

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ EDEBİYAT FAKÜLTESİ YAYINLARI  
PUBLICATIONS OF THE FACULTY OF LETTERS, ISTANBUL UNIVERSITY

İSLÂM TETKİKLERİ ENSTİTÜSÜ  
DERGİSİ

(REVIEW OF THE INSTITUTE OF ISLAMIC STUDIES)

Müdür — Editor  
Prof. M. Tayyib GÖKBİLGİN

CİLD—VOLUME : VI  
CÜZ — PARTS : 1 - 2  
1975

Edebiyat Fakültesi Basımevi  
İSTANBUL  
1975

## İslam Hukuku üzerine düşünceler ve Sava Paşa

A. Refik GÜR\*

«Avrupa ve Amerika'da mukayeseli hukuk bakımından önem verilen ve hukuk tarihimizin mihveri aslisi ve en sistemli unsuru olan ve hadisatı hukukiye bakımından hâkim, avukat vesair adâlet memurlarımızın ihtiyaç hissettikleri islam hukukuna Türkiye'de yer verilmemesi ve kültür bakımından Türk çocuklarına bu hukuku tanıtmaya çalışanların islam hukukunu mütemadiyen kötülerleri mi arzu ediliyor?» diye soran Prof. Dr. Şakir Berkî'nin bu yerinde tenkidine hak vermemek elden gelmiyor<sup>1</sup>. Halbuki, 1937 de toplanan La Haye konferansında İslam hukukunun nevi şahsına münhasır bir orijinalliğe sahip, müstakil ve binaenaleyh mukayeseli hukukta hususî bir mevkiî bulunan bir hukuk olduğuna karar verilmiştir<sup>2</sup>.

Geleneklere bağlılık kişileri ve toplumları ayakta tutan belli başlı bir etkidir. Hal böyle olduğu, Roma hukukuna gerektiğinden fazla yer ve önem verildiği halde İslam ve Osmanlı hukukundan söz açılmaması -büyük bir gaflet ve umursamazlık sevkile-mârifet ve dinamizm sayılmaktadır. Hukuk öğreniminde bunların her ikisinin öğretilmesine veya sadece tarihteki ve objedeki yerine dokunulmasına bile müsâmaha olunmaz; böylelikle öğrenilen ilim dalının tarih ve memleket realitesi yönünden gerekliliği savsaklanmakta, gayret göstermek isteyenler de baltalanmaktadır.

---

\* Refik Gür, «Mecelle» ile ilgili bir yayını olup (İstanbul 1951) hâkimlikten emekli olmasını müteakip «Osmanlı İmparatorluğunda Kadılık Müessesesi» konusundaki doktora tezini İstanbul Edebiyat Fakültesinde 1971 yılında başarı ile müdafaa etmiştir (Y.K.).

1 *Mukayeseli Hukuk ve Kanunları Tenkid İhtiyacı*, Prof. Dr. Şakir Berkî Ankara 1957.

2 Ali Himmet Berkî, *İslam Hukuku* (Diyanet İşleri Reisliği yayınları No. 37), Ankara 1955.

Biz bu yazımızda ele aldığımız ilmî teyid ve şahadetler ile İslam ve Osmanlı-Türk hukukunun mümtaz kriterlerini açıklamaya çalışacağız.

«Fıkıh meselelerini ilk evvel tanzim eden İmamı Âzam olduğu gibi fıkıh istilahlarını koyan da odur»<sup>3</sup>. Diğer üç büyük müctehit imâma gelince; İmam Mâlik dahi İmamı Âzam gibi kudreti fâtirenin nadiren yettirdiği islam büyüklerindedir. Hadîs ve fıkıh ilimlerini kişiliğinde derlemiş, Hicâzın muhaddis ve fakîhi mertebesini ihrâz etmiştir. Tedvin eylediği (*Muvatta'*) ilk hadîs kitabıdır ve fıkıh babları üzerine tertip olunmuştur<sup>4</sup>. İmâm Şâfi'î de fıkıh ve hadîsde kemal mertebesine ulaşmış, o sıralarda şöreti çok artan İmamı Mâlikten istifade etmek için yanına gitmiş, vefâtına kadar ondan feyz almıştır. İmam Şâfi'înin meşhur *Risâle*'sinden gayri yine fıkha dair *Kitâb'ül-Üm*, hadîs hakkında İmâm Şâfi'î'den fıkıh ve usûl öğrenmiş, Şâfi'î Mısır'a gidinceye kadar onunla ilmî temasını muhâfaza etmiştir<sup>5</sup>.

Dört sünni İmâma mensup fakîhler içtihatlarında dayandıkları şer'î deliller (meslekleri) bakımından ikiye ayrılırlar. I - Hicâz veya hadîs fukahası, II - Irak veya re'y ve kıyâs fukahası. Hadîs veya Hicâz fıkıhı, Hicâz bilginlerinin mesleği olan fıkıh, Irak veya rey ve kıyas fıkıhı ise Irak bilginlerinin fıkıhıdır. Adlarından da kolayca anlaşılacağı üzere, birincisi Hicâzdan, diğeri Iraktan yayılmıştır. Birinciye uyanlara hadîs ehli, diğere re'y ehli demişlerdir<sup>6</sup>.

Her insan zimmetle muttasıftır. Hayvanda ne zimmet ne de hakka ve vazifeye ehliyet vardır<sup>7</sup>. İmam Âzamın yaşadığı sürece en büyük hizmeti, kelimelerin hüküm ve nüfuzundan kurtulmuş bir hukuk nehci tanıtmış olmasıdır. Bu büyük mectehidin teşriî eserini, Şarlmanın emirlerini kanun yerine geçirdiği devirde ikmal ettiği nazara alınır, kendisinin Şarlmandan ne derece üstün bir şahsiyeti bulunduğu kendiliğinden tebeyyün eder<sup>8</sup>.

Hicretin üçüncü yüzyılına kadar toplum içinde (ehli sünnet ve vel-cemâ'a) esaslarına göre müstakil olarak Kur'anı Kerimin anlayış ve tatbikine tevessül edilmişken, bu yoldaki mesâi şahsî gayretlerin de sar-

3 *A.g.e.*, s. 21.

4 *A.g.e.*, s. 23.

5 *A.g.e.*, s. 31.

6 *İslam Hukuku*, Sabri Şakir Ansay, s. 28, 29.

7 Ali Himmet Berki, *İslam Hukuku*, s. 57.

8 Sava Paşa, *İslam Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüd*, Diyanet İşleri Reisliği yayınlarından, No. 43, Ankara 1955, C. I, s. 89.

fını gerektirdiği halde, içtihadın bu dört imamdan gayrisine gerekmediği düşüncesiyle kapısı kapatılmış, ancak bu sûretle peygamberimizin maksûdu bulunan islâmî düşüncenin sonraki nesiller tarafından anlaşılabilceği sanılmıştı. Bu düşünce ise, zamanımızda ulusların artan kültür ve bilgilerle donatılması karşısında bir gerileme teşkil etmiştir.

Zîra Kur'an zamanla sınırlandırılmıyacak surette bir dinî mecelle olup daima ezeli hakikati yüceltmıştır. Şu halde o, bütün yetişmiş nesiller tarafından doğrudan doğruya incelenmek, anlaşılacak ve uygulanmak murad eder. Kıymetli islam düşünürlerinden şeyh Muhammed Abduduh (19. yüzyıl) bu hususta güzel bir düstur vazetmiştir : «Kur'anın hakkile anlaşılması, cihanın hakkile anlaşılmasına bağlıdır». Bütün mesele, mânevi dâvanın esası, ideolojik ve kültürel aşamaların İslam dünyasının evvelinde olduğu gibi şimdi de doğrudan doğruya Kur'anın ruhuna sadık kalınarak içtihat kapısının yeniden açıldığını kabûle mütevakıftır.

Zamanın geliştirdiği ve gerektirdiği şartlara uygun bir surette hukuk ibdânının ve ahlâkın bir çıkış yolu bulması, böylelikle başlangıçdaki dinamizmini yeniden kazanması lâzımdır. Bu ameliye îmanın gerçekliğini ihlâl etmeksizin, zamanın bütün ilerlemelerine ve müesseselerinin derinliğine nüfuz edecek surette, İslâmî düşüncenin yeni hayatı uyandırması neticesini doğurur<sup>9</sup>.

\*\*

«İslama Giriş» adlı eserinin İngilizce nüshasının 98 nci sayfasında M. Hamidullah. «İmam Şafî'ye gelinceye kadar hukukta kodifikasyona gidilmemişti. «Risâle» adıyla Usûl'ul-fıkıh adı altında hukuk felsefesini de araştırır surette, hukukun tanzim edici esaslarını ve prensiplerini tatbikî şekilde kanun ibareleri halinde ve üçe ayrılmış olarak tedvin etmişti». «İslam hukuku metodolojisi» adlı makalesinde de aynı müellif, bu çığıri İmam Şâfi'nin açmış bulunduğunu tekid ederek, Ebû Hanîfe'nin de kendi mezhebine uygun bir fıkıh kitabı yazmış olduğununun rivâyet edildiğini, fakat zamanımıza yetişmediğini bildirmekte, herhalde Şâfi'nin Risâle'si hukukun cihansümül tarihinde bir devre teşkil etmektedir» demektedir<sup>10-14</sup>. Hukukun menşei ve inkişafı bahsinde M. Hami-

9 İsmail Balıç, *Konfrontation Der Islam und das Abendland*, Wien 1970.

10-14 Hamidullah, *Introduction to Islam*, Paris 1957. Aynı müellifin eseri 1965 de (İslama giriş) İstanbul'da türkçe olarak basılmıştır. Aynı müellifin «Hukuk ilmine İslamın Yardımları» adlı makaleler derlemesi, Salih Tuğ tarafından türkçeye tercüme ile neşredilmiştir (İstanbul 1962).

dullah, Sasanîler ve Bizanslılar Arap yarımadasının belirli yerlerinde koloniler ve himâye idareleri kurmuşlardı, bundan başka doğu Arabistan-da kurulan panayırlara Hindden, Çinden tacirler geldiği gibi, Yemenin de İslam öncesi âdetlerinin buralarda evveldenberi tesirleri olduğunu bildirmektedir<sup>15</sup>.

Hz. Peygamberden sonra ilahî vahyin tesiri altında hukuk tanzîmi, eski örf ve âdetlerin intibak ettirilmesi suretinde pratik bir mahiyet göstermiştir. Tıpkı Hz. Peygamber zamanındaki gibi önem verilerek düzenlenmiş ve hukuk otoriteleri tarafından hukukun inkişafı böylece başarılmıştı<sup>16</sup>.

Hazreti Peygamberin vefatlarından 50 yıl sonra müslümanların üç kıtaya, Asya, Afrika ve Avrupada Endülüs ülkesine hükmetmeye başladıkları görülmüştür. Halife Hazreti Ömer, Sasanîlerin tesirleri altında kalmış, Irak ve İrandaki vâlilerine, buralardaki eski malî kanunların yürürlükte kalmalarını emretmiş, Bizans âdetlerinin etkisinde kalan Suriye ve Mısırda da mahalli hukuk dairesinde faaliyet gösterecek olan kadılar göndermişti. Hicretin ilk yüzüncü yılı, böylelikle adaptasyon tecrid ve yenileme faaliyetleri devresi idi. Papiruslarda keşfedilen esaslardan Mısırın idaresinde istifade olunmuştu. Hicretin ikinci yüzyılı başından itibaren de hukukçular tarafından özel surette meydana getirilmeye başlanmış mecellelere raslanmıştı. Hicretin 122 nci senesinde ölen Zeyd'ubn Ali Zeyn'el-âbidîn buna misal gösterilebilir. Kitabının adı *el-Mecmû' fi'l-fikh*'dir. İslam hukuku, zamanlara ve iklimlere göre de kendi adaptasyonunu başarmış, bugün bile dinamizmini kaybetmemiş, islam ülkelerinin hukukî inkişaflarını kollamıştır.

Hadîse müstenid olarak müslümanların sivil hayat ve hukuk yönetimini idare eden her mezhepde, müftiler bağlı oldukları mezhebin prensiplerine göre, hukukî sorunların hallini meydana getirmişlerdir ki, bunlar gerek hukukî ve kanunî gerekse dinî sorunlara ait olup, dinî hukuka uygunluk temin etmişlerdir<sup>17</sup>. Modern zamanlarda batının etkisiyle her ikisinin de bâzı alanlarda ayrılmış olmasına rağmen, İslamda Câmi ve Hükûmet birbirinden ayrılmamıştı. Bu sebeple Câmi ve Hükûmet birliği gereği olarak, her büyük İslam ilahiyatçısı aynı zamanda bir hukuk bilgini, ve her büyük hukukçu da işin mahiyeti icabı bir ilâhiyatçı idi. Bu

15 Hamidullah, *Introduction to Islam*. Paris 1957, s. 107.

16 *A.g.e.*, s. 107.

17 Sava Paşa, *İslam Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüd* (Diyanet İşleri reisliği yayınlarından, No. 43) Mütercimi Baha Ankan, iki cilt. Ankara 1955.

cümleden olarak meşhur İmam Gazâlî (ölümü H. 501 - M. 1111) bir ilâhiyatçı-filozof olduğu halde, İslam hukuku içtihatlarını teknik surette yazan bir hukukçu hüviyetini de taşıdı. Bir müftî her ikisini birden (dinî ve medenî kanuları kavrayan sorunları) dinî hukuk kaynağına göre fert ve toplum yaşantısı ile ilgili surette çözümlerdi; böyle bir hükme ise «fetvâ» denilirdi<sup>18</sup>. Gazâlî'nin «Bâtınî Mesleği»nin reddine dair meşhur fetvâsı böyle bir dinî-hukukî bütünlük teşkil etmişti.

Buna karşılık sadece hadîs bilenlerin çoğu hukuk ilminden mahrum idiler; bu itibarla bu ilim dalından hüküm çıkarma, tefsir ve tatbikat için kullanılan metoda sahip değildiler. İşin felsefî tarafı ile ilgilenen kimse, Hazreti Peygambere atfolunan : «Allah, 'Dehre küfretmeyiniz zira Dehr benim' diyor» hadîsini duyunca, bunu memnurlukla karşılıyor halbuki, aynı hadîs felsefî düşünceden mahrum kişinin dikkatini hiç çekmiyordu. Hukukî kaideleri Kur'an ve hadîsden ibaret başlıca iki kaynaktan çıkarabilmek için aynı zamanda tarih bilgisi de gerekli idi<sup>19</sup>. Şâfi'î'ye göre, usulî fıkıh sadece hukuk ilmi tâbirinden anladığımız şeyi ifade etmiyor, aynı zamanda hukukî kaide veya kanunların teşri, izah, tefsir, tatbik ve nesh prensiplerini de içine alıyordu<sup>20</sup>.

Şâfi'î, mu'tezile ile sünnet ehli ve hukukçular ve hadîs taraftarları arasında bir sentez yapabilen ilk kimse olmuş, buna karşılık daha sonraki yüzyıllar, Arap dilinin dinî olmıyan felsefe ile dinî ilimlerden ibaret, bu iki sahadaki felsefî eserlerle zenginleştiği devirler olmuştu. Bununla birlikte bu iki ayrı disiplini yeniden birbirile uzlaştırmak gerekiyordu. İbn Haldûn'un bildirdiğine göre Râzî ve Âmidî bu, işi yapmışlardı. İbn Haldûn, İmâm'ül-Haremeyn'in *Burhân*'ını, mutezileden Ebû Ali el-Cubbâ'î'nin *el-Umâd*'ı ile, Ebû'l-Hüseyn'ül-Basrînin *Mu'temed*'ini zikrettikten sonra şöyle söylüyor : Bütün bu eserler, müteakip iki büyük üstad tarafından yâni Râzî'nin *Mahsûl*'ünde ve Âmidî'nin *Kitâb'ul-Ahkâm*'ında temsil ve te'lif olunmuşlardı<sup>21</sup>.

\*

\*\*

Modern telakkîye göre «gençlerimize eski ile yeninin mukayeseli bir etüdünü yapmalarını teklif ediyorum : Böyle bir hareket bir gün, daha

18 A.g.e., s. 253-254.

19 M. Hamidullah, *Hukuk İlmine İslamın Mühim Yardımları*, (Salih Tuğ neşri) İstanbul 1962, s. 36.

20 A.g.e., s. 38.

21 A.g.e., s. 47.

önce kaydettiğimiz veçhile, Şâfiî ve Râzî'nin târzında yeni bir sentez yapmayı kolaylaştıracaktır. Bilinmiyen bir şeyin tenkidi daima ihtiyatsızca yapılan bir şeydir. Bu, Garp hukukunu bilmeyen İslam hukuku âlimlerimiz için olduğu kadar, usulül fıkha ve fıkha tamamen yabancı olan modern hukukçularımız için de mevzuu bahistir». «Gerçekten mazi ile istikbal arasında kurulması istenilen köprüyü ve cemiyetin selâmetini, böyle iki taraflı bir formasyona sahip nesil arasında aramalıdır<sup>22</sup>.

«İslam Hukukunun Kaynaklarına Dair Yeni Bir Tetkik» başlıklı etüdünden M. Hamidullah : «tezimizin özünü sözümün başında arz edeyim : İslam hukukunda kaynakların Kur'an, hadis, icmâ, kıyas tarzında mütad surette taksimi, öncülerin ilk tasnif denemelerinden başka şey değildi. Filhakika en müteassıp olanlar bile daima müslümanların hayatını muhtelif zaviyelerden tanzim eden kanunlar için, Şeriat'a tamamen uygun olmak üzere, takriben on diğer kaynak daha kabul etmişlerdir» (Aynı eser, s. 54). «Bunlar : 1 - Muâhedeler. 2 - Mahalli kanunların benimsenmesi. 3 - Hudut ve gümrük idarelerine ait hükümler. 4 - Mahalli hükümet talimatları. 5 - Mahalli örf ve âdetler. 6 - Tercihli örf ve âdet. 7 - Kabilî müsâmaha nazarile bakılan fakat aslında herkesin edinmiş olduğu kötü bir âdet mânasına Umûm'ul-Balâvâ nazariyesi (ehveni şerrin ihtiyarı bakımından), 8 - Faraziyeler (meselâ hak düşüren süreler gibi) aslında bir dâvayı sırf hakkın geç istenmiş olması dolayısıyla, sukût ettirmek imkânsızdır, bu tamamen batıya ait bir itiyâttir. 9 - Âdemden İsâ'ya kadar eski peygamberler tarafından getirilmiş, konulmuş kanunların, Kur'an veya Hazreti Muhammed'in sünneti ile ilga edilmiş olmadıkça, müslümanlar için de aynen yürürlükte olmaları. Bu husus Kur'anda açıkça belirtilir : Onbeş kadar eski Peygamber isimleri zikredildikten sonra Hazreti Peygambere hitaben : «Onları rehberlerin olarak takip et» (Kur'an 6/90). Fakat bu eski hakiki metinleri bulmak da bugün temamilik imkânsızdır; esasen islamiyetin şerefi nüzulü bu tağyirlerden ileri gelmiştir. Bunlar ancak Kur'anda veya hadîste zikrolunan eski ilahî kanunlara inhisar ettirilebilir. Meselâ, kısas hakkında böyledir : Musa Şeriatının bu kanunu, Kur'anda bu mahiyette zikredilmiştir; bu kanunun ilgâ edildiğine dair Kur'anda bir sarahat de mevcut değildir». (Aynı eser, s. 54-61).

«Dört ana menbâdan onaltı tâli menbâın istihraç edilmiş bulunduğunu hatırlatmak isterim» demekle, İslam hukuku nazariyatı üzerine bir

etüd müellifi Sava Paşa da bu görüşü teyid etmektedir<sup>23</sup>. Şurasını ısrarla ilâve etmek lâzımdır ki, aslı veya tâlî olsun bu menbaaların ianesile gerek bugün ve gerekse en uzak bir istikbalde dahi bilumum beşerî ihtirâlarla medeniyetin hertürlü nimetleri islamîleştirilmek suretile meşruiyet vasfını iktisâp edebilirler<sup>24</sup>.

\*

\*\*

Halife Hazreti Ömer Medine'de yedi fakihten yâni hukukçudan kurulu bir komite tâyin etmişti. Herkes, hattâ Medinenin başkadısı dahi fıkıh meselelerinden birinde müşkil ile karşılaştığı zaman bu komiteye danışırdı. Bu komite, İslamın ilk ve mümtaz fakihlerinin geleneklerine ve bilgilerine tevârüs etmişti<sup>25</sup>. Hazreti Peygamberin yüzbinlerce ashabından yalnız üçü hukuk mektebi (mezhebi) bıraktılar. İbn Mes'ûd, İbn Ömer ve Hazreti Ali. İbn Mes'ûd, Kûfede yerleşmiş idi. Ebû Hanîfe o mektebin yetiştirdiği bir büyük üstâd olmuştu. İbn Ömer'e gelince, o daha çok Hicâzda yaşadı<sup>26</sup>. Zamanımıza kadar gelen bir kaynak olarak islamda ilk tedvin ameliyesini başaran zat Zeyd'ubn Ali'dir. Hammad'ın talebesi olarak fıkıh sahasında yetişen Ebû Hanîfe, diğer adıyla Numan'ubn Sâbit, onun vefatı ile kürsüsüne oturdu. Tahsillerini bitiren talebeleri arasından kırkını seçti, bunlar içtihat derecesine varmışlardı; bunlardan islam hukukunun tedvinini istedi. Bu zevâtın isimleri tam olarak bilinmez, fakat bâzı meşhurları arasında İmam Ebû Yûsuf, Muhammed'uş-Şeybânî ve kadı Zufer vardı. Yine içlerinde Abdullah'ibn Mübârek, Fudayl İbni 'Ubâd, Dâvud'ubn Nusayr adlı kişiler vardı ki, zühd ve takvaları ile meşhurdular. Yine bunlar arasında Vekî' gibi Kur'an ve tefsir ilminde mütehassıs, Hafs gibi büyük bir muhaddis, ve Hasan'ubn Zeyyâd gibi büyük bir fakih vardı.

Teşkil olunan bu akademide Kur'anı Kerim tefsiri, hadis, mantık, lügat gibi ilimlerle iştigal edilmekle beraber, zamanın davaları kıymetlendirilir, hukuk tedvin olunurdu<sup>27</sup>. Çalışma tarzına göre, meseleyi evvelâ Ebû Hanîfe ortaya koyar, herkesin re'y'ini sorardı. Ele alınan sorun temamilen açıklık kazanıncaya kadar münâkaşa olunurdu; sonra akademinin kâtibi olan Ebû Yûsuf metni açık bir surette kaleme alırdı. Bâ-

23 Sava Paşa, *İslam Hukuk Nazariyatı Üzerine Bir Etüd* (Paris 1892), Ankara 1955. C. I, s. 50.

24 *A.g.e.*, C. I, s. 50.

25 *A.g.e.*, C. I, s. 121.

26 *A.g.e.*, C. I, s. 122.

27 M. Hamidullah, *İslama Giriş* (Kemal Kuşçu tercümesi), İstanbul 1965, s. 116.



zan bir mesele hakkındaki münakaşanın bir ay devam ettiği olurdu. Bu akademide sırasile namazlar hakkındaki ilk kitap (*Kitab-ül-Arûs*), sonra temizlik (Tahâret), sonra oruç, hac ve zekât hükümlerini ihtiva eden (İbâdât), daha sonra sözleşme, alım-satım, şirket gibi konuları içine alan (Muâmelât) tedvin olundu. «Miras» ve «şarta muallak sözleşme» hakkındaki hükümlerin müellifinin Ebû Hanîfe olduğu söylenir; yine bu tarz çalışmalarla ele alınan yarım milyonluk kaziyenin Ebû Hanîfe tarafından kararlaştırıldığı ifade edilir. (Muvaffak II, s. 137).

Ebû Hanîfenin istinbatlarının seksenüç bine vardığı, bunlardan otuzsekiz bininin ibâdâta, geri kalanının da muâmelâta, yâni borçlar ve medeni, ticarî hükümlere müteallik bulunduğu söylenir. Toplantılara Kur'an okunarak başlanır, tahsilde bulunan talebelerle halk münakaşalara kabul edilmezdi. Sözü edilen kırk üyeli meclisten gayri, on üyesi bulunan daha küçük bir teknik komite de vardı. Bu komitenin vazifesi redaksiyon, bapları, fasılları tertip ve tanzim etmektir.

Roma hukuku, şahıs, eşya, borçlar hukukuna ayrıldığı halde, Hanefî hukuk bundan farklı bir taksima uğratılarak, ibadet, muâmelât zevâcîr bölümlerine ayrıldı<sup>28</sup>.

Kur'an ve hadis kaynaklarından sonra, hukukî tercih sayılan «re'y» dinî otorite kaynağından sağlam hukukî temellere oturtulmuş şekilde tezahür etti. Çok sübjektif mahiyet taşıyan re'y merhalesinden sonra hukukçular, hukukun tatbiki ve hâkimiyeti babında genel sezgi mahiyetinde geniş tatbik çevresi bulan analogie'nin tatbiki mahiyetinde (kıyas)ı uyguladılar ki, Kur'an ve hadîse uygunluk aranmakla beraber, esneklik gözetilen bir durum hasıl eylemiştir<sup>29</sup>.

İlk zamanlarda Irak, Medine, Suriye gibi mahalli mahiyet taşıyan hukuk yapıları sonradan mezheplere dönüştü. Özellikle, şahıs ve aile hukukunda Şeriate uygunluk önemle takip olundu. Kamu haklarına gelince, o da diğer elde tutulan eşitlik ilkesinden kuvvet almış, dinî otorite menşei muhafaza ederek, yüzyılların akışına rağmen istikrarlı bir halde kalmıştır<sup>30</sup>.

Dört Büyük İmamdan sonra onların mezhepleri dairesinde hukukî meselelerde içtihatlarında bulunanların çalışmaları : 1 - Kur'an tefsiri, 2 -

28 M. Hamidullah, *Hukuk ilmine İslamın yardımı* (Salih Tuğ tercümesi), İstanbul 1962, s. 118-130.

29 Anderson, J.W.D., *Islamic Law in the Modern World*, London 1954, s. 13.

30 *A.g.e.*, s. 15-16.

hadislerin toplanması, 3 - Fetvâların derlenmesi, 4 - Hukuk nazariyelerine dair eserlerin tanzimi, 5 - Hukuk tatbikatına (fürû) dair eserlerin yazılmaları gibi beş kısma ayrılır.

İmâmı Âzam, hukukî mevzuatı : «insanın leh ve aleyhindeki hukuk ve vecibeleri bilmesidir» tarzında târif etmiştir<sup>31</sup>. Fıkıh geniş mânasile görüş, ayırdediş, anlayış mânasına gelir. Dört imam, hukuk çalışmalarını Milâdın 750 nci senesinden 809 uncu yılına kadar, yâni Ebû Cafer'il-Mansûr'un saltanatı başlangıcından Hârûn'ur-Resîd'in vefatı tarihine kadar ikmâl etmişlerdir.

İslâmın teşriî tanzîmatı nev'î şahsına münhasır bir yol takip ederek, meselelerin hallini teşkil eden içtihatlar formunda gözümlenmiştir. Bu tanzîmatın en başlıcaları (Corpus juris) İmâmı Âzam Ebû Hanîfe, İmâm Ebû Yûsuf, İmâm Muhammed, kadı Zufer olmak üzere, islam bilgileri tarafından câmilerde ele alınmış ve oralarda tamamlanmıştır. İslam Devleti tarafından, kanun vâzı durumunu alan müçtehitlere bahşolunan mutlak hürriyet ve serbestî hertürlü tereddüden âzade ve çok takdire değerdir<sup>32</sup>.

\*\*

### İslam ve Osmanlı hukukunun oluşumuna topluca bir bakış.

İmâmı Âzam, hukuk ilmine ahlâk ve felsefeyi de ithâl etmiştir. Metafizik olarak felsefe : 1 - İnsanla diğer mevcudât arasındaki münasebetleri araştırır, 2 - yine insanla Hâlikı arasındaki rabitaların nelerden ibaret bulunduğunu gösterir. Ahlâk ise gerek cemiyet içerisinde yaşayan fertler ve gerekse fertle cemiyet arasında bulunması gerekli ahenk ve nizamın neler olduğunu belirtir. Fertte vicdanı harekete getiren bu hassa dolayısıyla güzelliği (hüsn), çirkinlikten (Kubh) ayırmak mümkün olur.

Fıkıh geniş mânasile görüş, ayırdediş, tam anlayış anlamına gelir. Bu ilim dalının, insanı Dünyada fena hareketlerden korumaya, Âhirette de sevâba eriştirmeye yararlı bir ilim bulunduğu kabul edilmiş bir keyfiyettir. Güzel bir benzetme ile fıkıh insanı selâmete götüren emin bir

31 Sava Paşa, *İslam Hukuku Nazariyatı Üzerine Bir Etüd*, Ankara 1955, C. I, s. 123.

32 *A.g.e.*, C. I, s. 67.

yoldur ki, insanın bunun yararlılığını idrâk etmesi, Hakkın lutfü olarak tecelli eder. Nitekim Cenabı Hak kullarından kimi taltif etmek isterse ona fakihlik (hukuk bilginliği) rütbesini ihsan buyurur<sup>33</sup>. «Osmanlı Medeni Kanunu (Mecelle) İslam umumi kanununun mühim bir kısmını teşkil eder» diyen müellif (Sava Paşa), okudukları Mecelle maddelerinin köklerini, gerekçelerini öğrenmek istemiş ve zihnen meşgul olmaya başlamıştır. Bu husustaki düşüncesini, Paris Hukuk Fakültesi Müdürü, aynı zamanda Roma hukuku profesörü «münevver, gayyûr, hertürlü dinî mülâhazalardan (tarafgirlikten) beri» diye vasıflandırdığı M. Lepostel D'hollys'e açar. «Ancak Medenî hukukun kaynakları hakkında edinilecek geniş malûmat sayesinde ki, Muhammedî hukukun kıymeti hakkında sarîh bir bilgiye sahip olunabileceği» cevabını alır.

«Bunun üzerine bu hukukun kaynakları arasına girmek zaruretini duyduk; hocalarımızın yardım ve îânesile Mültekâ ve Dürer'i tetkik ettik. Böylelikle maddelere ilâve edilmiş bulunan şerhler vasıtasile bu maddelerin kabulü sebeplerini ve bizi hayrete sevkeden ihtilaf kaynakları hakkında malûmat edindik» demektedir<sup>34</sup>. Mevzûatın nazariye kısmı (usûl), müslüman hukukunda, matematikte cebirin işgâl ettiği mevkiin yerini tutmaktadır. Arzın üç kıt'asında birbirini takip etmiş olan islam medeniyeti, kanunî mevzuatın bu kısmına büyük bir ehemmiyet atfetmiş dâima hukuk tahsilinin bir anahtarı olarak göz önünde bulundurulmuştur. Bu işi tehammül etmiş hocalara daima ülema sınıfının, ilim unsurunun birer mümessili sıfatile bakılmıştır. Esasen Hazreti peygamber rûhânîlik diye ayrı bir sınıf kabul etmediği için, bilginlerin yalnız ders verme, içtihat tesis eyleme ve kaza icra etmek hakları mevcuttur. Özellikle Osmanlılar hukukun bu kısmında cidden iktidar arzemişlerdir. Molla Hüsrev bu mesai ve iddianın canlı bir şâhididir<sup>35</sup>.

İslam hukuk nazariyelerini kendi şahsî mesâisile Hukuk Medresesinde tesis ettiğini kaydeden müellif, «islamiyet, zuhurunun ilk anından itibaren yeni bir hukuk sistemi tesis etmek vazifesile mükellef bulunduğunu, yepyeni ve âlemsümûl bir cemiyeti idareye memur olduğunu ilân etmiş ve beşeriyeti kuracağı müesseselerle Dünya ve ukbâda saadete nâil etmek suretile idare edeceğini Allah adına va'deylemiş bulunmaktadır» demiştir<sup>36</sup>. «İslamiyetin âlemsümûl olan kanunu, vahye istinad eden hu-

33 Sava Paşa, *İslam Hukuku Nazariyatı Üzerine Bir Etüd*, Diyanet İşleri Reisliği yayınlarından, Ankara 1955 (Baha Arıkan tercümesi) C. I, s. 42.

34 *A.g.e.*, C. I, s. 17-18.

35 *A.g.e.*, s. 16.

36 *A.g.e.*, s. 7.

kukî bir mevzuat olup, tabiat kanunlarına da mutlak surette uygunluk göstermek suretile, bir kanunda zamanımızın muhtelif namlar altındaki mevzuâtını cem ve telifik eylemiştir. Fertlerin içtimâî münasebetlerini tesis hususunda yakınlarına karşı ifasına mecbur buldukları nakdi muaveneti, Hazreti Muhammed temâmile yeni bir şekilde çok pratik, binaenaleyh daha çok tesiri haiz bir surette emir buyurmakta ve zayıflara yardım kaidesine kanunî kıymetini vermektedir. Büyük bir kanun vazıı sıfatı ile «fakirlerin, zenginlerin servetinde hissesi vardır» kaidelerini tesis etmiş ancak bunların kendilerine ait bu hisseye bizzat el koymaları hususunu menetmiştir.

Zenginle fakir arasına Hükûmet kuvvetini koymak suretile, bu uzuv vasıtasile zenginden vergi şeklinde alınan hisseyi fakirlerin yardımına tahsis ederek, böylelikle hem zenginin hırs ve tamâna dizgin vurmuş, hem de aynı suretle fakirin hecûrlü vukubulacak gayrimeşru arzu ve teşebbüslerine, aşılması mümkün olmıyan bir sed çekmiştir<sup>37</sup>.

İslam hukuku tedrisatında sadece metin maddelerinin okutulması ile bir zamandır iktifâ edildiğinden yakınan müellif, «İslam hukuku mâbedinin kapısını açacak olan anahtar, hukuk nazariyatıdır»<sup>38</sup> demektedir.

«Osmanlılar en büyük kanun vâzularından birisi bulunan Sultan Süleymana sahip bulunmakla bihakkın iftihar edebilirler. Şarkta Kanunî garpte Muhteşem namile yadolunan Osmanlıların bu İmparatoru, hukuk tarihinde Jüstinyenin yaptığı işin aynini yapmış ve hukukun ihtiyaçlara ve zaman ile muhite intibakları hususundaki çalışmalara bizzat ri-yâset eylemiştir»<sup>39</sup>. «Jüstinyen hukuku, esasını hristiyan ahlakiyatının teşkil ettiği akli beşere müstenid bir eserdir. İmâm Âzâmın cem ve telifik ettiği hukuk ise, münhasıran ve münhasıran Allah'ın kelâmına ve Hazreti Peygamberin sünnetine istinad etmektedir»<sup>40</sup>.

Yeniden fetholunan memleketlerde bir mesele, o ülkenin islam olmıyan sekenesinin emvâli şahsiyelerine veya ruhani şahıslarına ait bulunduğu taktirde, fâtihterin ifa edecekleri vazife basitleşmiş olur». Bütün akideler islamiyette dinî bir mahiyeti haizdir. Binaenaleyh fâtihter vaziyetinde bulunan müslüman emîr, fertlerin bu mahiyetteki menâfiini temâmile dinî olarak telakki etmekle, kendi dinine karşı ademi riâyette

37 Sava Paşa, *İslam Hukuk Nazariyatı Üzerine Bir Etüd*, Diyanet İşleri Başkanlığı yayınlarından, Ankara 1955 (Baha Arıkan tercümesi) C. I, s. 8.

38 *A.g.e.*, C. I, s. 14.

39 *A.g.e.*, s. 9.

40 *A.g.e.*, s. 12.

bulunmuş olmaz. İslamiyet hudutlarının dahiline girmiş bulunan böyle bir ülkede kendi dinini muhafaza ederek cizye namile maruf vergiyi ita eden bir kimsenin dinine hürmet, esasen islamiyetin mesleği muhtazasıdır». Hazreti Ömer bunun bir misalini Kudüsde vermiş ve bu misal diğerleri tarafından, bilhassa Osmanlı Şehinşahı Fatih Sultan Mehmed tarafından İstanbulun fethi esnasında tâkip olunmuştur». Fakat, mesele fiil ve muamelelerin en büyük bir kısmını teşkil eden borçlar hukuku ile ceza hukuku sahasında böyle değildir. Onların bu alanda da kendi kanunlarına terk edilmeleri mümkün değildir. Böyle bir hareketin vukuu, hakimiyet hakkının esaslı bir kaidesini ihlal ile kalmaz, aynı zamanda fethedilmiş olan memleketlere yerleştirilmiş islam topluluğu ile, islamiyeti henüz kabule başlamış kimseleri de dinî mahiyet taşıyan, islamleştirilmemiş bir adâlete boyun eğmeye mecbur eder. Diğer taraftan fatihlere ait hukuk kaideleri, fetholunmuş bulunan memleketlerde cereyan eden muameleleri hallüfasla yeterli bulunmadığı taktirde (yani nass'ların konular), fâtihin adâlet icrâ edememesi ve binaenaleyh hâkimiyetine yeni girmiş cemiyeti kendi idare nizamı altına alamaması durumu hasıl olmuş bulunur. Böylelikle devletin ve İslam toplumunun menfaatleri tehlikeye düşeceği gibi, Allah'ın emirlerine karşı da itaatsizlik edilmiş olur. Bu hal karşısında İslam kanun koyucusu için böyle müşkil ve tehlikeli bir vaziyetten çıkmak hususunda, fethettiği memleketlerde karşılaştığı yeni sorunları, islam mevzuatı içine ithal etmek, o meseleleri *islamileştirmek*'den başka çıkar yol kalmamış bulunmakta idi. Bu suretle yeni yeni tesadüf edilen hukuk işlemlerini islamileştirmek cihetiyle kanunlara rapt keyfiyetine İslam hukukunda «teşri» denilir ki, anlamı, bir hükmü İslam kanununa tevfik etmek demektir.

İslam müçtehitleri Suriyenin zaptında ve Muâviye vak'asında İslam İmparatorluğunun tefrikaya düşmesi tarihine kadar, bu vazifeyi kemâlele ifa etmişlerdir. İlerde görüleceği üzere, kitap, sünnet, icmaı ümmet ve kıyası fukahâdan ibaret bulunan dört esaslı kaynak, müsadifi buldukları beşerî fiil ve muamelelerin kanunî vasıflarını tayin hususunda lüzumlu delilleri ihzara temamilere kâfi gelmiştir<sup>41</sup>.

Muâviye, yalnız Hulefayı Râsîdîn tarafından tatbik olunan islamî mevzuatın metrukiyeti dolayısıyla Allah'a karşı işlediği günahıan tehaşi etmemekle kalmamış, zamanın icabâtı diniyesi hususunda da fazla bir hassasiyet göstermemiştir. Gerek Halife Hârûn'ur-Reşîd ve gerekse Mansûr zamanlarındaki imanlı gerçek din adamları, kazâî kudretlerine

41 A.g.e., s. 56-57.

arzolunan beşeri fiillerin bütün dallarını tanzîme ve islamiyetin vahy ile kenetli hukuk kaidelerine tevfiika bihakkın muktedir olmuşlardır. Bu işe teşebbüs ve intaç kudretini hakikaten insan üstü bir varlık olan İmam Âzam Ebû Hanîfe göstermiştir<sup>42</sup>.

İslam hukukuna dair yazılan ilk eserler incelendiğinde, bu eserlerin cümlesinin, ikinci Abbâsî Halifesi Ebû Cafer el-Mansûr'un Hilâfeti zamanında, islam müçtehitlerinin teşriî mesâileri neticesi bulunduğu, yâni Yüce Peygamberin vefatlarını takip eden dört halifenin sonuncusundan doksan yıl sonra vücuda getirildiği görülür (*K.'ul-Mecmû'*). Bu tarihten önce bu kabilden eserlere tesadüf olunmayacağı gibi, Emeviye hanedanı zamanında islam hukukuna dair bir teşriî mesâinin izlerine de raslanamaz<sup>43</sup>.

«Bütün tesadüf ettiği yeni hâdiseleri temessül edebilmek kabiliyeti islam dininin en bâriz bir vasfıdır»<sup>44</sup>.

\*  
\*\*

İslamda ilim başlıca iki kategoriye ayrılmıştır : Müsbet ilimlere (Aklî ilimler) dinî ve dinle ilgili görülen ilimlere de (naklî ilimler) denilmiştir. Naklî ilimlerin bir diğeri adı da (vahya müstenit ilimler) dir. Naklî ilimler evvelâ iki bölüme ayrılmıştır : Bunlardan birincisi (Şer'î ilimler) diğeri (Lisanî ilimler). Şer'î ilimler de de ikiye ayrılır : (Ulûmu müstânbata-Kaynaklardan çıkarılan bilgiler), diğeri (ulûmu asliye) dir. Ulûmu müstânbata da ikiye bölünmüş, bir kolu (Hukuk bilgileri), öteki (itikad bilgisi) ulûmu itikadiye de, ikiye ayrılmış, biri (Sıfâtı ilahiyeye ait bilgiler) diğeri (zatı ilâhî'ye ait ilimler)e ayrılmıştır. Bunların her ikisi (İlmi kelâm)ı teşkil etmiştir. Hukuk ilmi «fıkıh» da ikiye bölünmüş (nazariyatı hukukiye «usûlü fıkıh») (tatbikatı hukukiye «fürûu fıkıh») Fürûu fıkıh da üçe ayrılmış (çeşitli mahiyet gösteren beşeri fiiller), (özel durum gösteren insanî fiiller), (Dinî ve sosyal durum arzeden beşerî fiiller). Muhtelif mahiyet gösteren beşeri fiiller (öşür) dalına, hususi mahiyet gösteren beşeri fiiller, başlıca iki bölüme, ölümlere ait dirilere ait bilgilere ayrılmış; ölümlere ait olanına (miras hukuku «ferâiz»), dirilere ait olan da (ceza hukuku «ukubât»), (muamelât, medeni hukuk, borçlar ve ticaret hukuku, usulî hukukiye, izdivaç hukuku)na bölünmüş,

42 Sava Paşa, *İslam Hukuku Nazariyatı Üzerine Bir Etüd*, Ankara 1955, C. I, s. 58.

43 *A.g.e.*, C. I, s. 58.

44 *A.g.e.*, s. 68.

dinî ve sosyal mahiyet gösteren beşeri fiiller de (namaz, oruç, zekât, cihad, hac) bölümlerine ayrılmış, ulumü şer'iyenin evvelâ, ayrıldığı iki ana koldan (aslı ilimler) kategorisine ait kısım da, (Hadîs ilmi), (Kur'an ilmi) diye ikiye bölünmüş, Kur'an bilgisi de (tefsiri Kur'an, kıraati Kur'an) bölümlerine, ayrılmıştır<sup>45</sup>.

İmamı Âzamın Kur'an ve sünnetten çıkardığı nazariyeye göre başlıca dört nevi mevcut kabul edilmektedir ki, bunlar hukukî ve dinî mevzuatça esas olarak nazara alınmış bulunmaktadır. Bu dört çeşit mevcut, madde, ferd eczasının belli başlı muhassılası sayılmaktadır. Kezalik insan varlığının maddî ve mânevî mevcudiyetile uzviyete dahil bulunan hayvanî hayatın tezahürü de bu dört kategoriye dahil bulunmaktadır. Bu dört nevi mevcut şunlardır : 1 - Cisimler, 2 - Akıl, 3 - Hayvanî ruh, 4 - Beş hassa. İmam Âzam «mavcud»u, insanın beş hassası vasıtasile, mâzi hal ve istikbalde idrâk etmesini (herşeye müstaîd) diye târif etmiştir. Arap hukuk dilindeki mevcut, her ne suretle olursa olsun varlık gösteren herşey mevcuttur. Maddî, mânevî olabileceği gibi, canlı, cansız da olabilir.

Şahsın mesuliyetini gerektiren, sözleşmeye değer veren akıldır. Temamîyet üzere bulunması şarttır. Bu beş his kanun nazarında ancak (kelam) söz ile kıymet kazanmaktadır. Bunun içindé şu şartların mevcudiyeti lâzımdır : Söz'ün 1 - Serbest irade ve rızaya müstenit bulunması, 2 - Lisanda izafe edilmiş anlamı taşıması, 3 - Düşünce ve iradeye içtenlikle delalet etmesi, 4 - Sözün inşa edici olması, 5 - İfaya dair olması, 6 - Nisbet ve uygunluk bulunması, 7 - Tesirinde sınırlılık bulunması.

Ebû Hanîfe bu dört mevcut özerinde tesiri bulunan 22 türlü tâli mevcud'un da bulunduğunu kabul etmektedir :

1 - Kevn : Yaratılış, mevcudun belirli bir yerde bulunması anlamına alınmalıdır. Değilse muayyen olmıyan yer ve mekân ancak Allah'a mahsustur. (akıl) ve (hayat) insan uzviyetinde belirli bir yere sahip değil gibi görünürse de, tezahürleri yönünden yine belirli bir sahadadırlar ve kendilerine mahsus uzviyet vasıtasile fonksiyonlarını yürütürler, 2 - Sükûn, La stabilité, 3 - Hareket (yer değiştirme), La mouvement, 4 - Renkler, Les couleurs, 5 - sesler, Les sons, 6 - tadlar, Les goûts, 7 - kokular, Les odeurs, 8 - güvenlik, L'appui, 9 - hararet, la chaleur, 10 - soğukluk, la froid, 11 - Rutubet, l'humidité, 12 - Kuruluk, la secheresse, 13 - telif, l'accord, 14 - Hayat, la vie, 15 - elem, la douleur, 16 - Kudret la puissance,

17 - irade, la volonté, 18 - kerahat, la repugnance, 19 - şehvet, le desir sexuel, 20 - nefret, l'aversion, 21 - İtikad, la conviction, 22 - zan, l'avis. Bu saydıklarımız bizatihi tezahürler göstermeyip, 4 nevi mevcud'un vücudu ile hüviyet arzedebilirler. İmamı Âzam, dört evvelkine derece yahut cevher, sonrakilere âraz demiştir<sup>46</sup>.

\*  
\*\*

*Zimmet ve ehliyet* : İnsanın ifâya mecbur olduğu vazifelerin tümü, doğan, büyüyen ve gitgide azalmak suretile, kendisile nihayet bulan bir «vecibei zimmet» teşkil eder. Kesinleşmiş mânasile hukukî bir tâbir olarak insanın Dünya hayatında ömrü devamınca vecibelerini ifa ve hukukuna sahip olabilmek iktidarı denilmektedir. Bu iktidara sahip kimseye «ehli zimmet» tâbir olunur<sup>47</sup>. İnsanın kanunî yetkisi, kanun koyucu tarafından insanlara emrolunan hususların tümüdür. İslam hukukunda bu devreye «ehliyeti vücup ve istihkak», haklara bilkuvve sahip olmak, bilfiil edaya da «ehliyet» denilmiştir. İkinci devre bülûğ, kanunî ehliyet devresine de rüşd denilmektedir. İmamı Âzam kavline göre 25 yaşır. Umumiyetle 22 yaş kabul edilmektedir. Kanunî ehliyet de dört unsurdan mürekkeptir. 1. Hukuka ehliyet, 2. Hukuka mâlikiyet, 3. Hukuku kullanmada hürriyet, 4. İsmet (hakların kanun tarafından himaye ve tekeffülü). Ehliyetin neticeleri : 1. Kanun koyucunun muhtelif vecibeler yükliyerek insanı, bunlarla ilzam etmesi, insanın da bu vecibeleri iltizam edebilmesi, 2. İnsanın kendisine bahşolunan haklara serbestçe tasarruf edebilmesi (salahiyet), 3. İnsanın fiillerinden doğma sorumluluğa katlanması, 4. Kanun koyucunun insan fiillerini kanunlaştırması ve bunları hüsn (güzel), kubh (çirkin) tasnifine tâbi tutması.

*Ehliyetin muhtelif dereceleri de şöylece vukubulmaktadır :*

1. Hakların tasarrufu için salahiyet sahibi olmak, 2. Haklara bilfiil malikiyet, 3. Vecibeleri ifaya ehliyet (ehliyeti vücup), 4. Hak ve vecibeleri ifaya tam ve kâmil surette ehliyet (muhtâriyet).

*Kanunî ehliyetin muhtelif derecelerde tezahürüne sebep olan insan hayatı* : Devirlere, yaşlara ayrılmış bulunmaktadır : 1. Cenin hayatı, 2. Doğumdan başlayarak bülûğa kadar devam eden çocukluk yaşantısı (sinni sabâvet, 1-15 yaş), 3. Bülûğ çağı (sinni bülûğ, 15-22 yaş), 4. Rüşd

46 Sava Paşa, *İslam Hukuk Nazariyatı Üzerine Bir Etüd*. C. I, s. 131-162.

47 *A.g.e.*, C. I, s. 161.



devri, (sinni rüşd, 22-70 yaş), 5. Bunama çağı (sinni ateh), her şahsın hayat şartlarına ve tezahürlerine göre değişmektedir.

*Kanunî ehliyet noktasından insanlar diğer bir tasnife de tâbi tutulmaktadır* : 1. Kanunî ehliyetlerini tam ve kâmil surette kullananlar, (Zimmeti kâmile ashâbı), 2. Kanunî ehliyetlerini kısıtlı kullananlar (Zimmeti nakısa ashâbı).

*Kanunda mevcut hükümler ve bu hükümler dolayısıyla haiz oldukları vasıflar bakımından insan fiilleri* : 1. İcrası emr veya menolunan fiiller, 2. Yapılması tavsiyeye şayan olan fiiller, 3. Yapılmaları veya yapılmamaları tamamen serbest bırakılan fiiller. İnsan fiillerini tavsif eden hükümlerin esası, hüsn ve kubuhdan ibâret bulunmaktadır. Bütün eşyanın kullanılması, daima o ferdin o şey'i kullanma tarzına göre yâ hüsn- (güzel) veya kubuh- (çirkin) şeklinde hukukî bir durum gösterir<sup>48</sup>. Dünyada umumî tasvip, Ahiret için savap kazandıran fiil hüsn kategorisine dahildir (ma'rûf). Bu bakımdan fiiller de (hasen bizatihi) fiilin hüviyetinde meknuz, yahut dış sebeplerin inzimamile güzelleşen (hasen ligayrihi) derecelerine ayrılırlar<sup>49</sup>.

Hukukî anlamda çirkin olan keyfiyet de dünyada umumî efkârın tasvip etmediği, Ahirette de cezayı gerektirecek fiildir (münker). Bunlar da doğrudan doğruya çirkin, yahut dış tesirlerle çirkin sınıflarına ayrılırlar.

İnsanın vecibeleri de iki kısımdır : 1. Hâlika (yaradan)a karşı vecibeleri, 2. Hemcinslerine (diğer insanlara) karşı vecibeleri.

İslam hukukunun taksim ve teşkilini gösteren hususlara (Meşruat) denilmektedir. Anlamı, kanunu vücuda getiren kısımlar demektir.

İslam kanununu vücuda getiren teşkil edici kısımlar beştir :

- 1 — İtikadât (Les Croyances)
- 2 — İbadât (Les Pratiques religieuses)
- 3 — Muamelât (Les Transactions)
- 4 — Ukubât (Les Actions Punissables)
- 5 — Keffâret (Les Expiations).

48 A.g.e., s. 207.

49 A.g.e., s. 208.

### İslam Hukuku metodolojisi hakkında bir inceleme.

*İslam hukuk felsefesinin hareket noktası :*

Jüstinyen, Beyrut'ta, Dorothée gibi meşhurların tedrisat ifa eylemeleri dolayısıyla şöhret kazanmış bir hukuk mektebi açmıştı. Bu tarihte Hristiyanlık âleminde hüküm süren felsefî düşünceler, Eflâtun felsefesi ile bâzı sofi fikirlerin karışımı Neoplatonicien (Yeni Eflatunculuk) olan bir felsefeye dayanmakta idi. İran taraflarından gelmiş bulunan müslümanların felsefî akîdeleri ise, geldikleri yerde Büyük İskenderin oraları istilâ çevresine aldığı tarihtenberi yayılmış olan, Aristo'nun tabiat üstü felsefesi idi. İşte İslam hukuku tanzimatına bu felsefe esas alınmak isteniliyordu. Bu çağ düşünürlerini âzamî derecede ilgilendiren ve ilim adamlarını ikiye ayıran başlıca akîde, kaza ve kader (prédestination) ile iradei cüz'iyeye (libre arbitre) sorunları idi<sup>50-51</sup>.

İslamiyet için yeni bir çığır açılmıştı, islamî mevzuat Hazreti Peygamberin istediği gibi re'ylere mürâcaat suretile zamanın seviyesine ulaştırılacaktı. Hukukî esaslar ve kanun maddeleri, başka bir deyimle usûl ve hukukî içtihatlar her üç sistem taraftarlarının (Muhafazakârlar, Mütezile ve Aristo felsefesini takip edenler) ileri gelenleri tarafından herkesin gözleri önünde ve hükümdarın huzurunda münakaşa edilerek lüzumlu cihetlere tevcih edilmiş olacaktı. Bu açık oturumların yapılabacağı yerler Câmilerdi. Yabancı ilim adamları Aristo ve Zenon felsefesini izliyen kimselerdi. Müdafaa ettikleri hususların en başlıcası hâdiselerin vücuda gelmesinde kaza ve kaderin asla tesiri bulunmayıp, mevcudatın haiz bulunduğu kuvvet ve kudret neticesi olduğu yolundaki fikirleri idi. Cemiyetin mühim bir kısmı tarafından benimsenen bu nazariye yüksek mevkide bulunanlar indinde bu mektebi teveccühe mazhar kılmakdaydı. Hâdiselerin müstakil «müstakillun bizatihi» bulunduğunu kabul etmeleri dolayısıyla bu mektep müntesiplerine (Dehrî = Evénemeniste) denilmekteydi. Bunlara göre, bütün hâdiseler gibi, içtimâî hâdiseler de herhangi yüksek bir irâdenin müdâhalesine ihtiyaç hissetmeden, mevcudatın bizatihi haiz bulunduğu kuvvet ve kudret sayesinde husûl bulmaktaydı. Bu mektep mensuplarından biri Halîfeden umumî bir münakaşa açılmasını rica ederek, bu münâkaşada muhafazakâr mektep mensuplarının bilgisizliğini meydana koyacağını bildirmesi üzerine, bu müsaade kendisi-

ne verildi. Muhafazakâr mektep müntesipleri Bağdatta mesâilerini îfa ediyor ve Hammâd'ın (İmamı Âzâmın hocası ve tâbiinden) riyaseti altında tedrisata devam ediyorlardı. Hammâd, ertesi günü Câmide, Dehrî ile münakaşaya girişeceğinden haberdâr edildi. Mâzereti bulunan Hammâd, en iyi talebesi Nu'mân tarafından temsil edilecekti. Nu'mân hocasının ümidini boşa çıkarmadı. Biz burada Nu'mân'ın muhasımı tarafından irad olunan birçok sorulardan yalnız ikisini ve verilen cevapları zikretmekle iktifa edeceğiz ki, bu iki soru, zamanının fikir cereyanlarını canlandırmak ve İslam toplum hareketinin üzerinde önemli tesirler icra ederek bu münakaşalar hakkında bir fikir vermek bakımından ehemmiyeti haiz bulunmaktadır :

Dehrî ilk sual olarak, muhafazakâr mektep temsilcisine Kur'anın ebediyetine inanıp inanmadığını sordu. Nu'mân bilmukabele, Kur'an sözü ile neyi kasdetmekte bulunduğunu, kasdinin Kelâmullah üzerine yazılmış bulunan sahifeler mi, Yoksa, yazıların yazıldığı mürekkebe mi olduğunu sorarak, Cibrîlin Hazreti Peygambere tebliğ ettiği Kelâmullah'tan mı veya Kur'anın iradei ilâhiyede meknûz bulunan umumî mânasından mı bahsetmek istediğini açıklamasını istedi. Dehrînin muzdar vaziyeti karşısında, Nu'mân sözlerine devamla : Maksud elde bulunan ve birtakım sayfalardan mürekkebe bir *kitâp* ise, bunun başlangıcı mevcut bir mahlûk olduğunu, Cibrîlin Hazreti Peygambere tebliğ eylediği *Allah Kelâmı* ise, keza bunun da tebliğ eden Cebrâil misillü halkedilmiş, yâni hâdis olduğunu, Kur'anın ilahî iradede meknûz bulunan umumî mânası kasdedildiği taktirde, bunun kadîm ve bizzat Cenabı Hak gibi ebedî olduğu cevabını verdi. Bu kesin, açık ve islam akidesine temâmile uygun bulunan cevap, dinliyenleri hayret ve takdire garkederek havayı Nu'mân lehine değiştirdi. Dehrî ikinci bir sual olarak, Allahın, kâinatta mevcut makaamının neresi olduğunu tâyin edip edemeyeceğini sordu. Ancak âvâmın sorabileceği böyle bir suâle Nu'mân, aynı şekilde cevap vereceği yerde, soruyu ciddî surette telâkki ederek, isbatı vücudu isbata girişti. Dehriye, vücudu beşeri bilip bilmediğini, bildiği taktirde bu uzviyetin hayat merkezinin neresi olduğunu gösterip gösteremeyeceğini ve hayat merkezinin uzviyet dışında bulunduğunun kabulü halinde, bu merkezî hayata ne gibi bir vasita ile ıtıla peyda olunacağı sualini irad ederek, cevap beklemeden bir bardak süt getirtti. Sütü muhâsıma göstererek : «bu sütte yağ bulunduğu muhakkaktır, fakat bu yağ sütün neresinde bulunuyor» diye sordu. Dehrînin şaşırıp kalması üzerine dinleyicilere dönerek şunları söyledi : «Ele almış bulunduğum misalleri, Cenabı Hak içten temizliğime bağışlasın. İnce ve önemli bir meseleyi canlandırmak

suretile fikirlere arz etmek istedim. Süt de yağ da Allahın mahlûkudur, Hâlika benzetilemezler. İnsan ve ona hayat veren esas, tarafı ilahiden mahlûk bulunmakta ve hiçbir suretle Hâlika (yaratıcıya) kıyas edilememektedir. Allah, maddeden, mekândan münezzehe olduğu gibi, ne başlangıcı ne de sonu söz konusu değildir. O her yeredir, kâinat onun varlığıyla meşbûdur. Bütün mahlûkata hayat veren, o hayatı sürdüren yalnız ve yalnız O dur. Kaadiri mutlak, Âlimi kül, Rahîm ve Ğafûr'dur. Rahmet ve gufrânını niyaz edelim». Düşmüş olduğu müşkül durumdan kendini kurtarmak istiyen Dehrî, Nu'mâna bu kadar mükemmel surette tasvir ettiği Cenabı Hakkin şu anda ne ile meşgul olduğu سوالını sordu. Nu'mân: «Böyle bir soruya cevap verebilmek için daha yüksek bir makama oturmak gerekir» diyerek, Dehrîyi oturmakta olduğu yerden yani kürsüden indirmek suretile yerini işgâl ettikten sonra: «Şu anda Cenabı Hak îmansız ve müfsitleri aşağılatmakta, dürüst ve mümin olanları yükseltmektedir» karşılığını verdi. İstikbalin kendisine İmâmı Âzam payesini sakladığı Nu'mânın zaferi tam ve mükemmel surette vukûbulmuştu. Halife, zekâsının velûdiyetine, delilleri iradındaki meharetine, beyanının talâkatine o derece hayran oldu ki, yalnız kanun hükümlerini değil, aynı zamanda geniş ülkesinin refâhını temine yararlı idarî ve siyâsî tedbirleri de islamileştirmek gibi, cidden müşkül bir vazifeyi yerine getirebilecek şahsı, müşarûnileyhin şahsında bulmuş olduğuna kanaat getirdi<sup>52</sup>.

*Dört İmamın çalışmalarından sonra gelen hukukçular devrindeki mesâil*: 1. Kur'anın tefsiri, 2. Hadîslerin toplanması, 3. Fetvaların derlenmesi, 4. Hukuk nazariyelerine dair eserlerin yazılması, 5. Hukuk tatbikatına (Fürû) dair eserlerin tanzimi gibi beş kısımda incelenebilir<sup>53</sup>.

*Kur'an tefsiri*: Kur'an tefsirinde Mâtürîdî ile Zemahşerî'nin tefsirleri mühimdir.

*Hadîs*'de Sahih ünvanile, Buharî, Abdullah Muhammed bin İsmâ'îl, 7395 hadîs kaydetmiştir; 256 hicrî tarihinde ölmüştür.

Yine Sahih ünvanile, Nişaburlu Müslim İbn'ül-Haccâc'ül-Kureysî'nin telifi vardır ve 2775 hadîsi muhtevîdir; Hicrî 261 de vefat etmiştir.

Ebû Abdullah Muhammed et-Tirmizî, İbni Mâce, Nesâ'î, Ebû Dâvud bu konuda ileri gelenlerdir<sup>54</sup>.

*Teşrîh içtihatlar*: Sekizinci Hicret yüzyılıının ortalarına doğru, her

52 Sava Paşa, *İslam Hukuk Nazariyatı Üzerine Bir Etüd*, Ankara 1955. C. I, s. 73-75.

53 *A.g.e.*, C. I, s. 108.

54 *A.g.e.*, s. 109.

dört mezhebe mensup müçtehitlerin, teşriî içtihatlarla bir nihayet verilmesi hakkında mutabık kaldıkları sanılmaktadır. Bu ise içtihatları hareketsizliğe sevk etmek olurdu. Eğer böyle olsaydı bugün müftülerin müraعات etmekte buldukları altı fetvâ mecmuası, içtihat kapısının kapandığı zikrolunan tarihe öncelik eden hal şekillerinden ibaret bulunurdu. Halbuki, teşriî hareket, sekizinci yüzyılda olduğu gibi, onu takip eden yüzyıllar devamınca da aynı esas ve sistemler üzerinden devam edegelmiştir<sup>55</sup>.

*İçtihat kapısının kapanıp kapanmadığı*: İslam müçtehitlerine arz olunan bütün yeni meselelerin bir hal şekli bulması gerektir. Elverir ki, bu meseleleri halledebilecek liyakatte kimseler bulunsun. İslam düşüncesinde son bulduğu kabul edilen içtihat, temamilen başka anlama alınmalıdır. Bu husus yeni bir mevzu ihdasına, bilhassa beşinci bir mezhep kuruluşu için yeni bir usul konulmasına müteallik içtihadın son bulmuş olması demektir<sup>56</sup>. Bu cümleden olarak bir rivâyete göre, üçüncü Abdurrahman zamanında, İmam Gazâlinin bir rüyasından çıkan mânânın delaletile varılan sonuca nazaran, yeni bir teşriî usûlün vaz'ı Allahın emrile menedilmiştir. Menkıbenin çok kesin bir şekilde ifâde olunduğu diğer bir rivâyete göre de sekizinci hicrî yüzyılın kudretli bir müçtehidi bulunan ve 717 senesinde vefat eden, hukuk nazariyeleri üzerinde derin vükuf sahibi, Sadrüşşerîa ünvanını haiz Abdullah'ibn Mes'ûd'ül-Mahbûbî, beşinci bir mezheb îcadı fikrine kapılarak yeni bir sistem dahilinde, kaynaklardan hükümler çıkarmaya, böylelikle İslam içtihatlarında yeni baştan islâhat ve tanzîmat icrâsına tevessül eylemeyi düşünmüşse de, yine bir rüyası neticesinde bu teşebbüsten vazgeçmeye mecbur olmuştur; rüyasında, kendisini dört kapusu ve bu kapıların üzerinde dört penceresi bulunan gayet muntazam, dört köşe bir mâbetde gören Sadr'üşşerî'aya görünen Cebrâ'il, mâbedin âhenk ve nizamını bozmadan bir beşinci kapu ile pencereyi açıp, açamıyacağını sormuş Sadr'üşşerî'a buna kudreti yetmiyeceği cevabını verince, Cebrâ'il, kendisine düşündüğü adlî islâhatın tahakkuku halinde, İslamiyette mevcut ahengin de böylece bozulacağını, bu sebepten tasavvur ettiği teşebbüsten vazgeçmesini ihtâr eylemiştir. Tasavvurundan vazgeçen Sadr'üşşerî'a da o andan itibaren içtihat kapısının kapandığına hükmetmiştir<sup>57</sup>.

55 A.g.e., s. 110.

56 Sava Paşa, *İslam Hukuk Nazariyatı Üzerine Bir Etüd*. Ankara 1955. C. I, s. 144.

57 A.g.e., C. I, s. 111-112.

*İçtihat hareketlerinin devamlılığı* : Ancak müçtehitler, mevcut dört mezhepteki kaide ve usullerden arzuladıklarını kullanmakta temamilen serbestirler. Kısaca söylenmek istenirse, dört mezhepte mevcut kaide ve usullerle mesele halli hususunda içtihat kapısı daimî surette açıktır. Bu dört mezhepte mevcut usul ve kaideler dışında, usul ve kaide meydana getirmek, bir beşinci mezhep icad etmek, bu suretle hukuk ilminde ve içtihatla ihtilâl yapmak isteyenler için içtihat kapısı ebediyen kapalıdır<sup>58</sup>.

*İçtihadî hareketlerin kodifikasyonu* : Bu hususta birbirlerini tamamlamak üzere, islam hukuku içtihatlarını teşkil eden fetvâ mecmualarının başlıcaları şunlardır :

- 1 — Hicrî 365 de vefât eden Zeyn'üd-dîn İbrâhîm'ibni Nüceym'il-Mısırın «*Zeyniyye Külliyyatı*».
- 2 — H. 853 de ölen Bürhaneddin Kerhî'nin «*Feyziyye*»si.
- 3 — H. 1098 de vefat eden Şeyhül'islam Fâzıl Mehemmed'ibn Hüsni'nin «*Ankaravî Külliyyatı*».
- 4 — H. 1103 de ölen Şeyh'ül-islam Çatalcalı Ali efendinin «*Ali Efendi külliyyatı*». Bu eser bu kabilden olanların en meşhurlarındandır.
- 5 — H. 1157 de vefât eden Muhammed Fakihî'nin «*Behçet'ul-Fetvâ*»sı.
- 6 — Yaburî Evrenkşah'ın emrile vücuda getirilen «*Hindistan Külliyyatı*».

Bu külliyyatın hazırlanması için Miladî 1658-1707 tarihleri arasında çalışılmıştır<sup>59</sup>.

*İslam Hukuk nazariyelerine dair bâzı önemli eserler* :

İslam hukuku nazariyatına dair umumiyetle tanınmış olan eserler şunlardır :

- 1 — İmâm Muhammed'ubn Ahmed es-Serahsî'nin Meksûd adlı eseri. Bu zat H. 488 yılında vefât etmiştir.
- 2 — Fahr'ül-İslam ünvanile anılan Ali İbn Muhammed Pezdevî'nin

58 A.g.e., s. 115.

59 A.g.e., s. 115.

*Menâbi'ul-Hukuk*'udur bu eser, nazariyata dair yazılanların en muteberi olup, bilhassa mukaddime kısmı muazzam bir tarih ve felsefe âbidesi halindedir.

- 3 — İmâm Ebu Bekr el-Kâşanî'nin «*Es-sultan'ül-Mübin fi Usûl'üd-Dîn*» adlı eseri. Kâşanî'nin, zamanının usul ve fîruda en zeki bir müçtehidî olduğu söylenir. H. 857 de ölmüştür (Köprülü Kütüphanesinde elyazma bir nüshası vardır).

*Usûl'e müteallik eserler* : Pek çoktur. Bu hususa dair eserlerin ilki hemen hepsine kaynak teşkil etmiş bulunan ve İmamı Âzamin, İmam Muhammede imla ettirmiş olduğu eserdir ki, muhtevası, İmamı Âzam tarafından çözümlenen hukukî meselelerin zabıt ceridesi mahiyetindedir. «*Câmi'ül-Kebîr*» üvanını taşıyan bu eserin, daha küçüğü ve muhtasarı da vardır ki, «*Câmi'üs-Sağîr*» adını taşır.

İmam Serahsî'nin fîrua ait 30 ciltlik *Mebûsât* adlı eseri de meşhurdur. Bununla birlikte müçtehitler, *Mültekaa* diye anılan ve asıl adı «*Mültekaa Ebhûr*» (Denizlerin birleştiği yer) anlamına gelen eseri, kanunların tedvini hususunda esas ve temel sayarlar. Bu eser dört kıymetli eserin (Mütûn-u Erbaa-i Mütebere) nin hülâsasıdır ki, bu dört eser de : 1. Tâc'üş-Şerî'anın eseri (*Vikaaye*), müellifin oğlu olan Sadr'üş-Şerî'a tarafından tahşiye sonra da telhisen yeniden yazılmıştır. 2. Musullu Ebû'l-Fazl Mecd'üd-Dîn'in *Muhtasar*'ı. Müellif bu eserini Kûfede tamamlamış, H. 683 de ölmüştür (Edirnevî). 3. İbn-i Saâtî diye anılan İmâm Muzafer'ud-Dîn'in «*Mecma'ül-Bahreyn*» adlı eseri. Bu zat da H. 694 tarihinde vefat etmiştir (Edirnevî). 4. H. 710 tarihinde Bağdatta ölen Ebû Bereke en-Nesefî'nin «*Kenz*» adlı eseri. Bu zat aynı zamanda Menâr müellifidir. *Mültekaa* yazarının bu dört eserden başka diğer iki eserden de istifade ettiği kaydolunmuştur. Onlar da şunlardır : Şeyhulislam Ebû Hasen Merginânî Burhanüddîn'in «*Viqâye*»si. H. 598 de ölmüştür. Diğeri de Kuddürî Ebû Hasen Ahmed bin Muhammed'in eseri. Bu zat da 426 veya 428 de ölmüştür<sup>60</sup>.

«*Mültekaa*» İbrâhîm Halebî'nin eseridir. Fâtih Câmîi imam ve haptipliğini yapmıştır. H. 956 da vefat eden Halebî Edirne'de medfundur. «*Mültekaa*» ile birlikte veya onu takiben okutulan diğer eser, «*Dürer*» dir. Diğer adı «*Dürer-ü Garrâ* Molla Hüsrev»dir. *Dürer*, *Mültekaa*'dan daha ileri, daha güçlü bir eserdir. Her şer'î hükmün kabul sebebini, yâni o hükmü meşru kılan delilleri, mucip sebepleri ihtivâ eder<sup>61</sup>.

60 Sava Paşa, *İslam Hukuk Nazariyatı Üzerine Bir Etüd*. Ankara 1955, C. I, s. 11.

61 *A.g.e.*, C. I, s. 120.

Hanefî Hukuku'nda tatbikata dair eserlerden en yenisi ve en mükemmeli İbn-i Âbidîn'in eseridir. Eserin adı «*Redd'ül-Muhtar*»dır. İbn-i Alâüddin'in eseri «*Dirr'ül-Muhtâr*»ın çözümlemediği meseleleri halletmiş olmasından dolayı bu ad verilmiştir. Bütün hukuk tatbikatı ile ilgili hususları açıklıyan umumi bir kitaptır. Özellikle cezaya ait kısımları, Garp cezacılarının bile ilgilerini çekmiştir. İbn-i Âbidîn, içtihatlar ile Hanefî hukukunu ikmâl e çalışmıştır. 1298 de ölmüştür, Şamlıdır.

*Müçtehitler silsilesi* : İbn-i Âbidîn'e göre müçtehitler silsilesi şöyledir : 1. Hazreti Peygamberin muâsırı Abdullah' İbn Mes'ûd. Resülû Ekrem bu zat için : «Ashâbın ilim derecesi Abdullah ve Alî ile kemal zirvesini bulmuştur» demişlerdir, 2. Alkama, Abdullahın talebesidir, 3. Alkame'nin ders arkadaşı Kûfeli Nahaî, 4. Yine Abdullahın talebesi ve İmamı Âzam'ın hocası Hammâd İbn-i Müslim, 5. İmamı Âzam, 6. İmam Ebû Yûsuf, 7. İbn-i Âbidîn'in Hanefî hukukunun yazarı diye adlandırdığı İmâm Muhammed.

*İslam Teşrî Hareketinin sonu* : İmam A.b. Hanbel'in vefat ile sona ermiş bulunmaktadır. İslam içtihatları, aynı usûl ve kaidelerin tatbiki suretile daima zenginleşmiş, daima bu istidadı göstermiştir<sup>62</sup>.

*İslam Teşrî devirleri* : Beş devreye ayrılmaktadır : 1. Hazreti Peygamber devri, 2. Ashâb devri, 3. Emevîler devri, 4. Abbâsîler devri (İmâmı Âzam ve yetiştirdikleri ve diğer mezhep sâhipleri bu devrededir), 5. Dört imamı takip eden müçtehitler devri. (bu devre, İmâm A.b. Hanbel'in vefat ile başlayarak bu zamana kadar devam etmektedir). İslam müçtehitleri bir rivâyette, Edirnevînin Tabakaat'ül-Fukahâ adlı eserinde belirtildiğine göre, 20 tabakaya, İbn-i Kemal ile tanınmış birçok eserlerin sahiplerine göre ise 7 dereceye sınıflandırılmışlardır. Birinci derece, dört mezhep sahibine aittir. İmâmı Âzam içtihatlarını istihraçta kitap ve sünnette açık hal sureti görülmiyen durumlarda : 1. Arap dilinin inceliklerine ve tâbirlerin şümûlüne, 2. Vücûbu zâhir tesis ettiği kaideye göre hareket etmiştir ki, içtihat yalnız mazîde kanun vücûda getirmekle kalmıyacak, istikbalde de mazide meçhul bulunan bilumum fiil ve muameleleri, ilim, sanat ve ziraatin terakkileri ile meydana gelecek hususları vasıflandıracak ve islamîleştirmek suretile İslam hukukuna ekliyerek hukuku tevsî ve tezyîn edecektir<sup>63</sup>.

62 A.g.e., C. I, s. 122.

63 Sava Paşa, *İslami Hukuk Nazariyatı Üzerine Bir Etüd*, C. II, s. 33.



*Fetvâ Müessesesi* : Fetvâ, içtihatla husûle gelen neticelerin ifâde haline konulması için bir vâsıta<sup>64</sup>. Fetvâ kelimesi İslam öncesi de Arap dilinde bulunmaktaydı. O zamanda hukuki bir tâbir olarak kullanılmakta ve herhangi mâfevk makamdan isti'zân olunan suallere karşı cevaplara itlak olunmakta idi.

*Fetvâ verecek olanlar* : Ashab, Tâbiîn, Tebe'i Tâbiîn olarak derecelendirildikleri gibi, Mütekaddimin, Müteahhirîn diye de ikiye ayrılmaktadır. Müteahhirîn'in kendilerinden önceki fakîhler devrinde zuhûra gelmemiş bu suretle bir hal suretine bağlanmamış olan meseleler hakkında fetvâ vermek hakkını haiz buldukları gözönüne alınmıştır.

*Fetvânın zemîni* : Her fakîhin fetvâ vermezden önce, o meselenin daha önceki nesle mensup fakîhler tarafından bilinip bilinmediğini araştırmak mecburiyeti olup, eğer bilinmiyen bir mesele ise, halle tevessül ederek, mahsus kaidelerine göre bir fetvâ vermesi gerekirdi. Verilen fetvâlar kazâi içtihatları zenginleştirme ve içtihatlar mecmuasına yeni bir hüküm ilâve etmesi dolayısıyla teşriî bir mahiyet arzederdi<sup>65</sup>. Müteahhirînden olan fakîhe arzedilen mesele, kendisinden evvelki fakîhler tarafından mâlum ve mahlûl ise, fakîh bu hal şekliyle sınırlı ve kayıtlıdır. Bununla birlikte mütekaddimîn tarafından halledilmiş bir mesele hakkında, müteahhirîn'in yeniden fetvâ verme yetkisi mevcut olduğu haller de vardır.

*Fetvânın gerekli olduğu haller* : 1. Mütekaddimîn arasında fikir ihtilafı ve ayrılığı bulunan meselelerde. 2. Mütekaddimîn tarafından verilen fetvâlarda mevcut elfazı şer'îyye arasında ihtilaf varsa. 3. Aynı meseleler için fikir ayrılıkları mevcutsa. Aynı müçtehidin fikir ayrılıkları da buna dâhildir.

*Fetvâda takip edilen usûl ve kaidelerin başlıcaları* : 1. Nakz, 2. tahsîs, 3. Tâmîm, 4. Hususi olan bir fetvânın ihmali, kollektif hale getirilmesi, 5. Mânası belirsiz olan bir fetvânın tefsir yoluyla açıklanması<sup>66</sup>.

İslam hukuku mevzuatının Vâzıı, diğer hususlarda olduğu gibi bu noktada da ahlâk ile adâleti telif ederek, her ikisini de dinin himâyesine vazetmiş bulunmaktadır. Hazreti Muhammed tarafından tebliğ olunan din, esaslı bir surette tetkik olunduğu zaman, müşarünileyhin sistemli bir şekilde iyi ve güzeli, hak ile; fenâ ve çirkini de haksızlık ile tevhið

64 A.g.e., C. II, s. 34.

65 A.g.e., C. II, s. 34.

66 A.g.e., s. 37.

etmiş bulunduğu görülür<sup>67</sup>. İftâ, aslında bir müşkili hal ve îzah etmek anlamındadır. İftâ ve kazâ ayrı ayrı şeylerdir. Fetvâ isteyene *müsteftâ* cevap verene *müftâ*, verilen cevaba *fetvâ* denilir<sup>68</sup>.

*İftânın kazâdan farkları* : Fetvâ kelimesi fütüv kökünden gelmektedir; verilen cevapla sorun kuvvet bulmuş olacağından, bu karşılığa fetvâ denilmiştir. Fütüv genç, kuvvetli demektir. Usûlü Fıkıh ıstılâhınca müftî müçtehid demektir, fakat her müftî müçtehid değildir. Mukallid sayılan bir fakîhe müftî denilmesi ise mecâzdır, müçtehitlerin fetvâlarını nakl ve hikâye etmesi itibariledir. Hüküm ile fetvâ birer dinî vecibedir, herikisinin de fazileti, sevâbı pek çoktur, fakat o nisbette de sorumlulukları ağırdır, vebâli müstelzimdir. Fetvâ verenler arasında hiyerarşik bir durum mevcudiyeti bahis konusu olmadığı gibi, gelişki halinde olan fetvâların da birbirini nakzetmeyeceği kabul edilmiştir. İftâ ve kazâ menşe'lerini şeriat hükümlerinden alırlar, fakat mâhiyet farkları vardır:

I — Fetvâ şer'î bir hükmü ihbâr ve tebliğden ibarettir, bağlayıcı değildir. Fetvâyı alan onunla amel etmezse kendisine bu hususta cebredilmez. Kazâ ise ilzâm edicidir. Verilen hükmü, aleyhine karar verilen taraf kabullenmeye mecburdur.

II — Fetvâ sadece bir belirtmeden ibarettir. Bunu kabul etmek, bir diyânet ve kanâat meselesidir. Kazâda ise icbarla birlikte infâz mecburiyeti de vardır. Kadı'nın verdiği hüküm lâzimülnfâzdır.

III — Fetvâda umumiyet, kazâda hususiyet mevcuttur. Yâni bir fetvâ hükmü bütün müslümanlara sâridir. Bu itibarla fetvâ, İbn Kayyûm'un tâbirince bir «Şeriatı Âmm»dir. Kazâ ise, ilgili tarafları bağlayıcıdır; Kazananla mahkûm olanı ilgilendiren bir «Şeriatı Hâssa» hükmüdür<sup>69</sup>.

IV — Fetvâda kazâyâ yol göstericilik de vardır. Kadılıklarda fetvâ mecmuaları bulundurulur, kadılar müşküllerini oradan çıkarmak suretile hallederlerdi veya yeniden fetvâ alırlardı.

V — Fetvâ, Şer'î meselelere ve hükümlere genellikle şâmidir. Fetvâ mütâla'a edilen soruna şümillü olacağı gibi, diyânete ait hususlarda da geçerli olur. Kazâ ise, sâdece ukûbât'a, muamelât'a ait hüküm altına alınması mümkün hususlarda cereyan eder.

67 A.g.e., s. 46.

68 Ali Himmet Berki, *İslam Hukuku*. Ankara 1955, s. 51.

69 A. Refik Gür, *Osmanlı İmparatorluğunda Kadılık Müessesesi*, (Doktora Tezi), İstanbul Edebiyat Fakültesi.

VI — Fetvâ istişarî mahiyette bulunduğundan, yalnız hükûmet memuru olan müftüler tarafından değil, fakat memur olmayan ilim ehli kişiler tarafından da verilebilir. Halbuki kazânın kullanılması Hükûmet tarafından tevcih ve tadvife, infaz kudretile techîze mütevakkıftır.

VII — Fetvâ bir rivayet yolu, ilmî bir görüş muhassılası, kazâ ise, bir velâyet ve şehâdet yoludur.

*Deliller ve dereceleri* : İslamda aslî diye anılan dört kaynaktan gayrı, onaltı delil bulunup aslî delile mülhak olduğuna Hâdimî işaret etmiştir. Kitap ve sünnet : «Asl'ül-asıl», kıyas ve icmâ da : «Edillei Mutlaka» diye adlandırılmışlardır. Diğer bir bölünmeye göre de isbât edici (Edillei Müsbite), açıklayıcı (Edillei Muzhire) diye isimlendirilmişlerdir. Başka bir taksimde de iki evvelkisine «Edillei Asliye», öteki ikisine de «Edillei Mülhika» denilmiştir. İcmâ'ın da (Ashab, Tâbiîn ve Tebei Tâbiîn) den ibaret üç islam neslinden fakîhlere ait bulunduğu belirtilmiştir<sup>70</sup>. Kıyâsın hareket noktası, yarısı halledilecek, diğeri halledilmiş iki mesele arasındaki benzerliğe müstenittir<sup>71</sup>. Diğer onaltı tâli delile ek deliller denilmiştir. Bunların mülhak (ek delil) sayılmalarının sebebi, hüküm ve nüfuzlarının aslî delillerden alınmış bulunmasından ileri gelmektedir. Bu ek deliller de şunlardır : 1. İslamdan önceki hukukî devir : bu husus Kur'anı kerim'de meâlen (Bütün hukukî mevzuatın başlangıcı olan ve İbrâhîm tarafından açılmış bulunan yolu takip et) denilmek suretile buyurulmuştur\*. Bunun, islamî herhangi bir hükümle merfû olmaması, ortadan kaldırılmamış olması gerektir. Hibe bu mahiyettedir. Kısâsa dair Tevrâtdaki hükmün Kur'an da teyîd edilmiş olması ikinci misaldir, 2. Araştırma : Konusu, Kur'an ve sünnette, icmâ ve kıyasda yerinin bulunduğu tahkîkine dairdir, 3. Örf, 4. İstishab : İslam hukukçuları, «bir şeyi bulunduğu hal üzere kabul ediniz» hâdisine istinat ederek bir şey'in değişiklik ve tegayyür göstermedikçe kanunun himâyesi altında bulunduğunu söylerler, 5. Bir şey'in aslı ile amel etmek, 6. Bir şey'in hâli ile amel etmek, 7. Aşıkâr, apaçık olma, 8. İhtiyat, kolay, güç olma şıklarında güç'ün ihtiyarı bu kabildendir, 9. Ashap tarafından izlenen yol; «Mezhebi Ashab», 10. Tebe'i Tâbiîn tarafından takip edilen yol. «Kıyâsı fukahâ» ile tâli delillerden bulunan «Mezheb-i tebea» arasında fark vardır. Bu fark, bu delilin tebeadan yalnız bir kişinin re'y ve fikrinden ibaret olduğu halde, Kıyâsı Fukahâ, halledilecek meselenin, yine aslî kaynaklar yardımıyla halledilmiş diğeri bir meseleye benzetilmek su-

70 Sava Paşa, *İslam Hukuk Nazariyatı Üzerine Bir Etüd*. Ankara 1955, C. II, s. 53.

71 A.g.e., aynı yerde.

\* bk. K., Sûre : 6, âyetler : 82-90.

retile meydana gelmesindedir, 11. Kavâidi Külliye'dir. Bu delilden maksat, hukukî bir vecizenin, halli gerekli bir meseleye tatbiki suretile istifade olunmasıdır. Mecellenin başlangıç kısmındaki küllî kaideler bu cümledendir. Esasen bu kaidelerin herbiri dört aslî kaynaktan gelmektedir, 12. Umumî felâket (Umumî belâyâ) : bu delil hüsnüniyetin veya insan gücünün bertaraf edemeyeceği maddî sebeplerin mevcudiyeti veya umumî bir menfaat dolayısıyla hususî menfaatin ihmali lazımgelen hallerde meşruiyete sebep olur. 13. Şühhenin giderilmesi : Peşinen şüpheyi izale edip, sonra hareket ve tevessül eylemek bahis konusu olan hal, 14. İstih-sân : Güzel mânasına gelen hüsn kökünden ve istif'al bâbındandır. Anlamı, güzellik vasfını bir şey'e veya bir fiile izâfe etmek demektir. Fukahânın, ilk bakışta kanuna uygunluğu tümile görülmiyen fiillere ve eşyâya meşruiyet izafesi için muvafakat göstermelerile vücut bulur. Hukukta teşrî, usulî fıkıh ilkelerine uygun olarak meşruiyet vasfını vermektedir. Henüz meydanda bulunmayan sınaat eserlerinin peşin para ile satılması gibi (istisnâ akdi). İstihsan ayrıca kıyası fukahâyâ da müstehsan bulunmaktadı. 15. Kalbin şehâdeti (kanaat) : bu delile tatbik oluncak hâdise hakkında başkaca delil bulunmadığı hallerde başvurulur. Bu delil «kalbine sor» hadîsine dayanır. 16. Kur'a : Bu bir delil olmaktan çok bir adâlet vasıtasıdır. Tarafları hâkimin tarafsızlığına emin kılmak için kullanılır. Molla Fenari'ye göre İcmâi Ümmete dayanmaktadır.

### ASLÎ MENBÂLAR :

I. *Kur'an tefsiri* : Aslî menbâların en başında gelen Kur'an tefsiri, yalnız şahsî fikir ve mütâlaalarla kabil olmaz. Hazreti Peygamberin : «Kur'anı kendi fikir ve kanaatine göre tefsir eden kimse Cehennemde kendisine bir yer hazırlar» hadîsi ile bu noktaya dokunulmuştur. Böyle büyük bir günaha girmeksizin Kur'an tefsir etmek isteyen kimsenin : 1. Lügat, 2. İstilah, 3. Nahiv, 4. Ma'ânî, 5. Kelimelerin Kullanılışı, 6. Hadîs, 7. Usulî Fıkıh, 8. Hukukî Tatbikat (füruu fıkıh), 9. Kelam, 10. Tarih bilmesi lâzımdır, hakkile bilgi sahibi olması gereklidir<sup>72</sup>.

*Hanefî Mezhebi yönünden başlıca Kur'an tefsirleri* : Hanefî mezhebi, akîdelerine uygun dört ana tefsir sayılmaktadır : 1. Abdullah İbni Abbâs'ın tefsiri. Bu zât sahâbedendir. Tefsir adını taşıyan eseri bütün tefsir kitaplarına me'haz teşkil etmiştir. 2. Kâ'b'ül-Ahbâr'ın Tefsiri; bu

72 Sava Paşa, *İslam Hukuk Nazariyatı Üzerine Bir Etüd*, Ankara 1955, C. II, s. 139-140.

zât da sahabedendir, 3. İmâm Mansûr'ul-Mâtürîdî'nin tefsiri, 4. Fahr'üd-Dîn Râzî'nin tefsiri. Ayrıca Zamahşerî'nin meşhur tefsiri<sup>72/a</sup>).

*Hukuk İlmine mahsus lâfızlar* : Teşri usulünün (usul'ül-Fıkh)ın en ince ve üzerinde durulan bahsini teşkil eder. Lâfızlar : 1. Hakikat, 2. Mecâz, 3. Kinâye, 4. Müteşâbih, 5. Sarih diye sınıflandırılabilir. Her bir sınıfın hallerini tetkik ile mantıkî ve hukukî düşünceler yönünden durumlarının tâyini önemlidir. Usul'ül-Fıkhda lâfız bahsi geniş ve hareketli bir yer almaktadır. Bu hususta fazla bilgi almak isteyenlere Sava Paşanın kitabının ikinci cildinin 81-140 ncı sayfalarındaki tafsilatı tavsiye ederiz.

*Lâfızların derecelendirilmeleri* : Bunların arasında birinci kategoriyi «Nass» teşkil eder. Nass'ın hukukî hükmü : 1. Bir fikri daima kesin anlamda ifade etmesi, 2. kesinlikle ifade edilmiş hükmün, müslümanlar zimmetine çekilmesi kabil olmıyan vecibeler tertip etmiş olmasıdır. Nass kelimesi, Allah kelamını ve ona müstenid hadisi göstermek için kullanılır. «Muhkem» tâbiri de nesholunmaya, yâni geçersiz sayılmaya hiçbir suretle elverişli olmıyan sözler için kullanılır. Lafızlar diğer bir taksime göre de «Mutlak» ve «Mukayyed» dereceleriyle de anılmaktadır. Mânaları dışında herhangi bir kayıtla mukayyet bulunmıyan lafızlara «Mutlak», mânaları dış kayıtlarla tahdît ve takyît edilen lâfızlara da «Mukayyed» denilir. Hükümleri : Mutlak, itlak üzere câri olduğu halde, mukayyetler, has lâfızlar gibi muayyeniyet ifade ederler.

*İhticaç (geçerlilik) itibarile deliller* : İki kısma ayrılırlar. Kanun tanzimine yarayan deliller : 1. «Şer'î Delil» denilir. Mahkemede bir meselenin halli için müracaat olunan delile ise : 2. «Adlî Delil» tâbir edilir.

1 — *Şer'î deliller* : Bunların herbiri başlı başına kaynak teşkil eder. Çünkü, bunların herbiri ana menbâların birer cüz'ü olup, bu menbâlardan hüküm çıkarılmasına yararıdır.

*Şer'î deliller* de iki bölüme ayrılırlar : 1. Lâfızları yönünden delil teşkil edenler «Delâili lâfziyye»; 2. Mânaları itibarile delil sayılanlar «Delaili Maneviyye»dir.

*Lâfzi delillere istinad ve hakkile teşrih olunabilmek için* : 1. Lisânın (arapça) nın eyice bilinmesi, 2. Hukukta lâfızlar bahsine güzelce vüku-fiyet peyda edilmiş olması lâzımdır.

2 — *Adli deliller* : İslam hukukunda beş bölüme ayrılmıştır: Bunlar, hâkimin taraflardan iddia ve müdafaalarını tevsik etmek için istemek mecburiyetinde bulunduğu delillerdir. Bunlar da: 1. Doğrudan doğruya fiile bağlı deliller «Mevâddi Ayniyye» dini hisler gibi ki, ibadet şekillerini sübûta vardırır, 2. Kanunun tesis ettiği deliller : Bunlar da muhakeme usulünde gözetilmiş ve delillerin toplanmasına dair kaidelerden ibarettir, 3. Şehadet delili, 4. Karîneler, 5. Yemîn<sup>72</sup>/b.

II. *Sünnet ve nevileri* : Sünnet sözü ilmî tâbir olarak, Hazreti Peygamberden sadır bilcümle hususlara şâmil bulunmaktadır. Peygamberimizin sözleri (akvâl), fiil ve hareketleri (ef'âl) ile tasdiki tazammun eden sükûtları (takrir), sünnet mefhumu içerisine girmektedirler. Haklarında şer'î hüküm mevcut bulunan fiillerden olmamak kaydile, ashâbından sâdir olmuş bir harekete veya söylenmiş bir söze karşılık, sükûtu ihtiyar buyurmuş olmalarına takrir denilmiştir. Bu sükûtu zımnî bir muvafakat sayılmıştır.

Bir hadis, Hazreti Peygambere kadar râviler silsilesile vasıl olursa o hadise «*müsned*», «*muttasıl*», bu râviler silsilesine «*sened*» an'ane, râvilerin sırasile adlarını saymaya da «*isnâd*» derler. Eğer bir hadis doğrudan doğruya Hazreti Peygamberden zikredilip, aradaki râvilerin adları tamamen veya kısmen sayılmazsa, «*mürsel*», «*munkatı*» adını alır<sup>73</sup>.

*Hazreti Peygamberin fiilleri* : Üç kısımda mütalea olunmaktadır :

1. Doğrudan doğruya zatlarına ait fiiller : meselâ yalnız kendilerine farz kılınmış veya gece yarısı edâ edilen teheccüd namazı gibi hususî hayat ve itiyadlarına ait yemek, içmek ve âdet edindikleri hususî fiilleri, 2. İslam topluluğunun iktidâ ve ittibâ etmek zorunluğunda bulunduğu fiilleri, vâcip ve sünneti teşkil etmektedir, 3. Hazreti Peygamberden sâdir olup da islam topluluğunca uyulması câiz bulunan fiilleri. Bunlar da yapılması câiz olan «*Mübâh*», ifası medhe şayan bulunan «*Mendûb*», an'aneye uygun olanları itibarile yapılması temenniye şayan görülenler «*Müstehâb*» olanlar bu cümledendir.

III. *İcmâi Ümmet* : İcmâm lügat mânası, bir şeyde ittifak ve cemeylemek demektir. Hukuk tâbiri olarak artık beşinci bir mezhebin teessüs etmeyeceği tahakkuk eden zamana tekaddüm eyliyen devrede, islam hukuk âlimlerinin Nasslar dışında kalan bir meseleyi, içtihad edinmek hususunda birleşmelerine ait bulunmaktadır. İcmâ suretile ittihaz

72/b A.g.e., aynı yer.

73 Sabri Şâkir Ansay, *İslam Hukuku*, Ankara 1958.

olunan kararlar, bütün islam âlemi için, gerek o anda ve gerekse bütün bir geleceğe ait olarak zorunlu sayılmışlardır. Bu tutum, dinî hususlarla birlikte hukukla ilgili muameleleri de kapsamına almaktadır.

İcmân vukû'u beş dereceye ayrılmaktadır : 1. Sahabeden hukukçu «fakih» olanlar (Hülafayı râşidîn buna dahildir), 2. Tâbiî'den olup da tanınmış hukukçular, 3. Dört mezhebin sâhibi imamlar, 4. Dört imamın talebesi olan müçtehidler, 5. Mezhep kurucusu imamların şakirtlerini tâkip etmiş bulunan müçtehidler; bu sonuncular umumî kaide vazetmek suretile olmayıp, müteferrik surette mesele halletmişlerdir.

*İcmân Ümmetin esâsı* : dört esasa dayanmaktadır : 1. Rûkn, 2. Şart, 3. Hüküm, 4. Senettir.

*İcmân şartı* : Hukukî kıymet ifade edebilmesi için aynı devreye mensup hukukçuların reylerini aynı düşünce etrafında tam olarak birleştirmeleri gereklidir.

*İcmâ iki yol takibile mümkün olmuştur* : 1. Tevâtür yolu ile. Tevâtür halindeki şâhitlerin şehadetleriyle intikal eden yoldur, 2. «Haberî meşhur» ile intikal ettirilen icmâ. Birinci sıktaki gibi birçok kimselerin şehâdetleriyle olmayıp da râvî sıfatı ile şöhretli olan bir kimse tarafından intikal ettirilmiş bulunması halidir.

IV. *Kıyâs-ı Frukahâ* : Hukuk tâbirile kıyâs, halli gerekli bir meselede daha önce halledilmiş ve şer'î hükme raptolunmuş bir diğer meseledeki delilin aynı bulunduğunu isbat ederek, halli gerekli sonraki meseleye irtibatını kıyâs yoluyla çözümlenip, şer'î hükmü tesis etmektir. Kıyasda esas tutulan meseleye «Meselei Asliyye», ikincisine, yâni kıyasa tâbi olan meseleye de «Meselei Kıyasiye» denilmiştir<sup>74</sup>.

*Kıyâsa esas teşkil eden, yâni Meselei Asliye olan hususlar* :

1. Ana meseleler «Mesâilî Ümmühâtiye» : İlk üç islam nesli, (Ashab, Tâbiîn, Tebei Tâbiîn) zamanlarında ortaya çıkan ve hükme bağlanan meseleler. 2. İlk üç islam neslinden sonra tehaddüs edip de muakkipler tarafından halledilmemiş meselelerle, bunlardan sonra muhtelif derecelere mensup müçtehitler zamanlarında zuhur ederek zamanımıza kadar gelen meseleler «Mesâilî Nevâziliye»<sup>75</sup>. İlk üç islam neslini hem takip eden hukukçular tarafından halledilmiş bulunan «Mesâilî Vâkıa» ilk üç islam nesli zamanında da bulunmakta idi. Fakat, o zamana ait mukarre-

74 Sava Paşa, *İslam Hukuku Nazariyatı Üzerine Bir Etüd*, Ankara 1955, C. II, s. 192.

75 Sava Paşa, *İslam Hukuk Nazariyatı*. C. II, s. 193-225 ve müteakip.

ratı bildiren eserlerde bunların mevcudiyeti görülmemekte, bu hâdiseler o vakit mevcut olsalar da, o zamanki hukukçular tarafından tetkik edilmiş olduğu neticesine varılmakta ve binaenaleyh menbâlardan istihraç ettikleri asıllara ircâ sûretile çözümlenmekte idiler. İlk üç islam neslini müteakip husule gelen ve bütün devirler boyunca, zamanların zarûretleri icabı olarak, tahaddüs ve tahassül edegelmekte bulunan meseleler, bu guruba dahil bulunmakta ve bunlara «Mesâili Nevâziliye» yahut «Mesâili İctihadiyye» denilmektedir. Bu meseleler diğer ikisinden, yâni «Mesâili Asliye» ve «Mesâili Vakıa» dan 1. Ta'alluk ettikleri konular itibarile ilk üç islam nesli teşriif faaliyetleri zamanında mevcut bulunmaması, 2. Münhasıran bu hâdiselere ait olarak asırlardan beri çözümlenmemiş olmaları keyfiyetine dayanmaktadır. Yeni beliren meselelere uygulananacak hükümler kendinden evvelki devrelerde aslı menbâlara, yâni kıyasdan gayri, Kur'an, sünnet ve icmâ'ya müracaat suretile halledilmiş emsâlden, illet benzerliklerine dayanılarak kıyâs yoluyla çözümlenmektedirler. Bu kabilden hükümler bir tek hâdiseye münhasır kalmayıp, benzeri hukukî hâdiselere de câri olması gerekmektedir.

*Kıyasın câri olamayacağı haller* : Nesh veya ilgâ edilmiş bulunan Nass halindeki emirlere müstenid hükümler, kıyâs üzerine kıyâs, kıyâsa esas meselede tegayyür ve tebeddül vukûu halinde, kıyâs cereyan etmez. İnsan fikri hiçbir zaman atâlete mahkûm edilemez. Bilâkis, Cenabı Hak ile Hazreti Peygamber gözleri hakikat nuru ile açılmış bulunan kimseleri içtihad yoluna sevk ve teşvik buyurmuşlardır. Müçtehitlerde vukua gelebilecek bezginliği önlemek için, Hazreti Peygamber, herhangi bir meseleyi içtihad yoluyla doğru halledenlerin on, hâlis niyetle çalışıp da halli cihetinde yanılanların da Huzuru İlahîde bir sevâba nâil olacakları yolundaki hadîsleri bunu âmirdir. Şurası da asla unutulmamalıdır ki, içtihadın, yâni insan fikrinin şer'î meseleyi hal için ibrâz edeceği mesâînin esasını vahye müstenid hakikatler teşkil etmektedir. Kıyâs yolu, İmamı Âzamın en kuvvetli bir teşri vasıtası idi; talebeleri ve diğer üç mezhep imamları da yeni yeni tesadüf ettikleri meseleleri isalâmileştirmek, islam esaslarına uydurmak suretile hal etmek için bu yola başvurmuşlardı<sup>76</sup>.

*Şer'î hükümler* : Arap fukahâsı, usulü fıkıh lisanında «hüküm» kelimesini lügat mânası yönünden karar, ilâm, hüküm anlâmına almışlardır. İnsanın icraî fiillerini hukukî ve adlî olarak tavsif eden keyfiyete hüküm denilmiştir. Herhangi bir fiilimize bir müçtehit tarafından uygu-



lanan hukukî vasıf bir hükümdür. Zira, bu hükümdür ki, o fiil meşruyet veya gayrimeşruiyet kazanmakta, haklılık, haksızlık bahis konusu edildiği gibi, sevâp veya günâh olup olmadığı veya cezayı yahut mükâfatı gerektirip gerektirmediği tehakkuk etmektedir. Molla Hüsrev Hükümü Şer'îyi : «insan fiillerine emri ilahînin tatbiki suretile o ef'âlin vasıflandırılmış olması keyfiyettir» diye târif etmiştir. Esas şer'î olan hüküm, teferruatının ifâde ve tâyini yönünden, mevzuat yoluyla «mevzû hükümler» haline getirilmektedir.

*Şer'î hükümler üç kategori teşkil etmektedir* : 1. *İktizâ* : İnsanın icra etmesi mutlak surette mecburi, terki halinde cezayı veya itâbı mucip olacağı bildirilmiş olan hükümler, farzlar bu durumdadır. 2. *Tahyir* : yâni bir işi işleyip işlememekte muhtar bulunduğu fiillere mürettep olanlar. 3. *Vaz'* : Hukuken bir kıymet ifade edebilmeleri için, icra şekillerini, suretlerini gösteren hükümler.

*Diğer bir taksim ve hükümün unsurları* : Şer'î hükümler dünyevî, Uhrevî olmak üzere iki büyük kategoriye ayrıldıkları gibi, dünyevî olanlarının da 1. Sıhhat, kanûniyet, 2. İn'ikad, 3. Nifâz, 4. Lüzûm unsurlarını havi bulunmaları gerekir.

*Hükümlere nazaran akidler* : Sahih veya fâsid, mün'akid yahut gayrimünakid, nâfiz veya gayrinâfiz, lâzım veyahut gayrilâzım bulunmaktadır.

*Şer'î hükümler muhteva yönünden de iki kısma ayrılmaktadırlar* :

1. Şâri'in (kanun koyucu, Allah) ve Peygamber tarafından, insanlara hitabını muhtevi hükümler ki buna «Ahkâmı Teklîfiye» :

2. Bu emirlerin icrâ tarzlarını gösteren mevzû hükümlerdir ki, bunlara da «Ahkâmı Vaz'îyye» denilir. Bu kısım hükümler, çoğu insan muamelelerinin gerektirdiği unsurların tamamlanması, hukukî kıymet kazanmaları için kullanılmaktadır. Ahkâmı Teklîfiyede cevâz, birinci derecede önemlidir. Esası cevazın bildirilmesinden ibarettir<sup>77</sup>. İnsanlara teklif, bâzı fiillerin yapılması, bâzılarından kaçınılması için yapılmış, bâzıların da ifası hususunda insan muhayyer bırakılmıştır. Bu hükümler açık olduğu gibi, bâzan da tahkiye yolu kullanılarak bu hareketler tasvîb veya ademi tasvîbi gösteren «kıssa» şeklinde ifâde edilmiştir.

*İltizâm ve ilzâm* : Teklif halinde bulunan, yâni uyulması zorunlu olan fiillerde -ki, bir kısmı yapılması mecburi, bir kısmı da kaçınılması

77 Sava Paşa, *İslam Hukuk Nazariyatı Üzerine Bir Etüd*, Ankara 1955, C. II, s. 238.

gerekli fiillerdir- Cenabı Hakkın bunu takdir buyurmalarına «İltizâm», bu yoldaki emirlerini bildirmelerine de «İlzâm» denilir<sup>78</sup>.

*Uyulması mecburî olan hükümler* : İhtiyarî olanlarından şu suretle ayrılmaktadır : Yapılması zarurî olanlar : 1. Farz olanlar, 2. Vâcib olanlar. Yapılmaması gerekli olanlar : 1. Haram olan fiiller, 2. Kerâhat olan haller.

*İhtiyarî olan hükümler* : Yapılmalarına cevâz bulunanlar. Bunlar, «câiz» «mübâh», «mendûb», «müstahsen», «helâl» olanlar diye kısımlandırılmaktadırlar.

*Vecibeler ve Azîmet ile Ruhsat* : İnsanın fiil ve hareketlerini başka bir bakımdan hukukî olarak tavsif yönünden, bu fiil ve hareketler için, vecibe ifasına mahsus şartlardan gayrisinin mevcudiyetini bildirmesi itibarile : 1. Vecibenin tam ve selametle yerine getirilmesine «Azîmet»; 2. Vecibenin yapılması hususunda gösterilen müsâmahaya da «Ruhsat» denilmiştir<sup>78/a</sup>. Gerek dinî vecibelerin yerine getirilmesinde, gerekse mukavelelere ait muâmeleler dışındaki fiillerin icrasında, makul sebeplere dayanılarak, şer'in talep ettiği kaide ve nizamlara tam riâyet edilemediği taktirde mâzur sayılma haline «Ruhsat» denilmiştir. Bu halde dahi vecibenin tam ve mükemmel halde işlenmiş gibi kabulü ortaya çıkmaktadır. «Azîmet» ise, Cenabı Hak tarafından vâki teklifin hiç bir özür ileri sürülmeksizin, usul ve kaidesine göre tam ve mükemmel bir surette yerine getirilmesidir.

*Hukukî bakımdan farz* : Kesin delillerle, yâni dolayisile olmayıp, doğrudan doğruya Şârî'den (kanun koyucudan) geldiği, hiçbir tereddüt ve şüpheyeye mahal kalmıyacak surette «Nass» halinde sâbit vecibedir. «Allah faizi harâm kıldı» âyetindeki sarahat gibi. Harâm sözü, gayri-meşruiyeti ifade eder. «Kerâhat» de ikiye ayrılır : 1. Harâm vasfı bulunmamakla beraber, insanda nefret hissini uyandıran fiiller ve şeyler üzerine, «Kerâhati Tenzîhiye», 2. Harâma yakın mekrûh telâkki edilen fiiller ve şeyler ki, bunlara da «Kerâhati Tahrimiye» denilmektedir. Mânası harâma yakın kerâhat demektir.

*Hukukî mevzuatın mahiyet ve önemi hakkında umumî bilgiler* : Hukuk menbâlarında teyidini bulan hukukî muamelenin mevzu hukukta «rükn» kazanmak ve böylelikle in'ikad etmek suretile vücut bulduğu kabul edilmiştir. Meselâ, satış akdi Şârî tarafından helâl ve câiz görülen

78 A.g.e., C. II, s. 248.

78/a A.g.e., C. II, s. 248.

bir akittir. Fakat Nass'a müstenit bu keyfiyet doğrudan doğruya kabili tatbik olmayıp, hukukî mevzuat haline inkılap ettirilmiş olmakla tatbik kabiliyeti kazanmaktadır. Bahis konusu satış akdinin hukukî aslı (rükn) icap ve kabulden ibarettir. Rükn, kanun hükmü, örf ve âdet ve konu olan şeyin mahiyetile ilgilidir.

*Hükümler aslî ve fer'î bölümlerine ayrılırlar* : A - Aslî hükümler şunlardır : 1. İlet, 2. Sebep, 3. Şart, 4. Alâmet. B - Fer'î hükümler ise şunlardır : 1. Sıhhat, 2. İn'ikad, 3. Nifâz, 4. Lüzûm<sup>79</sup>.

*İnsan fiilleri* : 1. Memnû olan fiiller, 2. Tavsiyeye değer veya değmez fiiller, 3. Mübah fiiller. İnsan fiillerini teşkil eden unsurların tümü şer'î halleri teşkil eder.

*Şer'î haller* : İslam hukuku bu hallerde iki derece mütalea etmektedir : Niyet ve Fiil; İslam hukukî mevzuatında niyetin büyük önemi vardır. İslam hukukçuları niyeti, hâkimin herhangi bir fiili takdir edebilmesi için esas saymışlardır. Bütün hukuk sistemlerinde de kasd ve teammüde atfedilen ehemmiyet aynıdır. Niyetten sonra gelen ikinci merhale icrâ keyfiyetidir.

\*  
\*\*

*Hukukî faaliyetleri İslamileştirme ilkesi* : Delillerin iânesi, icmâ ile kıyâs yolları için kullanılan usullerin rehberliği sayesinde bir müçtehit, istediği kaideyi elde edebilir. Böylelikle islam umumî kanununu genişletme, yeni yeni ortaya çıkan bilcümle muameleleri bu umumî kanun çerçevesi içine sokmak mümkün bulunmaktadır. Ancak İslam umumî kanununu genişletme imkânı bir sınır içinde mütalea edilmek gerekir. Böyle bir genişletme için, kaynaklara uygunluğu, bu suretle meşruiyeti isbat edilmek şarttır. Bunu bir misâl ile anlatmak gerekirse, poliçeyi nazara alabiliriz. Poliçenin islam hukukunda mevcut olmamasına rağmen, islamileştirilmesi mümkündür. Burada bahis konusu poliçenin islamî olarak, meşrû ve mübâh bulunup bulunmadığıdır. Poliçe mübâh ve binaenaleyh meşrûdur. Zira, kaynaklarda poliçenin memnûiyeti ve buna binaen kerâhati hakkında hiçbir kayıt ve ize raslanmamaktadır. Burada önemli olan keyfiyet, iş'ârî ve tâdâdî mahiyette, kaynaklarda zıkr ve tafsil olunmak keyfiyeti bulunmayıp, bilâkis harâm ve kerâhati tahrimîye ile mekrûh kılınıp kılınmadığını araştırmak gerekir. Zira, «işleri kolaylaştırınız, güçleştirmeyiniz» yolundaki dinî ve hukukî kaide de bunu emreder. Gerçi

79 Sava Paşa, *İslam Hukuk Nazariyatı Üzerine Bir Etüd*, Ankara 1955, C. II, s. 265-301.

poliçede, poliçeyi veren kimsenin bir kâr hissesi, temettüü vardır. Ancak, bu kârın «ribâ» sayılacak bir tarafı mevcut bulunmamaktadır. Bu keyfiyet, parasını poliçe ile değiştiren kimsenin hizmeti karşılığı almış bulunduğu bir «ücret», bir «ecir»den ibarettir.

İslam topluluğunu takviye ve diğer memleketlerle eşit bir düzeye çıkarmak için zaman ilerlemelerinin mümkün kıldığı vasıtalarından faydalanmak, İslam prensiplerine temamilen uygun düşer. Aksini düşünmek, kolaylık emri celiline aykırı bir hareket olur. «Böyle bir hareket, asıl maksadı insanların saadeti olan yüce bir dinin aslî maksadını tebdil eylemek olur»<sup>80</sup>. Esasen diğer bir ilahî emir de «zamanın değişmesiyle ahkâmında değişebileceği»dir. Fakat, hemen ilâve edelim ki, bu değişme usulü fıkıh esaslarına göre olacaktır. «İslam hukukunun genişleme bakımından, bütün diğer hukukların fevkinde bir mükemmeliyeti haiz bulunduğu her türlü şüpheden âzade bir şekilde» anlaşılmaktadır<sup>81</sup>.

80 *A.g.e.*, s. 369.

81 *A.g.e.*, s. 370.

Sava Paşa, İslam hukuku metodolojisine ait bu sistemli izahlı kitabını Molla Hüsrev'in «*Mir'ât'ül-Usûl*»ü ile Hâdimî'nin «*Mecami'ül-Hakayık*» ve Pezdevî'nin «*Menâbi'ül-Hukûk*» adlı eserlerinden toplayıp derlediğini kaydetmiştir.