

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ EDEBİYAT FAKÜLTESİ YAYINLARI

PUBLICATIONS OF THE FACULTY OF LETTERS, İSTANBUL UNIVERSITY

17 AGUSTUS 1988

İSLÂM TETKİKLERİ ENSTİTÜSÜ DERGİSİ

REVIEW OF THE İNSTITUTE OF İSLAMİC STUDİES

ÜÇ AYDA BİR ÇIKAR—QUARTERLY

Müdür — Editor

PROF. DR. ZEKİ VELİDİ TOGAN

CİLD — VOL. I.
CÜZ — PARTS 1-4
1953

İbrahim Horoz Basımevi
İSTANBUL
1954

İslâm Hukûkunun Kaynaklarına Dâir Yeni Bir Tedkîk¹⁾

Dr. MUHAMMED HAMİDULLAH

Haydarâbâd Üniversitesinin eski Devletler Hukûku Profesörü ve hâlen İstanbul Üniversitesinde İslâm Tedkikleri Profesörü

Tezimin özünü sözümün başında arz edeyim: İslâm hukukunda şer'î kaynakların Kur'an, Hadis, İcmâ ve Kıyas tarzında mutâd dörde taksîmi, öncülerin ilk tasnif denemesinden başka bir şey değildi; filhakika en mutaassıp olanlar bile daima, müslümanların hayatını muhtelif zaviyelerden tanzim eden kanunlar için, şeriata tamamen uygun olmak üzere, takriben on diğer kaynak kabul etmişlerdir.

HUKÛK İLMİ

Beşerî cemiyette kanun, hemen hemen cemiyetin kendisi kadar eski bir müessesedir. Bununla beraber Eskilerin (Yunan ve Roma), kanundan müstakil olarak bir hukuk ilmini ancak nâdiren düşünmüş oldukları dikkate şâyandır. Kanunları ve hukukî teşkilâtları dolayısıyla Romalılara kadim dünyada bir şeref mevkii tanınması isabetlidir; fakat Romalıların hukuk ilmine âit bir eserini bilmiyorum.

Hukuk ilmine âit olmak üzere rasthyabildiğim en eski eser, İmâm Şâfi'î'nin mâruf *Risâle*'sidir. Bu arap müellifi hicrî 150 yılında (milâdî sekizinci asrın ortasında) doğmuştur. Kendisinden önce de güzide müslüman hukukçuları vardı; ezcümle Zayd b. 'Alî, Abû Hanîfa, Mâlik b. Anas bize İslâm kanununa âit eserler bırakmışlardır; fakat hukûk ilmine âit ilk monografik eser ancak Şâfi'î tarafından meydana getirilebilmiştir.

İmâm Şâfi'î, İslâm hukûkunda şer'î kaynakların dörde taksimini *Risâle*'sinde açıkça kabul etmektedir. Kıyâsın hukûk kaynağı olarak meşruiyetinden bahsederken, şöyle demektedir:

“Bana sorsalar: Kur'anda, Sünnette ve İcmâda sarâhat olmadığı takdirde Kıyâsa müracaat edilmesi lâzımgeleceğini nasıl söyleyebilirsin?„ (bk. *Risale*'de İcmâ fash). Daha ileride kıyâsın nasıl kullanılacağını belirtmekte ve hanefî üstadlarının ve hasımlarının sık sık kullandıkları «istihsân»dan faydalanmayı red etmekle beraber, meselâ içtihad'ın (ona göre içtihad teknik istilâh olarak hususî bir mânâ taşır) istimalini kabul ederek, kıyâs'ı ayrıca taksime tabi tutmaktadır (bk. aynı eser, içtihad ve istihsân fasılları).

Bu kısa atıf, Şâfi'î'nin, İslâm kanunlarının dört kaynaktan meydana geldiğini keşif ve kabulde müslümanlar arasında ilk hukukçu olmadığını isbata kâfidir. Filhakika, Şâfi'î'den önce gelen Abu Yusuf, Muḥammad Şaybânî ve hattâ bunların hocaları Abu Hanîfa ve hattâ Hammâd gibi daha önceki hukukçular bu vâkıa hakkında açık bir fikre sahiptiler. Fakat onlar bunu düşünmüş olmakla beraber, bunu ilmî bir temele istinad ettirmiş ve *Uşûl al fiqh* adı verilen yeni bir

¹⁾ Müsteşrikler Kongresi İslâm seksiyonunun 21.IX.1951 oturumunda okunan bu tebliğ, fransızca aslından (Nouvelle étude des sources du droit islamique) Doç. Dr. Bülend Davran tarafından türkçeye çevrilmiştir.

ilmi meydana koymuş olan, müellifimizdir. (*Uşûl al - fiqh*, müslümânlarda hukûk ilmüne alem bir ıstılah olup, hukûkun kökleri manasına gelir.)

Bundan itibaren, *Uşûl al - fiqh* üzerinde yüzlerce eser yazılmış, kanunların şer'î kaynakları mevzuuna boyuna avdet ve temas edilmiş ve, sünnî olsun, şifî olsun veya diğerleri olsun, hiç bir islâm hukuk mezhebi, kaynaklar hakkındaki bu dört rakamını aşmak hakkını kendisinde görmemiştir. Fakat, hukukun muteber kaynakları problemine alâka gösteren bir tedkikçi, bu aynı müelliflerin eserlerini okurken, bu müellifler tarafından ne Kur'ana, ne Hadîse, ne İcmâa ve ne de Kıyâsa idhal edilmeyip, çok farklı kaynaklara ırcâ olunan hükümlere rastladıkça, hayrete düşmekten kendilerini alamazlar. Şimdi tedkikine girişeceğimiz mevzû da işte budur.

HUKÛKUN DİĞER KAYNAKLARI

I. İlkın peygamber devrinden başlayalım. İslamiyetin, bu devrin dinî mefhumlarına karşı bir aksülamel olarak başladığını ve müslümanları diğer dinlerin sâlikleriyle eşit tutmaya rıza göstermenin aslâ bahis mevzuu olmadığını söylemeğe hiç ihtiyaç yoktur. İslamiyetten evvel Medine şehri devlet teşkilâtına mâlik olmadı. Medine'ye bir devlet esas teşkilatı bahşeden, Peygamber oldu. Bu esas teşkilat kanunu bugün mevcut bulunmaktadır ki, bu da esasen "dünyanın ilk yazılı esas teşkilât kanunu"dur. Daha ziyade federatif tipte olan bu esas teşkilât kanununda ise Peygamber, Mekke'den gelen mülteciler olsun, Medine menşinden olsun, yalnız müslümanları değil, aynı zamanda musevileri ve diğer cemaat mensuplarını da teşkilâtlandırmıştı. Bu esas teşkilât kanununun 25-inci maddesinde şöyle yazılıdır: "Banū 'Avf musevileri Müminlerle *birlikte* bir cemaat teşkil edeceklerdir" (umma ma'al mü'minnîn). «Bir bakımdan bir cemaat, *takat* müslümanlarla *birlikte*» şeklinde tercümeye çalışılan metin, İbn Hişâm'ın naklidir. Fakat aynı maddenin Abū 'Ubayd'in eserindeki metni, «aralarından» (umma min'al-mu'minnîn) kelimesini ihtiva etmekte olup, bu da müslümanların bir *parçasını teşkil eden* bir cemaat demektir. Bu, iki taraflı bir milletlerarası ahitnameye istinat eden siyasî bir vesikadır. Bu vesikada bahis mevzuu olan hususlar, uhrevî değil, dünyevîdir. Fakat bundan bir netice çıkarmadan önce, biraz beklemeliyiz.

Bir müslümanın, diğer bir müslümanın hayatını tehlikeye sokacak bir tarzda hareket edemeyeceği bedihîdir. Dikkat nazarlarınızı, Hodaybîya mütareke sözleşmesinin 4-üncü maddesine çekmek isterim. Bu maddede şöyle denilmektedir: «Kureyşilerden her kim, mevlâ'sının izni olmaksızın, Muhammed'e ilticâ ederse o (yâni Muhammed) bunları (Kureyşileri) iâde edecektir. Fakat Muhammed taraftarlarından her kim Kureyşilere ilticâ ederse, Kureyşiler onu aslâ iâde etmeyeceklerdir».

Bundan bihakkın çıkarılabilecek tek netice, zaruretin hiçbir kanuna boyun eğmediğidir: zaruret tavizleri zorla kabul ettirir. Ehven-i şer tercih olunur. Bu sebeptendir ki, gayri müsâit bir muâhede kabul edilir; muâhedelere sadâkatle riâyet de şarttır. Yalnız Peygamber devrinde değil, bütün devirlerde, Müslümanlar tarafından akdedilmiş muâhedeler vardır ve İmâm Muhammad al-Şaybânî gibi büyük ehemmiyeti hâiz bir müellif dahi, *al-Siyar al-kabir* adlı eserinde muâhedelerin müteberliği ve alelâde kanunlara tefevvuku mevzuuna bir çok sahifeler tahsis etmiştir.

2. Fetih devrinde, Halife I. Ömer'in, meselâ İran'da, mahallî memurlara zi-

raat gelirleri hakkındaki eski kanunların hemen hemen hiç dokunulmadan meriyette kalmalarını nasıl emrettiği meşhurdur. Bu suretle İran gelirler vergisi kanunu bir anda İslâm kanunu haline gelmiştir. Gerçi bu kanunda islâmî kaedelere aykırı hiçbir şey yoktu ve müslümanlar hükümet vaziyetini uygun gördüğü şekilde tanzim hususunda mutlak salâhiyete sahipti. Fakat size, üzerinde düşünülmesi için arzettiğim cihet I. Ömer Halifelik hükümetinin yabancı kanunlardan ilham aldığı noktasıdır. Kaynak kelimesinin, bir kanun hakkında ilk fikrin bulunduğu yer mânâsından başka bir mânâsı yoktur. Müelliflerimiz çok daha ileri gitmektedirler ve hepsi "kanunla, yâni Kur'anla ve Peygamber'in Sünneti ile menedilmeyen her şeyin meşrû ve câiz,, olduğu (*aşl al-ibâha*) üzerinde mütefiktirler. Bu doktrinin, yabancı tesirlerin ve Müslümanların hukuk otoriteleri tarafından mergûb addedilen teâmüllerin İslâm hukûkuna mütemadiyen hulûl etmesine ne kadar müsâit olduğu görülmektedir.

3. Size, şeriat sahasında büyük otoritesi olan aynı halifenin, I. Ömer in, devrine ait diğer bir halden bahsedeceğim. Abū Yūsuf'un *Kitâb al-ḥarâc*'ına göre, hudut gümrük idaresi tarafından, Halife'ye, mallariyle İslâm ülkesine giren yabancı tâcirlerle ne gibi bir muâmele yapılacağı sorulmuştu. Manbic şehri gümrükçülerine verilen cevap hıfzedilmiş olup, şöyledir: "Bu yabancıların mensup olduğu devlet kendi ülkesine giren tab'amıza ne gibi bir muâmele yapıyorsa, o şekilde hareket et; bu yabancı tâcirlerden, onların tab'amızdan aldıkları gümrük resmi nisbetinde ve eğer böyle bir resim yoksa, mal üzerinden yüzde on gümrük resmi al». Demek ki mütekalibiyet, İslâmiyet için tamamen muteber bir kaynaktı. Hattâ İslâmiyet için tamamen müteber bir kaynaktı. Hattâ İslâm kanununun bir memlekette ve muayyen bir devirde siyyanen tatbikine mâni olsa dahi.

4. Her devirde idare memurları âmirlerinden tâlimat almışlardır. Salâhiyetli mercilerin tâlimatına Devlet memurları riâyette mükellef bulunmuşlar ve bu da, bilhassa muahhar itirazların ve tâdillerin bahis mevzuu olmadığı hallerde, İslâm kanununun şer'î kaynaklarından birini teşkil etmiştir. Bu kategoriyi, muâhedeler, mütekalibiyet, ilh. gibi, yukarıda belirttiğimiz kategorilerden ayırdetmek gerekir. Çünkü, bu tâlimat yalnız mâdunların suâllerine cevap teşkil etmekle kalmayıp, aynı zamanda, mevcut vaziyeti islâh maksadiyle alâkalı mercilerin kendi teşebbüslerinden de doğabilir. Bu gibi hükümet tâlimatı, hiç olmazsa bunu verenin hüküm sürdüğü müddetçe mer'î olur.

5. İmâm Mâlik'e göre, Medine sâkinlerinin örf ve âdeti (*urf ahl al-madîna*) yüksek bir hukûkî değer taşımakta olup, bize *Consuetudo Populi Romani*'yi hatırlatır. Filhakika, Mâlikî mezhebine göre Kur'anda ve Peygamber'in sözlerinde sarâhat bulunmayan hususlarda, İslâmiyet devrindeki Medinelilerin örf ve âdetlerinin, kıyâs yoluyla istidlâl dâhil, diğer bütün kaynaklara rüçhâniyeti vardır. İmâm Mâlik'in mütâlâasına göre, bahis mevzuu örf ve âdetlerin Peygamber'in tasvibine mazhar olduğuna inanmak lâzımdır.

6. Her ne kadar, gerek Medineden başka yerlerde meydana gelmiş olan Sünnî mezheplerinden Hanefî, Şafiî, Hambelî, ve sair mezhepler, gerekse Şiî mezhebiyle diğerleri, İmâm Mâlik'in Peygamber'in bahsettiğini söylediği yüksek imtiyaza rağmen, Medine örf ve âdetlerine bu tefevvuk ve rüçhâniyeti tanımamakla beraber, bu mezhepler dahi örf ve âdete hukuk sistemlerinde çok ehemmiyetli bir mevki verirler. Nasslarda sarâhat mevcut olmadığı takdirde, hal suretini, hukukî kıyas yoluyla zoraki yapılan istidlâllerin değil, örf ve âdetin ta-

yin edeceğini kabul mânasına gelmek üzere ve muhtelif nüans farklarıyla *örf*, *âdet*, *teâmül*, gibi istilahlar kullanılır. İslâm hukûkunun mercî mâhiyetindeki eserlerinde (*Compendium*), hemen her sahifede kıyâsın, yâni istidlâl ve mantığın fi-lân kaideyi istilzam ettiğinden, teâmülün, örf ve âdetin veya herkesçe mutad olanın ise falân olduğundan bahsedilir. Âşikârdır ki, bu âdetler memleketten memlekete, devirden devre farklar arz etmektedir ve yeni teâmüllerin eskilerinin yerini aldığını belirten bir çok hâdiseler kolayca gösterilebilir.

7. 'Umüm al-balāvā nazariyesi, ayrıca tedkike muhtaç bir mevzûdur. Bu istilâh, herkesin edinmiş olduğu kötü bir âdet mânasına gelir. Bu nevi hâkim bir mevki ihraz eden âdetlere, daha yüksek bir ehemmiyet atfetmemek için, kabil-i musâmaha nazariyle bakılır. En mutaassıp hukukçular bu âdetlere atıfta bulunup, bunları İslâm hukûkunun müteber kaynaklarından addederler. Bu üstün âdetler kanun metninin en sarîh mutâlarına bile tefevvuk etmekte ve bu itibarla da mütâd olarak kabul edilmeyen otoriteyi kazanmaktadırlar. Gerçi müelliflerimiz bu kaynağa ancak dünyevî hayatın daha ziyade ehemmiyetsiz mevzûları hakkında bir itibar gösterirler. Fakat bu, hürmete şâyân ve hürmet görmüş seleflerimiz tarafından "şer'i addedilen," dört kaynak hâricinde de, İslâm hukukunun bir çok kaynakları mevcut olduğu hakkındaki tezimizi çürütmez.

8. Nihayet, gerçek maksatları ancak gizleyebilen faraziyeler usulüne işaret edelim. Meselâ, islâmî mefhumlara göre, bir dâvayı sırf hakkın geç talep edilmiş olması dolayısıyla sukût ettirmek imkânsızdır. Bu, tamamen Garbe âit bir itiyâddır. Fakat hukukî meselelerde bunun kabulü zarurî görülmüştür. Osmanlıların meşhur *Mecelle*'sinde bu neticeye varmağa nasıl muvaffak olunduğu, en mutaassıp ulema tarafından açıkça izah edilmiştir. Bunlar, eski nazariye ve tatbikata göre, hâkimlerin salâhiyetlerinin tâyini iktidarının sultana âit olduğunu belirtirler. Sultan, ülkesindeki nizamî mahkemelerde, emirnamelerle tâyin olunan müddetleri tecavüz eden dâvaların mesmû olmamasını emrediyor. Gecikmiş iddiaların istimai münhasıran hükûmet reisine âit olduğu söylenmekte ise de, Sultanın da bu türlü iddiaları kabûl etmeyeceği tahtında müstetirdir. Bu gibi faraziyelerle amelî mülâhazalar nazariyeye galebe çalmıştır.

Burada icmâ' ve kıyâsın, *istihsan*, *istishap* gibi ve hattâ İmâm Şâfi'nin suret-i mahsusada bahsettiği ve onun nazarında müelliflerin mutâd olarak verdikleri mânadan çok farklı bir mânası olan *icthad* gibi muhtelif kategorilerinden bahsetmek ihtiyacını duymuyorum. Bu icma hâdiselerinde müelliflerimiz mantığın tam ve kâmil bir şekilde tatbikini bir yana bırakırlar ve nisfete, selâmet-i umumiyeye (salus populi) ve sair makûl mülâhazalara dayanan kaideleri tercih ederler. Zira müelliflerimiz bunlardan "kıyâs yoluyla istidlâl," serlevhası altında bahsetmektedirler ve bu kaynakları, belki de musib olmayan bir tasnife tâbi tutmak haklarını münâkaşa etmekte fayda mülâhaza olunamaz. Onlar bundan bahsediyorlar ve bu da kâfidir.

Aynı mülâhazalar, *vahye* müstenit sayılan İslâmiyet öncesi kanunlar hakkında da vâridir. (sünan man kâna qablakum). Bununla beraber, İslâmiyete göre, Âdemden İsayâ kadar eski peygamberler tarafından vazedilmiş kanunların Kur'an ile veya Muhammed'in Sünneti ile ilga edilmiş olmadıkça, müslümanlar için de aynen mer'i olduğunu belirtmek gerekir. Buhârî ve Tirmizî gibi müellifler bize bu mevzuda Muhammed'in kavîl ve fiillerini naklederler. Kur'an ise bu bahiste daha da sarihtir. Onbeş kadar eski Peygamberi isimleriyle zik-

rettikten sonra Muhammede hitaben: «Onları rehberlerin olarak takip et» (fa-bi-hudâhum uqtadîh, Kuran, VI-90) der. Fakat, aşılması imkânsız bir güçlük vardı: Eski kitaplar hakkında nasıl malûmat alınacaktı? Kurana göre, nâzil olmuş olan eski kitaplar şu veya bu sebeple tağyir edilmişlerdi ve esasen islâmiyetin hikmeti vücudu da, mâzide birbirini takip eden peygamberlere vahy ve ilhâm edilmiş olup, Âdem ve Havva oğullarının fecî tarihlerinin bir daha bulmak imkânını vermeksizin kaybolmalarına sebep olduğu kitaplarda yazılı bulunan, Allahın ebedî kanununu yeniden meydana getirmek idi. Bu sebeple, eskilere vahiy ilham edilmiş kanunların tanınması, Kur'anda, yahut Peygamberin hadîslerinde, eski ilâhî kanunlar olarak, zikredilmiş bulunanlara inhisar etmektedir. Meselâ, qışâş hakkındaki Mûsâ kanunu, Kur'anda bu mahiyetiyle zikredilmiştir ve bu kanunun ilga edildiğine dair Kur'anda bir sarâhat bulunmadığı cihetle, qışâş müslümanlar için de müteber sayılmaktadır.

Bâzi müslüman kavimlerin, bilhassa miras, vasiyet, ilh.. yollariyle mal tassarrufu sahasındaki ve yalnız Kur'ana değil, diğer müslümanların tatbikatında mugayir olan örf ve âdetlerini bittabi mukayese edemem. Bu örf ve âdetler, gerek Kuzey Afrika Berberilerinde, gerekse Endonezyalılarda bahis mevzuudur. Himalayaların ötesindeki berrî Asya Müslümanlarına gelince; bunlar her yerde aynı suretle hareket etmiş değillerdir. Meselâ, Haydarabadda bu sahada gayri islâmî ve islâma mugayir örf ve âdetler mevcut değildi. Buna mukabil, Pencâbda kız çocuklar ile kız kardeşlerin mirasta hiçbir hakları yoktu; Malâbâ'da, yegen, yani kız kardeşin oğlu, murisin çocuklarını zahvederek, mirastan faydalanmaktadır. Bombay'da mirasın hiçbir surette taksimi bahis mevzuu değildi. Bu "âile mîrâsı,, adı verilen bir sistem olup, miras bütün âilenin nef'ine iktisap edilmekte ve taksim bahis mevzuu olmaksızın nesilden nesile intikal eylemektedir. Bu türlü teâmüllerin İslâm hukûkunun şer'î kaynakları arasında hiçbir yeri olmadığı âşikârdır.

NETİCE

Şimdi bahsini ettiğim lâislâmî teâmülleri tamamen hariç tutarak gördük ki, İslâm hukûkunun Kur'an, sünnet, icmâ ve kıyâstan ibâret bulunan dört "şer'î,, kaynağı dışında, hukukçular tarafından hukûkun hakikî kaynağı olarak kabul edilen, fakat aranması mutad olan yerde zikri geçmeyen aşağı yukarı daha on kadar kaynağı vardır.