarak bunun “büyük bir gaflet” olduğunu söyler.¹⁵⁰

Sonuç

Altı yüz yıl hüküm süren Osmanlı İmparatorluğu hukukî yapı olarak dine dayalı bir hukuk sistemi olan İslâm hukukunu benimsemiştir. Cumhuriyetin ilanına kadar bu hukuk sistemi kullanılmış, Cumhuriyet ilan edildikten sonra hem dahili hem de harici birtakım sebeplerle 1926 yılında bu hukuk sistemi terkedilerek Batı'dan iktibas edilen laik hukuk yürürlüğe konulmuştur. Buna paralel olarak hukuk fakültelerinde İslâm hukuku yerine modern hukuk eğitimi vermeye başlamıştır.

Hukuk sistemi tamamen değişmesine rağmen modern kanunların kabulünden önce meydana gelen ve bu nedenle eski kanunlarımızın tatbik edilmesini gerekli kılan davaların mevcudiyeti, mukayeseli hukuk ve sosyal tarih anlayışı ile yapılan araştırmalar, Türk hukuk tarihinin incelenmesi gibi sebepler modern hukukçuları İslâm hukuku

¹⁴⁸ Gür, *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle*, 17-18.

¹⁴⁹ Gür, *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle*, 19-20.

¹⁵⁰ Gür, *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle*, 46.

hakkında çalışma yapmaya itmiştir. Bu hukukçular sadece İslâm hukukunu incelememiş bu hukuk sistemi hakkındaki kanaatlerini de belirtmişlerdir.

Çalışma neticesinde bir kısım modern hukukçuların İslâm hukukuna karşı olumsuz bir tavır sergiledikleri görülmektedir. Bu hukukçular olumsuz tavırlarının en önemli sebebi olarak İslâm hukukunun dine dayalı bir hukuk sistemi olduğu için değişme özelliğinin olmamasını ve zamanın ihtiyaçlarına cevap verememesini göstermektedirler. Halbuki İslâm hukuk sistemi diğer hukuk sistemlerinden daha ileri bir seviyede çok gelişmiş bir hukuk üretme mekanizmasına/metodolojisine sahiptir ve bu nedenle zamanın şartlarına göre hukuk üretme noktasında bir zafiyeti yoktur. İslâm hukukunun metodolojik üstünlüğünü yer yer kendileri de dile getirmektedirler. Bu hukukçuların olumsuz kanaatlerinin asıl nedenleri ise İslâm hukukuna hakkıyla vakıf olamamaları, oryantalist kaynaklardan beslenmeleri ve zamanlarının dine karşı olan siyasi ideolojisini benimsemeleri veya bu ideolojinin baskısı altında kalmalarıdır.

Bu olumsuz kanaatlerin yanında modern hukukçulardan İslâm hukukunu taktir eden ve bu hukuku müdafaa eden modern hukukçuların sayısı da az değildir. Bu hukukçular tarafsız bir nazarla mukayeseli olarak İslâm hukukunu diğer hukuk sistemleriyle karşılaştırmış ve üstün özelliklerini ortaya koymuşlardır. (Mustafa Reşit Belgesay ve Şakir Berki'nin çalışmalarını örnek olarak zikredebiliriz.) İslâm hukukunun değişmez kurallara bağlı olduğu ve bu nedenle yeni meselelere çözüm bulamadığı düşüncesine ise şiddetle karşı çıkmışlardır. Bu hukukçulara göre İslâm hukukunda Kur'an ve sünnetle belirlenmiş ve bu hukukun istikrarını sağlayan çok az sayıdaki değiş/tirile/mez ana prensiplerin oluşturduğu merkezi alanın yanında hukukta dinamizmi sağlayan örf, maslahat, zaruret gibi prensiplerle içtihat yapmaya açık geniş bir alan mevcuttur. İchtihat yeterliliğine sahip her kişi için bu alan açıktır. Ayrıca İslâm hukukunda devlet başkanı bu hukukun kendine tanıdığı sınırlar çerçevesinde kanunlar yapmaya yetkilidir.

Modern hukukçulardan İslâm hukukunu müdafaa eden kesim ile olumsuz kanaate sahip olan kesim arasında önemli bir fark vardır. Olumsuz kanaat sahibi hukukçular İslâm hukukunu toptan reddetme eğilimi gösterirken olumlu kanaat sahibi olan hukukçular modern hukuku toptan reddetme yoluna gitmemişlerdir. Hatta İslâm hukukunu müdafaa eden hukukçulardan bir kısmı (Ali Himmet Berki ve Ebü'l-Ulâ Mardin gibi) yeni hukukumuzu eski hukukumuzun bir devamı olarak görmüşler ve aralarındaki benzerlikleri nazara vermişlerdir. İslâm hukukunu müdafaa eden hukukçular hukuk fakültelerinde İslâm hukukuna yeteri kadar değer verilmemesini de eleştirmiş ve bu hukuk sisteminin mutlaka fakültelerimizde okutulması gerektiğini vurgulamışlardır.

Kaynakça | References

- Adivar, Adnan. "Mukaddime". *İslâm Ansiklopedisi*. 1/1-XXI. İstanbul: Milli Eğitim Basımevi, 1978.
- Ağaoğlu, Ahmet. *Hukuk Tarihi: Hukuk Fakültesi Müderrislerinden Ağaoğlu Ahmet Beyefendinin Takrirleridir*. İstanbul: Hukuk Talebesi Cemiyeti Neşriyatı, 1931.
- Ağaoğlu, Ahmet. *Üç Medeniyet*. İstanbul: Doğu Kitabevi, 2013.
- Akgündüz, Ahmet. "Osmanlı Hukuk Sisteminin Şer'îliği Meselesi ve Kanunnârnelerin Şer'î Tahlili". *XV. ve XVI. Asrı Türk Asrı Yapan Değerler*. ed. Abdülkadir Özcan. 153-175. İstanbul: Ensar Neşriyat, 1999.
- Akgündüz, Ahmet. "Osmanlı Kanunnâmeleri (Doğuşu, Çeşitleri ve Tarihi Seyri)". *Türkler*. ed. Hasan Celâl Güzel vd. 34-71. Ankara: Yeni Türkiye Yayınları, 2002.
- Akın, Abdullah. *Tanzimat Sonrası Fıkhi Dönüşüm ve Fıkıh Eğitimi*. Çanakkale: Çanakkale Onsekiz Mart Üniversitesi, Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Doktora Tezi, 2002.
- Ansay, Sabri Şakir. *Eski Aile Hukukumuz Bir Nazar: Hukuk İnkilâbımızı Aydınlatan Tarihî-Teşri'î Vesikalar*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1952.
- Ansay, Sabri Şakir. *Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku*. Ankara: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi, 1954.
- Arsal, Sadri Maksudi. *Hukuk Felsefesi Tarihi*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1945.
- Arsal, Sadri Maksudi. *Türk Tarihi ve Hukuk*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1947.
- Arsebük, Esat. "Mameleke İstinad Eden Şahsiyet: Vakıf". *Adliye Ceridesi* 8/12 (1937), 1130-1170.
- Aydın, M. Akif. "Osmanlı Hukuku'nun Genel Yapısı ve İşleyişi". *Türkler*. ed. Hasan Celâl Güzel vd. 24-33. Ankara: Yeni Türkiye Yayınları, 2002.
- Aydın, M. Akif. *Türk Hukuk Tarihi*. İstanbul: Beta Basım Yayım ve Dağıtım A.Ş., 2019.
- Aykut, Ayhan. "İslâm-Türk Ansiklopedisi". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 23/57-58. İstanbul: TDV Yayınları, 2001.
- Barkan, Ömer Lütfi. "Osmanlı İmparatorluğu Teşkilat ve Müesseselerinin Şer'îliği Meselesi". *Journal of Istanbul University Law Faculty* 11/3-4 (Eylül 2011), 203-224.
- Barkan, Ömer Lütfi. "Osmanlı İmparatorluğu'nda Toprak Vakıflarının İdari-Mali Muhtariyet Meselesi". *Türk Hukuk Tarih Dergisi* 1 (1944), 11-25.
- Barkan, Ömer Lütfi. *Türk Hukuk Tarihi (Teksir)*. İstanbul: 1951.
- Barkan, Ömer Lütfi. "İslâm-Türk Mülkiyet Hukuku Tatbikatının Osmanlı İmparatorluğunda Aldığı Şekiller: İmparatorluk Devrinde Toprak Mülk ve Vakıfların Hususiyeti I, II, III". *Journal of Istanbul University Law Faculty* 7/4 (Eylül 2011), 906-942.
- Bedir, Murtaza. "Osmanlı Öncesi Türk Hukuk Tarihi Yazıcılığı", *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi* 5 (Mayıs 2005), 27-84.
- Belgesay, Mustafa Reşit. *Kur'ân Hükümleri ve Modern Hukuk: Mevzuat İçtihatlar Tatbikat*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1963.
- Belgesay, Mustafa Reşit. *Mecellenin Küllî Kaideleri ve Yeni Hukukun Ana Prensipleri*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1947.
- Berki, Ali Himmet. "Adalet Fikri Beşerî Kanunlar ve Hakkaniyet". *Türk Yurdu* 275 (1959), 25-26.

- Berki, Ali Himmet. *Eski Hadiselerde Tatbiki Lâzımgelen İrs ve İntikal*. Ankara: Hapishane Matbaası, 1938.
- Berki, Ali Himmet. *Hukuk Mantığı ve Tefsir Kanun ve Mukavelelerin Tanzim ve Tefsirine Ait Kaide ve Asıllar*. Ankara: Güney Matbaacılık ve Gazetecilik T.A.O., 1948.
- Berki, Ali Himmet. *Hukuk Tarihinden İslâm Hukuku I*. Ankara: Diyanet İşleri Reislîği Yayınları, 1955.
- Berki, Ali Himmet. *Vakıflar İkinci Kitap*. Ankara: Nur Matbaası, 1950.
- Berki, Şakir- Hâmidî, Hayrullah. *İslâm Hususi Hukukunun Ana Prensipleri: "Kur'anda Hukuk"*. Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1956.
- Berki, Şakir. "Ali Himmet Berki". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 5/509-510. İstanbul: TDV Yayınları, 1992.
- Berki, Şakir. "Eski ve Yeni Medeni Hukukumuzda Miras Sistemleri". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 37/1 (Mayıs 1980), 223-237.
- Berki, Şakir. "İslâm Hukuku Miras Sistemi ile Medeni Kanun'un Miras Sistemi Arasındaki Farklar". *Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 22/1-2 (Haziran 1978), 1-16.
- Berki, Şakir. "İslâm Hukûkunun Muâsir Ehemmiyeti". *İslâmın Nuru* 2/17 (Eylül 1952), 32-34.
- Berki, Şakir. "Kur'an'da Mîrâs Hukuku". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 38/1 (Mayıs 1981), 107-132.
- Bilmen, Ömer Nasuhi. *Hukûk-ı İslâmiyye ve İstîlâhât-ı Fıkhiyye Kâmûsu*. İstanbul: Bilmen Yayınevi. ts.
- Birinci, Ali. "Türk Hukuk Tarihçisi Sadri Maksudî'nin Hayat Hikâyesi ve Eserleri". *İstanbul Hukuk Mecmuası* 75 (Aralık 2017), 75-122.
- Bozkurt, Gülnihâl. *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi*. Ankara: Türk Tarih Kurumu Yayınları, 2020.
- Cumhuriyetten Önce ve Sonra Vakıflar: Tarih Kongresi ve Sergisi Münasebetile Türk Tarih Kurumuna Takdim Olunan Rapor*. İstanbul: Vakıflar Umum Müdürlüğü Neşriyatı, 1937.
- Dağ, Muhammed "Annales Ekolü'nde Sorun Odaklı Tarihçilik: Büyük Adam Tarihçiliğinden Her Şeyin ve Herkesin Tarihine", *Pamukkale Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi* 55 (Mart 2023), 203-216. <https://doi.org/10.30794/pausbed.1102332>
- Demir, Ahmet İshak. *Cumhuriyet Dönemi Aydınlarının İslâmiyet'e Bakışı*. İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2000.
- Ebû Ya'âlâ el-Ferrâ'. *el-Ahkhâmü's-sultâniyye*. Beyrut: Daru'l-Kütübi'l-İlmiyye, ts.
- Ebül'ula, Mardinî Zade. *Medeni Hukuk Dersleri C. III: Aile Hukuku*. İstanbul: Güneş Matbaası, 1934.
- Ebül'ula, Mardinî Zade. *Hukuku Medeniye Dersleri C. I: Umumi Zabıtalara, Şahsın Hukuku*. İstanbul: Ahmet İhsan Matbaası, 1928.
- Erdoğan, Ali. "Seydişehir". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 37/25-27. İstanbul: TDV Yayınları, 2009.
- Erkol, Mehmet. *Cumhuriyetin Din Politikası (1923-1939)*. Konya: Necmettin Erbakan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2014.

- Gayretli, Mehmet. *Tanzimat Sonrasından Cumhuriyet'e Kadar Olan Dönemde Kanunlaştırma Çalışmaları*. İstanbul: Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2008.
- Gür, Refik. *Hukuk Tarihi ve Tefekkürü Bakımından Mecelle*. İstanbul: Çeltut Matbaası, ts.
- Gürsoy, Kemal Tahir. "Prof. Sabri Şakir Ansay'ın Ardından". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 19/1 (Mayıs 1962), XI-XVI.
https://doi.org/10.1501/Hukfak_0000001441
- İnalçık, Halil. "Osmanlı Hukukuna Giriş, Örfî- Sultanî Hukuk ve Fatih'in Kanunları". *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 13/02 (1958), 102-126.
https://doi.org/10.1501/SBFder_0000000371
- Karaman, Hayreddin. *Laik Düzendeki Dini Yaşamak-4*. İstanbul: İz Yayıncılık, 2006.
- Kaya, Eyyüp Said. "Türkiye Cumhuriyeti'nde Fıkıh Literatürü: Bir Hasıla". *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi* 12/24 (Eylül 2017), 9-126.
- Köprülü, M. Fuad. *İslâm ve Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları ve Vakıf Müessesesi*. İstanbul: Ötüken Neşriyat, 1983.
- Köprülü, Orhan F. "İslâm Ansiklopedisi". *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 23/43-44. İstanbul: TDV Yayınları, 2001.
- Köse, Saffet. *İslâm Hukukuna Giriş*. İstanbul: Hikmetevi Yayınları, 2015.
- Kunter, Halim Baki. "Türk Vakıfları ve Vakfiyeleri Üzerine Mücmel Bir Etüd". *Vakıflar Dergisi* 1 (1938), 103-129.
- Kur'an Yolu*. Erişim 09 Ağustos 2024. <https://kuran.diyamet.gov.tr>
- Mâverdî, Ebü'l-Hasen Alî b. Muhammed b. Habîb el-Basrî. *el-Ahkâmü's-sultâniyye ve'l-vilâyâtü'd-dîniyye*. Kuveyt: Mektebetü Dâru İbn Kuteybe, 1409/1989.
- Miras, Kâmil. "Hukuk Mantiği ve Tefsir". *Sebilürreşâd* 3/75 (1950), 386-388.
- Otacı, Cengiz. "Hermeneutik (Yorum Bilim) ve Ceza Kanunlarının Yorumu". *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 89 (2010), 439-491.
- Özbilgen, Erol. *Osmanlı Hukukunun Yapısı*. İstanbul: Güray Matbaacılık, 1985.
- Sava Paşa. *İslâm Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüd*. çev. Baha Arıkan. 2 Cilt. Ankara: Yeni Matbaa, 1955.
- Schacht, Josept. "Abdest". *İslâm Ansiklopedisi*. 1/25-26. İstanbul: Milli Eğitim Basımevi, 1978.
- Seçkin, Recai. "Ebü'l-ulâ Mardin ve Eserleri (1880-1957)". *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi* 13/02 (1958), 180-189. https://doi.org/10.1501/SBFder_0000000361
- Seviğ, Vasfi Raşit. "Fıkıh ve Medenî Kanun". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 8/3 (1951), 210-234. https://doi.org/10.1501/Hukfak_0000000879
- Soyubelli, Fethullah. "Büyük Hukukçu Ali Himmet Berki". *Akademi Kürsü* 5 (2019), 46-50.
- Subaşı, Necdet. *Türk Aydınının Din Anlayışı*. İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 1996.
- Sungurbey, İsmet. *Ebû'l-ulâ Mardin*. İstanbul: Kültür ve Turizm Bakanlığı Yayınları, 1988.
- Şâfiî, Muhammed b. İdris. *el-Üm*. Beyrut: Dâru'l-Ma'rife, 1393/1983.
- Şimşek, Sezer. *Ebû'l-ulâ Mardin Cumhuriyet Devrinde Bir Osmanlı Âlimi*. İstanbul: Kitap Yayınevi, 2015.
- Tabbâh, Yasin Muhammed Muhammed. Sultatu Veliyyi'l-Emri fi't-Teşri'. *Mecelletu'l-Buhûsi'l-Fikhiyye ve'l-Kânûniyye* 36 (1443/2021), 1791-1887.

Turnagil, Ahmet. “İslâmiyet ve Milletler Hukuku 1”. Journal of Istanbul University Law Faculty 8/1-2 (1942), 16-72.

Türk Hukuk Lûgati, Ankara: Türk Hukuk Kurumu, Başbakanlık Basımevi, 1991.

Üçok, Çoşkun vd. *Türk Hukuk Tarihi*. Ankara: Savaş Yayınevi, 1996.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet. Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat. *Tanzimat-1*. Komisyon. 139-209. İstanbul: MEB Yayınları, 1999.

Yüce, Nuri. “Ahmet Ağaoğlu”. *Türkiye Diyanet Vakfı İslâm Ansiklopedisi*. 2/464-466. İstanbul: TDV Yayınları, 1988.