

K İ T A P T A H L İ L İ

Prof. Dr. K. Fikret ARİK

Joseph SCHACHT : Esquisse d'une Histoire du droit musulman (traduit de l'anglais par Jeanne et Félix ARİN). Librairie orientale et Américaine Paris). 1952.

İslâm hukukunun en tanınmış bilginlerinden J. Schacht, profesörlüğünün yirmi beşinci yıl dönümü münasebetiyle küçük fakat çok özlü bir kitap neşretmiştir. (İslâm hukukunun bir tarihi hakkında taslak) adını taşıyan bu eser müellif tarafından Cezayir Üniversitesinde ilmi aktüalitelere kürsüsünde verdiği derslerin özünü teşkil etmektedir.

Kitabına yazdığı kısa Önsöz'de müellif maksadının İslâm âleminde hukuk ilminin gelişmesi hakkında kuş bakışı bir bilgi vermekten ibaret olduğunu açıkladıktan sonra ele aldığı geniş ve kompleks konunun incelenmesinde bilhassa üç meselenin dikkatini çektiğini ifade ediyor: İslâm hukukunun menşeleri ve ilk gelişmesi, nazariye ve tatbikat arasındaki münasebetler, hukukî bir modernisme'in ortaya çıkışı.

Müellif bu kitabını yazarken vukua gelen büyük değişimleri ve kendisi tarafından yapılabildiği henüz yayımlanmamış araştırmaların neticelerini de göz önünde tuttuğunu kaydediyor.

Eser 16 bahse ayrılmıştır :

I — İslâmiyetten evvelki temel (substrat), II — Muhammet ve Kur'anı Kerim, III — İslâmiyetin ilk yüz yılı, IV — Emevî İdaresi ve ilk mütehasıslar, V — Eski hukuk mektepleri ve onların «canlı geleneği», VI — Muhalefet cereyanları ve gelenekçiler, VII — İlk sistemli düşünceler, VIII — İslâmiyetin II. nevi asrının temsilcisi değerindeki hukukçular, IX — İlk Abbasî hükümdarları zamanında İslâm hukuku, X — Daha sonraki hukuk mektepleri ve onların «klasik» nazariyesi, XI — «Ortodokses» ve mevcut «schismatiques» mektepler arasındaki ayrılma, XII — Müstakil düşünme kapısının kapanması ve daha sonraki doktrin gelişmesi, XIV — Osmanlı imparatorluğunda İslâm hukuku, XV — İngiliz İslâm hukuku ve Cezayir İslâm hukuku, XVI — Hukukî modernisme.

İslâmiyetten önce mevcut şartları kısaca inceleyen müellif, Hazreti Muhammet zamanında Arabistanın hukukî durumunun aslâ iptidai

olmadığını kaydediyor: Mekke bir ticaret merkezidir ve Güney Arabistan ve Bizans elinde bulunan Suriye, Sasanilerin elinde bulunan Irak ile ticarî temasları vardır. Medine bir hurma vahasıdır ki aslen arap olan kuvvetli bir yahudi kitlesini ihtiva etmektedir. Mekke'de tüccarların yarattığı örfî ve ticarî bir hukuk mevcuttur. Medine ve civarında tarım hukuku ve toprak hukuku ehemmiyetli bir yer işgal ediyordu. Şahsın hukuku, aile hukuku, miras hukuku ve ceza hukuku gerek bedevîlerde, gerek şehirlere yerleşmiş halk bakımından eski arap kabile teşkilâtına bağlı idi. Bu sisteme göre fert ancak kabile içinde bir hukukî himayeye mazhardı, kabile dışında böyle bir himaye yoktu; ceza hukuku ve ceza mahkemesi kavramı yoktu, kabile üyeleri kabileden bir kimsenin işlediği bir suçtan başka bir kabile halkına karşı mesuldü, bu yüzden adam öldürme suçlarından dolayı kan gütme (vendetta) ve para mukabilinde kısısdan vazgeçme usulü cari idi. - Teşkilâtlanmış bir siyasî kuvvetin bulunmayışı yüzünden Arabistanda bir adlî teşkilât da yoktu. Bir nevi kâhin vaziyetinde bulunan emin kimselere **hakem** sıfatıyla müracaat edilirdi. Hakemin kararına itaat için önceden teminat verilir. Hakem kararını umumiyetle sunna (sünnet) denilen hukukî örf kaidelerini tatbik eder ve bu münasebetle onu geliştirirdi.

Muhammet ve Kur'anı Kerim başlıklı bahiste müellif Hazreti Peygamberin şahsî meziyetlerinden dolayı önce bir hakem vazifesiyle tanzim edildiğini fakat Peygamber sıfatını almca Allahın emirlerini yayan aynı zamanda dinî ve siyasî bir şef olarak nüfuzunun son derece arttığını, bir nevi kanun vazîi halini aldığını, ancak bu selâhiyetini mevcut hukukî durumu yalnız zaruret varsa değiştirmek için kullandığını, onun getirdiği dinî ve ahlakî prensipler insan davranışının bütün cephelerinde tatbik edilseydi bir hukuk sistemine ihtiyaç kalmayacağını belirtiyor. - Kur'anı Kerim'de adalet dairesinde hakem kararı verilmesi, rüşvet alınmaması, doğru tanıklık edilmesi, ölçü ve tartıda hiyle yapılmaması hususunda emirler vardır. Bundan başka akitlerin yazılı şekilde yapılarak sağlamaştırılması, pey akçası verilmesi, şahitler huzurunda yapılması hususunda da emirler vardır. Bunlar daha ziyade ahlâki emirlerdir. Hattâ kumar, faizli karz memnuiyeti dahi hukukî neticeleri itibariyle değil, ahlâki vasıfları bakımından menedilmiştir. Harp hukuku ve ganaim, hele Kur'anı Kerim'de en çok teferruatlı bir şekilde tanzim edilen aile hukuku ve miras hukuku dahi daha ziyade kadınlara, yetimlere, akrabaya ve esirlere yapılacak muamele bakımından tanzim edilmiştir. Bunlara aykırı hareketlerin hukukî neticeleri beyan edilmemiştir. Kur'an şarap içilmesini, kumarı, faizle ödünç vermeği men ediyor, -lâkin cehennem müeyyidesi hariç- bir ceza derpiş etmiyor. Kısas ve suça karşılık para vererek malî uzlaşma, hırsızlık, zina (fornication), zina iftirası, hırsızlık ve iftira suçlarında takip edilecek muhakeme usulü hakkında hükümler vardır.

Kur'anı Kerimde bu konular hakkında hükümler bulunmasının sebebi, müellife göre, o zamanki şartların tatmin edici olmayışı, kadınların ve umumiyetle âcizlerin talihini düzeltmek, kan gütme ve kısas usulünü yumuşatmaktır. Şarabın, kumar ve faizin men'i eski arap âdetlerine son vermek içindi. Müellife göre Peygamberin başlıca siyasî gayesi eski kabile teşkilâtını dağıtmak ve bunun yerine bir mü'minler (inananlar) topluluğu meydana getirmektir. Müellifin zannına göre ahlâkî prensiplerle münasebeti oldukça uzak olan ve ferdi hakların teminatına o kadar bağlı olan miras bahsinde Kur'anı Kerimde bu kadar ısrar edilmesinin sebebi de budur. Bununla beraber bu konuda dahi saf hukuk kaideleri konmamış, ahlâkî cephe üzerinde ısrar edilmiştir.

İSLÂMİYETİN İLK YÜZ YILI başlığını taşıyan üçüncü bahiste elde mevsum kaynakların nadir olduğunu, bu sebepten bu devre hakkında tam açıklık bulunmadığını kaydeden müellif Medine Halifelerinin daha ziyade idarî ve teşriî bir faaliyet sarfettiğini, yeni alınan yerlerde arap menfaatlerini sağlayacak teşkilât kurma gayesinin bariz olduğunu, eski âdetlerin devam ettiğini, bu asrın ortalarına doğru Haricilik ve Şîlik cereyanlarının baş gösterdiğini belirtiyor.

Arapların ötedenberi geleneğe ve emsale bağlı olduğunu, sunna (sünnet) fikrinin onlarda pek eski bulunduğunu, dedelerinin yaptığı her şeyin âdil ve münasip sayıldığını, taklidi gerektiğini anlatan müellif bunun sebebini arapların yaşayış şartlarının elverişsizliğinde ve şartların tecrübe ve yeniliklere müsait olmayışında buluyor. Bu emsal veya sunna oldukça yeni bir tarihte muayyen bir kimse tarafından konmuş olsa bile arap bu kimseyi bütün toplumun sözcü ve temsilcisi sayıyor. Arapların indinde bir şeyi kötülecek için onun bir yenilik olduğunu söylemek kâfidir. Bu sebepten en büyük yenilik teşkil eden İslâmiyet için yapılan mücadele çetin olmuştur. Lâkin küçük bir topluluk içinde bile olsa İslâmiyet galebe çaldıktan sonra bizzat âdet ve sünnet tarafından desteklenen bir gelenek halini almıştır. Kökü arap olan bu sünnet fikri İslâm hukukunun en merkezî mefhûmlarından biri olmuştur.

İslâmiyetin ilk aşırında Kur'anı Kerimin sarîh lâfzından ayrılmaya misaller bulunduğunu söyleyen müellif bu hususta en karakteristik misal olarak kanunî delil olarak yalnız tanık delilinin kabul edildiğini, halbuki Kur'anı Kerimde akidlerin yazılı yapılması hakkında açık emir bulunduğu beyan ediyor. -

Dinî veya ahlâkî bir emirle tezat halinde bulunmadıkça hukukun teknik cepheleri müslümanları alâkasız bırakıyordu. Bu münasebetle müellif aynen şunları yazıyor: (İlk müslümanların bu tavrı, fethedilen memleketlerin hukukî ve idarî müesseselerinin geniş ölçüde iktibas edilmesini de izah eder. Bu müesseselerin menşei (vilâyetlerde cari Roma

hukuku da dahil olduğu halde) Roma - Bizans hukuku, Sasaniler devri İran'ının hukuku, İsrail hukuku ve Şark kiliselerinin dinî (canon) hukuku idi. Bunun bariz misalleri: müsamaha edilen dinlere yapılan muamele, vergi usulleri, çok uzun süreli emphytéose denilen kira ve dinî ve hayrî vakıflardır. İslâmiyetten önceki hukukî müesseselerin muhafazası prensibi, hattâ bazan açıkça tanınmıştır; nitekim islâmiyetin III. cü asrında bir müellifin bir yazısında şu parça vardır: (Abu Yusuf'a göre: bir memlekette menşei araplara ait olmıyan eski bir hukukî örf (sunna) mevcut olursa ve islâmiyet de bunu değiştirmemiş veya tadil etmemiş bulunursa ve o memleket halkı bu âdetin kendilerine zarar verdiğinden dolayı Halifeye şikâyet ederse Halife bu âdeti tebdil yetkisini haiz değildir; Lâkin İmamı Malik ve Şafiî'ye göre bu âdet kadim olsa bile değiştirebilir, çünkü (bu gibi halde) bir müslüman tarafından idhal edilen her normatif hukukî örfü menedebilir, tabii bir mü'min olmıyan tarafından ihdas edilenden bahse hacet yoktur.). Bu pasajda yazılı iki mütalâa da gösteriyor ki islâmiyetten önceki hukukî tatbikatı idame ettirmek normal bir şeydi.)

Müellifin fikrine göre (Sh. 19) İslâmiyetin ilk yüz yılı içinde yabancı hukuk sistemlerinden kavramlar, hukukî prensipler hattâ, mantikî muhakeme metodları ve âlimlerin bir mesele üzerinde birleşmeleri (consensus des savants: İcmaı ümmet) fikri gibi kavramlar dahi iktibas edilmiştir. Görülüyor ki müellif islâm hukukunun hiç bir başka hukuk sisteminden müteessir olmadığı, nev'i şahsına münhasır bir hukuk sistemi bulunduğu fikrini kabul etmiyor. Hiç olmazsa islâmiyetin ilk yüz yılı içinde, fethedilen memleket hukuk sistemlerinin ve islâmiyeti kabul etmiş arap olmıyan bilginlerin tesirinin geniş olduğunu kabul ediyor. Verdiği referansa göre *Journal of Comparative Legislation* 1950 no. 3 - 4 sayısında **eski islâm hukukunda yabancı unsurlar** başlıklı bir incelemede bu hususları teferruatı ile incelediğini izah ediyor.

EMEVÎ İDARESİ VE İLK HUKUK MÜTEHASSISLARI başlığını taşıyan IV. cü bahiste bilhassa **kadı** müessesesinin doğuşu ve ehemmiyeti üzerinde durulmuştur. Emevî valileri, halifenin tesbit ettiği sınırlar içinde, kendi vilâyetinde halifenin idarî, kazaî ve teşriî yetkilerini haizdi. Vali, bu kazaî selâhiyeti kendi tayin ettiği bir **kadı** vasıtasıyla kullanabilirdi. Vali istediği davayı bizzat halletmek ve icabında kadıyı azletmek hakkını daima muhafaza ederdi. - Kadının kaza selâhiyeti yalnız müslümanlara şamildi. Musevîler ve isevîler kendi dinî mahkemelerine tâbi idiler. İlk kadılar verdikleri kararlar ile islâm hukukunun adeta temellerini atmışlardır. Bunlar, müellife göre, Kur'ana ve diğer islâm kaynaklara göre ve örfe ve kendi akli ve vicdanî kanaatlerine göre hüküm veriyorlardı. Bu devirde pazarları teftiş eden ve bir dereceye kadar kaza hakkı olan

bir memur daha görülüyor. Bu memurun Bizans hukukunda aynı vazifeleri gören **agoranomos** müessesesinden alındığını müellif bilhassa kaydetmiştir (sh. 21). Zabıt kâtibi vazifesinin de Sasanilerden geçtiğini aynı yerde kaydediyor.

ESKİ HUKUK MEKTEPLERİ VE ONLARIN CANLI GELENEĞİ başlıklı V. fasılda Hicretin ikinci yüz yılının ilk yıllarında Kûfe, Basra, Medine, Mekke ve Suriyede meydana çıkan din adamlarının hususî surette meydana getirdikleri düşünüş tarzları üzerinde izahat verilmiştir. Müellife göre Kur'anı Kerimi ve ondaki hükümleri hukuk kaynağı haline getirmekte bu eski din adamlarının büyük tesiri olmuştur. Kûfe mektebinin en meşhur siması İbrahim Nakhaiden bilhassa Hammad'ın eserlerinin ve fikirlerinin tamamen mevsuk olduğu anlaşılıyor. Yine Kûfe mektebinden İbni Mes'ut çok mühim tesirler icra etmiştir. Mekke mektebinde İbni Abbas mühimdir. Medine mektebinin mümessili Hazreti Ömer ve onun oğlu İbni Ömer'dir.

İlk muhalefet cereyanlarını ve gelenekçileri izah eden VI., ilk sistemli muhakeme şekillerini tesbit eden VII. ve II. ci Yüzyılın temsil vasfını haiz hukukçularını inceleyen VIII., ilk Abbasî hükümdarları zamanında islâm hukukunu mevzuat ve idareyi inceleyen IX. cu, daha sonraki hukuk mekteplerini ve bunların klâsik nazariyelerini gözden geçiren X. cu bahis, mezheplerin sünnet (ortodoxes) olanları ile mütezile arasında tefrikini inceleyen XI. ci, müstakil düşünme kapısının kapanması ve bundan sonraki nazari inkişafı tetkik eden XII. ci bahis, nihayet nazariye ile amelîyat arasındaki derin farkları açıklayan XIII. cü bahisten sonra İslâm hukukunun Osmanlı İmparatorluğunda oynadığı role gelmiştir. Ancak 2,5 sahife ayırdığı bu konuda J. Schacht şunları beyan etmiştir: (Abbasîlerin ilk devresinden sonra) mevcut islâm devletleri, yürürlükte bulunan tatbikatı şeriat kaidesine tâbi kılmak hususunda -netice itibariyle oldukça farklı olmakla beraber- esas itibariyle aynı mahiyette gayretler sarfetmişlerdir. Bu gayretlerin en dikkate değer ve bir müddet için en tesirli olanı Osmanlı İmparatorluğunda gösterilen gayrettir. Osmanlı Türklerinin islâmiyeti kabulü, İslâm hukuku tarihinde çok önemli bir olaydır. Başlangıçta mistik ve antinomiste cereyanlar Osmanlı Türkleri arasında şiddetle hüküm sürmüştü. Lâkin ehli sünnet (orthodoxie) dâvası galebe çalmıştır. Osmanlı hükümdarları bilhassa I. ci Selim (1512-1520) ve I. ci Süleyman (1520 - 1560), dindar hükümdar olmak arzusunda ilk Abbasî hükümdarlardan daha samimî idiler. Bu hükümdarlar, Abbasîlerin ilk zamanından itibaren yüksek maddî medeniyet seviyesine erişmiş bir cemiyette hanefî mezhebi kisvesi altında islâm hukukuna en yüksek gerçek tesir derecesini bahşettiler. Adaletin tevzii işini tamamiyle şeriate (Loi sainte) istinat ettirdiler ve kadıların eğitiminde yeknesaklı-

ğı sağladılar, bunları bir çok dereceleri olan bir meslekî mertebeler sistemine bağladılar, büyük müftüye (yani en yüksek dereceyi haiz olan İstanbul müftüsüne) hususî selâhiyetler verdiler. Bu müftü devletin en yüksek memurları arasında yer aldı ve kendisine Şeyhülislâm ünvanı verildi. Vazifesi şeriate (mukaddes kanuna) riayeti sağlamak ve kadıların faaliyetini mürakabe etmektir. Her ehemmiyetli durumda hükümetin hareketinin şeriate uygun olup olmadığını anlamak için mütalâası alınır. II. Mehmet (1451 - 1481) de dahil olduğu halde kendi selefleri gibi bu hükümdarlar da (bu mefhumun islâm hukukuna kabili tatbik olduğu mânâda) büyük bir teşriî faaliyet sarfetmişlerdir. Bu hükümdarlar yaptıkları kanunname veya fermanların şeriate aykırı olmadığı gibi onu hükümsüz bırakmadığına kani idiler. Tek maksatları şeriatî tatbik etmek ve onu tamamlamaktı. Bununla beraber onların koyduğu para cezaları, basit usule göre karar veren zabıta mahkemeleri ve diğer bir çok hususları, kesin islâm hukukî nazariyesi asla kabul etmezdi.

Osmanlı İmparatorluğunun sonradan gerilemesi islâm hukukunun tatbiki üzerine fena tesir yapmıştır. XIX. cu asrın ilk yarısında başlayan modernist yeni hareketler ve bilhassa Tanzimat hareketleri, başta 1850 tarihli ticaret kanunu olduğu halde Avrupa örneklerine uygun kanunların kabulü, hukukî konuları birbiri ardınca şeriat (mukaddes kanunun) tesirinden dışarda bırakıyordu. Bununla beraber, şeriat henüz resmen terk edilmiş değildi ve modern kanunlarla çetin bir rekabet halindeydi. Yeni ihdas edilen mahkemelerin icabında istenen derecede şeriat nazariyesini nazarı dikkate almak imkânını vermek için hanefî mezhebinin borçlar, akitler ve hukuk usulü sahasındaki hükümleri kanun haline kondu ve bu suretle meydana gelen kanun Mecelle namıyla 1877 tarihinde Osmanlı medenî kanunu olarak resmen kabul ve neşredildi.

Saf islâm hukuku, daha önce şüphesiz kanaat edilmiş olacağı gibi, esas itibariyle kanun haline getirilemez. Çünkü bu hukuk ancak tanınmış hukuk mekteplerinden, biri tarafından geleneğe uygun bir şekilde tedris edildiği takdirde dinî bir kıymete sahiptir. Mecelle tecrübesi Avrupaî fikirlerin tesiriyle yapılmıştır ve Mecelle, doğrusunu söylemek icap ederse; bir müslüman kanunu değil, lâkin dünyevî (séculier) bir kanundur. Mecelle kadı mahkemelerine mahsus değildi ve bu mahkemelerce tatbik edilmiş değildir. Bundan başka Mecelle şeriatin kanunî delillere müteallik nazariyesinde bazı tadilât yapmıştır. Bununla beraber Mecelle Osmanlı İmparatorluğunun resmî kanunlarından biri olmuştur. Bu kanun 1918 tarihinde Osmanlı İmparatorluğundan ayrılan bazı ülkelerde hususiyle (1878 de ayrılmış) Kıbrıs'ta, İsrail'de, Ürdün'de ve Irak'da, sonraki kanunlarla değiştirilmiş şekliyle modern dünyevî mahkemelerde tatbik edilmektedir. Ancak son zamanlarda Lübnan'da (1932 tarihli Borçlar

ve Akidler kanunu) ve Suriyede (1949 tarihli Medeni kanun) Mecellenin yerini başka kanunlar almıştır. Bizzat Türkiyede de yalnız Mecelle değil, lâkin şeriatın tamamı ve kadı mahkemeleri (şer'îye mahkemeleri) 1926 tarihinde kaldırıldı.).

Müellif İNGİLİZ MÜSLÜMAN HUKUKU VE CEZAYİR MÜSLÜMAN HUKUKU başlığını verdiği XV. ci bahiste islâm hukukunun Hindistan ve Cezayirde uğradığı tahavvülatı nakletmektedir.

Hindistanda Ekber'in yaptığı geçici dinî tecrübeden sonra dininin temellerine dönmek hususunda imparator Alemgir'in (1658 - 1707) giriştiği hareket pek mühimdir. Bu zat hanefî mezhebine ait fetvalar ve dinî eserlerden toplama muazzam bir toplama eser meydana getirdi. Buna **Fetava al alamgiriya** adı verilir. - İngilizlerin Şarkî Hindistan kumpanyasının 1772 tarihinde Hindistana hâkim bir durum takınması üzerine git-tikçe garip bir durum hasıl olmağa başlamıştır. Bir taraftan şeriat hükümleri tatbik ediliyor, diğer taraftan bunları kadılar değil, İngiliz hâkimler - tatbik ediyordu. Önce bu hâkimler şeriat bilgilerini müftülerden alıyorlardı ve yanlarında müslüman âzalar vardı. Daha sonra hâkimlik vazifesi ingiliz hukuk kültürüne göre yetişmiş, bu mefhumları benimsemiş müslüman hâkimler tarafından ifa edilmeğe başlanmıştır. Bundan başka, bu mahkemelerin verdiği kararlar üzerinde İngilteredeki Conseil Privé'nin istinaf mahkemesi sıfatıyla tetkik hakkı vardı. Bu da Hindistan islâm hukuku üzerine çok müessir oluyordu. Mamafih bu Conseil'in vakif meselesi hakkında verdiği bir karar çok ağır neticeler hasıl etmiş, bunun üzerine 1913 tarihinde **Waqf Validation Act** çıkarılmak suretiyle bu kararın neticeleri bertaraf edilmek istenmiş, 1930 tarihinde bu kanuna makkale şamil bir mahiyet verilmiştir. Görülüyor ki müsbet hukuk sahasında kanun çıkarmak yoluyla değil, lâkin ingiliz hukuk kültürüne göre yetişmiş müslüman hâkimlerin tesiri ile Hindistanda saf şeriat hukukundan özü itibariyle (substantiellement) farklı, bir ingiliz - müslüman hukuku sistemi doğmuştur (sh. 82). Hindistan ingiliz hükümetinin son yıllarda çıkardığı en mühim kanun 1937 tarihli **Shariat Act** olmuştur. Bu kanun Hind müslümanları için örf hukukunun kanunî kuvvetini kaldırmış ve (statut'ler ve İngiliz - Hind mahkeme içtihadının tadil ettiği şekile resmî şeriat doktrinini hind müslümanlarına zorla kabul ettirilmiştir. Şeriatın bütün hallerde tahditlerle tatbik edildiği ve en esaslı bahislerine varıncıya kadar derin bir surette ingilizleşmiş (anglicisé) bir memlekette, âdet hukukuna muhalif saf şeriat nazariyesini hâkim kılmak, kasıtlı bir gerilik ve müfrit tasfiye hareketi teşkil ediyordu (**Schacht'a göre bak. sah. 82**).

Cezayirde islâm hukukunun Fransız tesiri altında gelişmesi islâm hukukunun Hindistanda İngiliz hukuku tesiriyle gelişmesine muvazi, lâ-

kin neticeleri itibariyle farklı bir seyir takip etmiştir. Cezayirde şeriye mahkemeleri (kadı mahkemeleri malikî mezhebine ait islâm hukuku kaidelerini tatbika devam etmişlerdir. Bundan başka memleketin bir bölümünde Fransız mahkemeleri de aynı meselelerle aynı hukuku tatbik etmiştir. Mühim olan cihet, Cezayir'de bütün mahkemelerin verdiği kararların Cezayir İstinaf mahkemesinin kontroluna tabi olmasıdır. **Schacht**ın ifadesine göre bu yüksek mahkeme bazı teferruatta islâm hukukunun mutlak şekilde tatbikinden inhiraf etmek mecburiyetinde kalmış, Batı'nın dürüstlük, adalet veya insaniyet fikirlerinin tesiriyle karar vermiştir. Bu mahkemenin bazı kararlarındaki gerekçenin islâm bilginlerinin gelenekçi yorumunu düzeltmeğe yöneldiğini de aynı müellif işaret eder (sh. 83). Aynı müellife göre Cezayirde bu gün tatbik edilen İslâm hukukunun şeklini tayin eden en büyük âmil Fransız Jurisprudence olmuştur; bu jurisprudence'da Cezayirde bulunan bir Fransız hukukçu grubunun tesiri altında kalmıştır. Bu hukukçular içinde bilhassa Cezayir Hukuk Fakültesi dekanı **Marcel Morand** (1932 de ölmüştür) anılmağa değer. Bu zat, Fransızların Cezayir valisi tarafından 1905 tarihinden itibaren hazırlanan ve 1916 da yayımlanan **Cezayir İslâm hukuku kanunu ön tasarısı**nın müellifidir. **Morand**, bu tasarıda saf malikî hukukunda bir çok tadiller yapmıştır, bu konularda Hanefî mezhebinin fikirleri modern fikirlere daha uygun görüldüğü hallerde onları kabulde tereddüt etmemiştir. **Morand**'in hazırladığı bu kanun tasarısı resmen kanuniyet almamıştır. Lâkin yine de büyük bir pratik önemi vardır. Yine **Schacht**'a göre (bu suretle Cezayirde tatbik edilen islâm hukuku, Hindistandaki İngiliz - İslâm hukuku gibi, müstakil bir hukuk sistemi olmuştur ve haklı olarak Cezayir islâm hukuku adı ile anılmıştır). **Schacht** bu hususta **G. H. Bousquet**'in, Précis de droit musulman, principalement malékite et algérien, 2. édition, Alger, 1947 et tome II: Le Droit musulman par les textes, 2 éd., Alger, 1948. adlı eserleri zikretmektedir.

HUKUKİ MODERNİSME başlığını taşıyan XVI. cı ve son bahis, islâm hukukunun bu günkü islâm memleketlerinde tatbik tarzını ve bu memleketlerde bu gün cari olan kanunları izah etmesi bakımından çok dikkate lâyıktır.

Müellife göre yakın şark memleketlerinde Batı tesiri Hindistan ve Cezayire nazaran farklı olmuştur. Hindistanda Batı tesiri hukuk tekniği vasıtasıyla kendisini hissettirmiştir. (İngiliz hukukuna göre yetişmiş ve bu hukukun bazı müesseselerini ve mefhumlarını tatbik eden müslüman hâkimler ve İngiliz Conseil Privé'sinin istinaf mahkemesi olarak oynadığı rol). Cezayirde ise Batı tesiri Fransız jürisprudence ve doctrine'i ile yetişmiş mahkemelerin ve bilhassa Code Morand'in hazırladığı ön tasarı yoluyla kendisini kabul ettirmiştir. Yakın Şark'ta batı tesiri yenilik ta-

raftarlarının nüfuzu ile islâm hukukuna girmiştir. Schacht diyor ki yenilik taraftarları gelenekçi şekli altında şimdiye kadar devam edip gelen islâm hukukunun bu halini tenkit ediyorlar, lâkin yenilik taraftarlarının tasavvur ettiği gibi bir değişiklik onun seciyesini, onu tanınmayacak bir hale koyacak derecede tadil eder.

İlk yenileştirme cereyanı Türkiyede ve Mısırda kendisini göstermiştir. Lâkin bu yenileştirme hareketleri Batı kanunlarının şeklen (kitap ve maddelere ayrılması) taklidinden ibaret kalmıştır. Mecelle böyle olduğu gibi Mısırda **Kadri paşa kanunları** da böyledir. Kadri Paşa kanunları Hanefî mezhebine göre yapılmıştır. Ahkâmı şahsiye ve miras hukukuna dair kanun daha sonra neşredilmişlerdir (Bak, **Arminjon-nolde-Wolf**; *Traité élémentaire de droit comparé* cilt III 1952 sh. 425). Mecelle'de kanunî deliller bahsinde gelenekçi hukuka nazaran ancak pek hafif ve zımnî tadilât vardır. Mısırda Mecelle hiç mer'î olmamıştır. Bu memlekette 1897 tarihli Mahkemeler Nizamnamesi ve 1910 tarihli nizamnameler bazı tadilâtı tazammun eder (Mısırda bu tadilât esas itibariyle 1943 de Lübnan ve 1947 tarihinde Suriyede kabul edilmişlerdir. Bu iki memlekette Mecelle mer'î idi). İslâm memleketlerinde yenilik taraftarı kanun vâzilerinin metodlarını tahlil eden müellif bunların hudutsuz bir eklektik metoduyla hareket ettiklerine işaret ediyor. Geçmişte bir müellif tarafından müdafaa edilen bir fikir tarihî ve sistematik şartlarına bakılmaksızın kabul edilebilir sayılıyor. Diğer taraftan bu kanun vazileri şeriatin en esaslı bahislerinin dinî bir mahiyet taşıdığını inkâra temayül ediyorlar, lâkin öbür yandan kendi maksatlarına elverdiği takdirde Kur'anın ve nakillerin zoraki tefsirine müracaat etmektedirler. Esas itibariyle bunlar cesur yenilikçidirler, lâkin şekil itibariyle şeriatin özüne dokunmaktan kaçınıyorlar. Esasen bizzat şeriat kadıların zaman, mekân, şahıs, ve madde itibariyle selâhiyeti tahdit hakkının hükümdara ait olduğunu kabul etmiştir. Şu halde şu veya bu noktada şeriati doğrudan doğruya başka hükümlerle tebdil etmektense bertaraf etmek istenilen, hükümlere dayanan davalara bakmamalarını kadınlara emretmek suretiyle hükümleri tesirsiz bırakmağı modern kanun vazileri mümkünse tercih ediyorlar. Bu yenilik taraftarı kanun vazilerinin fikir ve delilleri batıdan geliyor, lâkin şeriatin ananevî sistemini açıkça bertaraf edemiyorlar. Bu sebepten çok kere keyfilik ve tecanüssüzlük doğuyor. Her ne tarafından bakılırsa bakılışın hukukda modernisme saf islâm hukukundan bir kopup ayrılma hareketi teşkil ediyor. Bu değişiklikler bin yıldan fazla bir zamandan beri ve halen bütün islâm âlemi tarafından vecd ile incelenen şeriatin dinî idealine müessir olmamıştır.

Yine Schacht diyor ki, Şeriati değiştirmek arzusu yanında buna muvazi bir cereyan daha var: şeriattan alınan bir kaç temel prensip üye-

rine yeni kanunlar hazırlamak. Vaktiyle Mısırdaki Fransız medenî hukuku kopya edildiği zaman bir kaç şer'î hükümden de istifade edilmişti: (şufla müessesesi ve alkollü içkilerin satış bedelinin davası kabil olmadığı yolundaki hükümler bunlardandır). Şimdi daha ileri gitmek, islâm huku-kundan alınan umumî prensipler yardımı ile yeni, modern kanunlar yapmak ve böylece cismanî veya dünyevî islâm mevzuatı meydana getirmek iddia ediliyor. **Schacht** bu tedbirleri tarihî bakımdan birbirine mübayin buluyor ve şunları ilâve ediyor: şayanı dikkattir ki bu fikri müdafaa eden kimseler şeriatin - bu gün tatbik edildiği konularda bile tadilini hem de geniş ölçüde - tadilini isteyen kimselerin aynıdır, bunların temayülü batıdan gizlice alınmış modern fikirleri ananevî zevahir altında ifade etmekten ibarettir diye acı bir hüküm vermekten çekinmiyor!..

Bu fikirlerin tatbikattaki tesirini tetkik eden müellif bu temayülün tek pozitif neticesi Mısırdaki 1948 tarihli medenî kanunun ilk maddesinde yer alan hükümdür. Bu hükme göre kanunda açık ve zımnî bir hüküm olmadığı zaman âdete, âdet dahi yoksa islâm hukuku hükümlerine göre hüküm verilecektir. Bu prensiplerin mevcut olmadığı hallerde hâkim tabii hukuk prensiplerine ve nisfet kaidelerine göre karar verecektir.

1950 tarihli Suriye Anayasası islâm hukukunun, mevzuatın başlıca kaynağı olması gerektiğini beyan etmiştir. Schacht bu prensibin tatbikatta ne dereceye kadar gerçekleşeceğini görelim diyor!.. Mamafî **1932 tarihli Suriye Medenî kanununda** islâm hukukuna ait bazı münferit müesseselerin muhafaza edildiğine ve bu iki kanunun yürürlüğe girmesiyle Mecelle'nin meriyetten kalktığına işaret ediyor.

Tunus'ta kadı mahkemeleri normal olarak kendi vazifesinden olan davalarda malikî ve hatta hanefî mezhebi kaidelerini tatbik etmektedir. Bunun dışındaki hukuk davaları ile ceza davaları **Ouzara** idarî mahkemesi tarafından görülmektedir. Bu mahkeme modern ve tesirli teşkilâta maliktir. Bu mahkemede tatbik edilmek üzere bir medenî kanun hazırlaması işi Prof. **Santillana** (1931 de ölmüştür) ya verilmişti. Bu kanun malikî mezhebi ile Roma hukukundaki müşterek hususları belirtmiştir. Bu kanunun bir kısmı 1906 yılında (**Code tunisien des obligations et contrats**) adıyla neşredilmiştir.

İran'a gelince burada islâm hukukunun Şii kısmı resmî hukuk halindedir. Kanun vâzii İranda 1926 - 1938 yılları arasında bir çok kanun neşretmiştir. Bunları nizamî mahkemeler tatbik ediyor. Kadılar evlenme, boşanma, vesayet davaları ile ancak şeriatin şekli delillerine göre hükme bağlanması icap eden davalara bakabilirler. Lâkin bütün bu davaların nizamî mahkemelere gidip onlar tarafından kadılara yollanması gerekir. Akidler, borçlar ve miras hukuku sıkı bir surette şeriat hüküm-

lerini takip eder, bunlardan eskimiş sayılanlar (kölelik) gibi tatbik edilmez.

Schacht'ın eserini geniş ölçüde hülâsa ettik ve mümkün olduğu kadar fikirlerine sadık kalmağa çalıştık. Çıkan netice, islâm hukukunun mer'î lülunduğu memleketlerde geniş bir yenilik cereyanının başladığıdır. Lâkin bir compromis mahiyetinden ileri gitmiyen sathî cereyanların ancak zararlı olduğunu, bu bakımdan 1926 inkilâbının çok yerinde olduğunu bir defa daha anlıyoruz.

K. F. ARIK
