

# Müslümanlarda Hukuk Felsefesi (\*)

Prof. Dr. Muhammed HAMİDULLAH

Tercüme :  
İbrahim Kâfi DÖNMEZ

Daha önce yine burada yazma fırsatını bulduğumuz gibi (1), VIII. asır İslâm hukukçuları, hukuk ilminin çok orijinal bir branşını tasarlayıp geliştirdiler. Kendi nazarlarında hukuk ağacının «dalları (furû')»ndan başka bir şey olmayan kanunlardan ve hatt-ı hareket kaideleri manzumesinden ayırdetmek için, bu branşa «hukukun kökleri (usûl)» adını verdiler. Onlar, «Usûl» ilmiyle, mücerred bazı şeyleri, -gerekli değişiklikler yapıldıktan sonra- herhangi bir ülke veya çağın hukuk sistemine uygulanabilen bir metodoloji türünü kasetmekteydiler. Başka konuların yanı sıra bu ilimde, hukuk felsefesi ve hukukun kaynaklarından; teşri' (kanun koyma), istinbât (hüküm çıkarma), tefsir (yorum), nesih (yürürlükten kaldırma) ve ihtilâf halinde te'vil (uzlaştırma) metodlarından bahsedilmektedir.

«Felsefe» denince, eşyanın prensip ve illetleriyle umumî tarzda bilinmesi anlaşılır. Bu bilgiyi hukukla sınırladırsak bile, bir makalenin sınırlarını aşardı. Şu halde, meselenin birkaç yönünü ortaya koymakla yetineceğiz. Bu meseleyi inceleyen müelliflerin sayısı epeyce çok olduğundan, her noktada ittifak beklenmemelidir.

---

(\*) Müellifin, Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul (c. 18, sayı 29-32, yıl 1968, s. 137-152.)'da yayımlanmış olan «La Philosophie juridique chez les Musulmans» başlıklı makalesinden tercüme edilmiştir.

(1) Bkz. «Histoire d'Usul'al-Fıqh chez les Musulmans» («Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul, sayı 9-11, yıl, 1959, s. 77-91. Türkçe tercümesi için bkz. İslâm Tetkikleri Enstitüsü Dergisi, İstanbul, Cilt: II, 1956-1957, s. 1-18 («Usul al-fıqh'ın tarihi»), Tercüme eden: Fuat SEZGİN. (Mütercim)

## H u k u k :

Önce, müslüman hukukçulara göre «hukuk» un ne manaya geldiğini belirtmek gerekir. Hemen başlarken hatırlatalım ki, bütün İslâm hukukçuları, bugünkü Batı'nın bu terime verdiği manadan daha geniş bir mana vermede mutâbıktırlar.

Usûl ilminin ilk müelliflerinden -ki biz onlara «usulcüler» diyeceğiz- biri olan Ebû Hanife (v. 767), **hukuku «İnsanın, haklarını ve vazifelerini bilmesidir.»** diye tarif eder. (1) İnsanın, bedeni olduğu kadar ruhi vazifelerinin de bulunduğu gözönüne alınınca, İslâmi hatt-ı hareket kaideleri manzumesi içinde sadece akitler, cezalar v.b. maddi meselelere ait değil, aynı zamanda namaz, oruç, hacc gibi ibadetlere de, kısacası insanın bütün vazifelerine ait kaidelerin mündemiç olması hiç şaşırtıcı değildir. Bu hukuk anlayışı, insanın bütünlüğü fikrine sahip olan ve bedeni ruhtan ayırdetmeyen İslâmi çerçeveye tam manasıyla dahil bulunuyordu.

## H u k u k u n k a y n a ğ ı :

Mükellefiyet getiren bir emrin kaynağı durumlara göre değişebilir. Bebek annesine, okul çocuğu öğretmenine itaat gösterir. Yetişkin insan ise sadece güvendiği kimselere, kendi itiyatlarına ve muhtinin umumî kanaatine değil, içinde bulunduğu cemyetin başkanına da itaat eder. Bu durumlarda itaatimizi gerektiren sebepler de tabiatıyla değişmektedir. Fakat bütün bu durumlar, daha çok sadece son kategori ile, yani devlet başkanının emriyle kendini sınırlayan hukuki araştırmaların çerçevesini teşkil etmezler.

Kur'ân (2), insanın ancak Allah'ın halifesi ve nâibi olduğunu, kâinâtın hükümrânlığının da yalnız Allah'a âid bulunduğunu sık sık tekrarlar. Fakat filozof, İslâm'da iki enteresan vâkıa müşahede ediyor: Öyle ki hem «transcendant (müteâl)» hem «immanent = gâir (insana şahdamarından daha yakın)» olan Allah; bir taraftan, insanlara yine insan nevinden elçiler göndermekte, diğer taraftan ise, Allah'ın bu elçileri, nezd-i ilâhiden verilen vazife ile yetinmemektedirler. Meselâ Hz. Muhammed, Allah'ın kendisine vahyettiğini kavmine tebliğ eder; fakat bir kimse İslâmiyeti kabule hazır olunca, O, iki ta-

(1) Bkz. Sadru's-Şeria, Şerhu't-Tavdih, s. 8.

(2) Kur'ân, 2/30, 6/165, 7/128, 10/14 ve 73, 24/55, 27/62, 35/39, 38/26 ve başka âyetleri.

raflı bir hukuki muamele ile, sadakat ve itaat yemini ile (el-bey'a) mukavele lüzumunu duyar. Misal olarak sadece bir olayı nakledelim: Daha Hicret'ten önce, oniki kişilik Medine'li bir grup, Mekke'ye gider ve İslâm'ı kabul için aşağıdaki tarzda Hz. Muhammed'e yemin verir (1):

«Refahta olduğu kadar sıkıntıda da, sevinçte olduğu kadar üzüntüde de dinlemek ve itaat etmek (ilk şarttır). Ve O (Peygamber) bizden üstün olacaktır. Kumanda kimde ise ona karşı gelmeyeceğiz. Nerede olursak olalım hakikati söyleyeceğiz ve Allah yolunda kimsenin ayıplamasından çekinmeyeceğiz. Hiçbir şeyi Allah'a ortak koşmayacağız, hırsızlık yapmayacağız, zina etmeyeceğiz, çocuklarımızı asla öldürmeyeceğiz, aramızdan kimseye iftirada bulunmayacağız, hiçbir hak işte (Peygamber'e) itaatsizlik göstermeyeceğiz.»

Bu, Hicret'ten önce, daha Hz. Peygamber'in siyasi iktidara sahip olmadığı sırada böyle idi. Hz. Peygamber, Medine'de siyasi iktidarını kullanırken de -gerekli değişikliklerle beraber- aynı şeyi yaptı. Görülüyor ki, ictimâî mukavele, Peygamber'in iktidarı konusunda bile rol oynamaktadır; o halde, vahiy yoluyla doğrudan doğruya ilâhî emir almayan halifelerin iktidarı için haydi haydi önem taşımaktadır.

### İlâhî ve beşerî kaynak:

Fakat bu, bütün meseleyi çözmez. Allah'ın elçisi Hz. Peygamber bile, ihtilâfları halletmek için, her zaman bir vahiy almazdı. Bilâkis, akl-ı selimine göre de hareket ederdi. Nazari olarak kabul edilen şudur ki, şayet Peygamber bir hata yapsaydı, Allah, hak yolu ve doğru kâideyi kendisine vahyetmeksizin O'nu hata içinde bırakmayacaktı. Ne olursa olsun, şu husus kayda değer ki, Peygamber'den sadır olan şeylerde dahi beşerî ve ilâhî unsur birbirine karışmaktadır.

Peygamber'in ve kendisinden sonraki halifelerin kararlarına gelince; onlar, bir kanunu yürürlüğe koymak için, bazen kimseye danışmadan hareket ettiler, bazen ise, örfî veya diğer eski bir kâideyi uygulamakla yetindiler. Tamamıyla yeni bir teşri' esnasında bile, bir

(1) Hamidullah, Documents sur la Diplomatie Musulmane à l'Epoque du Prophete et des Khalifes Orthodoxes, Paris, 1935, I, 17: İbn Hişâm v.b.'den naklen.

başkasından, meclis azalarından teklif gelebilirdi ve Devlet başkanının (Peygamber veya halife), bir teklifi kabulü halinde ise, meclis azalarının tavsiyelerinde ittifak veya ihtilâf bulunması önem taşımazdı.

### **İslâm hukukunun kurucu unsurları:**

Bir usulcü, «falan kaideye niçin uyulmaktadır?» sorusuyla karşı karşıya geldiğinde, kaidenin kurucu unsurlarını dikkate alması gerekir; zira insan, farklı otoriteye sahip âmirlerin emirlerine aynı titizlikle itaat etmez.

Bilindiği üzere (1) İslâm hukukunun kaynakları başlıca dörttür:

1 — **İlâhî vahiy**: Kur'ân'ın yanı sıra, Kur'ân'ın tanıdığı daha önceki mukaddes kitapların Kur'ân tarafından neshedilmeyen kısımları. (2)

2 — Allah'ın elçisi ve işlerinde vahye istinad eden kimse olma sıfatıyla **Hz. Muhammed'in davranışları**: Bu «hareket tarzı» (Sünnet), O'nun, bizzat yaptığı fiiller kadar, söylemiş olduğu sözleri ve hatta daha önceki örf hakkında sahabilerine musamaha ettiği durumları ihtiva eder. Peygamber'in bu tasdiki (takrîr) ile, İslâm öncesi yürürlükte bulunan kanun, durumunu kısmen muhafaza etmiş olur.

3 — **Bir asrın hukukçuları arasındaki ittifak**: Birinci derecedeki iki kaynağın sükûtu halinde yapılan anlaşma (icmâ').

4 — Kur'ân ve Sünnet'te açık hüküm bulunamaması halinde, kaide istinbâtı için **hukukçuların ferdi kanaatleri (kıyâs)**.

Bir mümin, tabiatıyla, Allah'ın ve Peygamberinin emrine seve seve seve itaat eder. Peygamber gibi ismet sahibi (günahsız) olmayan hukukçuların reylerine gelince; iki mülâhaza, bu görüşlerin, cemiyyet içindeki otoritesini pekiştirir: Birincisi, onlar, kanunu, Kur'ân ve Sünnet'in mu'talarına (donée) kıyas ile istinbat etmek mükellefiyetindedirler; böylece istinbat edilen kaide, çıkarıldığı asıl kaynağın

---

(1) Bkz. 1952 yılında İstanbul'da akdedilen Milletlerarası Oryantalistler Kongresi'nin tebliğleri arasında yer alan «Nouvelle étude des sources du droit musulman» isimli makalem. İngilizce tercümesi için bkz. Islamic quarterly, Londra, Aralık 1954, s. 205-211. Türkçe tercümesi için bkz. İslâm Tetkikleri Enstitüsü Dergisi, İstanbul, c. I, 1953, s. 63-67, («İslâm Hukukunun Kaynaklarına dair yeni bir tetkik»), Tercüme eden: Bülent DAVRAN. (Mütercim)

(2) Bkz. es-Serahsi, Usûl, II, 99-105; Fransızca'da, France-Islam dergisi, Paris, No: 10, 1967; ayrıca, Kıtâb-ı Mukaddes'in, İslâm hukukunda şer'î bir kaynak olarak yerini göstermek için, Festschrift Otto Spies'de yer alan Almanca hususî bir tetkikimde bu konudan bahsettim.

içinde kaynaşır. İkincisi, müslümanlar nazarında hukukçunun, sadece derin bir ilim sahibi değil, aynı zamanda dindar ve ahlâken mükemmel olması öncelikle farzolunur. Nitekim Hz. Muhammed'de şöyle bir hadis rivayet edilir: «Ümmetimin âlimleri, İsrailoğulları'nın peygamberleri gibidir.» Hz. Muhammed'in kendisi, peygamberlerin mühürü ve sonucusu olduğundan, «peygamberleri gibi» ifadesi kullanılmıştır.

Şu halde, hukukçular zümresi içinde bulunabilecek farklılıklarla, yani birinin kanaatinin yerine bir başkasının daha makul kanaatinin konabilmesi hususiyetiyle birlikte, hukukçuların kanaatleri ilâhî kanun çinde biraraya gelip bütünleşmektedir.

### İlâhî râbîta:

İnsan, kendisini, doğrudan doğruya vahyedilen kaideler kategorisiyle sınırlasa bile, herşey hâllolmuş değildir. Allah, «transcendant (müteâl)» olduğundan, O'nun herhangi bir konuda irade ve emrinin şu veya bu olduğu nasıl bilinecektir? Ancak Peygamber'in şahsına münhasır vahiy mefhumunu kabul eden İslâm'a, «incarnation (Tanrı'nın insan olarak ortaya çıkması)» mefhumu yabancıdır.

Buna karşılık, ilhâm, daha umumî ve tedricî bir mefhumdur. Herhangi basit ve sade bir insan da vicdana sahiptir; nitekim Peygamber şöyle demiştir: «İnsanlar (hukukçular), sana kanunu açıkça ifade etseler bile, sen yine kalbine danış.» (1) Asil ruhlar, şahıslarını, ilâhî irade önünde «yok ederler»; Hz. Peygamber'in bir sözü, bu düşünceyi çok güzel dile getirmektedir: «Allah buyurdu ki: Kulum (insan), ben kendisini sevinceye kadar, nafîle ibadetler vasıtasıyla bana yaklaşmaya devam eder ve ben onu sevdiğim zaman, artık onun işiten kulağı, gören gözü, tutan eli ve yürüyen ayağı ben olurum.» (2)

İşte bütün bu görünüşlerin, kanununun, tâbî'leri nazarında itibarını güçlendirmede payı vardır.

### Vahiyde nesih:

Hz. Âdem'den Hz. Muhammed'e kadar, kavimlerine ilâhî tebliğleri ulaştırmış olan uzun bir peygamberler silsilesi vardır. Allah ezeli ve ebedidir; fakat insan cemiyetinin tekâmülü, Allah'ın da, mümin-

(1) İbn Hanbel, Müsned, IV, 228; ed-Dârimî, Sünen, el-Büyü', No: 2.

(2) el-Buhârî, Sahîh, 81 (rukâk), No: 38.

lerin hatt-ı hareketlerine ait kanunlarında değişiklik yapmasını gerektirir. Demek ki, bizim parlâmentolarımızın teşri'lerinde olduğu gibi, zaman açısından eski ve yeni mefhumu, ilâhî vahiylerde de rol oynamaktadır. Bununla ilâhî sîfata zarar gelmiş olmaz; yapılacak şey, Şâri' tarafından vazedilmiş bulunan en yeni hükümleri uygulamaktan ibarettir. Her yeni kanun, zarurî olarak eski kanunun tamamını yürürlükten kaldırmaz, onda kısmî ilgâlar bulunabilir. Bu kaidede, önceki peygamberler tarafından tebliğ olunan Mukaddes Kitaplar hakkında olduğu kadar, bizzat Kur'ân hakkında da uygulanır. Zira O, 23 yıl zarfında parça parça vahyolunmuştur ve tarihçiler, ilk vahiylerden bazılarının sonradan neshedilip Kur'ân metninden çıkarıldığını sarahatle belirtmektedirler.

Bir kanunun, bizzat kanun vâzı ya da bir üst makam tarafından ilgâ edilebileceği tabiidir. Kur'ân, Allah'ın kelâmı olduğuna göre, Kur'ân âyetlerini, sonraki bir vahiyyle yalnız Allah neshedebilir. Peygamberden sadır olan Sünnet ise, Peygamber veya Allah (Kur'ân) tarafından değiştirilebilir. Hukukçular üçüncü sırada bulunurlar: Onların kanaatleri, Kur'ân ve Sünnet'te zıt bir sarahat bulunduğu takdirde reddedilebilir. Ve dünyanın sonuna kadar hukukçuların sayısı sınırsız olacağından, hukukçu sıfatıyla aralarında eşitlik mevcuttur. Şayet muhtelif hukukçuların kanaatlerinde farklılık mevcutsa, tercih meselesini sokaktaki adam (avâm) için halledecek hukuk mezhepleri vardır. Ve sonra, bir mezhebin kendi içinde kanaatin devamlılığını mümkün kılabilen olan, delillerin sağlamlığı kadar, şahısların şöhret ve itibarıdır.

### **Tedricî mükellefiyetler:**

Kur'ân, hukuki ihtiyaçlar için tetkik olunduğunda müşahede edilir ki, O'nda yer alan emirlerin hepsi aynı ehemmiyette değildir. Bunlardan bir kısmı mecburidir, diğerleri ise, daha ziyade tavsiyelerden ibarettir; şu da belirtilmelidir ki, yasaklanmamış her şeye müsaade edilmiştir.

Bunu açıklamak için, usulcüler, uzun çalışmalar sonucu çok orijinal bir nazariye geliştirmişlerdir. Fransız Diplomat ve Türkolog Kont Léon Ostrorog; Londra Üniversitesinde, bu Üniversitenin yüzüncü yıldönümünü töreninde yaptığı «Roots of Law (hukukun kökleri, usulü'l-fikh) isimli konuşmasında bu nazariyeden bahsederek, batı ilminin

dikkatini bu noktaya çeken şüphesiz ilk kişi olmuştur. (1) Burada, Şer'i kanuna eski bir ahlâki mefhumun, iyi ve kötü mefhumunun uygulanması sözkonusudur. Usûl ile ilgili eserlerinden birinde (2) Gazzâlî tarafından yapılan imaya göre, öyle görünüyor ki, sonraları diğer bütün mezhepler arasında yaygınlaşan bu mefhumu, ilk olarak ifade edenler, Mu'tezile Mezhebine mensup hukukçulardır. Onların ne dediklerini şöylece özetleyebiliriz:

Prensipte herkes mutabık olacaktır ki, iyi olanı yapmak ve kötü olandan sakınmak gerekir. Kur'ân, «Ma'rûf olanı (iyi bileneni) emredin, münker olanı (kötü bilineni) de nehyedin.» diyerek bundan sık sık bahseder. Fakat beşerî fiiller her zaman aynı kolaylıkla tasnif edilemez; izâfilik vardır. İşte, iyi birer matematikçi olan usulcüler, insan fiillerini «husûn» ve «kubûh» prensiplerine göre bölümlemek ve bölümleri de alt bölümlere ayırmak için bir rüzgâr gülü düşündüler: Mutlak iyinin yapılması mecburidir. Mutlak kötü de tam bir yaşağın konusu olacaktır. Fakat, şayet iyi kötüye üstün gelirse, mecburi olmaksızın tavsiye edilmiş olacaktır. Aynı şekilde, kötülük tarafı iyiliğe ağır basarsa, kesinlikle yasaklanmamakla beraber, vazgeçilmesi öğütlenmiş olacaktır. Nihayet, iki durumun eşit olması, fiilin ne iyilik ne de kötülük ihtiva etmemesi halinde ise, karar, tatbikatını zaman-zaman değiştirebilecek olan ferdin takdirine bırakılmış olacaktır.

Fiil ve kaidelerin beş kategori halindeki bu taksimi, pusulanın doğu, batı, kuzey, güney şeklindeki dört yönünü andırır, ki bunlar, kuzey-doğu, kuzey-batı gibi farklı alt bölümlenmeleri mümkün kılar. Bu, yasaklara olduğu kadar vecibelere de uygulanır. Böylece, mecburi olan ile tavsiye edilen arasında -tercümeye çalışmaksızın, ismen saymakla yetineceğim- kategoriler bulunmaktadır: Farz-ı ayn, farz-ı kifâye, vâcip, mendûb, müstehab, sünnet-i müekke, sünnet-i gayri-müekke, nâfile. Aynı şekilde, yasak ile tavsiye edilmeyen arasında, usulcüler; harâm-ı şer'i, haram-ı istinbâti, mekrûh-u tahrîmi, mekrûh-u tenzihi'den bahsederler.

Kanun, daima ahlâka dayanacak, ahlâk da kanunun yardımıyla ayakta tutulmuş olacaktır.

(1) «Angora Reform» isimli eserine bakılabilir. («Ankara Reformu» ismiyle Yusuf Ziya KAVAKÇI tarafından tercüme edilmiş ve 1972 yılında İstanbul'da basılmıştır. -Mütercim-)

(2) el-Gazzâlî, el-Mustasfâ I, 55-56. Bulak nşr. 1322 H.

Bununla birlikte hukukçular, mahkemelerce uygulanan kat'i kaide (fetvâ) ile, itinalı bir müslümanın riayette kusur etmediği «takvâ» yolu arasında bir ayırım yapılması gerektiğini bilirler. Bir taraftan hukukçular, «müslümanın nerede bulunursa bulunsun, İslâmî kaidelerle sorumlu tutulacağı» (1) noktasında ısrar edecekler; diğer taraftan da, mahkemelerin yargı alanlarına ait bir takım sınırlar, bizzat Hz. Peygamber kadar yetkili bir otorite tarafından konulmuş sınırlar mevcut olacaktır. Filhakıka, eş-Şeybânî, Atiye b. Kays el-Kilâbî'den şunu rivayet etmektedir: (2) «Hz. Peygamber şöyle buyurdu: Herkim (bizim ülkemizde) adam öldürüp, zina edip veya hırsızlık yapıp da kaçarsa, bilâhare emân ile dönse bile, kendisini kaçırmaya sevkeden suçtan ötürü hakkında takibat yapılması ve ceza uygulanması gerekecektir. Fakat, düşman ülkesinde adam öldürür, zina eder veya hırsızlık yaparsa ve sonra emân ile gelirse, düşman ülkesinde işlediği suçtan dolayı takibat yapılmış olmayacaktır.»

### Husûn ve kubûhün tâ'yini:

Az önce «iyi» ve «kötü» mefhumlarında izâfilik bulunduğunu söyledik. Bir savaşın sonucu, elbette, gâlip için iyi, mağlûp için ise kötüdür; ve aynı olay, ihtilâf halindeki iki tarafa nisbetle zıt şekillerde tasvir edilmiş olmaktadır. Kasden adam öldürme durumunu ele alalım: Bir eşkiyanın, av hayvanı diye kurbanını hedef alan bir avcının, bir delinin veya gayr-ı mümeyyiz bir çocuğun, meşru olarak nefisini müdafaa eden birinin, mahkeme emrini infaz eden bir cellâdın, istilâ karşısında ülkesini savunan bir askerinin elinden sadır olan öldürme fiilleri arasındaki fark ne kadar çok. Öldürme fiili, bazen ağır, bazen hafif bir şekilde cezalandırılmakta; bazen affedilmekte; bazen, ne övgü, ne de kınamayı gerektirmeyen normal bir vazife olarak mülâhaza edilmekte ve hatta bazen, en büyük övgü ve şereflere lâyık görülmektedir. Aşağı yukarı bütün beşerî hayat, iyiliği ve kötülüğü izâfi olan fiillerden makteşekkildir. Bunun içindir ki, Hz. Peygamber sık sık (3) «Ameller niyetlere göredir.» diye buyurmuştur. Muhtemeldir ki, İslâm «âmentü»sü de, «hayır ve şerrin Allah'dan olduğuna» inanmak gerektiğini ve hangi fiilin hangi şartlarda iyi veya kötü olarak vasıflandırılmasını tayin edebilecek olanın, Şâri'-Allah olacağını söylerken, bu hususa işaret etmektedir.

(1) Ebû Yusuf'un, es-Serahsî tarafından nakledilen ifadesi için bkz. el-Mebsût, X, 95, ve Şerh es-Siyer el-Kebîr, IV, 128 ve 130.

(2) es-Serahsî, Şerh es-Siyer el-Kebîr, IV, 108.

(3) el-Buhârî, es-Sahîh, K. 1, No: 1.



Kur'an'ın, «iyi»yi ifade için «ma'rûf» terimini, «kötü»yü ifade için de «münker» terimini kullandığını müşahede etmek, çok enteresan, hatta şaşırtıcıdır. Bu duruma göre «ma'rûf», kelimesi kelimesine, herkes tarafından bilinen ve öylece kabul edilen «iyi» manasına gelmektedir; «münker» ise, münâsip olmadığı herkes tarafından kötü bilinen ve öylece telâkki edilen şeydir. Burada şaşırtıcı olan, keyfilğin mevcut görülmemesidir. Kur'an, emrettiği her şeyin gerçeğe uygunluğunun, akıl tarafından, düşünen kafa tarafından kabul edileceği kanaatini verir görünmektedir. Hakikaten, Gazzâli, Veliyyullah ed-Dehlevî ve diğerleir, İslâm hukukunun bütün sahalardaki kaidelerinin varlık sebebini ve felsefesini izah için, hacimli eserler bırakmışlardır.

### Hukukun inkişâfı:

Daha önce işaret edildiği üzere, İslâm hukukunun kaynakları arasında, Kur'an ve Hz. Peygamber'in davranış tarzı (Sünnet) temel unsurlardır ve değişmezler; hukukçuların reyleri de, bu iki asli kaynak üzerine kurulduğundan, onlara dahil edilir. Fakat bundan, İslâm hukukunun, kapalı, sırf kendine dönük ve yabancı ile her türlü irtibatı safdışı eden bir şey olduğu sonucunu çıkarmamak gerekir. Zira, Kur'an, kesinlikle yasak olmayan herşeyin mubah olduğunu defalarca tekrarlar. Yasaklar, ancak muayyen fiilleri hedef alırlar ve sükût edilen hususlar sınıra tabii değildir. O halde, kanunun lâfzına veya ruhuna aykırı düşmeyen her âdet, her uygulama ve her yeni teklif, İslâm hukuku içine alınmaya ve kabul edilmeye elverişlidir. ki ya da çok taraflı antlaşmalar, mütekâbiliyet esası ve umûmun menfaati (maslahat-ı âmme) kâidesi, İslâm'da aynı şekilde makbul kaynaklardır. Öyleyse, kapı daima inkişâfa açık kalmaktadır.

Ve yine, eski olan kanun hakkında, fosilleşmiş ve değişme kabiliyeti bulunmayan bir şey diye düşünmemek gerekir. Uçsuz bucaksız İslâm hukuku külliyyâtı içinde, doğrudan doğruya Kur'an ve Sünnet menşeli kaideler, sayılacak kadar azdır; bütün geriye kalanlar, hukukçuların istinbâtıdır; şu halde, fertler arasındaki farklılıklara rağmen, beşerî kanaat, ilk zamanlardan beri musamaha ile karşılanmaktadır.

Aynı şekilde, Kur'an ve Sünnet'ten neşet eden kaideler de her zaman eşit ehemmiyeti haiz değildirler: Bazıları mecburîdir, bazıları ise ruhsat verir. Bu noktayı birkaç misalle müşahhaslaştıralım: «Poligami (taaddüd-i zevcât - çok karınlık)» ye, Kur'an'da bazı şartlar

altında müsaade edilmiştir; savaş esirlerinin köle haline getirilmesi de böyledir. Fakat ne ilki, ne de diğeri mecburî olmadığından; şayet bir müslüman, «monogam (tek karılı)» kalmayı tercih eder veya hiç bir köleye sahip olmak istemezse, asla herhangi bir günah işlemiş olmaz. Bilâkis, «monogami (tek karılılık)» ve kölelerin serbest bırakılması Kur'ân tarafından tavsiye edilmiştir. Kur'ân'a göre (9/60), Devlet bütçesinin, kölelere hürriyet sağlamaya ayrılmış bir bölüme daima sahip olması gerekir. «Poligami»ye gelince, bu, sadece kadının rızası ile var olabilir. Evlilik, kadının rızasının erkeğin rızası kadar ehemmiyet taşıdığı iki taraflı bir akittir. Ve kadın, evlilik boyunca erkeğin «monogam» kalmasına dair hukukî geçerli bir istekte bulunabilir; şayet nişanlı erkeğin, daha bu sırada başka bir karısı varsa, nişanlı kadın böyle «poligam» bir evliliği reddedebilir. Böylece, Kur'ân'ın verdiği ruhsat tatbik edilmeyip, istisnâî haller için saklanır; Kur'ân'ın hükmü de hiçbir şekilde değişikliğe uğratılmış olmaz.

Hukukçuların reylerine bir misal verelim: Talep edilmemiş ve kullanılmamış bir hak, bu sebepten ötürü zayi olmuyordu. Fakat, Osmanlı İmparatorluğu, borç davalarında zamanaşımı sınırı koyma ihtiyacını duyunca, ulemanın en sünnileri, Mecelle'yi kaleme alanlar, buna bir çare buldular ve dediler ki: Hiç şüphesiz hak, kudsi ve sonsuzdur, fakat çok eski şeylere ait davaları (\*) istimâ' yetkisi bundan böyle Sultân'a aittir; mahkemeler, kendilerini meşgul eden bu davaları reddedeceklerdir. (1)

Hukukçular eşittirler. Binaenaleyh, az önce belirttiğimiz gibi, hukukçuların bir kısmı diğerlerinin görüşünü reddetmeye yetkilidirler. Hatta, büyük usulcü Pezdevî'ye göre (2), bir asrın bütün hukukçularının icmâ'sı bile kabul edilmeyip, bunun yerine sonraki başka bir icmâ'nın konması mümkündür. Tabiatıyla, yeni bir icmâ' hasıl olması için, önce, ferden hareket eden bir hukukçunun şahsen eski icmâ'ya muhalefet etmesi gerekir, ki böylece ardından diğerleri onun görüşüne katılırlar.

Bu arada belirtebilirim ki, vaktiyle hakkında farklı kanaatlerin bulunduğu kaidelerin bazıları üzerinde çağımızda mutabık kalma imkânının bulunup bulunmadığını araştırmak maksadıyla, seneler-

(\*) Bu süre prensip olarak onbeş senedir. İstisnâlar ve mürûr-i zamanın diğer hükümleri için bkz. MECELLE, Madde : 1660 v.d. (Mütercim)

(1) es-Serahsî, Halife Ömer'in tatbikatında da buna dair izler bulur. (Şerh es-Siyer el-Kebîr, IV, 213).

(2) Pezdevî'nin Usûlü ve Abdülaziz el-Buhârî tarafından yapılan şerhi Keşfu'l-Esrâr, III, 261-262.

den İberî, Hanefî, Şâfiî, Şii v.b. değişik hukuk mezheplerinin görüşlerini mukayese etmek ve bunlardan herbirinin delillerini tanımak için müslümanlar nezdinde çalışmalar yapılmıştır.

### **Teşri' faaliyelinin bağımsızlığı:**

Öyle görünüyor ki, İslâm hukuk tarihinin şâyân-ı dikkat bir mu'tâsına (donée), şimdiye kadar gereken dikkat gösterilmemiştir. İslâm'da, sadece kazâ (yargı) değil, aynı şekilde teşri' otoriteleri de, tâ eskidenberî idare ve yürütme otoritelerinden bağımsız kalmışlardır. Hz. Peygamber'in vefatından İberî, hükümet, sırf idâri meselelerin dışında, teşriî imbiyazları asla kendine hâs telâkki etmemiştir. Mahkeme kadıları kadar, hususî hukukçuların da bu yönde pek çok yargıları olmuştur. Bu vâkıanın ehemmiyeti ve büyük neticesi üzerinde ısrarla durulması zâid olmayacaktır. Bu noktada hem kuvvet, hem zaaf bulunmaktadır. Kuvvet vardır, zira, teşri', politikanın fazilet-sizliklerinden ve zalim hükümdarların şahsî arzularından masun kalmıştır. Zaaf vardır; zira, herne kadar bu hal ve şartlar, sınırsız hukukî kanaat hürriyeti sebebiyle, hukukun inkişâfına cömert yardımlarda bulunduysa da, gayr-ı makûl görüşleri elemek için müessir vasıtalar mevcut değildir.

### **Hukukî mevzuların tasnifi:**

Bilindiği üzere, Roma hukukunda kaideler, şahıslara, mallara ve davalara (usûl) nisbetinle bölümlere ayrılır. Bu bölümlenme, dâni ve ibadetleri bir yana bırakır. İslâm hukuku, daha ihatalı olmak ve insan hayatının tamamını bir bütün olarak ele almak istediği için, müslüman hukukçular, hukuk mevzularına ait başka bir tasnifi tercih etmişlerdir. Onlar, önce «ibâdât»tan (insanın Allah ile ilişkileri), sonra «müâmelât»tan (insanların kendi aralarındaki ilişkiler) ve nihayet «zevâcîr»den (vazgeçirici yollar) veya diğer adıyla «ukûbât»tan (cezalar) bahsederler. Bazı müellifler, dördüncü ve sonuncu bir grup meydana getirmek üzere, ikinci grubun bazı bölümlerini ayrıca ele alırlar, ki bunlar miras ve vasiyetle bağış gibi ölüm sonrasına ait şeylerdir.

Bu duruma sadece sathî bir nazar atfetmekle yetinen kişi, bazı sürprizlerle karşılaşabilir. Hakikaten, müslüman hukukçuların hepsi, ibadetler başlığı altında vergi sisteminden bahsederler. Yine, tam bir eser kaleme almak isteyen bu hukukçular, anayasa kaidelerini aynı

başlık altında ele alırlar. Bunun sebebi, İslâm'ın, manevî ile dünyeviyi birbirinden ayırmaması ve her ikisini bir bütün içinde toplamasıdır. O halde, devlet başkanının, aynı zamanda en büyük din adamı olması hiç şaşırtıcı değildir. Filhakıka, İslâmî terminolojide «imâm» kelimesi, camide cemaate namaz kıldıran kişiyi ifade ettiği gibi, aynı zamanda halife (hükümdar) manasına da gelir. Cemaatle namazın sözkonusu olduğu yerde, imâmın vasıfları belirtilmeden geçilemez. Vergi kaidelerinin burada yer almasının sebebine gelince; Hz. Peygamber'in meşhur bir hadisine göre, İslâm binası beş unsuru ihtiva eder: Çatı Allah'ın birliğine imandan meydana gelmiştir; dört direk ise, namaz, oruç, hacc ve zekât (1) (İslâm hükümetine ödenen vergiler) vazifeleridir. İnsanın, Allah'a, bedeniyle olduğu kadar mallarıyla da kulluk etmesi gerektiğini göstermek, hukukçular için zor olmamıştı; namaz, oruç ve hacc nasıl birer bedenî ibadet ise, başkanının iyiliği için vergi ödemek de mallarımız vasıtasıyla yaptığımız bir ibadet (malî ibadet) tir.

Milletlerarası hukuk kaidelerinin, ukûbât (cezalar) bölümüne dahil edilmiş olmasını da hayretle karşılamamak gerekir. Diğer hukuk sistemlerinin zıddına, İslâm'da milletlerarası hukuk, politikaya ve devlet başkanının keyfî tasarrufuna bağlı değildir; aksine, ülke hukukunun bir parçasını meydana getirir ki bu hukuka göre, ecnebî, savaş zamanında bile, mahkemelerce verilmiş haklara sahiptir. Bize ulaştığımız İslâm hukuk müdevvenâtının en eskisi, Zeyd b. Ali'nin (M. 737) «Kitâbu'l-Mecmû'»udur, ki 1919 yılında Milano'da Griffini tarafından neşredilmiştir. Bu ilk devre ait eserde dahi, yabancı devletlerle harp ve sulh kaidelerini açıklamak için, milletlerarası hukuk hakkında uzun bir bölüm yer almaktadır; Zeyd, bu kısma «siyer» adını vermiş ve onu ceza hukuku bölümleri arasına koymuştur. Kendisinden sonra da daima böyle olup gelmiştir. Müellif, bu tasnifinde gayet mantıkî düşünmüştür, şöyle ki: Yol kesici eşkiyanın ve hırsızların zararlarını önlemek için, asayiş kuvvetlerinin kısmî seferberliği zarurî olduğuna göre, -yağma ve adam öldürmelere sebep olan- düşman istilâsı da daha geniş bir seferberliği gerektirir.

---

(1) Zekât, asla iyiliksever insanların takdirine bırakılmış bir sadaka değildir. Tarifesi ve tahsil devreleri belli bir vergidir. Nisâb miktarına sahip olan hiç kimse bundan muâf değildir ve hükümet, vermek istemeyenleri cezalandırmak için kuvvet kullanır. Zirâat mahsul-leri, ticâret malları, maden işletmeleri, otlaklardaki hayvan sürüleri ve biriktirilmiş paralar, zekât vergisinin başlıca mevzularıdır. Ayrıca, Peygamber ve Halifeler dervinde başkaca bir vergi yoktu, bütün vergiler «zekât» diye adlandırılıyordu; burada bahis konusu olan, pekâlâ vergidir.

## Müeyyideler:

Şair Ekber Allahâbâdi, derin bir psikolojik gerçeği anlatmak için nükteli bir ifade kullanmış ve şöyle demiştir: «Allah'ın hükümranlığı, ölümün varlığıyla daha iyi anlaşılır.»

Müeyyideler, kişinin hatt-ı hareket kaidelerine riayet etmesi için, insanlık tarihinin her asrında hakikaten büyük rol oynamışlardır. Asrımızda, batıda, ülke kanununun müeyyidesini birinci derecede, asayiş kuvvetlerinin, polisin zoru meydana getirmektedir. Fakat, biz-zat kanunun, bir kısım fertleri bütün sorumluluklardan muâf tutması halinde ne yapılacaktır? İngilizler «King can do no wrong» (Kral hiç hata etmez) demişlerdir. «Corps diplomatique» azâları, elçi olarak gönderildikleri ülkenin yargılama yetkisi dışındadırlar. (\*) Savaş zamanlarında, hukuki esnekliklerin (suspension) başka misallerine de raslanır.

Buna karşılık İslâm hukuku, maddi müeyyidelerle yetinmemiş, aynı zamanda maddi müeyyideye eklenen ve onu iyice güçlendiren manevi ve vicdani müeyyide kullanmıştır. Hakikaten, müslüman, öldükten sonra dirileceğine ve dini olmayan işleri kadar, ibadetlerinden ve dini inançlarından, hasılı dünyadaki bütün fiillerinden ötürü Allah'ın huzurunda nihâi olarak hesaba çekileceğine inanır. Şayet bir kişi, yaptığını saklamayı ve hükümet görevlisini aldatmayı başarır veya hükümet, kişiyi görevini yerine getirmeye zorlama hususunda iktidarsızlık içindeyse, bu durumda, insanın hukuka aykırı fiili cezasız kalmaktadır, ama her şey bitmiş değildir; zira -müslümanın inandığı gibi- Allah, yakında onu muhakeme edecektir, o zaman kişi, yaptığını Allah'tan gizleyemeyecek, O'nu aldatamayacak ve O'ndan kaçamayacaktır.

İslâm akâidinin temelindeki bu dini inanç, hakikaten, maddi müeyyideden daha güçlü bir müeyyide rolü oynar; o derecede ki, müslüman, görevini -hükümet görevlisi hukuken bunu bilmese veya ihkak-

---

(\*) Bir Devlet ülkesinde sürekli görevle bulunan yabancı Devletlerin diplomasi temsilcilerinin bütününe, diplomasi dilinde, «Corps diplomatique» adı verilir.

Diplomatik temsilci, ceza soruşturma ve kovuşturmaları bakımından, ülke Devletinin (yanına gönderilen Devlet) yargı yetkisinin sınırları dışında kalır. Şu kadar var ki, bu kesin yargı muafliğından (kazâ muâfıyeti), diplomatik temsilcinin işlediği suçlardan dolayı hiçbir şekilde yargılanmayacağı ve cezalandırılmayacağı sonucu çıkarılmamalıdır. Temsilcinin, kendi Devletinin kanunlarına göre ve kendi Devletinin mahkemeleri önünde yargılanması mümkündür. Yargı muafliği, temsilciyi, yalnız görevle bulunduğu yabancı Devlet mahkemelerinin yargı yetkisinden kurtarır. Daha fazla bilgi için bkz. ÇELİK, Edip F., Milletlerarası Hukuk, İstanbul, 1969, 1/431, 446 v.d. (Mütercim)

hak için başkasını zorlama gücüne sahip bulunmasa bile gönüllü olarak yapmaya yöneltmiştir.

Şayet bir müslüman, hiçkimse kendisini zorlamaksızın namazını kılar, orucunu tutarsa, vergilerini de İslâmî hükümete aynı saygı ve titizlikle öder. Bu şöylece açıklanabilir:

Ruh ve bedenî birleştirme ve insanda içindeki hiçbirşeyin diğeri aleyhine üstün olmadığı bir bütün meydana getirme gayesi ile Hz. Peygamber, İslâm'ın dört temel direğinden biri olan vergi ödeme vazifesini; namaz kılma, Ramazan ayında oruç tutma ve Mekke'deki Beytullah'ı hacetme görevlerinin arasına dahil etti. Kur'an'ın, her iki görevi bir solukta birleştiren şu cümleyi yirmiden fazla tekrar etmesi bir tesadüften ibaret değildir: «Namazı kılınız ve zekâtı veriniz.»

Bu görevin ehemmiyetini zihne daha iyi bir şekilde nakşetmek için vergiye verilen isim bile mandârdır. Filhakkı Kur'an, müslümanlar tarafından kendî hükümetlerine ödenen vergiler için üç tane müterâdif (synonyme) kelime kullanır: Zekât, sadaka, ve hakk; bunları herhangi bir kişiye verilen ferdi sadakadan ayırdederken, bunu da («infâk fi sebilillâh - Allah yolunda harcama» v.s. adını vererek) durmadan teşvik edecektir.

«Zekât» kelimesi, tam-tamına büyüme veya temizleme manalarına gelir. Bu, muhtemelen, artan mallardan bir kısmını ihtiyaç sahiplerine vermek suretiyle, bunları temizlemek gerektiği manasını taşımaktadır. Teşkilatlanma, cemiyetin temelinde olduğundan, hakkaniyetle üleştirilebilmesi için bu vergiyi cemiyetin merkezi organına vermek gerekir.

«Sadaka» kelimesinin de iki manası vardır: Bildiğimiz sadaka kadar, sadâkat (doğruluk) manasına da gelir. O halde, Allah'a bağlılığın, Allah'a karşı samimiyetin tasdikinin sıdkını isbat için, «Allah'ın vechi (rızası) için» Allah adına sadaka vermek gerekmektedir.

Nihayet, «hakk» kelimesi de, hem hak, hem de hakikat demektir. Şu halde, vergi, bir başkasının, mallarımızı ağır sorumluluklara katan hakkıdır; onun ifa edilmesi, bizim Allah'a hakikaten ve samimiyetle bağlı olduğumuzu isbatlar.

Psikolojik olarak, ilâhî menşeli bir vazife, insanların iradelerinden, zor kullanabilme dışında başkaca bir haklılığa sahip olmayan, ekseriya zalim olan âmirlerimizin iradesinden neşet eden vazifelere nazaran, daha çok ifa edilme şansına sahiptir. Bu arada şuna da temas etmek istiyorum: Kur'an, devlet gelirlerinin tahsis olunacağı yer-

leri sarahatle ve tafsilâtiyle tanzim etmiş, bütçenin esaslarını vazetmiştir; gelirler, asla devlet başkanının mülkü değildir. (Daha fazla tafsilât için şu makaleme bakılabilir: «Budgeting and Taxation in the Time of the Holy Prophet - Hz. Peygamber Devrinde Bütçe ve Vergi», Journal of Pakistan Historical Society, Karachi, 1955, t. III/i, p. 1-11)

### Netice ve gâye:

Roma'da kanun, vaktiyle «fas» diye adlandırılır ve gayr-ı dinî işlerden başka, dinî kaideleri de biraraya toplardı; kral, aynı zamanda başrahip idi. Ancak bilâhare ve tedricî bir surette manevî görevler siyasi görevlerden ayrıldı; aşîkâr sebeplerden ötürü krallar, dünyevî işlerin idaresi ile yetindiler ve böylece «jus» doğdu.

Bu ayırım biraz sun'î görünmektedir; zira insanın bedenini ruhandan ayırmak mümkün değildir. Hatta, insanın bu iki tarafının idarecileri arasında uyum olmazsa, birinin diğerine zarar verme tehlikesi vardır. Bir çatışma esnasında, şayet ruhanî reis daha güçlü ise ve rakibine üstün gelirse, cemiyetin maddî hayatı büyük sıkıntıya düşecektir; aksine, cismanî şef karşılaşmayı kazanacak olursa, bu durumda da manevî hayat zarara uğrayacaktır. Her iki sorumluluk, aynı yetkiden neşet ederse, uyumlu bir dengeyi ve sürekli bir irtibatı sağlamak daha kolay olacaktır. Burada mesele olan, iş bölümü hususu değildir; asıl mesele, iki hayat sahasının icracılarının irtibat noksanı ve kaidelerin menşelerinin tam manasıyla ayırımıdır.

Kur'ân (2/200), materyalist hayat anlayışını mahkûm eder ve der ki: «İnsanlardan bir kısmı şöyle der: 'Rabbimiz. Bize (kısmetimizi) dünyada ver'; onların âhirette nasibî yoktur.» Sırf manevî hayat görüşünü mahkûm etme konusunda da, Kur'ân'ın ifadeleri daha az tımtıraklı değildir. Meselâ şöyle der (7/32): «De ki: 'Allah'ın, kulları için yarattığı zinet ve iyi (helâl) rızıkları yasaklayan kimdir?' Ve ilâve et: 'Onlar, u hayatta iken dirilecekleri güne halisâne inananlar içindir.' «Başka bir yerde (28/77) şu ifadeyi kullanır»... «ve dünyadan da nasibini unutma...». Hakikaten, Kur'ân'a göre, bir bütün hayat görüşü aranmalıdır (2/201-202): «Ve şöyle diyen insanlar vardır: 'Rabbimiz. Bize dünyada da, âhirette de güzel olanı ver ve bizi Cehennem azâbından koru.' İşte onlar için kazandıkları şeylerden nasib vardır. Allah'ın hesabı süratlidir.»

Şu halde, Muhibullah el-Bihâri'ye ait Müsellemü's-Sübût adlı usûl eserinin (1, 10), «İslâm hukukunun, âhîret huzurunu sağlama gayesini ihmal edemeyeceğini» kesinlikle ifade etmesini hayretle karşılamalıyız.

Şurada söylenenler, usûl ile ilgili eserlerin, İslâm hukuk felsefesine ait bahislerinde raslanan birkaç mu'tâ (dennée) dan ibarettir. Orijinallikten hiç de mahrum olmayan bu literatür, daha yakından tetkik edilmeye lâyıktır. Hernekadar Mutezililerin fıkıh konusunda hiçbir eseri ve hiçbir kanun kodu yoksa da; bu tetkikler esnasında, Hanefi, Şâfiî, Şii, Mâlikî v.b. mezheplerinin kanun kodları sahasında sahip oldukları nisbette, Mutezililerin de Usûlü'l-Fıkh konusundaki eserleriyle karşılaşılacaktır. Meselâ, Fransız Damas Enstitüsü, kısa süre önce bunlardan birisini iki cilt halinde neşretmiştir. Yine, Dublin Chester Beatty Kütüphanesinde, es-Saymerî tarafından kaleme alınmış olan ve İslâm'da çeşitli usulcû mezhepler arasında karşılaştırmalı bir tetkik niteliği taşıyan el yazma bir eser mevcuttur. (\*)

---

(\*) AL-ŞAIMARİ, Abû Abd Allâh al-Husein b. Alî b. Muhammed (436/1045), Mesâ'il al-khilâf fî usûl al-fıqh, Dublin Chester Beatty Library, No: 3757. Bkz. ARTHUR J. ARBERRY, A Handlist Of The Arabic Manuscripts, Dublin, 1959, IV/2-3. (Mütercim)