

FIKİH VE MEDENİ KANUN

Yazan: Ord. Prof. Vasfi Raşid SEVİG

Fık'ın doğuşu ve gelişmesi tarihi kadar mühim ve terbiyevi bir olaya hukuk tarihinde az rastlanır. Fık'ın inhitatı tarihi ise "Toynbee" nın, medeniyetlerin tabii bir ölüm ile ölmeyip intihar ederek oldukları hakkında yapmış olduğu iddianın doğruluğuna inandırıcı bir delil teşkil eder. İslâm Hukuku büyük ve parlak bir hukuk kültürüne malik olduktan sonra kısırlandı ve altı asır boyunca ne yeni bir fikir ne yeni bir eser yarattı. XIV nci asırda yazılmış eserlerden okutulan bir hukukta hayat-tan eser bulunduğu ise asla iddia edilemez.

İrtican iddia eylediği gibi fık'ı Cumhuriyet kaldırmadı; Cumhuriyet öldürmedi, buna tarih şahittir. Malûmdur ki hukuk ile tarih birbirini tamamlayan iki ilimdir; birbirine karşılıklı yardımda bulunmağa mecburi iki bölüm koludur. Kanunlar hukuk ile hukuk da kanunlar ile izah edilebilir. Fık'ın doğuşuna ve gelişmesine o zamanın olayları ve adetleri âmil olduğu gibi inhitatına ve kalkmasına da zamanın olayları ve adetleri âmil olmuştur.

Her kanun bir milletin terakkisinin muhassalasıdır. Bir kanunu bir tarihe bağlamak metnine ve gerekçesine bir vüruh vermek olur. Fık'ıha dair yazılan eserleri XIV nci asıra bağlamak onun hükümlerinin XX nci asır ihtiyacına cevap veremeyeceğini ve adetlerine intibak edemeyeceğini anlamağa kâfi gelir. Her asrın kendisine mahsus karakterleri, kendisine mahsus bir nüfuz tesiri vardır; bir verimi vardır. XIV inci asırda yazılmış eserlerde son asırların karakterini, nüfuz tesirini ve ihsanlarını bulmağa imkân olamaz. Fık'ın memleketimizin medeni cemiyetinde tatbik edilebilmesi için onu muamelâta hasretmek ve bir "mecelle" de toplamak lâzımgeldi. Fakat mecelle tatbik edilmiş gibi görünüyorsa da o da asla tatbik edilememiştir; çünkü tanzimatın almağa mecbur kaldığı kanunlarla bir ahenk teşkil edemedi. Bu da bize gösteriyor ki yürürlükte tutulan her kanun mutlaka yaşayan, canlı bir kanun değildir; Bir kanunun düsturun içinde yer almış olması onun mutlaka yürürlükte olduğuna ve itaat gördüğüne delâlet etmez. Asırların getirdikleri ve bıraktıkları teressübat fık'ın XIV üncü asır seviyesinde kalmış seviyesini aşan taba-

kalar vücuda getirmiştir. Fıkıhın gelişmesinde de görüldüğü üzere özel hukuka ait âdetleri tarih yaratır ve izah eder. Netekim Türk kamu hukukunu yaratan siyasî tarihimiz aynı zamanda İslâm amme hukukunu tamamıyla ilga eyledi.

Peygamberimizin sağlığında gökten durmadan vahy iniyordu. Peygamber de sözleriyle, yaptıkları ile yapıldığını görüp de veya işitip te yasak etmemek şeklinde gösterdikleri müsamaha ile yeni nizamın esaslarını koyuyordu. Demekki başlangıçta İslâm âlemi yalnız kitap ve sünnete uyuyordu. Sünnet arap dilinde adet ve tarikat demektir. Kurani-Kerimde geçen meselâ "Ataların sünneti" veya "Cenabı Hakkın sünneti" tâbirlerinde sünnet adet ve hareket tarzı mânalarına gelir. Allah'ın sünneti tâbiri "imansızlıklarından ötürü Allah tarafından cezalandırılmış eski halka karşı Cenabı Hakkın hareket tarzını" ifade eder. Fakat "usulü fıkıh denilen ilimde sünnet Peygamberimizin söylemiş (sözlü sünnet, hadis); yapmış (fiilî sünnet); ve ümmetinin yaptıklarını gördüğü veya söylediklerini işittiği fiilleri ve sözleri zımî olarak caiz görmek suretiyle takrir eylemiş (yani karar (1) kıldırmış) olduklarına denir. İslâm dini tetkik eylemiş âlimlerden "Winsinck" sünnete riayet Peygamberi taklittir" der. Eski islâmların en büyük emelleri kitaba ve sünnete uymak olduğuna göre Winsinck'in müşahede ve mülâhazası doğrudur. Sünnete riayet Peygambere benzemek arzusunu ifade eder.

İslâmda yasama erki yalnız ve yalnız Allah'ta ve Peygamberdedir. Kanun koyucusu (Şari') bunlardır. İslâm hukukunun iki temelinden biri olan kitap, Ebubekir'in hilâfetine kadar ezberde muhafaza (2) edilirdi. Peygamberimizin vefatlarını müteakip Kuran'ın ayetleri madde üzerinde tesbit edilmek suretiyle muhafaza edilmeye başlanmıştır. İlk yazılan Kuran nüshası Peygamberimizin haremî ve Hazreti Osman'ın hilâfeti zamanında bu iki nüsaf nüshası esas olarak alınmış ve biri Medineye diğeri Şam'a üçüncüsü Basra'ya dördüncüsü Küfe'ye ait olmak üzere dört nüsha daha yazılmıştır. Böylece Kuran'ın içine Hadisi Kutsî'lerin karışması ve bazı ayetlerde gözükten metin farklarının girmesi önlenmiştir (3). Binlerce hâdisin zaptı ve kâğıt

(1) Karar mânasını teşbih suretiyle suyun durulmuş halinden alır.

(2) Hafız, muhafaza eden demektir.

(3) Unutulmamalıdır ki be, te, se, nun ve "ye" harflerine onları birbirinden ayıracak olan noktalar VII. ve VIII. asrın sonlarında Mervan ve Abdülmelik devrinde (Hiçret 65-86) icad edilmiştir. Sesli harflerin yerini tutan hareketler ise daha sonra icat edilmiştir. Binaenaleyh, o zamana kadar Kuranın okunmasında dahi ihtilâf vardı. Kelimesinin "Ka(t)l" ediniz veya "Ka(b)ul" ediniz (İstikbal ediniz) mi okunması lâzım geleceğinden doğan ihtilâfların koparmış olduğu siyasî fırtına çok malumdur.

üzerine dökülmesi ise çok güç olmuştur. Hususîyle henüz bir geleneğe mazhar olamamış, kuruluş halinde bulunan bir cemiyette sahte veya tahrif edilmiş hadislerin de doğrularına karışacağı tabiidir. Hâdisi Peygamberin ağzından yalnız onun hakiki arkadaşları iğitmiş olabilirlerdi. Binaenaleyh hâdislerin Peygamberimizin hakiki arkadaşları olan ve sahabe adını taşıyan zatlar tarafından nakledilmiş olması o hâdisin doğruluğunu isbatta büyük bir önem aldı. Sahabelerin de bu fâni âlemden çekilip gitmelerinden sonra hâdisleri kim nakledecekti? Sahabelerin neslini takip eden nesle "tabi'un" denir. Tabiinin nakleyedikleri hâdislere de doğru nazariyle bakıldı. Tabiinin bu dünyadan çekilip gitmelerinden sonra yerlerini alan nesle "tebai tabiin" dendi ve bunların nakleyedikleri de doğru olarak kabul edildi. Demekki kaynağa en yakın olan üç neslin rivayet eyledikleri hâdislerin doğruluğu hakkında şüphe uyanmadı. Buna rağmen acaba bu nakil ve rivayetlere bir yanlışlık karışmamış mıdır? Binaenaleyh hâdislerin nakil ve rivayetinde bir hata yapılmış olup olmadığını anlayabilmek için tenkit usulleri kondu. Tenkit lügatta bir şeyin kötüsünü, bozuk olanını hâlisinden ayırmak mânasına gelir. Konan ve kabul edilen tenkit usulü hâdislerin metni ve rivayet tarzlarına taallük etmek üzere iki kısma ayrıldı. Metin üzerindeki uğraşmalara "hâdisin dirayeti" ve rivayet kısmı üzerindeki çalışmalara "hâdisin rivayeti" adları verildi. Hâdisi rivayet edenlerin "sıkka" dan olup olmadıkları üzerinde duruldu. "Sıkka" kelimesiyle "vesika" kelimesi aynı kökten gelir birincisi itimat edilen kimseleri ikincisi itimat edilen şeyleri ifade eder. Hâdisi nakledenlerin hukukçu olup olmadıkları da "rivayeti hadis" e müessir oldu.

Ayet ile hâdis arasındaki münasebeti, büyük Haydar efendi merhum usulü fıkıh derslerinde "sünnet Kur'an'-î Kerimi mübeyyin (aşıkâr-kılan) ve şeriatî mükemmeldir" cümlesiyle ifade eylemiştir. Mübeyyin ve delil mânasına kullanılan beyyine kelimeleri aynı köktendir.

Kur'an'da bir kaç âyet ondan sonra gelen âyetlerle kaldırılmıştır. Bir âyetin hükmünün başka bir âyet ile bozulup iptal edilmesine "nesih" denir (1). Bu hal "kitabın kitap ile neshi caizdir" kaidesine vücut vermiştir. Acaba kitabın, Allah gibi şarı' olan (Kanun koyucusu olan) Peygamberin sünneti ile de neshi caiz olur mu? Bu soruya "evet" diye cevap verilmiştir. Sünnetin kitap ile ve sünnet ile neshinin caiz olacağında artık şüphe

(1) "Ol (berat) âyeti mensuh gibi (neshedilmiş âyet gibi) memnu'lamel (Onunla amel etmek yasak edilmiş) ben ümmeti memsuh gibi (Hak tarafından sureti değiştirilip çirkin bir surette çevrilmiş günahkâr milletler gibi) maktu'ülemel". (Emeli ve ümidi kesilmiş). (Fuzulî Şikâyetname).

kalmaz. Ayetlerden bozanı (Nasih) ve bozulanı (mensuh) ayırmak yalnız tarih ile: âyetlerin hangisinin daha evvel ve hangisinin daha sonra inmiş olduğunu tâyin etmekle mümkün olur. Bu prensibe mâna vermek ve gerekçe bulmak lâzımgeldikte denebilir ki her gün doğan yeni ihtiyaçlara, metinlerde hudut ve şumulü tesbit edilmiş adeta dondurulmuş hükümler cevap veremez; bu sebepten eski hükmün esas prensibine sadık fakat daha evrilir ve çevrilir ve dönmeye imkân verir kaideler doğması bir zaruret olur. Büyük Haydar efendi hâdis "Kur'anı mübeyyin ve mükemmildir" dediği zaman bu hakikati ve bu zarureti ifade etmiş oluyordu.

Hukuk kitap ve sünnetten ibaret olunca ve kitap da yazılı olarak henüz etrafa yayılmamış bulununca hukukçu Kur'anı ezber bilen kimse dir ki bu kimselere "Kur'a" (okuyucu) denir. Bir de arap taifesinin çoğunun okur yazar olmaması Kur'anı okuyabilen Kur'alara ayrı bir otorite veriyordu. Okuyucular Kur'andan dünyaya ve muamelâta ait hükümler çıkarmaktan ziyade itikada ve ibadete ait neticeler çıkartırlar ve Kur'anı daha ziyade ibadette bulunmak için okurlardı.

Hicretin birinci asrının son senelerinde yani 90 ve 95 senelerinde; milâdın 8 inci asrında (795) Medinede doğmuş olan ve arap ırkından bulunan Enes veya arap telâffuzu ile Anas oğlu Malik (İmamı Malik) 40, 42 yaşlarına geldiği zamanlarda Medinede hukuk ilmini kurmağa ve hukuku Kur'anı okumaktan ayrı bir şey kılmağa başladı. İmamı Malikin müşahede sahası yabancı adet ve fikirlere kapalı olan Medine shasından ibaretti; bu sebepten Hazreti İmama "hicret darı'nın (Peygamberin hicret eylemiş olduğu yerin) imamı "İmamüdarülhicre" lâkabı verilmişti.

İmamı Malik koyduğu hukuk sistemine temel olarak 1 - Kitabı; 2 - Sünneti, 3 - Medine halkının örf ve adetini almıştı. İmamı Malike göre Medine halkının istimali (yaptıkları) Kur'an ve Hâdis ayarında ve aynı kuvvette bir kaynak idi; çünkü imamı Malik, Medine halkının bir iş işlemek veya işlememek istediklerinde, kendilerinden evvel gelmiş olanlara taklit eylediklerini ve uyduklarını gördüğünden "bu suretle ta Hazreti Peygamber'in fiilini bizzat kendi gözleri ile görmüş o fiile uymuş sahabelere varıncayadeğin elbette sonra gelenler evvel gelenlere uymuştur." kanaati ile Medine ahalisinin bir işte ittifaklarını şeriatın kaynaklarından (delilerinden) saydı.

Peygamberin yaptıkları da sünent olduğuna göre İmamı Malik Medine ahalisinin istimalini de sünnete bağlamış bulundu. İmamı Malik'in mektebine uyanlara "hâdis ehli" dendi. Çünkü tekrar edeyim ki İmamı

Malik sistemini Medinede bol bol bulduğu hâdise dayanıyordu. İmamı Malik'in eseri "muvatta" adını taşır. Mânası "tesviye edilmiş yol" demektir.

Muvatta'nın İmamı âzâmın eserinden sonra yazılmış ve İmamı âzâmın koymuş olduğu tertip ve tasnife sadık kalmış olduğu rivayet edilir.

Mekke ve Medine'nin dışında bulunan ve Fars ülkesine karşı daha doğrusu Asya'nın doğu kısmına karşı kurulmuş bir mısır olan (Metropol, hükümet merkezi) Küfede arap ırkından olmıyan, imamı azam lâkabıyla meşhur bulunan Sabit oğlu Numan da başka bir hukukî sistem kuruyordu. Sabit oğlu Numan İmamı Malikten (mumaleihin doğum tarihi 90 ve 95 olarak kabul edilmesine göre) 10 veya 15 yaş daha büyüktü. Daha ziyade Hafife'nin babası (Ebuhanife) diye meşhur olan İmamı azam hicretin 150 nci senesinde 70 yaşında vefat eylediği halde İmamı Malik hicretin 174 veya 179 uncu senelerinde hemen hemen aynı yaşlarda vefat eylemiştir. İmamı Azamı arap olarak kabul ettirmek için gayretler gösterilmiş ve mumaleihin büyük atasının Şeyban kabilesinin şefi bulunmuş olduğu ve hicretten evvel Kureyşten ayrılarak Irakta yerleşmiş bulunduğu iddia edilmiştir. Fakat Sabitin babası olan "Zota"nın Efganistan'ın kabil kasabası halkından olduğu rivayeti daha doğrudur. İmamı azamın babasının ölümünden sonra anası 12 imamdan "Caferi Sadık" ile evlenmiş ve imam da onun terbiyesinde yetişmiştir ki bu da mumaleihin siyasi hareket tarzını izaha kâfi gelir.

İmamı azamın sistemini izah etmeden evvel bir nokta üzerinde durmak icabeder. Şöyleki islâmda hukuk (hicretin 132 nci senesinde milâdî 750) Abbasilerin iktidara geçmeleriyle beraber kurulmağa başlamıştır. Abbasilerden evvel devlet kurmuş olan Emevilerin (661 - 744) mağlûp ve haraca bağlanmış milletleri hususiyle Suriye ve Mısırı araplaştırarak onları arap camiası içine sokmağa muvaffak olmuşlardı; fakat buna muvabil bütün kurullar, bütün fikir cereyanları, bütün ruh ve vicdan endişeleri Emeviler zamanında filizlendi ve Abbasilerin maddî zenginlikler devrine fikri zenginliklerin de gelip katılmasını sağladı. Akdenizin doğunu, güneyini ve batısını çevreleyen o koca imparatorluğu bir ana teşkîttan ve idare prensiplerinden mahrum bir tarzda idare etmiş Emevilerin devrini bir teşkilât ve bir idare prensibi yaratacak yani bir hukuk sistemi yaratacak bir devrin takip etmesi ahvalin ilcaatiyle bir zaruret olacaktı. İmamı azam bu zarurete cevap verecekti. Mekke ve Medineyi terk etmekte kararlı olacaktı ve ikinci dereceye düşürecek derecede yeni hükümet merkezleri teşekkül etmişti: Suriyede "Şam", Mısırda Fostas (bugünkü Kahire'nin eski Mısır diye anılan mahallesi), Afrikada Kırvan ve Irak'

ta Küfe gibi metropoller (Emsar, Mısırlar) kurulmuştu. Zobairin oğlu Abdullahın Mekke'de ilân ettiği hilâfetin iflâsı bu hakikati çok güzel isbat eder; Mekkenin artık merkez olmayıp kenar bir şehir haline gelmiş olduğunu gösterir. Binaenaleyh Medine'de kurulan İmamı Malik mektebi bu geniş imparatorluğun ihtiyaçlarına kâfi gelemezdi. Malik mektebinin Merakeşte ve Endülüste kabul edilmiş ve yayılmış olmasını nakleden hocam Seydişehirli Emin oğlu Mahmut Esat (Kadester) (1) hukuk tarihine ait yazdığı eserinde buna sebep olarak şunları yazar: "En dülüs ve Magrip (Batı diye anılan Merakeş) halkının seyyahatleri Hicazda biterdi ve bunlar İraka gitmezlerdi. Binaenaleyh bu halk muhtaç olduğu ilmi Medinelilerden alırlardı. Bir de Magrip ve Endülüstü ahalisinin mizaçlarında bedevilik galip olup Irak ehline mahsus olan medeniyet usulü ile alışmış olmadıklarından bedevilik münasebetiyle Hicaz ehline daha ziyade kaydılar". Hocamın bu sözleri doğrudur. Haracilerin ve Şiilerin yarattıkları huzursuzluklar içinde çırpınan Irak "Babasının oğlu Ziyat" (Ziyat bin Ebihi) ve "Haccac" gibi meşhur valilerin idareleri altında zenginleşmişti; Mısır da geniş var'at kaynaklarına malik idi. Halbuki Magrip ilk zamanlardaki halini muhafaza ediyordu.

İmamı âzam hukuki sistemini, emeviye düşmanı olan ve Abbasilerin, Mütevekkilî'nin hilâfetine kadar (847) yani bir asır müddetçe resmî mezhebi kılınan mutezile'lerin hakim bulunduğu İrakta kuracaktı. Mutezile Kur'an ve Hâdîsi dinin temeli olarak kabul etmekte İmamı Malik kadar mutaassıp davranıyordu; fakat "Hâdis ehli" dedikleri Malikilerin hâdis ve fiili nebinin devamı sandıkları Medine halkının geleneklerine körtükörüne bağlanışlarını kabul etmiyordu. Mutezile akli dinin, imamın yardımcı olarak alıyordu. Büyük Haydar Efendinin sünnet hakkındaki sözlerini alarak diyeyim ki mutezile akli "dini mübeyyin ve mükemmil" olarak görüyor ve kabul ediyordu.

Muteziller Yunan filezoflarının düşünme tarz ve metodlarını alarak İslâm iskolastikini kurdular. Müstezileler İslâmın ilk mantıkçılarıdır; onlar söz ehlidir (Ehlikelâm). Rahmetli büyük hocam Abdurrahman Şerif eserinde ilmü kelâmı anlatırken "Edillei nakliyyeyi edillei akliyye ile teyit eder." der. İmükelâm, mu'tezilenin anlatma (nakil) ile bilinen dinî akıl ile kuvvetleştirmek için koyduğu ilimdir. Rahmetli Fıkıh hocamız Seydişehirli Emin oğlu Mahmut Esat hukuk tarihine dair yazdığı eserde İmamı âmazdan bahsederken Hazreti İmamın fıkıhtan ev-

(1) Ankara Üniversitesi profesörlerinden sayın meslekdaşım Dr. İsfendiyar Esat - Kadester'in babasıdır.

vel “kelâm” ile uğraşmış olduklarını zikreyleyler. Gerçi İmamı âzam hiç bir zaman mutezileye intisap etmemiş ve daima mutezileye karşı Ehli sünnet” mezhebini müdafaa eylemiştir. Fakat içinde yaşadığı muhit nakilden ziyade akla dayanan bir muhit idi; yani hâdisten ziyade rey ve mütalâaya kıymet veren bir muhit idi. Hanefi mektebinin Malikî mektebinden ayrılmasını mucip olacak daha başka sebepler de vardı. İslâm orduları eski medeniyetlere malik ülkeleri fetheylemişti. Meselâ; Emeviler Suriye’de Bizans idaresini, memurlarını islâm yaparak muhafaza etmişlerdi. Irak’ta İsrailoğullarının, Roma’nın, Fars’ın ve Eski Babel ve Asur’un medeniyetlerinin izleri ve kanunlarının bakiyeleri mevcut idi; meselâ: Ümmü Veled (erkek çocuk doğurmuş kadın Kul) müessesesi Babel hukukunun İslâm hukukuna hediye ettiği bir müessesedir. Toprakları fethedilmiş ülkelerin üzerinde yükselen müesseselerin de fethedilmesi ve onların da İslâm yapılması lâzım idi. Toprakları fethedilmiş ülkelerin hatıralar taşıyan insanların da fethedilmesi lâzımdı; İnsanlar adetlerinin, istimallerinin fethedilmesiyle fethedilebilir. Kendileri İslâm camiasına girmiş kimselerin adetleri de İslâm hukukuna girecekti. Rahmetli Hocam Emin oğlu Mahmut Esat bu hâdiseyi eserinde “adetin şer’i islâma girişi” diye ifade eyler: “İslâm memleketleri genişlik hasıl etti, aradan bir asır geçmeksizin Sebte (Jilbratar) boğazından Çin duvarlarına kadar yetiştirdi. İşbu memleketler ve şehirlerde nice adetlere tesadüf edildi. Hususiyile gayrimenkul kirası Mekke’de umumiyetle Hicaz şirilerine malûm bir şey değildi; orada herkes kendi dükkân ve evine tasarruf ederdi ve bir ecnebi gelirse memleket tarafından misafir ediliyordu. Lâkin bu akit Suriye’de maruf olduğundan şeriata sokuldu. “Fıkıhın kira akdi aynıyle Roma’nın kira aktidir. İslâmı yayıldığı medeniyet diyarlarında zinde tutabilmek için onu bütün medeniyetlerin muhassalası kılmakta zaruret vardı.

Binaenaleyh Irak hukuk sistemi ile adet ve rey de yani bir âlimin şahsî mütalâası da kitap ve sünnetin yanısında yer alıyor, halkın istimali, aklın irşadı onlar sibi hukuk kaynağı oluyordu; iki kaynak daha teşekkül ediyordu. Kitap ve sünnet lâfzı ile ve mânası ile tatbik ediliyordu. Kitabın lâfzını anlamak için eski arap şiirleri esas olarak alınıyordu; mânasını anlamak için de hadis’e, Haydar efendi merhumun tâbiri ile “kitabı mübeyyin ve mükemmil olan” hadis’e ve bir de reyin kaynağı olan akla müracaat olunuyordu. Kuran’ı ve hadisi şahsî rey ve mütalâa ile tefsir ederek hüküm istinbatı için sarfedilen gayretlere içtihat (Ceht, gayret demektir) dendi. Hüküm istihracı (çıkartılması) denmeyip te “istinbat” ı (kuyudan su çıkartmak) denmiş olmasını Haydar efendi usulü fıkında şöyle anlatır: “Şeri hükümleri edillesinden (delillerinden, kaynakların-

dan) çıkarmak için de reyleri ve fikirleri derinleştirmek lâzım olup bunun kolay bir şey olmadığına istihraç, yerine istinbat kullanılması bir işarettir." Gine hocamın dediği gibi hüküm çıkartmak dolaptan kitap çıkartmak gibi kolay olmayacaktır; kuyudan su çıkartır gibi güç olacaktır ki ceht kelimesi ve içtihat tabiri kullanılabilsin .

Medine mektebi sahabelerden başka tabiuna ve tebaai tabiuna ve hatta bunların fiillerini devam ettirdiği sanılan Medine halkına uyduğu halde İmamı âzam yalnız sahabelere uymuş ve "tabiun" dan kimseye uymamıştır. "onlar adam ise biz de adamız" diye şahsî reye ve içtihadı büyüyük kıymet vermiştir. Böylece "hâdis ehli" diye anılan Medine mektebinin yanbaşıında ve aynı zamanda "rey ehli" diye anılan Irak mektebi kuruldu. Aklın en büyük aleti kıyastır.

Hukuk mekteplerinin kurulması artık Kur'anın hafızlarını, sadece Kur'anı okuyanları hukukçu telâkki ettirmeğe imkân vermiyordu. Binaenaleyh yeni bir muhteva ile ortaya çıkan seriata yeni bir isim vermek icap ediyordu. Bu ismi Roma hukukundan aldılar ve hukuk ilmine fıkıh dediler; hukukçuya da Fakih adını verdiler Fakih bilen demektir ki Romalılar da hukukçuları bu ad ile adlandırmışlardı: "Prudentia".

İnsanlar hukukun telâkkisinde iki zıt telâkkiye düşmüşlerdi; kimi hukukun menşeiini ilâhi olarak kabul eder; kimisi beşeri olarak kabul eyler. İslâm'da da hukuk ulûhiyete bağlı ve ulûhiyetten kaynar idi. Ona Irak mektebi akıl gibi beşeri bir kaynaktaki katmış olmasına rağmen itikat ile muameleler bir birine karıştırılarak birlikte ele alındı. Buna bir sebep bulmak lâzımdır. Bir kere dünya görüşü teolojik idi; bundan başka Emeviler hilâfet ve İmamet iddiasında değildiler, onlar yalnız saltanat iddia ve hevesinde idiler. Zamanlarında din ile dünya işleri birbirinden ayrılmış bulunuyordu. Babasının saltanatı zamanında vaktini her gününü camide ve Kur'an okumakla geçiren Abdülmelik saltanat müşşdesini aldığı zaman yine adeti üzere camide bulunuyor ve Kur'an okuyordu. Hemen Kur'ana hitap ederek "bu artık senenle olan son münasebetimdir" dedi ve onu bir daha açmamak ve okumamak üzere kapattı.

Abbasiler ise din ile dünya işini yani hilâfetle saltanatı ellerinde birleştireyorlardı; buna da ihtiyaçları vardı; çünkü o zamanlar islâm âlemi Hazreti Alinin hilâfetinden beri imametini kime ait olacağı meselesi üzerinde parçalanmıştı. Hiç bir memlekette, hiçbir dinde siyaset din üzerinde islâm mezheplerinde gösterdiği derecede bir tesir gösterememiştir. Haricilik, Şiilik ve mutezilecilik Hazreti Ali ile muaviye arasında çıkan ve "fitne" nümunesi diye zikredilen ihtilâftan doğmuştu. Siffin'de Hazreti Ali ile muaviye arasında kabul edilen tahkim yüzünden emeviye meşrukiye-

tini tanımamış, Hazreti Alinin taraftarı olmaktan da çıkmış olan Hariciler (ki çıkanlar demektir) kendilerine mahsus bir imam seçtiler. Taraftar mânasına olan Şia Hazreti Ali taraftarlarının aldıkları addır. İtizalin (ayrılmanın) bir çok sebepleri arasında Hazreti Peygamberin meşhur sahabelerinin muaviyeden ve Ali'den ayrılmaları da girer. Bunların içinden ilk üç halifenin meşruiyetini tanıyanlar da var idi. Tanımayanlar da vardı. Mutezilenin Haricilerle Şiiler arasında bu ortalama vaziyetleri onları her iki uçtan ayırıyordu. Onları Hazreti Alinin evlâtlarına Abbasileri tercih ettiriyordu. Emeviye saltanatını yıkmış olan Abbasileri tahta getirmiş bulunan İtizalin mezhebi de bir asır boyunca Devlet doktrini olarak kalıyordu. Bütün bu fitneler arasında Abbasiler, hilâfetin kendilerinde olduğunu halka kabul ettirmeğe ihtiyaç duyuyorlardı. Abbasilerin hilâfet devri fitne denilen bu ayrılıkların doğurduğu kavgalarla dolu bir devirdi. Bu kavgalar Kur'anın halik veya mahlûk olduğu meselesi ile bir hukukî sistemin kurucusu olan İmamî Hambel'in işkence çekmesine ve halife Motavakkil'in tepki mahiyetinde olarak taassub ile hareket etmesine sebep olmuştur. Romalılar bidayette hukukî, mukaveleden doğan bir hak ve vazife olarak kabul etmişlerdi. Mukavele yalnız Roma'yı kuran kabile reisleri arasında yapılmış olduğundan hakka ve mükellefiyete de yalnız o kabile reisleri ehildi. İmamî Azam da hakka mukavelevî bir kaynak buldu. Bu mukavele, ruhların yaratıldığı anda ruhlar ile Allah arasında yapılmıştı. Ruhlar Allah'ın mevlalığını (patronus) lîgını kabul ediyordu. Allah'ta onlarda şahsiyeti yani hak sujesi olmak ehliyetini kabul ediyordu. Mukavelenin yapıldığı bu meclise "Elestü meclisi" adı verilir. Şahsiyetin fıkhîta zimmet kelimesi ile ifade edilmesi bu sözleşme ile verilmiş sözden dönmenin "Mucib-i zem ve hicap" olacağından, yani utanılacak ve leke teşkil edecek bir şey olacağından ötürüdür.

İçtihat meselesi anlatılması en güç bir meseledir. Çünkü ulûhiyetin yanısında kanun koymak yetkisini haiz olacak muctehid nasıl tayin edilecekti? "Hazreti Peygamber hayatta iken bizzat kendisi sahabelerine Kitap ve sünnette bulamadıkları hususlarda zati ve şahsî içtihatları ile hareket etmelerine izin vermişti. İşte bu suretle daha birinci asırda bir içtihat kapısı açılmıştı" (Eminoğlu Mahmut Esat).

Roma'da asırlarca sonra; Roma'nın bütün dünyayı fethinden sonra gözükmüş bir zaruret neticesi olarak varılmış bir tekâmüle islâm, fetihleri sayesinde bir asırda varmıştır. Bu tekâmül hukuku dar bir anlayıştan geniş ve insanî bir anlayışa vardırıştır. Bu tekâmül Romalıların Yunan felsefesinden aldıkları ve islâm ıstılahları arasında "Adli mutlak" (Mutlak adalet zaman ve mekân ile değişmeyen, kaldırılamıyan adalet) tabiri

ile yer almış bulunan tabii veya tabiat hukuku"; "insaf veya nasefet" mefhumları sayesinde mümkün olmuştur. Roma hukukunda tabiat hukukundan ve nasefet hukukundan başka fayda (utilitas) diye ifade edilen bir mefhum daha vardır. Nasafet, hukuku adalet ülkesine yaklaştırmakla ödevli olduğu halde utilitas hukuku, ictimal zaruretlere uydurur (1). Bu itibarla utilitas ya umum için bir zaruret ve fayda halini arzeler ve ona fıkhîta "umumi hacet" adı verilir. Yahut ahvale uygun ve münasip düşmek şeklini alır ve mantığın dar çerçevesi dışına çıkar ki, bu İmamı Malikin mezhebinde istislah ve İmamı Azamın mezhebinde Istihsan adlarını alır. Fıkhîta yer almış olan: "Güçlük kolaylaştırmağı icabettirir"; bir işte güçlük görülünce genişlik gösterilir"; "zaruret hali yasak olan şeylerin yapılmasına müsaade eyler" kaideleri bu düşüncelerin ifadesidir. İmamı Malik Hadis'in amme maslahatına yani ammenin menfaatına aykırı düşüğü takdirde düzeltilebileceğini kabul eyler ve bu işleme düzeltmek mânasına gelen salâh, islah kelimeleri ile aynı kökten olan istislâh adını verir. İmamı Malik yargıç idi ve binaenaleyh istislâh ile Roma'da yargı erkini başında olan Pretor gibi hareket eyliyor ve istislâh ile şari taraftan konan hukukun yanı başında pretor hukukuna benziyecek olan yargıç hukukuna yer ayırıyordu; bu arzylediğim teşbihi, bu benzerliği "Goldziher" istislâhi anlatmak için yapmıştır. Gerçektir ki pretor hukuku yani yargıç, hukuku şöyle tarif edilir: "Pretorların umumi menfaate cevap verebilmek için; 1) Medenî hukuku "mübeyyin ve mükemmil olmak üzere" (açık Türkçesi medenî hukuka yardımcı olarak ona lâhik olarak onun içine girerek). 2) Medenî hukuku tamamlayıcı olmak üzere yani boşluklarını doldurmak üzere ve 3) (Şimdi İmamı Malikin istislâhına geliyoruz) Medenî hukuku islah etmek üzere koydukları hukuktur. Hadis ehlinin İmamı (şefi) olan İmamı Malik umumi menfaat ile hadisin çarpıştıkları yerlerde hadisi feda eyliyordu; veya hadisi menfaata uygun hale sokuyordu. Rey ve kıyas ehlinin İmamı olan İmamı Azam'ın istihsanı ise rey ve kıyasî mantıktan ayırarak nısfete yöneltmekten başka bir şey değildir. Evvelâ kitap ve hadis gibi deliller ve kaynaklar üzerinde yani kitap ve hadis ile konmuş kaideler üzerinde mantık âleti ile düşünülecek; çıkan netice nısfete aykırı düştüğü takdirde mantık yolu terkedilecek yani mantık yolundan sapılacak nısfetin veya faidenin icabettirdiği netice kabul olunacaktır. İmamı Azam bunu "bir asıldan kıyas ile yeni bir hüküm çıkarılacağı takdirde kıyas şöyle bir halde şu neticeyi vermelidir. Fakat ben ahval ve şartları nazara alarak bu tarzda hareketi daha ahsen bulurum."

(1) Bunlar İslâm hukukunun tâbiriyle, hukuku Nasa (insanlara) en uygun (evfak) ve en tatlı ve yumuşak (erfak, rıfk) hale getirir.

sözü ile ifade eder imiş; Ahsen daha iyi, daha güzel demektir; istihsan kelimesi ile ahsen ve hüsun kelimeleri aynı kökten gelir ve aynı mânayı ifade eder. İstihsan kıyasın yani mantık'ın vereceği neticeyi daha iyi bir netice ile düzeltmekten ibaret olduğuna göre kıyasın bir nevi olarak kabul edildi. Ve böylece ortaya iki türlü kıyas atıldı: Mantığın verdiği neticeyi kabul eden kıyasa açık, aş'kâr kıyas (kıyası celi) dendi; istihsana da gizli kıyas (kıyası hafi) adı verildi.

İmamı Malik ve İmamı Azam'ın koydukları hukukî kaidelerden her biri ya kitaba, ya sünnete veyahut hacete veya içtihat ve kıyasa dayanacaktır. Kitaptan, sünnetten, fakihların kıyaslarından hüküm istinbatını öğreten ilme fikhın ana prensipleri, ana kaynakları mânasına gelen usulü fikh dendi.

Dördüncü delil veya kaynağa "icma" denir ki ittifak mânasındadır. İmamı Malik Medine halkının bir işte ittifakını delil yani hukuk kaynağı olarak kabul ederdi. Hocam rahmetli Emin oğlu Mahmut Esat'ın eserinde "İmamı Malik'in Medine ahalisinin bir işte ittifaklarını şer'i delilden saymasını pek çok kimseler "İcmai Ümmet" meselelerinden sanarak "icma delili" yalnız Medine ahalisinin ittifakı ile olmayıp belki ümmetin kamusunun ittifakına bağlıdır, diye Malik'e itiraza kalkıştılar." diye yazmış olması icma fikrinin en evvel İmamı Malik tarafından, sırf mahallî olmak üzere ortaya atılmış olduğunu isbat eyler.

İmamı Azamın vefat eylediği gün dünyaya gelmiş ve üvey babası İmamı Muhammet Şeybanînin - ki İmamı Azamın en birinci ve büyük talebelerinden olan ve üçüncü İmam lâkabını kazanmış bulunan zattır - terbiyesi altında yetişmiş bulunan; İmamı Malik'ten ders okumuş olan İmamı Şafii Maliki ve Hanefi mekteplerini birbirine karıştırarak yeni bir mektep kurdu. İmamı Şafiinin en büyük hizmeti icmaı bir hukuk kaynağı kılmış yani dördüncü bir delil olarak kabul ettirmiş olmasıdır.

Filhakika İmamı Malik icmaı yardımcı bir delil (kaynak) olarak kabul eylediği halde İmamı Şafii onu dördüncü ve müstakil delil kılmıştır. Böylece Şafii camianın hata edemeyeceği esasını kabul ettirerek onu islâmın biricik yasama erki kılıyordu. Bundan sonra Vahy gelmiyecekti; bundan sonra vefat etmiş olan Peygamber'in hadisi işidilmeyecekti; fiili görülmiyecekti; müsamahasına şahit olunamıyacaktı; fakat bunların yerine islâm camiası geçecek ve onun icmaı (ittifakı) ayet gibi sünnet gibi bir delil olacaktı. Binaenaleyh artık İslâm uleması ittifak etmeleri şartile her hükmü koyabilirlerdi. "İslâm ulemasının sebepsiz olarak bir mesele üzerine ittifakları ise tasavvur dahi edilemez." Bütün asırların âlimlerinin bir meselede ittifakları mümkün olmaz; nesiller birbirine benzemedikleri

gibi asırlarda birbirine benzemezler, ihtiyaçları ve ıztırapları onları birbirinden ayırır. Onun içindir ki aranılan ittifak bir asır ulemasının ittifaklarıdır, unutulmamalıdır ki islâmîyette hıristiyanların sinot ve konsil adlarını taşıyan büyük ruhanî kurultayları gibi dini meclisler yoktur. İmamı Şafinin icma hakkındaki nazariyesine ilk tepki zahiriye mezhebinden gelmiştir.

Ali oğlu Davut'un kurmuş olduğu ve bugün münkariz bulunan "Zahiriye" mezhebi icmaî sahabelerin ittifakına hasreyledi. Osmanlı Devletine epeyce endişeler vermiş olan Vehabilerde (1) Zahiriye mezhebinin noktai nazarını kabul eylemiştir. Bu mezhebe "Zahiriye" denmesi bunların Kur'anın yalnız "Zahir" (açık) mânasını kabul eylemelerindedir. Zahiriye mezhebi "istihsan" ı da kabul eylemez. Aşikâr kıyas hakkındaki düşüncelerine gelince onlarca aşikâr kıyas "nas" tan (Kur'an ve hadis metninden) farklı değildir. Çünkü "bir hükmün illetini tasrih her yerde o hükmü tasrih demek olur." Halbuki Şafiiler icmaî bir asır uleması arasında ittifak olarak tarif etmiş ve bu tarif aynen usulü fıkıha geçmiş bulunmaktadır. "İcma bir asrın müçtehitlerinin şer'i bir hüküm üzerine ittifakıdır". Demek ki şer'i icma imamı Malik'in kabul eylediği üzere halkın, hatta Medine halkının ittifakını ifade etmez. "Avamın ittifakı" şer'i bir hükme mesnet olmaz. İcma' içtihadı ehil olan kimselerin (müçtehitlerin) ittifakıdır. İcma bahsinde de Roma Hukuku İslâm âlimlerine lâzım olan malzemeyi vermiş bulunuyor; Gaius hukuk kaynaklarını (delilleri) sayar iken: "Hukukumuz kanunlara; plebs meclislerinin kararlarına; senato meclisinin kararlarına; devlet reislerinin iradelerine (bir hukukî hal tarzı arzeden iradeler); yargı erklerini ne tarzda kullanacaklarını neşir ve ilâna yetkili olan majistraların beyannamelerine fakıhların cevaplarına (fetvalarına)" dedikten sonra fetvayı ve icmaî şu suretle tarif eder: "Kendisine bir hukukî kaide koymak müsaadesi verilmiş olan kimselerin cevapları ve kararlarıdır (ictihatlarıdır); eğer hepsinin içtihatları birbirine uygun düşerse bu ittifak kanun hükmünde olur. İttifak olmadığı takdirde yargıç dilediği içtihadı uyar" (Gaius birinci kitap No. 2 ve 7).

İslâm hukukunda müçtehitler arasında ihtilâflı olan meselelerden her hangisini müslümanların şefi olan devlet reisi kabul ve teyit eyler ise

(1) İnsan elinin yarattığı şeyin tâzime lâyık olmadığını ve binaenaleyh mezarlar önünde ritkû eylemenin caiz olmayacağını, taşları öpmenin abes olduğunu iddia eden ve kerbelâdaki meşhedleri talan ettikten sonra Peygamberimizin mezarını da soyan ve yalnız Kâbeye hürmet göstermiş olan Vehabileri Mısır Valisi Mehmet Ali Paşa tenkid eylemişti; ne gariptir ki bugün Hicaz Vehabilerin reisi olan İbnissuudun eğemenliği altındadır.

artık o icthat ile hareket olunur: "Mesaili müctehidüfiha İmamülmüslimin Hazretleri her hangi kayıl ile amel olunmak üzere emreder ise mucibince amel olunmak vaciptir" (Mecelle mazbatası son cümlesi). Macar müsteşriki Goldziher'in Fransızcaya tercüme edilen eserinde icman, bid'at sayılan bir şeyi sünnet haline getirmek gibi pek büyük bir menfaati olduğunu belirtir: "Her hangi bir istimal umumiyetle ve uzun bir zaman kabul edilince sünnet haline gelir. Halbuki o istimal çıktığı ve yapılmaya başlandığı zamanlarda mutaassıp adamlara bid'at gibi gözükür ve taraflarından şikâyetleri mucip olur. Fakat bid'at zaman ile etrafında hasıl olan icma dolayısıyla müsamaha edilir ve nihayet kaide olarak yürürlüğe girer. İşte o zaman o istimala muhalefet bid'at olarak telâkki edilmeğe başlanır."

İmamı Şafii İcmaa verdiği önem dolayısıyla reyî, malikilerin istislahını ve hanefilerin istihsanını delil olmaktan (kaynak sayılmaktan) çıkartmıştır. Yalnız kıyası muhafaza eylemiştir.

İmamı Şafii "risale" sinde kıyasın yalnız kitabın, sünnetin ve icman sâkit olduğu hallerde kullanılması fikrini müdafaa eyer. Fıkıha dair Fransızca (Rev Hist. t XX) de bir makale yazmış olan Snouck-Hurgfonje usulü fıkıhı ve delillerin tekâmülünü anlatır iken der ki: "Kitap ve sünnet fıkıhın tarihi esaslarıdır. Kitap ve sünneti ihtiva eden icma ise fıkıhın dogmatik esasıdır; icmasız hiçbir şey müstakar (yerleşmiş) olamaz. Kıyas ise fıkıhın mantikî esasıdır."

İmamı Şafiinin mektebi, Malikiden ve Hanefiden alınmış esaslardan ibaret olmağa kitaplarımızda yazıldığı kadar bir rağbete mazhar olamamıştır. En büyük, en doğru hadisleri topluyarak bir eser vücuda getirmiş olan "Bohari" Şafii mezhebinde idi. Bu sebeple "Sahihi Buhari" diye anılan eserine rey ve kıyas aleyhinde olan birçok hadisleri de koymuştur. Şafii daha sağ iken (vefatı milâdî 820) şeriatın delilleri (kaynakları) Zahiriye mezhebinin kuran Ali oğlu Davut'un muhalif icthadiyle karşılaşmış olduğunu yazmışım. İmamı Şafinin mektebine karşı hasıl olan tepkilerden biri de Hazreti İmamın talebesi olan İmam Hanbel tarafından vücuda getirilmiştir. Hemen hemen, zahiriye mezhebi kadar inkiraz haline gelmiş olan Hanbeli mezhebi de kabul etmediği icthat yolunu bırakır ve o yoldan çok uzakta durur. Kıyas yolu ile hüküm istinbat eylemez. Vefat tarihi 855 Hicri 241) olan İmamı Hanbel hükümleri hadislerden çıkartmakta ifrata varır ve hatta bazan doğruluğunda hakkiyle şüphe edilen hadisleri dahi kabul eder. İmamı Hanbel her türlü bid'atin aleyhinde olmasından mezhebi Şiiilerle kanlı çarpışmalara sebep oldu. İmamı Hanbel (rey) i ancak zaruret halinde caiz ve meşru görürdü.

Fıkıh icmâi makul hale getiren Şafii mektebi ile en yüksek mertebesine vardı; usulü fıkıh da tamamlanmış oldu. Maliki ve Hanbeli mektepleri bugünkü hukuk telâkkisinden, kanunların lâfızlarına bağlanmış olmalarıyla ayrılırlar. Hanefilerle Şafiiler ise tıpkı medenî kanunumuzun birinci maddesinde zikredildiği gibi kanunların (hadis ve kitabın) yalnız lâfızlarına bağlanmazlar; onları, hatta lâfızlarından ziyade mânalariyle tatbik ederler. Bu hususta da, Roma hukukuna bir büyüklük vermiş olan, Yunan felsefesinden ilham almış oluyorlar. Fakat şuracıkta ufak bir mülahazada bulunmak lâzım geliyor.

Düniün ve bugünün hukukunda ve da'ima her hukukta kanun daima hâkim olacaktır. Bu itibarla kanun sayılan kitap ve sünnet de hâkim olacaktır demek kadar doğru bir söz olamaz. Yalnız kanunun metinlerini tatbik etmekten çıkan ve çıkacak olan ihtilâfları çözmeğe kâfi geleceği iddiasında bulunmak da büyük bir mübalâgada bulunmak olur. Meselelerin halli için kanun metinlerinin tatbikini kâfi görmekte hata vardır. Kanunun metinlerini tatbik ederek ihtilâfların çözüleceğini kabul etmek için bunun hangi şartlarla gerçekleşebileceğini de bilmek lâzımdır; Kanunları tefsir için kullanılacak metodları İslâm hukukçuları için usulü fıkıh koymuştur. Geny hukuk tekniği adlı eserinde modern hukukçular için bir tefsir metodu teklif eyler. Bu söylediklerimizden başka kanunun (İslâm'da kitap ve sünnetin) içtimâî ihtiyaçlara nasıl intibak ettirileceğini de bilmek lâzımdır. İmamı Malikin dediği gibi istislâh ile mi? İmamı AAzâmın teklifi üzere istihsan ile mi? İmamı Şafii ise istislâh veya istihsanın her kilidi açan bir maymuncuk gibi kullanılmasını kabul etmiyor

İmamı Şafii cemiyetin bugünkü ihtiyaçlarının, kitap ve sünnete ilhamını vermiş eski ihtiyaçlara "icma" yardımıyla üstün tutulmasını istiyor. Hayatta ve zamanda değişen yalnız rivayetlerdir, maksat değildir. Bugün kullanılan nasafet, hüsnü niyet, umumi intizam, ahlâk gibi umumi formüller dün de yürürlükte olan mefhumlardı. İctihat birleşme kurulu bugün icmân yerini tutmaktadır. İslâm hukukçularındaki hata değişmeyen maksadı bırakıp değişmesi lâzım gelen rivayetlere bağlanmış olmalarındadır. Değişmeyen ruhu ve mâniyi bırakıp değişmesi mukadder olan mebnaya yani cesetlere, iskeletlere saplanıp kalmış olmalarındadır. Zaman değişiyor, kitap eskiyor, eski müelliflerin rivayetleri ve hatta kasıtları üzerinde durmaktan ise seriatı bugünkü cemiyetin zaruretleri diye uzlaştırmaya, cemiyetin bünye arzularına intibak ettirmeğe çalışmak lâzım değil midir Fakat acaba buna hukukun din ile karışık bulunması müsait olabilir mi idi İşte büyük mesele, büyük dâva!..

Dört mezheb'in imamlarına "şeriatta müctehid" denir. Yani bunlar birer kanun koyucusu hükmündedir: Şahıslarında yasama erki bulunduğu kabul edilir. Her birinin kurduğu hukuk sistemine mezhep denir. Bu imamlarda mutlak surette rey" ve "icthah" kudreti bulunduğu kabul edilir. Bunlar Peygambere şari olmakta eşit kılınmış kimselerdir.

Bu imamlar fıkıhın usulünü (asılların) yani esas prensiplerini koymuşlardır. Bunların koydukları usulden fıruu yani neticeleri çıkartanlara intisap ettikleri "mezhebin müctehitleri" dendi. Vazifeleri üstadları ve imamları olan şeriat müctehitlerinin koydukları kaidelere uyararak fer² hükümleri çıkartmak oldu. Bunlar fıruuda üstatlarından ayrılabilirler; fakat prensiplerde üstatlarından ayrılmamağa mecburdurlar. Demek ki mezhep müctehitlerinin icthah kudretleri mezhep sahipleri gibi mutlak değildir. Mensup oldukları mezhep ile kayıtlıdır, nisbidir.

Usulde ve fıruuda mezhep sahibinden ayrılamıyan müctehitlere "meselelerde müctehit" dendi ki bunun benzeri kanunun boş bıraktığı meselelerde kendi vaznı kanun olsa idi nasıl bir hüküm koyacak idiyse öyle hüküm veren yargıçlardır. Bugünkü hukuk ilmi yargıçlardan "meselelerde müctehit" kudretini haiz olmalarını istemektedir. Meselelerde müctehit olanlar mezhep sahibinden sarahat bulunmayan yerlerde, olaylarda üstatların usulleri ve kaideleri üzere hüküm istinbatına muktedir kimselerdir.

Bu arzedilen üç dereceye, üç tabakaya ayrılmış müctehitlerden başka müctehit yoktur. Bundan sonra sırasıyla "tahriç" "temyiz" sahipleri adlarıyla gelen âkimplere icthah yetkisi tanınmaz; bunlar icthahda iz'nlı kimseler değildir. Yedinci derecede olarak kabul edilen "fetva" sahipleri ise müctehit olmadıkları gibi bunlar ne tahriç sahipleri gibi iki yöne muhtemel olan mücmelleri izaha; 2) ne tercih sahipleri gibi mezhep sahibinin rivayetleri arasında ihtilâf bulunduğu takdirde bunlardan birini diğerine tercih edebilmeğe; 3) ne de temyiz sahipleri gibi fakıhların birbirine uymayan kavillerinden zayıf olanları ile kuvvetli olanları temyiz eylemeğe yetkili değillerdir. Bunlar şahsi reye malik olmadıklarından bunlara müctehit denmeyip müftü denmiştir.

Filistin, Suriye, Irak, Horasan ve Mısır'a yayılmış olan ve ora medeniyetleri ile temasa gelmiş bulunan yasama ve mezhep müctehitlerinin faaliyetleri Roma'nın klâsik devir hukukçularının faaliyetine çok benzer. İslâm'da da Roma'da olduğu gibi icthah hukukun üzerinde çok müessir olmuş ve çok hayırlı neticeler vermiştir. Denilebilir ki icthah hukukun hakiki kaynağı olmuştur. İslâm hukuku hâdise bağlulukla mantika bağlanışın muhassalasından doğmuştur. Kur'andan ve metinden elde edilen bilgi

mantıkî bir düşünce ile telif ve izah edilmiştir. Müctehitlerin bazılarını temayülleri reye daha fazla bağlardı. Bunlar için kitap ve sünnet mer'î ve carî hükümler ve kaideler mecellesi ve mecmuası olmaktan ziyade müctehitlere işlenecek malzemeyi temin eden madendi. Yeni olaylar karşısında yeni Hadisler uydurmakta devam etmekten ise reye müracaat eylemek elbette daha doğru idi. Bahusus ki "kelâm" ilmi mutahassıslarının ve bunlardan mo'tezlelerin tesiri ile icthâat namı altında reye büyük biryer ayrılmıştı. Almanlardan evvel İslâmlar, Roma'nın büyük klâsik hukukçularının hakikî halefleri olduklarını ispat eylemişlerdir. Diyoletsen devri ile birlikte sönen Roma klâsik hukukunun ruhu, cevheri islâm müctehitlerinin elinde tekrar canlandı. Bunlar da selefleri Roma'lular gibi, kitap ve sünnetin koymamış olduğu kaidelere ve müesseselere hukukî bir kıymet vermek gibi yaratıcı bir faaliyette bulundular. Yarattıkları bazı hukukî müesseselerin isimlerini bile Roma hukuku kadrosu ve ıstılahları arasından seçip aldılar. Roma'nın en büyük hukukçusu olarak kabul edilen "Papinianus" ve talebesi "Paulus" un vatani olan yerlerde onlar ayarında büyük hukukçular, Roma'ya halef olan islâmiyetin ve z'ihniyetinin hukukunu döğüyorlardı. Kitap ve sünnetten istinbat edilmiş islâm kaideleri, Mekke âdetlerinden fıskırmış İslâm hükümleri üzerinde Babil, Filistin ve bahusus Roma ve Bizans hukuku vazıh olmayan bir şekilde tesirini gösteriyordu. İslâm hukuku Roma hukukunun mülkiyetin iktisabına ve mülkiyet hakkının kullanılmasına dair koyduğu esasları kabul eyledi. Arazî mülkiyetine mülhak kanat'a (su yollarına) ait meselelerle şirp hakkını yani ekin ve hayvan sulamak için su ile intifa etmek nöbetini ve ağaç dikme işlerini nceden inceye tanzim eyledi. İrtifak hakları mülkiyet hakkından müstakil olarak ve nevi şahsına mahsus bir hak olarak kabul edildi ve buna mücerred haklar adı verildi (Roma'da irtifak haklarına başkasının mülkü üzerinde hak derlerdi).

Bundan başka İslâm hukuku orta çağda ticarî faaliyetlerin koydukları âdetlerle gelişmişti: "Tüccarlar arasında âdet olan şey aralarında şart kılınmış gibidir" Zaten örf hususunda kabul edilmiş bütün kaidelerin Roma hukukunda karşılıkları vardır. Roma mukavelelerinin eşi olan islâm hukukunun mukaveleleri şekil itibariyle Avrupa Medenî Kanununun mukavelelerinden ayrılmaz. Fakat Roma'nın çok eski telâkkisi olan mukavele meclisinin vahdetine bağlanmak suretiyle Avrupa mukavelelerinden inikadı noktai nazarından ayrılır.

Günün birinde İslâm hukukçularının hukuk yaratmak kudretleri de tıpkı klâsik hukuk devrinin sönmesi gibi bir akibete ve bir akamete uğra-

di. Bunu rahmetli hocam Emin oğlu Mahmut Esat içtihat kapısının kapanmış olmasına atfeder. Bu kanaat 1908 de umumî idi. Bu kanaati besleyenler İran'da ve Şiilerde içtihat kapısının kapanmamış olduğunu ve buna rağmen orada İslâm hukuku Türkiyedeki halinden daha parlak bir hal arzmemekte bulunduğunu düşünmezlerdi. İçtihatlarda, fetvalarda gerekçe yazılmaz, yalnız sorulan soruya kısaca ve sadece "olur" veya "olmaz" diye cevap verilir. Gerekçe yazmak itirazı ve münakaşayı davet eylemektir. Gerekçe yazılmaz ise Kur'anın ve sünnetin olur dediğine olmaz ve olmaz dediğine olur demek mümkün olur. Bir kavlin zayıf veya kavi olup olmadığını da temyiz sahibi dedikleri âlimler araştırıp dururlar. Rahmetli hocam "tabiatıyla içtihadı, ehil olmayana ve rey ve dini itimada şayan olmayan kimselere isnattan korkuldu" dediği zaman milâdi X uncu asırda İslâm birliğinin parçalanmış olması yüzünden siyasetin çok fazla karışmış olduğu mezhep ve içtihat ihtilâfları arasında her müctehidin reyinin ve dinine bağlılığının itimada şayan olamayacağından onlardan kânun koyucusu olmak yetkisini kaldırttı; İslâmın genel tarihile ilgili olaylar içtihat kapısını kapattırdı demek istemiş olduğunu anlamak lâzım gelir. Fakat Osmanlı Devletinin içtihadı büsbütün kaldırttığı iddia edilemez; o tıpkı Roma'nın birinci imparatoru Augustos gibi içtihadı düzenledi ve sorulara cevap vermek vazifesini kendi memurları olan "fetva hane" nin Eminine ve müsevvitlerine bıraktı. Müftilerin şahsî otoritelerine devletin memuru olmaları otoritesini de ilâve etti; fakat yine de İslâm hukukunun durmuş gelişmesine yeni bir can verdiremedi. İslâm medeniyetine parlaklığını Halife Memun Yunancadan tercüme ettirdiği eserlerle temin etmişti.

İslâm medeniyeti karşısında hiçbir gelişme ümidi göstermiyen batıya, Rönesans (tekrar doğma) adı verilen eski Yunan ve Roma ilim ve edebiyatının girmesi oralarda da Mutezilenin İslâma soktuğu aklı, dinî nakillere hâkim kıldı. Böylece batıya İslâm âleminde daha parlak bir istikbal hazırladı. Fetvahane ise dinî nakilleri akla hâkim tutmakta devam eyledi. Akdenize hâkim olmuş Türklüğün Akdeniz medeniyetinden ve camiasından manen tecerrüt etmesine sebep oldu. İmamı Azamın hukuka vermiş olduğu humanist ve Milletlerarası karakteri fetvahane öldürdü.

Lamens fıkıhın şeriatın sahasını tayin eder iken "bir İslâma mümin olarak, insan olarak, ve bir theokrasyanın (bir dindarının) vatandaşı olarak yani bu üç sıfatla yüklediği borçların heyeti mecmuasını ihtiva eder" der. İtikad ile muamelenin ve hatta ukubatın (ceza) birbirine karıştığı fıkıh XIV ıncı asırdan itibaren yeni ihtiyaçların, zamanın ihtiyaçlarının bir aynaya vurur gibi vuracağı yer olmaktan çıktı, bütün sahifelerini ye-

niliklere karşı kapadı; "içtihadattan acizlerini izhar eden alimler halkı hane-fi, maliki, şafii; hambeli mezheplerinden birine taklide sevkeylediler. Bundan sonra dört imamın içtihat etmiş oldukları usulü sahih rivayetler ile zapt ve tashih ederek anların mezheplerini nakil ve rivayet etmekten ve her mukallid taklid ettiği imamın mezhebine amel ve ana hasru tabaiyet eylemekten başka bir yol kalmadı. Bugün fıkıhın bundan başka mânası yoktur" (Emin oğlu Mahmut Esat). Kur'anın yeni bir anlayışının yapılamaması, yeni bir mezhebin doğamaması, şahsiyetlerin çıkamaması, hukuk ilmini mazinin büyük imamlarının zamanları için vermiş oldukları içtihadların toplanmasına, mukayese edilmesine hasreyledi.

Snouck Hurgronje özet olarak der ki: "Hicretin birinci asrının ortalarından itibaren kanun, dinî bir mahiyet aldı; yani ilk dört halifenin zamanından gayri bir zamanda asla gerçek bir tarzda mevcut olmamış halleri göre tasavvur edilmiş ve o halleri tanzim eylemiş bir kanun mahiyetini aldı. Bununla beraber hukukun müteakip gelişmesi üzerinde tesirden de hali kalamazdı. Hayatın gerçek ihtilâtları hakkında kanun yapmak başkadır; fikrî yani yalnız zihinde mevcut bir nizam için kanun yapmak yine başkadır. Fikiri bir nizama göre yapılmış olan bu kanunun bir tedris maddesi ve hakikatleri protesto eden dinî bir ülküye sadık bir mahfaza teşkil etmesi itibariyle de islâm âlemi için terbiyevî (pedagojik) bir kıymeti haiz olduğu da inkâr kabul etmez." İdeal bir kanun olmakla başlamış olan fıkıh hayatı ile gelişmesi durdurulmuş olması yüzünden hayali bir hukuk haline düştü.

Goldziher fıkıh hakkında hakkiyle şu mülâhazayı ileri sürmektedir: "Dinî hayata sirayet eden bir hukuk bazan insandaki ilâhi hisleri de azaltır." Tekkelerin kurulmasında ilâhi hisleri dünyaya ait muamelelerin istilâsından kurtarmak kastı da bulunduğunu, hukukçular ile dervişler arasındaki yani şeriat ile tarikat arasındaki ihtilâflardan anlayabiliriz. Gerçekten islâm hukukunun asilliğini (orijinalliğini) onun din ile olan nevi şahsına mahsus irtibatı teşkil eder. Binaenaleyh kirlen taşıyan muamele hayatı müslümanları o ideal fıkıhın hükümlerine riayetsizliğe sevk ediyordu. Dinî hisleri tatmin etmeyen ve milleti mesneviye veya Yunus Emreye sığdıran fıkıh dünya hislerini de tatmin edemez olmuştı; yeni yeni nesredilen kanunlar fıkıhın sahasını daraltmağa başlamıştı. İktisadî hayat durmadan değişiyordu. Sultan Birinci Murat, sonradan Kanunî Süleyman'ın tekâmül ettireceği arazi kanununu koyuyordu. Fatih ve Süleyman kanunnameler çıkartıyordu. Bu da fıkıhın Osmanlı Cemiyetini başlı başına idareye kâfi gelemediğini gösteriyordu. Çünkü Lammens'in yukarıda arzylediğim kanaati mucibince fıkıh yalnız islâmlar hakkında

mümin olmaları, insan olmaları ve islâmdarının vatandaşları bulunmaları itibariyle mer'î bir hukuk idi. Halbuki Osmanlı Cemiyetinde islâm olmayanlar da var idi. Hatta insan telâkki edilmeyenler de (kullar da) var idi. Zimmiler ise islâm teokrasyasının vatandaşı değil idiler. Dinî cemiyetin fıkıh diye bir hukuku var idi. Medenî cemiyetin ise bir kanunu yaktı. Memleketimizde birbirine kapalı olan her dinî cemaat için medenî kanunun bir kısmı olan şahsa bağlı haklara ait ayrı bir kanun var idi. Binaenaleyh, şeriatın üç yüz milyon müslümanın hukukî olmasına rağmen hiçbir islâm cemiyetinde münhasıran tatbik edilememesine sebep her islâm memleketinde dinî cemiyetin yanında medenî cemiyetin vücut bulmuş olmasındadır. Medenî cemiyeti hayat yaratıyordu. Hayat ile ilgisini kesmiş fıkıh ise, dinî cemiyeti bile tamamiyle idare edemiyordu. Medenî cemiyet için islâm telâkkilerinden kurtulmuş yani lâikleşmiş kanunlar konuyordu. İslâm âlimleri eski imamların kasitlerini anlatmağa uğraşırken lâik cemiyet içtimaî zaruretleri yeni kanunlarla karşıyordu. Memleketleri kılıç birleştirmiyor gerçi fetihler ortaya bir memleketler yığını vücuda getiriyor. Fakat bu yığını birbiriyle kaynaştırıyor, ülkülere vahdetini hukuk birliği temin ediyor. Bugünkü Avrupayı da gittikçe birleşen hukuk birleşmeğe sürüklüyor.

“Nizip” vakası Üçüncü Selimi şehit edenlerden acı bir intikam alıyordu. Nizamı cedidin lüzumunu bir İmparatorluğun hayatına son vererek ispat eyliyordu. Olaylar tarihin fiillerimize verdiği cevaplardır. Nizip tarihimizin çok sert ve acı bir cevabını teşkil eder. Zamanın icabettirdiğini dinî cemiyete kabul ettirmek için ümitsiz gayretler sarfetmiş olan Sultan Mahmut'un cismî hayatı ile İmparatorluğun tarihî hayatının aynı zamanda ve birlikte sona ermiş olması da ayrıca fecaat arz ediyordu.

“Nizip” faciasından sonra ordusuz ve donanmasız kalmış Türkiye tanzimat sayesinde yeniden hayata ve tarihe doğuyordu. Sultan Mahmut zamanında hazırlanmış ve fakat ilân edilmemiş olan Gülhane Hattı Hümayunu yalnız devlette keyfî idareye son veriyordu. Fakat Ecnebi sefa-rethanelerinde hazırlandıktan sonra neşir ve ilân edilmiş olan 1856 (1272) tarihli islahat fermanı medenî cemiyetin tanzimini istihdaf ediyordu. Dinî cemiyetlerin, islâm ve zimmi diye birbirlerinden ayrılan ve hukukta birbirine eşit tutulmayan fertlerinin “teb'a” adı altında medenî cemiyette birleştirilmeleri ve bunların hukukta müsavi olduklarının kabul edilmesi Avrupa tarafından yaşamamızın şartı olarak ileri sürülüyordu. Roma Patrici ve Plebs'e ayrılan halkının birleşmesi yani aynı medenî hukuka mazhar olmaları sayesinde büyüdü. Osmanlı İmparatorluğu Patriciye eşit olan islâmlarla Plebs'in aynı olan Zimmilerin bir medenî hukukta

birleşmemeleri yüzünden çöktü; gerçektir ki Osmanlı devletini halkın islâm olana ve olmayana ayrılmış bulurması ve bu ayrılmanın sebep olduğu ayaklanmalar ve müdahaleler yıktı.

Tanzimat dinî bir nizam değildi; yani hıristiyan nizamı değildi. 1789 Fransız ihtilâlinde doğmuş akli bir nizamdı. Tanzimatçılar mürtecilerin rehberi olan mazinin geleneği yerine akli geçiriyorlardı. Fransız büyük ihtilâli ile birlikte (1789) rağbet bulan hukukun her türlü dinî veya içtimai özelliklerinden sıyrılıp yalnız ve yalnız aklın hâkimiyeti altına girmesi lâzımgeliyordu. Binaenaleyh, din ile ilgisi olmayan tanzimat hiç bir zaman, Nizip vakasından bile ibret alamamış irticain haksız yere iddia eylemiş olduğu gibi "küfrün kabulü" değildi. Hükümet cizyeyi birdenbire kaldıramamış ve onu askerlik vergisi haline çevirmiş olmasına rağmen Şamın cahil âlimleri bunu, Zimmilerle mevcut ve onların canlarının ve mallarının korunması mucip ahdin kalkmış olması gibi tefsir ederek islâm halkı, Zemmilere saldırmağa teşvik etmişti; bu da medeniyet nazarında islâm hukukunun ve Türk milletinin kıymetinin düşmesine vesile teşkil etti. İslâmiyeti, şu veya bu tesirle kabul etmiş olup da tekrar atalarının ve kavminin dinine dönmek istemiş olanların vicdanları üzerinde yapılan tazyik devletin başına siyasî gâileler açıyor ve bir türlü cemiyet lâikleşemiyordu. Fakihlerdeki seviye düşüklüğü islâmda tabii ve adeta onun fitratında menkûz bir tarzda mevcut olan ruhsat fikrini dahi harap etmişti.

Avrupa devletler cemiyetinin müşterek hukuku olan Devletler umumî hukukunun nimetlerinden ve siyanetinden devleti istifade ettirebilmek için Avrupa cemiyetinin nizamını Türkiyemize sokan tanzimat, hepsi de 1789 inkılabının semeresi olan ve din ile asla ilgisi bulunmayan Fransız kanunlarını ve idare sistemini Türk kanunu ve Türk idare sistemi olarak almıştı. Ali Paşa Fransız medenî kanununun da alınmasını istiyordu ki, çok doğru bir düşünce idi. İrtica ise fikhî müdafaa eyliyordu. Talebini kabul ettiren irtica bu isteğinde haksızdı. Çünkü yaşayan bir cemiyetin hukuku yaşayan ve binaenaleyh tekâmüle tabii bir kanun olmalıdır. Fıkıh ise donmuş ve bir mutlak sükûn haline gelmiş bir hukuktur. Her varlık ve her müessese gibi zamanın mahlûku olan islâm hukuk sisteminin de zamanla bozulacağı tabii idi; yalnız zamanla bozulmuş olan fıkıh yeniden doğabilmek, yeni bir gonca halinde tekrar açılabilmek kudretini kaybetmemiştir. Mahiyeti itibariyle siyasî ve içtimai bir olay olan hukuk üzerinde, hukukçuların mutlak hâkimiyetleri olamaz; hal böyle iken irtica hukuk üzerindeki mutlak hâkimiyetini iddiadan çekinmiyordu. Göçmüş nesillerin düşünceleri yerine yenilerinin düşüncelerini geçirememiş olan irtica bu iddiasile memleketi geçmiş nesillerin ellerine bırakılmakta devam edilmesini

istiyordu; haksızlığı da buradan doğuyordu. İrticain zahiri galebesine rağmen yadırgadığı kanunlar arasında ve yargılama usulü kanununun 64 üncü maddesi muvacehesinde mecelle yerini bambaşka hukukî kaidelere veya hukukî örflere terkeylemeğe mecbur kalıyordu. Mektep medreseyi yendiği gibi yeni kanunlar da mecelleyi yenecekti. Bu vaziyet karşısında hukuk tarihinin en istifadeli bir tarzda meşgul olacağı meselelerden biri medenî kanunun tanzimat devrinde alınabilip alınmayacağı veya alınmış olarak telâkki edilip edilemeyeceği meselesidir. Her halde tanzimatın kabul eylemeğe mecbur kaldığı hukuk ile şeriatın menseleri bir değildi: Biri ulûhiyetten, diğeri akıldan kaynıyordu. Bünyeleri bir değildi: Tanzimat hukuku tamamiyle dinden ayrı ve tamamiyle lâyük bir kanundu; yani medenî cemiyetin her ırktan ve her dinden olan bütün insanlarına eşid olarak tatbik edilebilecek bir kanun idi. Tanzimat hukuku ile şeriat hukuku arasında kaynak farkı da var idi. Osmanlı tarihinin çıkış ve inişleri, Avrupa ile sıkı temasları hukukumuzu başkalaştırdı ve hâdieseleri hal tarzlarımızı eski islâm âlemine hâkim olmuş hal tarzlarından esaslı bir surette ayırdı. fıkıh hocamız Mahmut Esat Kadester ilk dersinde mecelleyi bizlere "Cevdet Paşanın bütün günahlarını af ettirecek muvaffakiyetidir" sözüyle takdim etmiş ve bizden ilk iş olarak Fransız medenî kanununun Türk medenî kanunu olarak alınmasına mâni olmuş. Cevdet Paşanın bu muvaffakiyetinden dolayı namını hürmetle anmamızı istemişti. Rahmetli hocamız Emin oğlu Mahmut Esat (Kadester) bu düşünce ve duygusu ile tezada düşerek eserinde: "Daha bundan bir kaç sene evvel bir terekede çıkan bir köleyi müzayede ile sattığı anlaşılan bir ilçe hâkimini Şeyhülislâmlık derhal azlederek yargı işlerinden uzaklaştırarak şer'î ödevini yapmış oldu. Çünkü bugün şeriatı islâmiyenin tarif ettiği yolda kulluk mevcut olmadığını takdir edemeyecek derecede irfandan mahrum bir zata yargıçlık vermek şeriata ihanettir. ve keza bugün sirkat hakkındaki eski âdetin değişmediği bazı yerler müstesna olmak üzere bir hırsızın elini kesmeğe kalkışan bir Osmanlı kadısı islâm hükümetinin hayat damarlarını kesmiş olur" diyor. Rahmetli hocamızın bu sözleri bir çok yönden önem arzeder; evvelâ hukukun bir tekâmül eseri olduğu ve zamanla yeni düşüncelerin eski düşünceler yerine konması; hatta ve hatta kitap ve icma'la konmuş müesseselerin kaldırılması lâzımgeldiğini itiraf ediyor. Yalnız hocam, okuttuğu mecellede her akdin başında o akdin inikad şartlarını sayarken o da, her mecelle hocası gibi âkidlere aid ehliyeti: âkitlerin 1) âkil olmaları (bugün temyiz kudretini haiz olmaları diyoruz); 2) bâliğ olmaları; 3) hür olmaları lâzımdır, diyordu.

Bu şartları saymakla kulluğun elân mevcut olduğu itiraf edilmiş olmayabilir mi idi? Bir köle terekede çıktıktan sonra onu yargıcın bir mal gibi müzayede ile sattırmaktan başka çaresi kalır mı? Ve artık insanları hür ve kula ayıran fıkıhın memlekette yürürlükte tutturulması derste bir muvaffakiyet olarak ağza alınabilir mi? Rahmetli hocam yazısında; kulluğu kaldıran bir icmanın mevcudiyetini bile iddia edemiyor: "Şeriat-ı islâmiyenin tarif ettiği yolda kulluk mevcut olmadığı" gibi müphem bir tâbir ile işin içinden çıkıyor. Bir kölenin terekeden çıkması mecellemin kabulü tarihinde ve İstanbul'da esir pazarının bulunması şeriatın tarif eylediği şekilde kulluğun bulunduğunu ispata yeterdi.

Hırsızlığa ait fıkraya gelince o da islâm devletlerinin birbirine benziyen şartlar içinde yaşamadıklarını ve binaenaleyh aynı hukuka tâbi olamayacaklarını göstermekte ve itiraf eylemektedir. Ancak birbirine benzeyen şartlar içinde yaşayan milletlerde ideoloji benzerlikleri bulunabilir. Bu da artık hukukun dinden büs bütün ayrılması lüzumunu ispat eylemektedir. Çünkü Avrupa ile çok sıkı temasta bulunan milletimiz Avrupaya hâkim olan Fransız büyük ihtilâlinin koyduğu prensiplerin nüfuzuna, ya ihtiyariyle ya zorla tâbi kılınmıştı. Halbuki hâlâ hırsızların ellerini kesmekte devam ve yabancı âlemle temasa gelmemekte inad eden Suudi Arabistan'da henüz yabancı telâkkilerin nüfuzu bizde olduğu kadar şiddetle ve hatta hiç duyulmamaktadır. Fıkıhın donmuş olması yüzünden memleket islâm ve Avrupa müesseselerini dahi birbirine kaynaştıramamıştı: Şer'i mahkemelerle nizami mahkemeler, medreselerle maarif mektepleri birbirlerinin zararına olarak işliyorlardı. Fıkıhı yaşar gibi gösteren âmil, yalnız hilâfet müessesesiyle fetvahanenin yaşar gibi gözükmüş olmalarıdır. Hazreti Alinin hilâfeti devrinden itibaren islâm âleminin en büyük tefrikasını teşkil etmiş olan hilâfet müessesesi "Cihadı Ekber" ilân eylemek suretiyle intihar eylemiş ve Büyük Millet Meclisi de bu müntehir'in vefatını ilân eylemekten başka bir şey yapmamıştır. Artık saha hazırlanmış ve tanzimatın muvaffak olmadığı bir teşebbüste Cumhuriyetin muvaffakiyeti sağlanmıştı. Avrupa medenî cemiyetinin bir kanunu bizim de medenî cemiyetimizin kanunu kılınmıştı.

Bir kanun tedvin eylemeğe veya yabancı bir kanunu almağa memur edilmiş kimse asla saf bir hukukçu olarak kalamaz. Bir muhitin ve bir devrin adamı olarak kalır. Nitekim tanzimat devrinde Cevdet Paşa da muayyen bir adalet ve muayyen bir içtimai teşkilât ülküsüne bağlı kalarak mecelleyi Fransız medenî kanununa karşı muvaffakiyetle savunmuştu. Her hukukçu tedvin eylemediği bir kanunda dahi fikrini galebe ettirmeğe uğraşır. Medenî kanunu tâdil ile ödevlenmiş komisyon âzâlarının ümit edelim ki, galebe ettirmeği isteyecekleri fikrî cumhuriyetimizin, ışıkları

ile yurdu tenvir etmiş olduğu altı meşalesine aykırı bir fikir ve kanaat değildir.

Mecelle maziye nazara alan, geçmiş bir devrin hukukunu ifade eden bir eserdir; eski borçları tevhit ve teyid eden ve konsolid denilen kâğıtlara benzedi. 25 inci senesini idrâk eylediğimiz Medenî Kanunumuz ise istikbale yöneltilmiş bir hukuktur; gelecek asrın hukukunu ifade eylemeği iddia eyler.

Mecelle Anayasamızda Türklerin amme hukuku diye ifade edilen ve bugün her devlete riayeti mecburi kılan insan haklarını ihtiva eden ülküyü amelî sahaya geçirtebilecek, canlı kılabilcek bir kanun olamazdı. İsviçre Medenî Kanununun Türkiyemizde tatbik edilemeyeceği iddiasında ısrar etmek, büyük bir hata olur. Farzedelim ki öyledir; Anayasamızda tatbik edilemiyor; kaldıralım mı? Tatbik edilemeyen kanunlar bile bir medeniyetin işareti olarak kabul edilir ve bir gün Osmanlı Kanunu Esasi'si gibi kitapların içinden çıkıp hataya girer. Anayasa da Medenî kanun da Türk medeniyetinin hiç olmazsa varmak istediği merhaleye işaretler. Anayasa ile makul bir amme nizamının temelleri Medenî Kanun ile de makul bir medenî nizamın yani sivil bir cemiyetin temelleri atılmıştır. İşte bu kadar! Bir kanun cemiyet'in halini ve binaenaleyh bugünkü hal tarzlarını aşmalıdır ki, cemiyeti ve hukuku düzeltebilsin ve gelişmesini sağlayabilsin.

İsviçre ve Türk cemiyetleri arasında iktisadî şartlardaki farklar baki kaldıkça İsviçrede ve Türkiyede tatbik edilen aynı kanunun bu iki memlekette farklı bir hal alacağına elbette şüphe edilemez. Çünkü hukukta fark iktisadî ve yalnız iktisadî şartlardaki farklılardan doğar. Fransa'daki kanunlar ile Tanzimatın aynı olan kanunları arasında zaman ile hasıl olmuş memleket arasındaki iktisadî şartlardaki farklılardan hasıl oluyordu. İki memlekete müşterek prensiplerin kazaî kararlarda büyük tatbik farkları göstermesi başka ne ile izah edilebilir. Gerçektir ki, ticaret ve sanayiın gelişmesi; şehircilik hareketleri tabii hukukun kaidelerine karşı tepkiler yaratmış, fert haklarının kanunu olan medenî kanunda ferdiyeciliği sınırlandırmıştır. Bütün Avrupada, rakkase müdahalecilğe doğru gitmekte ve her memleketin sosyalistik derecesine göre hukukun tatbikinde ayrılıklar husule gelmektedir. Bugün medenî hukuk dahi ferdin tabii haklarını sağlamaktan ziyade cemiyeti adalete göre düzenlemek kastını gütmektedir. Yeni medenî kanunumuz XVIII üncü asrın ferdiyeci telâkkilerine karşı XIX uncu asır sonlarında uyanmış tepkilere yer verebilmiş bir kanun olmasından ötürü, cemiyetimizi uzun bir zaman medeniyetin gelişmesi istikametinde idare edebilecek gibi gözükmektedir. Cemiyeti ferde karşı korumak gayesini güden ve içtimai adalet adı veri-

len sosyalist temayülü ile ferdiyetçilik adı verilen ve ferdi cemiyete karşı korumak gayesinden başka bir şey olmayan liberal ve kapitalist demokrasi temayülü: bu zıtları telif edebilmek çok güç bir iştir. Halk partisiyle muhalefet partileri arasındaki esas anlayış farkı buradan doğmaktadır. Hukukçular şahsî temayüllerine göre bu telâkkilerden birine daha fazla yer vereceklerdir. Bu noktalarda Türk hukukçuları telâkkilerine göre medenî kanununa, onu İsviçre medenî kanunundan ayıracak şahsiyetini verdireceklerdir. Bugünlük medenî kanunumuzdan beklediğimiz hizmet, insanlar arasında ırkları ve dinleri ne olursa olsun medenî haklarını kullanmakta müsavâtı muhafaza edebilmesidir; artık her din erbabı için ayrı bir şahsa bağlı haklar kanunu gözükmeyecek ve binaenaleyh islâm kadımı ile islâm olmayan bir erkeğin evlenmesinde bir fevkalâdelik görülmiyecektir. Bugün medenî kanunumuzdan istediğimiz hizmet 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 vermesidir. Bazı mürteciler lâikliği islâm ahlâkının düşmanı olarak görmektedirler ki, bu görüşleri yanlıştır; lâiklik matbaayı üç yüz sene memlekete sokmamakla memleketi yıkmış olan fetvahane nizamının düşmanıdır. Milletın kayıt ve şart kabul etmeyen ege-menliğinin herhangi bir adamın elinde tuttuğu XIV üncü asırda yazılmış bir kitapla tahdit ve takyit eylemek iddiasının düşmanıdır. Demokrasi milliyetçi bir mefhum değildir; onda her millî devletin hudutlarını aşan bir âlemsümullük vardır. Her insana tatbik edilecek olan medenî kanunlarda da, her milletin medenî kanunlarında da dar milliyetçilikten uzak ve âlemsümül bir mahiyet vardır. Din ile hukukun birbirinden ayrılmamış olması cemiyetin medenî bir cemiyet içinde birleşmesine nasıl mâni oluyor idiyse, cemiyeti ufak dinî cemiyetlere parçalıyor idiyse hukuk ile milliyetçiliğin de birbirinden ayrılmaması orta çağın birbirine kapalı cemiyetlerine tekrar vücut verebilir. Milletlerin tanışmalarına ve hukukçuların anlaşmalarına mani olur; her insan: yerli olsun yabancı olsun her insan medenî haklardan istifade edebilmekte eşittir.

Aksini iddia etmek Türkün vatan dışında şahsiyetinin kabul edilmesini iddia ile bir olur. Hülâsa olarak diyebiliriz ki, din de milliyetçilik de insanlar arasındaki münasebetlere ve hatta bizzat hayata sınırlandırılmış bir mâna verir. Milliyetçilik siyasi cemiyetlerin kârıdır. Siyasi cemiyetler, milletin hukukî şekli olan devlet adını alırlar ve birbirine kapalı olarak yaşarlar. Siyasi cemiyetlerde zihniyetler de menfaatler de birbirine uymaz. İktisadî cemiyetler ise ulaştırma vasıtalarının ve pazarların gay-

ri millî hale gelmiş olmalarından ötürü yani maddî terakkiler yüzünden milletlerin her birine açık cemiyetler olmuştur. Medenî ve ticarî kanunlar bu açık cemiyetin kanunudur. İnsanlığın bugünkü ızdırabı bu açık cemiyeti gümrük duvarlarıyla ve otarşi ile sun'î bir surette kapamak teşebbüslerinden doğmuştur. B'naenaleyh artık islâmdarı eskisi gibi küfürdâri halkına kapalı kalamaz; "Zimmii müstemenler" de hakkın himayesine mazhardır. "Cizye veren Zimmilerin canları canımız gibidir; malları malımız gibidir" demiş olan Hazreti Ali'nin sözünü geliştirememiş olan eski rejim yerini, bunu medenî kanunu ile geliştirmiş bulunan Cumhuriyet rejimine terkeylemiştir.

Memlekete bu kadar büyük sevgiler kazandırmış ve o sevgiler sayesinde hayatîyetini teminat altına koydurabilmiş olan; memlekete parlak istikballer ümit ettiren medenî kanun dîni hislerimizi muamele hayatının ve pazarın bataklıkları arasından kurtarmak gibi dînimize de büyük hizmetleri dokunmuştur. Ben de burada, derslerinde "Avrupa'nın bize düşmanlığı islâm oluşumuzdan değildir, adam olmayışımızdandır; yani aklî nizamı kabul etmeyişimizdendir" demiş olan büyük ve rahmetli hocamın ilk derslerinde söylemeği âdet edinmiş olduğu cümleye benzer bir cümle söylemek ve yazımı o cümle ile bitirmek isterim:

"Medenî kanunumuzun 25 inci senesini kutladığımız bu yılda memleketi bu nimete mazhar kılmış olan büyük vatanseverlere ve onların başlarında gelen, Türkiyemizin ilmî tarzda düşünmesini, ilmî tarzda muhakeme eylesini sağlayan "en hakiki mürşit ilimdir" hakikatini ilân eden Büyük Atatürk'e minnet ve şükranlarını sunarım.

İslâmı ve bir islâm ülkesi olan vatanımızı büyük düşünce ve büyük duygudan mahrum irticam elinden kurtaran Atatürk, İslâm âlemini büyülmüş olan büyük imamların emellerini gerçekleştirmiş ve ruhlarını canlandırmıştır. Velinimetim büyük hocam rahmetli Abdurrahman Şeref "Hikâyelerin özeti" (Zübdetül Kısas) adlı eserinde (cilt 4 s. 271, 272) der ki: "Hakkı yerine getirmek meselesi bir cemiyetin en nazik bağıdır... İslâm memleketlerinde ise baştan başa kanun bir idi; zengin ve dilenci ve hatta hükümdarlar ve emirler o kanuna tâbi idi; imtiyazlı hiç kimse tasavvur edilemezdi. Bir adam İslâm memleketlerinde altı ay gezse, yüzlerce şehirlere uğrasa şeriat hükümlerinde bir fark göremezdi. Bu ise ticaret ehli için büyük fayda idi." Şimdi hocamın en mühim cümlesine geliyorum: "ve bir de islâm âlimleri en evvel fıkıh ile meşgul olmaşlar, usul (ana prensipler) ve kaidelerini zapta himmet göstermişler, muteber kitaplar telif etmişler idi." Hocamın bu sözlerini anlayabilmek için insanın kendi kendisine şu soruyu sorması lâzım gelir: Dünyaya ne ile nizam verilebilir?

Bu soruya Yunanlılar "ahenk" le demişlerdir. Eflâtun bu fikri "felsefeden daha büyük bir musiki var mıdır?" cümlesinde ifade etmiş ve dünyayı filezofların idare etmesini istemiştir. Rübap (saz) ahengin timsalidir. Türk sadriazamlarının büyüklerinden olan Koca (Büyük) Ragıp Paşa girdiği bir saz kahvehanesinde elini saza atmış; kahveci "düzenini bozarsın" diyerek sazi Paşanın elinden almış. Paşa kahveciye: "Bozarsak yine yaparız" cevabında bulunmuş. Kahveci de: "Bozulan düzen yerine gelmez" demiş. İşte Yunan düşüncesinin pratik bir misali.

Romalılar dünyaya hukuk ile düzen verilebileceği kanaatine düşmüşler. Hukuk bu dünyaya ait (cismanî) bir kuvvetin egemenliğini ifade eder. Kılıçla kurulan bu nizamı kılıç temsil eder.

Hıristiyanlık dünyaya sevgi ile düzen vermeyi "İncil" de ifade ettirmiş: "Allahın olan, efendimizi bütün kalbinle, bütün ruhunla, bütün fikirle seveceksin. Bu birinci ve büyük emirdir. Bu emre benzeyen ikinci emir de budur: "Hemcinsini kendin gibi seveceksin".

İslâmlık dünyaya ne yalnız hukuk ile ne yalnız din ile düzen verilemeyeceğini, fakat âleme bunun her ikisi ile nizam verilebileceğini kabul etmiş ve kanaatimce bunun için din ile hukuku birleştirmiştir. Kuvveti de zaafı da bundan doğmuştur. Bir milletin, bir müessesenin kuvvetini yapan prensipte mübalâsaya düşüldüğü nisbette o prensibe ihanet edilmiş olur. Yunanın da haklı olduğu burada gözüktür; her şeyde ahenk ve ölçü lâzımdır. Dünya ilerledi; dünyaya nizam âleti olabilecek şey hakkında da fikirler değişti. Başlangıç ve mucize kabul etmiyen tarih, insanları da milletleri de daima fikirlerden ve insanlardan birinin takipçisi kılar. Dünyaya insan hakları ve hukuk ile düzen vermeği kabul etmiş Atatürk, bütün bir mâzinin, bütün bir halin ve bütün bir istikbalin muhassasıdır. Onun hâleleri, veya eski bir islâm tâbiriyle onun mirasçıları Türk vatanını insan hakları ve medenî kanun ile yaşatacak ve yükseltecek ve "yeni Türk içtimai hayatının kurucusu ve müeyyide altına alıcısı olan" genç talebelerimizdir. Atatürk Ankara hukuk fakültesini açarken duyduğu saadet hissine eşit bir saadet hissini genç talebelerimizde inkılâbın müesseselerini öğrenirlerken duymakta ve yeni nizamın kurucusu Atatürke karşı biz profesörlerinin duydukları minnetin eşini duymaktadırlar.