

İ S L Â M H U K U K U (*)

Yazan: Prof. Carlo A. Nallino

Çeviren: Doçent Dr. Akif Erginay

1 — . “İslâm Hukuku” tâbirine Avrupa kitaplarında verilen muhtelif mânalar. 2 — . Müslümanlıkta din ve hukuk arasındaki sıkı bağlar; bunun neticeleri: Hükümdarın teşriî selâhiyetinin çok fazla tahdit edilmesi. 3 — . Diğer bir netice: Dinî sedakat esaslarına göre hukukun şahıslleştirilmesi. 4 — . Başka bir netice: Hususî hukukla âmme hukukunun bir kısmının ahlâkî - dinî bünyesi. 5 — . İslâm hukukunun ilk teşekkül ve inkişafı. 6 — . Asli (ortodoks) dört sistem (veya mektep veya mezhep) ve bunlara aykırı olup (Eterodoks) halen yaşayan üç sistem: Bunlar arasındaki münasebetler. 7 — . “Hukukun dört temeli, ve muhtelif sistemlerin kuruluşu; içtihat. 8 — . Devletle islâm hukuku arasındaki münasebet; islâm hukukunun tatbik sahası.

1 — . “İslâm hukuku” tâbiri Avrupa müellifleri tarafından üç muhtelif mânada kullanılmaktadır:

a) Bizim dillerimizde tam karşılığı bulunmayan arapça fıkıh kelimesi, şeriat'ın (Şeriat, İslâm dini Kanunu), müminin Allah'a karşı, bizzat kendisine karşı ve diğer kimselere karşı (vicdanî sahada olmayıp) dış sahadaki faaliyetini tanzim eden kaidelerine taalluk eder. Bu itibarla fıkıh kelimesi, biz Garplıların “hukuk,, kelimesine verdiğimiz mânadan bir bakıma geniş, diğer bir bakıma dar bir mâna almaktadır: Fıkıha, dinî emirlerin tatbiki, yâni ibadet (İslâmiyetin bünyesinden ve tarihinden doğan bazı sebeplere istinaden, ibadet tâbirine, bizim için âmme hukukundan sayılması lâzımgelen bir takım kaideler de ithal edilmiştir; meselâ maliye sisteminin bazı veçheleri ve maden işleri gibi), şahıs hukuku, aile hukuku, miras hukuku, mamelek hukuku (vakıflar buna dahildir), usul hukuku ve ceza hukuku ve nihayet bizim için dinî merasime taalluk et-

(*) Hukuk Fakültesi kıymetli doçentlerinden Dr. Akif Erginay, vaki ricam üzerine Roma Üniversitesi İslâm Tarihi ve Müesseseleri Profesörü Carlo A. Nallino'nun bu mühim makalesini “Nuovo Digesto Italiano” adlı eserden dilimize çevirmiştir (Torino, 1938; Cilt IV. s. 1109-1116).

Ünlü müsteşrikin ihatalı otoritesile kaleme alınmış olan makalenin bu açık ve sadık tercümesinden, İslâm Hukuku hakkında toplu ve umumî malûmat edinmek isteyenlerin faydalanacağına şüphe yoktur. (Ord. Prof. S. Ş. Ansay).

mesi icap eden yeminler ve adaklar, hayvanların kesilmesi, kurbanların kesilmesi, mübah ve gayri mübah yiyecek ve içecekler, hayvan ve balık avlanması hakkında dinî hükümler, giyimler, memnû işler dahildir. Buna mukabil, mukaddes metinlerde açıkça gösterilmediği için, âmme hukukunun bazı kısımları, hattâ hususî hukukun bazı parçaları, fıkihtan hariç bırakılmıştır; meselâ Devlet ve onun reisi hakkındaki kaideler ve âmme idaresinin mühim bir kısmı gibi; bu kısım Halifenin âdil takdirine bırakılmış olup siyaseti şer'îye ismini alır; siyaseti şer'îye "âmmeye taalluk eden işlerin, şeriata aykırı düşmeyecek şekilde tanzimi,, demektir.

b) İkinci mânada İslâm hukuku tâbiri, Garp mefhumlarına göre, *Avrupai mücerret bir kanaat* olarak, tamamen hukuk sayılan fıkıh parçalarıyla fıkıhın kendisinden hariç bıraktığı ve âmme hukukuna ait olup müslümanların siyaseti şer'îye dedikleri kısımları ifade eder.

c) Aynı tâbir, bilhassa bazı müstemleke mntıklarında cari olup muayyen bir bölge müslümanlarının tâbi olduğu mer'î hukuk, yahutta fıkıhın oralarda devam etmekte olan hukukî kısımları ve islâm hukukunca bir kaideye bağlanmamış olanlar da dahil olmak üzere, bütün mahalli örf ve âdet hukuku mânasına gelir. Bu mânada meselâ Cezair İslâm Hukuku (Droit musulman algérien) tâbiri kullanılır.

Biz burada, dinî merasim kısmı hariç; (a) bendindeki mânada olan İslâm Hukuku ile meşgul olacağız.

2 —. İslâm hukukunun içtimaî hayat sahasındaki bu hususî karakteri, Muhammed'in, 622 senesinin son baharında, Mekke'den Medine'ye hicretinden hemen sonra fikirlerinde ve hareketlerinde vâki olan derin değişikliklerden doğmuştur. Bu hicret Muhammed'i yalnız yeni bir dinin başı olarak ortaya koymuş olmayıp, tamamen yeni prensiplere müstenit yeni bir devletin başı olması neticesini de tevhit etmiştir. Bütün dinî, medenî ve askerî selâhiyetler kendisinde toplanmış ve her şey, gerek kendisi ve gerek etrafındakiler için, Allah tarafından ona verilen Peygamberlik vazifesinin tamamlayıcı unsurları olmuşlardır. Parça parça nâzil olup Kur'anı (Allahın sözü) teşkil eden ve Muhammed'in metin halinde aldığı kani bulunduğu ilâhî vahiler Mekke'de olduğunun aksine artık yalnız dinî ve ahlâkî muhteviyatta değildiler ; bunlar, zamanın ihtiyaçlarından doğan ve mühim meselelerin halline ve tereddütlerin izalesine dair muhtelif ve müteferrik şekillerde olmasına rağmen, kâfirlerden alınan harp ganimetlerinin ve zaptedilen arazinin dağıtılma-

ir bazı kaideler gibi, bizim için dünyevî işlerden sayılan hususlara inki-
lâp etmişlerdir. Bütün bu hal Muhammed'in mahallî örf ve âdet huku-
kundan zimnen istiane ettiği hukukî kaidelerin âdeta değiştirilmesi ve
tamamlanması şeklinde meydana geldi. Bu itibarla Allah yeni İslâm ce-
miyetinin başı ve kanun vazısı olarak telâkki ediliyordu; şüphesiz bu ce-
miyetten yeni bir devlet teşekkül etmiş oluyordu ve bu devlette bizim ta-
mamen vatandaşlık hakkı dediğimiz şeyler, yalnız dine sadık cemaat-
tan doğuyordu. Allah tarafından eski zamanlarda kurulduğu Muham-
med'ce kabul edilen ve ratık İslâmiyetin ilga ettiği diğer dinlerin salik-
leri, hakikî müminlere nazaran *ahlâkî* ve siyasi bakımdan aşağı durumda
olan ayrı ve müsahama edilen bir takım cemaatlardan ibaretti.

Bütün bu kaidelerden (faraziyelerden) temel neticeler istihraç edil-
di. Her şeyden önce, teşriî selâhiyet ne hükümdarın veya halkın iradesi-
nin tezahürü ve ne de eski örf ve âdetlerin devletçe tanınması demek
olmayıp, islâm cemiyeti için Allah'ın iradesinden ibarettir ve bu irade
onun Peygamberi vasıtasile izhar edilir. Bu suretle hukuk doğmatığı ve
kaideleri, ahlâk ve dinî tatbikat usulleri, hukukun ve devlet bütünlüğü-
nün bazı veçheleri ve hususî hukukun büyük bir kısmı aynı dinî kaynak-
lara istinat etti. O şekilde ki, Muhammed'in ölümünden bir asırdan bi-
raz fazla zaman sonra, yukarıda bahsi geçen fıkıh kelimesi dinî, hukukî
nizamların ve bunlara mütedair bütün kaidelerin hey'eti umumiyesini ifa-
de etti. Tevrat'dan sonra Yahudi hukukunda iç ve dış muameleler ara-
sında yapılan tefrik gibi, İslâmiyetten bir müddet sonra da böyle bir tef-
rik yapıldı: Dahilî muameleler (dinî itikatlar ve ruhi hayat), doğmatik
teolojinin tamamını ve ahlâkî teolojinin bir kısmını teşkil ettiler; haricî
muameleler (ibadetler, Avrupalının anladığı mânada hukukun en büyük
kısmı, içtimaî hattı hareket ve şahsî durumlara mütedair kaideler) ise
fıkıha esas oldular. Bu itibarla İslâm hukukuna müteallik yerli bir kitabın
başında daima ibadet veya diğer bir deyişle, bazan mali ve iktisadi ma-
hiyette de olsa, müminlerin yalnız Allah'a karşı yapmakla mükellef ol-
dukları işler bulunur; bu kısımdan sonra muamelât yâni diğer insanlarla
olan hukukî ve sair münasebetler gelir.

Diğer bir netice de şudur ki, bu şekilde tavsif edilen Kanuna itaat,
yalnız medenî bir vazife olmayıp, aynı zamanda dinî bir mükellefiyettir;
bundan başka, kanun'un esas müfessirleri yalnız ulema'dır; yâni kendi
dinî-hukukî bilgileri dolayisile fıkıhın esasını teşkil eden mukaddes me-
tinleri tamamen anlayabilen kimselerdir. Bu münasebetle şu noktanın ha-
tırlatılması lâzımdır ki, islâmiyette, başında bir ruhanî reis bulunan, di-
nî bir hiyerarşi yoktur, ve hristiyanlık ruhanî meclislerine müşabih bir

şey islâmiyette asla görülmemiştir. Nihayet bütün bunlardan, çıkan neticeye göre, siyaseti şer'îye isminin verildiğini söylediğimiz sahanın dışında kalan hususlarda teşriî selâhiyet hükümdar veya devlete ait olmayıp, mukaddes metinlerin meşrû şarihleri, Ulemanın heyeti umumiyesi-ne aittir.

3 — . 2 sayılı fıkrada işaret edilen esaslardan çıkan bir netice de, Garpta bilinmeyen, dine müstenit hukukun şahsiliği hakkındaki ana prensiptir (Cuius religio eius lex). Nerede bulunursa bulunsun, hangi hükümdara bağlı olursa olsun, hangi ırka mensup olursa olsun bütün müslümanlar için hukuk (siyaseti şeriye hariç) tektir. İslâm hukukunun, mülkîlik mefhumıyla hiç bir ilgisi yoktur. Bundan çıkan diğer bir netice: Bizim ferdin devletle olan münasebeti bakımından vatandaşlık dediğimiz münasebet şeklinin İslâmiyette bulunmamasıdır. Bunun için bu sistem kendi mefhumlarını daha Muhammed'den beri, bilhassa hristiyanlık ve yahudi dinleri gibi ilâhî metinlere müstenit diğer dinlere de teşmil etti ve gerek hristiyanlar gerekse yahudiler için, aynı bir ilâhî menşee mâlik olmaları dolayısıyla, din ve hukukun birbirinden ayrılmaz bir bütün olduğu (Tevrat'dan sonraki devre için yahudilik dini bakımından doğru, fakat hristiyanlık için yanlış) kanaatına bağlı kaldı.

Bu itibarla islâmiyetten evvelki devirlerde Allah'ın vaheylediği dinlerin salikleri olan gayri müslimlerin İslâmiyetten sonra müsamaha görmeleri ve bazı hususî şartlar dışında, kendi dinlerini icra etmekte serbest bulunmaları kabul edildiğinden, bu din serbestliğinin, neticesi olarak gayri müslimlerin İslâm hukukundan hariç tutulmasını da tazammun ettiği ve bir müslümanın ilgili olmadığı hallerde bunların hristiyan kanunlarına veya yahudi dinine salık olanlar için yahudi kanunlarına tâbi tutulmaları ve kendi dinî makamlarına itaat etmeleri de uygun görüldü. Bu prensip 1926 da bütün vatandaşları için İsviçre Medenî Kanunu ile İtalyan Ceza Kanununu kabul etmek suretiyle lâik bir devlet olan Türkiye hariç, bütün İslâm devletlerinde bugün bile bir çok kaza usullerinin esasını teşkil etmektedir. Şunu da ilâve edelim ki, bu kaide, kapitülasyonlar rejiminde, Avrupa konsoloslarına tanınan kaza selâhiyetinin tabii kaynağı olmuştur.

4 — . Fıkıhın ahlâkî ve dinî esasları ve Kur'anın bütün müminlerin kardeş oldukları hakkındaki kaidesi, İslâm hususî hukukunda bir takım hususiyetler meydana getirmiştir ki, bunlar islâm hukukunu Roma hukukundan ziyade bizim kilise hukukumuzla yaklaştırmaktadır. Bütün müslümanlar memleket, ırk ve içtimaî sınıf tefriki yapılmaksızın medenî

ve ceza kanunları karşısında müsavidirler. Yalnız esirler için bazı tahdidat mevcuttur. Fakat bu tahdidat Roma hukukundaki kadar değildir. Her ne şekilde olursa olsun, Kur'an ve fıkıh esirlerin azat edilmesi hususunda bir çok tavsiyelerle doludur. Ahlâki icapların derin ve şümulü olması dolayısıyla, davalarda bile kanunî formaliteler asgarî hadde indirilmiştir; bu icaplar içtimâî yardım kaidelerini, hotkâm menfaatların üstünde tutmaktadır. Şekil noksanlığından dolayı iptal mevzuu bahis değildir. Niyetin ve maksadın anlaşılması büyük ehemmiyeti haizdir; hattâ bu, Roma hukukunun son devrinde Animus'a verilen ehemmiyetten de fazladır. İhtilâf halinde olan tarafların hak ve mükellefiyetleri, Strictum İus'a nazaran daha fazla, bir kardeşin bir kardeşe yapmak mecburiyetinde olduğu bir vazife telâkki edilmektedir.

İus utendi et abutendi ve rekabet ve hased'e nefretle bakılmaktadır. Bütün mukaveleler tamamiyle hüsnü niyete (Bonae fidei) müstenittir ve bunlardan bazıları (meselâ vesayet, emanet, karz, sulh, ilh) hukukçular tarafından hayır mukavelesi olarak nazara alınmaktadır. Esasen bütün mukaveleler sistemi, Kur'anda açıkça müeyyidelendirilmiş olan ahlâki temellere dayanan iki endişeden neş'et etmektedir: Baht ve tesadüf (garar) unsurunu ihtiva eden veya buna benzer şekilde bulunan her şey'in gayet titizlikle menedilmesi¹ ve ribâ'nın şiddetle memnu olması. Riba kelimesi bir fazlalık (eccedenza) ifade edip, Kur,anda tesbit edilen teknik anlamında, Roma hukukunda ve Kilise hukukundaki manasiyle, yâni para ve eşya ikrazı üzerinden kâr almak şeklinde kabul edildiği takdirde, aşağı yukarı Murabaha (usura) olarak tercüme edilebilir².

1) Bu itibarla bazı banka muameleleri, bahisler, hayat veya yangın sigortaları veya diğer tehlikelere karşı sigortalar, İslâm hukuku ile telif edilemez. Bazı hususî hallerde deniz sigortaları, ilh. ın meşru olarak kabul edilmesi için yeni bir Hanefî teşebbüsü hakkında şu makaleye bakınız: Nallino; Delle assicurazioni'in diritto musulmano hanafita; pag. 446-461. Oriente Moderno, 1927.

2) Bununla beraber işaret edildiğine göre Riba mefhumu daha geniştir; bu yalnız para veya eşyanın ikrazına değil, hattâ "murabaha" ya müteallik aynı cins eşya hakkında yapılacak mübadele mukavelesine de şâmilidir. Mübadele mukavelesi, ancak taraflar arasında tam bir muadelet olması ve mübadelelerin aynı zamanda yapılması şartlarına bağlı olarak kabul edilmektedir. Murabaha eşyası üzerinde ihtilâf vardır: Malikî ve Şafilere göre yalnız altın, gümüş ve yiyecek maddeleri murabaha eşyasıdır; Hanefî ve Hanbelî'lere göre ise, kıymetli madenlerden başka, tartılmak suretiyle veya ölçülmek suretiyle satılan bütün misli eşya da bu guruba girer. (Aynı zamanda yapılamayan hususî mübadele halinde de uzunluk ve satış ölçülerine göre kıymet takdir edilen eşya, murabaha eşyasıdır).

Hukukun dinî ve ahlâkî telâkkisi vakıflar (veya dinî tesisler) doktrininin inkişafına da büyük mikyasta yardım etmiştir.

Hukukun bu mânada anlaşılmasıyla tezat olan tek şey, Hanefi mezhebinde, hiç olmazsa eski zamanlarda bu mezhebin müminleri tarafından hilelerin veya hukukî tevillerin kabul edilmesidir. Fakat bu mezhep bahis konusu sahada yalnız kalmıştır. Diğer mezhepler bu gibi vasıtaları reddederler, ve ancak istisnâi hallerde ve hukukî kaidenin sert şekliyle tezat hal'ne düşüldüğü zaman dürüstlük ve hakkaniyetin temin edilmesi maksadiyle hakimin buna tek bir imkân olarak başvurabileceğini kabul ederler.

5 — . İslâm hukuku, bu makalenin 1 sayılı fıkrasında ve onu takip eden satırlarda gösterilen *hakikî mânasiyle, esas olarak, iki inşai unsurun neticesi ve tekâmülüdür*: a) Muhammed zamanında Arabistan'ın kuzey batısındaki yerli halkın örf ve âdet hukuku; yalnız bunlar bizzat Peygamber ve Ashabı Kiramı tarafından açıkca veya zımnen kabul edilmiş olan hukuktur; b) Bu örf ve âdet hukukunda yapılan değişiklikler ve Muhammed tarafından Allah'ın vahiyle veya bizzat şahsî teşebbüsüyle getirdiği yenilikler; bunlar Medine'de geçen 10 yıl zarfında (622-632) bilhassa haricî âmillerden tevellüt etmiştir. Eskiye nazaran en mühim değişiklikler ceza hukukunda, aile ve veraset hukukunda ve harp hukukunda vâki olmuştur; diğer bir takım değişiklik ve ilâveler de İslâmiyetin Araplar'a getirdiği çok yeni etik ve dinî fikirlerden mütevellittir. 4. numaraya bakınız. Muhammed ve onun neslinden kalan - kısmen karışık ve gayri mütecanis (ab intestat verasetlerde olduğu gibi), kısmen de tezatlı - hukukî malzeme (mevad) derhal tanzim edilmeğe başlandı; bu tanzim işinde hukukî malzeme, dinî kaide ve doktrinlerin bir kolu olarak ele alındı; ; ve keza Kuran'ın şerh ve tefsirleri ve hâdisler, yani Muhammed'in söz ve hareketleri hakkındaki geleneklerle bilhassa Mdine'de, Peygamber'in ölümünden sonra 50 yıldan az bir zaman içinde, Ulemanın faaliyeti neticesinde hukuk sistemi esas hatları ile tesbit edildiği söylenebilir. Bu işte âmme makamlarının hiç bir müdahalesi olmamıştır; çünkü bu makamlar böyle dinî mahiyette olduğu kabul edilen mevaddın hazırlanmasında zımnen selâhiyetsiz görülmüşlerdir. Bu arada müessisinin ölümünü takiben İslâmiyetin, Arabistan dışında, bir çok ülkelere sür'atle ve geniş mikyasta yayılmış olması, fatih Arapları, yeni yeni meseleler ve ihtiyaçlarla, hattâ daha yüksek medeniyet sahibi halklarla (Yunan - Roma ve Sasaniler veya İranlılarla) temas neticesinde yeni fikrî ceryanlarla karşılaştırdı.

Bu hal karşısında İslâm mevzuatını tekâmül ettirmek ve genişlet-

mek zarureti hasıl oldu ve bu zarureti karşılamak üzere Muhammed'in tedrisat ve icraatından doğan prensip ve kaideleri yeni icaplara tatbik etmek, yahut da hükümleri altına aldıkları halkların müessese ve âdetlerini bu prensip ve kaidelere intibak ettirmek imkânları arandı. Meselâ Arabistan dışında fethedilmiş olan memleketlerde mevcut arazi mülkiyeti ve bu arazi üzerine mevzu vergiler hakkındaki nazariye, Muhammed'in Arabistan Yahudi cemaatlarına karşı zaman zaman yaptığı muamelelere göre tesis edildi; İslâm devletinin gayri müslim tebaalarının hukukî durumunu tayin etmek hususu da aynı şekilde yapıldı.

Roma hukukunun (hattâ sadece vilâyetler hukukunun bile), Yahudi ve Sasani (İran) hukukunun tesiri pek az olmuştur. Roma hukuku eserlerinin Arap hukukçularına model hizmeti görmüş olduğu faraziyesi açık tarihi, kültürel ve edebi âmillerden dolayı mutlâk olarak bertaraf edilmiştir. Bu ciheti, yerli eserlerin tetkikinden de istihraç edebiliriz; Gerçekten de bu eserler bir Avrupalı hukukçuya mânasız ve abes görünen bazı irtibatları, değişiklikleri ve boşlukları ile, Roma modellerinin bulunmadığını açıkça göstermektedir. O kadar ki, bu irtibat ve değişikliklerin bazı Kur'an parçalarıyla, kendine has bir şekilde, sıkı bir bağlık gösterdiği ve gene bunların İslâm müelliflerinin ehemmiyetli hukukî meselelerle karşılaştıkları tarihî hal ve şartlara bağlı olduğu görülür. Mağlûp milletlerin Araplar için yeni olan müesseseleri, ancak pek az nisbette, hakikî mânâda İslâm hukukuna dahil olmuştur (1. numaraya bak.) Bunun sebebi bu müesseselerin bazılarının İslâm hukuk, ahlâk ve dinî sistemine aykırı olmasından, bunlardan bir çoğuna ihtiyaç duyulmamasından ve nihayet dinî inanışa dayanan hukukun şahsiliği prensibinden doğmaktadır. (3. numaraya bakınız). Bunun içindir ki, İslâm hâkimleri Hıristiyanlar, Yahudiler veya zerdüştlere arasındaki ihtilâflarla meşgul olmazlardı. Yabancıardan alınan müesseselerin başlıcası, belki de, muhtelif hasılat kirası mukavelelerdir; bunlar İslâm'dan evvelki Arabistan dışı ülkelerde yayılmış buldukları için, hor görülmeyen mahallî âdetler olarak bir kaç asır kabul edildikten sonra, nihayet hanefî ve malikî mezhebinin bir çok fıkıh muameleleri arasına girdiler; bu muamele Roma hukukundaki *foenus nauticum*'a müşâbih bir *müsamaha* (*tolleranza*) muamelesi olarak fıkıhta yer almıştır. Eski Roma hukuku devrine ait olmayıp aile vakfı denilen bazı vakıf tiplerinin doğuşu ve inkişafı üzerinde Bizansın tesirleri bulunması muhtemeldir.

6 — . Yukarıda işaret edildiği üzere, fıkıh, Ulema tarafından tesbit ve tevsi edilmiştir; bunların kanun yapmak hususunda resmî bir sıfatları olmadığı gibi, âmme makamları tarafından kendilerine hâkimlik

vazifesi verilmesi veya fikirlerine müracaat edilmesi (eskiden bunlar da sık sık vâki olmazdı) halleri dışında, devlet makamlarıyla hiç bir ilgileri yoktu. Hicri II inci asrın başlarında (719) İslâm kültürünün büyük merkezlerinde (Hicaz, Irak, Suriye, Mısır) bir çok imamlar, hakiki mezhep kurucuları veya mürevviçleri olarak ortaya çıkmışlardır; bunlar fıkıh mevaddını az çok şahsî sistemler haline ifrağ etmişler ve etraflarına bir çok tilmizler toplamışlardır; bu tilmizler, hocalarının fikirlerini, çok uzak memleketlerde bile, yayan kimseler haline gelmişlerdi. Esasen hâdisleri toplamak, çok yüksek şöhrete erişmiş ulemadan dinî malûmat almak için fevkalâde uzak yerlere seyahat etmek âdeti yerleşmişti. Pek uzak eyaletlerden yapılan hac seyahatları da şöhretli hocalar nezdinde vâki olan uzun ikametler sırasında malûmat toplamağa imkân ve fırsat veriyordu. Bir kurucunun hazırladığı fıkıh, doktrin ve kaidelerinin heyeti umumiyesine, diğer kurucuların faaliyetlerine karşılık olarak mezhep adı verildi. İlmî tetkikat bakımından mezhep demek, muayyen bir fikir topluluğu, doktrin ve kaideler sistemi, ve mücerret mânada mektep demektir; o şekilde ki, bizim bakımdan mezhep, fıkhı müteallik hususî bir "sistem" veya "mektep" olarak tercüme edilebilir. Bununla beraber bir çok Avrupa müellifleri pek yerinde olmayan dinî merasim kaideleri "rite" tâbirini kullandıkları için, fıkıhın dinî merasim kısmını daha fazla belirtmiş olmakta ve buna mukabil kelimenin Avrupai mânasıyla, fıkıhın hukuk kısmını ihmal etmiş bulunmaktadırlar.

Hicri II. ve III. üncü asırlarda bu sistemler veya mektepler çoğaldı; fakat bir kısmı hemen ortadan kayboldu; diğer bir kısmı da yedinci asra (milâdî 13) kadar hazin bir mevcudiyetten sonra tamamen silindi. Yalnız, Sünnîler veya muhafazakârlar (ortodoks), yâni müslümanların büyük ekseriyeti arasında gelişen ve halen yaşamakta olan dört sistem veya mektep veya dinî merasim kaideleri vardır; bunları doğuş tarihlerine göre sıralayalım:

a) Hanefî; bu mezhebin müessisi olan Ebu Hanife Afgan aslından olup muhtemelen hicri 80 (milâdî 699 - 700) yılında Kûfe'de doğmuş ve hemen hemen bütün ömrünü orada geçirmiş ve Bağdat'ta hicri 150 inci (Milâdî 767) yılda ölmüştür. Fıkıh kitapları yazmamıştır; fakat tedrisatından meydana gelen sistem iki tilmizi olan Ebu Yusuf (hicri 182, milâdî 798 de ölmüştür) ve Muhammet Eşşeybanî (Hicri 189, Milâdî 804 de ölmüştür) tarafından toplanmış ve neşredilmiştir. Bu tilmizlerin her ikisi de bazı meselelerde gerek kendi aralarında gerekse hocalarıyla ihtilâf halinde idiler. Hanefî mezhebi Mezopotamya ve İranda diğer mezheplere muvazi olarak yayılmıştır; buna mukabil Orta Asya ve

Türkistanda mutlak bir hâkimiyete sahip olmuştur. Filhakika buralarda milâdî X - XIII üncü asırlar devamınca bir çok meşhur hanefî hukukçular yetişmiştir. Bu itibarla Küçük Asya, Rusya ve Hindistanda hükümet kurmak üzere Orta Asya ve Türkistandan ayrılan Türk - Tatar kabileleri kendi ülkelerinde hanefî mezhebine riayeti mecburî kılmışlardır. Bu mezhep daha sonra, hemen hemen bütün halkın diğer mezheplere bağlı bulunduğu Arap dili konuşan memleketler dahil olmak üzere, geniş Osmanlı İmparatorluğunda resmî mezhep olarak kabul edildi. Fakat hanefî mezhebinin resmen kabulü bir kaç asır devamınca Kahire, Kudüs, Şam, Halep, Bağdat, Mekke gibi imparatorluğun başlıca Arap şehirlerinde bu mezhebin İslâm hâkimleri veya kadıları yanında diğer üç mezhebe mensup kadıların da bulunmasına mâni olmadı; o kadar ki, her mezhep mensubu kendi kadısına müracaat edebilirdi. Fakat geçen asrın başında bu muhayyerlik bütün imparatorluktan kaldırıldı ve artık adalet münhasıran hanefî mezhebine göre tatbik edildi. Yerli halkı tamamen malikî mezhebinde olup hanefî mezhebini yalnız Türk memurlar, askerler ve Koloğlular (Türk ve Arnavut erkeklerle Arap kadınlarının izdivancından doğanlar) ın temsil ettikleri Tunus ve Cezair gibi tâbi Afrika devletlerinde, Osmanlı hükümeti, çift kazayı kabul etti. Bu şekil halen devam etmektedir; filhakika Cezair ve Tunusta (mahkemelerinde yalnız malikî mezhebi kabul edilmiş olan bölgeler hariç) Büyük Malikî Kadısı ve Büyük Malikî Müftüsü yanında Büyük Hanefî Kadısı ve Büyük Hanefî Müftüsü vardır. Hattâ Cezayir şehrinde Büyük Hanefî Müftüsü meslekdaşı Malikî Müftüsüne nazaran daha nüfuzludur; bu üstünlük Tunus şehrinde kaldırılarak 25 Mayıs 1932 de tam müsavat tesis edildi. İtalyan Libyasında General Carlo Caneva (İşgal orduları kumandanı) nın çıkardığı 30 Haziran 1912 tarihli Adliye kararnameğinde, hemen hemen hepsi malikî olan yerli halkın kendi mezhep veya dinî merasimlerinin Türklerin hanefî mezhepleri yanında, yeniden kurulması hususundaki arzuların kabul edilmişti.³

3) Bu kararname Libya Teşkilât Nizamnameleri (Ocak 1913 - Ocak 1914) (Müstemlekeler Vekâleti) eserinde neşredildi; sayfa 964 - 968. Tip. G. Bertero, Roma, 1914. Bu kararnamenin 19 uncu maddesinde şöyle deniyor: "Aile hukukuna, ahvali medeniyeye, mirasa ve gayri menkul mülkiyetine taalluk edip yerli müslümanlar arasında çıkacak ihtilâflar için gerek Hanefî gerekse Malikî kaidelere göre o güne kadar mer'î örf ve âdet hükümlerinin - ahlâk ve âdaba ve âmme nizamına aykırı olmamak veya açıkça ilga edilmiş bulunmamak şartıyla - tatbik edilmesine müsaade edilir. Taraflar ayrı ayrı mezheplere dahil olupta hilâfına anlaşamadıkları takdirde, dâvalının mensup olduğu mezhep nazara alınır.,,

Bu hal Trabuls Garp ve Bingazinin adli teşkilâtı hakkındaki 20 Mart 1913 tarih ve 289 sayılı nizamnamesile teyit edildi.⁴ Fakat hanefilerin ekalliyette bulunmaları dolayısıyla Umumi Valiler tarafından yalnız malikî kadılar tayin edildiği için Şer'î Mahkemeler hakkındaki 21 Nisan 1922 tarihli Valilik kararnamesi, 2 inci maddesinde şu ciheti tesbit etti: "Kadılar malikî mezhebine göre hüküm verirler; ancak başka mezhebin cari bulunduğu mahaller bundan müstesnadır". Bu son cümle ile ehli sünnet dışı ibadilerin sistem veya mezhepleri kastedilmektedir. Böylece hanefi mezhebi Libyada tatbikattan kalkıyordu; hattâ daha sonraki nizamnamelerde mezhep kelimesi bile kaldırıldı.⁵ 1926 yılında Türkiye ve 1926 - 1929 yıllarında Sovyet Rusya İslâm hukukunu tatbikattan kaldırdı.

Bu itibarla hanefi mezhebi halen sünnî veya ortodoks müslümanlar için Suriye, Filistin, Lübnan, Irak, Afganistan'da ve yalnız medenî hale münhasır olmak üzere (miras ve vakıflar dahil) Yugoslavya, Rumanya, Bulgaristan, Hindistan, Mısır ve İngiliz - Mısır Sudanında resmî bir mezheptir⁶. Bunun gibi diğer mezheplerle birlikte Hicaz'da (her ne

4) Madde 71 : "Yerli halkın ve yabancı müslümanların aile ve miras münasebetleri, tarafların mensup oldukları mezheplerdeki medenî hallere göre tanzim edilir.

Taraflar ayrı mezheplere mensup iseler, dâvalının mezhebi nazara alınır., .

5) Kanun: 3. XII. 1934, n. 2012 (Libya İdaresi Teşkilât Nizamnamesi: Kararname: 27. VI. 1935, n. 2167 (Libya Adliye Nizamnamesi). Hakikatta "riti" (dinî mezhep veya merasim) kelimesi 2167 sayılı kararnamenin 214 üncü maddesine arizî olarak konulmuştur ("Mahallî hukuka göre yapılmış muamele ve mukavelelerde müddeiumumî tarafların tâbi olmak istedikleri mezhebi (Rito) gösterir"). Fakat bu hüküm Malikî mezhebinden ziyade sırf ibadileerin mezheplerine taalluk ettiği söylenebilir. Şu noktayı da belirtelim ki, 1922 tarihli Valilik kararnamesinden sonra, 1924 yılında Trablus Garp Vakıflar İdaresi Meclisi, Valiye bir âriza göndermiş ve bunda, eskiden olduğu gibi, Hanefî mezhebine göre vakıfların kurulmasına müsaade edilmesi istenmiştir; Hanefî mezhebi vakıf kuranın, bütün hayatı müddetince, vakfın gelirlerini tamamen veya kısmen kendisine tahsisine imkân vermektedir. Bu usul Tunus ve Ceza-yir'de Malikiler tarafından da kabul ve tatbik edilmiştir; zira gelirlerinden hemen mahrum kalmayı istemeyenlerin hayatta iken hayır vakıfları kurmakta tereddüt etmelerini önlemek lâzımdı. Bu hususta Trablus İstinaf Mahkemesinin mütalâası istenmiş ise de, Mahkeme 18. VIII. 1924 tarihinde menfî cevap vermiştir. Mahkemenin mütalâası üzerinde durmamız lâzımdır. Müstemlekeleler Vekâleti bir çok tereddütlerden sonra İstinaf Mahkemesinin görüşüne uymuştur.

6) Fıkıh'ın dinî tatbikata müteallik kısmıyla, yukarıda gördüğümüz

kadar burada hanefi mezhebi halen hâkim bir meckide bulunmakta ise de) Eritre'de Cezayir'de ve Tunus'ta da resmen tanınmaktadır.

b) Maliki: Bu mezhebi Malik İbni Ans kurmuştur; kendisi hicri 90 - 97 (milâdi 709 - 716) yılları arasında Medine'de doğmuş, bu şehirde yaşamış ve orada hicri 179, (milâdi 795) senesinde ölmüştür. Maliki mezhebi Mısır'ın batısında hemen hemen bütün şimali Afrika sakinleri tarafından kabul edilmiştir. (Rakip Hanefi mezhebi hakkında yukarıdaki izahata bakınız); Bunun gibi Moritanya'da, Nijerya kısmı dahil merkezi ve Garbi Sudan'da, Eritrenin şimal batısında, Bahreyn adalarında (İran körfezi), Küveyt ve Arabistan yarım adasının cenup bölgelerinde de bu mezhebin salikleri çoktur. Hicaz'da Malikiler ekalliyettedir; fakat şu noktayı belirtelim ki, Mısır Delta'sının bazı bölgelerinde, bütün yukarı Mısır'da ve İngiliz - Mısır Sudanında Hanefi mezhebi resmi mezhep olarak kabul edilmişse de, halk Malikidir.

c) Şafii; bu mezhebin kurucusu, Filistin'in cenup batısında bulunan Gazza şehrinde hicri 150 (milâdi 769) senesinde doğmuş olan Muhammed Eşşafii'dir. Bir kaç sene Malik İbni Ans'ın tilmizliğini yaptıktan sonra Eşşafii bilhassa Bağdat ve son olarak eski Kahire'de tedris ile meşgul olmuş ve 204 (milâdi 820) yılında bu şehirde ölmüştür. Eritre müslümanlarının %10,6 sı Dankalia, Somali ve cenup Habeşistanın (Cimma, Limmu, Harar, ilh) müslümanlarının hepsi Şafii'dir; keza Fransız Çad muntkasının Arap kabileleri ve İngiliz mandası altında bulunan Kenya ve Tanganika'nın sünniler ve Kahire ve Mısır deltası sakinlerinin ekseriyeti de şafii'dir (Yukarıda işaret ettiğimiz üzere, buralardaki resmi mezhep Hanefidir). Asya'da Hadramut ve Oman'ın başladığı yere kadar Mahra sahili sakinleri, Hicaz halkının ekseriyeti, Yemen'in bütün sünnileri (Türkiye, Irak, İran ve Sovyet Ermenistanındaki) bütün kürtler, Filistin müslümanlarının %70 i, Maverai Kafkasın Dağistan bölgesindeki Avarlar, Malabar (batı Dekkan yarım adası) sahilindeki müslümanlar, Dekkan yarım adasının Haydarabat devletine hicret etmiş olan Araplar ve Hollanda Hindistanı yerli halkının 40 milyonu Şafii'dir. Bu itibarla Şafiiiler Sünni yahut Ortodoks Müslümanların takriben üçte birini teşkil ederler.

d) Hanbeli : Bu mezhep Ahmet bini Hanbel tarafından kurulmuştur; Ahmet bini Hanbel hicri 164 (milâdi 780) senesinde Bağdatta doğmuş ve orada yaşamış ve 241 (milâdi 855) yılında orada ölmüştür. Bu-

(n. 1, a) ve "ibadet,, ismi verilen kısma dahil hususlarda, herkes bağlı olduğu mezhebe göre hareket etmekte serbesttir.

gün bu mezhebin müntesipleri merkezi ve cenubi İrak, Suriye ve Filistininde bulunmakta olup çok miktarda değildir. Fakat merkezi Arabistan (Necet ve İran körfezi civarındaki arazi) halkının tamamı bu mezhebe saliktir. 1925 senesinde Hicaz'ın Vehabiler tarafından işgali, Hanbeli mezhebinin diğer mezhepler üstünde resmen yer almasını mucip oldu.

Bu Sünni veya Ortodoks dört mezhebin yanında bugün dahi, bu mezheplere aykırı düşen (heterodoks) mezhepler vardır. Altıncı İmam olan Cafer Sadık'a (ki hicri 148 (765) de Medine'de ölmüştür) kadar çıkarılan Caferi mezhebi, bunlardan biridir; bu mezhep Şii imamiler veya esnaî aşere ve Şii İsmaililer (şimali garbi Suriyenin Nasirileri veya Alevaleri dahil) tarafından tedris edilmiş ve bu Şii sınıfları nezdinde evvelâ İngiliz Hindistanında ve Dünya harbinden sonra İrak'ta, Suriye'de ve Lübnan Cumhuriyetinde resmen kabul edilmiştir. Halkının hemen hemen tamamı Şii imamî olan İran'da bu mezhep 1502 yılındanberi resmen ve münhasıran mer'î olmuştur. Buna mukabil bu mezhep, Sovyet hükümetinin din aleyhtarı politikasının muvaffakiyetinden önce Rusyada da, Maverai Kafkasın Sünnilerden daha kalabalık olan Şiileri tarafından benimsenmişti. Hicri 122 (milâdi 740) senesinde İrak'ta ölen İmam Zeyit bini Ali'ye atfedilen Zeydiler mezhebi, bugün yalnız Zeydi Şiiler tarafından takip edilmektedir. Bu Zeydi Şiiler, merkezi Yemen halkının ekseriyetini teşkil ederler ve bugünkü hükümdar ailesi bu mezhebe mensup Şiilerdendir.

İbadiye mezhebi, hiç olmazsa, isim itibariyle Abdullah bini İbadiye bağlanır. Bu mezhep hicri birinci asrın ikinci yarısında (milâdi VII - VIII) Mezopotamya'da inkişaf etti. Oman sakinlerinin hemen hepsi, Zengibar'ın hâkim sınıfı, Mizap (Cezayir) ile Gerba adası halkının büyük bir kısmı ve Libya'da Zuara'nın ve Cebeli Nefuza, diğer tabiriyle Trablus Garp Cebeli'nin ekser merkezi halkının mühim bir kısmı bu mezhebe mensuptur. Bu itibarla bu mezhep Trablus - Garp⁷, ve Cezair hükümetlerince, mensupları için resmen tanınmıştır.

Dört Sünni veya Ortodoks mezhebiyle, bahsi geçen diğer mezhepler arasındaki farklar büyük değildir; hattâ bu farklar Sünni mezheplerin kendi aralarındaki farklardan da fazla olmadığı söylenebilir. Meselâ Şii-Caferi mezhebinin Hanefi mezhebiyle mutabık olmayan kaideleri diğer üç

7) 21 - IV - 1922 tarihli Valilik Kararnamesinin 2 inci maddesi ve son Libya Nizamnamesinin (27 - VI - 1935 tarih ve 2167 sayılı) 214 üncü maddesi dolayısıyla yukarıda bahsedilen hususlara bakınız.

Sünnî mezhepten biri veya bir kaçının kaidelerine çok defa intibak ederler. Caferî mezhebiyle bütün diğer mezhepler arasındaki temel farklar pek azdır. En mühim ve göze batan fark, Caferîlerin Mut'ayı kabul etmesidir; Mut'a evlenme müddetinin mukavele ile tesbit edilmesi ve müddetin hitamında red veya boşanmaya lüzum olmaksızın, evlenmenin kendiliğinden sona ermesidir.

Sünnî mezhepler arasındaki farklar, bunların tarihi teşekkülleri, dinî bir hiyerarşinin mevcut olmaması ve fıkıh'ın devlet otoritesinden müstakil bulunmasından doğmuştur. Sünnî bir müslüman için bütün dört mezhep müsavi olarak makbuldür. Aralarındaki ihtilâflar Allah'ın müminlerine yapmak istediği bir rahmettir. Bir Sünnî mezhepten diğerine sık sık geçiş vâki olmaz; fakat bu memnu değildir. O kadar ki, bir mezhebin saliki muayyen bir meselede ve hususî sebepler altında diğer bir mezhebin koyduğu hükümlere bağlanabilir; meselâ yukarıda işaret edildiği üzere Malikîler, Hanbelîlerin vakıf yapanlara daha uygun düşen esaslarına göre bir vakıf yapabilmektedirler (yukarıda 6 numaranın 1 sayılı notuna bakınız).

Fakat bir mezhebe göre bir defa bir işe başlanınca, o işin müteakip muamelelerinde de o mezhebe bağlı kalmak lâzımdır. Buna mukabil muhtelif meslek salikleri arasında ihtilâf çıkarsa, mahallî hükûmet makamlarının yalnız bir veya iki mezhep kabul etmiş olmaması halinde, Kaza işi, dâvalının mezhebi hükümlerine göre icra edilmek icap eder. Hâkim ancak kendisinin mensup olduğu mezhep kaidelerine göre hüküm verebilir; yalnız diğer mezhebin taraf veya tarafları hâkime, kendi mezheplerinin müftüsünün veya selâhiyetli makamının meseleyi aydınlatan bir fetvasını arzetmeleri hali müstesnadır. Bir mezhep kaidelerinin diğer bir mezhep kaideleriyle karıştırılması, bir çoklarına göre, büyük bir kabahattir; bununla beraber bu halin hududunu aşmış olanlar vardır; meselâ 10 Mart 1929 tarih ve 25 sayılı kanunla kendi şer'i mahkemelerinde yalnız Hanefî mezhebini kabul ettiğini söylediğimiz Mısır hükûmeti, bazı Hanefî kaidelerinin yerine diğer Sünnî mezheplerin kaidelerini ikame etmekle aile hukukuna müteallik Hanefî kanunu'nun bazı noktalarını değiştirmiştir⁸. Hülâsa İslâmiyette hukukun muzaaf şahsiyetini görüyoruz;

8) En mühim değişiklikler Talak'a taalluk ederler; bazı eski hukukcuların fikirlerine göre malikî ve şafii doktrinlere istinaden yeni şekil, talak'ı daha kolay ve daha az keyfî hale soktu. Bunlar arasında Hanefî mezhebine ve 1875 Mısır kanununun 239 uncu maddesindeki medenî durum kaidelerinin aksine olarak, bir defada ika edilen üç talak tek talak sayılır.

temel kaide olan birincisi, müslümanlık dinini tatbik etmektir, ve ikincisi dört Sünnî mezhepten veya bunların dışında kalan mezheplerden birine bağlı olmaktır.

Hiç olmazsa bugünkü tetkikler muvacehesinde, dört Sünnî mezhepten her birinin müsbet hukuk kaidelerinin muhtevası bakımından vasıflarını belirtmek imkânsızdır. Avrupa kitaplarında sık sık rastlanan bazı cihetler hiç bir kıymeti haiz değildir; Hanefî mezhebinde bazan daha az şiddetli hallere, teolojide bir nevi ahlâki ve inzibatî gevşeklilik denebilecek temayüllere rastlanmaktadır; meselâ bu mezhep'te hiyal (hileler) veya hukukî tevillerin kabulü, böyle bir temayülün açık işaretidir (N. 4 ün sonuna bakınız). Buna mukabil bazı hallerde de Hanefî mezhebinin diğer üç mezhepten daha dar mahiyette olduğunu söyleyebiliriz; meselâ yukarıda 2 numaralı not'ta işaret ettiğimiz Riba mefhumunun tehlikeli bir şekilde genişletilmesi bunu ifade eder. Hakikatta dört Sünnî mezhep arasında mevcut umumî mahiyetteki farklar, yalnız bu mezheplerin teşekküllerinde takip edilen metod kıstaslarına göre tesbit edilebilir. Aynı şeyi dört mezhepten ayrı olan mezhepler hakkında da söylemek kabildir.

7 — . Mezhepler arasında münferit müsbet kaidelerin birbirinden ayrı olmasını intaç eden doktrinal sebepleri anlamak için, muhtelif mezheplerin kronolojik durumunu (yukarıda N. 6 daki sıraya göre) gözönünde bulundurmak ve Arapların Usulî Fıkıh (Fıkıhın temelleri) dedikleri prensipleri gözönüne almak lâzımdır.

Bu temeller aşağıdaki dört sistemde toplanmış olup, ilk üçü doğmatik mahiyettedir:

a) Kur'an; Muhammedin Allahtan aynen aldığına inandığı ilhamlar; yâni, kelimenin daha dar ve kat'î mânasında, Allahın kelâmı.

b) Sünnet yahut Muhammed'in tarz ve hareketi; buna Hâdis te denir, yâni Muhammed'in, söz veya fiilleri veya huzurunda cereyan eden sükûtuna taalluk eden dinî geleneklerdir.

c) İcmâi ümmet veya yalnız icmâ; bu, Kur'anda ve hâdislerde bulunmayan veya hal sureti açıkca gösterilmeyen meselelerde (muayyen bir devir ülemasının fikir birliğinde ifadesini bulan) müslüman cemaatinin anlaşmasıdır.

d) Kıyas; yukarıdaki üç kaynağın birinden çıkan kaidelerle analogik neticelere varmaktır. Hakikatta fıkıhın asıl kaynakları olan diğer üç

usul yanında yalnız bir istidlâl metodundan başka bir şey olmayan kıyas usulünü vazetmek suretiyle İslâm müçtehitelerinin böyle açık bir garabete düşmelerinin tarihî-doğmatik sebepleri ve bu usulün Hanefî mezhebinde kabulü bakımından konulan tahdidat hakkında “Kıyas” kelimesine bakınız.

a, b, c fıkralarındaki unsurlardan teşekkül eden fıkıh sistemlerinin kuruluşu bazı tereddüt ve şüpheler arz ediyordu. Kur’andaki bazı hükümlerin dağınık, müphem ve hattâ bazan mutezat olması ve aynı şekilde bir çok hâdislerin buna müşabih bir durum göstermesi (üstelik hâdisler için mevsuk olup olmamaları meselesi de vardı) birbirine aykırı düşen kaideler hakkında karar vermek veya mutezat metinleri birbirine uydurmak meselesi, mukaddes metinlerin açıkca kaldırmadığı İslâmdan önceki Arap örf ve âdet hukukunun kaidelerine verilecek geniş veya dar mâna, hâkimin şahsî takdirine bırakılacak saha; bütün bunlar mezhepten mezhebe ihtilâflar doğmasını mucip olan âmilleri teşkil ediyordu; o kadarki, gerek sonradan ortadan kalkmış olan, gerekse Hanefî ve Malikî mezheplerinin ilk kuruluş sıralarında, henüz hâdis külliyatı yazılmamış ve hattâ fıkıhın esaslarına müteallik metodoloji ilmi meydana gelmemişti; bu ilim ilk defa Şafî mezhebiyle ortaya çıktı ve daha sonraları Usulî Fıkıh ismi altında fevkalâde bir inkişaf kaydetti. İki ayrı mezhebin başları olan Ebu Hanîfe ve Malik, kronolojik bakımdan, diğer yaşayan mezhep kurucularına nazaran daha serbestçe hareket ettiler; Ebu Hanîfe, kendi kanatına göre daha iyi olan şeyi aramak suretiyle (istihzan denilen bu usul diğer mezheplerce ya hiç kabul edilmemiş veya dar şekilde nazara alınmıştır) kendi ferdi düşüncesine (rey) geniş bir yer vermiştir. Malikî de Rey’e muayyen bir yer vermiştir; fakat Medine şehrinin örf ve âdetine daha fazla ehemmiyet atfetmiş (Medine şehri Muhammedin bütün teşriî faaliyetini icra ettiği yerdir) ve fıkıhın bazı ahlâkî esaslarına aykırı düşen eski kaideleri kabul etmek için bir çok defalar istislâha yâni âmme menfaati mülâhazasına başvurmuştur.

Buna mukabil diğer iki sünî mezhep (Şafî ve Hanbelî), hâdislerin toplanması ve tetkiki çok ilerlemiş ve hukukî istidlâl metodu daha kuvvetlenmiş ve bunun ferdi ve keyfi bir düşünce mahiyetinde olmaktan çıkmış olduğu bir zamanda kuruldukları için, münferit kaidelerin izahı bakımından hâdislere geniş mikyasta müracaat etmişlerdir. Hanbelîler Kıyas’ın kullanılmasını çok azaltmışlar, hattâ bunların bir kısmı, Kıyasın meşruiyetini red etmişlerdir. Fakat hareket noktalarının ve metodlarının ayrı olması, neticelerin çok defa aynı olmasına mâni teşkil etmedi. O kadar ki, bir çok hallerde, yeni usule göre (ex novo) hususî kaideler

aramaktan ziyade, tatbikatta cereyan etmiş olan kaidelerin doğruluğunu isbat edecek yollara baş vurulmuştur. Hülâsa dört Sünnî mezhep arasında ihtilâflar devam etmiş ve bunlardan bir kısmı iktisadi hayat üzerinde ehemmiyetli akisler yapmıştır; meselâ Şüf'a hakkı, vakıf gelirleri, ağaçlandırma mukavelesi, Riba gibi.

Hukukçuların yapıcı faaliyetine, bir isim vermek maksadiyle, İçihat, yâni zihni "cehit,, denildi; fakat içtihat, tatbiki olmaktan ziyade nazari sebepler dolayısıyla, muhtelif derecelere ayrıldı. İçtihatların en büyüğüne mutlak içtihat denir. Bunlar bizzat mezhep kurucuların içtihatlarıdır. Filhakika bu kurucular kendi mezheplerini, Kuran ve Hadisleri doğrudan doğruya ve şahsi tefsirler yapmak suretiyle meydana getirmişlerdir. Sünnî doktrine göre, bu yüksek içtihat nev'i hicri takriben 300 senesinden (miladi 912-913) sonra şayanı kabul olamaz; zira bu "Babi içtihadın (mutlak) kapanması" tarihidir. Bu itibarla yeni mezheplerin kurulması artık kabul edilemez. 300 senesini takip eden ilk asırlar içinde yalnız "Mezhep dahilinde içtihat" a, yani mezhep kurucusunun kanaatını beyan etmediği bazı müşahhas hallere mahsus kaideleri bizzat onun prensiplerinden istihraç etmek iktidar ve selâhiyetine imkân verildi. Daha sonra bu içtihat derecesi de ortadan kalktı ve yerine yalnız "hukuk ulemasının içtihadı,, geçti; bundan maksat bir mezhebin meşhur hukukçuları tarafından evvelce izhar edilen ayrı ayrı fikirlerden hangisinin tercih ve kabul edilmesi lâzımgeldiğine hükmetmek takdir ve selâhiyetidir. Sünnîlerin ekserisinin iddiasına göre, bu üçüncü derece içtihat ta sonra ermiş olduğundan, buna uyarak hüküm vermiş olan hâkimlerin direktiflerinden ayrılmamak icap eder. Şafi ve malikî mezhebinden ancak pek ender hukukçular bu kaideden istisna edilmektedir. Bunlar arasında Muhammed İbni Ali Sunusî'yi zikredebiliriz. (Bu zat Sunusî kardeşlik mezhebinin kurucusu olup 1859 senesinde ölmüştür). Ayrıca İbn Teymiye'den (Hicri 708, milâdi 1328 de ölmüştür) itibaren Hanbelî mezhebinin salikleri diğer bir mezhep içtihadının da nazara alınabileceğini kabul ediyorlar; şu mânada ki, bir hâkim kendi mezhebiyle diğer bir mezhep arasında dinî merasime mütedair veya hukukî bir kaide hakkında bir ihtilâfla karşılaşır ta, tarafların kendi kaidelerinin doğruluğunu isbat hususunda kabul ettikleri hâdislerin tetkiki neticesinde, diğer mezhebin verdiği hal suretinin kendi mezhebinin gösterdiğinden daha iyi olduğuna kani olursa, diğer mezhebin hal suretini tercih edebilir.⁹

9) Vahabilerin kabul ettikleri bu prensibe istinat eden (Vahabilerin hepsi, yukarıda zikredilen İbn Teymiye'nin gösterdiği istikamete uyarak Hanbelî mezhebine saliktirler) Suudi Arabistan'ın şimdiki Kralı İbn Suud, Ağus-

8 — . Yukarıda 2, 5, 6 ve 7 numaralarda verilen izahattan anlaşılacağı üzere, Fıkıh, âmme makamlarından tamamen müstakil olarak teşekkül ve inkişaf etmiştir; gerek halifeler (halifeliğin devamı müddetince, müslümanların en yüksek hükümdarı) gerekse daha küçük hükümler, Ülemanın hazırladığı fıkıh karşısında bütün müminlerden farksızdı. Halifeler ve hükümdarlar şeriat kaidelerini sadece muhafaza ve tatbik etmekle mükelleftirler; yalnız fıkıhın, kendi mevzuuna dahil olduğunu kabul etmediği hususlar devlet makamlarına bırakılmıştır.

Hükümdar, fıkıh sahasında ancak vasıtalı bir şekilde âmme menfaati için kadınlara verebileceği talimatla müdahalede bulunabilir; meselâ kendi devleti dahilinde mahkemelerin yalnız muayyen bir mezhebe göre hüküm vermelerini tesbit eder (Osmanlı İmparatorluğu geçen asrın başlarında, Hanefi olmayan memleketlerde dahi bu mezhebi mecbur tuttu ve buna mukabil 1876 senesinde Kürtlerin Şafi mezhebine bağlanmalarına müsaade etti) veya kadınlara, ihtilâflı hususlarda, kendi mezheplerine göre hüküm vermesini emreder; hattâ kadınları muayyen bazı işlerle meşgul olmaktan meneder. Bu hususta tipik bir misal verelim: Bir müslümanın hakkının hiç bir veçhile zail olamayacağı prensibine istinat ederek, Hanefi mezhebi, Şafi ve Hanbeli mezhepleri gibi Malikî mezhebine aykırı olarak “ne iskatî ve ne de iktisabî müruru zamana veya tasarruf hakkına (Usucapione) yer vermiştir. Bundan doğan mahzurları bertaraf etmek için XVI ncı asrın sonlarında veya müteakip asrın başlarında Osmanlı Sultanlarından birinin verdiği bir emre göre (daha sonraları bütün imparatorlukta tatbik edilmiştir, halen Mısır’da tatbik edilmektedir), Kadılar, mutlak olarak, ve ilgili tarafın muhik görülme-yen sükûtu halinde, 15 yılın geçmesini takiben, hususi fertler arasındaki borç veya mülkiyet taleplerini dinlemeyeceklerdir; ancak dâvalının kendi haksızlığını kabul etmesi veya hükümdarın istisnai olarak dâvaya bakılmasını istemesi halleri bundan hariçtir. İşte doktrinde bulunmayan her iki nev’i zaman aşımı, böylece tatbiki hayata girmiş oldu¹⁰.

tos 1927 tarihinde kendi kadınlara bu mânada talimat verdiği gibi (kadınlara bu sahada oldukça malûmatlı olduğunu farzederek) henüz tahakkuk ettirilmemekle beraber, diğer üç mezhebin hâdislere daha uygun düşen kaidelerine göre bir muaddele Hanbelî Medenî Kanunu tasarılarının hazırlanmasını da düşünmektedir. Bütün bu noktalar için Oriente Moderno, (Roma), 1928, 31-38 e bakınız.

10) Hükümdarın, kadınlara selâhiyetlerini tahdit edebileceği prensibinin tatbikatından olan diğer bir misal de, Hanefi hukukunda bulunmamakla beraber Mısırda vâki olan ve evlenme mukavelesi yapabilmek için asgarî yaş haddinin tesbitidir (kadınlar için 16, erkekler için 18) ilh.

Modern zamanlarda hükümdarın, devrin şartlarına uyularak, fıkıhın muhik gördüğü bazı muameleleri menetmesi de zımnen kabul edilmiştir. Meselâ Avrupa devletlerinin tazyiki altında Akdeniz İslâm devletlerinde esaret ilga edildi (esaretin kaldırılması geçen asrın yarısından biraz evvel başlamıştır); daha yakın bir zamanda Avrupa kültürünün tesiri altında aynı devletlerde, kısas cezasının (fıkıh bunu, diyetle iktifa etmeyenlere bahşetmektedir) tatbiki kaldırıldı.

Esasen bir çok İslâm memleketlerinde İslâm hukukunun tatbikatı asırlardan beri gittikçe daralmıştır. Fıkıhın bazı kısımları artık tatbik edilemez hale gelmiştir; çünkü, İslâm memleketlerinin ekserisinde gerek dahili, gerekse harici münasebetlerde siyasi ve kültürel bakımdan derin değişiklikler meydana geldi. Meselâ İslâmiyetin ilk asırlarındaki büyük arazi fetihleri sona erince ve İslâm topraklarındaki gayri müslimler küçük bir ekalliyet haline gelince, şer'î vergi sistemi devletin ihtiyaçlarını karşılayamadı. Bu bakımdan devlet, XII' inci asrın sonundan itibaren yeni gelir kaynakları aramağa başladı; fakat fıkıh şarihleri ve din adamları bu yeni mükellefiyetlerden şiddetle şikâyet ettikleri için, her müslümanın dinî bir vazifesi olarak şeriatın emrettiği vergilerin tahsilinden çok defa vaz geçildi. Bunun gibi, şer'î ceza hukuku da, *ekser suçlar hakkında gerek kadılarına gerekse âmrne makamlarına inanılmaz derecede bir takdir hakkı tanıyordu*; halbuki bu takdir hakkı diyet, kısas ve had cezalarına müteallik ve Avrupadan alınan yeni fikirlerle telif edilemiyordu. Had cezaları Kur'anda bir kaç suç için tesbit edilmiş olup, bunların bir kısmı bugün bize daha ziyade müminin iç dünyasına veya vicdanına inhisar eden suçlar olarak gözükür. Şunu da ilâve edelim ki, İslâmiyette mevzuatın mühim bir kısmı hükümdarın selâhiyetleri dışında kalıp, devletten ayrı ülemanın Kur'an metinlerini ve hâdisleri tefsir etmelerine terkedilmiştir. Buna mukabil, bütün adliye teşkilâtı hükümdara veya onun tayin ettiği eyalet valilerine veya kadılarına verilmişti. Bundan dolayı, bir çok İslâm memleketlerinde (XV' inci asırdanberi Fas'ta olduğu gibi) çift kaza meydana geldi: birincisi hükümdar ve valilerin kaza hakkı; bu, bütün cezaî dâvalar ve derin hukukî bilgiye ihtiyaç göstermeyen hukuk dâvalarına taalluk ediyordu; ikincisi, tamamen şeriata taalluk edip kadılarına terkedilen diğer işlerdir; bu kaza hakkı; yerine ve valilerin arzusuna göre sık sık değişirdi. Kaza işleri Osmanlı İmparatorluğunda (Arap eyaletleri hariç) ilk defa 1864 senesinde başlayan ve 1879 senesinde kanuniyet kazanan Nizamiye mahkemeleri ile daha intizamlı bir hale sokuldu. Şer'î mahkemelere yâni kadılarına şahısların medenî haline, aile hukukuna, mirasa, vakıf ve diyete müteallik dâvalar verildi. 1875 senesinde Mısır da aynı tefriki yaparak muhtelit ve yerli halk mahkeme-

İlerini kurdu ve Şer'îye mahkemelerine, kaldırılmış olan diyet hariç, Osmanlı İmparatorluğundaki aynı selâhiyetler tanındı. Fakat bu sahada Türkiyeden daha ileri bir adım attı; zira Türkiyenin Nizamiye mahkemeleri Hanefî patrimuan hukukuna göre hüküm verirlerken, Mısırda yerli halk mahkemelerinde Fransız Medenî Kanunu esaslarına istinat ediliyordu. Tunus'ta Şer'îye mahkemeleri, aynı şekilde Vüzera mahkemelelerinden ayrılmıştı; fakat vüzera mahkemeleri 15 Aralık 1906 tarihli Borçlar ve Akitler Kanununu tatbik ediyordu. Bu kanun esas itibariyle İslâm hukukuna dayanmakta olup, İtalyan David Santillana tarafından hazırlanmıştı¹¹. Aynı şekilde Fas'ta Mahzen yâni hükûmet adliyesi, şer'î adliyeden ayrılır. Dünya harbi neticesinde Osmanlı İmparatorluğundan ayrılan ve Arabistana dahil olmayan memleketler, yani Suriye, Lübnan (müslümanlar için), Filistin, Ürdün ve İrak halen Türk adliye nizamına ve Hanefî patrimuan hukukuna bağlıdır. Tamamen bir Avrupa memleketinin hâkimiyeti altında bulunan bazı İslâm memleketlerinde, şahsın medenî haline (aile hukuku ve miras hukuku dahil) ve vakıflara ait hususlar, sırf İslâm hukukuna göre tanzim edilmiş ve (İngiltere Hindistanı hariç) kadılara terkedilmiştir. Bunun dışındaki hususlar, bazı İslâm müesseselerinin kabulündeki derece farklarıyla birlikte, hâkimiyet sahibi devletin kanunlarına tabidir¹². Yukarıda bahsedildiği üzere, Türkiye Cumhuriyeti, kendi din aleyhtarı siyaseti dolayısıyla İslâm hukukunu ilga etti ve bütün memlekete (1 Temmuz 1926 dan itibaren) İtalyan Ceza Kanununu ve (aynı yılın 1 Eylülünden itibaren) İsviçre Medenî Kanununu tatbik etti. Sovyet Rusya da İslâm hukukunun yerine Bolşevik mevzuatını koydu¹³.

11) Diğer bir deyişle, dine tamamen bağlı olan ve gayri müslimlere tatbik edilmeyen hususlar, kadılara bırakıldı.

12) Libya Adliye Nizamnamesinin (RD. 27 - VI - 1935, No: 2167) 210 uncu maddesinde şöyle denilmektedir: "Anavatan vatandaşları ve yabancılarla, Libya vatandaşları arasındaki muamelelerde, yalnız anavatan vatandaşı veya yabancıların muvafakati veya yerli hukuka ait ve bu hukukun şekillerine göre yapılmış muamelelerde, yerli kanun ve örf ve âdetlerin tatbiki mecburidir". 211 inci madde "Anavatan vatandaşları ve yabancılar Libya vatandaşlarıyla olan muamelelerinde, yerlilerin hukukunda gösterilen muamele şekilleri dışındaki akitler yapmakta serbesttirler". Bu hükümler 20.III.1913 tarih ve 289 sayılı Nizamnamenin adliyeye mütedair 72 ve 73 üncü maddelerinin ayndır.

İngiltere Hindistanında doğrudan doğruya hâkimiyet altında bulunan yerlerde kadı yoktur; fakat İngiliz - Hint mahkemeleri gerek medenî hal, gerekse hibe ve şüf'a hususlarında, Sünnilere Hanefî İslâm Hukukunu ve Şiilere, Caferî veya imami İslâm hukukunu tatbik etmektedirler.

13) Merkezî Rus Asyasında yani Türkistanda İslâm hukuku 9. IV. 1928 tarihinde ilga edildi.

Fıkıhın bugün tam tatbikat bulduğu münferit yerler (ceza hukuku dahil) Arap memleketleri ve Afganistandır; bu memleketler modern te-lâkkilere de en aykırı olan yerlerini teşkil ederler.

İslâm hukuku, mahallî veya umumî olsun, örf ve âdete, bizim kanunlarımızda tanınan aynı bir kıymeti vermektedir. Fakat şunu belirtmek icap eder ki, iptidai bazı kavimlerde (bedeviler, Somalılar, bir kısım Cezayirîler, Fasın bir çok Berberî kabileleri, Hollanda Hindistanın bir kısım yerlileri) İslâm makamlarının¹⁴ az çok zımnî rızasıyla, İslâm ka-idelerine aykırı düşen âdetler tatbik edilmektedir; meselâ kadınların mi-rasa dahil olmaması gibi.

Anayasalarında İslâmiyetin resmî din olduğu beyan edilmiş olma-sına rağmen İran (1906), Mısır (1923), İrak (1924) ve Suriye (1930) da, parlâmento esaslarına dayanan rejimlerin kurulması, hiç olmazsa nazari olarak, İslâm hukukuna ağır bir darbe olmuştur. Filhakika, gayri müslimlerin de dahil bulunduğu Parlâmento, hattâ şeriata muhalif olan kanunlar koymak selâhiyetini haizdir. Fakat şimdiye kadar bu Parlâmen-toların teşrii kuvveti ile İslâmiyet arasındaki münasebetler henüz ortaya konulmamış ve tatbikat sahasında da çatışmalar görülmemiştir¹⁵.

14) 16. V. 1930 tarihinde Fransız makamları Fas Sultanına bir Tahrir çıkarttılar; bu tahrir, Berberî örf ve âdetlerine dahil olduğu kabul edilen ka-bileler için mahallî örf ve âdet hukukunun tanındığını ilân etmek ve bu kabi-leler için örf ve âdet mahkemeleri denilen birinci derace hususî mahkeme-ler ve bunların üstünde örf ve âdet istinaf mahkemeleri kurmak gayesini gü-düyordu. Enzerine rastlanılmayan bu kararname İslâm dünyasında bir iskan-dal olmuş ve bizatihî Fasta karışıklıkları intaç etmiştir; Bak. Oriente Moder-no, 1930, p. 462 - 467; 1931 p. 42 - 43, 140, 143; 1932 p. 39, 41, 332; 1933 p. 336.

15) Makalede, İslâm hukuku hakkında geniş bir bibliyografya vardır. (M.N.).