

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

# İLÂHİYAT FAKÜLTESİ DERGİSİ

ANKARA ÜNİVERSİTESİ İLÂHİYAT FAKÜLTESİ  
TARAFINDAN YILDA BİR ÇIKARILIR

Cilt : XXVII

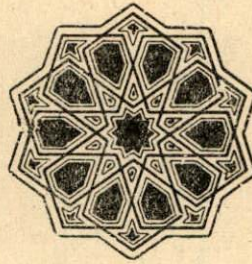


ANKARA ÜNİVERSİTESİ

# İLÂHİYAT FAKÜLTESİ DERGİSİ

ANKARA ÜNİVERSİTESİ İLÂHİYAT FAKÜLTESİ  
TARAFINDAN YILDA BİR ÇIKARILIR

Cilt : XXVII







## İ Ç İ N D E K İ L E R

|   | Sayfa |
|---|-------|
| Prof.Dr. H. ATAY , <i>Kur'ân-ı Kerim ve Kudsiyet</i> .....  | 1     |
| Prof.Dr. M.S. AYDIN, <i>Sürec Felsefesi Işığında Tanrı-Alem İlişkisi</i> .....  | 31    |
| Prof.Dr. İ.A. ÇUBUKÇU, <i>Biruni</i> .....  | 89    |
| Prof.Dr. H. YURDAYDIN, <i>İslâm Devletlerinde Müslüman Olmayanların Durumu</i> .....                                    | 97    |
| Doç.Dr. H. ALTINTAŞ, <i>İslâm Düşüncesinde Tasavvuf</i> .....   | 111   |
| Doç.Dr. M. AYDIN, <i>Batı ve Doğu Hıristiyanlığına Tarihi Bir Bakış</i> .....   | 123   |
| Doç.Dr. S. HİZMETLİ, <i>Tarihi Rivâyetlere Göre Hz. Osman'ın Öldürülmesi</i> .....                                      | 149   |
| Doç.Dr. S. HİZMETLİ, <i>İslâm'ın Derûnî Tezâhürleri</i> .....   | 177   |
| Doç.Dr. İ. KAYAOĞLU, <i>İslâm'da Adalet Mefhumu</i> .....   | 201   |
| Doç.Dr. M. ŞİMŞEK, <i>Osmanlı Cemiyetinde Para Vakıfları Üzerinde Münâkaşalar</i> .....                                 | 207   |
| Doç.Dr. G. TÜMER, <i>Yehova Şahitleri Hareketi ve Bir Din Olup Olmadığı</i> .....                                       | 221   |
| Doç.Dr. A. UĞUR, <i>Kemal Paşa Zâde'nin VIII. Defteri</i> .....   | 265   |
| Doç.Dr. M.S. YAZICIOĞLU, <i>Mâtürîdî Kelâm Ekolünün İki Büyük Siması Ebû Mansur Mâtürîdî ve Ebu'l-Mu'in Neseî</i> ..... | 281   |
| Yrd.Doç.Dr. M. BAYRAKTAR, <i>İbn Sînâ'da Varlık, Varoluşun Sebebi ve Varlığın Delili Olarak Aşk</i> .....               | 299   |
| Yrd.Doç.Dr. M. BAYRAKTAR, <i>Al-Jahız and the Rise of Biological Evolution</i> .....                                    | 307   |
| Yrd.Doç.Dr. S. EROĞLU, <i>Kur'an Hükümlerinin Hukuk Açısından Değerlendirilmesinde metod</i> .....                      | 317   |
| Yrd.Doç.Dr. M. KOŞTAŞ, <i>Doğu Arap Dünyasında Hukukî Modernleşmenin Birkaç Yönü</i> .....                              | 327   |



|  |     |
|--|-----|
| Yrd.Doç.Dr. M. KOŞTAŞ, <i>La Laiscation De L'Etat Turc</i> . . . . .   | 339 |
| Dr. M. ATALAR, <i>İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Genel Kitaphğında Mevcut Bulunan Tarihi Çalışmalarının Listesi</i> .. | 347 |
| Dr. M. ATALAR, <i>A.Ü. Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Genel Kitaphğı Yazmalar Bölümündeki Tarih Çalışmaları</i> . . . . .       | 355 |
| Dr. H. KIRBAŞOĞLU, <i>İbn Haldûn'un "Mukaddime"sinin Yeni Bir Tercümesi Üzerine (I)</i> . . . . .                                | 363 |
| Dr. H. KIRBAŞOĞLU, <i>Mukaddime'ye Yazılan "Giriş" Bir İntihal mi? (II)</i> . . . . .  | 399 |
| Ar.Gör. Ali YILMAZ, <i>Yeni Tarama Sözlüğü</i> . . . . .   | 415 |

# DOĞU ARAP DÜNYASINDA HUKUKİ MODERNLEŞMENİN BİRKAÇ YÖNÜ

A. H. AL. KATIFİ

Çev: Yrd. Doç. Dr. Münir KOŞTAŞ

## I

Hukukî modernleşme Doğuda İslâm Hukuku'nun istikbâli için günün aktüel bir konusu olarak önemli bir yer işgal etmektedir. Arap hukukçular canlandırılmış ve yenilenmiş bir İslâm Hukukunun "Arap Medeni Kanununun" temel kaynağı olmasını temenni etmektedirler. Benim niyetim burada bu konuyu incelemek değildir. Çok geniş ve karmaşık olan konuyu derinliğine ele alıp inceleyecek kadar zaman müsaid değildir. Sadece Doğu Arap Aleminde görülen hukukî modernleşmeden birkaçını -buda iki yönden sınırlıdır- sunmakla iktifa edeceğim. Sahamız özellikle Irak, Suriye ve Mısır dahilinde kalacaktır; konu ise hukukun kaynakları ve ahval-i şahsiyye ile ilgilidir. Bunları ele almamızın sebebi; bu meselelerin İslâm Hukukunda özel bir önem taşıması, hukuk felsefesi açısından hukukun kaynaklarının bir problem teşkil etmesi ve ahval-i şahsiyyenin müslümanların özel hayatlarında önemli bir yer işgal etmiş olmasıdır.

Bu iki meseleden bahsetmezden önce, İslâm ülkelerindeki modernleşmenin ve bunun metodlarının neler olduğunu genel hatlarıyla hatırlatmak yerinde olur.

## II. HUKUKİ MODERNLEŞME VE METODLARI

Sosyal yapının ve sosyal münasebetlerin değıştiğı bilinmektedir. Sosyal alemin yansıması olan hukukî düzen er veya geç bu değışmeyi takibeder. Bunun için hukukî kaidelerin yeni şartlara ve cemiyetin

\* Bu makale "Normes et Valeurs dans L'Islam Contemporain", Payot-Paris, 1966, Shf. 301-312'de neşredilmiştir.



yeni ihtiyaçlarına uygun olması gerekir. Bu adaptasyon hukukî modernleşmeye cevap verir. Bu hukukî modernleşme umumiyetle yavaş gerçekleşmekte fakat düzenli bir şekilde ilerlemektedir. Bazen, derin bir hukukî hareketsizlikten sonra, az veya çok ihtilâlcî bir reform hüviyetine bürünerek ortaya çıkmaktadır. Sadece bir derece farkıyla modernleşmenin iki vechesi aynı kalmaktadır.

Yukarıda izah edildiği mânâda İslam ülkelerinde görülen hukukî modernleşme olayları yeni bir şey değildir. Aslında bu İslamın zuhuruna kadar uzanmaktadır.

İslâm, daha başlangıcında, Hicaz'da meriyette olan İslâm-öncesi âdetlere önemli bir reform getirmişti. Daha sonra, Irak, Suriye ve diğer yerlerdeki mahalli âdetler yavaş yavaş islâmlaştı veya İslâm-Hukukunun temel kaynaklarını teşkil eden Kur'an ve Sünnet'ten çıkartılan hal çareleri onların yerini aldı Sosyal hayatın çeşitli meselelerine müctehidler, (jurisconsultes) İslâm Hukukunun ikinci derecede bir kaynağı ve entellektüel bir gayretin sonucu olan icthadla çeşitli hal çareleri buluyorlardı. Müctehidler tarafından bulunan hal çarelerinde uygulanan metodlar gittikçe gelişerek kesinleşmişti. Hicri IV. asrın başlarında yapılan icthadlar o derecede çoktu ki İslâm cemaati bu kaynağın kapısını devamlı olarak kapamayı luzûmlu buldu. O devirde, her mesele için hukukî geçerli bir çok hal çaresi vardı. Bu, icthadın haddinden fazla yapılmasının meydana getirdiği gerçek bir krizdi. Yeni hal çarelerinin yaratılmasına ihtiyaç olmadığı ve istikbalde dahi her hangi bir meseleye eski büyük müctehidlerin yapmış oldukları icthadların incelenmesinin kafi geleceği zannediliyordu. "İctihad kapısı" bu şekilde kapanmış, İslâm hukukçularında XIX. asır Fransa'sındaki hukuk yorumcuları gibi eskileri serh etmekle iktifa etmişlerdir. Yaratıcı karakterde hukukî eserler nâdirdi, bundan böyle çeşitli meselelere hal çaresi bulmak için "Müftî"ler tarafından verilen fetvalar eski müctehidlerin icthadlarına dayanıyordu. On asırdan beri katı ve kudsi bir hüviyete bürünen bu hukuk anlayışı değişmedi. Bununla beraber bir asırdan beri bir çok İslâm ülkesinde hukukî usulleri modernleştirmek için bir hukuk reformuna gidildiğine şahit oluyoruz. Bu modernleştirme çabaları, teorik olarak, icthadla gerçekleştirildi. İslâm Hukuku, kendi öz kaynaklarından, özellikle tükenmez bir kaynak olan icthaddan ve metodlarından faydalanarak modernleşmek zorundadır. XIX. asrın son on yılından beri "icthad kapısının tekrar açılması" isteğinde bulunan bazı reformcuların doğduğuna şahit oluyoruz. Ezher Üniversitesi Profesörlerinden Şeyh Abdul Musa al Al-Saidi, icthad alanında, İslâmın Sünni dört mezhebinin alimleri, Şii ve İbadiye ile her hangi bir mezhebe bağlı olmayan icthad ta-



raftarı alimlerin iştirakı ile "İctihad kapısının açılması" için bir kongrenin toplanmasını ve taklîd döneminin kat'î olarak son bulmasını teklif etmektedir. Teorik olarak, işte İslâm Hukuku için gerçek bir modernleşme.

Bununla beraber buraya kadar, pratik olarak icihadın katkısı az oldu. Bir asırdan beri İslâm ülkelerinde çeşitli hukukî konulara dokunan önemli reformları müctehidler değil, laik teşri organları gerçekleştirdi. Bu reformlar, İslâm Hukukunun geleneksel kaynaklarına dayanma derecesine göre İslâm hukukunun gerçekten modernleşmesinden uzaklaşmakta veya ona yaklaşmaktadır.

Bunlar aşağıda görüldüğü tarzda ayrılabilirler:

a) Yabancı bir kanunun veya hukukî kaidenin olduğu gibi İslâm ülkesine ithal edilmesi. Buna misâl de Osmanlı devrinde birçok kanunun özellikle Fransız hukukundan alınmış olmasıdır, bunlar da: Ticaret Kanunu (1850), Ceza Kanunu (1858), Denizcilik Kanunu (1863), Ticarî Usul Kanunu (1861), Ceza Usulü Kanunu (1879), Medenî Kanun Usulü (1880); Devlet toprakları üzerindeki intifa hakkının kullanılmasına ait kanun Alman Medenî Kanunundan, Türk Medenî Kanunu (1926) nun aslı da İsviçre'dir. 1863 tarihli Mısır Medenî Kanununun durumu da aynıdır, böylece birçok İslâm ülkesinde Anayasa Kanunları ve İdarî Kanunlar, Ticaret, Ceza ve Medeni Kanunlar Avrupalı, özellikle Fransa'dan mülhem bir ruha sahiptir.

b) İslâmî ve gayr-ı İslâmî hal çarelerinin bir kanunda veya bir kaidede aynı anda yanyana bulunması. Bu alandaki misaller durmadan çoğalmaktadır. Bu kategoriye sonuncu Mısır Medenî Kanununu, Suriye ve Irak Medenî Kanunlarını ve Irak'ın 1959 tarihli Ahval-i şahsiyye Kanununu dahil edebiliriz.

c) Teşri organı hukukî reformların unsurlarını hassaten İslâm Hukukunun kaynaklarından alır. Bu gaye için de, teşri organı kendisini az veya çok hürriyet içinde bulmaktadır: bazen müctehidin rolüne bürünmekte Kur'an ve Sünnet'in liberal tarzdaki bir tefsiri sayesinde yeni hal çareleri yaratmakta, bazen her hangi bir islâmî ekole bağlı olmaksızın bazen de hürriyetlerini eski müctehidlerin yapmış oldukları ictheadlarla sınırlamaktadır. Her vakıa için teşri Organı günün şartlarına en uygun olan hal çaresini seçmektedir. Bunlara misâl olarak ta, 1953 te Suriye'de kabul edilmiş olan "La loi sur le statut personell adoptée" ve boşanmaya dair olan diğer bir çok kanunları, 1920 den beri Mısır'da kabul edilmiş olan Hibe Kanunlarını gösterebiliriz. Teşri Organı bazen bir



Ekolün bulmuş olduğu hal çarelerini kanun haline getirmekle yetinmektedir-Muhteva olarak Hanefi Ekolünün kaidelerini kanunlaştırmış olan Osmanlı Mecelle'sinin durumu budur.

d) Değişik muameleler aynı kanunun hazırlanmasında birkaç defa uygulanmaktadır. Bundan başka, Teşri Organı kanundaki gerçek hüviyetini yabancılardan aldığı hal çaresini veya İslâm Hukukuna zıd olan bir hususu ve yabancılardan almış olduğu hükümlerin İslâm Hukukuna uygun olacağını veya bunların İslâm Hukukundan pek farklı olmadığını söyleyerek gizlemektedir.

Hukukî modernizm üzerindeki bu muhtasar ekspozede şimdi de müşahhas iki misâli ele alalım: bunlardan biri hukukun kaynakları, diğeri de ahval-i şahsiye'ye ait olandır.

### III. SON ZAMANLARDAKİ ARAP MEDENİ KANUNLARINDA HUKUKUN KAYNAKLARI MESELESİ

1948 de Mısır, 1949 da Suriye ve Irak'ta kabul edilmiş olan Medeni Kanunların hazırlanmasının gerekçesinde hakim olan ana fikir, İslâm Hukukunun hükümleriyle Batılı Kanunlardan müteşekkil ahenkli bir karışım meydana getirmektir. Bu karışım sayesinde Medeni Kanunlar modern medeniyetin şartlarına uygun hale gelecek, buna ilaveten İslâm Hukukunun mukayeseli bir incelemesinin ortaya çıkmasına yardımcı olabilecek gayretleri teşvik edecek ve bu hukuk yeni şartlara cevap verebilecek hale gelecektir. Bu çift orijine, İslâmî ve Batılı, değişik derecelerde meseleye mevzu teşkil eden Medeni Kanunların çeşitli bölümlerinde rastlanmaktadır. Yasamaya ait bu çift orijinli modernleşmenin bir asırdan beri Doğu Dünyasında modernleşmenin aşını teşkil eden bu düalizmin hukukun kaynaklarına nasıl uygun geldiğini görelim.

1948 yılındaki Mısır Medeni Kanununun birinci maddesi şu şekilde belirtilmişti:

1. Kanun, bu ahkâmın lafzen veya mâna olarak taalluk ettiği herşeyi tanzim eder.

2. Uygulanabilir kazaî bir hükmün olmaması halinde hakim örf ve İslâm Hukukunun prensiplerine göre karar verir. Bu prensiplerin mevcut olmaması halinde tabii hukukun ve ona mümasil kaidelerin yardımına müracaat eder. Aynı metin tek bir değişiklikle Suriye (1949) Medeni Kanununun birinci maddesinde yer almıştır: İslâm Hukuku Suriye metninde kaynakların sıralanmasında ikinci sırayı, örf ise üçüncü sırayı almıştır.



Irak Medenî Kanunu için, birinci maddenin ilk paragrafı Suriye ve Mısır'ınkinin aynı, ikinci paragrafı ise biraz değişikdir. "Uygulanabilir kazaî bir hükmün olmaması halinde hakim örf ve İslâm Hukukunun hiçbir ekole bağlı olmayan prensiplerinin bu kanunu en uygun gelebilecek olarıyla ve dengi olan kaidelerle karar verir." Buna ilaveten, Suriye ve Mısır kanunlarından farklı olarak Irak Medeni Kanunu (biraz sonra bahsedeceğim) İslâm hukukunun kaynaklarından alınmış olan değişik maddeleri ihtiva etmektedir.

Önce Mısır, Suriye ve Irak Medeni Kanunlarının birinci maddelerini ni yakından görelim ve sonra Irak Medeni Kanununun hukuğun kaynaklarını ilgilendiren diğer maddelerini inceleyelim.

a) Hakikatte her üç Arap ülkesinin Medeni Kanunlarının birinci maddeleri geniş bir şekilde İsviçre Medeni Kanununun (I. md.) den alınmıştır. Aralarındaki tek büyük fark, Arap Medeni Kanunlarında kaynak olarak İslâm Hukukunun üçüncü sırada yardımcı bir kaynak olarak yer almış olmasıdır.

Teorik ve pratik olarak İslâm Hukukuna atıfta bulunmasının gerçek önemi nedir?

Teorik planda, Arap kanunları önce kanunu, sonra da İslâm hukukuna ait olan örfelere atıfta bulunmakla hukukun çeşitli kaynaklarını teşkil eden İslâm hukukunun yerleşmiş olan hierarşik düzeni ile tezada düşmüş olduklarını işaret etmek gerekir. İslâm Hukukunda kanun koyma (législation) ve kanunî düzenleme İslâm Hükümdarı veya (Halifesi) tarafından yapılır, İslâmın ilâhî hukuku hiç bir şekilde bozulamaz.

Bu bakımdan Muaz'ın hadisi çok meşhurdur. Hz. Peygamber onu Yemen'e Kadı olarak tayin ettiği zaman kendisine şöyle demişti:

- "Nasıl hüküm vereceksin?"
- "Hal çaresini Kur'an'da arayacağım".
- "Eğer orada bulamazsan"?
- "Peygamberin Sünnetinde arayacağım."
- "Hz. Peygamber onda da bulamazsan ne yapacaaksın, diye tekrar etti."
- "Muaz kendi görüşümü tatbik ederim, cevabını verdi."

Hz. Peygamber bunun üzerine şöyle haykırdı:

"Allah'ın inayetiyle ashabım benim dinimin özünü anlamışlardır".



Hiç şüphe yok ki adı geçen Medenî Kanunların metinleri İslâm Hukukunun kaynaklardaki hiyerarşik sırasını bozmuştur. Enteresan olan, bu bozma ameliyesinin hiç bir İslâm Hukukçusunu şoke etmemiş olmasını müşahede etmektir. Aksine, İslâm Hukukuna komple bir dönüş için ileriye atılan bir adım gibi İslâm Hukuku medenî kanunlarda ek üçüncü bir kaynak olarak kabul edildi. Hukukun sağlam kaynakları listesine yapılan bu ilave sayesinde, şimdiye kadar sadece Batılı hukuka mücaatta bulunan günümüzün kanun vazını İslâm Hukukunu tanımaya götüreceğini, veya en azından birinci sırada, üçüncü bir kaynak olarak göreceklarını düşünmektedirler. Böylece kabul edilmiş olan bu kadirşinashlık gittikçe pratisyen ve mütehassısları bu kaynaktan istifade etmeğe doğru itecektir; İslâm Hukukunu kaynaklar sırasında birinci plana yükseltmekten başka bir şey kalmamaktadır. Bu iyimserlik pratik olarak ta doğrulandı mı?

Pratik sahada ve özellikle pratik adli alanda, İslâm Hukukunun bu ilavesinden elde edilen neticelerden fikir sahibi olabilmek için henüz vakit çok erkendir. Irak'lı hukukçulara bakılırsa, onların daha da pesimist oldukları görülür. Hakikatte, yaklaşık yedi yıldan beri tatbik edilmekte olan Irak Medenî Kanunu, Temyiz mahkemesi sadece iki olayda İslâm hukukuna müracaat etmiştir.

b) Mısır ve Suriye teşri organlarının Irak teşri organından farkı, orijinli İsviçre olan ve adı geçen birinci maddenin dışında, Irak teşri organının Mecelleden müslüman orijinli hukukun kaynağı problemiyle ilgili bir çok metni iktibas etmiş olmasıdır. Son derece önemli olan bu metinler kıyas, icthad ve zamanın değişmesiyle ahkâmın da değişmesi meselesini incelemektedirler. Kanun vazı, yukarıda işaret edildiği gibi, tedvin politikasına olan sadakatını göstermek istemiştir. Irak Medenî Kanununun bu metinleri şöyledir:

Mad. 2— “Yazılı bir hükmün bulunduğu yerde ictihada yer yoktur”. (Mevrid'i nasda ictihada merağ yoktur.)

Mad. 3— “Kanuna muhalif bir şey kıyasla düzeltilemez”.

Mad. 5— “Zamanın değişmesiyle ahkâmın değişmesi inkâr olunamaz bir gerçektir”.

Bu üç madde üzerinde bir kaç söz söylemek yerinde olur.

Mecellenin 14. maddesinde tekabül eden Irak Medenî Kanununun 2. maddesi, metinler ile icthad arasında bir hiyerarşi koymuştur. Müctehidin rolü sadece metnin yokluğunda onun yerini doldurmak, daha önce bir hükümle kaideye bağlanmış olan bir durum için yeni bir kaide



ihdas etmek değildir. Bu madde kazaî metinlerin ictihada olan önceliğini açıkça göstermektedir. Fakat bu metinlerin hukukun bütün kaynakları üzerindeki üstünlüğü –örf., İslâm hukuku, adalet- daha önce kanunun birinci maddesi tarafından katıyyetle beyan edilmişti; 2. madde tümünden fazla görünmektedir.

3. Madde genel prensiplere mugayir ve kıyasla meydana getirilmiş istisnaî bir kaidenin şumulünü yasaklamıştır. Bu madde Mecelle'nin 15. maddesine uymaktadır. Mecelledeki yeri meşrudur, zira Mecelle tarafından riayet edilen Hanefi Ekolüne göre hukukun bir kaynağı gibi kabul edilen kıyasın tatbikatına bir sınır koymaktadır. Irak Medeni Kanununun I. maddesinde yer alan hukukun kaynaklarının bir listesinde kıyas bu kaynaklar arasında zikredilmemektedir. 3. Madde kanunda mevcut olmayan bir kaidenin tatbikine bir sınırlama getirmektedir. Buna ilâveten, şayet üçüncü maddede yasama organının (iradesinin) kıyası hukukun bir kaynağı gibi tanımak istediği kabul edilse bile hukukun kaynakları hierarşisinde geriye kıyasın yerinin ne olduğunu bilmek kalmaktadır. Kıyası zikretmiyen birinci madde bu soruya gerçekten cevap vermemektedir.

Mecellenin 39. maddesinden alınan 5. madde zamanın değişmesi ile ahkâmın değişmesini tasdik etmektedir. Hattı zatında itiraz edilemeyecek derecede açık olan şey, bu madde ile işaret edilen prensip neyi ifade etmektedir? Hangi esaslar zamanla değişir? Şer'î hükümler mi yoksa örfî hükümler mi değişir? Nihayet, bu değişmeyi yapabilme selahiyeti kimdedir? Kanun vazı mı, hakim mi?

5. Madde münasebetiyle ortaya çıkan en mühim mesele şudur ki, şayet her defasında ahval değiştikçe kanun vazunun müdahalesinin dışında kazaî hükümlerin örfler ve fakihlerce değiştirilebilmesinin mümkün olup olmadığının bilinmesidir. Bu maddenin esas mânâsını bilmek için tarihî aslına müracaat etmek gerekir ki buda İslâm Hukukudur.

Ebu Hanife, Şafii ve diğerleri gibi bir çok Hukuk Ekollerinin başkanları ne şekilde olursa olsun ahvalin değişmesiyle Kur'an'ın ve Sünnet hükümlerinin örf ve icihad ile değişmesinin mümkün olabileceğini kabul etmemektedirler. Buna karşılık Ebu Yusuf, eski bir örf'e göre meydana getirilmiş olan hükmün yine aynı âdet üzere devam etmesini tavsiye etmektedir. Bu eski örf yerini yeni bir örf'e bıraktığı zaman, bu eski örf'e dayanan hüküm yeni örf'e uymak zorundadır. Bununla beraber 5. maddenin bu tefsir tarzı birinci maddenin kesin durumları ile çatışmaktadır. Halbuki birinci maddede hüküm ifade eden nasların örf ve hukukun bütün diğer kaynakları üzerine hakimiyetini belirtir, Ebu Yusuf'un



nazariyesine göre anlaşılan 5. madde metinlerin örfü üstünlüğünü intac eder.

Netice olarak, Irak Medeni Kanununun hukukun kaynaklarıyla ilgili olan konuda ortaya çıkardığı sonuç, farklı hukukî sistemlerden alınmış olan hükümlerin ahenkli bir şekilde tatbikini imkânsız olarak bir arada bulundurmuş olmasıdır. Halbuki İsviçre medeni kanunundan alınmış olan birinci madde modern tedvin usullerini takip ederek hakime açık, gerçek ve kesin bir tarz önermektedir; önce hükmünün kaynaklarını, sonra tatbikatının sırasını vermektedir. Kelime kelime Mecelle'yi tahlil eden 2, 3 ve 5. maddeler, hukukun kaynaklarının sınıflandırılmasında olduğu kadar bu kaynakların hiyerarşisine de şüphe ve mübhemiyet sokmak suretiyle birinci maddenin muhtevasını alt üst etmiştir. Böyle bir halitanın muvaffakiyetsizliği hayret edilecek bir şey değildir. Hukukun kaynaklarının meseleleri hakikatte doğrudan doğruya hukukî politika felsefesinin veya bütün hukukî sistemlerin temeli olan dinî, siyasî tesirlerin altındadır. İmdi, orijini İslâmî olan bu metinler, Batının çok değişik hukukî sistemlerine uygun gelmektedir. Bu sonucuda, temel kaynak kanundur, "genel iradenin beyanı". "Kanunun yüceliği kuvvetlerin ayrılması prensibinden ileri gelmektedir". Kanun koyma selâhiyetinin ekserisi hükümran olan Millet'in temsilcisi sıfatıyla Teşri' Organına aittir. İslâmî sistemde hukukun temel kaynağı, İlâhî iradenin beyan edildiği Kur'an ve Sünnet'tedir, législateur bu ilâhî iradeyi yerine getirmekle mükelleftir. Onun selâhiyeti genelleştirilemez. Bu şartlar içinde buna mümasil bir karışımın meydana getirilmesinin ne kadar zor olduğu anlaşılmaktadır.

#### IV- AHVAL-İ ŞAHSİYYE

İslâm ülkelerinin çoğunda evlenme, boşanma, miras ve veraset te dâhil olmak üzere ahval-i şahsiyyeye ait hususlar, yakın bir zamana kadar, İslâm Hukukuna tabi kaldı. Hakikaten İslâm Hukuku bu alanda gayet sağlam esaslar koymuştur. Halbuki Kur'an'ın Anayasa ve İdare Hukukuna müteallik olan hükümleri çok nadirdir, buna mukabil Ahval-i şahsiyye Kur'an'da iyice tavsif edilmiş olan bir nizama dayanmaktadır. Kur'an-ı Kerim'de hukukî meselelere temas eden 190 ayetten 70 ni ahval-i şahsiyyeye tahsis etmiştir. Buna ilâveten, islâm cemiyetleri asırlar boyunca bu hususu nizama koymak için İslâm Hukukununun tatbikini âdet haline getirmişlerdir. Günümüze kadar İslâm ülkelerinin çoğunda İslâm Hukukunun diğer branşlarından daha iyi bir şekilde ahval-i şahsiyyenin değişmeye nasıl dayanabildiği kolayca anlaşılır. Bu



nunla beraber, bir çok İslâm ülkesinde Teşri Organı "özel olan bu alana" müdahale etmeğe başlamıştır. Bu alanda 1917 de aile hukukuna ait olan Osmanlı Kanununu zikredebiliriz. Daha sonra Türkiye'de ilga edilmiş olan bu kanunun Irak müstesna, Suriye gibi bazı İslâm ülkelerinde tatbik edilmiştir. Mısır'da da ahval-i şahsiyye İslâm Hukukuna göre tanzim edilmiştir. Meselâ; Aile hukukuna müteallik özel kanunlar (1929 daki 25 numaralı kanun), Veraset kanunu (1943 tarih ve 77 sayılı), vakıflara ait kanun (1946 tarih ve 48 sayılı), Miras kanunu (1946 tarih ve 71 sayılı). Evlenme ve boşanma alanlarında önemli reformlar yapıldı. Suriye'de ahval-i şahsiyye hep birlikte tek bir kanunla belirtildi. (17 Eylül 1953 tarih ve 59 numaralı kanun). Bu kanun, ne Hanefî Ekolüne ne de diğer Ekollerin (Şafii, Maliki, Hambali) hal tarzlarına bağlı olmadan İslâm Hukukunu topyekün kabul ederek kanunlaştırıldı. Irak'ta harb sebebiyle 1917 nin Osmanlı Kanunu tatbik edilemedi, dinî mahkemeler İslâm Hukukunun ahval-i şahsiyyeye ait olan hükümlerini tatbik devam ettiler. Bununla beraber, Irak Medeni Kanunu (1951), -meriyete girişi 9 Eylül 1953-, şahsa müteallik meselelerde Mısır Medeni Kanunu tarzında davrandı, ve İslâm Hukukunun bazı hükümlerini değiştirdi: meselâ; şahsiyetin başlangıcına müteallik olan hüküm, (mad. 34 a) ve her iki cins için -kadın ve erkek- rüşd çağıının başlangıç sınırını 18 yaş olarak tesbit etti. (mad. 106). Fakat, daha cüretli çözümler yeni bir kanunla kabul edildi: Ahval-i Şahsiyye Kanunu, 1959 tarih ve 188 sayılı, - 30 Aralık 1959 da yürürlüğe girdi-, Bu kanun prensip olarak bütün Iraklılara uygulanan ortak bir hukuk meydana getirdi, (Mad.2.paragraf I.), Evlenme, boşanma, doğum, akrabalık, barınak, miras ve verasetle ilgili hususları ele almaktadır. Biri çok evlilik, diğeri de verasetle ilgili olan iki yeni çözüm tarzı özellikle dikkati çekmektedir. Çok evlilik için Irak teşri organı, Tunus'ta çok evliliği kesin olarak yasaklayan kanun ile, (Mad. 18) Fas'ta kabul edilmiş olan şartlı yasaklamanın ortasında bulunmaktadır. (Mad. 30). Birden fazla evlilik prensip olarak Irak Medeni Kanununun 3. maddesi ile yasaklanmıştır ve bunu ihlâl eden bir yıl hapis cezası veya 100 dinar para cezasına çarptırılmaktadır. Ama yine de hakim müssadesiyle birden fazla evlilik mümkün olmaktadır. Bu müsaade iki şarta bağlı olarak verilmektedir: önce zenginlik şartı aranmakta, koca maddi yönden birden çok kadını geçindirebilecek durumda olmak zorundadır; iki evli olabilmek için meşru bir mazeretin bulunması iktiza eder. Buna ilaveten, hakim karıları arasında adil bir muamelenin olamayacağı endişesini belirtmesi hallerinde birden fazla evlilik yasaklanmıştır. Hülâsa hakim burada kendi vicdanına bağlı mutlak bir hakka sahip bulunmaktadır.



Eğer Irak teşrî organı Kur'an'ın birden fazla evlilik hallerinde meydana gelebilecek olan eşitsizlikten korkma prensibini böyle anlıyorsa, yapılan iş müctehidin rolünü geçmez. Fakat, verasetle ilgili olan hususta kabul edilmiş olan sistemi aynı şekilde görülmemektedir. Bu alanda ahval-i şahsiye kanunu (Mad. 74) açık ve kesin bir şekilde devlete ait olan toprakların intifa hakkını devretmeği ilgilendiren Irak Medeni Kanununun hükümlerine atıfta bulunmaktadır. Yukarıda işaret etmiş olduğumuz gibi orijini Alman olan bu hükümler İslâm Hukuku ile bağdaşmamakta ve hatta muhtevası Kur'an'da açıklanmış olan hükümlere ters düşmektedir. En büyük yenilik, Kuran hükümlerine rağmen, mirasta cinsler arasında (kadın ve erkek) mutlak bir eşitliği ihdas etmiş olmasıdır. (Mad. 1188, par. I. ve Mad. 1194. Irak medeni kanunu). Kanunla Kur'an hükümleri arasındaki bu ayırım, Kur'an hükümlerinin bu alanda emredici olmayıp sadece tavsiye mahiyetinde olduğu ve miras taksiminin de bu eşitsizliği empoze etmek anlamında olmadığı fikriyle doğrulanmağa çalışılmıştı (I). (Bu tefsir, eski Başbakan General Kasım tarafından, kendisini Kur'an hükümlerini bozmuş olmakla itham eden muarızlarına karşı halkın önünde müdafaa edildi. Bu kanun dinî çevrelerde büyük bir reaksiyon meydana getirdi. Sünnî ve Şii uleması bu kanunun geçersizliğini ilan ediyorlardı. Kur'an'ın hükümlerine aykırı görülen bu kanun, 21 Mart 1963 tarihinde Resmî Gazetede yayımlanan II. numaralı reform kanunu ile geçmişe de şamil olmak üzere ilga edildi. (8 Şubat 1963 tarihinden itibaren geçerli sayıldı ki, bu tarih Kasım rejiminin düşüş tarihidir.)

## V

Bu iki misalin incelenmesinden ne sonuç çıkarmak gerekir? Birincisinde olduğu gibi diğer vakıada da öyle görünüyor ki, İslâm Hukukunun modernleşmesi -gerçek modernleşme- nin tahakkuk etmekten uzak oluşudur. İster daha önceden mevcut olan islâmî kaidelerin kanunlaştırılması olsun, isterse yabancıların kanunlarından alınmış olsun, islâmî hükümlere ait yeni bir kreasyonun mevcut olmadığı görülmektedir. Bu yaratıcı eser, Kur'an ve Sünnet'in sağlam ışığı altında İslâm Hukukunun bitmez tükenmez kaynağı olan İctihad yapılmadan olmaz. Bunun modernleşmesi (İslâm Hukukunun ) icthadın fonksiyonuna sıkı sıkıya bağlıdır. Günümüzde İctihad kapısının açılması zaruretini kabul eden fikir akımı çok yaygındır. Bu fikir, her hâl-ü kârda bana, bu konuda, ihtiyatlı olmanın gerekli olduğunu hatırlatıyor. Bana göre bu mesele basit bir şekilde icthad kapısını açmaktan daha karmaşık gibi geliyor. Bu sonuncunun yokluğu sadece onun kapısının kapalı olmasından gel-



miyor, fakat daha önce müctehidlere ait olan hukukun yaratıcı gücünün modern zamanlarda İslâm Devletlerinde dünyevî otoritelerin eline geçmiş olmasıdır. İctihad artık modern pozitif hukukun temel kaynağı değildir. Orijinal fonksiyonunu kaybetmiştir. Netice olarak, sosyal hayatla olan ilişkisini kaybederek daha az prodüktif olmuştur. Yeni zamanlarda vakıa olarak, teoride değil, icthad kapısının açık bulunduğu zamanlarda bile, -Şûilerde icthad kapısı hiç bir zaman kapanmamıştır- hukukî karakteri değişmiş ve önemi azalmıştı: hukukun ikinci derecede kaynağı olan icthad, aşağı yukarı, doktriner bir kaynak haline gelmiş, alanı ise, dinîpratikler (ibadetler)le sınırlı bir duruma dönüşmüştür. İslâm Hukukunun modernleştirilmesini gerçekleştirmek için, kanaatimce, icthad kapısını açmak kâfi değildir, ona eski eski orijinal fonksiyonunu iade etmek ve müctehidlerle hukukî alanda yardımlaşmak gerekir.