

MARMARA ÜNİVERSİTESİ
İLÂHİYAT FAKÜLTESİ
DERGİSİ

SAYI : 4

İstanbul — 1986

İSLÂM HUKUKUNUN TEDVİNİ (II) (*)

Prof. Dr. Subhî MAHMASÂNÎ

Terceme: Doç. Dr. İbrahim Kâfi DÖNMEZ

İslâm hukukunu tedvinî ile ilgili konferansımın bu ikinci bölümünde, fıkhnın dördüncü tedvin merhalesine geçmezden önce, aramızda bulunan Moritanya'lı kardeşlerimi özel olarak selâmlamak ve bu vesile ile bir hususa işaret etmek istiyorum. Daha önce bazı ülkelerde belirli bir mezhebe göre takib edilen kitaplar hakkında söylediklerime ilave olarak belirtmeliyim ki, bu ülkede (Moritanya'da) Mâlikî mezhebine uyulmakta ve özellikle —hepinizin tanıdığı— meşhur «Muhtasar'ı Sîdî Halil» isimli esere dayanılmaktadır. Bu noktayı bana hatırlatan ve bu ilaveyi yapmama vesile olan dostum Sayın İbrahim Abdülbâkî'ye teşekkürlerimi sunarım.

Şimdi fıkhnın tedvininin dördüncü merhalesine geçiyorum.

- Bu yazı, Dr. Subhî Mahmasânî'nin 1961 yılında Tunuslu hukukçura verdiği konferanslardan birinin tercümesi olup, birinci bölümü Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisinin 3. sayısında (İst., 1985, s. 313-328) yayılanmıştır. Söz konusu Konferansları topluca ihtiva eden esere ve konferansın orijinal başlığına birinci bölümün dipnotunda işaret edilmiştir. Burada İslâm ülkelerindeki kanunlaştırma ile ilgili olarak verilen bilgiler ele alınırken, konferans tarihinin 1961 yılı olduğu dikkatten kaçırılmamalıdır. (Mü-tercim)

Dördüncü Merhale: Değişik mezheplerden seçimler yapma merhalesi.

Bu merhalede, birinci ve üçüncü merhalelerde karşılaşılan problemin aynısıyla yani tek mezhep konusunda ülülemrin (devlet başkanının) emrine uymanın zorunluluğu problemiyle karşılaşmıştır. Çünkü bu zorunluluk tek bir mezhep içindeki farklı görüşlerden birine uyma hususunda olduğu gibi, değişik mezheplerden seçimler yapma noktasında da sözkonusudur.

Şüphesiz İslâm hukukundaki ictihad hürriyeti prensibi, tek bir mezhebe bağlanıp kalmama ve ittiba (ikna olup uyma) yoluyla bütün mezhepler içinden en uygun olan görüş veya mezhebi seçip alabilme sonucunu beraberinde getirir. Zira, söylediğim gibi İslâm hukuku «uçsuz bucaksız engin bir deniz»dir. O tek bir mezhep ile sınırlanamaz ve tek bir mezhepten ibaret sayılamaz. Aksine o, bütün bu mezheplerin ve görüşlerin toplamından oluşan orijinal ve yekvücut bir hukuk sistemidir.

İşte, bu değişik mezheplerden seçimler yapma işi, İslâm hukuku hükümlerinin tedvini tarihinde yeni bir merhale teşkil etmiştir. Gerek Osmanlı Devleti gerekse Arap ülkeleri, ahvâl-i şahsiye konularını ve İslâm hukukundan alınma diğer bazı hukuk hükümlerini kanunlaştırırken bu metodu takip etmişlerdir.

Mesela Tunus, henüz Fransız yönetimi altına girmeden ve Osmanlı Devleti sitayişle bahsettiğim «Mecelle»sini ortaya koymadan önce, 1861 yılında «Mecelletü'l-cinâyât ve'l-ahkâm er-urfiyye» isimli bir kod düzenlemiştir. Bu, dayanağını aynı sene çıkarılan Tunus Anayasasında (Düstûr'u ahdi'l-emân) bulan bir koddur. Onu önceki merhalede zikretmedim, çünkü o tek mezhep ile yetinmemektedir. Bu kod esas itibariyle Mâlikî mezhebine göre tedvin edilmiş ise de, bazı cüzî meselelerde Hanefî mezhebi hükümlerini almıştır. Bu bakımdan ona bu dördüncü merhale içinde işaret etmiş bulunuyorum¹

Osmanlı Devleti de, —daha önce işaret ettiğim üzere— Hanefî mezhebinden alınmış olan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'ye dahil edilmeyen ahvâl-i şahsiye hükümlerinin tedvininde bu metodu takip etmiştir. Ahvâl-i şahsiye konularından olan ve dokuzuncu «kitâb» da yer alan hacr bahsi, küçüklerin ve diğer sınırlı ehliyet-

1 Bu bilgileri verme lütfunda bulunan Profesör İbrahim Abdülbâkî'ye teşekkür ederim.

liler ile ehliyetsizlerin ehliyet durumlarına ait hükümler bir yana bırakılacak olursa, Mecelle, evlenme, boşanma, tefrik, nafaka, nesep, evlâtlık edinme, velâyet, vesâyet ve çocuğun bakımı gibi aile hukuku konularını düzenlememiştir. Aynı şekilde günümüz ahvâl-i şahsiye kanunlarında yer alan miras, vasiyet, mefkud (kaybolmuş kişi), vakıf ve benzeri konulara Mecelle temas etmemiştir.

İşte bu yüzden, ahvâl-i şahsiye meselelerinin tedvini, diğer meselelerin tedvininden, özellikle Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'de yer aldığı üzere mâlî ilişkilere ait meselelerin tedvininden daha ağır adımlarla olmuştur.

**

Bu tedvin önce cüz'î bir şekilde ve belirli meselelerle sınırlı olarak başladı. Çünkü Hanefî mezhebi içindeki görüşlerin en üstün olanına uyma hususunda büyük sıkıntı çekiliyordu. Önce 1916 yılında iki «irâde-i seniyye» yani Osmanlı padişahına ait iki kanun onayı çıktı. Bu kanunlar, Hanefî mezhebinin «zâhirurrivâye» görüşlerine aykırı ve diğer İslâm hukuk mezhep veya görüşlerine uygun olarak evlilikte karının talebi üzerine iki durumda ayrılığa hükmedebilme imkânını getiriyordu: 1) Kocanın, kariya nafaka bırakmadan gıyabı 2) Kocanın bazı önemli hastalıklara tutulması.

Bunun dışında ahvâl-i şahsiye meseleleri, Osmanlı ülkesinde 1917 yılında «Hukuk-ı Aile Kanunu» çıkıncaya kadar tedvin sahasının dışında kaldı. Bu kanun ise, gerek müslümanlar gerekse hıristiyanlar ve yahudiler için kendi dinlerine ve geleneklerine göre evlenme ve ayrılma hükümlerini ihtiva ediyordu.

Bu kanun, hernekadar müslümanlar hakkında esas itibariyle Hanefî mezhebine dayanmakta ise de, bir çok meselelerde diğer İslâm mezheplerinden iktibasta bulunmuştu. Faydalı olacağı düşüncesi ile bunlardan bazılarını misal olarak zikredeceğim:

1) Hanefî mezhebi, mükrehin (zor altında tasarrufta bulunan kişinin) evliliğini ve boşamasını aynı şekilde sarhoşun boşamasını geçerli sayıyordu. Halbuki —bildiğiniz üzere— bu tasarrufların geçerli sayılmasında aile varlığı için zarar ve sıkıntı var-

dır. Diğer mezheplerin imamları ise bu hususta (*) Hanefi mezhebinin görüşünü paylaşmamışlardır. İşte sözünü ettiğimiz yeni kanunun bu meselelerde diğer İslâm hukukçularının görüşlerini alması isabetli olmuştur. Böylece, kanun, mükrehin evliliğinin fâsid, boşamasının bâtil olduğuna, sarhoşun da boşamasının butlanına hükmetmiştir.

2) Yeni kanun, Mâlikî mezhebine uyarak, şiddetli geçimsizlik halinde taraflardan birinin talebiyle karı-kocanın tefrikinde hükmedilmesi imkânını getirmiştir. Böylece kanun, Hanerî mezhebine muhalefet etmiştir. Çünkü Hanefi mezhebinde boşama hakkı sadece koca tarafından kullanılabilir veya kullandırılabilir. Bu hakkın başkasına kullandırılması ise iki şekilde olabilir: 1) Koca tarafından kadına ya evlilik akdi sırasında veya akid sonrasında istediğinde ayrılma yetkisi verilir, 2) Koca tarafından, hâkim, şiddetli geçimsizlik halinde boşamaya yetkili kılınır. Fakat çok şiddetli geçimsizlik olsa bile, Hanefilere göre, koca tarafından bu yetki verilmeksizin («tefvîd» olmaksızın) hakim tarafları tefrik edemez. Oysa bu hükümde aile için sıkıntı, kadın için haksızlık vardır. Mâlikî mezhebi bu imkânı tanımakla, yeni kanun da bu ictehadı almakla isabet etmiştir.

3) «Mefkûd» koca yani kaybolan ve kendisinden hiç haber alınamayan, ölü mü sağ mı olduğu bilinemeyen koca hakkında da yeni kanun Mâlikî mezhebine ve aynı görüşü paylaşanların mezhebine uymuş, Hanefî mezhebinin dışına çıkmıştır. Şöyle ki: Bütün aramalara rağmen sonuç alınamayıp kocasından nafaka tahsil edememesi veya yaşayıp yaşamadığına dair haber alabilme ümidinin yitirilmesinden itibaren dört senenin geçmesi ve şayet koca savaşta kaybolmuş ise harbin bitip muhariplerin ülkelerine dönmelerinden sonra bir yılın geçmesi halinde karının hakimden tefrik talep edebilmesi imkânını getirmiştir.

4) Bu kanun, Hanefi mezhebindekine aykırı olarak ve mensubu kalmamış mezhep sahiplerinden İbn Şübrüme'nin görüşü ile Ebû Bekr el-Essamm'ın görüşüne uyarak velilerin küçükleri ev-

* Yazar, bu cümlede sadece mükrehin tasarruflarını kastedmiş olmalıdır. Çünkü sarhoşun talakının geçerliliği konusunda büyük çoğunluk Hanefilerin kabul ettiği sonucu kabul etmektedir (Mütercim).

lendirebilme yetkisini kaldırmıştır. Yine, İmam Şâfiî'nin görüşüne uygun olarak, akıl hastalarının evlendirilmelerini yasaklamıştır.

İşte bu ve benzeri hükümler İslâm hukukunun tedvini tarihinde ve ictehad müessesesinin geliştirilmesinde yeni bir merhaleyi şekillendirmektedir. Bu merhale, bütün hükümleri ile tek bir mezhebe sınımsız bağlanıp kalmayı bırakıp herbir hukuk kuralının konmasındaki asıl hikmetin araştırılmasını ifade eder ki, araştırılması gereken bu aslî hikmet, kulların menfaat, kurtuluş ve saadetlerinin nasıl gerçekleştirileceği hususudur. Başka bir ifade ile bu merhale, bütün İslâm mezheplerinin tek bir hukuk sisteminden uzayıp gelişmiş dallar olarak kabul edilmesi ve daha önce açıkladığımız gibi «imamların ihtilâfında ümmet için rahmet bulunduğ» kaidesine uyularak bu mezheplerden belirtilen ihtiyaca en uygun görüşün seçilmesi anlamına gelmektedir.

Fakat bu Osmanlı Hukuk-ı Aile Kanununun I. Dünya Savaşı'nın bitiminden az önce çıkmış olması, onun Arap ülkelerinde uygulanmasının kısa bir süre ile sınırlı kalmasına sebep olmuştur. Çünkü bu dönemde İtilâf Devletleri Arap ülkelerini işgale başlamışlar ve bu ülkeler o sırada fiilen Osmanlı devletinden ayrılmışlardır.

Böylece, meselâ Lübnan'da, bu kanun ilk çıktığı zaman uygulanmamıştır. Fakat daha sonra 1942 yılında çıkarılan Lübnan şer'î mahkemelerinin düzenlenmesi ile ilgili kanun gereğince sünî müslümanlar için uygulanmaya konmuştur ve hâlâ uygulanmaktadır.

Mezkûr Hukuk-ı Aile Kanunu, Suriye'de —yakında işaret edeceğimiz üzere— yeni Suriye Ahvâl-i Şahsiye Kanunu çıkınca ya kadar uygulanmıştır.

Gerek Suriye gerekse diğer Arap ülkeleri, İslâm hukuku ile ilgili tedvinlerinde, bu yeni metodu yani değişik mezheplerden seçimler yapma metodunu uygulamışlardır. Şimdi Mısır, Lübnan, Ürdün, Suriye, Tunus ve Irak'taki bu tedvin çalışmalarından kısaca söz edeceğiz.



Önce Mısır'dan başlayalım. Osmanlı fethinden itibaren burada şer'î yargı Hanefî mezhebine göre yürütölmekteydi. Fakat 1920 tarihli kanun, nafaka, iddet, mefkud, tefrik konularındaki bazı me-

selelerde az önce verdiğimiz misallerde olduğu gibi Osmanlı Hukuk-ı Aile Kanunu tarzında yürünerek İmam Mâlik, İmam Şâfiî ve diğerlerinin mezheplerine göre hüküm verilmesi hususunu kanunlaştırdı.

Sonra 1929 yılında çıkarılan bir kanun ile Mısır, eşler arasındaki şiddetli geçimsizlik sebebiyle talak ve tefrik, kocanın kaybolması veya hapsedilmesi sebebiyle hakim tarafından boşama, nese davası, nafaka, iddet, mehir, mefkud, hıdâne yaşının uzatılması gibi konularla ilgili diğer bir takım meselelerde de aynı tertibi ve aynı metodu takip etti.

Daha sonra, gerek Mısır'ın istiklâlinden hemen az evvel gerekse istiklâli takiben, hükümet, yeni kanunlar tedvinini konusunu ele alırken, ahvâl-i şahsiye hükümlerinin tedvinini de kararlaştırdı. Bu gâye ile 1936 yılında bir komisyonu görevlendirdi ve maslahat esasına göre bütün muteber mezheplerden hükümler alma hususunda komisyona yetki verdi.

Komisyon da çalışmasında bu metodu takip etti. Fakat bu dala ait bütün hükümleri tek ve kapsamlı bir kod içinde derlemedi. Sürat ve çalışma kolaylığı sağlayabilmek maksadıyla, ahvâl-i şahsiye dalına giren alt dalların herbiri için ayrı ayrı kodlar hazırlandı. Bu çalışmaların sonucu olarak 1943 yılında Miras Kanunu, 1946 yılında Vakıflar Kanunu ve Vasiyet Kanunu çıkarıldı.

Miras Kanunu belirtilen metoda göre hazırlanmıştır. Hanefî mezhebi ve Kadri Paşa'nın Kanunu esas alınmış, sonra bazı meseleler, başka mezheplere göre değişikliğe tabi kılınmıştır. Şimdi, bu tür meselelerden bir kaçına işaret edelim:

Mesela, bu kanun, gayri müslimler arasında bile «ihtilâfu'd-dâreyn»i, başka ifade ile tâbiyyet farklılığını miras manilerinden saymama hususunda Şâfiî mezhebine dayanmıştır. Yine aynı kanun, kasten adam öldürmeyi miras manilerinden kabul etmekle birlikte hata ile öldürmeyi miras manii saymamıştır. Bu hüküm Mâlikî mezhebine uygundur. İmam Ebû Hanîfe'nin mezhebine göre ise, öldürme «sebebiyet» yoluyla değil «doğrudan» meydana gelmişse yani öldürülen ile öldürme aracı arasında başka bir sebep girmemişse, ister kasten ister hata ile olsun, öldürme miras manilerinden sayılır. «Hamî» müddetinin yani karının gebe kalma süresinin azamî sınırını tesbit hususunda da yeni kanun bir yıl hükmünü getirerek Mâlikî mezhebine uymuştur. Hanefîlerde bu süre iki senedir.

1946 tarihli Vakıflar Kanunu da bir çok meselede, Hanefî mezhebindeki «müftâ bih» (fetvâda esas alınan) görüşe aykırı hükümler getirmiştir. Meselâ, bu kanun, vârislerin dışındakiler lehine yapılacak vakıf tasarrufunda nisabı terikenin üçtebiri ile sınırlamıştır. Yani, vasiyette olduğu gibi, vakfedilecek şeyin kıymetinin de borçlardan sonra geriye kalan net terikenin üçtebiri ni aşmamasını gerekli kılmıştır. Bu ise Hanefî mezhebindeki muhtar görüşe aykırıdır.

1946 yılında çıkarılan yeni Vasiyet Kanununa gelince, bunda da, Hanefî mezhebindeki «tercih edilmiş» görüşten farklı bir çok ifade ve hüküm yer almıştır.

Bu tür hükümlerden biri, vâris lehine vasiyet yapabilme imkânının sağlanmasıdır. Bu hüküm bütün sünî mezheplere aykırıdır. Ca'ferî mezhebine uygun düşmektedir. Burada işaret etmek isterim ki, bu alanda yazan bazı bilginler bu kanunu tenkit etmişler ve İmam Ca'fer es-Sâdık'ın vâris lehine vasiyeti sadece ihtiyaç hâlinde yani fakir ve maddi sıkıntı içinde olan vâris için kabul ettiğini söyleyerek bu açıdan kanunun isabetsiz olduğuna dikkat çekmişlerdir. Kanunun bu konudaki düzenlemesi ile ilgili olarak şunu da ekleyelim: Kanun, ister vâris isterse başkası lehine olsun, vasiyet nisabını yani vasiyete konu olabilecek miktarı terikenin sadece üçte biri ile sınırlı tutma kuralını aynen korumuştur.

Bu kanunun Hanefî mezhebine aykırı olarak ve diğer sünî mezheplere uyararak getirdiği hükümlerden bazıları ise şunlardır: a) Lehine vasiyet olunan kişinin vasiyeti kabul veya reddetmeden önce ölmesi hâlinde vârislerin onun yerine geçmeleri. b) Vasiyetin örfî veya resmi yazılı bir sözleşme ile düzenlenmesi şartı. (Esbâb-ı mucibe lâyihasında bazı Mâlikîlerin teberruda yazılı sözleşmeyi şart koştukları görüşü nakledilmiş olup, bu meselede onların görüşü alınmıştır). c) Mâlikî mezhebine uygun olarak, sadece kasten öldürmenin vasiyeti hükümsüz kılması, hata ile öldürmenin vasiyete zarar vermemesi. d) Menfaatler hakkında yapılan vasiyetin değerlendirilmesinde Şâfiî mezhebine dayanılması, yani «mûsâ bih» (vasiyetin konusu), bir malın aynı değil de menfaati ise bunun kıymetinin takdirinde Şâfiî mezhebindeki usûle uyulması.

Yine Hanefî mezhebine aykırı olarak kanun, Zâhirî mezhebinden alınan «vacip vasiyet» hükmünü kabul etmiştir. Gerçekte bu vacip vasiyet, bir çok meselede ortaya çıkan olumsuz durumu

ortadan kaldırmak üzere tutulan hile-i şer'îye benzeri bir yoldur. Şöyle ki: Bir kimse geride bir oğul bir de kendinden önce ölmüş oğlunun çocuklarını bırakarak vefat etse, bu torunlar ona mirasçı olamayacaklardır, çünkü hayattaki oğul onları hacbetmektedir (mirasta devre dışı bırakmaktadır). Bir başka anlatımla sağ olan oğul torunların amcasıdır ve mûrise onlardan daha yakındır. Bu durumda mûris olanlar lehine —tasarruf nisabı olan üçtebir ile sınırlı kalmak kaydı ile— vasiyette bulunabilir, lehine vasiyette bulunanlar mirasçı olamadıklarından dolayı bu caizdir. Başta İbn Hazm («el-Muhallâ» isimli eserinde) olmak üzere Zâhirî mezhebi imamı ise, şu âyet-i kerimeye dayanarak böyle bir durumda vasiyette bulunmayı vacip kabul etmişlerdir: «Sizden birine ölüm gelip çattığı vakit, —eğer mal bırakacaksa— ana, baba, ve yakınlar lehine meşru bir şekilde vasiyette bulunmak, Allah'tan korkanlar üzerine bir borç olarak yazılmıştır (farz kılınmıştır)» (el-Bakara, 2/180).

Vacip vasiyet prensibi gereğince, mûris böyle bir durumda oğlunun çocukları lehinde vasiyette bulunmayı unutmuşsa, onlara bilfiil mûris vasiyette bulunmuş gibi vasiyet ayrılır. İşte 1946 tarihinde çıkarılan Mısır Vasiyet Kanunu da bu şekilde hükmetmiştir. Nitekim kanuna göre, şayet müteveffa kendisinden önce veya kendisiyle beraber ölmüş olan oğlunun ferileri lehine —oğul onun ölümü sırasında sağ olsaydı— terikeden alacak olduğu pay kadarlık bir vasiyette bulunmamışsa, bu feriler lehine belirtilen pay kadar ve terikenin üçtebiri sınırında kalmak üzere vasiyette bulunması vacip olur.

Mısır'daki durumdan sonra şimdi Lübnan'a gözatalım.

Lübnan'da, hâlen, maradu'l-mevt (*) konusunda, küçüklerin, akıl hastalarının, sefihlerin (**) ve benzerlerinin kısıtlanması ile

* Maradu'l-mevt, değişik tariflere tabi tutulmuş ise de, genellikle üzerinde birleşilen unsur, hayattan ümit kestiren ve ölümle sonuçlanan hastalık olmasıdır. Meselâ bkz. MECELLE, madde: 1595 v.d. (Mütercim)

** Sefih, yaşça yetişkin ve akli meleke açısından temyiz kudretine sahip olduğu halde, malında reşid kişiler gibi tasarruf edemeyen kimsedir. Meselâ bkz. MECELLE, madde: 946, 990 v.d. (Mütercim).

İlgili meselelerde «Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye»; aile hukuku meselelerinde ise Ehl-i Sünnetten olan müslümanlara «Osmanlı Hukuk-ı Aile Kanunu» uygulanmaktadır. Esasen bu kanun, kendisinin, hıristiyanlara ve yahudilere de tatbik edileceği hükmünü taşıyordu; fakat Lübnan hükûmeti kanunun onlara tatbikini durdurdu ve herbir cemaate kendi ruhânî mahkemelerini muhafaza edip kendilerine örfleri ve dinî kanunları tatbik etme hakkını verdi.

Lübnan'da, değişik İslâm mezheplerinden alınma bazı özel kanunlar da çıkarılmıştır. Bazı durumlarda vakfın sona erdirilebileceğini kabul eden ve daha bir çok meselede Hanefî mezhebine aykırı hükümler taşıyan 1947 tarihli Zürrî Vakıflar Kanunu bunlardandır.

1942 yılında çıkarılan Şer'î Mahkemelerin Tanzimi Kanununda da, —özellikle isbat vasıtaları ile ilgili meselelerde— değişik mezheplerden alınmış hükümler bulabilmekteyiz. Mesela, bu kanun, Hanefîlerin görüşüne aykırı olarak, davalının yemini davacıya geri çevirmesine imkân sağlamış ve davacı iddiasının doğruluğuna dair yemin etmedikçe sırf davalının yeminden çekinmesine dayanılarak hüküm verilemeyeceği esasını getirmiştir. Bunun manası şudur: Şayet davacı, davalının iddia edilen borcun bulunmadığına dair yemin ettirilmesini talep edip de davalı yeminden çekinirse, hâkim —Hanefî mezhebinde olduğu gibi— bu çekinmeye dayanarak davacı lehine dava konusuna hükmedemeyecek, buna ilave olarak, davacıya iddiasının doğruluğuna dair yemin ettirecektir.

Yine bu kanun, Hanbelî mezhebine ve diğer bazı mezheplere uygun olarak, Hanefî mezhebinde bilinmeyen «ikrarın bölünemezliği» hükmünü getirmiştir. Bu, davalının dava ile ilgili cevabında, ikrarının bir kısmını alıp diğer kısmını terketme yoluna gitmeksizin bir bütün olarak alınması demektir.

Ürdün Hâşimî Krallığındaki İslâm hukuku kodlarına gelince, bunların ilki 1927 yılında çıkarılan Aile Kanunudur. Bu 1951 tarihli başka bir kanunla değiştirilmiştir.

Bu kanun, genel olarak, Osmanlı Hukuk-ı Aile Kanunundan ve işaret ettiğim Mısır Kanunlarından iktibas edilmiştir. Bunların hepsi —bilindiği üzere— değişik İslâm mezheplerinden alın-

mıştır. Fakat kanunda belirtilenlerin dışındaki meselelerde, Ürdün Kanunu da, sözünü etmekte olduğumuz ülkelerin büyük çoğunluğunda olduğu gibi ;kanunda aykırı bir hüküm bulunmadıkça Hanefî mezhebinin tatbik edilmesi esasını getirmiştir.

**

Osmanlı Hukuk-ı Aile Kanunu Suriye'de de, 1953 yılında Suriye Ahvâl-i Şahsiye Kanunu çıkıncaya kadar yürürlükte kalmıştır. Bu yeni kanun, aile düzenine ilişkin hükümlerin yanısıra, diğer bütün ahvâl-i şahsiye meselelerini, özellikle miras, vasiyet, nafaka, velâyet ve benzeri konuları da kapsamına almıştır.

Suriye Kanunu, esasen Hanefî mezhebine dayanmakla birlikte, belirttiğimiz yeni metoda uyarak diğer Sünnî İslâm mezheplerinden de hükümler almıştır. Bu kanunun önemle üzerinde durduğu ve Hanefî mezhebine aykırı olarak düzenlediği bazı hükümlere işaret etmek üzere: Evlenme ehliyetine ait yaşın değiştirilmesi, mehir miktarının sınırlandırılması, boşamanın kayıtlara tabi tutulması; talak yetkisini kötüye kullanan, meselâ şer'an makbul bir sebep yokken boşama tasarrufunda bulunan koca aleyhine tazminata hükmedilebilmesi; nafaka ödememe, şiddetli geçimsizlik ve şer'an geçerli diğer bazı sebeblere dayanarak tefrik meselelerini zikredebiliriz.

Bu kanun, gebelik süresinin azamî sınırını da Hanefî mezhebine aykırı olarak ve Mâlikî mezhebine uyarak bir güneş yılı olarak tesbit etmiştir. Daha önce söylediğimiz gibi Hanefî mezhebinde bu süre iki yıldır. Tabîî bu görüş vâkıya ve ilmî verilere uymadığı gibi başka bir çok mezhebin ictihadlarına da uygun değildir.

Yakınlık nafakasının takyidi, az önce açıkladığım vâcip vasiyet hükmünün kabulü, bazı miras kurallarının değiştirilmesi de bu kanunda yer alan yeniliklerdendir.

**

Tunus hakkında konuşmak istemiyordum, çünkü siz bunları benden daha iyi bilmektesiniz. Fakat konunun bütünlüğünü korumak bakımından Tunus'taki İslâm hukuku kodlarına kısaca işaret etmem gerekiyor.

Daha önce önemine değindiğim ve bu alandaki kodların ilki olması sebebiyle diğerlerinden önce zikrettiğim kod, Fransız yönetimi altına girmezden az önce ancak kısa bir süre tatbik edilebilmiştir. Bu, daha sonra 1906 yılında «Mecelletü'l-iltizâmât ve'l-ukûd» adıyla çıkarılan bir kodla değiştirilmiştir. Bu sonuncusu, —değişik mezheplere, özellikle Mâlikî ve Hanefî mezheplerine dayanmakla beraber— esas itibriyle İslâm hukuku hükümlerine göre hazırlanmıştır.

Yeni Tunus Ahvâl-i Şahsiye Koduna gelince, bu, 1956 yılında çıkarılmış ve 1957 yılının başında yürürlüğe konmuştur. Genel olarak Mâlikî mezhebine göre düzenlenmiş ise de, bazı meselelerde diğer İslâm mezheplerinden de hükümler almıştır.

Bu kanunda dikkatimi çeken hususlardan biri —sizin benden önce görüp bildiğiniz— çok kadınla evliliğin yasaklanması hükmüdür. Bu hususa bir sonraki konferansında özel olarak temas edeceğim.

Kanunun dikkat çeken diğer bazı hükümleri şunlardır: Temyiz yaşının onüç, rüşd yaşının ise yirmi olarak tesbiti; mahkeme dışında boşamaya imkân tanımaması; —Zâhirî mezhebine uygun olarak— malî bulunması halinde kadının da ailenin ortak harcamalarına katılmakla mükellef tutulması...

Bu kod, 1959 yılında Mâlikî mezhebine aykırı olarak ve diğer bazı İslâm mezheplerine dayanılarak vasiyetler ve «redd» hususunda çıkarılan kanunla ikmal edilmiştir. Bu kanun, daha önce açıkladığım vâcip vasiyet hükmünü kabul etmiş, mirasta —Mâlikî mezhebince maruf olmayan— farz sahiplerine «redd» usulünü getirmiştir. Bir İslâm hukuk terimi olarak «redd», «farz sahipleri» diye bilinen imtiyazlı varislerin hisselerinden arta kalan miktarın, «asabe» diye isimlendirilen yakınların bulunmaması hâlinde yine farz sahiplerine verilmesi demektir. Bunun ötesinde, kanun, bazı mezheplere ve özellikle Ca'ferî mezhebine uygun olarak, mirasta kıza veya oğlun kızına «redd»in gerekliliğine ve bu reddin kardeşlik ve amcalık düzeyindeki «asabe binnefs»e ve devlet hazinesine dahi takdim edilmesine hükmetmiştir.

**

Irak'ta, Hanefî mezhebi, Sünnî, şer'î yargının resmi mezhebi idi. Bunun yanı sıra, bazı durumlarda kariya tefrik isteme hakkı

veren ve az önce sözünü ettiğimiz 1916 tarihli iki Osmanlı İrâde-i Seniyesi (padişah buyruğu) de tatbik edilmekteydi.

1917 yılında Osmanlı Hukuk-ı Aile Kanunu çıktığında, bu kanun, o sırada Irak'ın Osmanlı Devletinden ayrılması ve İngiliz istilâsı sebebiyle bu ülkede uygulanmadı.

1959 yılında yeni Ahvâl-i Şahsiye Kanunu çıkarılıncaya kadar durum bu şekilde resmî bir tedvin olmaksızın devam etti. Bu kanun, bugün ahvâl-i şahsiye başlığı altına katılan evlenme, boşanma, ayrılık, doğum, nesep, çocuğun bakımı, nafaka, vasiyet, mirasçılık ve benzeri konulardan bahseder.

Kanun Hanefî mezhebine ve genel olarak diğer İslâm mezheplerine dayanmaktadır. Hakkında kanunî hüküm bulunmayan meselelerde özel bir mezhep belirlemeksizin İslâm hukuku hükümlerine başvurulması gerektiğini hükme bağlamıştır. Bunun birinci sebebi, sözünü ettiğim değişik mezheplerden seçimler yapma metoduna uyulmuş olmasıdır. Diğer sebep, Irak'ta hemen hemen Sünnîlerin sayısını aşan büyük bir şî'î nüfusun mevcut olmasıdır. Bunun için, Irak'ta şer'î yargının belirli bir mezhep ile sınırlandırılmaması münasip görülmüştür.

Bu kanunun en belirgin hükümlerinden bazıları şunlardır: Evlenme yaşının Hanefî mezhebindeki muhtar görüşe aykırı olarak prensip itibarıyla onsekiz yaş şeklinde sınırlandırılması, vasiyetin yazılı şekilde düzenlenmedikçe geçerli sayılmaması, birden fazla kadınla evlenmeye ancak hakim izni ile ve belirli şartlar dairesinde imkân verilmesi. Bu son hüküm prensipte Tunus kodunun takip ettiği metotla uygunluk arz etmektedir. Şu kadar var ki, Irak'ta —Tunus'takinden farklı olarak— hâkim sıkı şartlara tâbi bazı durumlarda birden fazla kadınla evlenme hakkı verebilmektedir.

Bu kanunun, bütün İslâm mezheplerinden ayrılması açısından önem taşıyan yönü, Irak Medenî Kanununda yer alan mirî arazinin intikal hükümlerini, bütün mallarda câri olan normal mirâsa uygulamasıdır. Bu, erkek ve kadının paylarına eşitlik getirilmesi, «tenzil» kuralının uygulanması ve vârislere ait sınıfların tertibinin değişikliğe uğratılması demektir.

Söz konusu yeni kanun, esbâb-ı mûcibe lâyhâsında, bu düzenlemelerden maksadın, miras hükümlerinin birleştirilmesi, dinlere ve mezheplere mensûbiyet yoluyla kanuna ve şer'a karşı hilenin önlenmesi ve miras kurallarının, halkın uzun süreden beri kabullendiği ve muâmelât hayatında yerleşmiş bulunan mirî ara-

zînin intikali hükümleri ile uyumlu hâle getirilmesi olduğunu belirtmiştir.

Bu düzenlemelerin ilki ve en önemlisi, mirasta karı ile koca arasında, yine hangi sınıftan olursa olsun mirasçılık sıfatını taşıyan kadın-erkek bütün mirasçılar arasında eşitliğin getirilmiş olmasıdır. Bu mesele, o vakit, komşu Arap ülkelerinin İslâm hukuk çevrelerinde bir takım tenkit ve münakaşalara yolaçmıştır. Çünkü bu, hiçbir İslâm mezhebinin hükmüne uymayan ve daha önce —mutasarrıfının ölümünden sonra mirî arâzinin intikali hükmü dışında— gerek Osmanlı gerekse Arap ülkeleri kanunlarında kabul görmemiş bir çıkış idi.

Kanun, yine aynı gaye ile —ki bu yolla, daha önce açıkladığımız «vâcip vâsiyet»in sonucuna ulaşılmak istenmektedir— «tenzil» kuralını uygulamıştır. «Tenzil»in manası şudur: Mûrisin ölümünden önce vefat etmiş bulunan mirasçının çocukları babalarının yerine geçerler ve şayet babaları sağ olsaydı payı ne olacak idiyse onu alırlar. Bu kural, günümüzde, bir çok Arap ülkesinde mirî arâzi hakkında ve batı hukuklarının çoğunluğunda yahut onlardan iktibasta bulunan ülkelerde ise genel olarak uygulanmaktadır. (*) Meselâ Lübnan'da 1959 yılında çıkarılan Gayri Müslimler Hakkındaki Miras Kanununda durum böyledir.

Sonra, bu Irak Kanunu, mirasçuları da İslâm hukukundaki tertipten farklı bir şekilde sıralamıştır. Nitekim bu konuda, Hanefî mezhebinde ve diğer İslâm mezheplerinde mevcut olan «aş-hâbu furûd», «asabât» ve «zevü'l-erhâm» sınıfları yoktur. Kanunda yer alan sıralama şudur: Furû tabakası, sonra ana-baba ve onların furûları, daha sonra dede ve nineler ve onların furûları.

**

İslâm hukuku hükümlerinin tedvini merhaleleri arasında incelediğimiz dördüncü merhaleye topluca bir göz atacak olursak, bu merhalenin cesur bir adım teşkil ettiğini görürüz. Bu durum, kanunda hüküm bulunmadığı zaman tek mezhebe müracaat esa-

* Türk Medenî Kanunu'nda bu durum için «tabaka dahilinde halefiyet» terimi kullanılmıştır. Fakat doktrinde, genellikle, bu terim isabetli bulunmamakta ve İsviçre Medenî Kanunu'nun gerek Almanca gerekse Fransızca metinlerindeki uygun olarak «kök içinde halefiyet» denmesi gerektiği savunulmaktadır. (Mütercim)

sını kabul etmekle beraber, tek bir mezhebe bağlanıp kalmaksızın değişik mezheplerden seçimler yapma şeklinde ortaya çıkmıştır.

Bunun da ötesinde Irak, —gördüğümüz gibi— iki bakımdan bu metodun dışına çıkmıştır: Birincisi, kanun hükmünün bulunmaması hâlinde belirli bir mezhep ile bağlı kalmamakla; ikincisi, bazı miras meselelerinde İslâm hukuk mezheplerinde mevcut olan hükümlerin dışına taşmakla.

**

Yukarıda, İslâm hukukunun tedvinin dördüncü merhalesinin, yani Arap ülkelerindeki bütün İslâm mezheplerinden hükümler alan —fakat kanûni hüküm bulunmadığında tek bir resmî mezhebe dayanma esasını kabul eden— fikhî tedvin faaliyetlerinin özetini vermiş olduk.

Şimdi ise sıra sonuncu merhalenin incelenmesine gelmiştir. Bu, İslâm hukukuna bağlı kalmaksızın modern Batı kanunlarından iktibasta bulunma merhalesidir.

İktibas şeklindeki bu modern kanunlar bazı konularda başarılı idiler. Şöyle ki: Her ne kadar bunlar doğrudan doğruya İslâm hukukundan alınma değilse de, topluca ele alındığında İslâm hukukunun ruhuna ve İslâm hukukunun kabul ettiği genel kurallara uygun bulunuyorlardı. Fakat diğer bazı meselelerde bu iktibaslar, İslâm hukukuna tam manası ile aykırı idi. Bunların misallerine girmek bizim konumuz dışında kaldığından, şimdi bu beşinci merhaleye ait tedvin örneklerinin önemlilerine işaretle yetineceğim. Aslında bu dahi, İslâm hukukunun tedvin tarihine doğrudan girmez; fakat konunun bütünlüğü açısından bu merhaleye de özgülü bir şekilde temas etmeye çalışacağım.

Osmanlı Devleti, Avrupa kanunlarından iktibas yoluyla tedvine, 19. yüzyılın ortalarında başlamıştır. Böylece, Avrupanın Napolyon Kodunun peşisıra esas aldığı ve modern kanunlarının tedvininde Avrupa ülkelerinin büyük çoğunluğunun uyduğu akımı takip etmiş oldu. Bütün bu ülkelerin benimsediği üslûba uygun olarak Osmanlı Devleti bir çok kanun çıkarmıştır. Başlıcaları: Ceza Kanunu, Arazi Kanunu, Ticaret Kanunu, Bahriye Kanunu, Tertibi Mehâkim Kanunu vb.

Bu kanunlar daha önce işaret ettiğim Mecelle-i Ahkâm-ı Adiliye ile birlikte, Türkiye'de ve —Yemen, Hicaz ve Mısır hariç—

Osmanlı hakimiyeti altında bulunan bütün Arap ülkelerinde uygulanmıştır. Libya'da da, 1912 yılına kadar tatbik edilmiştir.

Yemen'e gelince; bu ülke yegâne kanun olarak İslâm hukuku hükümlerine bağlı kalmış, Ehl-i Sünnet mezheplerine yakın Şîi mezheplerden biri olan Zeydiye mezhebini esas almıştır. Zira bu mezhep, geçmişte olduğu gibi halen ahalinin çoğunluğunun ve devlet yönetimini elinde tutan ailenin mezhebidir. Bu sebeple Osmanlı kanunları Yemen'de uygulanmamıştır.

**

Aynı şekilde bu kanunlar Arap Yarımadasının merkezinde de uygulanmamıştır. Çünkü bu bölgeler Osmanlı yönetimine karşı direnmekte ve yarı bağımsız bir durum arz etmekteydi. Bu durum Suudi Arabistan Krallığının kurulmasına kadar böylece devam etmiş, bundan sonra da iyice kesinlik kazanmıştır. Şu anda, bu krallık İslâm hukukuna dayanmakta olup, bütün bölgelerinde Hanbeli mezhebini resmi mezhep olarak kabul etmiştir.

Bununla beraber, son sıralarda bu ülke dahi, yeni iktisadî, ticarî, ve içtimâî ihtiyaçların tesiri ile, İslâm hukukuna dayalı düzenlemelerde benzeri bulunmayan modern kanunlar çıkarmaya mecbur olmuştur. Fakat bu modern kanunların tatbiki işi şer'î mahkemelere değil, bir takım özel kurullara verilmiştir. Meselâ en-Nizam et-Ticarî denen, kara ve deniz ticaretini içine alan 1931 tarihli düzenlemede, tatbik işi, «el-Meclis et-Ticârî» diye anılan ve tacirler ile hâkimlerden oluşan özel karma bir kurula verilmiştir.

Yine, Suud'da, şirketlerin kurulması ve tescili ile ilgili olarak bir takım yeni kanunlar çıkmıştır. Bu kanunlardaki hükümler, Hanbelî mezhebinin fıkıh kitaplarında «Şirket Akdi» bölümünde mevcut olmayan hükümlerdir. Bundan başka, gümrük, para, hava taşımacılığı, ticari markaların tescili, arabalar ve trafik konularında da bir çok kanunî düzenlemeler yapılmıştır.

Buradaki yeni kanunların en önemlilerinden biri de, hizmet sözleşmesinin şartlarını, çalışma saatlerini, tarafların hak ve borçlarını belirleyen, iş sahibini işçilerin uğradığı iş kazalarından sorumlu tutan... iş ve işçilerle ilgili düzenlemedir. Bu konuda gerek Hanbelî mezhebinde gerekse diğer mezheplerde yeterli hükümler bulunmamaktadır. Çünkü, bütün bunlar Avrupa'da ve dünyanın diğer ülkelerinde Sanayi Devriminden sonra ortaya

çıkışmış yeni durumlardır. Onun için Suud Devleti, bu gibi durumlarda işçilerin haklarını korumak üzere özel bir kanunî düzenlemeye gitme mecburiyetini hissetmiştir.

Vergi sahasına gelince: Suud Devleti, işin başında, yabancılara gelir vergisi, müslüman Suudlulara —bilindiği gibi gayr-i müslim Suudlu bulunmamaktadır— şerî zekât vergisi koyan bir düzenleme yapmıştır. Daha sonra gelir vergisinin zekât vergisinden daha hafif olduğu görülünce, devletin zekâtın sadece yarısını toplaması kararı çıkarıldı; diğer yarının Kur'an-ı Kerim'de şer'an belirtilen yerlerine dağıtılması işi mükelleflerin kendilerine bırakıldı.

Bir süre sonra bu da değiştirildi. Gelir vergisi, çok büyük kazançlar elde etmeye başlayan petrol şirketleri için yüzde elliye kadar yükseltildi. Böylece zekâtın yarısı artık yeterli bulunmaz oldu. Devlet, tekrar Suudlu mükelleflerin —ve hangi şirketten olursa olsun Suudlu ortakların— devlete zekât vergisini tam olarak ödemeleri mecburiyetini getirdi.

Görüldüğü üzere bu misallerde, İslâm hukukundan bir kısım unsurlar bulunmakta ise de, bir çok meselelerde ortaya çıkan yeni ihtiyaçlar ve âdetler ve İslâm hukukunda bunlara aykırı bir hüküm bulunmayışı dikkate alınarak Batı hukukundan iktibaslar yapılmıştır. Bu da İslâm hukukunun ruhuna uygundur; çünkü, İslâm hukukunda bu yönde bir çok genel kural bulunmaktadır. Meselâ: «Âdet muhakkemdir», «Örfen ma'ruf olan şey, sözleşme sırasında taraflarca belirlenmiş şart gibidir», «Tacirler arasında ma'ruf olan (bilinip genellikle kabul gören), kendi aralarında şart koşmuş gibidir», «Örf ile tayin, açık hükümle tayin gibidir».

Mısır'a bakınca, burada da Osmanlı Kanunlarının tatbik edilmediğini görüyoruz. Bunun sebebi siyasi idi. Zira Mısır bu kanunları almamakla, hem yasama, hem yargı açısından Bâb-ı Âlî'den ve Osmanlı Devletinden bağımsız olduğunu isbat etmekte istiyordu.

1875 yılında Mısır'da, yabancıların menfaatleri bulunan davalara bakmak üzere Karma Mahkemeler kurulunca, Mısır bu mahkemelerde tatbik edilmek üzere Fransız kanunlarından altı tane-sini harfiyen aldı. Bunlar: Medenî Kanun, Ceza Kanunu, Ticaret Kanunu, Bahriye Kanunu, Medeni Mürâfaât Kanunu, Ceza Uy-

gulamaları Kanunu'dur. Sonra benzeri altı kanun daha, bazı küçük ta'dillerle tercüme edildi ve Ehlî (Millî) Mahkemelerde, yani vatandaşların davalarına bakan mahkemelerde uygulamaya kondu.

Böylelikle Mısır, Batı'dan alınma Osmanlı kanunlarını tatbik etmediği gibi İslâm hukukuna göre hazırlanan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'yi de tatbik etmemiştir. Fakat daha önce belirttiğimiz gibi ahvâl-i şahsiye meselelerinde İslâm hukukuna uymuştur.

Lâkin Mısır'ın, gerek siyasi, gerekse kazaî ve teşriî bağımsızlığını kazanması ve Karma Mahkemelerin ilga edilmesinden sonra, bu bağımsızlığa uygun yeni kanunların yapılması zarureti ortaya çıktı. 1936 yılından itibaren, yani Mısır'ın siyasi bağımsızlığını tespit eden Britanya Antlaşmasının yapıldığı tarihten itibaren, Mısır, kazaî bağımsızlık üzerinde de durmuştur. Nitekim ertesini yıl, ilgili devletlerle İsviçre'nin Montrö şehrinde ve bu şehrin adıyla anılan antlaşmayı yapmaya muvaffak olmuş; bu antlaşmada sonuç itibarıyla Karma Mahkemelerin ilga edilmesi kararlaştırılmıştır. Ve gerçekten de 15 Ekim 1949'dan itibaren bu mahkemeler ilga edilmiştir.

Aynı tarihte, bu yargı bağımsızlığına uygunluğun sağlanması için yeni Mısır kanunları tatbik edilmiştir. Bunlar Kazâî Tanzim Kanunu, Medenî Mürâfaât Usulü Kanunu ve Medenî Kanun'dur.

Bu yeni Mısır Medenî Kanununun ilk taslağını, gerek İslâm hukukuna, gerekse Batı kanunlarına derin vukufu olan ve birçok Arap ülkesinin kanunlarını hazırlamış bulunan Dr. Abdurrezzak es-Senhûrî hazırlamış ve tedvin çalışmalarına katılmıştır. Bu kanun, yabancı kanunlardan en modern nazariyeleri almış; sadece bir kanun ile yetinmediği gibi, eski Mısır kanununda kazâî içtihatlarında yer alan, yahut İslâm hukukundan gelen bir kısım hükümleri muhafaza etmiştir. Ayrıca birinci maddesine bir fıkra koyarak, hâkime, kanunda hüküm bulunmaması halinde örf ve İslâm hukuku hükümlerine başvurma görevini yüklemiştir.

Mısır, bağımsızlıktan sonra başka kanunlar da çıkarmıştır. Meselâ, 1937 tarihli Ceza Kanunu ve 1950 yılında çıkarılan Ceza Uygulamaları Kanunu bunlardandır.

Şimdi aziz ülkemiz Lübnan'a gelmiş bulunuyoruz. Lübnan'da Fransız yönetimi sırasında ve sonra bağımsızlığın kazanılmasını takip eden tarihlerde modern kanunlardan müteşekkil tam bir kanun koleksiyonu çıkarılmıştır. En önemlileri şunlardır: Gayr-ı Menkul Sicili Kanunları, Mülkiyet Kanunu, Borçlar Kanunu, Medenî Yargılama Usulü Kanunu, Ceza Kanunu, Ticaret Kanunu. İş Kanunu, Ceza Yargılamaları Usulü Kanunu, Havacılık Kanunu ve diğerleri.

Bu kanunlar 1926-1949 yılları arasında çıkmıştır. Hepsi prensip olarak Fransız kanunlarından ve diğer Avrupa kanunlarından iktibas edilmiştir; bununla birlikte geçmişte olduğu gibi halen Arap geleneklerinin tesiri altında bulunan bazı meselelerde İslâm hukukundan da az bir iktibas yapılmıştır.

**

Suriye'ye gelince; bu ülkede modern kanunlar çıkarılması daha geç tarihlerde olmuştur. Çünkü Fransız yönetimi altında bulunduğu süre içinde —Gayr-ı Menkul Kanunları ve Mülkiyet Kanunu istisna tutulursa— Osmanlı Kanunlarını muhafaza etmiştir. Fakat bu yönetimin sona ermesinden sonra, Suriye, evvela 1947 yılında İspat Vasıtalarına Dair Kanunu çıkarmış, 1949 yılında askerî devrimin akabinde de üç tane kanunu yürürlüğe koymuştur. Bunlar; Medeni Kanun, Ceza Kanunu ve Ticaret Kanunu'dur. Sonra 1950 yılında üç tane daha kanun çıkarılmıştır ki, bunlar, Deniz Ticaret Kanunu, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve Askeri Ceza Kanunu'dur. Nihayet, Suriye 1953 yılında Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununu çıkarmıştır. Bütün bu kanunlar, büyük ölçüde, Lübnan ve Mısır kanunlarından alınmıştır.

**

Irak'taki yeni kanunlar ise iki gruptur: Birincisi, İngiliz istilâsı sırasında bu yönetimin çıkardığı kanunlar grubudur. Bu gruba giren başlıca kanunlar: Bağdat Ceza Kanunu, Bağdat Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve eski Şirketler Kanunu'dur. Bunlar, Hint, Osmanlı ve İngiliz kanunlarından ve diğer bazı kanunlardan alınmışlardır.

Irak Kanunlarının ikinci grubuna gelince; bunlar bağımsızlıktan sonra çıkarılan kanunlardır. Başlıcaları; 1940 tarihli Askerî Ceza Kanunu, 1943 tarihli Ticaret Kanunu, 1951 tarihli Medenî Kanun, 1956 tarihli Murâfaât Kanunu, 1957 tarihli İnfaz Kanunu ve yeni Şirketler Kanunu, 1958 tarihli İş Kanunu'dur.

Bağımsızlıktan sonra çıkarılan Irak Kanunlarının en önemlisi Medeni Kanundur. Bu kanun, genel olarak, İslâm hukukundan, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'den ve Mısır Medenî Kanunu'ndan iktibas edilmiştir. Kanunu, az önce sitayişle bahsettiğimiz Dr. Abdurrezzak Senhûrî hazırlamıştır.

**

Ürdün her nekad Osmanlı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'sini medenî kanun olarak muhafaza etmişse de, —özellikle 1951 ve 1952 yıllarında ceza ve muhakeme usulü alanında olmak üzere— bir çok yeni kanunlar da çıkarmıştır.

Yine Ürdün, 1960 senesinde bir ceza kanunu ve bir iş kanunu çıkararak önceki kanunları yürürlükten kaldırmıştır.

**

Burada, —sizin benden daha iyi bildiğiniz— Tunus kanunlarına da kısaca işaret etmemiz gerekmektedir. Daha önce zikrettiğim Fransız yönetimi öncesine ait eski «Mecelletü'l-cinâyât ve'l-ahkâm ul-urfıyye» isimli kod ile, 1906 yılında çıkarılan «Mecelletü'l-iltizâmât ve'l-ukûd» isimli ve 1956 yılında çıkarılan «Mecelletü'l-ahval eş-şahsiyye» isimli kodlara ilâve olarak, Tunus; bu beşinci merhalede temas etmekte olduğumuz kanunlar tipinde ve prensip olarak Batı kanunlarının uzantısı olan modern kanunlar da çıkarmıştır.

Yine Fransız yönetimi sırasında çıkarılan diğer bazı kanunlar şunlardır: 1910 yılına ait eski Marâfaât Kanunu, 1913 yılına ait Ceza Kodu, 1921 yılına ait Cezaî Murâfaât Kanunu. Bütün bunlar genel olarak, Fransız kanunlarından iktibas edilmiştir.

Ayrıca, bağımsızlığını kazandıktan sonra da Tunus, yeni ihtiyaçlarını karşılamak üzere modern kanunlar çıkarmıştır. Bu hususta, konuyu çok daha iyi bilen sizlerin huzurunda, bir şeyler söylemekte tereddüt etmekteyim. Fakat sözün akışı ve konunun bütünlüğü icabı, iki kanuna işaret etmeme müsaade ediniz. Bun-

lar 1959 yılında çıkarılıp ertesi yılın başlangıcından itibaren yürürlüğe konması kararlaştırılmış bulunan Ticaret Kodu ile yeni Medenî ve Ticârî Murâfaât Kodu'dur. Adalet işlerine bakan Devlet Sekreterliği de yeni bir Deniz Ticaret Kanununun hazırlığına başlamış bulunmaktadır.

**

Belki, bugün Birleşik Arap Cumhuriyeti'nde tatbik edilen kanunlar hakkında sorular hatıra gelebilir.

Bu konuda durum şudur: Söz konusu Cumhuriyet'in geçici anayasası gereğince, güney ve kuzey bölgelerinin —yani Mısır ve Suriye'nin— her birinde mevcut bulunan adlî ve idâri kanunlar ve diğer bütün kanunî düzenlemeler, bunları değiştiren ya da kaldıran yeni düzenlemeler yapılıncaya kadar kendi bölgelerinde yürürlükte bırakılmıştır.

Son sıralarda, her iki bölge için müşterek bazı kanunlar çıkmıştır. Meselâ, İş Kanunu, Sosyal Sigortalar Kanunu, Adlî Yargı Kanunu ve İdâri Mahkemeler Kanunu bunlardandır.

Ayrıca diğer hukuk dallarında da kanunların birleştirilmesi için muhtelif komisyonlar kurulmuş olup, bu komisyonlardan bazıları çalışmalarını tamamlamış ve istenen taslakları hazır hale getirmişlerdir. Sonra bunlar, tasarı halinde Millet Meclisinin onayına sunulmuştur; ancak şu ana kadar Meclisten çıkmış değildir.

**

Böylece görmüş olduk ki, Arap ülkelerinde tedvin olayı, bir çok engellerle karşılaşmış, bazı özel zorluklar sebebiyle pek çok tereddütlere yol açmıştır. Bu özel zorlukların başında İslâm hukukunun kaynaklarının dînîlik vasfı, ictihat hürriyeti ve inanç hürriyetidir. (*) Fakat tedvin tadrîci ve ağır bir seyirle de olsa yürümüş ve yavaş yavaş bu zorlukları aşmıştır. Sonunda, Arap ülkelerinin kanunlarının büyük kısmı, resmî şekilde tedvin edilmiş hale gelmiştir. Bunların bir bölümü İslâm hukukunun değişik mezheplerinden, diğer bölümü de Batı kanunlarından iktibas edilmiştir.

* Yazar bu sebepleri birinci bölümde kısaca açıklamıştır. (Mütercim)

Özet olarak, tedvindeki tetricilik beş merhaleden oluşmuştur: Birincisi, bir mezhebin resmen benimsenmesi merhalesidir ki, bu zor bir merhaleydi. Gerek İbn-i Mukaffa; gerekse Ebû Cafer el-Mansûr bunda başarılı olamamıştır. Fakat Osmanlı Devleti ve onun takip ettiği yolu takip eden Arap ülkeleri bunda başarılı olmuşlardır.

İkinci merhale; resmî bir kanun şeklinde olmayıp, gerek kâdılara gerekse hukuk öğreticisi ve öğrencilerine mütalaa kolaylığı sağlamak üzere yarı resmî bir kitap şeklinde eserlerin telifi merhalesidir. Bunun misallerini zikretmişim. Hatırlatmak gerekirse, bunlar, Mültekala'l-ebhur, el-Fetâvâ el-Hindiye, Sîdî Halil'in Muh-tasar'ı ve Kadri Paşa'nın hazırladığı fıkıh kodlarıdır.

Üçüncü merhalede; resmî mezhep, bağlayıcı-resmî kodlar halinde tedvin edilmiştir. Meselâ, sadece Hanefî mezhebine göre hazırlanmış bulunan Osmanlı Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'si gibi.

Dördüncü merhalede, başka bir metod takip edilmiştir. Bu, belirli bir mezhebi esas alıp, bazı meselelerde diğer mezheplerden de iktibasta bulunma metodudur. Bu metoda, meselâ, Osmanlı Hukuk-ı Aile Kanununda, Tunus'un eski «Mecelletü'l-cinâyât ve'l-ahkâm el-urfiyye»sinde, «Mecelletü'l-iltizâmât ve'l-ukûd»unda ve —işaret ettiğimiz— Arap ülkelerinin ahvâl-i şahsiye kanunlarında uyulmuştur. Belirttiğimiz üzere, bunlardan bazıları, —meselâ, Irak'ın miras meselelerinde yaptığı gibi— İslâm Hukukunun dışına çıkmıştır.

Nihayet beşinci merhalede, bazı kanunlar Batı kanunlarından iktibas edilmiştir. Bu iktibaslar bazı konularda İslâm hukukunun ruhuna ters düşmeyecek tarzda, bazı konularda ise İslâm hukukuna uymayan bir şekilde olmuştur. Bu sözle ne kastettiğimi biraz açıklayayım:

Dedim ki, Batı'dan iktibas edilen bu yeni kanunların bazıları İslâm hukukundaki hükümlere ters düşmemektedir. Burada üslûp ve tafsilat bakımından değilse de, ruh ve prensip olarak İslâm hukukunun bütününe uygunluğu kastediyorum. Bu hususa, Lübnan'da Borçlar Kanunu çıkarken, bu kanunun bazı meselelerde Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'den farklılıklar taşıması sebebiyle bazı çevrelerde koparılan gürültü dolayısıyla temas etmiştik.

Daha önce açıkladığımız gibi, İslâm Hukuku tek bir mezhep ile sınırlı değildir. Diyelim ki, Fransız kanununda veya —meselâ, Lübnan Borçlar Kanunu gibi— ondan iktibasta bulunmuş yahut ondan etkilenmiş kanunlarda bir mezhebin hükmünün, Hanefî

mezhebinden alınma olan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'dekinden farklı olduğunu tespit ettik. İşte bu hükmün çoğu zaman, İslâm mezheplerinden diğer bir mezheptekine uygun olduğunu görürüz.

Bir önceki konferansımda «fudûlî» meselesini zikretmiştim. Orada ifade ettim ki, Hanefî mezhebine göre, fudûlinin tasarrufları, icazette bulunulmaması halinde —bazı istisnalar dışında— teberru nevinden sayılır. Bu hükmün, Roma hukukundakinden ve Lübnan Borçlar Kanunu veya benzeri Arap ülkeleri kanunlarının kendisinden iktibasta buldukları bazı Batı kanunlarından farklı olduğu görülmektedir. Oysa, dikkatli bir inceleme sonunda görürüz ki, diğer bazı İslâm mezhepleri —ve özellikle Hanbelî mezhebi—, bu Batı kanunlarının veya Arap ülkelerindeki yeni kanunların kabul ettiği şekilde hükmetmişlerdir. Buna göre bazı durumlarda fudûlinin tasarrufları, —teberru delili bulunmadıkça— icazete gerek olmaksızın geçerli ve bağlayıcı sayılacaktır. Bunların detayları fıkıh kitaplarında mevcuttur.

Bu yüzden dedim ki; her ne kadar tedvinin beşinci merhalesinde iktibas doğrudan doğruya Batı kanunlarından olmuşsa da, bazı durumlarda bu iktibas İslâm hukukuna uygun düşmüştür. Tabii ki, bu hukuka bakılması gerektiği şekilde bakılırsa, yani tek bir mezhep olarak görülmeyip, mezheplerden oluşan bir bütün olarak kabul edilirse, bu sonuca varılabilir.

Fakat diğer bazı meseleler vardır ki, bunlarda, iktibas İslâm hukukuna aykırı bir görünüm taşımıştır; daha doğrusu İslâm hukukunda mevcut bulunan hükümlere kıyasla yeni şeyler getirmiştir. Çünkü bu tür iktibas edilmiş hükümler hava hukuku gibi, vergiler, arabalar, iş ve işçiler ile ilgili düzenlemeler gibi fakihlerin hakkında icthad etmediği ve detayları ile ele almadıkları yeni bir takım durumlara aittir. Fukaha bunları detayları ile ele alıp hükme bağlamamışlardır; çünkü, bu durumlar, onların zamanında birer hukuk meselesi şeklinde ortaya çıkmış ve önem kazanmış değildi. Şu halde, bu ve benzeri durumlarda hüküm naklinde bulunmak, ihtiyaç ve âdetlerin değişmesi ile ve diğer bazı kurallara göre değiştirilmesi ve geliştirilmesi kabul edilmiş olan şer'î hükümlerin genişletilmesi için caiz görülen icthad mesabesindedir.

Hiç şüphesiz, İslâm hukuku hükümleri, esasen, pek çok yabancı kanunun hükümleri ile uygunluk gösterir. Hatta bir çok du-

rumda, insanî kuralları ve ideal yönleri bakımından onlardan üstündür.

**

Genel bir tarzda günümüzdeki duruma bakacak olursak; görürüz ki, Arap ülkelerinin hemen hemen hepsinde İslâm hukukundaki ihtisaslaşma ahvâl-i şahsiye meselelerine inhisar etmiştir. Suudî Arabistan'ı ve Yemen'i bundan istisna tutmak gerekir. Çünkü buralarda, İslâm hukuku yegâne kanun kabul edilmektedir.

İslâm hukuku her ne kadar modern kanunlarda terkedilmiş gibi görünmekte ise de, bu kanunların kaynaklarından birisi olma sıfatıyla tamamen ihmal edilmiş değildir; aksine bazı kanunlarda, bu yönüyle fıkha açık bir biçimde ve özel olarak atıfta bulunulmuştur.

Nitekim Mısır Medenî Kanunu, yaklaşık olarak onu harfiyen almış bulunan Suriye Medenî Kanunu ve çok az sayıdaki meseleler dışında prensip olarak İslâm hukukuna dayanan ve başka kanunlardan iktibas olmayan Irak Medenî Kanunu, birinci maddelerinde, kanunda hüküm bulunmayan hallerde İslâm hukukuna baş vurulacağını ifade etmişlerdir. Bu başvurma ise ya Mısır ve Irak kanunlarında olduğu gibi örf ve adetten sonra, yahut Suriye kanununda olduğu gibi örf ve adetten önce olacaktır.

Sıralamadaki bu farklılık nazarîdir. Çünkü İslâm Hukukunun kendisi örf ve âdete uymayı emretmektedir. Yani örfe uymak bizzat İslâm Hukukuna uymak demektir. Şu halde birine diğerinden önce yer vermek, pratik bakımdan farklı sonuç ortaya çıkarmaz. Fakat nazarî olarak ve İslâm hukukunun kanundaki yerini yüceltmek bakımından Suriye kanununun kabul ettiği sıralama tercihe şayandır.

Böylece görülmektedir ki sayın baylar, kanun koyma ve fıkhanın tedvini alanında uzun bir tarihe sahibiz. Bu, değeri takdir edilmesi gerekli bir alandır. Zira bize, modern hayatımızda da faydalanabileceğimiz; doğu-batı, kuzey-güney ayırımı yapmaksızın hepimizin övgü ile anabileceğimiz pek değerli prensipler bırakmıştır.