

MARMARA ÜNİVERSİTESİ
İLÂHİYAT FAKÜLTESİ
DERGİSİ

SAYI : 3

İstanbul — 1985

İSLÂM HUKUKUNUN TEDVİNİ (*)

Prof. Dr. Subhî MAHMASÂNİ

Tercüme : Y. Doç. Dr. İbrahim Kâfi DÖNMEZ

Önce işaret etmeliyim ki, bu tetkikte «tedvîn» kelimesi, İslâm hukuku hükümlerinin, yürürlüğü sağlanmak ve muhtevasına işlerlik kazandırılmak üzere, Devlet tarafından benimsenen bağlayıcı ifadeler içinde şekillendirilmesi anlamında kullanılacaktır¹. Diğer Arap ülkelerindeki bazı meslekdaşlarımız, aynı anlamda olmak üzere «taknîn» kelimesini kullanmışlardır. Fakat ben, «*devvene-yüdevvinü*» filinden gelen ve arapça bir kelime olan «*tedvîn*»i «*taknîn*» kelimesine tercih ettim. Bilindiği üzere «*taknîn*» kelimesi arapçaya sonradan girmiştir; Araplar, aslen yunancadaki «*kanôn*»dan gelen bu kelimeyi süryânice yoluyla almışlardır.

Asıl konumuz olan İslâm Hukuku hükümlerinin tedvini safhalarına geçmeden önce, tedvinin genel hukuk tarihinde oynadığı rolden kısaca söz etmemiz uygun olacaktır.

Batı hukuk tarihinde tedvinin herkesçe bilinen önemli bir yeri vardır. Bu alandaki en önemli gelişmelerden olmak üzere, Roma'daki tedvin faaliyeti hatırlanmalıdır. Burada, XII Levha Kanunu'nun tedvini ile başlayan bu hareket, Justinyanus'un ölümsüz kodifikasyonu ile sona

* Bu yazı, Dr. Mahmasâni'nin 1962 yılında Beyrut'ta «*Mukaddime fi ihyâ'i ulûmi's-şer'i'a*» (Introduction aux Etudes Musulmanes) adı altında arapça olarak yayınlanan kitabından bir bölümün tercümesidir. Esasen bu eser, yazarın 1961 yılında Tunus'ta Tunuslu hukukçulara verdiği konferansların bir araya getirilmesinden oluşmuştur. Burada tercümesini sunduğumuz konferansın orijinal adı «*Tedvîn'ül-fıkh ve'l-ahkâm eş-şer'iyye*»dir. İkinci kısımda tercümesini vereceğimiz konferans ise «*Merâhıl'üt-tedvîn el-fıkhî*» adını taşımaktadır. (Mütercim)

1 Fransızca ve İngilizce «codification».

ermiştir. Sonra, modern çağda Napolyon Kodu yahut Fransız Medeni Kanunu ve diğer Fransız kanunları ortaya çıkmıştır ki bunlar, gerek Avrupa'da gerek başka yerlerde daha sonraki modern tedvin çalışmaları için model teşkil etmişlerdir.

Araplarda ise, tedvin, modern çağdan önce bilinmiyordu. Cahiliye Arapları, örfü yegâne hukuk kaynağı kabul etmişlerdi. Tarih, onların, örf ve âdetlerini tedvin ettiğine dair bir şey kaydetmiş değildir. İşte bu yüzden, zaman zaman bu örf kaideleri kapalılık arz ediyor ve bütün durumlarda bağlayıcılık gücüne sahip olamıyordu.

İslâm gelince, Kur'ân-ı Kerim, yegâne müdevven ve temel hukuk kaynağı oldu. Fakat bilindiği üzere, hukukî ilişkilere ait hükümlerin yanısıra, ibadetler ile ilgili pek çok hükümler ve yine ahlâkî ve ictimâî kaideler ihtiva ediyordu.

Kur'ân'ın yanısıra Hz. Peygamber'in Sünneti (bilinen üç şekli ile, yani kavli, fiilî ve takrirî Sünnet olmak üzere) ikinci hukuk kaynağını teşkil etti. Bu kaynak, bir taraftan Kur'ân-ı Kerim'i tefsir ediyor, bir taraftan da Kur'ân'daki mücmel (tafsilâtı verilmemiş) hükümlerin tafsilâtına açıklık getiriyordu.

Sonra, Hz. Peygamber'in vefatını takiben bu iki temel kaynağın yanında iki fer'î kaynak yer aldı. Bunlar icmâ ve kıyâs idi. Daha sonra ise, istihsân, mesâlih-i mürsele ve istidlâl gibi diğer fer'î kaynaklar ortaya çıktı. İslâm hukukçuları, bu fer'î kaynakların kabulünde veya kabul şartlarında ihtilâf ettiler. Bunların hepsi temelini akılda buluyordu. Bundan dolayı onlara, «nass», «nakil» veya «naklî deliller» diye bilinen iki temel kaynaktan ayırdetmek üzere «aklî deliller» dendi.

Fakat —Kur'ân-ı Kerim hariç— bu kaynakların toplanması hemen gerçekleşmemiştir. Kur'ân-ı Kerim, önce I. Halife Hz. Ebûbekr zamanında toplanmış, sonra III. Halife Hz. Osman zamanında tek kırâat ve tek mushaf şeklinde birleştirilmiş ve bu, «*Mushaf-ı Osmânî*» diye meşhur olmuştur.

Sünnet ise, resmî bir şekilde toplanmamıştır. Halife Hz. Ömer, insanlar Kur'ân-ı Kerim'i bir yana bırakıp sırf ona sarılırlar diye Sünnet'in toplanmasına karşı çıkmıştır. Fakat Emevî Halifesi Ömer b. Abdülâziz, zamanla muhaddislerin vefatı karşısında Sünnet'in kaybolup gitmesinden endişe etti ve Ebûbekr b. Hazm'i onu yazmakla görevlendirdi. Ne var ki, bu çalışma tamamlanmadan önce vefat etti.

Meşhur Sünnet koleksiyonlarının kaleme alınışı ancak Abbâsiler

devrinde gerçekleşebildi. Bunların en önemlileri Buhârî ve Müslim'in «Sahih»leri ile dört «Sünen» kitabıdır. Fakat bu ve benzeri hadis koleksiyonları özel çalışmaların mahsulü idi; devlet tarafından meydana getirilmiş değildir. Şu halde bunlar, başta tarifini verdiğimiz anlamda resmî ve bağlayıcı cem' (toplama) ve tedvîn özelliğine sahip değillerdi.

Diğer hukuk kaynakları ve hukukî ilişkilere ait hükümlere gelince, bunlar da Arap halifeliklerinin hiçbirinde resmî bir tedvine konu olmadılar. O yüzden, bunların incelenmesi ve uygulanması, hukuk ekollerinin çokluğu, bazen aynı ekol içinde birden fazla görüşün bulunması ve hukukî eserlerin bolluğu karşısında birçok zorluklar taşımaktaydı. Bu eserlerden kimi kısa ve öz, kimi uzun ve meseleleri geniş geniş inceleyen, kimi de ikisi arasında orta bir yol tutan çalışmalardı. Yine, bunlar arasında çok sıkı bir tertip ve son derece öz ifadeler kullanmaya riayet özelliği ile tanınan metinler bulunduğu gibi, bunları açıklamak, hatta açıklamaları da şerh etmek üzere, şerh, hâşiye, tekmile v.b. isimlerle kaleme alınmış eserler de vardı. Bu arada, «setvâ» kitapları gibi özel türden telifler de bulunmaktaydı.

*

**

Şüphesiz tedvin, gerek ilmî gerek tatbikî bakımdan lehte ve aleyhte yönlere sahiptir. Tedvinin iyi tarafları arasında, insanların hukukî ilişkilerde hak ve borçlarını bilmelerini sağlaması, yetkililer için hukukî uygulamaları kolaylaştırması, özellikle hakimlere önlere getirilen davaları çözüme kavuşturmada kolaylık bahşetmesi, tedvinin iyi tarafları arasında sayılabilir.

Fakat bu faydalarına karşılık, tedvin, bir takım mahzurlar da taşır. Meselâ, resmen yapılan bir tedvin, icihad faaliyetini duraklatır; çünkü bütün insanları ve hakimleri tek bir görüşe, yahut tek bir madde veya fıkraya uymaya mecbur kılar. Bu, bir bakıma hükümlerin hacre (kısıtlılığa) tabi tutulması demektir. Çünkü, bunların değişen ihtiyaçlarla birlikte gelişmesine engel teşkil etmektedir.

Tedvin yolunu benimseyip benimsememe konusundaki bu ihtilâfın günümüzde de Batı ülke ve hukuklarında mevcut olduğunu görmekteyiz. Meselâ Fransızlar ve onlarla aynı görüşü paylaşanlar tedvinin gerekliliğine hükmetmişler ve tedvin yolunu tutmuşlardır. Bununla beraber, kanunların yorumu, bunların amelî konulara ve önlere gelen

uyuşmazlıklara tabbiki konusunda mahkemelere icthad hakkı tanımışlardır.

Fakat azınlığı teşkil eden bazı ülke ve hukuklar bu görüşü benimsememiş ve kanunlarını tedvin yoluna gitmemişlerdir. Bu gurubu İngiliz ve Amerikan hukukları temsil etmektedir. Bunlar, hukukî hükümlerin belirli söz kalıplarına dökülüp bağlayıcı ve değişmez metinlerle icthadın durdurulmasını uygun görmemektedirler. Şu halde, buralarda hukuk kuralları, ötedenberi benimsenegelen örf ve âdetlere dayalı kazâi icthad kolleksiyonlarından oluşmaktadır. Ancak bunlara, hukuk kurallarını belli bir biçimde yönlendirmek veya bazı durumlara açıklık getirmek üzere zaman zaman devletin çıkardığı bir kısım kanun ve diğer hukukî düzenlemeler de ilâve edilmektedir.

*
**

Tedvinin az önce işaret edilen mahzurlarına ilâve olarak belirtilmelidir ki, tedvin zaman zaman ve ülkeden ülkeye değişen bir takım pratik güçlükler ve engeller de taşımaktadır.

Nitekim Britanya'da bu konuda, kanun ve örflerin bir bölgeden diğerine değişiklik göstermesi problemi ile karşılaşmaktadır. Meselâ, İngiltere'nin, İskoçya'da uyulan örfler ve uygulanan kanunlardan farklı örf ve kanunları bulunmaktadır. Aynı şekilde, Amerika Birleşik Devletleri'nde, her bir eyâletin kendine has hükümleri, kanunları ve teşri sistemi bulunduğu görülmekte, böylece, genel bir tedvin faaliyeti düşünüldüğünde herbir eyâlette bir takım pratik engellerle karşılaşacağı anlaşılmaktadır.

İslâm ülkelerine gelince, buralarda da tedvinin karşılaştığı bir takım özel engeller söz konusudur. Bu engellerin başlıcaları şunlardır :

- 1) *İslâm Hukukunun kaynağı meselesi,*
- 2) *İctihad hürriyeti prensibi,*
- 3) *İnanç hürriyeti prensibi.* Bunlara, yine bunların yol açtığı birçok mezhebin, dolayısıyla farklı hükümlerin bulunuşu vâkıası ilâve edilmelidir.

Daha önce zikrettiğimiz üzere, İslâm Hukukunun ilk kaynağı mukaddes metinler (nasslar) dir. İşte bu, devlet başkanlarının, hakimlerin ve fakihlerin, fikhî hükümlerin Kur'ân ve Sünnet nassları dışında

düzenleyici hukuk metinleri haline getirilmesinden kaçınmalarının ilk sebebidir. Önceki başlık altında açıklandığı üzere*, onlar, hakkında nass bulunmayan meselelerde, çoğu zaman «tahlîlî uygulama metodu»ndan hoşlanmıyorlar ve «istikrâ metodu»nu tercih ediyorlardı.

Tedvin konusundaki ikinci güçlük, daha önce üzerinde uzun uzun durduğumuz** ictihad hürriyeti prensibi etrafında düğümleniyordu. Bu, İslâm Hukukunda birçok fıkıh mezhebinin doğuşuna, fıkıh ilminin ve fikhî incelemelerin gelişmesine imkân veren köklü bir prensip olmuştur. Devletin belirli bir mezhebi benimsemesi ve onu resmen bağlayıcı tarzda tedvini halinde, bu, ictihad hürriyetinin kısıtlanması ve kapısının kapatılması demek olacak ve sözünü ettiğimiz ictihadın bir «vecibe» olma vasfına ters düşecekti.

İslâm Hukuk Tarihinde tedvinin karşılaştığı üçüncü önemli güçlük ise, inanç hürriyeti prensibi olmuştur. Bilindiği üzere, İslâmiyet, inanç hürriyetini kabul etmiştir. Buna göre, İslâm Hukuku Ehl-i Kitâb'ın dinî vecibelerini yerine getirmelerine müsaade etmiş, müslümanlarla barış içinde olmaları ve bu barış durumunun «zimme» sözleşmesi ile teyidi şartıyla, onlara tanınan bu müsaadeyi teminat altına almış, hak ve borçlar bakımından onları —prensip olarak— müslümanlarla eşit tutmuştur. Bu konunun tafsilâtına burada girmemiz mümkün değildir.

Bu eşitlik kuralı, —prensip olarak, kanun ve yargı birliği sonucunu beraberinde getirmiş oluyordu. Bununla beraber «zimme ehli» dinî kanun ve mahkemelerini muhafaza muhayyerliğine sahip bulunuyorlardı. İşte bu türden, özellikle şahsın hukuku ve aile hukuku ile ilgili birçok mesele Kilise tarafından hallediliyordu ve bu durum inanç hürriyetinin sonuçları arasında yer alıyordu.

Bu yüzden, şer'î hükümlerin bütün insanlar için tek mezhebe göre tedvini, «zimme ehli»ne özellikle ahvâl-i şahsiyye meselelerinde verilmiş bulunan ve şu âyet-i kerîme ile sabit bulunan muhayyerlik (seçim) hakkı ile çelişmiş olacaktı : «Eğer sana gelirlerse, ister aralarındaki ihtilâfı hükme bağla, ister onlardan yüzçevir. Onlardan yüzçevirirsen, sana hiç bir zarar veremeyeceklerdir. Şayet aralarındaki ihti-

* Yazar, aynı kitapta yer alan «İslâm Hukuku Hükümlerinin Gelişmesi ve Değişmesi Kuralı» başlıklı konferansına işaret etmektedir.

** Yazar, aynı kitapta yer alan «Fikhî İctihad» ve «İslâm Hukukçularının İhtilâfları» başlıklı konferanslarına işaret etmektedir.

lâfı hükme bağlayacak olursan, adaletli hüküm ver; şüphesiz Allah âdil davrananları sever».

İşte bu imtiyazlar, daha önce temas ettiğimiz sebeplere ilâve olarak, İslâm Hukuk Tarihinde tedvini zorlaştıran ve geciktiren âmiller arasında yer alıyordu.

Bununla birlikte, tedvin zarureti zamanla fikir dünyasından varlık dünyasına çıktı; fakat ağır ağır, ihtiyatlı adımlarla ve tedricî bir şekilde. Gerçekten bu hareket farklı merhalelerden geçti. Bu merhaleleri şöylece sıralayabiliriz: Resmen bir mezhebin benimsenmesi merhalesi, bu mezhebe ait kaynak ve teliflerin —bağlayıcı değil ihtiyarî olarak— toplanması merhalesi, bu mezhebin resmî bir şekilde tedvini merhalesi, belirli bir mezhebe bağlı kalmaksızın fikhî hükümlerin tedvini merhalesi ve nihayet birçok Arap ülkesinde söz konusu olan merhale ki, bu da, zaman zaman yabancı kanunlardan ıktibas yoluna gidilmesi şeklinde kendisini göstermiştir.

Şimdi, İslâm Hukuk Tarihinden bu merhalelere ait bazı misaller naklederek çok kısa bir şekilde bu merhalelere temas edeceğiz. Sonra bu merhalelere göre, önemli Arap ülkelerinde —özellikle bağımsız ülkelerde— meydana getirilmiş tedvin mahsüllerine işaret edeceğiz.

Dikkat edilmelidir ki, bu merhalelere ait sıralama, sadece konuyu topluca sunabilme gayesiyle yapılmıştır ve bu merhalelerin birbirleri arasında zaman zaman içişelik sözkonusudur. Başka bir ifade ile, bu sıralamadan sadece genel bir plân elde etmek üzere ve konunun anlaşılmasını kolaylaştırmak maksadıyla faydalanılmış olunacaktır.

*
**

Birinci merhale : Resmen bir mezhebin benimsenmesi merhalesi.

Bu merhale, Hicri 2. asırda Abdullah b. el-Mukaffa' tarafından girilen fakat başarı ile sonuçlanmayan bir teşebbüs ile başladı. Şöyle ki: İbnü'l-Mukaffa', Abbâsî Halifesi Ebû Ca'fer el-Mansûr'a «Risâletü's-sahâbe fî tâ'ati's-sultân» başlığını taşıyan bir rapor sunmuştu. Bu raporunda İbnü'l-Mukaffa', ictihad anarşisini ve ülkedeki hüküm farklılıklarını dile getiriyor, bu duruma bir sınır koymak üzere Kitâb ve Sünnet'ten ve halifenin adalete en yakın, en isabetli göreceği kıyasî hükümlerden almak suretiyle bütün ülkeye şamil bir kanun meydana

getirilmesini teklif ediyordu. Bu raporun bir yerinde aynen şöyle deniyordu:

«Emîrül-mü'mininin (halifenin) şu iki bölgenin —tabîî, diğer bölge ve şehirlerin de— durumları ile ilgili olarak üzerine eğilmesi gerekli hususlardan biri, çok önemli ihtilâflara yol açan birbiri ile çelişkili farklı hükümler meselesidir. Keşke Emîrül-mü'minin, bu farklı hüküm ve tutumların —herbir tarafın Sünnet'ten ve kıyâstan dayandığı delillerle birlikte— derlenip bir kitap halinde kendisine sunulmasını emretse, sonra bunlara bakıp birleştirici ve kesin karakterde bir kitap yazsa; umarız ki Allah, hata ile doğrunun karışımı olan bu hükümleri tek bir doğru hüküm kılar.»

Bir başka deyişle, İbnü'l-Mukaffa' bu teklifi ile Halifeyi, tek bir mezhebi devletin resmî mezhebi olarak tanınması için ikna etmek istiyordu. Fakat onun bu düşüncesi o esnada başarıya ulaşamadı. Şöyle ki: Ebû Ca'fer el-Mansûr, H. 148 yılında, sonra 158 yılında hacca gittiğinde İmâm Mâlik b. Enes'e, tebeasını uymaya mecbur tutmak üzere kendi mezhebini tedvin etmesi teklifinde bulundu. İmâm Mâlik sadece hadis alanına ait olan «el-Muvatta'» isimli kitabını yazdı; fakat diğer fıkıh hükümlerinin tedvin edilmesini ve insanların kendi mezhebine uymaya mecbur tutulmasını kabul etmedi. İmâm Mâlik, Hârûn er-Reşid zamanında da bunu kabule yanaşmadı.

Fıkıh ve Usûlü'l-fıkıh bilgileri tek bir mezhebin resmen benimsenmesi meselesini, belirli bir mezhebe göre hükmetme şartı ile hakimlik görevini üstlenme konusu münasebetiyle ele aldılar. Bazıları bu şekilde üstlenilen görevin bâtil (geçersiz) olduğuna hükmettiler. Diğer bazıları ise, görev sahihtir (geçerlidir), fakat şart bâtildir, dediler.

Bir mezhebin resmen benimsenmesi kanunî ve resmî bir biçimde gerçekleşmiş değilse de, hilâfetin birçok devrelerinde bu durum vâkıa olarak zuhur etti. Çünkü halifeler, vâliler ve hakimler zaman zaman belirli bir mezhebin tarafını tutuyorlardı; bu tarafgirliğin o fıkıh mezhebinin yayılışındaki tesiri ise açık bir biçimde belli oluyordu.

Meselâ, Abbâsîler, özellikle Ebû Hanîfe'nin arkadaşı ve öğrencisi Bağdad Kâdî el-kudât Ebû Yusuf zamanında Hanefî Mezhebinin yayılmasına yardımcı oldular. Fâtımîler de, mezhepleri olan İsmâîlîliği Mısır'da ve Mağrib ülkelerinde* desteklediler. Bu durum m. XI.

* «Mağrib ülkeleri» ifadesi ile, Mısır ve Sudan dışındaki bütün Kuzey Afrika ülkelerini kastedtiğine yazar az sonra işaret edecektir (mütercim).

asra kadar devam etti. Sonra, el-Muizz b. Bâdîs bunu Mâlikî Mezhebi ile değiştirdi. Eyyûbîler ise Mısır'da Şâfiî Mezhebinin tutular, ilh...

Arap halifelikleri devrinde durum buydu. Osmanlılara gelince, onlar Hanefî Mezhebinin tâbii ve destekçisi idiler. Şeyhulislâm ve yardımcılarının büyük çoğunluğunu Hanefîler arasından seçiyorlardı. Nihayet Hanefîlik, realitede bütün idarî ve kazâî ilişkilere hakim mezhep haline geldi.

Onaltıncı asrın başlarında I. Sultan Selim'in hilâfeti zamanında, halife bu realiteyi resmen tesbit etmek istedi. Hanefî Mezhebinin resmen benimsedi ve yayılmasına yardımcı oldu. Bir «fermân» yani padişahlık kararı çıkararak, bu mezhebin, fetvâ ve kazâ işlerinde devletin mezhebi olduğunu ilân etti.

Böylece şeyhulislâm, bütün müftî ve hakimler, Osmanlı Ülkesi'nin her yerinde bu mezhebe göre fetvâ ve hüküm vermekle mükellef tutulmuş oldular. Fakat halk, ibadet konularında kendi mezhebine uymakta serbest bırakıldı.

Mısır'a bir göz atacak olursak, vergi görevinin bazen ve özellikle Eyyûbîler zamanında Şâfiîlerin elinde bazen ise dört mezhebe mensup hakimlerin elinde olduğunu görüyoruz. Son olarak belirtilen bu nizam göre, dört mezhepten herbirinin hakimleri kendi mezheplerine göre hüküm veriyorlardı. Fakat 16. asırda Osmanlılar burayı fethettikten sonra dört hakim nizamını iptal ettiler ve yargı görevi, dört mezhebe göre hükmeden tek bir Türk hakime verildi. Sonra Hidiv Mehmet Ali Paşa zamanında Osmanlı Halifesi diğer Arap ülkelerinde olduğu gibi Mısır'da da fetvâ ve yargının sadece Hanefî Mezhebine göre yürütülmesi yönünde «fermân» çıkardı.

Aynı şekilde, 16. asrın sonlarında, yani Osmanlı fethinden itibaren, devlet, —Tunus ve diğer Mağrib toplumlarının halen birinci derecede mezhebi olarak devam etmekte olan— Mâlikî Mezhebinin yanı sıra Hanefî Mezhebinin de Tunus'un başşehirinde tatbik etti. «Mağrib» kelimesini «Meşrik» (doğu) ülkelerine kıyasla kullanıyor ve bununla Sudan ve Mısır dışındaki bütün Kuzey Afrika ülkelerini kastediyoruz.

Bugün Hanbelî Mezhebi Suudî Arabistan'da ve Zeydî Mezhebi Yemen'de devletin resmî mezhebi sayılmaktadır. Daha önce Osmanlı hakimiyeti altında bulunan Mısır, Suriye, Lübnan, Ürdün ve Irak gibi diğer Arap ülkelerine gelince, buralarda ahvâl-i şahsiyye meselelerinde prensip olarak Hanefî Mezhebi halen resmî mezhep olarak yaşamak-

tadır; tabii ki, buna ilâve olarak yeni tedvin faaliyetlerinde diğer mezheplerden de hükümler alınmaktadır; nitekim az sonra bunlara temas edeceğiz.

Böylece anlaşılmaktadır ki, resmen bir mezhebin benimsenmesi, İslâm Hukukunun tedvininin gerek Arap gerekse Osmanlı ülkelerindeki ilk adımını ve merhalesini teşkil etmiştir.



İkinci merhale : Mezhep hükümlerinin ihtiyarî olarak bir araya getirilmesi merhalesi.

Yöneticiler, resmî mezhebin veya fiilen yaygın bulunan mezhebin hükümlerinin — öğretim sırasında kolaylık sağlamak üzere — toplanmasında fayda mülâhaza ettiler. Bu toplama faaliyeti ihtiyarî idi ve gerek bir mezhebin resmen benimsenmesinden önce gerekse sonra söz konusu olmuştu. Bu yüzden, tedvin merhalelerinin sıralanması esnasında, bu merhalelerden herbirinin kesin bir biçimde diğerini takip etmediğini, bilâkis zaman zaman iççeliklerin bulunduğunu hatırlatmıştık.

Bu toplama faaliyeti ile ilgilenen hükümdarlardan biri Muhteşem Süleyman veya Kanunî diye bilinen Osmanlı Sultanı I. Süleyman'dır. Kanunî, 16. asrın ortalarında, Şeyhülislâm Ebussuûd Efendi'yi çıkardığı kanunları toplamakla görevlendirdi. O, bunları «Sultan Süleyman Kanunnâmesi» diye bilinen bir kolleksiyon halinde birleştirdi.

Yine Ebussuûd Efendi'nin bir başka kolleksiyonu daha vardır ki «Ma'rûzât-ı Ebussuûd» ismiyle meşhur olmuştur. Bu, kendisine arz edilen meseleler dolayısıyla verdiği şer'î fetvâları ihtiva etmektedir ve halâ muteber bir müracat kaynağı niteliğini korumaktadır. Meselâ Lübnan'da zaman zaman vakıf meselelerinde bu fetvalara dayanmaktayız. Bu cümleden olmak üzere, bütün malvarlığı borca batık borçlu kimse meselesini zikredebiliriz. Bu kimse, mallarını vakıf hükümlerine uygun olarak «müebbeden» (zamanla sınırlı olmaksızın) vakfetmek isterse, Hanefî Mezhebindeki hakim görüşe göre, bu, kayıtsız-şartsız caiz kabul ediliyordu. Fakat Ebussuûd Efendi «Ma'rûzât»ında müteahhirin fakihlerinden bazılarının görüşüne uygun olarak fetvâ vermiştir. Buna göre, ğuramâ yani alacaklılar böyle bir durumda borçlularının bu tasarrufunun iptalini isteyebilirler; çünkü onların hakkı, vakıf yoluyla teberru hakkından önce gelmektedir.

Aynı şekilde, Sultan I. Süleyman, İstanbul'da Fatih Sultan Mehmet Camii'nde imam ve hatip olan Şeyh Ahmed el-Halebî'den fıkıh hükümlerini muhtasar bir kitapta toplamasını istedi. Bunun üzerine Şeyh Halebî, Hanefî Fıkıhının dört temel kitabı «Muhtasaru'l-Kudûrî», «el-Muhtâr», «el-Vikaye» ve «el-Kenz» isimli kitaplardaki fikhî meseleleri hulâsa etti. Bunlar arasında İbnü's-Sââtî'nin «Mecma'u'l-bahreyn» isimli eserini niçin zikretmedi, bilemiyorum. Belki bu meşhur metnin yazmasını bulamamış olabilir. Halebî, zikrettiğim metinleri hulâsa halinde cemetmiş ve kitabına «Mülteka'l-ebhur» adını vermiştir.

Bu kitap, şerhleri ile birlikte Hanefî Mezhebinin muteber kitapları arasındaki yerini koruyagelmıştır. En önemli şerhleri «*Mecma'u'l-enhur şerh'u mülteka'l-ebhur*» ve «*ed-Dürr el-müntekaa şerhu'l-mültekaa*» dır.

Kısacası, bu kitap, ilmî ve öğretici özelliğe sahip bir eserdir. Resmî tedvin niteliği yoktur. Fakat özlü, faydalı ve maksadına ulaşabilmiş bir eserdir. Zira bunun telifinde güdülen asıl gaye, fıkıh ilmini öğrenmek isteyenlere mütalâa kolaylığını sağlamaktan ibarettir.

Aynı gayeye, 17. asırda, isminden anlaşılacağı üzere Moğol-Hint hükümdarlarından biri olan Muhammed Evrengzîb Bahâdır Âlemgîr de yöneldi. Bu hükümdar, o zaman ülkesinde hakim olan ve halen Pakistan halkının ve Hintli müslümanların çoğunluğunun tâbi bulunduğu Hanefî Mezhebi'ndeki arapça yazma fıkıh kitaplarından fikhî meseleleri arayıp bulmanın zorluğunu müşahede etti.

Bunun üzerine Sultan Âlemgîr, eş-Şeyh Ahmed Burhân Bürî başkanlığında beş meşhur Hintli âlimden oluşan bir komisyon tayin etti. Kendi ifadesiyle, komisyon üyelerinden, «büyük bilginlerin üzerinde ittifak ettikleri ve fetvâlarında esas aldıkları 'zâhirrivâyeye' hükümleri bir araya getiren bir kitap tasnif etmelerini ve yine bu kitapta bilginlerin hüsnü kabul ile karşıladıkları 'nevâdir' hükümleri de toplamalarını» istedi. Komisyon, genel olarak Hanefî Mezhebinin zâhirrivâyeye eserlerinden nakilde bulunarak «*el-Fetâvâ el-Hindiyye*» veya «*el-Âlemgîriyye*» adıyla bilinen şer'î fetvâlar koleksiyonunu meydana getirdi. Birinci isim, yani «*el-Fetâvâ el-Hindiyye*» veya kısaca «*el-Hindiyye*», eserin meydana getirildiği yere nisbetledir ve gerek kısalığı gerekse telâffuz kolaylığı sebebiyle Arap ülkelerinde bu isimle meşhur olmuştur. Fakat yabancılar ve bu fetvâları tercüme edenler, ikinci isim yani «*el-Fetâvâ el-Âlemgîriyye*» adını kullanmışlardır, ki bu da eserin derlenmesini emreden Sultân Âlemgîr'e nisbetledir.

Bu fetvâların kendilerinden alındığını söylediğim «*zâhirurrivâye*» kitapları, Hanefî Mezhebi hükümlerinin rivâyeti şerefi kendisine ait olan Ebû Hanîfe'nin öğrencisi Muhammed b. el-Hasen eş-Şeybânî'den güvenilir râvilerin naklettiği hükümleri ihtiva eden eserlerdir. Bunlar, altı kitaptır: el-Asl veya el-Mebsût, el-Câmi' es-Sağîr, el-Câmi el-Kebîr, Kitâbu's-siyer es-sağîr, Kitâbu's-siyer el-kebîr ve ez-Ziyâdât. Bunların hepsi el-Hâkim eş-Şehîd tarafından «el-Kâfi» ismiyle tek bir kitapta toplanmıştır. Sonra es-Serahsî bunları yine «el-Mebsût» isimli otuz ciltlik eserinde şerhetmiştir. Bu eser, Hanefî Fıkhının derinlemesine incelenmesi ile meşgul olan kişilerin elden bırakmadıkları matbu kitaplardandır.

«*el-Fetâvâ el-Hindiyye*» kitabı, el-Merğînânî'nin «*el-Hidâye*» isimli eserinin tertibi ile fıkıh konularına göre tertip edilmiş altı ciltlik hacimli bir eserdir. Bilindiği gibi bu kitap, yani el-Hidâye, Hanefiler nezdinde çok meşhur ve muteber bir kaynaktır. Müsteşrikler ve yabancılar nezdinde de büyük bir şöhrete sahiptir. Çünkü muhtasar bir kitaptır, tercümesi diğer hacimli kitaplara nisbetle onlar için kolay olmuştur. Bu eser esasen, aynı müellif Merğînânî'nin «*el-Bidâye*» veya «*Bidâyetü'l-mübtedî*» adını taşıyan daha küçük bir kitabının şerhidir. Gerek «*Bidâye*» gerekse «*Hidâye*»ye çok sayıda şerh yazılmıştır. Hemen hepsi aynı vezinde isimler taşımaktadır: *el-Vikaaye*, *el-Inâye*, *ed-Dirâye*, *el-Binâye*, *el-Kifâte*, *el-Ğâye* gibi.

Bugün «*el-Fetâvâ el-Hindiyye*» koleksiyonu, Hanefî Mezhebi'nin meşhur ve muteber müracaat kaynakları arasında yer almaktadır. Fakat bu, resmî ve bağlayıcı bir tedvin sayılamayacağı gibi, modern tedvinlerde olduğu şekilde müteselsil maddeler halinde tedvin edilmiş de değildir. Bilâkis muâmelâtın yanısıra ibâdât hükümlerini de, gerçek ve pratik hukukî meselelerin yanısıra nazarî ve farazî meselelerin fetvâlarını da ihtiva etmekte, buna ilâve olarak herbir meselede fetvâ için seçilip alınan («muhtâr») görüş veya görüşlerle ilgili şerh ve tafsîlât taşımaktadır.

Bundan sonra, 19. asrın ikinci yarısında Kadri Paşa tarafından Hanefî Mezhebi'ne uygun olarak yapılan tedvin çalışmalarına işaret etmek gerekir. Kadri Paşa, önce «*Mürşidü'l-hayrân li ma'rifet'i ahvâli'l-insân*» ismini verdiği bir medenî kod hazırladı. Bu, Osmanlı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'si tarzında bir eserdir. Fakat Mısır Hükûmeti bunu resmen kabul etmedi ve daha sonra göreceğimiz üzere Fransız Medenî Kanunu'nun tercüme edilmesini tercih etti. Böylece bu eser, sadece ilmi telif türünden bir çalışma şeklinde kalmış oldu.

Yine Kadri Paşa «*Kaanünü'l-adl ve'l-insâf li'l-kadâ' alâ müşkilâ-ti'l-evkaaf*» adıyla vakıflar konusunda da bir kod meydana getirdi. Bu da bağlayıcı değildi. Fakat bugün dahi, vakıf müessesesini tanıyan ülkelerin bazılarında kendisinden istifade edilmekte ve inceleme kolaylığı sağlamak üzere kullanılmaktadır.

Bunlardan başka, Mısır Hükümetinin verdiği görev üzerine Kadri Paşa ahvâl-i şahsiyye konusunda da Hanefî Mezhebi'ne göre bir kod hazırladı ve buna «*el-Ahkâm eş-şer'iyye fi'l-ahvâl eş-shahsiyye*» adını verdi. Bu, bütünüyle, sıhhatli ve çok değerli bir koddur. Üzerine kıymetli şerhler yazılmıştır, en önemlisi merhum Muhammed Zeyd el-byânî'ye aittir. Kadri Paşa'nın bu tedvin çalışmasına hükümet tarafından resmîyet kazandırılmış olmamakla birlikte, resmî mertebesinde sayılmış gerek Mısır gerekse diğer Arap ülkelerinde hüküm için esas alınmıştır. Bugün Lübnan'da, şer'î mahkemelerde, hakkında tedvin bulunmayan birçok durumda —meselâ miras meselelerinde— halâ ona dayanmaktayız.

Bu ve benzeri tasnifler, ihtiyarî olarak yapılan ilmî derleme çalışmalarından ibaretti. Şu halde bunlar, bir mezhebin resmen kabulü merhalesini takip eden veya bazen onunla içiçe bulunan tedvinin ikinci merhalesini teşkil ediyordu. Bu çalışmalar, zaman zaman birinci merhale için yardımcı ve her halükârda şimdi göreceğimiz üçüncü merhale için kolaylaştırıcı rolü oynuyordu.

*
**

Üçüncü Merhale : Bir mezhebin resmen tedvini merhalesi.

Üçüncü merhale, ilk iki merhale için tamamlayıcı safhayı teşkil etti. Şer'î hükümlerin tek bir resmi mezhebe göre belirlenmesi, sonra bunun müracat kaynaklarının sınırlanması ile müteakip adım kolaylaştırılmış oldu. Ki bu da, bu hükümlerin «*tedvin*» adını verdiğimiz, batı kanunları tarzında, müteselsil maddeler halinde ve bağlayıcılık vasfını da haiz olacak şekilde kaleme alınmasından ibaretti.

Osmanlı Devleti, «*Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*» diye bilinen medeni kanunu ve Hanefî Mezhebi'nden alınma diğer Osmanlı kanunlarını tedvin etmekle bu merhaleyi gerçekleştirmiş oluyordu.

Şüphesiz, Osmanlı Devleti bu adımı atarken, Batı ülkelerindeki tedvin hareketinden ve bir sonraki merhalede bir kısmına işaret edeceğimiz

bu ülkelere ait bir çok kanunlardan yaptığı iktibas tecrübesinden etkilendi.

1869 yılında Osmanlı Devleti, İstanbul'da Divan-ı Ahkam-ı Adliyye Nazırı olan Ahmet Cevdet Paşa başkanlığında yedi fakih veya bilginden oluşan bir komisyonu bu iş için görevlendirdi. Komisyonun tayin kararında şöyle deniyordu : «*Bu çalışmanın gayesi, örf ve âdete dayanan meselelerdeki değişiklikleri de göz önünde bulundurarak Hanefî Mezhebî'ndeki «muhtâr kavillere» göre muâmelât hükümlerini tedvîn etmektir.*»

Komisyonun yedi sene süren bir çalışma sonunda meydana getirdiği kod, 1876 yılında «*Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*» adı ile neşredildi. Az sonra işaret edeceğimiz Tunus örneğini istisna edecek olursak, bu, «kanuni hükümler koleksiyonu» veya «müdevvene (kod)» anlamında «*Mecelle*» kelimesinin ilk ve tek kullanılışıdır. Osmanlılarda ve Arap ülkelerinde daha sonra gerçekleştirilen tedvin çalışmaları ise, bu anlamda yani tedvin edilmiş hükümler koleksiyonu anlamında «kanun» kelimesi kullanılmıştır.

Mecelle'nin «kitap»ları yani bölümleri, tamamlandıkça ve uzunca süren bir zaman parçası içinde peyder pey çıkarılan «irade-i seniyye»lerle yani sultan kararları ile ardarda neşredilmiş oldu.

Mecelle, bir «mukaddime» ve onaltı «kitap»a dağılan 1851 madde ihtiva etmektedir. Mukaddime 100 maddeden oluşmaktadır. Birinci madde fıkıh ilminin tarifi ve taksimi ile ilgilidir. Diğer 99 madde ise, «kavâid-i külliye» adı verilen ve İbn Nüceym, es-Süyûtî ve es-Sübki'nin «el-Esbâh ve'n-Nezâir» isimli kitaplarından Ebû Saîd el-Hâdimî'nin «Mecâmi'u'l-hakâik»inden ve benzeri kitaplardan alınmış olan genel hüküm ve kuralları ihtiva etmektedir.

Onaltı «kitâb»a bölünen taksimatı içinde Mecelle, ilk ve en uzun bölümü olan Kitâbü'l-büyû'da alım-satım akdini ve bununla ilişkisi olan meseleleri, ikinci kitab'ta icâre yani kira akdini ve daha sonra diğer akidleri düzenlemiş, ayrıca hacir (kısıtlama) v.b. sözleşme ehliyeti ile ilgili bazı konuları, «el-İtlâf ve'l-ğasb» başlığı altında tasarrufât-ı fiiliyyeyi yani haksız fiil sorumluluğunu yargı, dava ve muhakeme usulü ile ilgili bazı meseleleri ele almış, bu son konuda bazı önemli kurallar koymuştur; meselâ «hakim, kızgın olduğu halde hüküm veremez» kuralı gibi.

Bu kural bana, Lübnan'da geçen bir olayı, yargı mesleği ile ilgili

bir nükteyi hatırlattı. Bir defasında bazı şahitlerin tutumundan ötürü hakimin sabrı taşmıştı. İyice kızmış, sınırları gevşemiş ve avukatların söz hakkını sınırlandırmaya başlamıştı. Bunun üzerine avukatlardan biri kendisine şöyle dedi : «Reis Bey! Davamızı başka bir güne talik etmenizi rica ediyorum.» Hakim bu isteğin sebebini sorduğunda avukat şöyle cevap verdi: «Çünkü Mecelle'nin maddelerinden birinde 'Hakim kızgın olduğu halde hüküm veremez' denmektedir. Eğer siz kızgın olduğunuza kani iseniz, davanın başka güne taliki kanunî ve şerî yönden zorunlu hale geldi demektir». Hakim biraz düşündü, sonra bu nükteye tebessüm etti ve sükuneti geri geldikten sonra kızgınlık göstermeden duruşmaya devam etti.

Mecelle hükümleri, genel olarak Hanefî Mezhebi'nin zâhirurrivaye kitaplarından alınmıştır. «Genel olarak» dedim, çünkü bazı meselelerde örfün değişmesi dikkatle alınarak müteahhirin Hanefîi bilgilerinin görüşü benimsenmiştir.

Mecelle, modern kodifikasyon mahsullerinde olduğu gibi tek bir bölümde borçlarla ilgili genel bir teori koymamıştır. Bunun sebebi, İslâm Hukukunun kendisinden önce gelen Romalı hukukçuların bu alanda yazdıklarından etkilenmemiş olmasıdır. Roma Hukukundakinin aksine, İslam hukukçuları genellikle istikra metodunu kullanmışlar, bütün hukuki meselelerde uygulanabilecek genel prensipler koymaktan sakınmışlardır. (Bu konuyu daha önce açıkladığımdan, tekrar aynı yere dönmeyeceğim). Bundan ötürü, akitlerle ilgili genel kuralların çoğunluğunun muhtelif akitlerle ilgili özel bölümlerde, özellikle «bey» akdine tahsis edilen bölümde yer aldığını görmekteyiz. Yine, cezaî sorumluluk (responsabilité délictuelle) ve bundan doğan tazmin sorumluluğu hükümlerinin «el-ğasb ve'l-itlâf» ve benzeri başlıklar altında serpiştirilmiş olduğunu tesbit etmekteyiz. Fakat sonuç itibarıyla, bu değişik başlık ve maddeler altında yer alan hükümlerden eksiksiz bir genel borçlar teorisi çıkarmak mümkündür.

Mecelle, ibadet meselelerine temas etmemesi, hükümleri bablara ve fasıllara göre tertip edip bunları da müteselsil maddelere ayırması bakımından modern kanunların üslûbunu takip etmiştir. Fakat bazı yerlerde, maddeyi açıklamak üzere zikrettiği detaylarla modern kanunlardan farklılık arz etmektedir. Bunun sebebi İslâm Hukuk Tarihinde kendi türünde ilk kod olmasıdır; bundan dolayı hukuk uygulayıcılarına kolaylık sağlamak üzere bazı açıklamalara ihtiyaç duyulmuştur.

Tek bir mezhebe göre tedvin edilmesinin izahına gelince: Osmanlı

Devleti bu konuda Halifenin emrine itaatin farz oluşu kuralına dayanmıştır. Bu, daha önce açıkladığımız üzere, İbnü'l-Mukaffa' tarafından «Risâletü's-sahâbe»de işaret edilen görüş ile benzerlik göstermektedir. Bundan dolayı, Mecelle'yi tedvin komisyonu sadrazama yani o zamanın başbakanına sunduğu raporu şu ifade ile bitirmişti: «Müslümanların İmâmı (Halife), ictihad konusu olan meselelerde belirli bir görüşe göre amel edilmesini emrederse, artık bu görüşe göre amel edilmesi farz olur».

Böylece, İbnü'l-Mukaffa'nın zamanında fakihleri ikna etmeyen bu gerekçe, Osmanlı Devleti tarafından kabul edilmiş oldu ve Mecelle 1801. maddesiyle bunu şöylece vurguladı: «...Ve kezâlik bir müctehidin bir hususta re'yi, nâsa erfak ve maslahat-ı asra evfak (toplumun ve çağın ihtiyaçlarına daha uygun) olduğuna binâden anın re'yi ile amel olunmak üzere emr-i sultânî sâdır olsa ol hususta hakim ol müctehidin re'yi-ne münâfi diğer bir müctehidin re'yi ile amel edemez, ederse hükmü nâfiz olmaz».

Kısacası, İbnü'l-Mukaffa'nın Abbâsî Halifesi Ebû Ca'fer el-Mansûr'a yaptığı ve o günlerde kabul ettirmeyi başaramadığı teklifi, Osmanlı Halifeleri bin küsur sene sonra uygulamış ve buna medenî kanunları Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye'de bağlayıcı bir madde olarak yer vermiş oldular.

Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye, yayınlandığı zaman Türkiye'de ve Arap Yarımadası'nın merkezi ile Yemen ve Mısır hariç olmak üzere Osmanlı hakimiyeti altında bulunan ülkelerde uygulandı. Libya'da yahut Trablusgarb'ta 1912 yılında İtalyan İhtilâlinin başlamasına kadar yürürlükte kaldı. Diğer ülkelerde de I. Dünya Savaşından sonra bir müddet yürürlükte kaldı; fakat daha sonra bu ülkelerde peşpeşe yürürlükten kaldırıldı.

Türkiye'ye gelince, bu ülke, muâmelât alanında İslâm Hukukundan ayrıldı. *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye*'yi ve gerek İslâm Hukukundan gerekse Avrupa kanunlarından alınma diğer Osmanlı kanunlarını terketti. Bunları, Batı kanunlarından özellikle İsviçre'den harfiyen tercüme kanunlarla değiştirdi. Meselâ, önemli bir değişiklik yapmaksızın İsviçre Medenî Kanununu, İsviçre Federatif Borçlar Kanununu ve yine İsviçre'nin Neuchâtel Kantonu'na ait Medenî Yargılama Usûlü Kanunu'nu kabul etti. Aynı şekilde, Alman Ticaret Kanunu'nu ve İtalyan Ceza Kanunu'nu ilh. aldı.

Sonra Mecelle, az sonra tafsîlâtını vereceğimiz üzere, tatbik edil-

mekte olduğu diğer Arap ülkelerinde de peşpeşe yürürlükten kaldırıldı. Bugün Hâşimî Ürdün Krallığı hariç tamamen yürürlükte olduğu bir ülke kalmamıştır. Bu ülkede de birçok değişiklik, izah ve ilâve ile birlikte yürürlükte dir.

Mecelle'nin, yürürlükten kaldırıldığı Arap ülkelerinde, sadece, kendi yerine geçen yeni kanunların temas etmediği bazı hükümlerde etkisi devam etmektedir. Meselâ Lübnan'da tam anlamıyla bir dizi modern kanunlar çıkarılmış olmakla beraber, halâ bazı değişikliklerle birlikte *hacr* (kısıtlılık) meselelerinde Mecelle'yi tatbik etmekteyiz. Çünkü yeni Lübnan kanunları bu meselelere temas etmemiştir. Bilindiği üzere, yeni kanun, eski kanundan ancak kendisi ile çatışan, zıt anlam taşıyan veya muhtevası ile uyuşmayan hükümleri yürürlükten kaldırır.

Böylece, üçüncü merhaleyi yani bir mezhebin resmen tedvini merhalesini gözden geçirmiş olduk. Gördük ki, İslâm Hukuku hükümlerinin tedvini meselesi güçlüklerle karşılaşmış olmakla beraber, pratik faydaları dikkate alınarak sonunda tedvin olayı gerçekleşmiş oldu. Fakat az az, ağır ağır ve ihtiyatlı adımlarla: Devlet önce, tedvine gitmeksizin bir mezhebi resmen tanıyor, sonra bu mezhebe ait telif ve müracaat kaynaklarını toplamaya yöneliyor ve nihayet bu mezhebi resmen tedvin ediyor.