ANKARA ÜNİVERSİTESİ
İLÂHİYAT FAKÜLTESİ YAYINLARI
166



Prof. Joseph SCHACHT

İSLÂM HUKUKUNA GİRİŞ

(An Introduction to Islamic Law)

Çevirenler
Prof. Dr. Mehmet DAĞ Prof. Dr. Abdulkadir ŞENER

ANKARA — 1986

ANKARA ÜNİVERSİTESİ
İLÂHİYAT FAKÜLTESİ YAYINLARI
166

Prof. Joseph SCHACHT

İSLÂM HUKUKUNA GİRİŞ

(An Jntroduction to Islamic Law)

Çevirenler
Prof. Dr. Mehmet DAĞ Prof. Dr. Abdulkadir ŞENER

ANKARA — 1986

2. baskı (gözden geçirilmiştir.)

ANKARA ÜNİVERSİTESİ BASIMEVİ — ANKARA, 1986

ÇEVİRENLERİN ÖNSÖZÜ

Bütün çalışmalarını İslâm Hukuku ile diğer islâmî konuları araştırmaya hasreden, Arapçaya ve birkaç Batı diline hakkıyla vâkıf olduğu için "*The Origins of Muhammadan Jurisprudence*" (İslâm Hukuk İlminin Kaynakları) gibi çok önemli bir eser bırakan Prof. J. Schacht (1902–1969), tercümesini sunduğumuz bu eserini* iki kısım halinde kaleme almıştır. Birinci kısımda başlangıcından günümüze kadar İslâm Hukuk Tarihinin nirengi noktalarına, ikinci kısımda da İslâm Hukukunun sistematik konularına temas ettikten sonra, bu hukukun mahiyeti hakkında kısa bir tahlilde bulunmuştur.

Yazarın, İslâm Hukukunun mahiyetini tahlil ederken ve özellikle birinci kısımda bu hukukun ortaya çıkışı ve gelişmesi ile ilgili bir kısım hadîslere ve diğer bazı hususlara değinirken, ileri sürdüğü bir takım düşünceler, aslında derin araştırmaları gerektirecek niteliktedir. Ancak yazarımız, sadece İslâm Hukukunun ana hatlarını vermeyi amaçladığı bu kısa eserinde, öyle görünüyor ki, ya daha önce yaptığı araştırmaların sonuçlarından, ya da başka yazarların çıkardıkları neticelerden geniş ölçüde yararlanmıştır. Bununla birlikte yazar, bu hükümlerin dayandığını sandığımız araştırmaları dipnotlarla göstermemiştir. Dolayısıyla bu durum, bir ölçüde, yazarın işaret ettiğimiz görüşleri karşısında ihtiyatlı olmayı telkin etmektedir.

Okuyucuların göreceği üzere eser, derli toplu bir bilgi ve çok zengin bir bibliyografya ihtiva etmektedir. Bu sebeple dilimize çevrilmesinde yarar gördük.

Metin içerisinde ve dipnotlarda yazarın atıfta bulunduğu sayfa numaraları, İngilizce metinde yer alan sayfa numaralarıdır. Biz, bu numaraları tercümemizin sayfa kenarlarında gösterdik.

23 Ocak 1977 — Çevirenler

* Bu eserin ingilizce aslı, birinci kez Oxford University Press, London 1964'de, ikinci kez de aynı yerde 1966' da basılmıştır.

İÇİNDEKİLER

ÇEVİRENLERİN ÖNSÖZÜ 3
ÖNSÖZ 7
1. Başlangıç 9

TARİHİ KISIM

2. İslâm öncesi Durum 17
3. Hz. Muhammed ve Kur'ân 21
4. İslâmın Birinci Yüzyılı 26
5. Emevîler İdaresi ve İlk Hukukçular 34
6. Eski Hukuk Ekolleri, Karşı Hareketler ve Hadisçiler ... 39
7. İlk Sistematik İçtihât ve İkinci Yüzyıl Hukukçuları ... 47
8. İlk Abbasîlerde İslâm Hukuku, Yasama ve İdâre 59
9. Sonraki Hukuk Ekolleri ve Bunların Klâsik Nazariyeleri .. 67
10. Mutlak İctihât Kapısının Kapanması ve Doktrinin Gelişmesi 78
11. Nazariye ve Tatbikat 85
12. Özleşmeci Tepkiler 94
13. Osmanlı İmparatorluğunda İslâm Hukuku 97
14. Hindistan'da İngiliz ve Cezayir'de Fransız Tesiri altında İslâm Hukuku 102
15. Modernist Yasama Faaliyetleri 108

SİSTEMATİK KISIM

16. Ana Kaynaklar 123
17. Genel Kavramlar 126

18. Şahıslar 133
19. Mülkiyet 142
20. Genel olarak Borçlar 151
21. Özel olarak Borçlar ve Akitler 157
22. Aile Hukuku 167
23. Miras Hukuku 175
24. Ceza Hukuku 181
25. Usûl Hukuku 193
26. İslâm Hukukunun Mahiyeti 203
KRONOLOJİK TABLO 217
BİBLİYOGRAFYA 220
KISALTMALAR 324
GENEL DİZİN 326
DİZİNLİ TERİMLER SÖZLÜĞÜ 331

ÖNSÖZ

Bu kitap, İslâm Hukuk Tarihi ve bu hukuk sisteminin ana hatları hakkındaki mevcut bilgimizin bir özetini içine almaktadır. Bu eser, iki sınıf okuyucuyu hedef tutmaktadır: Bunlardan birisi Tarih, Sosyal Bilimler ve Karşılaştırmalı Hukukla uğraşanlar; ötekisi de çekici ve özel önemi haiz olan İslâm araştırmaları dalında çalışmak arzusunda bulunan Arabiyatçılardır. İslâm Hukuku bize, hukuk düşüncesinin ve genel olarak beşerî hukuk fikrinin imkânları hakkında dikkate değer bir örnek ve dünyadaki büyük dinlerden birisinin ruhunu anlamanın bir anahtarını vermektedir. Bu kitap, sadece İslâm Hukukunu tarihî bir hâdise olarak ele almakta olup, müslümanların yaşadığı Yakın Doğu ile diğer ülkelerdeki zamanımız müslümanlarıyla ilgili değildir. Ben bu eseri, İslâm araştırmaları yapan ve İslâm Hukukunu açıklamaya çalışan biri sıfatıyla kaleme alıyorum; bir hukukçu veya bir karşılaştırmalı hukuk bilgini, ya da bir sosyolog olarak değil. Bununla birlikte bir İslâm tarihçisi olarak İslâm hukukunun gelişmesini, mevcut bilgi ve durumumuzun müsaadesi nispetinde, İslâm cemiyetinin gelişmesine bağlamaya, bu kitabın tarihî ve sistematik kısımlarını tamamlamaya çalıştım. Açıklamalarımı makûl sınırlar içinde tutmak için kendimi Sünnî cemaatin İslâm hukukundan dışarı çıkarmamak zorunda kaldım; Şi'î ve İbâzîlerdeki hukukî gelişmeleri bir yana bıraktım. Bu maksatla eserin sistematik kısmında Sünnî hukuk ekollerinden Hanefî mezhebini seçtim. Bununla birlikte bibliyografyaların Sünnî ekollerle Şi'î ve İbâzîlerin hukuklarını da içine almasında tereddüt göstermedim.

Bibliyografya, bu eserin esaslı bir bölümünü teşkil ettiği gibi, yukarıda sözü edilen muhtemel her iki okuyucu sınıfını da hedef edinmiştir; fakat ben, bibliyografya bakımından tam bir mükemmelliği amaç edinmiş değilim. Özellikle sırf tarihi ilgilendiren veya esas itibariyle bu metinde söylenenlere bir ilâvede bulunmayan, yahut da bugünkü ilmî ölçülere uymayan yayınları bir yana bırak-

tım. Zamanımızda uygulandığı şekliyle Modern hukukçuların bugünkü uygulamada göze çarpan İslâm hukuku ile ilgili teknik hususlar üzerinde yazdıkları eserleri bir seçime tâbi tuttum. Eminim ki, gerek tarihî, gerekse sistematik kısımlarda Arapça ana kaynaklara kısaca işârette bulunmak, Arabiyatla uğraşanlar için yeterlidir. Bu eserin diğer okuyucuları için ise, imkânım elverdiği nispette Arapça metinlerin tercümelerine işâret ettim. Bibliyografyada, bana göre konuda daha çok derinleşmek için faydalı olan eserler (+) işâretiyle, zarurî gördüğüm eserler de (++) işâretiyle gösterilmiştir. Ancak bu işâretler, bibliyografyada yer alan öteki yayınları küçültücü herhangi bir anlam taşımaz.

Bu eser, esas itibarıyla aynı sahada daha önce yazılmış iki eserin muhtevasını içine alır; yani tarihî kısımda [J. Schacht] "*Esquisse d'une histoire du droit musulmane*", Paris 1953'ün ve sistematik kısımda ise G. Bergstrasser, "*Grundzüge des islamischen rechts*", Berlin ve Leipzig 1935'in muhtevâsı verilmiştir. Sadece eskilerin yeni bir ifâdesinden ibâret olmayan, ancak konu üzerinde yıllarca süren araştırmaların bir sonucu olan bu eser, sözü edilen iki eserin yerine geçmek niyetindedir. Washington'daki Middle East Institute'un *Law in the Middle East* cildinde çıkan makalemin metnini bu kitaba almama müsaade etmekle bana göstermiş olduğu nezaketi burada itiraf etmek isterim.

Şubat 1964 J.S.

İKİNCİ BASKININ ÖNSÖZÜ

Bu ikinci baskıda eserde sadece pek az değişiklik yaptım. Ancak günümüze kadarki bibliyografyayı vermeyi ihmal etmedim.

Temmuz 1965 J.S.

1

BAŞLANGIÇ

1 Kutsal İslâm Hukuku[1], dinî ödevlerin hepsini içine almaktadır. Bu ödevler de, her müslümanın hayatını bütün yönleriyle düzenleyen Allah'ın tüm emirleridir. İslâm Hukuku, ibâdet ve dinî merasimlerle ilgili esasları ihtiva ettiği gibi, aynı şekilde siyâsî ve (dar anlamıyla) hukukî kâideleri de kapsamaktadır. İşte siyâsî ve hukukî hususlar bu kitabın alâkalı bulunduğu konulardır. Bu sınırlama, tarihî ve sistematik bakımdan doğrudur[2]. Bununla birlikte akılda tutmak gerekir ki, (özel bir deyişle) İslâmda hukukî konular, dinî ve ahlâkî kâideler sisteminin bir parçasını teşkil eder.

İslâm Hukuku, İslâmî düşüncenin hülasası, İslâmî hayat tarzının en tipik izahı, İslâmın kendisinin esas ve özüdür. Fıkıh (ilim) deyimi de göstermektedir ki, ilk devirlerde İslâm, kutsal hukuk ilmini yüksek bir ilim olarak kabul etmekte idi. Kelâm, İslâmda hiçbir zaman onunla kıyaslanabilecek bir önem kazanamamıştır. Sadece Tasavvuf, müslümanların zihinleri üzerinde hukukun hakimiyetine karşı koyacak yeterli güce sahipti ve çoğu zaman başarı da kazanmıştır. Fakat bugün bile hukuk, (dar anlamıyla) hukukî konular dahil, Batı tesiri altında İslâmda modernleşme ile gelenekçilik arasında cereyan eden mücâdelede, tamamıyla değilse bile, oldukça önemli bir unsur olarak kalmıştır. Bundan başka müslümanların bütün hayatı, Arap literatürü, Arabiyat ve İslâmî ilim dalları tamamıyla İslâm Hukukuna ait fikirlerle doludur. İslâm Hukukunu anlamadan İslâmı anlamak imkânsızdır.

İslâm Hukuku, Kutsal Hukukun özellikle öğretici bir örneğini teşkil eder. Bu hukuk, diğer bütün hukuk şekillerinden apayrı bir hâdisedir. Buna rağmen, subjektif konular ve müspet kanunlar söz

1. *Şerî'at* ve *şer'*, kutsal hukuk; fıkh, şerî'at ilmi; fakih (ç. fukahâ), fıkıh uzmanı demektir.

2. Aşağıya bak., s. 112, 200.

konusu olunca, bu hukuk şekillerinden önemli sayıda birine veya di-
2 ğerine uygun düşen durumlar da vardır. Hukukî hâdiseler sahasının bütününü lâyıkıyla değerlendirmek için onu araştırmak gerekmektedir. Kutsal hukukun tarihî ve coğrafî bakımdan bu hukuka en yakın olan diğer iki temsilcisi, yani Yahudî hukuku ile Kilise hukuku bile, birbirinden oldukça farklıdır.

Yahudî hukuku ile Kilise hukuku, İslâm hukukundan daha fazla bir bütünlük arzeder. Gerçekten Yahudî hukuk tarihi, bağımsız devlet hukuku ile bir çok ülkelere dağılmış olan Yahudilerin hukuku arasında bir kopukluk bulunduğunu göstermektedir. Fakat *Eski Ahid*'in son bölümlerindeki hukukî malzemenin ruhu, zaten *Talmud*'dakilere çok benzemektedir. Öte yandan İslâm, müşrik Arapların tutumlarından köklü bir şekilde ayrılmaktadır. İslâm Hukuku, birlikten uzak olan hukukî meselelerin titizlikle dinî açıdan incelenmesinin bir sonucu olup, Arabistan hukukunun çeşitli unsurlarını ve fethedilen topraklardaki halklardan alınmış birçok unsurları ihtiva etmektedir. Bütün bunlar, bazı sahalarda hemen hemen mevcut olmayan, bazı sahalarda da yeni müesseseler icad eden çok değişik tesirler altında, aynı cins incelemeye tâbi tutulmak suretiyle birleştirilmiştir. Hukukî meselelerle dinî kâidelerin bu dahilî ikiliği, kutsal hukukun bir özelliği olan hukukî, ahlâkî ve ibâdetlerle ilgili kuralların zâhirî çeşitliliğine ilâve edilmiştir. Yahudî hukuku ise, cemaatin iç dayanışması ile desteklenmiş ve dış baskılarla yeniden kuvvet bulmuştur. Bu hukukun kuralları, muhalif olan her şeyi reddetmeye sevkeden bu dayanışma duygusunun doğrudan doğruya ifâdesinden ibârettir. Buna mukabil Kilise ve İslâm Hukuku devlet ve din ikiliğinin tahakkümü altında kalmıştır. Öyle ki, Yahudiliğin aksine, bunlarda devlet, yabancı bir güç değildir; sadece aynı dinin politik ifâdesinden ibârettir. Fakat din ve devletin birbirine muhalefeti değişik şekillerde ortaya çıkmıştır. Hristiyanlıkta sıkı bir şekilde teşkilatlanmış kilise hiyerarşisinin politik iktidar mücadelesi vardı ve Kilise hukuku da bunun silahlarından birisiydi. Diğer taraftan İslâm, aslâ kilise gibi bir teşkilata sahip değildi. Dolayısıyla İslâm Hukuku, teşkilatlı bir güç tarafından hiç destek görmemiş ve bunun bir neticesi olarak da gerçek bir güç denemesine girişmemiştir. Ancak, İslâm Hukuku ile devlet tarafından konulan nizamların bir kısmını teşkil eden fiilî tatbikat arasında bir uyuşmazlık mevcuttu. Bu, zaman ve zemine göre az çok genişleyip daralan, arasıra kapanır gibi olan, fakat devamlı bir şekilde kendisini gösteren bir gedik teşkil etmektedir.

3 İslâm hukuk tarihinde önemli iki yön değişikliği vardır: Birincisi, muhtemel olan en dar anlamda İslâmî olmayan bütün unsurların İslâm hukukundaki varlığını yalnız tanımamakla kalmayan, aynı zamanda onları reddeden, İslâm hukukunun maddî kaynaklarını *Kur'ân* ve *Peygamberin sünnetleri*'ne dayandıran hukukî bir nazariyenin erken bir tarihte ortaya konmasıdır[3]. İkincisi, ancak günümüzde ortaya çıkmıştır ve çağdaş İslâm devletleri tarafından yapılan yenilikçi bir yasama faaliyetinden ibârettir. Bu faaliyet, kutsal hukukun amelî bakımdan tatbik edildiği sahayı sadece sınırlamakla kalmamakta, aynı zamanda bizzat bu hukukun geleneksel şekline de müdahale etmek tedir[4]. Yine bu müdahale, rakip nizamlar arasında bir iktidar mücadelesi şeklini almamaktadır. Bu müdahale, kutsal hukukun yerini, modern bir dünyevî hukukun alması suretiyle değil, onun geleneksel şeklini yenileştirmek suretiyle kendisini göstermektedir. Bir din olarak İslâmın hukuk sahasını da düzenlemesi gerektiği önermesi dimdik ayakta durmaktadır.

İslâm hukuku, gelişmesinin hiçbir noktasında bir bütünlük arzetmez. Başlangıçtan itibaren İslâm hukukunun doğmasına sebep olan konular, yerden yere değişiklik göstermiştir. Bu coğrafî bakımdan ortaya çıkan değişiklikler, eski hukuk ekolleri (fikhî mezhepler) arasındaki pek çok ayrılıkların sebebini izah eder. Daha sonraki hukuk ekollerinin bazısı seleflerinden bir kısmının yolunu devam ettirmiştir. Bu arada diğer sonraki ekoller de prensip ve hukukî içtihadın metodlarındaki farklardan doğmuştur. İbâzî ve Şi'î fırkalar da kendi hukuk sistemlerini geliştirmişlerdir. Bununla birlikte Sünnî İslâmın sınırları içinde, İslâmın ağırlık verilen umumî ruhu, yaşayan muahhar dört mezhebin, kutsal hukukun aynı derecede muteber ve değişik yorumları olarak tanınmasına sebep olmuştur.

İslâm hukuku, politik ve idârî bakımdan değişik bir zemin üzerinde doğup gelişmiştir. Peygamberin hayatı, bu hususta eşsiz bir örnek teşkil etmiş, bunu *Medine halifeleri*'nin çalkantılı devri (9–40 h./632–661 m.) takip etmiştir. İslâmda ilk saltanatı teşkil eden Emevî idaresi (41–132 h./661–750 m.), bir çok bakımlardan Peygamberin başkanlığı altındaki İslâm cemaatinin tabiatında mevcut olan temayüllerin ikmâlini göstermiştir. Emevîler devrinde yeni bir müslüman Arap cemiyetinin taslağı ortaya çıkmıştır. İşte bu cemiyet içinde yeni bir adâlet tevzii, bir İslâmî hukuk ilmi ve dolayısıyla bizzat İslâm

3. Bak., Bölüm 9.
4. Bak., Bölüm 15.

hukuku doğmuştur. Emeviler, Abbâsîler tarafından bertaraf edilmiş ve ilk Abbâsîler, o zaman henüz teşekkül devrinde bulunan İslâm hukukunu, devletin tek hukuk sistemi haline getirmeye teşebbüs etmişlerdir. Bu konuda Abbâsîler, bundan sonra kadıların kutsal hukuka bağlı oldukları derecede başarılı olmuşlar; fakat onlar, nazariye ve uygulama ile siyâsî iktidar ve kutsal (şer'î) hukukun daimî birliğini sağlamada başarı gösterememişlerdir. Bunu, İslâm İmparatorluğunun yavaş yavaş parçalanması takip etmiştir ki, tabiatıyla bu parçalanma için belirli tarihler tayin etmek güçtür; fakat yaklaşık olarak denilebilir ki, bu durum h. 300 veya m. 900 yıllarında epeyce büyük bir hız kazanmıştı. Bu sırada İslâm hukuku, siyâsî iktidardan uzakta oluşundan faydalanmış, kendi sağlamlığını korumuş; hattâ parçalanmış bir İslâm dünyasında birleştirici ana unsuru temin etmiştir. Kelimenin Batılı anlamıyla söylemek gerekirse, yeni devir, önceki düzenin kalıntıları üzerinde iki büyük İslâm devletinin ortaya çıkışına şahit olmuştur. Bu devletler, Orta Doğuda Osmanlı İmparatorluğu ile Hindistan'da Moğol İmparatorluğudur. Bu iki imparatorluğun parlak günlerinde (birincisi onaltıncı ve ikincisi de onyedinci yüzyıllarda) İslâm hukuku, fiilî etkinlik bakımından en yüksek derecesine ulaşmış ve bu etkinliğe Abbâsîler devrinin başından itibaren ilk defa böylesine yüksek bir maddî medeniyete sahip olan bir cemiyette kavuşmuştur. Batının siyâsî kontrolünün bir neticesi olarak İngiliz sömürgesi olan Hindistan ile Cezayir'de, onsekizinci ve ondokuzuncu yüzyıllardan başlıyarak, İslâm hukuku ile Batı hukukunun birarada bulunuşu, iki bağımsız hukuk sistemi doğurmuştur: Birisi, İngiliz tesiri altında İslâm hukuku (Anglo-Muhammadan Hukuk), ötekisi de, müslüman Cezayir hukukudur. Nihâyet, Orta Doğuda Batı'nın siyâsî fikirlerinin benimsenmesi, çağımızda, görülmemiş tarzda modernist bir yasama hareketini teşvik etmiştir.

İslâm hukuku, bir kutsal (şer'î) hukuk olduğu halde, aslında akıldışı bir şey anlamına gelmez. O, sürekli vahyin akıl-dışı bir gidişinden değil, ancak aklî yorum metodundan doğmuş ve hukukî konulara sokulan dinî ölçülerle ahlâkî kâideler, onun yapısal düzeninin çatısını temin etmiştir. Öte yandan onun biçimsel kazâî karakteri az gelişmiştir. İslâm hukuku, çatışan menfaatler alanında biçimsel kurallar koymayı değil, somut ve maddî hükümler vazetmeyi amaçlar. Dolayısıyla o, çağdaş İslâm devletlerinin çoğunda modern hukukçular tarafından ona uygulanan teknik işleme kendisini kolayca uyduramamıştır. İslâm hukuku, tamamıyla özel ve ferdi bir niteliğe sahiptir. Sonuç itibariyle o, şahısların hak ve ödevlerinin toplamından ibâ-

5 rettir. Geleneksel İslâm hukukunun en göze çarpan yönlerinden birisi, kazuistik bir metoda sahip oluşudur. Bu metod, onun hukukî kavramlarının yapısıyla yakından alâkalı olup, bunların her ikisi de, onun bütününe nüfuz eden *kıyas*'a bağlı düşünce tarzının sonucudur. Bu düşünce tarzı ise, tahlîlî düşünce biçiminin karşıtını teşkil eder. İslâm hukuku, bize aşırı bir "hukukçular hukuku" örneğini vermektedir. O, özel mütahassıslar tarafından yaratılmış ve geliştirilmiştir. Devlet değil, sadece hukuk ilmi, teşrî'î bir rol oynamış ve ilmî mahiyette yazılmış olan *elkitaplar*'ı kanun gücüne sahip olmuştur. Bu, İslâm hukukunun başarılı bir şekilde dinî otoriteye dayanmış olma iddiasından ve İslâm hukuk ilminin kendi sağlamlık ve devamlılığını teminat altına almasından dolayı mümkün olmuştur. İslâm hukukunun gelenekçiliği, tipik bir kutsal hukuk olarak, belki de en çok onun aslî özelliğini teşkil etmektedir. İslâm Hukukunun mahiyeti hakkındaki bu mütalaalar, tamamıyla ayrıntılı olarak bu kitabın son bölümünde ortaya konulacaktır[5].

İslâm hukukunun ilmî bir şekilde tetkiki henüz başlangıç halindedir. Bu, kısmen konunun son derecede dağınık ve karmaşık oluşundan, kısmen İslâmî ve hukukî araştırmalar arasında bir mevki işgâl etmesinden ve kısmen de bugünkü nesilde görülen şu beklenmedik iki türlü gelişmeden doğmuştur: Bir yandan İslâm hukukunun ilk tarihi ile ilgili görüşlerimiz önemli bir değişiklik geçirmiş ve araştırma için yeni ufuklar açılmıştır. Öte yandan bir çok İslâm ülkelerindeki modern kanunlaştırma hareketi, hemen hemen durgun uzun bir devirden sonra, şimdiye kadar onun 1000 yıldan fazla olan tarihine yeni ve henüz sonuçlanmamış bir bölüm ilâve etmiştir.

5. Bak., Bölüm 26.

2

İSLAM ÖNCESİ DURUM

6 1. Hz. Muhammed zamanında Arabistan'daki hukukî müesseseler, tamamıyla başlangıç halinde değildi. Bir kere bedevî Arapların büyük çoğunluğunun örfî hukuku vardı. Bu hukuk, karakter bakımından ilkel olmasına rağmen, kâideler ve tatbikat bakımından hiç de basit değildi. Bu hukukun ayrıntılarından ziyâde, genel karakteri, bir dereceye kadar İslâm öncesi ve İslâmın ilk yıllarına ait şiirler ve kabîlelerle ilgili hikâyeler vâsıtasıyla bizce bilinmektedir. Zamanımız bedevîleri arasında bir ölçüde halâ yaşamakta olan hususlar, bizim yazılı kaynaklardan edindiğimiz bilgileri kontrol etmemizi sağlamaktadır. Davaların ve delilin tetkikinde, kehânet, yemin ve lanet gibi kutsal usûller hâkim olduğu halde, eski Arapların müspet hukuku, kesinlikle cismânî, gerçekçi ve gayr-ı şeklîdir. Hattâ onların ceza hukuku, tazminat ve para ödenmesi meselelerine dayanır.

2. Bununla birlikte Mekke; Güney Arabistan, Bizans Suriyesi ve Sasanî Irak'ı ile (oldukça mütevazi) ticârî ilişkileri bulunan bir ticâret merkezi idi. Tâif şehri de, uzak ülkelerle tîcâret yapan başka bir merkezdi. Medine ise, güçlü bir Yahudî kolonisi ve muhtemelen çoğu dönme Araplarla meskun olup, ziraatın gelişmiş olduğu vahalara sahip önemli bir şehirdi. Öyle görünüyor ki, bunlar ve belki de Arabistan'daki diğer şehirler bedevîlerinkinden daha yüksek seviyede bir hukuka sahiptiler. Biz, Mekke'deki ticârî hayatın karakteri ve faiz karşılığında borç para verme tekniği dahil, onun gerektirdiği hukuk çeşidi hakkında bazı düşüncelere varabiliriz. Hz. Muhammed devrinde Mekke'deki ticârî hukuk ve tatbîkat konusunda bilgi veren önemli bir kaynak, çoğu hukukî münasebetleri teşkil eden ticârî teknik
7 terimleri şumullü bir şekilde kullanması bakımından *Kur'ân* ile sağlanmıştır. Mekke'nin bu örfe dayanan ticâret hukuku, pek çok Avrupa ticâret hukukuna oldukça benzer bir tarzda, tâcirler tarafından

kendi aralarında tatbik edilmiştir. Medine için ortaya atılabilecek zirâî akitlerin de bazı izleri bulunmaktadır. Bununla birlikte İslâmın mülkiyet, akitler ve borçlar hukukunun anahatlarının, İslâm öncesi Arapların örfî hukukunun bir parçasını teşkil ettiği sanılmamalıdır. Böyle bir faraziyenin dayandığı düşünce, İslâm hukuku tarihine ait yeni araştırmalar neticesinde geçerliliğini kaybetmiştir.

3. Âile, şahıs, miras ve ceza hukukuna hem bedevîler, hem de yerleşik halk arasında Arapların eski kabîle sistemi hâkim olmuştur. Bu sistem, ferdin kendi kabîlesi dışında kanunî bir himayeden yoksun oluşu, gelişmiş bir cezâî yargı anlayışının bulunmayışı, haksız fiiller için verilen cezaların azlığı, mensuplarının fiillerine karşı kabîle zümrelerinin sorumluluğu ve dolayısıyla *diyet* müessesesi ile hafifletilen kan davaları gibi hususları içine alır. Bu hususlar ve müesseseler, İslâmiyet tarafından büyük veya küçük çapta değiştirilmiş olarak, izlerini İslâm hukukunda devam ettirmiştir.

İslâm öncesi Arabistan'da cinsler arası ilişkiler, gerçekte mevcut olan çok kadınla evlenmeden ziyâde, sık sık karı boşama, gevşek ve gayr-ı mazbut birleşmeler şeklinde nitelenmiştir. Öyle ki, bu durumlar bazan evlilikle gayr-ı meşrû yaşayış arasındaki sınırı tayin etme işini güçleştirmiştir. Ayrıca âile ve evlilik hukuku bakımından Mekke ile Medine ve şüphesiz diğer memleketler arasında da farklar vardı. Kölelik ve köle kadınları (câriyeleri) odalık olarak kullanma işi de geçerli olarak kabul ediliyordu.

4. İster göçebe (bedevî) ister yerleşik olsun, Arap cemiyetinde teşkilatlanmış siyâsî bir otoritenin bulunmayışı, teşkilatlı bir adâlet sisteminin de bulunmadığını gösterir. Bu; mülkiyet hakları, miras ve adam öldürmenin dışında kalan haksız fiillerle ilgili tartışmaları halletmede özel adâlet veya işi şahsî takibatla sonuçlandırma gibi bir durumun câri olduğu anlamına gelmez. Bu hallerde, eğer müzâkere, taraflar arasında bir sonuca varılmayacak bir tarzda uzarsa, normal olarak hakeme başvurmak zarurî oluyordu. Hakem, özel bir sınıfa mensup değildi. Taraflar, üzerinde ittifak ettikleri herhangi bir şahsı hakem olarak tayin etmede serbesttiler; hakem, ekseriya çok nadir hallerde kabîle reislerinden oluyordu. Hakem, şahsî kabiliyetlerine ve şöhretine göre seçiliyordu; çünkü o, davaları karara bağlama konusundaki kabiliyetleri ile ve herşeyden önce belki de bir sırrı açıklatmak suretiyle tarafların daha önceden denemeye tâbi tuttukları ta-
8 biat üstü kudretleri ile ünlü bir aileye mensuptu. Bu tabiat üstü kudretler, genel olarak kahinlerde bulunduğu için, onlar sık sık hakem

olarak seçiliyorlardı. Tarafların, yalnız bir hakemin seçimine değil, aynı zamanda davanın sebebine, hakeme ilettikleri meseleye de rıza göstermeleri gerekli idi. Hakem bir davaya bakmayı kabullendiği takdirde her iki tarafın, bir mal veya rehîne ile onun vereceği karara razı olacaklarını garanti etmek üzere bir teminat vermeleri gerekiyordu. Kesinlik niteliği taşıyan hakem kararı, infazı mümkün bir hüküm değil, (gerçekten de infazın teminatla güvence altına alınması gerekli idi) daha çok münakaşa konusu olan hususta sadece hakkın bir beyanı idi. Dolayısıyla bu karar, kolayca, örfî hukukun ne olduğu veya ne olması gerektiği hususunda muteber bir beyân haline gelmiştir. Böylece hakemin görevi, bir kâideye bağlı hukukî örfün veya *sünnet*'in muteber bir açıklayıcısı olan kanun koyucunun görevi ile birleşmektedir. Hakemler, geleneği (sünneti) hem tatbik etmişler hem de geliştirmişlerdir. Gerisinde halk oyu gibi bir güce sahip olan *sünnet*, her şeyden önce müzâkere ve hakem usûlü üzerinde durmaktaydı. *Sünnet*'in bu anlamı, İslâm hukukunun teşekkülünde en önemlisi değilse de, çok önemli unsurlarından birisi olmuştur.

5. İslâm öncesi Arapların örfî hukukunun teknik terminolojisi, tabiî olarak, İslâm hukuku terminolojisinde önemli ölçüde devam etmiştir. Bununla birlikte bunun tersi söz konusu olmayıp, İslâm hukuk terminolojisinin, müspet bir delile dayanmaksızın, İslam öncesi devire kadar uzayacağı da sanılmamalıdır. İslâm öncesi hukuk terminolojisinin şumullü bir tetkiki şimdiye kadar yapılmamıştır. Eski teknik terimler, İslâm hukukunda ekseriya tadil edilmiş, daha çok dar bir şekilde belirlenmiş, hattâ kesinlikle farklı bir anlam kazanmıştır; "ecr" ve "rehn" terimleri böyledir. Yahut da terimler önceki sembolik davranışlarla olan ilgilerini kaybetmiştir; "safka" kelimesi gibi. Veya eski anlamlarından ayrılmıştır; "uhde" sözü gibi. Yahut İslâm hukukunun sahip olmadığı veya tamamıyla tanımadığı müesseseleri göstermektedir; "meks", "umrâ" ve "rukbâ" terimlerinde olduğu gibi. Ya da onlar, tamamıyla teknik terimler şeklinde kullanılmaz olmuştur; "uhde" nin zıddı olan "melesâ" kelimesi gibi.

6. İslâm öncesi Arabistan'ın örfî hukukunun yabancı asıllı unsurları içine alıp almadığı şüphelidir. Bu hukuk, onları içine almış olsa
9 bile, onların İslâm hukukunda devam ettiğini görmüyoruz[6]. Suriye sınırında Bizanslılarla temasları dolayısıyla İslâm öncesi Araplar aslında bir takım Yunanca-Latince terim ve kurumları tanımış

6. İslâm hukukunda mevcut olan yabancı unsurlar, ona hicrî birinci yüzyılda girmiştir.

bulunuyorlardı. Bu terimlerden çoğu askerî ve idârî terimler olmakla beraber, bazıları da hukuk sahasına aitti. Hırsız anlamına gelen Yunanca "Lestes" sözü, bu yolla Arap diline "lıss" (last, lıst ve lust şekilleri de vardır) biçiminde girmiştir; fakat *Kur'ân* ve ondan sonra da İslâm hukuku, yol kesme suçunu cezalandırmakla birlikte yol kesme anlamına gelen *kat'ut-tarîk* terimi, *Kur'ân* sonrası bir gelişmedir. Oysa yol kesme fiili, İslâm öncesi Araplarda hiçbir zaman suç sayılmıyordu. Yine, ticârî bir malda hatâ veya kusuru müşteriden gizlemek anlamına gelen Arapça "dellese" fiili, Latince "dolus" sözünden çıkmıştır. Bu söz Arapçaya erken bir tarihte ticârî muameleler vâsıtasıyla girmiştir. Fakat ilk İslâm hukukunda *hile* anlamında teknik bir terim olarak kullanılmamıştır[7].

Yazılı belgelerin (ticârî sahalarda) kullanılışı, İslâm öncesi ve Hz. Muhammed devirlerinde kesinlikle görüldüğü gibi, İslâm hukukunda da muntazam bir şekilde devam etmiştir; gerçi İslâm hukuku nazariyesi buna önem vermemiştir. Araplar, yerleşik medeniyete sahip olan çevre memleketlerde yazılı belgelerin kullanıldığını biliyorlardı ve bu uygulamanın Araplara hem Suriye, hem de Irak'dan geçtiği anlaşılmaktadır.

Farklı medeniyete mensup olan eski Güney Arabistan'ın hukuk kurumlarının Kuzey Araplarının hukuk müesseselerine fazla bir etkide bulunduğunu pek sanmıyoruz. Bununla birlikte, arasıra onlar bize, İslâm öncesi bazı kurumların karakterini tespit veya tayin etme imkânını vermektedir; *iki şahit* esası ve "muhâkale"* akdi gibi.

7. Yunanca "arrha" (pey akçesi) sözünden gelen *arabûn* terimi (ve çeşitleri), Yakındoğu hukuklarında bu müessesenin çok eskiliğine rağmen Arapçada hicrî ikinci yüzyıldan daha önce olmamak üzere kullanılmıştır. Bu yüzyılda bu müessese İslâm hukukunca reddedilmiştir.

* *Muhâkale*, ekini başağında iken olgunlaşmadan satmaktır. (Çev.)

3

HZ. MUHAMMED VE KUR'AN

1. Hz. Muhammed, Mekke'de bir din müceddidi olarak zuhur etmiş ve putperest hemşehrileri kendisini tamamıyla bir kâhin olarak niteledikleri zaman buna şiddetle karşı çıkmıştır. Kişisel kudreti dolayısıyla m. 622 yılında kabîle ihtilafları konusunda hakem olarak Medîne'ye davet edilmiş ve bir Peygamber sıfatıyla da o, dinî esas üzerine dayanan yeni cemiyetin kanun koyucu hâkimi olmuştur. Müslüman cemaatinin teşkil ettiği bu yeni cemiyet, Arap kabîle cemiyetinin hemen yerine geçmeye başlamış ve amaç da bu olmuştur. Hz. Muhammed'in kâhinlik sıfatını reddedişi, putperest Araplar tarafından uygulanan hakemliği reddetmek gibi bir anlama gelmiştir; çünkü hakemler çoğu zaman kâhin idiler (sûre IV. 60). Ancak, kendi cemaatinde hâkimlik görevini de üzerine aldığı için, Hz. Muhammed, hakemlik görevini devam ettirmiştir. Nitekim *Kur'ân*, karı-koca arasında anlaşmazlık çıktığı zaman karı ve kocanın kendi âilelerinden birer hakem tayin edilmesini emretmiştir (sûre IV. 35). *Kur'ân*, Peygamberin adâletle ilgili faaliyetlerinden söz ettiği zaman (sûre IV. 105 ve diğer yerler) "hakeme" fiilini ve bundan türeyen sözleri kullanır. Halbuki "kadâ" fiili, ki "kâdî" terimi de bundan türetilmiştir, *Kur'ân*'da daima bir hâkimin hükmünü değil, Allah veya Peygamberin yüce emrini ifâde eder. (Kezâ bu kelime, *Hüküm Günü* ile ilgili olarak geçer; fakat o zaman bu; yalnız sembolik manada bir hükmü işâret eder.) Şu âyette ise her iki fiil yanyana geçer (sûre IV. 65): "*Hayır, Rabbine and olsun ki, onlar aralarında çekiştikleri şeylerde seni hakem kılmadıkça* (yuhakkimûke) *ve nefislerinde senin verdiğin hükme karşı bir sıkıntı duymayıp, tamamıyla teslimiyet göstermedikçe gerçekten iman etmiş olmazlar*". Burada birinci fiil, Peygamberin faaliyetlerinin hakemlikle ilgili olan yönünü göstermekte; ikincisi ise, onun kararının kesin niteliğini tespit etmektedir. Bu kendi türünde tek misâl, yeni İslâmî bir

adâlet icrâsı fikrinin ortaya çıkışının ilk işâretidir. Hz. Muhammed, aralarındaki münakaşaları çözümlemek için mü'minlerce bir hakem
11 olarak tayin edilmiş olmasına büyük bir önem vermiştir; fakat *Kur'ân*'ın bu konudaki ısrarı, hakem seçmede eski serbestînin halâ geçerli olduğunu göstermektedir. Hz. Muhammed de, eskiden olduğu gibi hakemin davaya bakmayı reddetme hakkını kendisine tahsis etmiştir. Bununla birlikte bir peygamber olarak, Medine'de ömrünün son günlerine doğru önemli siyâsî ve askerî bir güçle desteklenen durumu, kendisine herhangi bir hakem için istenilenden daha fazla otorite sağlamıştır. Böylece o, bir "peygamber-kanun koyucu" olmuştur. Fakat o, hemen hemen mutlak olan yetkisini mevcut hukuk sistemi içinde değil, bunsuz icrâ etmiştir. Onun otoritesi, hukukî değil, ancak mü'minler için dinî ve diğerleri için ise siyâsî idi.

2. Peygamberin yasama faaliyeti de Arabistan hukukunda bir yenilik teşkil ediyordu. Genel bir deyişle Hz. Muhammed'in mevcut örfî hukuku değiştirmesi için pek sebep yoktu. Peygamber olarak onun amacı, yeni hukuk sistemi ortaya koymak değildi; insanlara nasıl davranacaklarını, ne yapacaklarını ve *Hüküm Günü* başarılı bir hesap verip Cennete girmeleri için nelerden sakınacaklarını öğretmekti. Bu, genel olarak İslâmın ve özel olarak İslâm hukukunun ibâdet, hukuk ve ahlâkî vecibeleri aynı esas üzerinde hülasa eden ve onları aynı dinî emrin otoritesi altında toplayan bir mükellefiyetler sistemi oluşundandır. Dinî ve ahlâkî ölçüler, şumullü bir şekilde insan davranışının bütün alanlarına uygulanıp tatbîkatta ısrarla takip edilseydi, terimin dar anlamıyla bir hukuk sistemine ne yer ne de ihtiyaç hasıl olurdu. Hz. Muhammed'in asıl ülküsü bu idi. Affetmenin faziletleri üzerindeki sürekli ısrarı gibi, bu düşüncenin izleri kelimenin en geniş anlamıyla *Kur'ân*'da mevcuttur[8]. Dolayısıyla haklardan feragat işi, İslâm hukukunda ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Fakat Peygamber, nihâyet dinî ve ahlâkî prensipleri hukuk müesseselerine tatbik hususunda onları nasıl bulduysa o şekilde kabul etmek zorunda kalmıştır.

Böylece *Kur'ân*'da adâletle hükmetmek, rüşvet vermemek, şahitliği dosdoğru yapmak, tartı ve ölçüyü tam tutmak için emirler var-
12 dır[9]. Akitler; onları yazılı hale getirmek, şahit bulundurmak, güvenilir bir yazıcı bulunmadığı zaman teminat (bir garanti ve maddî bir ispat vâsıtası teşkil eden rehn) vermek gibi hepsi de *Kur'ân*'ın tas-

8. Sûre II. 263; IV. 149; XVI. 126; XXIV. 22; XLII. 37, 40, 43; LXIV. 14.

9. Sûre IV. 58, 135; V. 8, 42; VI. 152; II. 188, 283; XXV. 72; LXX. 33; XVII. 35; LV. 8 vd.; LXXXIII. 1-3.

vip ettiği İslâm öncesi uygulamalar olan emirlerle, yahut da genellikle akitleri yerine getirmek ve özellikle bir emaneti sahibine iade etmek gibi buyruklarla güvence altına alınmıştır[10]. Bu emirler, hukukî meselelere karşı *Kur'ân*'ın ahlâkî tutumunun bir özelliğidir. Doğrudan doğruya hukukî muamelelerle ilgili olmalarına rağmen, kumar (meysir) oynama ve faiz (ribâ)[11] alma yasakları dahi bu muamelelerin şekil ve sonuçlarını düzenleyen hukukî hükümlerin vazedilmesini amaçlamayıp müsaade edilen veya yasaklanan belirli muameleleri ilgilendiren ahlâkî kâideleri yerleştirmek istemiştir. Bu gibi muamelelerin, yasağa bakmayarak yapıldıkları takdirde, muteber olmayacağı ve bir kısım vecibeler doğurmayacağı fikri henüz *Kur'ân*'da göze çarpmaz. Şer'î hükümlerin derecelendirilişi yanında hukukî muteberlik bakımından da fiillerin ikinci olarak bir dereceye tâbi tutulma işi, İslâm hukukuna bırakılmıştır. (Bak., s. 121 vd.). Aynı durum, *Kur'ân*'daki savaş ve ganîmet hukuku ile aile hukukunun bütün konularına da hâkimdir. Savaş ve ganîmet hukuku, her şeyden önce savaşılması gereken veya savaşılabilecek olan düşmanları tayin etmekle ilgili olup (İslâm öncesi örf tarafından konulmuş olan kâidelerin genel sınırları içerisinde) ganîmetin nasıl dağıtılacağını ve fethedilen yerlerdeki halka nasıl muamele yapılacağını ele alır. *Kur'ân*'da âile hukuku, oldukça etraflı bir şekilde ele alınmış olmakla birlikte, konunun yer aldığı çok sayıda âyetler (fazlaca II. ve IV. sûrelerde) dağınıklık arzeder. Burada yine kadınlara, çocuklara, yetimlere, yakınlara, hizmetçi ve kölelere karşı nasıl davranılacağı konusuna çok önem verilmiştir. Kâidelere uygun düşen bir fiilin hukukî sonuçları ise zikredilmemiştir; aslında bunlar genel olarak açık seçiktirler: meselâ, muteber bir evlenme, boşanma v.b. nin vukuunda olduğu gibi; fakat kâidelere aykırı olan bir fiilin hukukî sonuçları, medenî sorumluluk (tadmînu's-sunnâ = sanatkârın telef ettiği müşteriye ait malı ödemesi) meselesinde olduğu gibi, pek az ele alınmıştır. Hukukî neticeleri belirli bir takım olay veya fiillere bağlayan teknik mahiyetteki hukukî ifâdeler, borçlar ve âile hukuku söz konusu olduğunda hemen hemen tamamıyla eksiktir. Ceza hukuku alanında ise bu teknik ifâdeler mevcuttur ve hatta hemen hemen
13 zarurîdir. Şer'î hükümlerin ihlâli dolayısıyla *Kur'ân*'ın kâidevî teş-

10. Sûre II. 177, 282 vd., (kar., XXIV. 33); III. 76; IV. 58; V. 1; VIII. 27; IX.4, 7; XVI. 91 vd.; XVII. 8; LXX. 32.

11. Sûre II, 219, 275–279; III. 130; IV. 161; V. 90 vd.; XXX. 39. *Ribâ*, haksız iktisâbın özel bir örneğini teşkil eder veya *Kur'ân*'da açıklandığı gibi "başkalarının malını ma'kûl bir sebebe dayanmaksızın alıp yemek" tir ki, bu, sûre II. 188; IV. 29, 161; IX. 34'de yasaklanmıştır.

rîinin müeyyideler ihtivâ ettiğini anlamak kolaydır; fakat yine onlar, esas itibarıyla ahlâkî ve sadece ikinci plânda cezâîdirler. Yasak, asıl unsuru teşkil eder. Ceza ile ilgili hüküm, ya yeni kurulan İslâmî devletin mümessilleri, ya da *kısas* meselelerinde mağdur ve onun yakın akrabası için uyulacak bir hareket kâidesidir. Hırsızlığın yasak oluşunun bilindiği farzedilmiş ve sadece cezası belirtilmiştir (sûre V. 38). Buna karşılık şarap içme (sûre II. 219; IV. 43; V. 90 v.d), kumar oynama ve faiz alma, (eğer cezası Cehennemde verilecek bir suç olarak görülmemişse)[12] belli bir ceza tespit edilmeksizin yasaklanmıştır. (Ancak *kısas* ve *diyet*, hırsızlık, zinâ ve zinâ iftirası (kazf), bu iki davanın muhakeme usûlü ve yol kesme ile ilgili hükümler de Kur'ân'da yer almaktadır[13].

Kur'ân'ın bu konularla ilgili yasaması şu gerekçelere dayanıyordu: Her şeyden önce, hâkim olan şartlardan hoşnutsuzluk, genel olarak kadın, yetim ve zayıf kimselerin durumlarını düzeltmek, cinsel hayatla ilgili ahlâkî telâkkilerdeki gevşekliği sınırlamak, evlilik bağlarını kuvvetlendirmek[14] ve kan gütme tamamıyle bertaraf edildiği halde, şahsî intikam ve kısas tatbikini tahdid etmek arzusu. Putperest devrin ibâdetiyle yakınlığı olan kumarı, şarap içmeyi ve faiz müessesesini yasaklamak, belki de eski Arap davranış ölçüleri ile alakayı kesmenin en açık örneğini teşkil eder. Faiz alma yasağı, şüphesiz ki, Mekkelilerin ticârî tatbîkatına karşı ilk günlerde Hz. Muhammed'in göstermiş olduğu herhangi bir tepkiden ziyâde, Medine'de Yahudî akîdesiyle onun tatbîkatını tanımasından mülhem olmuştur. Katle karşı kısas prensibinin, belirli bir uzvun yok olmasına sebebiyet verme hususuna kadar teşmili (sûre V. 45), Hz. Muhammed'in *Eski Ahid* hakkında (Exod. XXI 23-25; Lev. XXIV. 19 vd.; Deut. XIX. 21) Yahudîlerden öğrenmiş olduğu şeylere dayanır. Bundan başka Hz. Muhammed'in siyâsî amacı eski Arap kabîle teşkilatını ortadan kaldırıp onun yerine *inananlar*'dan müteşekkil bir cemaat yaratmak ol-
14 duğu için âile hukukunda, kısas hukukunda ve savaş hukukunda ortaya çıkmış olan yeni problemleri ele alması gerekiyordu. Bilhassa bu, *Kur'ân* (sûre IV. 3) tarafından çok kadınla evlenmenin teşvikinde

12. İslâm hukukunda şarap içmenin cezâsı, *Kur'ân*'a değil, Peygamberin hadislerine dayanır.

13. Sûre II. 178 vd.; IV. 15 vd., 92; V. 33 vd., 38, 45; XVI. 126; XVII. 33; XXIV. 2-20.

14. Hz. Muhammed tarafından savunulan bu alandaki yenilikler, daha çok tedricî bir şekilde oluyordu ve onun mücâdele etmek zorunda kaldığı şartlar, Sünnî müslümanların bu konudaki *Kur'ân* âyetlerinin tefsirinden çıkarılan şeylerden daha karışıktı.

açıkça görülür. İhtimal ki, bazı fiilî ihtilaflar bu ihtiyacı açık bir hale getirmiştir[15]. Bu ikinci ihtiyaç, öyle anlaşılıyor ki, ekseriya *Kur'ân*'ın miras meseleleri üzerinde yapmış olduğu yasamaya sebep olmuştur. Bu, ahlâkî prensiplere bağlı davranışlardan oldukça uzaklaşmış ve şahsî hakların verilmesiyle yakından ilgili olan bir konudur[16]. Hattâ burada da *Kur'ân*'daki yasama, kronolojik olarak, davranışlarla ilgili ahlâkî kuralların tavsiyesi şeklinden başlıyarak, ölmüş kimselerin terekelerinin nasıl intikal edeceği konusunda belirli nizamlar koymaya kadar varmıştır. *Kur'ân*, nihâî hükümlerinde bile, eski örfî hukuka göre miras hakkı bulunmayan kimselere mirastan hisse ayırma (sûre IV. 8) eğilimindeki ahlâkî unsuru muhafaza etmiştir.

Kur'ân'daki yasamanın bu özelliği, İslâm hukukunda aynen korunmuş ve kanunî sonuçları ilgili bulunduğu fiillere bağlayan tamamıyla hukukî durum, çoğu zaman mü'minlere ahlâkî ölçüleri uygulama eğilimiyle yer değiştirmiştir.

---

15. Bazı nizamların konulmasını, Hz. Muhammed'in kendi meseleleri tahrik etmiştir. Evladlık müessesesinin ortadan kaldırılması ve bunun sonucu olarak evladlığının karısıyla sonradan evlenmesinin engellenmesi (sûre XXXIII. 5, 37) ve zinâ iftirası ile ilgili kaideler (sûre XXIV. 4–20) böyledir.

16. Sûre VIII. 72, 75; XXXIII. 6; II. 180–182, 24; IV. 7–14, 19, 33, 176.

4

İSLÂMIN BİRİNCİ YÜZYILI

15 1. Peygamberin vefatından sonra (m. 632) gelen ilk üç nesil veya başka bir deyişle, İslâmın birinci yüzyılı, İslâm hukuk tarihinde, zamanımıza kadar gelen belgelerin azlığından dolayı pek müphem, fakat bir çok yönlerden oldukça önemli bir devri teşkil eder. Bu devirde, İslâm hukukunun bâriz hususiyetleri meydana gelmiş ve doğmakta olan İslâm cemiyeti kendi hukuk kurumlarını yaratmıştır. Az miktarda mevcut olan sıhhatli belgeler göstermektedir ki, Arapların eski hakem usûlü ve genellikle örfî hukukları, *Kur'ân* tarafından tadil ve ikmal edilmiş bir şekilde Peygamberin ilk muakkipleri, yani *Medine halifeleri* (632–661 m.) devrinde devam etmiştir. Gerçekten halifeler, Peygamberin vefatından sonra İslâm cemaatinin siyâsî liderleri idiler; fakat onların, cemaatin üstün vasıflı hakemleri olarak hareket ettikleri görülmüyor ve biraz sonraki bir devirde halâ bir şâir, dinleyicilerini hakemlerini Peygamberin kabîlesi Kureyşlilerden seçmeleri hususunda uyarma imkânına sâhip bulunuyordu. Şüphesiz Peygamberin dinî otoritesinden yoksun oldukları halde, hükümdâr ve yöneticiler olarak halifeler, görevleri itibarıyla geniş ölçüde cemaatin kanun koyucusu sıfatıyla hareket etmişlerdir. Bütün bu birinci yüzyıl boyunca İslâm devletinin idârî ve yasama faaliyetleri birbirinden ayrılamaz. Yine de bu idârî yasama, mevcut örfî hukukun tadil işiyle az da olsa bir ilgiye sahipti; ancak onun asıl gayesi, Arapların menfaati uğruna yeni fethedilen toprakları teşkilatlandırmaktı. Ceza hukuku alanında ilk halifeler, *Kur'ân*'da konulmuş olan müeyyidelerin ötesine gitmişler; meselâ, eski Arabistan'da yaygın bir nazım şekli olan ve rakîp kabîlelere yöneltilmiş bulunan hicivlerin yazarlarını kırbaçla dövme cezasına çarptırmışlardır. Zinâ fiili için bir ceza olarak *Kur'ân*'da bulunmayan ve Yahudî hukukundan alındığı açıkça belli olan taşlayarak öldürme (recm) nin kabul edilmesi de bu devre

16 aittir[17]. Kısas ve diyetin tatbiki, mağdurun yakın akrabasının dileğine bağlı olmakta devam etmiştir. İlk halifeler, kadıları tayin etmemişler ve genel olarak daha sonra İslâmî adâletin tatbik sistemini doğuran esasları koymamışlardır. Bu, aksi görüşü iddia eden rivâyetlerin kendi özünde taşıdığı çelişkiler ve imkânsızlıklardan anlaşılmaktadır. Halife Ömer'in kadılara verilmek üzere göndermiş olduğu iddia edilen talimatnameler, İslâmın üçüncü yüzyılının bir ürünüdür.

2. Medine halifeleri devrinin sonuna doğru İslâm cemaati, siyâsî tefrikalar yüzünden parçalanmış; Hâricî ve Şi'îlerin ayırıcılık hareketleri, Sünnî çoğunluğun yanında kendilerini de kabul ettirmişlerdir. Miras hukuku hariç, İsnâ-Aşeriyye mezhebine bağlı Şi'îlerin özel inançları, içlerinden çıkmış bulundukları Sünnîlerinkinden esaslı bir şekilde farklı olan bir sistemi lüzumlu kıldığı hususlarda, Hâricî ve Şi'îlerce kabul edilen İslâm hukukunun *furu'* ile ilgili görüşleri, Sünnî İslâm hukuk ekollerinin birbirleri arasındaki ayrılıktan daha geniş bir farklılık göstermez. Sonuç olarak, buradan anlaşılmaktadır ki, İslâm hukukunun bu çeşitli şekillerine ait asıl hususiyetler, tefrikadan önce, yani İslâmın birinci yüzyılının ilk yarısından önce ortaya çıkmıştır. Fakat yeni araştırmalar göstermiştir ki, eski İslâmî fırkaların Sünnî cemaatten ayrıldıkları zaman, henüz o vakit mevcut olmayan hukuk sisteminin esaslarını büyük çoğunlukla birlikte paylaşmaları imkânsızdı. Uzunca bir zaman için ve özel olarak İslâmın ikinci ve üçüncü yüzyılları esnasında, onlar Sünnî fıkıh mezheplerinde geliştirildiği şekliyle İslâm hukukunu devralmak amacıyla Sünnî cemaatle yeteri kadar yakın temasa devam etmişlerdir. Bu arada sadece özel siyâsî ve iktisâdî doktrinlerinin gerektirdiği tadilatı yapmışlar ve kendi hukuk nazariyelerini geliştirmişlerdir. Bununla birlikte Sünnîlerin hukuk nazariyesi ne kadar az kendilerine aitse, bu nazariyelerin onların *furu'* doktrininin gerçek temelini teşkil etmesi de o kadardır (bak., s. 115). Aslında mutlak surette Şi'îler veya Sünnîlere ait olması gerekmeyen bazı doktrinler, ârızî bir şekilde Sünnî hukuka karşı Şi'îler için ayırdedici bir vasıf olmuştur. *Müt'a* nikâhını
17 kabul etme ve *ummu'l-veled** in satılabileceği görüşü bu konuda birer misal teşkil eder. Hâricî ve Şi'î hareketler, müslüman cemaatin iki uç kanadını temsil eder. Bu iki zümre Irak'ta çıkmış ve orada uzun bir faaliyette bulunmuştur. Onların hukukunun teknik hususlarıyla il-

17. Bununla birlikte şarap içmenin cezâsı, Emeviler devrinde henüz yerleşmemişti.

* Efendisinden bir çocuk doğuran câriye. (Çev.)

gili doktrinleri bazan birbirini tasdik eder ve Sünnîlerin görüşlerinden ayrılır; çünkü onlar, bir zamanlar Irak'ta cârî olan ve daha sonra Sünnîler tarafından bırakılan eski görüşlere dayanmaktadırlar.

3. Erken bir devirde, teamül veya kaidevî örf anlamını taşıyan "sünnet" hakkındaki eski Arap görüşü, İslâmda kendisini yeniden göstermiştir. Araplar, gelenek ve teamüle bağlı idiler ve halâ da bağlıdırlar. Araplara göre örf kabilinden olan her şey doğru ve güzeldir; ataları tarafından yapılan her şey, taklid edilmeye lâyıktır. Bu, Araplar için önemli bir ölçü teşkil ediyordu. Onların müsait olmayan bir çevrede dar bir sınır üzerinde bulunuşları, nazik yaşayış dengelerini altüst edecek yenilik ve tecrübeler için kendilerine fazla bir imkân bırakmıyordu. Bu *sünnet* veya *teamül* (emsal) fikrinde, Arapların muhafazakârlığı bütünüyle ifâdesini bulmuştur. Şüphesiz onlar, sünnetin nisbeten yakın bir geçmişte bir şahıs tarafından konulmuş olabileceğini kabul etmişlerdir; fakat bu durumda o şahıs, bütün gurubun lideri (imâmı), sözcü ve temsilcisi olarak mütalaa edilmiştir. Sünnet fikri, her yeniliğe karşı muazzam bir engeli temsil eder. Bir şeye itibar etmemek için onun yeni bir şey olduğunu söylemek kâfî idi ve bu durum, halâ da böyledir. Arabistan'ın karşılaşmış olduğu en büyük yeniliği teşkil eden İslâm, bu engeli aşmak zorunda kalmış ve dolayısıyla şiddetli bir mücâdele olmuştur. Fakat İslâm, tek bir Arap zümresi arasında da olsa, hâkimiyet tesis edince, eski muhafazakârlık kendisini yeniden göstermiştir. Kısa bir zaman önce bir yenilik olan şey, şimdi yapılması gerekli bir durum almış; bu ise, teamül ve geleneğin kutsallaştırdığı bir şey, yani bir *sünnet* haline gelmiştir. Eski Arapların bu sünnet anlayışı, İslâm hukukunun temel kavramlarından birini teşkil etmiştir.

İslâmla olan alâkası bakımından *sünnet*, esas itibarıyla, hukukî bir ifâdeden ziyâde siyâsî bir anlam kazanmıştır; o, halifenin siyâset ve idâresini göstermektedir. İlk iki halife, Ebu Bekr ve Ömer'in idârî davranışlarının teamüllere bağlı olarak kabul edilip edilmeyeceği meselesi, muhtemelen 23 h./644 m. yılında Ömer'e bir halef tayin edildiği zaman ortaya çıkmıştır. 35 h./655 m. yılında öldürülmesine yol açan üçüncü halife Osman'ın siyâseti karşısındaki hoşnutsuzluk, onun seleflerinin siyâsetinden ve zımmen *Kur'ân*'dan ayrılması şeklinde bir suçlama halini almıştır. "Peygamberin Sünneti" kavramı bu münasebetle ortaya çıkmış olup, henüz herhangi bir müs-
18 pet kâideler sınıfı ile aynı değildi; fakat "Ebu Bekr ve Ömer'in Sünneti" ile *Kur'ân* arasında fikhî bir halka teşkil ediyordu. "Peygamberin

Sünneti" teriminin bu şekilde kullanılışı için gerçekten sıhhatli ve en eski tanık, Hâricî reisi Abdullah b. İbâd tarafından 76 h./695 m. yıllarında Emevî halifesi Abdülmelik'e gönderilen mektuptur. Kelâmî bir anlam taşıyan ve "atalara ait örnekler" ile uyum halinde olan bu terim, Hasan el-Basrî tarafından mezkur halifeye gönderilen o devre ait bir *risâle*'de geçmektedir. Bu, İslâm hukuk nazariyesine tahminen birinci yüzyılın sonuna doğru Irak âlimleri tarafından sokulmuştur.

4. Hukukî konularla ilgili sarih *Kur'ân* emirlerinin başlangıçtan beri yerine getirildiğini farzetmek tabiî görünmektedir. Bunun sebebi, yeniliğin gerektirdiği bir değişiklik anında hayli çalkantılı olan Arap cemiyetinin hiç olmazsa kurallara yatkın olmasıdır. Gerçekten de açıkça görülmektedir ki, İslâm hukukunun bir çok hükümleri, ibâdet ve dinî merasimlere dair olanlar bir yana, özellikle aile ve miras hukuku ile ilgili hükümler baştan beri Kur'ân'a dayanmıştır. Bazı hallerde bu husus kesin bir şekilde kanıtlanabilir; meselâ, daha sonraki hukuk ekollerinde devam eden ve boşanma meselesi ile ilgili olan iki hüküm vardır ki, bunlardan birisi *Kur'ân*'ın asıl metnine, ötekisi de değişik okunuşuna (kırâ'atine) dayanmaktadır. Değişik kırâ'atler, Emevî halifesi Abdülmelik (65 h./685 m.–86 h./705 m.) devrinde resmen yasaklandığına göre, bu iki görüşün formül haline getirilişinin hicrî birinci yüzyılın yarısından daha sonra olmadığı sonucu çıkarılabilir. Diğer taraftan, *Kur'ân* hükümlerine kısa bir göz atış ve bu hükümlerden çıkarılan en basit sonuçlar, hemen hemen daima doktrindeki gelişmenin ikinci bir merhalesine aittir. *Kur'ân*'da (sûre V. 38) anlatıldığı ve İslâm hukukunda muhafaza edildiği gibi hırsızın eli kesilmek suretiyle değil, Yuhanna ed-Dımaşkî (St. John of Damascus; 700–750 m. yıllarında yaşamıştır)'nin ileri sürdüğü gibi kırbaçla cezalandırılması gerektiği hususu, sadece eski Araplarca bilinmeyen bir cezanın tatbikindeki güçlüğü göstermektedir. Fakat bir kaç mesele vardır ki, onlarda ilk İslâm hukuku doktrini, *Kur'ân*'ın açık seçik ifâdesinden ayrılmıştır. İslâm hukukunda tipik olarak kalan önemli bir misal, hukukî beyyinenin şâhitlerin şehâdeti ile ve meşru bir şeyi inkârın da yazılı belgelerle
19 sınırlandırılmasıdır. Bu, *Kur'ân*'ın sarih bir hükmüyle (sûre II, 282; XXIV. 33) tezad teşkil etmektedir. Bu hüküm akitlerin yazılı hale getirilmesinden ibâret olan mevcut tatbîkatı tasvip etmiş ve bu tatbîkat, birinci yüzyıl boyunca ve daha sonra da devam ettiği gibi, hukuk nazariyesi ile de bağdaştırılması zarurî olmuştur. Aynı Yuhanna ed-Dımaşkî, eski Arabistan halkının tipik bir geleneği olarak yalnız ve

yalnız şâhitler üzerinde ısrarı zikreder; bu da muhtemelen hicrî birinci yüzyılın ortalarına doğru yerleşmiştir[18].

5. Hicrî birinci yüzyılın büyük bir kısmında, terimin teknik anlamıyla İslâm hukuku henüz vucut bulmamıştı. Tıpkı Peygamber zamanında olduğu gibi hukuk, dinî sahanın dışında kalıyordu. Özel münasebetlere veya davranış şekillerine karşı dinî veya ahlâkî engeller bulunmadığı sürece, hukukun teknik yönleri müslümanların ilgilenmedikleri bir mesele idi. İlk müslümanların bu durumu, fethedilen memleketlerin hukukî ve idârî müesseseleriyle tatbîkatının bir yönden bakılınca geniş ölçüde benimsendiğini, diğer yönden bakılınca varlıklarını sürdürdüklerini izah etmektedir. Dinlere karşı müsamahakâr muamele, vergi koyma usûlleri, icar müesseseleri ve vakıf bu konuda göze çarpan misallerdir[19]. Vakıf, İslâm hukukunun hammaddesinin bileşik tabiatının ve müesseselerinin iktisap ettiği nitelikçe yeni hususiyetlerinin iyi bir örneğini teşkil eder. Vakıf, temellerinden birisini, Hz. Muhammed'in Medine'de kendisine uyanlardan sürekli olarak istediği kutsal savaşa yardımdan, diğer temelini Doğu kiliselerinin hayır müesseselerinden, üçüncü temelini ilk müslümanların yaptığı hayırlarla kamuya yönelik yardımlarından, daha sonra dikkati çeken dördüncü temelini de yeni İslâm toplumunun miras hukukunun bir kısım tesirlerini azaltmak ihtiyacından almıştır. İslâm öncesi hukukî tatbîkatın İslâmda alıkonması prensibi, bazan açıkça itiraf bile edilmiştir; tarihçi Belâzurî (ölm. 279 h/892 m.)'nin şu sözlerinde olduğu gibi:

Ebû Yûsuf'a göre eğer bir memlekette İslâmın ne değiştirdiği ne de kaldırdığı eski ve Araplara ait olmayan bir *âdet* mevcutsa ve halk da halifeye başvurup bu *âdet* güçlüğe sebep oluyor diye şikâyet etse, halife onu değiştirmeye yetkili değildir. Fakat, İmâm Mâlik ve Şafi'î'ye göre eski bile olsa halîfe onu değiştirebilir; çünkü o, (aynı şartlar içerisinde) gayr-ı müslimler tarafından konulmuş olanlar şöyle dursun, müslümanlar tarafından konulmuş olan muteber bir *âdet*'i bile yasaklamak zorundadır[20].

Bu iki görüş de İslâm öncesi hukukî tatbîkatın alıkonulmasının normal olduğu açısından hareket eder.

Hukukî kavram ve kâidelerin kabulü, hukukî müessese ve tatbîkatın alıkonulması ile birlikte gitmiştir. Bu durum, içtihat metod-

18. Başka bir misal için bak., s. 202, not: 117.

19. Muhtesibin görevleri için bak., s. 25.

20. *Liber expugnationis regionum*, neşr.: M. de Goeje, Leiden 1865, s. 448.

larına ve hattâ hukuk ilminin ana fikirlerine kadar uzanmıştır. Meselâ, Roma hukukunun *Opinio Prudentium* kavramı, eski hukuk ekollerince formül haline getirilerek oldukça düzenli bir şey olan "bilginlerin icma'ı" kavramı için bir örnek teşkil etmiş intibaını uyandırmaktadır ve "beş hüküm" (ahkâm-ı hamse; bak., s. 121) sınıflaması az sonraki bir tarihte olmasına rağmen, Stoa (Revâkiye) felsefesinden alınmıştır. Bu konuda aracı olanlar, kendileri (veya babaları) hür bir eğitimden, yani Araplar tarafından fethedilen Ortadoğunun *Münbit Hilâl* memleketlerinde normal olarak bulunan Helenistik hitâbete bağlı bir eğitimden geçen ve İslâmiyeti yeni kabul eden kültürlü Arap olmayan unsurlardır. Bu eğitim, daimî olarak bir ölçüde hukuk prensiplerine âşinâlığa yol açmıştır. Bu, aynı zamanda avukat olan hatipler için lüzumlu ve bütün tahsilli kişiler için faydalı görülüyordu. Bu tahsilli mühtedî müslümanlar, hukuk kavram ve kaideleri dahil olmak üzere âşinâ oldukları fikirleri kendileri ile birlikte yeni dinlerine getirmişlerdir. Gerçekten söz konusu kavram ve kaideler, yalnız hukukçular için değil, aynı zamanda eğitim görmüş herkes için bilinebilecek genel cinsten şeylerdi. Buna uygun olarak İslâm ve Roma hukuku arasında mevcut olan bu gibi benzerlikler, Justinien kanunlarında değil, klâsik Roma (ve son devir Bizans) hukukunda görülen doktrinleri ilgilendirmektedir. Bu, tek başına bir olay değildir. Talmud ve Rabbânîler hukuku da klâsik Roma hukuku kavram ve kaidelerini içine alır. Bunlar, ona halk arasında yaygın olan Helenistik hitâbet vasıtasıyla girmiştir. Anlaşıldığı kadarıyla, Irak'ta Talmud hukuku ile temas haline gelen Sasanî İran hukukunda da aynı durum göze çarpmaktadır. Keza Irak'ta İslâm hukuk ilmi, hicrî ikinci yüzyıl girdikten sonra ortaya çıkmaya başlamıştır ki bu çağda İslâm medeniyetinin kapısı, hukukî kavram ve kaidelerin kudretli nâkillerine tamamıyla açılmış bulunuyordu ve bu nâkiller, İslâmiyeti kabul etmiş tahsilli Arap
21 olmayan unsurlardı. Dinî hukuktaki ilk müslüman mütahassısların, şuurlu olarak bazı yabancı hukuk prensiplerini almış olabilecekleri konumuzun dışında kalmaktadır.

Böylece kökünü Roma ve Bizans hukukundan, Doğu Kiliseleri hukukundan, Talmud ve Rabbânîler hukuku ile Sasanîler hukukundan alan kavram ve kâideler, hicrî ikinci yüzyılın doktrinlerinde ortaya çıkmak üzere, İslâmın teşekkül halindeki dinî hukukuna kuluçka devrinde iken sızmıştır.

Aşağıdaki hususiyetlerin İslâm hukukuna bu şekilde girmiş olduğu makûl bir kesinlikle kabul edilebilir: "Çocuk, karı-kocalık dö-

şeğine aittir" (el-veledu li'l-firâş) kâidesi, Roma hukukundaki "Pater est quem nupitiae demonstrant" kâidesine uymakta ve İslâm hukukunda gerçek bir rol oynamamasına rağmen, çoğunlukla söz konusu edilmektedir. *Kur'ân*'ın tayin ettiği ceza kendisine tatbik edilemiyecek olan hırsızın çaldığı şeyin iki katını ödemekle sorumlu bulunması, İslâm hukukunda çabucak terkedilmiş eski bir görüştür. Eski Arap ve *Kur'ân*'ın teminat kavramının, bir borcu ödeme teminatı ile şekil değiştirmesi Romalıların "pignus" una benzer. İcâre akdinin hukukî yapısı, Romanın "locatio conductio" su modelini takip ederek, esas itibariyle şu üç farklı kira muamelesini içine alır: "kira" (l.c. rei'ye tekâbül eder), "asıl icâre" (l.c. operarum'a tekabül eder) ve "ju'l" (l.c. operis'e tekabül eder). Alım-satım hukukunda çok önemli olan "mekîl", "mevzûn" ve "ma'dûd" mefhumları, "quae pondere numero mensura constant"a uymaktadır. Doğu Kiliseleri hukukundan çıkarılmış olan zinânın evlenmeye engel teşkil etmesi prensibi, Sünnî hukukunda sadece bir takım izler bırakmış; fakat İsna–Aşeriyye Şi'îleri ile İbâzî (Haricî)'lerin hukukunda muhafaza edilmiştir.

Terimi Arapçada yabancı bir kelime olan "kıyas" metodu, "istıshâb" ve "istıslâh" gibi diğer hukukî içtihat metodları Yahudî hukukundan alınmıştır. Bazan bir kavramın, İslâm hukukuna doğrudan doğruya Helenistik hitâbet yoluyla mı yoksa Yahudî hukuku aracılığı ile mi girdiği kestirilememektedir. Yahudî hukuku tesiri, özellikle ibâdetle ilgili sahalarda dikkati çekmektedir.

"Adlî kâtiplik" görevi Sasanî hukukundan gelmiştir. Adlî kâtip, söz konusu devrin ikinci yarısında kadı ile birlikte ortaya çıkmıştır.
22 İslâmın ikinci yüzyılının birinci yarısında *sünnet*'in halife tarafından kanun halinde tedvin edilmesi için yapılan teklif de Sasanî hukukundan gelmektedir; fakat İslâm hukukunda tutunmamıştır.

6. Akitlerin hukukî yapısıyla ilgili olan İslâm hukukunun en bâriz teknik yönlerinden birisi muhtemelen eski Ortadoğu hukukundan alınmış ve Irak'taki ticârî tatbîkat aracılığı ile müslümanlara geçmiştir. İslâm hukukunda akdin esas şekli, teklif ve razı olma (icap ve kabul) dan ibârettir. Bu *icap* ve *kabul* terimleri, genel ve günlük anlamlarına göre değil, hukukî bakımdan bir akit tesis eden esasa ait şeklî unsurlar olarak alınmıştır. İcap, kabul edilmeden önce her zaman geri alınabilir; fakat bir kere kabul edilince akit teşekkül etmiş olur. Ancak bu hukukî yapı, terminoloji ile bağdaşmaz; çünkü icap bir şeyi vacip kılmak olup, etimolojik manası teklif etmek değil, gerektirmek, ilzâm etmek ve hak haline getirmek demektir. Bu da diğer

hukuk sistemleri dolayısıyla pek iyi bilinen akdin farklı ve tek taraflı yapısını yansıtır. Dolayısıyla öyle anlaşılıyor ki, tek taraflı akit yapısı, yerini iki taraflı yapıya bırakmıştır. Belki aynı devirde icâre akdinin (yukarıya bak., bend: 5) yeni hukukî yapısında da eski yapı hâkimdi. Akitlerin bu iki taraflı yapısı, eski hukuklarda hiç yoktur[21]. Ancak milattan önce yedinci yüzyıldan milattan önce birinci yüzyılda çivi yazısı edebiyatının son bulmasına kadar görülen yeni Babil evlenme ve icâr akitlerinin bir şekli bunun dışında kalır. Bu akit şeklinin Babil'de (Irak'da) yaşamış olması ve İslâm hukukundaki şer'î akit yapısının oradan gelmesi ihtimali, daha fazla araştırmayı gerektirmektedir.

21. Meselâ, Roma hukukunun, *icap* ve *kabul* sözlerini karşılayan tespit edilmiş teknik terimleri yoktur. İcap ve kabul terimlerinin, tarafların rızâsını (consensus) ifâde ettiği bir gerçektir; fakat Roma hukukunun rızaî akitleri, İslâmdaki akitler kavramından aslında farklıdır. *Kur'ân* (sûre IV. 29) "rızâ ile muamele" (an terâdın)'den söz eder; ancak bu, sûre II. 233'de görüldüğü gibi teknik bir terim olarak kullanılmamış ve böylece *rızâ* kavramı İslâmî akitler nazariyesine girmemiştir.

5

EMEVİLER İDARESİ VE İLK HUKUKÇULAR

23 1. Şimdi biz, İslâmın birinci yüzyılının ortalarına dönelim. Bu sırada *Medine halifeleri*'nin hâkimiyeti, yerini Emevîlerin hâkimiyetine (661–750 m.) terketmiştir. Emevîler, Arap tarihçilerinin ekseriya anlattıkları gibi, İslâm düşmanı değillerdi. Bu tarihçilerin eserleri, zamanla Emevîlerin yerine geçen Abbasîlerin muhasım tutumlarını yansıtmaktadır. Aksine, İslâmî ibâdet ve törenlerin bir takım esaslı hususiyetlerini geliştirmede rol oynayanlar, bu ibâdet ve törenlerin sadece ilk unsurlarıyla karşılaşan Emevîler ve onların vâlileri idi. Şüphesiz onlar, aslında din ve dinî hukukla değil, siyâsî idare ile meşgul idiler[22]. Bu durumda onlar, bedevilerin ferdiyetçiliğine ve Arap hayat tarzındaki anarşiye karşı teşkilatlanma, merkezîleşme ve gittikçe artan düzenli idâreye ait bürokratik eğilimi temsil etmektedirler. İslâmın dinî ideali ile Emevîler idaresi, hiçbir fark gözetilmeden bütün Arap kabîlelerinden toplanıp yetiştirilmiş olan ve fethedilen çok geniş ülkeler üzerinde seyrek bir şekilde yayılan Arap-İslâm cemiyetinin yeni bir iskeletini yaratmada işbirliği yapmıştır. Medîne halîfeliğinin geçirdiği çalkantılı bir devirden sonra bir çok sahalarda Emevî hükûmeti, Hz. Peygamber devrindeki müslüman cemaatinin özünde mevcut olan eğilimlerin ikmâl edildiğini gösterir. İslâm hukukunun ve bir İslâmî adâlet mekanizması ile İslâm Hukuk İlminin (fıkhın) ortaya çıkışında gözönüne alınması gereken zemin işte budur.

2. Emevî idâresi, en çok Bizanslılara ve diğer dış düşmanlara karşı savaş etme, vatandaşlardan vergi ve gelir toplama, muhtaç olan
24 Araplara maddî ya da aynî yardımda bulunma gibi şeyler üzerinde faaliyet göstermiştir. İşte bunlar, Arap saltanatının esas görevleri idi.

22. Onlar, *dinî siyâset* ve *kelâm* meseleleri ile ilgilendiler; çünkü bu meselelerin kendilerine sadakatle, yani devletin iç güvenliği ile bir ilişkisi vardı.

Bu sebeple biz, özellikle savaş ve maliye hukuku sahalarında Emevî nizamını veya idâre hukukunu görmekteyiz. Bir Emevî nizamına bağlı olan *vasiyet*'i terekenin üçte biri ile sınırlama işinin malî bir anlamı vardır; çünkü bu, soyundan bir akrabası bulunduğu bilinmeyen bir kimse ölürse terekesinin üçte ikisi hazîneye gidecek demektir[23]. Emevîler, *Kur'ân* tarafından tanzim edilmiş kısas işine müdahale etmemişler; fakat devletin iç güvenliğini tehdit eden Arapların kabîlevî kan davalarının tekrarlanmasına engel olmuşlar ve mali yardım mahiyetinde olan kan bedellerini ödeme işleri için bir muhasebe usûlü sağlamışlardır[24]. Öte yandan onlar, *Kur'ân*'da yer alan hükümlerle her zaman pek uyum halinde olmayan tamamıyla İslâmî cezaların tatbîkine nezaret etmişlerdir.

3. Emevîler veya daha çok onların valileri müslüman hâkimler veya kadılar tayin etme işinde önemli adımı atmışlardır. Kadılık görevi, Arap fütuhatının bir sonucu olan yeni şartlar altında Arap saltanatının medenî merkezlerinde teşekkül eden İslâm cemiyetinde ve bu cemiyet için ihdâs edilmiştir. Bu yeni cemiyet için artık İslâm öncesi ve İslâmın ilk devrindeki hakem usûlü yeterli değildi. Dolayısıyla Arapların hakeminin yerini İslâmda kadı almıştır. Bu durum, kadı Şureyh'in yarı menkıbevî şahsiyeti ile temsil edilmektedir. Geleneksel görüş, teferruatta bazı farklar bulunmakla birlikte, Şureyh'in uzun zaman Kûfe kadısı olduğunu ve inanılması güç bir yaşa ulaştıktan sonra öldüğünü iddia etmektedir. Fakat tarihî şahsiyetiyle Şureyh, Kûfe civarındaki Arap kabîleleri arasında tamamıyla eski tip bir hakemdi. Onun faaliyeti İslâmın yerleşme ve yayılması ile aynı zamana rastlayıp, menkıbevî şahsiyeti, eski adâlet tevzii şeklinden yenisine geçişi yansıtmaktadır. Tabiatıyla, kadı, hakemin yerine oturup, onun asasını eline almıştır; ancak hakemin aksine kadı, vali tarafından atanıyordu. Vali, görevlerinde bilinçli bir ayırım yapmaksızın, halife tarafından kendisine verilen yetki sınırları içerisinde kendi eyaletinde idârî, teşrîî ve adlî tam bir otoriteye sahipti. O, aslî yetkisini hukukî kâtibi olan kadıya havale edebilirdi. Ve gerçekte de böyle yapıyordu. Bununla birlikte vali, istediği herhangi bir davaya kendisi

23. Hanefî hukukuna göre, lehine vasiyet yapılan kişilerin hazîneye tercih edilmesi daha sonralara ait bir gelişmedir.

24. Kezâ, Emevîlerin, mağdurun en yakın akrabasının yemin teklifi üzerine katillikle ittiham edilen kimsenin öldürülmesine yol açabilen Arapların eski "kasâme" usûlünün şiddetini azaltmak için bir çaba harcadıkları anlaşılmaktadır. Bu hususta Hanefî görüşü için bak., s. 184. Öteki İslâm hukuk ekolleri, *kasâme* esasına göre kısas imkânını değişik derecelerde kabul ederler.

karar verme ve şüphesiz dilediği vakit kadısını azletme hakkını elinde tutuyordu. Valiler ve bunların tayin etmiş olduğu hâkimler için, Yuhanna ed-Dımaşkî, İslâmın kanunkoyucuları diye atıfta bulunmaktadır.

Kadının kazaî faaliyeti yalnız müslümanlara şâmil idi. Müslüman olmayan tebaa ise kendi hukukî müesseselerini muhafaza etmişlerdir. Bu arada, fethedilmeden önceki son bir kaç yüzyıl içersinde Bizans devletinin hukukî teşkilatını büyük ölçüde kopya eden kilise (ve Rabbânîler) mahkemeleri de aynı imtiyaza sahipti. Bizanslı hâkimler diğer sivil memurlarla birlikte, İslâm fethinin başlarında elden çıkmış olan eyâletleri boşaltmışlardır; fakat fonksiyonları kısmen adlî olan mahallî idâreye ait bir görev müslümanlar tarafından kabul edilmiştir ki bu görev, "çarşı ve pazar denetimcisi" (Arapçaşı: âmilu's-sûk, sâhibu's-sûk) ile ilgili memuriyettir. Bu denetimci, sınırlı medenî ve cezaî bir yargı selahiyetine sahipti. Daha sonra bu, Abbâsîlerin ilk yıllarında gelişerek İslâm hukukundaki "muhtesiblik" görevini doğurmuştur. Aynı şekilde müslümanlar Sasanî idâresinden "adlî kâtiplik" müessesesini de almışlardır ki adlî kâtip, kadının yardımcısı durumundaydı ve bu husus eski müelliflerce de pek iyi biliniyordu.

Emevî idâresinin memurları durumunda olan ilk İslâm kadılarının kararları ile İslâm hukukuna ait olan asıl müesseseler vazedilmiştir. Biz, ilk İslâm kadılarının adlarını biliyoruz; onların hayatları ve hükümleri hakkında dikkate değer bir çok bilgilere sahibiz; fakat bunların doğru olanları ile uydurma olanlarını birbirinden ayırdetmek güçtür. İslâmın birinci yüzyılına ait olabilecek hukukî görüşler pek azdır; fakat muhtemeldir ki, kadılara atfedilen ve sonraki ölçülere uymayan bazı kararlar, muhakkak ilk devirlere kadar gider. Bundan pek az bir zaman sonra sırf şahitlere dayanan beyyineyi kullanmaya karşı bir teminat olarak davacıya yemin ettirme temayülünün hicrî ikinci yüzyılın başlarındaki adlî tatbîkattan nasıl doğduğunu fiilen görebiliriz. İlk İslâm kadıları, kendi kanaatlarına veya "re'y" e göre hüküm vermişlerdir. Onlar bunu yaparken, idârî nizamları tabiî olarak içine alan geleneksel tatbîkata dayanmışlar, *Kur'ân* hükümlerinin lafız ve ruhuna sarılarak İslâm dinince kabul edilen diğer kâideleri uygun gördükleri miktar ve ölçüde benimsemişlerdir. Onların başvurdukları örfî tatbîkat, ya onların kazâ yetkileri altında bulunan cemaâte veya kendi memleketlerine aittir ve bu kendi memleketlerine ait olan örfî tatbîkat üzerinde de ihtilaflar doğması muhakkaktı. Ana konular, henüz *Kur'ân*'da ulaşılan merha-

26

lenin ötesinde büyük ölçüde İslâmlaştırılmadığı halde, bizzat kadılık görevi, Emevî devrinin kendine özgü İslâmî bir müessesesidir ve bu devirde esas idârî ehliyete verilen önemle İslâmlaştırma eğilimi birlikte yürümüştür. İslâm hukukunun sonraki gelişmesinden anlaşılacaktır ki, onun esaslarını koymada ilk kadıların oynadığı rol, sonunda hâkim olan hukuk nazariyesine ait doktrinde tanınma şansını elde edememiş ve bir ilk kazaî kararın muteberliği demek olan *kazaî emsal* kavramı gelişmemiştir.

Mevcut örfî hukuku islâmlaştırmanın daha tam bir ilerleme kaydetmesi için zemin hazırdı.

4. Kadıların işi zarurî olarak gittikçe ihtisaslaşmıştır. Biz, kesinlikle kabul edebiliriz ki, hicrî ikinci yüzyılın başlarından (yaklaşık olarak 715–720 m.) itibaren ekseriya mutahassıslar kadı tayin ediliyorlardı. Bu mutahassıslardan teknik bakımdan meslek sahibi olarak yetişmiş kimseler değil, boş zamanlarda ya ferdî olarak veya fikir arkadaşları ile münakaşalarında konuya yeteri kadar ilgi duyan kimseler kastediliyordu. Son Emevî devrinin entellektüel muhîtinde bu mutahassısların asıl önem verdikleri husus tabiî olarak örfî hukukun *Kur'ân* ve genellikle İslâmî kurallara uyup uymadığını bilmekti. Başka bir deyişle, aralarından giderek artan bir sayıda kadıların yetiştiği bu mutahassıslar, bir takım dindar kimseler arasında bulunuyorlardı. Bunların dine karşı duydukları ilgi, kendilerini, ferdi içtihatla İslâmî bir hayat yolunu iyice işlemeye sevketmiştir. Bu zümrenin üyeleri (Recâ ve Ebû Kılâbe gibi), İslâmın birinci yüzyılının sonlarına doğru Emevî halifelerinin yakın dostları arasında yer alıyorlardı. Bu dindâr kişiler, hukuk sahası dahil, zamanın bütün faaliyet alan-
27 larını, yalnız idârî nizamları değil, aynı zamanda ahlâkla ilgili tatbîkatı da incelemişlerdir. Onlar, dinî ve özellikle ibâdet veya ahlâk açısından yaygın uygulamalara karşı yapılabilecek olan muhtemel itirazları gözönüne almışlar ve neticede onları tasdik, tadil veya reddetmişlerdir. Onlar, hukuk sahasını, İslâmî kâidelere tâbi kılarak, dinî ve ahlâkî fikirlerle doldurmuşlar ve onu her müslüman için mecburî olan ödevler manzumesinin içine sokmuşlardır. Bu işi yaparken onlar, *Kur'ân*'da Peygamberin Medîne'deki ilk müslüman cemaati için yapmağa çalıştığı şeyi daha çok, daha geniş bir ölçüde ve daha geniş bir teferruat içerisinde gerçekleştirmişlerdir. Sonuç itibarıyla son Emevî devrinin kamu ve idâre ile ilgili tatbîkatı, İslâmın dinî hukuku şekline girmiştir. Ortaya çıkan ideal nazariye, halâ tatbîkata çevirilmek zorundaydı. Bu görev, dindâr mutahasısların kudretleri

ötesinde olduğu için halifeler, valiler, kadılar veya ilgili kişilerin arzu ve gayretlerine bırakılmak mecburiyeti vardı. İslâm hukukunun içersinde doğduğu bu şartlar tatbîkatla yakından ilgili bir şekilde değil, buna karşılık dinî idealin bir izahı olarak onun ilerlemesine sebep olmuştur.

Bu durum mütevâzi bir şekilde başlamış ve hicrî birinci yüzyılın sonuna kadar devam etmiştir. Kûfeli İbrahim en-Neha'î (ölm. 95 veya 96 h./713–715 m.) gibi bir dinî hukuk uzmanı, sadece ibâdetle ilgili konular üzerinde, belki de doğrudan doğruya dinî önem taşıyan meseleler ve zekât, evlenme, boşanma ve benzeri bir takım vicdânî hususlar hakkında görüşler ileri sürmüş; fakat hukukun teknik yönleri üzerinde durmamıştır. Şüphesiz aynı şey İbrahim en-Neha'î'nin Medine'deki çağdaşları hakkında da söylenebilir (bak., s. 31).

Dindar hukuk mutahasassısları, halk ve hükümdarların yanındaki itibar ve otoritelerini, İslâm akîdesine göre bir hayat tarzı ile istikrarlı ilişkilerine borçludurlar. Ayrıca onlar, kendilerine baş vuran dindaşlarına doğru hareket şekli hakkında ihtiyatî tavsiyelerde bulunuyorlardı. Diğer bir deyişle onlar İslâmın ilk *müftîleri* idirler. Çoğu zaman onlar, hükûmetin icraat ve nizamlarını tenkit etmek için fırsat da buldular. Tıpkı halka ilgili nâhoş bir çok tatbîkatı belirtmek zorunda kaldıkları gibi. Fakat onlar, Emevi hükûmetine ve yerleşmiş olan İslâm devletine karşı siyâsî bir muhâlefet içerisinde değillerdi. Aksine, bütün Emevî devri, bu hânedanlığın sonunu haber veren iç savaşa kadar bir ölçüde eski güzel günlerin bir parçası olarak kabul edilmiştir. Bu devrin tatbîkatı idealleştirilmiş ve fiilî idârenin gerçeklerinin yerine konulmuştur.

6

ESKİ HUKUK EKOLLERİ, KARŞI HAREKETLER VE HADİSÇİLER

28 1. Dindar mutahassıs zümreler sayıca ve biribirleriyle irtibat bakımından önem kazanınca, hicrî ikinci yüzyılın ilk yarısında "eski hukuk ekolleri" şeklinde gelişmişlerdir. Bu tabir, ne herhangi bir belirli teşkilata, ne her ekol içerisinde sıkı bir fikir birliğine, ne herhangi bir şekle bağlı öğretiye, ne herhangi bir resmî statüye ve hattâ ne de Batılı anlamda bir hukuk yapısının teşekkülüne delâlet eder. Bu ekollerin üyelerini teşkil eden bilginler (ulemâ) ve hukukçular (fukahâ); özel ilgileri, bunun sonucu olarak halkın kendilerine gösterdiği saygı ve birbirlerine gösterdikleri ruhî yakınlık sayesinde büyük müslüman kitlesinden ayrılmış özel şahsiyetler olmakta devam etmişlerdir. Hakkında bilgi sahibi olduğumuz en önemli eski hukuk ekolleri, Irak'da Kûfe ve Basra, Hicaz'da Mekke ve Medîne ekolleri ile Suriye ekolüdür. Kûfe ve Medîne ekolleri hakkındaki bilgimiz, Basra ve Mekke ekolleri hakkındaki bilgimizden kıyas edilemiyecek kadar çok ayrıntılıdır; fakat ilk iki ekolün görünüşü tipik olarak kabul edilebilir. Mısır, kendi başına herhangi bir hukuk ekolü geliştirememiş; ancak öteki ekollerin, özellikle Medîne ekolünün etkisi altında kalmıştır. Esas itibarıyla bu ekoller arasındaki farklar; çeşitli merkezler arasındaki irtibat güçlükleri gibi coğrafî faktörlerle, toplumsal şartlardaki mahallî ayrılıklarla, örfî hukuk ve tatbîkatla şartlanmış; fakat prensip veya metodlar konusunda dikkate lâyık herhangi bir anlaşmazlığa dayanmamıştır.

Emevîlerin idârî nizamları ve kamu ile ilgili uygulamalarına karşı bütün eski hukuk ekollerinin genel tutumu, karşılaştıkları şeye şahsî tepkileri ne olursa olsun, esas bakımından aynı idi. Bu ekollerin
29 temelde müşterek olan tutumları bir yana bırakılırsa, İslâm hukuk ilminin bu ilk merhalesinde, daha sonraları ekoller arasında gittikçe ar-

tan farklılaşma yüzünden zayıflamış olan önemli bir müşterek doktrin sistemi vücut bulmuştur. Bu, İslâm hukuk ilminin başlangıçta yalnız bir yerde geliştirildiğini değil, fakat aynı zamanda bu yerin kamu ile ilgili ve idârî nitelikteki Emevî tatbîkatını İslâm hukuku kalıbına sokmak için ilk sistemleştirici ve nazariye koyucu gayretlerin sarfedildiği fikrî bir merkez olduğunu gösterir. Bütün deliller bu merkezin de Irak olduğunu ispatlar. Dinî hukukun ve İslâm hukuk ilminin gelişmesinde Irak'ın üstünlüğü, bütün hicrî ikinci yüzyıl boyunca devam etmiştir. Bir ekolün diğer ekol üzerindeki etkileri, hemen hemen daima Irak'tan Hicaz'a doğru olmuş ve aksi sâbit olmamıştır. Medîne ekolünün doktrin bakımından gelişmesi, ekseriya Kûfe ekolünün gerisinde kalmıştır. Öte yandan eski Kûfe ve Medîne ekollerine ait doktrinler, Irak ve Hicaz'da hâkim olan sosyal şartları yansıtmaktadır. Öyle görünüyor ki, Irak cemiyeti daha yeni, daha farklı, fakat yapısı itibarıyla Hicaz'ınkinden daha da katı idi.

2. Eski hukuk ekollerinin faaliyet bakımından önemli bir yönü, bu ekollerin ilk olarak ciddî bir şekilde *Kur'ân* hükümlerini ele almış olmaları idi. İslâmın birinci yüzyılındaki durumun aksine şeklî sonuçlar, esas dinî ve ahlâkî *Kur'ân* hükümlerinden bu zamanda çıkarılmış olup onlar, yalnız aile hukukuna, miras hukukuna ve şüphesiz ibâdet ve dinî merasimlere değil, aynı zamanda *Kur'ânî teşri*'de ayrıntılı olarak ele alınmayan hukukun öteki dallarına da uygulanmıştı. *Kur'ân* hükümlerinin ilk İslâm hukukuna nüfuzunun doruğuna ulaşması, İslâmın ikinci yüzyılı başlangıcında eski ekollerin doğuşuna rastlamaktadır.

3. Eski hukuk ekolleri, yalnız Emevî tatbîkatına ve önemli bir müspet dinî hukuk (furû') nizamına karşı genel tutumu değil, aynı zamanda hukuk nazariyesine ait olup tarihî ve sistematik bakımdan hepsi açık seçik olmayan esasları da paylaşırlar. Bu nazariyenin merkezî düşüncesi, muteber temsilcilerinin değişmez doktrinlerinin yansıttığı "ekolün yaşayan geleneği" ile ilgili idi. Bu düşünce, bütün hicrî ikinci yüzyıl boyunca eski ekollerde hukukî doktrinin gelişmesine hâkim olmuştur. Bu, kendisini, geçmişe dönük ve zamandaş olmak üzere iki şekilde arzeder. Geçmişle ilgili olarak, bu "sünnet" veya "tatbîkat" (amel) veya "iyice yerleşmiş teamül" (sünnet-i mâziye), yahut da "eski tatbîkat" (emr-i kadîm) şeklinde gözükür. Bu tatbîkat, kısmen mahallî cemaatin fiilî örfünü yansıttığı gibi, uyulması gereken teamül demek olan *kâidevî sünnet* anlamına gelen nazarî veya fikrî unsuru da içine alır. İslâmî fikirler hukukî konulara gir-

dikçe, gerçekte bir gelişme göstermekle beraber değişmez farzedilen bu ideal tatbîkat, her merkezin temsilcisi mahiyetindeki din bilginlerinin ittifakla kabul edilen görüşlerinde ve "her bölge halkının dinî hukuk konusunda önder mutahassıslar olarak tanıdığı, görüşlerini kabul ettiği ve kararlarına boyun eğdiği kimseler" in öğretilerinde mevcuttur.

Burada önem verilen, sadece büyük çoğunluğun görüşüdür; bilginlerin küçük bir azınlığına itibar edilmemiştir. Bilginlerin bu görüş birliği (icmâ'), her nesilde ortaya çıkmış bulunan doktrinin müşterek mahrecini ifâde etmek üzere her ekolün "yaşayan geleneği"nin zamandaş olan cihetini açıklar. Bu icmâ'ın nasıl işlediği, Basralı eski bir bilgin tarafından şöyle anlatılmıştır: "Her ne zaman bir ilim merkezinde bilginlerin çoğunluğunun aynı görüşü kabul ettiğini görürsem, buna icmâ' adını veririm; isterse selefleri buna muvâfakat etsin, isterse muhâlefet etsin; çünkü çoğunluk seleflerinin doktrinini bilmeksizin hiçbir şey üzerinde birleşemez ve ancak nesih dolayısıyla önceki doktrini bırakabilir (meselâ, *Kur'ân*'da onların seleflerine önem verilmemiştir) veya onlar, zikretmemiş olsalar bile, daha iyi bir delile vâkıf olabilirler." Neticede kâidevî tatbîkatı teşkil eden şey hakkındaki karar, her hukuk ekolü mümessillerinin en son nesline bırakılmıştır.

Bilginlerin icmâ'ı ile bütün müslümanların esaslar üzerindeki icmâ'ı arasında fark vardır. Tabîatıyla *bütün müslümanların icmâ*'ı tüm İslâm dünyasını içine alır; ancak bu, müphem ve geneldir. Halbuki bilginlerin icmâ'ı, coğrafî bakımdan söz konusu ekol merkezi ile sınırlanmış olup, muşahhas ve ayrıntılıdır; fakat aynı zamanda musamahalıdır, inhisarcı değildir ve haliyle öteki merkezlerdeki diğer görüşlerin varlığını da tanır. Bu iki icmâ' şekli de eski hukuk ekollerinde kesin delil sayılır. Oysa bilginlerin icmâ'ı pratik olarak çok daha büyük bir önemi hâizdir ve onların öğretilerinin gerçek esasını teşkil eder. Ancak tabiîdir ki bütün müslümanların icmâ'ının
31 hatasız olarak kabul edilmesi gerekir. Bilginlerin icmâ'ının da aynı şekilde kabul edilmesi aynı derecede açık değildir. Oldukça iyi bir şekilde yerleşmiş olan bu anlayışın bütün olarak dış kaynaklardan etkilendiği görülmektedir.

4. Esasen *bilginlerin icmâ*'ı anonim bir şeydir; yani o, muteber olan ekol temsilcilerinin ortak görüşüdür; ünlü bilginlerin şahsî doktrinleri değildir. Eski ekollerin yaşayan geleneği, tâ hicrî ikinci yüzyılın ikinci yarısına kadar bu esaslı anonim hususiyeti muhafaza ediyordu. Ne var ki, idealleştirilmiş tatbîkat demek olan *sünnet* kavra-

mının özünde bulunan devamlılık fikri, o zamana kadar çoğunluğun görüşlerine tabiî bir itimadın beslenmiş olması hususunda bir çeşit nazarî meşrûiyet arama ihtiyacıyla birlikte hicrî ikinci yüzyılın birinci yarısından itibaren, geriye dönük olan canlı geleneğe ve bunun geçmişteki bazı büyük şahsiyetlere isnad edilmesine yol açmıştır. Kûfeliler, ekollerinin doktrinini İbrahim en-Neha'î'ye isnad etmede başta geliyorlardı. Ancak bu ilk hukuk doktrininin tarihî bir şahsiyet olan İbrahim en-Neha'î'nin bir kaç sahih görüşü ile alâkası çok azdı. Bu doktrin, daha ziyâde Hammâd b. Ebî Süleyman (ölm. 120 h/738 m.) devrinde ortaya çıkmış olan hukuk öğretisine ait merhaleyi temsil eder. Bu Hammâd, Kûfeli ilk hukukçu olup, biz, ona nispet edilen doktrini tamamıyla doğru sayabiliriz. Irak'ta özel bir ilgi ile karşılanan edebî geleneğe göre bir bilgin veya yazarın kendi doktrin veya eserini, hocasının himâyesi altında meydana getirmesi âdet halinde idi. Medîneliler, aynı yolu izlemişler ve kendi öğretilerini hicrî birinci yüzyılın sonlarında veya ikinci yüzyılın başlarında ölmüş olan bir kısım eski otoritelere kadar götürmüşlerdir. Daha sonraki bir devirde yedi bilgin, Medîneliler arasında ekolün temsilcileri olarak seçkinleşmiştir. Bunlar, "Medîneli yedi hukukçu" adı verilen şu bilginlerdir:

Sa'îd b. el-Müseyyib,

Urve b. ez-Zübeyr,

Ebû Bekr b. Abdirrahman,

Ubeydullah b. Abdillah b. Utbe,

Hârice b. Zeyd b. Sâbit,

Hârice b. Zeyd b. Sâbit,

Süleyman b. Yesâr,

Kâsım b. Muhammed b. Ebî Bekr.

Bu eski otoritelere isnad edilen herhangi bir doktrinin doğruluğu pek düşünülemez. Hicaz'da hukuk doktrininin yayılmasının, tarihî bakımdan Irak'ta yayılması ile aynı zamanlara rastladığı doğrulanabilir ve bu, Medîne'de Zührî (ölm. 124 h./742 m.) ve bunun daha genç bir çağdaşı olan Rabî'a b. Ebî Abdirrahman ile, Mekke'de de Atâ' b. Ebî Rabâh ile başlamıştır.

32 İslâm dinî hukukunun nazarî bir esası için geriye doğru giden bu durum, eski ekollerde düşünülmüş olduğu gibi nisbeten daha sonra olan bu otoritelerde sona ermemiştir. Geçmişe dönük olarak Kûfe ekolü doktrininin İbrahim en-Neha'î'ye atfedildiği sırada ve belki de ondan biraz önceleri bu doktrin ve nihâyet onun esasını teşkil eden idealleştirilmiş mahallî tatbîkat, doğrudan doğruya İslâmın Kûfe'-

deki ilk günleriyle, yani Hz. Peygamberin sahabîsi olan İbn Mes'ûd'un yaşadığı zamanla ilgilidir. Bununla birlikte ilk önce bizzat İbn Mes'ûd'a atıfta bulunulmuş değildir; fakat genel olarak Kûfe'deki gerçek tatbîkat ve doktrinin kesintisiz ve doğru bir şekilde nakli için teminat olarak kabul edilen İbn Mes'ûd'un bir gurup özel arkadaşlarına atıfta bulunulmuştur. İkinci merhalede İbn Mes'ûd'un arkadaşlarına (öğrencilerine) yapılan genel atıf, bizzat İbn Mes'ûd'a resmî ve açık bir atıfta bulunulmasına sebebiyet vermiş ve Kûfe doktrininin önemli bir bölümü ona isnad edilmiştir. Bu doktrin bütünü, bir çok teferruatta İbrahim en-Neha'î adı altında devam eden Kûfe ekolünün genel öğretisinden ayrılmış olduğu halde, İbrahim en-Neha'î, doktrinin İbn Mes'ûd'dan asıl nâkili olarak gözükür ve çoğu görüşler İbrahim'e değil, daha ziyâde İbn Mes'ûd'a atfedilir. Gerçekte İbrahim en-Neha'î'nin İbn Mes'ûd ile şahsî bir teması olmamıştır; fakat İbn Mes'ûd'un arkadaşlarından esas itibariyla anonim bir zümrenin bazı mensupları, daha sonra İbrahim en-Neha'î'nin dayıları olarak kabul edilmişler ve onlar bu iki otorite arasında ailevî bir zincir halkası teşkil etmişlerdir. Böylece İbn Mes'ûd, Kûfe ekolü doktrinine kendi adını veren bir şahsiyet olmuştur. Mekkelilerin buna karşılık olarak ortaya attıkları isim de, Peygamberin diğer bir sahabîsi olan İbn Abbâs idi. Ona yapılan atıflar, bazan İbn Abbâs'ın arkadaşlarına da yapılıyordu. Sahabiler arasında Medîne'nin asıl otoritelerinden ikisi, Halîfe Ömer ile bunun oğlu Abdullah b. Ömer idi. Her eski hukuk ekolü, kendi doktrinini mahallî bir sahabînin adına bağlayarak, onun otoritesini öğretisinin temeli şeklinde ileri sürmüştür. Peygamberin sahabîlerine yapılan bu atıf, "taklîd" adını almıştır ki bu terim, daha sonraki İslâm hukuk nazariyesinde değişik bir anlam kazanacaktır.

5. Eski hukuk ekollerinin ileri sürdüğü doktrinin sağlam nazarî
33 esasını araştırmada atılacak mantıkî bir adım daha vardır. O da Iraklılar tarafından atılmıştır. Bu Iraklılar, İslâmın ikinci yüzyılının ilk başlarında "Peygamberin sünneti" teriminin siyâsî ve kelâmî anlamını, hukukî bir kavram şekline sokmuşlar ve onu, mahallî bir cemaatin idealleştirilmiş tatbikatı ve cemaate mensup bilginlerin doktrini demek olan "sünnet" ile bir tutmuşlardır. Bu terim, kesin bir hakîkat ifâde etmiş; fakat daha sonra hâkim olan "sünnet"in, yani Peygamberin söz ve hareketleriyle herhangi bir olay hakkında ihdâs veya tasvip etmiş olduğu sözkonusu tatbîkât şeklinde müspet bir bilginin varlığını henüz göstermemiştir. Esas itibarıyla Iralıkların bu "Peygamberin Sünneti" anlayışı, Suriyeliler tarafından benimsenmiş;

onların "yaşayan gelenek" fikri Peygamberle başlayıp ilk halifeler ve daha sonraki hükümdarlar tarafından ve bilginlerce benimsenerek, bütün müslümanların sürekli tatbikatı olmuştur. Öte yandan Medîneliler bu kavramı ancak nâdiren kullanmışlar; Iraklılar ise tatbikat anlamına "amel" terimini hemen hemen hiç kullanmamışlardır.

6. Çok geçmeden eski hukuk ekollerinde çoğunluk tarafından kabul edilen görüşlere karşı çeşitli hareketler ortaya çıkmıştır. Meselâ, İbn Mes'ûd'un adına izâfe edilen hukuk doktrini ile ilgili ana akımın bulunduğu Kûfe'de, çoğunluğun geleneksel doktrinine karşı ileri sürülen bazı görüşler, aynı derecede ve belki daha yüksek bir otoriteye sığınmak zorunda kalmış ve bu maksatla Kûfe'yi kendisine karargâh yapmış olan Halîfe Ali'nin adı kolayca ortaya çıkmıştır. Kûfe'de Hz. Ali'nin adıyla tanınan doktrinler, başlı başına herhangi bir zümrenin tutarlı öğretisini içine almaz. Genel bir ifâde ile diyebiliriz ki, bunlar Kûfe ekolünün yaşayan geleneğine, yani bu ekolün o çağdaki yaygın öğretisine karşı ortaya atılmış görüşleri temsil ederler. (Hz. Ali'den rivâyet edilen ve Irak'ta ortaya çıkan hadîslerde Şi'î hukuk doktrinleri lehine hiçbir temayül izi yoktur.) Hz. Ali'ye isnad edilen bir kısım görüşler, kaba ve basit kıyasları, başarısız sistemleştirme gayretlerini gösterir ve sistematik hukuk düşüncesi bakımından Kûfe'deki çağdaşlarından büyük çoğunluğun ilerisinde olan şahıs veya zümrelerin görüşlerini yansıtır. Yine Hz. Ali'ye atfedilen başarısız diğer bir kısım görüşler de, çok katı ve titiz bir eğilimi gösterdiği gibi, dinî ve ahlâkî düşünceleri gözönüne almada Kûfelilerin ortak doktrinlerin-
34 den daha da ileri gider. Hz. Ali'ye isnad edilen Iraklıların bu türlü başarısız görüşleri, hemen hemen muntazam bir şekilde Medîne'de ortaya atılan doktrinlere uymaktadır ki bunların çoğu, orada umumî görüşü temsil etmektedir. Medîne ekolünün nisbeten gecikmiş gelişmesine uygun olarak Kûfe'de başarısız kalan ve mevcut olan bir hukuk ekolü geleneğini yenecek güçte olmayan bir doktrinler manzumesi Medîne'de büyük ölçüde kabule mazhar olmuştur. Bundan başka, Kûfe'deki muhalefetin tam tersine, Medîne'de ortaya çıkan muhalefet hadisçilerin faaliyetini zaten yansıtmakta idi.

7. Hicretin ikinci yüzyılında İslâm hukuk tarihinde çok önemli bir hâdise teşkil eden hadisçilerin hareketi, eski hukuk ekollerine karşı dinî ve ahlâkî bakımlardan doğmuş olan bir muhalefet hareketinin tabiî bir sonucu ve devamı idi. Bir bakımdan hukuk ekolleri, son Emevîlerin kamu ile ilgili ve idârî tatbîkatına karşı İslâmî bir muhalefeti temsil etmişlerdir. Hadisçiler hareketi şeklinde gelişen muhalefet gu-

rubu da bu eğilimi kuvvetlendirmiştir. Hadisçilerin eski hukuk ekollerine karşı olan asıl tezleri şu idi: Peygamberden rivâyet edilen hadîsler, ekolün yaşayan geleneğinin yerini almıştır. Eski hukuk ekolleri için bir bütün halinde doktrinlerinin Hz. Peygamberin maksatlarını muhtemelen iyice bilen sahabîlerin öğretilerine dayandığı veya yaşayan geleneklerin *Peygamberin sünneti*'ni temsil ettiği iddiasında bulunmak kafî gelmiyordu. Hadisçiler, ayrıntılı beyanlar veya hadîsler ortaya korlar ve bunların, Peygamberin söz ve davranışlarının bizzat işitmeye ve görgüye dayanan rivâyetlerden ibâret olduğu ve güvenilir kişilerin kesintisiz isnadı ile şifahî olarak nakledildiği üzerinde dururlar. Ancak, dinî hukuk meseleleri ile ilgili olmaları bakımından bu hadîslerin hemen hiç birisi *sahîh* olarak mütalaa edilemez. Bunlar, bizzat hadisçiler tarafından şüphesiz bir takım yüce amaçlarla hicrî ikinci yüzyılın birinci yarısından itibaren ortaya atılmıştır.

Hadisçiler, Medîne'ye münhasır değillerdi; İslâm ülkesinin bütün büyük merkezlerinde mevcut idiler. Onlar, bu merkezlerde mahallî hukuk ekollerine karşı, fakat yine de onlarla temas halinde olan
35 guruplar teşkil ediyorlardı. Hadisçiler, bütün beşerî içtihat ve şahsî görüşlerden hoşlanmıyorlardı. Oysa bu içtihat ve şahsî görüşler eski ekollerin yaşayan geleneğinin ayrılmaz bir parçası olmuş ve gerçekten ilk günlerinden itibaren İslâm hukuk düşüncesinin esaslı bir unsuru haline gelmişti. Hadisçilerin muhakeme ölçüleri, eski ekollerinkilere nispetle daha geri idi; hattâ İmâm Şâfi'î'nin hicrî ikinci yüzyıl sonlarında bu konudaki şikâyeti sebebsiz değildi. Onların ortaya attıkları hadîsler, çoğu zaman sistem itibarıyla kolayca kabul edilir cinsten değildi. Onların genel eğilimleri, şiddet ve taassup yönünde idi; bununla birlikte bunların istisnâları da vardı. Onlar, zaman zaman bugün bizce meçhul olan bazı sebeplerle sırf hukukî neticelere ilgi duyuyorlardı; fakat esas itibarıyla hukukî konuları Peygamberin hadîslerinde açıklanmış olan dinî ve ahlâkî prensiplere bağlamaya çalışıyorlardı. Meselâ, Peygamberin, müzâyede sûretiyle fiyat arttırmayı ve fiyatların sun'î bir şekilde yükselmesi veya düşmesi gibi bir durum yaratan bazı muameleleri yasaklamış olması ile ilgili olarak Medîne'de hadîsçiler tarafından ortaya atılmış iki hadîs vardır. Hadisçilerin maksatları, tıpkı faiz almanın gayrı meşrû kılınması gibi, bu muameleleri de gayrı meşrû kılmaktı. Böylece yasağa karşı koyarak yapılan bu gibi akitler geçersiz sayılmıştır. Bununla birlikte bu özel hadisler, Medîneliler arasında rağbet görmemiştir. Bunlar Iraklılarla birlikte bu hadîsleri tefsir etmek suretiyle onların tesirlerini azaltmış-

lardır. Hadisçilerin eski hukuk ekollerinin doktrinini değiştirmek için göstermiş oldukları gayretler bu durumda başarısız olarak kalmıştır.

Başlangıçta eski hukuk ekolleri, ister Medîneliler isterse Iraklılar olsun, Peygamber devrine kadar vardığı ileri sürülen hadîslerin temsil ettiği tedirgin edici unsura karşı güçlü bir mukavemet göstermişlerdir[25]. Ekseriya Peygamber'den sonraki ilk nesilden itibaren yeni bir mesele ortaya çıkınca gerçekten Peygamber'e ait olan veya böyle olduğu iddia edilen hükümlere başvurmak pek tabiî bir şey olarak tartışmasız kabul ediliyordu. Fakat mesele bu değildi. Peygamber'den rivâyet edilen hadisler, güçlü bir muhalefeti yenmek zorunda idi. Hadislere karşı ve onlar uğruna yapılan tartışmalar, hicrî ikinci yüzyılın büyük bir kısmını içine almıştır. Aynı zamanda, açıktır ki, *Kur'ân*'dan sonra en yüksek merci olan Peygamber'in otoritesinin himâyesine sığınılınca, hadisçilerin şuurlu bir şekilde formüle ettikleri tezin başarıya ulaşması muhakkaktı. Eski ekoller de, büyümekte olan bu hadîs akımına karşı gerçek bir savunmada bulunamamışlardır.
36 Onların yapabildikleri en iyi şey, bu hadîslerin önemini tefsir yoluyla azaltmak ve kendi durum ve doktrinlerini Peygamber'e isnad edilen başka hadislerle ifâde etmekten ibâret olmuştur; fakat bu, hadisçilerin istedikleri hedefe ulaşmış olduklarını gösteriyordu. Eski hukuk ekolleri hadisçilerin prensiplerine görünüşte bağlandıkları halde, yine de kendi müspet hukuk doktrinlerini, onların istedikleri çapta zorunlu olarak değiştirmemişlerdir. Hadisçiler, bazan doktrinde bir değişiklik meydana getirmede başarılı olmuşlar ve bu vuku bulunca muhâlif azınlığın doktrini, ekole bağlı çoğunluğun doktrininden ayırdedilemez hale gelmiştir. Öyle ki belirli bir görüşün hadisçi çevrelerde mi, yoksa eski hukuk ekollerinde mi meydana gelmiş olduğunu tayin etmek her zaman mümkün değildir; fakat hadisçiler, ekseriya muvaffak olamamışlardır. Biz, Medîneli ve Iraklı azınlığın ortaya koyduğu bütün "başarısız" doktrin guruplarının Peygamberden nakledilen hadislerde ifâde edilmiş olduğunu görüyoruz. Söz götürmez bir gerçektir ki, hukuk doktrinleri ile hadîslerin karşılıklı bir şekilde birbirini etkilemesini birleştirici bir süreç şeklinde kabul etmek gerekir. Bu sürecin bazı yön ve safhaları, ancak tahlil amacıyla ayrılabilir. Bütün bunlar, birbirini tutmayan şeyleri eski hukuk ekollerinin öğretileri içerisine sokmuş ve bu ekoller Peygamberin hadislerini ancak kendi yaşayan gelenekleri ile bağdaştığı sürece muteber olarak kabul etmişlerdir. Bundan sonraki adım, hicrî ikinci yüzyılın sonunda Şâfi'î tarafından atılmıştır.

25. Hadisçilere karşı yapılan en büyük muhâlefet, Mu'tezile tarafından temsil edilmiştir. (Bak., s. 64, not: 36).

7

İLK SİSTEMATİK İÇTİHAT VE İKİNCİ YÜZYIL HUKUKÇULARI

37 1. İlk mutahassıslarla eski hukuk ekollerinin İslâmlaştırma ve İslâmî kâideleri hukuk sahasına sokma eğilimleri ile birlikte tamamlayıcı mahiyetteki içtihat ve sistemleştirme eğilimi de devam etmiştir. İçtihat işi, tâ başından beri İslâmın özünde mevcuttu. O, ilk mutahassıs ve kadıların şahsî görüş beyan etme ve ferdî hüküm verme tecrübeleri ile başlamıştır. Mutahassısların veya büyük devlet memurlarının (hâkimlerin) kendi görüşlerine dayanan kararlarını, ilk olarak kıyası kullanmak ve tutarlılığı temin etmek için uğraşmanın öncüsü şeklinde kabul etmek, boşuna bir tahmin olacaktır. Bu iki unsur, kaynaklar vâsıtasıyla hakkında bilgi sahibi olduğumuz en eski devirle sıkı sıkıya alâkalı bulunmaktadır. Ancak bütün bu ferdî içtihatlar, ister tamamıyla *re'y* ve şahsî bir görüş olsun, isterse tutarlı olma çabasından doğsun, yönü veya metodu bulunmaksızın, bilinemiyecek kadar erken bir zamanda başlamış ve gittikçe koyu bir disiplin olma yolunda devam etmiştir.

Ferdî içtihat, genel olarak "sihhatli, muteber görüş" şeklindeki özel anlamıyla *re'y* adını alır. O, sistematik bir bütünlük kazanmaya yönelince ve mevcut bir müessese veya hükmün paralelliğinden hareket edince *kıyas* (analogy) adını almıştır. Bu da tam bir benzerlik esasına dayanan içtihat demektir. Eğer o, hukukçunun şahsî tercih ve kanaatini, uygun olma fikrine bağlı olarak yansıtıyorsa *istihsân* veya *istihbâb* adını alır. Dolayısıyla istihsân terimi, halkın menfaati, kolaylık veya benzeri düşüncelerle katı kıyası bırakmak anlamına gelir. Ferdî muhâkemeyi kullanma işine genel olarak *ictihad* veya *ictihâdu'r-re'y* adı verilir. Bu işi yapma yetkisine sahip olan hukukçuya da *muctehid* denilir. Bu terimler, eski devirde büyük ölçüde eş anlamlıdır; hattâ Şafi'î'den sonra bile aynı şekilde kalmıştır. Re'y ve istihsân, doğrudan doğruya ilk mutahassısların istişârî ve ihtiyâtî mahiyetteki faaliyetlerinden çıkmıştır.

38 Hukukî istidlâlin en eski merhalesi, Iraklıların doktrinleri ile temsil edilir; ister bunlar re'y kabilinden olan kararlar olsun, isterse kıyasla elde edilen kaba ve basit sonuçlar olsun. Hanefî doktrininde devam etmiş olan bu türden eski bir istidlâl sonucu için zinâdan dolayı *hadd* cezasına uğramadan önce, suçludan bu durumla ilgili olarak *Kur'ân*'da emredilen (sûre XXIV. 4) dört şahide kıyasla ondan dört kere itirafta bulunmasını istemeyi örnek olarak verebiliriz. Aslında bu, sadece sistematik bir içtihadın sonucu olup, herhangi bir hadîse dayanmamıştır. Iraklıların muhalefeti, ihtiyatlı olma yönündeki eski temayülü kuvvetlendirmiş ve Hz. Ali'nin zinâ eden kimseden beş defa itirafta bulunmasını talep ettiğine dair bir hadîsin yaygınlaşmasına yol açmıştır. Fakat bu görüş, başarısız kalmıştır. Iraklıların asıl doktrinleri Hicaz'a kadar dal atmış ve bir kısım hadîslerle Peygamber'in himâyesi altına sokulmuştur. Ancak bu doktrin Medîne ekolünde hâkim olamamıştır. Kıyas yoluyla ulaşılmış olan bu sonuç, hırsızlıktan dolayı hadd cezasının, ancak bu konuda istenilen iki şahide kıyasla sanığın iki kere itirafta bulunmasından sonra tatbik edileceğine dair başka bir neticenin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Bu doktrin de, yine Hz. Ali'den rivâyet edilen bir hadiste izah edilmiş, Kûfe kadısı ve Ebû Hanîfe'nin çağdaşı olan İbn Ebî Leylâ dahil, bir çok Iraklılarca benimsenmiştir. Bununla birlikte Ebu Hanîfe, onu şu şekilde tartışma konusu yapmıştır. Eğer iki kere itiraf gerekseydi birinci itiraf zaten bir medeni borç yaratmış olacaktı, dolayısıyla ikinci itiraf yapılsa bile suçlu bir borca mahkûm edilmiş olduğundan hadd cezası ortaya çıkmayacaktı. Söz konusu meselede tek itirafın yeterli olduğunu kabul eden görüş Hanefî ekolünde hâkim olmuştur.

Hadd cezasının tatbik edilebilmesi için çalınan şeyin en az kıymeti, bazı Iraklılar tarafından beş parmağa kaba bir kıyasla, beş dirhem olarak tespit edilmiştir. Bununla birlikte Irak'ta genellikle kabul edilen doktrin, onu, keyfî bir şekilde on dirhem olarak tespit etmiş ve bu, Hanefî doktrini olarak aynen kalmıştır. Bu doktrinin asıl görüş olarak, kıyasa dayanan içtihadın ise netice itibarıyla başarısız bir incelik olarak kabul edilmesi gerekir. Çalınmış şeyin bu en az kıymeti, kaba bir kıyasla, evlenme akdinin esas unsurlarından birini teşkil eden *mehr*'in en az miktarını tespit için başlangıç noktasını temin etmiştir. Yine burada Iraklıların, "biz, önemsiz bir meblağ karşılığında cinsî münasebetin meşrû sayılmasını hayretle karşılıyoruz" şeklindeki asıl
39 hükümleri re'ye dayanmaktadır. Bunun içindir ki, İbrahim en-Neha'î mehrin kırk dirhemden az olmasını hoş görmemiş ve bir defasın-

da da on dirhemden az olmamasını söylemiştir. Bu re'ye dayanan hüküm, daha iyi bir yönde olmamakla birlikte sonuçları kaba bir kıyasla tadil edilmiştir. Bu kıyasa göre kadının vücûduna ait bir uzvun kocası tarafından kullanılmasının, hırsızlıktan doğan hadd cezası dolayısıyla bir uzvun yokedilmesini meşrû kılan çalınmış meblağdan daha az bir meblağ için meşrû kılınmaması gerekir. Buna göre en az mehir miktarı on dirhem olarak tespit edilmiştir. Bu içtihat da Hz. Ali'den rivâyet edilen bir hadîste ifâdesini bulmuştur. İbrahim en-Neha'î'ye atfedilen ifâdenin son kelimeleri, bu muahhar doktrini onun otoritesi altına sokmak gayesini gütmüştür. Hadd cezasını tatbik için çalınmış bir şeyin kıymetinin en az beş dirhem olmasını benimseyen bazı Iraklılar, en az mehir miktarının da aynı şekilde beş dirhem olmasını kabul etmişlerdir. Medîneliler, esas itibarıyla mehir için en az miktar diye bir şey tanımazlar; sadece Mâlikî ekolünce takip edilen İmâm Mâlik, Iraklıların kıyasa dayanan bu istidlâl prensibini almış ve haddin tatbik edilebilmesi için çalınmış bir şeyin en az kıymetiyle ilgili olan kendi ölçüsünden, ki bu 1/3 dinar = 3 dirhemdir, hareket ederek, en az mehri de bu miktar üzerinden tespit etmiştir. Aynı zamanda Iraklılar, bu kaba kıyası daha tatmin edici bulmamışlar, o sırada kendi doktrinleri lehine ortaya çıkan hadîslerin hükmüne tâbi olmuşlar ve bu on dirhem, Hanefî ekolünün doktrini olarak kalmıştır.

2. Bu ilk sistematik içtihadın sonuçları, ekseriya hukukî bilmeceler veya hukukî kâide ve vecîzeler şeklinde ifâde edilmiştir. Bazan bunlar, kâfiyeli veya secili oluyordu. Bu tipik kâidelerin bazıları şunlardır: "Çocuk, karı kocalık döşeğine aittir" (bak., s. 21); "baskı altında karı boşama ve köle azad etme yoktur" (lâ talâka ve lâ atâka fî iglâk); "menfaat sorumluluğa bağlıdır" (el-harâcu bi'd-damân); "rehin verildiği şeyin yerine kâim olur" (er-rahnu bimâ fîhi; bu kâide Iraklılara ait olup, Hanefîlerin bundan farklı olan görüşü için bak., s. 141). Bu doktrinin karşısında bulunan görüşün lehine olarak "rehin, rehin alanın (mürtehinin) malı olamaz" (er-rahnu lâ yaglak; Medînelilere göre) kâidesi yer almıştır. Bu kâideler, şüphesiz ekseriya öğretim gayesiyle kullanılıp, elverişli bir şekilde ifâde edilerek hukukî doktrinlerin sevilen bir anlatım tarzı olmuştur. Diğer bir kısmı ise aslında halk arasında yaygın atasözleri veya darbımeseller hüviyetine bürünmüş olabilir. Bunlar, menşe' ve devir itibarıyla aynı değildir; fakat bir çoğu hicretin ikinci yüzyılının birinci yarısında formüle edilmiştir. Bunlar, hukukî doktrinlerin henüz sistemli bir şekilde hadîslerle ifâde edilmemiş bulunduğu bir merhaleyi yansıt-
40 maktadır. Gerçi bunların çoğu, tedricî bir şekilde, hadis niteliğini

kazanmıştır. Bir kısım vecîze veya kuralların İslâmdan önceki devire gidebilme ihtimali, kesinlikle bir tarafa itilemez. Fakat bunun da o zamana kadar baba tarafından akrabanın (asabenin) mirasçı olabileceğini gösteren eski bir kâideyi yansıtan özel bir kuralda (el-velâ li'l-kubr = efendinin, yani mevlânın hakkının miras yoluyla erkek vârislerine intikali konusunda) olduğu gibi kesin bir şekilde ispat edilmesi gerekir.

İslâm hukukunda şahsî kanaat ve ferdî re'y unsuru, rivâyetlerin ve özellikle Peygamberin hadislerinin çoğalmasından önce idi; fakat hadisçilerin esas tezi başarıya ulaştığı için aslında tamamıyla re'ye dayanan hükümler ve bilginlerin ferdî içtihatlarının sonucu olan şeyler, Peygambere mal edilmiştir. Bunun anlamlı bir misalini, kuru hurmayı ağaç üzerindeki taze hurma ile değiştirmekten ibâret olan eski "müzâbene" akdine ait kurallarda görmekteyiz. Bu akit, *Kur'ân*'ın faiz (ribâ) yasağına aykırıdır ve dolayısıyla genellikle reddedilmiştir. Ancak, kendileri hurma ağaçlarına sahip olmayan fakir kimselerin, hurmaların olgunlaşmaya başladığı bir mevsimde taze hurma temin etmeye güçleri yetsin diye bazı bilginler, oldukça sınırlı miktarda kuru hurmanın ağaç üzerindeki tahminen aynı miktarda taze hurma ile değiştirilmesine müsaade etmişlerdir. Bu, esas itibarıyla, şahsî re'ye dayanan bir hüküm (istihsân) olup, mehrin en az miktarı üzerinde İbrahim en-Neha'î'nin beyân etmiş olduğu re'y de aynen bu nevidendir. Bu iki görüş de, yani yasakla bağdaşmayan ve muayyen miktar için tanınan istisnâ, Peygamber'den rivâyet edilen hadisler şekline sokulmuş ve bu istisnâyı geçerli kılmak amacıyla bununla ilgili muameleye kendisine has teknik bir terimle "bey'u'l-arâyâ" adı verilmiştir. Bu da, eski ekoller kadar hadisçilere de bu iki gurup hadîsleri uzlaştırma imkânını vermiş ve aslında re'ye dayanan unsur, doktrinden çıkarılıp atılmıştır.

3. İslâm hukukunun yazılı devri aşağı yukarı hicrî 150 (765 m.) yıllarında başlar ve bundan sonra hukukî düşüncenin teknik ilerlemesi ekolden ekole adım adım takip edilebilir. Irak'ta birbiri ardınca gelen merhaleler, Hammâd (ölm. 120 h./738 m.)'a dayandırılması gereken doktrin ile ve sırasıyla İbn Ebî Leylâ (ölm. 148 h./765 m.), Ebû Hanîfe (ölm. 150 h./767 m.), Ebû Yûsuf (ölm. 182./798 m.) ve Şeybânî (ölm. 189 h./805 m.)'nin doktrinleri ile temsil edilir. Su-
41 riyeli Evzâ'î (ölm. 157 h./774 m.), eski tip bir doktrini, Mâlik (ölm. 179 h./795 m.) ise çağındaki Medine ekolünün yaygın doktrinini temsil eder. Bütün İslâmî ikinci yüzyıl boyunca hukukî teknik düşün-

ce, kıyas ile elde edilen kaba ve basit sonuçlardan ibâret olup, başından beri çok hızlı bir gelişme kaydetmiştir. Önce bu hukukî düşünce, gittikçe mükemmel olmaya doğru temâyül göstermiştir. İkinci olarak daha büyük sayıda hadîsler ortaya çıktıkça ve bunlar muteber olarak kabul edilmeye başlandıkça hadîslere bağlılık giderek artmıştır. Üçüncü olarak da hukukî konuları İslâmlaştırma sürecinin bir yönünü temsil eden asıl dinî ve ahlâkî düşünceler, sistematik içtihatla içiçe girme yoluna gitmiş ve bu iki temayül, neticede tamamıyla birleşmiştir. Her üç temayül, İmâm Şâfi'î (ölm. 204 h/820 m.)'de en yüksek noktasına ulaşmıştır. Aşağıdaki misaller gelişmenin genel eğilimini anlatmayı amaçlamaktadır:

Dörtten fazla kadınla evlenmiş olan ve İslâmı kabul eden kimse ile ilgili en eski ve en çok tabiî gözüken bir çözüm yoluna göre bu kimse, evli kalmayı istediği kadınlardan dört tanesini seçebilir. Bu görüş, Evzâ'î tarafından benimsenmiş olup, Peygamberin bir hadisinde de ifâde edilmiştir. İmâm Mâlik aynı doktrini takip etmiş; fakat *Kur'ân*'da (sûre IV. 23) aynı zamanda iki kızkardeşin veya anne ile kızının bir nikâh altında birleştirilmesini yasaklayan hususların burada da uygulandığını ve kadınlar konusunda seçme işinin sınırlandığını belirtmiştir. Iraklı ilk hukukçular, bu konuda sistematik incelikler ileri sürmüşlerdir. Ebû Hanîfe, "eğer kişi bütün karılarıyla tek akitle evlenmişse ve hepsi de müslüman olmuşlarsa o kimse bütün karılarından ayrılmış olur" demiştir. Ebû Yûsuf, bu doktrinin lehinde sistematik bir akıl yürütmede bulunarak, "fakat o, ardarda ayrı akitlerle evlenmişse ilk dört karının nikâhı muteber olarak kalır" diye ilâve etmiş ve bu teferruatla ilgili olarak İbrahim en-Neha'î'ye de atıfta bulunmuştur. Birinci doktrin lehine ileri sürülen rivâyet henüz "şaz" idi ve dolayısıyla Ebû Yûsuf zamanında kabule şayan değildi. Bununla birlikte Şeybânî, halihazırda Peygamberin pek çok hadisini biliyor ve onları ihmâl edemiyordu; fakat o, Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'un doktrinini, hoşgörü ile karşılanan dinlere mensup kimseler için aynen muhafaza etmiştir ki sonuç çok çelişiktir. Şâfi'î, hadislerin tesiri altında tamamıyla en eski doktrine dönmüş ve sistematik güzel bir delil ileri sürmüştür.

42 Eski bir Arap örfüne göre savaşı kazananlar, ele geçirdikleri düşmanların kadınlarını, evli olup olmadıklarına pek bakmaksızın, odalık olarak alıyorlardı. Bu elverişli tatbîkat, İslâmda da devam etmiştir. Bu konuda Evzâ'î isâbetli olarak, "müslümanların tatbîkatı böyle idi ve *Kur'ân* da bu şekilde hükmetmektedir" (sûre IV. 24) demiştir.

Medîneliler, bu tatbîkatı açıkça kabul etmişler ve ancak esirliğin (İslâmın kabul ettiği esirlik anlamı içerisinde; bak., s. 127) evlilik bağını çözeceğini anlatan hukukî prensibi formüle ederek mantıkî bir sonuca ulaşmışlardır. Bununla birlikte Iraklılar böyle bir esirliğin evlilik bağını çözmeyeceğini düşünmüşler ve netice itibarıyla bu hususta bazı güvenceler getirmeye çalışmışlardır. Evzâ'î, kısmen Irak hukuk düşüncesinin etkisi altında kalmış ve bu konudaki tatbîkatı doğru bulduğu halde, esirlerin evliliklerinin köle olmalarından sonra da muteber olarak devam ettiğini kabul etmiştir; fakat netice itibarıyla onun bu görüşü bir tutarsızlık göstermiştir. Ebû Yûsuf, Evzâ'î'nin bu tutarsızlığını tenkit etmiştir. Şâfi'î'nin bu hususta ki görüşü, Ebû Yûsuf'un görüşünden bütünüyle daha sistemlidir. Evzâ'î, Ebû Yûsuf ve Şâfi'î, hadîslere karşı şeklî bağlılığın biribirini takip eden üç gelişme merhalesini temsil etmektedirler.

Kur'ân, sûre XXIV. 33'de şöyle buyurur: "*Mâlik olduğunuz kimselerden bedel vermek isteyenlerde bir hayır olduğunu bilirseniz, onların isteklerini kabul ediniz ve Allah'ın size verdiği maldan siz de onlara veriniz*". Bu âyeti işitenlerin söz konusu muameleye ait ayrıntıları bildiği düşünülmekte idi. Âyetin dikkatli bir tefsiri, onun, hicrî ikinci yüzyılda eski hukukçular tarafından daha sonra ele alınıp işlenen *mükâtebe** akdiyle aynı olmadığı fikrini uyandırmaktadır. Onların ilk teşebbüsleri indî şeylerdi. Meselâ, mükâteb kölenin şart olarak ileri sürülen meblağın yarısını öder ödemez veya onun bu meblağın dörtte üçünü ödeyince hür olacağı hükümleri böyledir. Buradaki ikinci hüküm Atâ'ya isnad edilmektedir ki bu, belki doğrudur. Yine Atâ'nın, *mükâtebe akdi* yapmağa lâyık olan köle ile efendisinin bir mükâtebe akdinde bulunmasını vacip addettiği yolundaki bilgi muhtemelen doğrudur; gerçi Atâ, bu görüş için kendisinin hadîs nevinden bir tanığa sahip olmadığını kabul etmiştir. Diğer bir deyişle bu *Kur'ân* âyetinin anlatmak istediği hususlar Atâ devrinde düşünülmeye başlanmıştır. Mükâteb kölenin kendi kıymetini tamamıyla ödediği zaman hür olacağını belirten görüşler, teknik bakımdan daha fazla işlenmiştir. Bu görüşün bir zamanlar Kûfe ekolünde yaygın bir doktrin olduğu anlaşılmaktadır. Veya mükateb, ödediği taksitlere göre
43 nisbî olarak hür olur ki, bu görüş de Irak'taki muhâlif gurupla ilgili gözükmektedir. Yahut da derhal hür olur ve onun tarafından öden-

* Bir kölenin belirli bir meblağ ödemek şartı ile âzad edilmesi için efendisi ile yaptığı akde "mükâtebe" ve böyle bir akitle serbest bırakılan köleye de "mükâteb" adı verilir. (Çev.)

mesi gereken taksitler adî borç teşkil eder. Sonuç itibarıyla sistematik bakımdan en tutarlı olan doktrin, şart koşulmuş bulunan meblağın bir kısmı ödenmediği sürece mükâtebin köle olarak kalması görüşü olup, bu Irak ve Medîne'de hâkimdi. Bu görüş, Peygamber'in bazı arkadaşlarına kadar götürülmüş ve hattâ sonunda bizzat Peygamber'e dayandırılmıştır; fakat bütün bunlar Medîne'de ekolün eski iki selâhiyetli şahsiyetine yapılmış olan sade bir atıftan daha sonradır. Hattâ mükâteb konusundaki nihâî doktrin hâkim olduktan sonra bile, taahhüdünü yerine getirmeyen mükâteb lehine bazı kolaylıklar gösterilmiştir; fakat bunlar, ileride tamamıyla ortadan kaldırılmamış ise de, daha sert sistemli bir tutarlılık uğruna azaltılmıştır.

4. Suriye'de Evzâ'î'nin görüşleri, genel olarak, İslâm fıkhınca kabul edilen en eski çözüm şekillerini temsil eder. Ebû Hanîfe'nin çağdaşı olan Evzâ'î'nin doktrininin eskilik niteliği, onun bize isimlerinden başka bir şey intikal etmeyen bir nesil önceki seleflerine ait öğretiyi muhafaza etmiş olabileceğini gösterir. Evzâ'î'nin adı altında devam eden doktrin formüle edilirken İslâm fıkhını İslâmlaştırma ve sistemleştirme eğilimleri gerçekte daha önce faaliyete başlamıştı; fakat bunlar, eski tatbîkat tarafından sunulan hammaddenin bütününe nüfûz etmiş olmaktan henüz uzaktı. Onun sistematik içtihadı apaçık olmasına rağmen, tamamıyla basittir; fakat kendisinin "Peygamberin sünneti" ile aynı saydığı "yaşayan gelenek"e bağlı olması buna gölge düşürmüştür. *Sünnet*'in bu anlamı ve diğer hususlar bakımından Evzâ'î'nin doktrini eski Iraklılarınkine çok yaklaşır.

İmâm Mâlik'in ölüm tarihi, hemen hemen Ebû Yûsuf ve Şeybânî'nin ölüm tarihlerinden sadece bir kaç yıl öncesine rastlar; fakat Mâlik'in teknik hukukî düşüncesi, Iraklı çağdaşlarınınkine göre çok daha az gelişmişti. Onun içtihadı bütün olarak Evzâ'î'ninki ile, özellikle her ikisinin de idealleştirilmiş tatbîkata, yaşayan geleneğe ve bilginlerin icmâına dayanmaları bakımından, karşılaştırılabilir. İmâm Mâlik'in amacı, Medîne ekolünce benimsenen doktrini ortaya atmaktı. Bu ise büyük çapta o ekol temsilcilerinin şahsî içtihadı üzerine kurulmuştu. İçtihadın şumullü olarak kullanılmasını yaşayan geleneğe bağlılıkla birleştirme bakımından İmâm Mâlik, Medînelilerin tipik bir temsilcisi olarak gözükmektedir. Meselelerin çoğunda
44 Mâlik'in kendi içtihadının maddî düşüncelerden, pratik ihtiyaçlardan ve İslâmlaştırma eğiliminden mülhem olduğunu görmekteyiz. Mâlik'in öğretilerini ihtivâ eden ve öğrencileri tarafından yazılıp dikkatle rivâyet edilmiş bir kaç nüshası bulunan *Muvatta'* adlı eseri, İs-

lâmın ikinci yüzyılının ikinci yarısında Medîne'deki fiilî tatbîkatı öğrenmemizi sağlamaktadır[26].

Irak'ta Hammâd devrinde Kûfelilerin umumî doktrinleri ile Hammâd'ın ferdî görüşlerini birbirinden ayırdetmek genellikle mümkün değildir; fakat Hammâd ile ondan bir nesil sonra gelen Kûfe kadısı İbn Ebî Leylâ arasında teknik hukukî problemler üzerine yapılan münakaşalardaki dikkate değer ilerleme açıkça görülmektedir. İbn Ebî Leylâ'nın teknik içtihâdı genellikle kaba ve kısa görüşlü bulunmasına rağmen, basit olmaktan uzaktır. Sistematik ahengi temin için çalışıp çabalama, genel temayüller ve prensiplere göre davranış, onun bütün doktrinini doldurmuştur. Katı bir şekilcilik, belki onun hukukî düşüncesinin en basit ve kendine özgü hususiyetini teşkil eder. İbn Ebî Leylâ'nın pratik ve akl-ı selîme dayanan muhâkemesi, ekseriya müşahhas ve özellikle İslâmî ahlâkî düşünceleri gözönüne alır. Onun çağdaş tatbîkata itibar etmesi işte bununla ilgilidir. Kendisinin bir kadı sıfatıyla bulunmuş olduğu faaliyetlerin bir çok izleri, doktrininde mevcuttur. Nihâyet onun muhafazakârlığı da aynı derecede önemlidir. Böylece İslâm hukuk ilminin gelişmesinde İbn Ebî Leylâ, çağdaşı olan Ebû Hanîfe'den önceki bir merhaleyi temsil eder.

İbn Ebî Leylâ'nın aksine, Ebû Hanîfe nazarî bakımdan sistemci bir şahsiyet olarak gözükmektedir ki o, teknik hukuk düşüncesinde dikkate değer bir ilerlemeyi başarmıştır. Ebû Hanîfe, kadı olmadığı için günlük tatbîkatı ilgilendiren düşüncelerle İbn Ebî Leylâ kadar kayıtlı değildi. Aynı zamanda ona adâletin icrası ile ilgili gerçekler daha zayıf bir şekilde rehberlik etmiştir. Ebû Hanîfe'nin doktrininde yer almış o kadar yeni ve açık seçik hukukî düşünce vardır ki bunların dikkate değer bir kısmı, öğrencileri tarafından eksik görülerek reddedilmiştir. Onun hukuk düşüncesi, yaşlı çağdaşlarınınkinden daha geniş bir şekilde yerleşmek ve tamamıyla tatbik edilmekle kalmamış, aynı zamanda teknik bakımdan daha çok gelişmiş, daha ince bir nitelik kazanmış ve daha mükemmelleşmiştir. Ekseriya biraz sert, dengesiz ve tatbîkata az önem vermiş bulunan yüksek derecede bir içtihât, Ebû Hanîfe'nin hukuk düşüncesinin bütün olarak tipik yönünü teşkil eder.

Ebû Yûsuf'un doktrini, genellikle, hocası olarak kabul ettiği Ebû Hanîfe'nin doktrinini esas alır. Ebû Yûsuf'un kendi hukuk
45 düşüncesinin en çok göze çarpan özelliği, onun hadislere Ebû Hanî-

26. Bir misal için bak., s. 79.

fe'den fazla bağlanmış olmasıdır; çünkü Ebû Yûsuf zamanında daha muteber hadîsler mevcuttu ve hadîslere gösterilen bağlılığa nispetle İslâmî ahlâkî düşüncelerin müşahhas türden olanları daha az önemli idi. İkinci olarak, Ebû Yûsuf'un doktrini, Ebû Hanîfe'nin bir dereceye kadar serbest olan muhâkemesine karşı tepkiyi temsil eder; bununla birlikte o, hocasından ayrılırken zaman zaman daha ileri görüşlü veya daha fazla gelişmiş olan doktrini terketmiştir. Sonuç itibarıyla Ebû Yûsuf'un doktrininin kayda değer yönü, kendi görüşlerini her zaman daha iyisiyle olmasa da sık sık değiştirmesidir. O devirdeki kaynakların bazan doğrudan doğruya ifâde ettiğine göre –ki diğer durumlarda da aynı şey mümkündür– Ebû Yûsuf'un kadı olarak edindiği tecrübeler, kendi görüşünü değiştirmesine sebep olmuştur. Ebû Yûsuf, Ebû Hanîfe'nin talebelerince kurulan ekol ile eski Irak ekolünün yer değiştirme sürecinin başlangıcını temsil eder.

Hem Ebû Hanîfe, hem de Ebû Yûsuf'un en büyük talebesi olan Şeybânî, hadîslere Ebû Yûsuf'tan da fazla bağlanır. Bu husus, yalnız doktrindeki değişikliklerde değil, aynı zamanda onun hadîslerden alınmış delillerle kendi sistematik içtihadını takviye etme alışkanlığında ve yaygın olan "biz buna tâbi oluyoruz" ifâdesinde kendisini göstermektedir ki bu ifâde ile Şeybânî, gerçekte hadîslere tâbi olmadığı zaman bile, hemen hemen daima hadîslere yaptığı atıfları tatmin edici bir sonuca ulaştırır. Şeybânî, şahsî re'yini eski hukuk ekollerinde yaygın olan ölçüde kullanmıştır; fakat onun bu kisve altında görünen içtihâtlarından çoğu, gerçekte sırf kıyas veya sistematik içtihâttan ibarettir. Bu ölçüde Şeybânî, esas olarak Şâfi'î'nin re'ye dayanan hükümleri reddetmesine ve sırf kıyas veya sistematik içtihat üzerinde ısrar etmesine zemin hazırlamıştır. Yüksek bir seviyede sistematik içtihât, Şeybânî'nin teknik hukuk düşüncesinin en tipik yönünü teşkil eder. Şeybânî, Kûfe doktrinini sisteme kavuşturan en büyük hukukçu idi. O, aynı zamanda velud bir yazardı. Onun Ebû Hanîfe ve Ebû Yûsuf'un mezhep geleneklerini şuurlu bir şekilde devam ettirdiği hacimli eserleri, eski Kûfe ekolünden doğmuş olan Hanefî ekolünün ortak noktası olmuştur.

5. Hadisçilerin esas tezini İslâm hukukunda hâkim bir duruma getirdiği halde, kendisini Medîne ekolünün bir üyesi sayan Şâfi'î'de hukukî içtihât en yüksek noktasına ulaşmıştır. Üslûp ve ilmî tertibindeki farkları gözönüne alsak bile, Şâfi'î'nin doktrininde, çoğu üstün
46 nitelikte olan apaçık hukukî içtihât, onun bütün çağdaşlarınınkinden daha bariz bir yer tutar. İmâm Şâfi'î eserlerini yazınca, hukuku İs-

lâmlaştırma, onu dinî ve ahlâkî fikirlerle aşılama süreci esas itibarıyla sona ermiş oldu. Bunun içindir ki biz, şuurlu hukuk düşüncesinde onun, dinî veya ahlâkî cinsten esas düşüncelerin etkisinde pek az kalmış olduğunu görüyoruz. Oysa bunlar, Evzâ'î, Ebû Hanîfe, İbn Ebî Leylâ ve İmâm Mâlik'in doktrinlerinde de önemli bir rol oynamıştı. Yine biz, dinî ahlâkî hususlar, aynı problemle ilgili olarak ortaya çıkınca, bunları birbirinden ayırmada Şâfi'î'yi seleflerinden daha tutarlı buluyoruz. Bu bakımdan Şâfi'î, "haram" ve "bâtıl" tasnifini aynı şey saymaya çalışan hadisçilerin metodunu tatbik etmemiştir. Öte yandan Şâfi'înin Peygamberin hadîslerine olan asıl bağlılığı, hukukî doktrini İslâmlaştırmanın farklı ve şeklî bir cihetini ihtivâ etmektedir. Bu konuda o, hadisçilere tâbi olmuştur. Şâfi'î, nazariyede hadislerden çıkarılan delil ile sistemli düşüncenin sonucunu kesin bir şekilde birbirinden ayırmıştır. Bununla birlikte, onun fiilî içtihâdında her iki husus iyice birbirine girmiştir. Şâfi'î, kendisini, aynı zamanda hem hadîse bağlı hem de sistemci bir şahsiyet olarak göstermektedir. Bizim de onun hukuk düşüncesinin bu yeni ve özel terkibi üzerinde durmamız gerekmektedir.

Esasında Şâfi'î, yalnız kıyasa dayanan ve sistematik bir şey olan içtihâdı (terimlerin dar anlamıyla *kıyas*, *ictihâd*, *akl* ve *ma'kûl* diye adlandırdığı istidlâl şekillerini) kabul etmiş, selefleri arasında gelenek halinde bulunan indî görüşleri ve re'ye dayanan hükümleri (*re'y* ve *istihsân*'ı, ki Şâfi'î bunları aynı anlamda kullanır) reddetmiştir. İşte bu, Şâfi'î'nin hukuk nazariyesini eski ekollerinkinden tamamıyla ayıran önemli yeniliklerden birisidir. Onun hukuk nazariyesi, seleflerininkinden daha çok mantıkî ve şekilce tutarlıdır. O, seleflerini, bir tutarsızlıklar yığını olarak gördüğü hususlar dolayısıyla daima kınar. Hadisçilerin esas tezine göre, Peygamberin hadîslerinin itibarını hiçbir şey çiğneyip geçemez. Şâfi'î, bu görüşü benimseyerek, bizzat eski hukuk ekolerindeki tabiî ve sürekli gelişmeye son vermiş ve zamanla işi ancak katılığa götürebilecek bir prensibi kabul etmiştir. Yine, sosyolojik bakımdan ifâde edersek, Şâfi'î'nin ileri sürmüş olduğu müspet çözüm yolları da, çoğu zaman Iraklı ve Medîneli çağdaşlarının savundukları çözüm yollarından daha az ilerleme kaydetmiştir. Onun sistematik hukuk düşüncesi haliyle geçmişe dönük bir görüş açısının baskısı altında kalmış, hemen hemen mütekâmil çözüm şekilleri ortaya koyamamıştır.

47

Şâfi'î'ye göre artık *sünnet*, ekol temsilcisi olan bilginler tarafından kabul edildiği gibi, idealleştirilmiş tatbîkat değildir. Sünnet, Peygam-

berin hadîslerinin muhteviyatı ile aynıdır. Hattâ böyle bir hadîs her nesilden sadece bir şahıs tarafından nakledilse bile.. Şâfi'î'ye göre eski hukuk ekollerinde olduğu gibi, bir kimsenin, sahabîlerin Peygamber'in maksatlarını iyice bildikleri ve dolayısıyla onlara aykırı görüşleri kabul etmiyecekleri sonucuna varmaması gerekir. Bu, Şâfi'î'nin eski ekollerde uygulanmış olan taklîd'i reddetmesine yol açmıştır. Peygamber'in sahabîlerinden başka birisi tarafından kabul edilen görüşler ve ortaya konulan tatbîkat ne olursa olsun, Şâfi'î nazarında şüphesiz ki muteber değildir. Peygamberin hadîslerinde vücud bulmuş olan bu yeni sünnet kavramı, eski ekollerin yaşayan geleneklerinin yerini almıştır. Peygamberin hadîsleri *Kur'ân*'a dayanılarak iptal de edilemez. Şâfi'î, *Kur'ân*'ın hadîslerle çatışmadığını ve hadîslerin de *Kur'ân*'ı açıkladığını kabul etmiştir. Dolayısıyla *Kur'ân*'ın hadîslerin ışığı altında yorumlanması lâzımdır ve bunun aksi düşünülemez. Eski ekollerden her birisinin yaşayan geleneğini açıklayan *bilginlerin icmâ*'ı da Şâfi'î'ye göre uygun değildir. Hattâ o, böyle bir icmâ'ın varlığını dahi inkâr etmiştir; çünkü kendisi daimâ bilginlerin değişik fikirleri kabul ettiklerini görmüş ve sadece esaslar üzerinde bütün müslümanların yapmış oldukları icmâ' fikrine tekrar dönmüştür. "Müslümanların iyi gördüğü her şey Allah katında iyidir; müslümanların kötü gördüğü her şey de Allah katında kötüdür" tezi, Şâfi'î'den kısa bir zaman önce formüle edilmiştir. Şâfi'î, bunu daha ileri götürmüş; fakat kendisinin formüle ettiği "*müslüman cemaati hata üzerinde birleşmez*" prensibi, ancak hicrî üçüncü yüzyılın ortasına doğru Peygamberin hadîsi şekline sokulmuştur. Şâfi'î'ye göre bilginlerin şahsî bilgilerinin şumûlü ne olursa olsun, bir bütün halinde müslüman cemaati bütün hadîsleri muhafaza etmiştir ve böylece hiçbir hadîs zayi olmamıştır. Müslümanların icmâ'ı da Şâfi'î'nin anlayışına göre Peygamberin sünneti ile çatışmaz. Bütün bunlar, şahsî görüş mahsülü olan serbest tatbikata yer bırakmamıştır. Beşerî içtihât, doğru isridlâlde bulunma ve hadîslerden sistematik sonuçlar
48 çıkarma keyfiyeti ile sınırlanmak zorunda kalmıştır. Şâfi'î, mücâdelesini yaptığı ana fikrinde o kadar ciddîdir ki, Peygamberin hadîsine bilmeyerek aykırı düşebilecek olan kendisine ait bir görüşü dahi terketmeye hazır olduğunu beyân eylemiştir.

Bunlar, kısaca, Şâfi'î'nin hukuk nazariyesinin prensipleridir. Bu, Şâfi'î'nin geliştirmek için belirli bir zamanını sarfettiği çetin bir yenilikti. Öyle ki, onun eserleri, kendi görüşlerindeki gelişmenin çok sayıda izlerini ve bazı çözümlenmemiş çelişkileri muhafaza etmektedir. Fakat bütün bunlarla birlikte Şâfi'î'nin hukuk nazariyesi, ger-

çekten âhenkli bir sisteme sahip olup eski ekollerin nazariyesinden çok üstündür. İslâm hukukunun nazarî esaslarını ele alan "fıkıh usûlü" nün kurucusu da Şâfi'î'dir. Bu ilim, güçlü bir zekânın başarısı ve aynı zamanda çok önceleri başlamış olan bir sürecin mantıkî sonucu idi. Hukuk nazariyesinin İslâmın ikinci yüzyılındaki gelişmesi, iki türlü anlayış arasındaki mücâdelenin hâkimiyeti altında idi. Bunlardan birisi, cemaâtin müşterek doktrini, ötekisi de Peygamberin hadîslerinin üstünlüğü meselesi idi. Eski hukuk ekollerinin doktrini zoraki bir uzlaşmayı temsil etmiştir. Şâfi'î ise, hadîsçilerin tezini desteklemiş ve sonraki ekoller de, ister istemez onun esas tezini kabul etmiştir.

Şimdi biz, Emevîler devrinin sonunda bırakmış olduğumuz İslâm hukukunun hâricî gelişmesini ele alalım.

8

İLK ABBASİLERDE İSLAM HUKUKU, YASAMA VE İDARE

49 1. Emevîler, hicrî 132 (750 m.) yılında Abbasîler tarafından yıkıldığı zaman bildiğimiz gibi İslâm hukuku da asıl hususiyetlerini elde etmiş ve müslüman Arap cemiyetinin yeni bir hukuk sistemine olan ihtiyacı karşılanmıştı. İlk Abbasîler, Emevîlerin sonlarına doğru gittikçe dikkati çeker hale gelmiş olan İslâmmaştırma eğilimini devam ettirmiş ve kuvvetlendirmiştir. Hânedanlık politikasının icaplarına göre, kendilerini ve yapmış oldukları ihtilali, yerini aldıkları hânedanlıktan ayırmak için Abbâsîler, mevcut farkları iyice büyütmüşler ve seleflerine şuurlu bir şekilde muhâlefette bulunarak, yeryüzünde Tanrı'nın hâkimiyetini yerleştirme plânlarını ilân etmişlerdir. Bu politikanın bir parçası olmak üzere onlar, İslâm açısından yalnız şer'î ölçü olarak dinî hukuku, dindar mutahassıslar tarafından öğretildiği gibi kabul etmişler ve onların fikrî nazariyelerini tatbîkata çevirmeye koyulmuşlardır. Abbâsîler, dinî hukukta mutahassıs olanları muntazam bir şekilde kendi saraylarına çekip, onları ihtisaslarına giren meselelerde istişâre mercii yapışlardır. Halife Hârûn er-Reşîd'in isteği üzerine umumî mâliye, vergi, ceza hukuku ve benzeri konularda Ebû Yûsuf tarafından yazılan uzun bir risâle bize kadar gelmiştir. Fakat nasıl ki Emevîler devrinde İslâmlaştırma temayülünün öncülerini teşkil eden dindar mutahassıslar hakîkatlerin ötesinde idiyseler, bu devirde de ilk Abbâsiler ve bunların dinî müşâvirleri, bütün cemiyeti kendileri ile birlikte sürükleyecek durumda değillerdi. Çünkü özellikle bizzat halîfe sıfatını taşıyanlar, dinî ideali tatbîkata çevirmek için gösterdikleri arzu bakımından her zaman pek samimî değillerdi. İlk Abbâsîlerin yaydığı yeryüzünde Tanrı'nın hâkimiyeti fikrinin, sadece kendi mutlak istibdâdlarını maskeleyen nâzik bir formül olduğu çok geçmeden ortaya çıkmıştır. Böylece onlar, naza-
50 riye ile tatbikat arasında sürekli bir birlik elde edememişler ve çok geç-

meden kendi halefleri, yalnız irâdeden değil, aynı zamanda çabaları devam ettirme gücünden de yoksun kalmışlardır.

2. İlk Abbâsîlerin başarılı bir şekilde yaptıkları şey, kadılık görevi ile kutsal hukuku teşkil eden "şerî'at" arasındaki sürekli irtibatı sağlamak oldu. Bu da, yine Emevîler devrinde hazırlanmıştı; fakat Abbâsîler devrinde kadının şerî'at'te ihtisas sahibi olması gerektiği değişmez bir kural haline geldi. Kadı, artık valinin adlî kâtibi değildi. O, ancak normal bir şekilde merkezî hükûmet tarafından tayin ediliyordu. Bir kere tayini yapılınca, artık görevinden azledilinceye kadar onun, hükûmetin müdâhalesine uğramaksızın sadece şerî'ati tatbik etmesi gerekiyordu. Lâkin bu bağımsızlık nazarî olarak kalmıştır. Zamanla artan istibdâdı ile dünyevî iktidar, gerçekten bağımsız herhangi bir kurumun mevcudiyetine müsamaha etmeye gittikçe çoğalan bir isteksizlik göstermiştir. Kadılar, yalnız merkezî hükûmetin keyfî arzusuna göre azledilmekle kalmıyorlar, aynı zamanda hükümlerinin infazı için siyâsî güçlere bağlanmak zorunda kalıyorlardı. Bu, bilhassa ceza hukukunun tatbîkinde önemli idi.

Emevîler devrinde, kadılar, valilerin adlî kâtipleri durumunda iken hem kendileri hem de valiler, idârî otoritelerin yetkilerine giren her çeşit cezâî adâleti icra ediyorlardı. Fakat Abbâsîlerin ilk devirlerinde kadılık görevi, umumî idareden ayrılıp madde ve usûl bakımından İslâm hukukuna bağlı bir şey haline gelince, İslâm hukukunun *beyyine* ile ilgili şeklî kâideleri, cezâî bir kovuşturmayı kadının üzerine almasını imkânsız bir hale getirmiş ve onun cezâî davaları ele almadaki güçsüzlüğü ortaya çıkmıştır. Netice itibarıyla siyâsî iktidar işe karışarak, cezâ hukukunun uygulanması ile ilgili hususların büyük bir kısmını polise (şurta'ya)[27] havâle etmiş ve bunlar normal olarak İslâm hukukunun pratik tatbîkat alanı dışında kalmıştır. Buna rağmen kadılık görevi, son şekli itibarıyla İslâm cemiyetince geliştirilmiş en güçlü müesseselerden biri olduğunu ispat etmiştir.

Kadıların merkezî hükûmetçe tayin edilmelerinde rol oynayan ilk Abbâsîlerin merkeziyetçi temayülleri de, başkadılık (kâdî'l-ku-
51 dâtlık) makamını ihdâsa yol açmıştır. Esasında bu makam, bir şeref unvanı olarak başkent kadısına verilmişti. Halîfeler, normal olarak adâletin yerine getirilmesi işini bu başkadı ile istişâre ederlerdi. Kadı Ebû Yûsuf, bu unvanı alan ilk bilgindi. Halîfe Hârûn er-Reşîd, bi-

27. Bu terim, esas itibarıyla bir general veya valinin muhafızı anlamında olup, muhtemelen Latince "cohort (em)" sözünden alınmıştır.

raz önce zikredildiği gibi, Ebû Yûsuf'un yalnız mâliye politikası ve benzeri konulara dair tavsiyelerini istemekle kalmaz, aynı zamanda imparatorlukta görev alan bütün kadıların tayini hususunda onunla istişarede bulunurdu. Başkadı, çok geçmeden halîfenin en önemli müşâvirlerinden birisi haline gelmiş ve halîfenin otoritesi altında diğer kadıların tayin ve azledilmesinde onun makamının büyük rolü olmuştur. İleri sürüldüğüne göre tarihî önemine rağmen İslâm hukuku nazariyecilerinin her zaman bir ölçüde ihmâl ettikleri başkadılık görevi, İran menşe'li olup, Zerdüştlüğün "mobedân-i mobed"inin İslâma uygun olarak yapılmış bir tercümesidir. Bunun ilk Abbâsîler tarafından İslâma sokulması, gerçekte bir takım güçlü İran unsurlarının Abbâsî devletine girmesiyle aynı zamana rastlamaktadır. Eski Arap yazarları da bu iki müessese arasındaki benzerliklere işâret etmişlerdir.

İlk Abbâsîlerin, belki de onlardan önceki son Emevîlerin, Sasanî hükümdarlarının idârî geleneklerinden aldıkları bir müessese de "şikâyetlerin tahkiki" (nazar fi'l-mezâlim) işi idi. Bu, hükümdara ait mutlak bir hak olup, ona göre ya halîfeler kendileri, ya onların temsilcisi bulunan vezîrler veya özel memurlar ve son devirlerde sultanlar; bir hakkı ispat veya inkâr, kadılara isnad edilen kanunsuz davranışlar, hükümlerin infazını sağlamadaki güçlükler, devlet memurları veya ferdler tarafından işlenen haksızlıklar (gasp için bak., s. 160) ve bunlara benzer şeylerle ilgili şikâyetleri dinliyorlardı. Çok geçmeden bu şikâyetleri dinlemek için "mezâlim mahkemeleri" teşkil edilmiştir. Nazarî olarak kadıların yargılama sahasına giren mülkiyetle ilgili daha önemli davaların da *mezâlim mahkemeleri*'ne götürülmesi cihetine gidilmiştir, Öyle ki, zamanla bu mahkemelerin yargı işleri, geniş çapta kadıların mahkemelerine ait yargı işleriyle uygun hale gelmiştir. Görünüşte kadıların yargılarındaki eksiklikleri tamamlamak için teşekkül eden bu mahkemelerin ortaya çıkışı, kadı tarafından adâletin tevzîinin bir çok bakımlardan erken bir devirde bozulmuş olduğunu göstermektedir.

Büyük ölçüde *mezâlim mahkemeleri*'nin *kadıların mahkemeleri*'nin
52 yerini aldığı sıralarda kadılar, "pazar kontrol memuru" (muhtesib)' nun süregelen yargılarına da uymak zorunda kalmışlardır. Bu muhtesiblik görevi (hisbe) ise, tâ Bizans devrinden beri, İslâmda sürüp gelmiştir. İlk Abbâsîler, pazar kontrol memurunun görevlerini muhafaza etmekle birlikte bu memuriyeti, *Kur'ân*'da bildirilen "*iyiliği emir ve kötülüğü nehyetme*"[28] şeklindeki içtimaî vecibeyi yerine getirme

28. Sûre III, 104, 110, 114; VII. 157; IX. 71, 112; XXII. 41; XXXI. 17.

esasına bağlayarak, sathî bir şekilde İslâmlaştırmışlardır. Onlar, bu memuru, müslüman cemaatinde İslâmî ahlâk ve davranışların yerine getirilmesi konusunda sorumlu tutmuşlar ve ona İslâmî bir terim olan *muhtesib* unvanını vermişlerdir (bunun görevi de *hisbe* adını almıştır). Muhtesibin seyr u sefer, inşaat ve sağlıkla ilgili işler, ticârî faaliyeti düzenleme ve bu konuda ortaya çıkan anlaşmazlıkları karara bağlama gibi eski yetkilerine ilâve olarak, suçluların adâlete teslimi ve içki içenlerle zinâ edenlere kırbaç (celde) vurma, hattâ suç üstü yakalanan hırsızların ellerini kesme şeklinde yargıya gerek olmayan cezaları yerine getirme gibi hususlar da artık onun görevleri arasına girmiştir. Fakat hükümdarların bu şer'î hükümleri yerine getirme hususundaki samimî arzuları, onların, muhtesibin izlediği yolun İslâm hukukunun katı isteklerine her zaman cevap vermediği gerçeğini genellikle ihmâl etmelerine sebep olmuştur. *Hisbe* müessesesinin bu çeşitli yönleri, ilk Abbâsîlerde kabul edilen ideal kutsal hukuk doktrininin benimsenişinin tabiat ve şumûlünü örnekleriyle anlatmaktadır. Bu müessese en az bir kısım İslâm memleketlerinde günümüze kadar devam etmiş ve böylece resmen tayin edilmiş bir muhtesib olsa da olmasa da her müslüman özel bir davacı veya *umumî muhbir* olarak hareket etme hakkına sahip olmuştur.

3. Emevîlerde adâletin yerine getirilmesi, bölge valilerine ve onların adlî kâtipleri olan kadılara bırakılmıştı. Merkezî hükûmetle bölge valilerinin idâre ve yasama faaliyetleri, esasen gelişmekte olan İslâm hukukunun yörüngesi dışında olup, ancak yavaş yavaş bu yörüngenin içerisine sokulmuştur. Bununla birlikte Abbâsîler devrinde, şerî'atın asıl hususiyetleri daha önce kesinlikle teşekkül edip, İslâm hukuku en azından nazarî bakımdan müslümanlar için yegâne meşrû hayat kuralı olarak kabul edilmek durumuna gelince ve bu hukuku uygulamakla mükellef olan kadılar doğrudan doğruya halîfenin otoritesi altında merkezî hükûmetçe tayin edilmeğe başlanınca,
53 bizzat halîfe de zorunlu olarak bu sisteme sokulmuştur. Bu durum ortaya çıkarken yasama hakkı halîfeye tanınmamıştır. Hükûmetin tatbîkatı esasına göre değil, ancak ona karşı muayyen bir muhalefet açısından formüle edilmiş olan ve sür'atle hadisçilerin etkisi altına giren bir dinî görevler sisteminde hükümdara bu hakkın tanınması zaten güç olacaktı. Bizzat Peygamberin sahabîleri olan Medîne halîfelerinden söz ederken bile Şâfi'î, (ki bu hadîsçilerin tezini desteklemiştir) şöyle söyleyebilmektedir: "Peygamberin hadîsi öğrenilir öğrenilmez kabul edilmelidir; isterse o, halîfenin bu hadîs'e uygun bir davranışıyla desteklenmemiş olsun. Eğer bir halîfe tarafından ya-

pılan bir işle Peygamberin hadîsi arasında daha sonra anlaşılan bir çatışma ortaya çıkarsa, o işin, Peygamberin hadîsi karşısında terkedilmesi gerekir." Kabul edilen bu çözüm şekli, halîfeye bir din bilgini ve hukukçu sıfatlarını vermek, tıpkı kadılar gibi onu da kutsal hukuka bağlamak ve aynı şekilde ona da şahsî re'y beyân etmek hakkını vermekti. Nitekim bu, hukuk ekollerince de doğru görülmüştür. Bütün bunların açık nazariyesi, ancak çok sonraları formüle edilmiştir; fakat esaslar, hicrî ikinci yüzyılın sonundan itibaren iki rivâyetle açıklanmıştır ki bu rivâyetler, geriye doğru götürülerek Emevî halîfesi Ömer b. Abdilaziz'in ağzından şöyle ifâde edilmiştir: "Hiç kimsenin *Kur'ân*'da beyân edilmiş olan hususlar üzerinde şahsî görüş serdetme hakkı yoktur. Halîfelerin şahsî görüşleri, hakkında *Kur'ân* âyeti ve Peygamberin sahih sünneti bulunmayan konularla ilgilidir. Yine hiç kimsenin Peygamber tarafından işlenen bir sünnet'te yer almış bulunan hususlar üzerinde şahsi re'y ileri sürme hakkı yoktur." Ve "Bizim Peygamberimizden sonra hiçbir Peygamber yoktur ve bizim Kitabımızdan sonra kutsal hiçbir kitap da yoktur. Peygamberimiz vâsıtasıyla Allah'ın mübah kıldığı veya yasakladığı şey, daimâ öylece kalır. Ben, karar veren birisi değilim; ancak tatbik eden bir kimseyim. Ben, yenilikçi birisi değilim; ancak öncekilere tâbi olan bir kimseyim."

Abbâsîlerde pek erken bir devirde şuurlu olarak kabul edilen bu doktrine göre halîfe, İslâm cemaatinin mutlak başkanı olduğu halde, yasama hakkına sahip değildi; sadece o, kutsal hukukun tanımış bulunduğu sınırlar içerisinde idârî nizamlar koyabiliyordu. Geçmiş devirlere kadar götürülmüş olan bu doktrin, Medîne ve özellikle Emevî halîfelerinin bilfiil yasamalarının büyük ölçüde doğrudan doğruya beğenilmek ve dolaylı olarak da zıd çözüm şekillerini tahrik etmek
54 suretiyle İslâm hukukunun yapısına girmiş olduğu gerçeğini etkili bir şekilde gizlemiştir. Bu söz konusu doktrininin kabul edilişi, gelecekte yasama ile idâre arasında açık bir ayrılık doğmasına yol bile açmamıştır. Son halîfeler ve diğer laik hükümdarlar, çoğu zaman yeni kurallar koymak için fırsat bulmuşlardır. Ancak, gerçekte bu bir yasama olduğu halde, hükümdarlar ona idârî tasarruf adını vermişler ve kendi nizamlarının sadece şerî'ati uygulama, tamamlama ve güçlendirmeye hizmette bulunduğu kuruntusunu muhafaza etmişler ve tamamıyla kendi siyâsî nüfuzlarının sınırları içinde kalmışlardır. Bu kuruntu, kutsal hukuka aykırı ve onun sınırlarını aşan hususlarda bile mümkün olduğu kadar çok muhafaza edilmiştir.

Hükümdarın, nazarî olarak kutsal hukuku tatbik etme ve tamamlamasını, amelî olarak da gerçekten bağımsız yasama ile emniyet işleri, vergi, ceza hukuku gibi ilk Abbasîler devrinde kadının kontrolüne girmeyen bütün hususları nizama koymasını sağlayan serbestçe kullanabileceği yetkisine, daha sonra "siyâset" adı verilmiştir. Bu *siyâset*, hükümdarın Emevîler devrinden beri muhafaza ettiği ve uygun gördüğü zaman tatbik etme gücüne sahip olduğu tam kazaî bir yetkiye sahip olmanın ifâdesidir. Yukarıdaki paragrafta izah edilen müphemlik sebebiyle *siyâset*'in varlığı, en katı İslâm hukuk nazariyesince bile benimsenmiştir. Siyâset'in sözlük anlamı, politika (idâre) demek olup, bu, hükümdar ve onun siyâsî temsilcileri tarafından tevzi edilen, kadıların tatbik ettiği İslâmın dinî hukuku olan ideal şerî'at sistemine uymayan bütün idârî adâleti içine alır. Siyâset'in tatbiki, tabiî olarak, çoğu zaman *nazar fî'l-mezâlim* ile bir noktada birleşmiş ve her iki terim de bir dereceye kadar aynı anlamda kullanılmıştır. Hükümdarın, şerî'atin (siyâsetu'ş-şer'iyye'nin) tayin etmiş olduğu sınırlar içersinde siyâset yetkisini kullanarak, kendilerine verebileceği emirlere kadılar da uymak zorunda kalmışlardır. Gerçekte, hukukî modernleşmenin, bizzat İslâm hukukuna geniş ölçüde müdahaleye sebep olduğu yeni devire kadar İslâm hükümdarları, genellikle kadıların yetkileri dışında kalan meseleler üzerindeki yasama ile yetiniyorlardı. Dünyevî hukukun bu türe giren en önemli misallerini, Mısır'da Memluk sultanlarının hâkim askerî sınıfa uyguladıkları *siyâset* ile Osmanlı sultanlarının *kanunnâme*'leri teşkil eder.

Bütün bunların bir sonucu olarak, birisi dinî olup şerî'at esaslarına göre kadılar tarafından tatbik edilen, ötekisi de dünyevî olup örf, eşitlik, hakkâniyet, bazan da keyfî davranış, idârî kanunlar ve modern çağlarda çıkarılan kanunnâmelere göre siyâsî güçler tarafından yürütülen ikili bir adâlet tevzii, amelî bakımdan bütün İslâm dünyasında hâkim olmuştur.

4. Bu, İslâm hukukunun, Abbâsîler devrinden çok önce ekilmiş bulunan tohumlardan nasıl gelişmiş olduğunu, hattâ denilebilir ki, nasıl gelişmek zorunda kaldığını göstermektedir[29]. Bununla birlikte

29. Bütün bunların, daha önce Emevî devri sonlarında mevcut olan şartların ne kadar tabiî bir neticesi olduğu hususu, müslüman İspanya (Endülüs)'da hukukun nazariye ve tatbikatının, niyet ve amaçları ne olursa olsun, Abbasî İmparatorluğundakinin aynı oluşu gerçeğinden açıkça anlaşılmaktadır. Bilindiği gibi, Emevî hânedânından birisi İspanya'ya kaçmış ve Abbasîlerin iktidarı ele geçirişinden altı yıl sonra (138 h./756 m.) burada bir emîrlik kurmuştur. Abbasilere ait yeniliklerin ancak pek azı derhal müslüman İspanya'ya sıçramamıştır. Meselâ, eski "âmilu's-sûk" yerine "muhtesib" ve "kâdî'l-cemâ'a" müessesesi karşılığında "kâdî'l-kudât" makâmı, yalnız sathî bir benzerlik ifâde eder.

Abbâsî devletinin ilk yıllarında, yasama ve kanunlaştırma (codification = tedvîn) fikrini ortaya atma yolunda başarısız bir gayret gösterilmiştir. Bu teklifi ileri süren yazar, devlet kâtibi Abdullah b. el-Mukaffa'dır. Bu zat, İslâmiyeti kabul eden bir İranlı olup, 139 h./756 m. yılında idam edilmiştir. Hayatının son bir kaç yılı içerisinde halîfe Mansûr'a yazdığı bir *risâle* veya *müzekkire*'de o, çeşitli büyük şehirler (hattâ bu şehirlerin çeşitli mahalleleri) ve ana hukuk ekolleri arasında mevcut olan hukuk ilmi ve adâletin tevziindeki geniş ayrılıklardan dolayı üzüntüsünü belirtmiştir. Ona göre bu ayrılıklar, ya değişik mahallî teamülleri devam ettirmiş, yahut da bazan yanlış veya fazla cür'etlilik teşkil eden içtihâttan ileri gelmiştir. Bunun içindir ki, Abdullah b. el-Mukaffa', halîfenin birliği sağlamak amacıyla değişik doktrinleri gözden geçirerek kendisinin doğru bulduğu hükümleri tedvin edip, bunu, kadıları bağlayıcı bir kanun haline getirmesini teklif etmiştir. Ona göre bu kanun, sonraki halîfeler tarafından zamanla tekrar gözden geçirilmelidir. İbn Mukaffa'ın teklifine göre, sadece halîfe kendi re'yiyle karar verme hakkına sahiptir. Sivil ve askerî idâre konusunda ve genellikle daha önce benzeri geçmemiş olan diğer bütün meseleler hakkında ancak halîfe bağlayıcı yasalar koyabilir; fakat kendisinin bunu yaparken daimâ *Kur'ân* ve *sünnet*'e bağlı kalması lâzımdır. Bununla birlikte İbn Mukaffa'ın gördüğü gerçek şu idi: Bu sünnet, yalnız Peygamber ve Medîne halîfelerinden intikal eden sahih rivâyetlere değil, aynı zamanda geniş ölçüde Emevî devletinin idârî nizamlarına da dayanıyordu. Dolayısıyla o, uygun gördüğü şekilde sünneti tespit ve tedvin etmede halîfenin serbest olduğu sonucuna varmıştır.

İbn Mukaffa', sözü geçen *risâle*'sini Abbâsî hükûmetinin İslâm hukukunu devletin yegâne hukuku yapmak için teşebbüse geçtiği
56 bir zamanda yazmıştır; fakat bu zamanda İslâm hukuku henüz teşekkül devrinde idi. Abbâsîleri iktidara getiren ihtilal propagandası, "Peygamberin amcazâdeleri"nin dinî bir saltanat kurmaları yolunda aşırı bir takım iddialarda kendisini göstermiştir. Abbâsîler amaçlarına ulaşınca, hemen kendilerine taraftar olan bir çok aşırı kimselerden ayrıldıkları halde, İbn Mukaffa'ın hukuk üzerinde (ve hattâ din üzerinde) devlet kontrolü bulunması yolundaki temennisi, Abbâsîler devrinin daha başlarında hâkim olan temâyüllere tamamıyla uygundu. Fakat bu, geçici bir aşamadan başka bir şey değildi ve Sünnî müslümanlar, devletle pek sıkı bir ilişki kurmuş olmayı reddetmişlerdir. Halîfenin ve daha sonraları vali, sultan ve benzerlerinin kadıları tayin ve azletme konusunda uygulanan mutlak salahiyetleri,

bizzat hukuku kontrol eksikliğinin yerine geçememiştir. Sonuç itibarıyla İslâm hukuku, gittikçe tatbikattan uzaklaşmış; fakat zamanla zihinler üzerinde kazanmış olduğu iktidar, müslümanların bedenleri üzerinde kaybettiği kontrolden daha çok olmuştur. İbn Mukaffa', *müzekkire*'sini halîfe Mansûr'a yazdıktan henüz kırk sene geçmeden, Ebû Yûsuf, Hârûn er-Reşîd'e hitâben bir *risâle* kaleme almıştır*. Bu iki belge arasında yapılacak bir karşılaştırma İslâm hukukunun hicrî ikinci yüzyıl esnasındaki gelişme hızını iyice gösterir.

* Yazarın kasdettiği *risâle*, "Kitâbu'l-Harâc" dır. (Çev.)

9

SONRAKİ HUKUK EKOLLERİ VE BUNLARIN KLASİK NAZARİYELERİ

57 1. İlk Abbâsîler devrinde de, ayrılıkları coğrafî sebeblere dayanan eski hukuk ekolleri, daha sonraki ekoller şekline bürünmüş ve bu ekoller de belli bir şahsa bağlılık esasına dayanmıştır. İslâm dünyasının merkezî kısımlarındaki her coğrafî bölgenin din mutahassısları, doktrinleri üzerinde bazı ortak noktalar geliştirmişler ve hicrî ikinci yüzyılın ortalarında bir çok kimseler kendi bağımsız görüşlerini ortaya koyacakları yerde, tanınmış bir otoritenin öğretisine ana hatlarıyla tâbi olmaya başlamışlar ve bu arada teferruata ait herhangi bir noktada kendilerine üstadlarından ayrılma hakkı tanımışlardır. İlk önce bu, eski hukuk ekolleri içerisinde zümre veya halkaların teşekkülüne yol açmıştır. Böylece Irak-Kûfe ekolü içerisinde "Ebû Hanîfe'ye tâbi olanlar" gurubu teşekkül etmiştir. Ebû Yûsuf ve Şeybânî de bunlar arasındaydı; fakat ayrıca Ebû Yûsuf'un kendisine tâbi olanlar da vardı. Aynı şekilde Medîne ekolü içersinde ve özellikle Mısır'ın da bağlı bulunduğu "Mâlik'e tâbi olanlar" gurubu meydana gelmiştir. Bunların muteber olarak kabul ettikleri eser de üstadlarının *el-Muvatta'* adlı kitabı idi. Ebû Hanîfe'ye bağlı olanlar nasıl Kûfelilerin yalnız bir kısmını teşkil ettilerse, bunlar da, esas itibarıyla Medînelilerin bir bölüğünü temsil ediyorlardı. Ancak Irak'ta Ebû Hanîfe'ye tâbi olanların, özellikle Şeybânî'nin ve Kuzey Afrika'da Mâlik'e tâbi olanların[30] kitap yazma faaliyetleri, bir kısmı ârızî olan diğer âmillerle birlikte eski Kûfe ekolünün Hanefî ekolüne dönüşmesini sağladığı gibi, eski Medine ekolünü de Mâliki ekolü haline getirmiştir. Eski Basra ve Mekke ekolleri de, kendilerine yakın olan bu ekol-
58 lerin içersinde kaynaşıp gitmiştir. Kûfelilerden ve belki de genel ola-

30. Mâlik'in ölümünden sonraki ilk on yıl içerisinde ortaya çıkan "el-Mudevvene", bunların doktrinlerini yansıtan en büyük mecmuadır.

rak Iraklılardan diğer bir gurup, Sufyân es-Sevrî (ölm. 161 h./778 m.) ekolünü teşkil etmiş olup bu ekol mensupları, varlıklarını bir kaç asır korumuşlardır. Eski Suriye ekolü de Evzâ'î ekolüne dönüşmüştür ki bu, biraz kısa ömürlü olmuştur. Eski hukuk ekollerinin, bir şehrin yaşayan geleneğini değil, üstad ve onun tilmizlerinin doktrinlerini devam ettiren böyle şahıslara bağlı ekoller haline gelmesi, hicrî üçüncü yüzyılın ortalarında (865 m.) tamamlanmıştır. Bu, bizzat eski ekoller içersinde başlamış olan bir oluşmanın mantıkî sonucu olup, Şâfi'î'nin faaliyeti ile iyice hız kazanmıştır.

Hicrî ikinci yüzyılın ikinci yarısında yaşayan Şâfi'î, Medîne ekolünün bir üyesi olarak işe başlamış ve hadîsçilerin esas tezlerini benimseyip, eski ekollere taraftar olanları, özellikle Medînelileri kuvvetli münazara kabiliyeti ile kendi tarafına kazanmak için uğraştıktan sonra bile kendisini, Medîne ekolü mensuplarından birisi gibi saymağa devam etmiştir. O, ileri sürdüğü bu yeni doktrinin, onların kendi önermelerinden doğduğunu ve dolayısıyla bu doktrini kabul etmek zorunda olduklarını göstermek için elinden gelen bütün çabayı harcamıştır; fakat Şâfi'î'nin tezini kabul etmek yine de Medîne ekolü veya o hususta eski herhangi bir ekol ile ilişkiyi kesmek demekti. Bu, salt hadisçilerin saflarına katılmak anlamına gelmiyordu; çünkü bizzat Şâfi'î'nin de farkına vardığı gibi, onların teknik bakımdan hukukla ilgilerinin daha az oluşu gerçeği tamamıyla bir yana, içtihât ölçüleri eski ekollerinkinden aşağı bir seviyede idi. Dolayısıyla Şâfi'î'nin tezini kabul eden bir hukuk uzmanı, şahsen Şâfi'î'nin bir takipçisi durumuna gelmiş ve böylece Şâfi'î, umumî bir nitelik taşıyan, fakat ilk ve son olarak kurucusu tarafından formüle edilen bir doktrine sahip ve sırf kişisel bir temele dayanan ilk hukuk ekolünün kurucusu olmuştur. Şâfi'î, maksadının bir ekol kurmak olmadığını, kendi görüşlerine kıymet verilmemesi gerektiğini ve dikkatsizlik yüzünden Peygamber'in güvenilir bir hadîsine aykırı olarak ileri sürdüğü görüşleri ile karşılaşınca onları değiştirmeğe hazır olduğunu açıkça anlatmıştır. Şâfi'î'nin bir süre doğrudan doğruya talebesi olan el-Muzenî (ölm. 264 h./878 m.), *el-Muhtasar* adlı eserini, "Şâfi'î'nin doktrininin ve arzu edecek olanların istifâdesi için onun görüşlerinin ifâde ettiği hususların bir özeti olarak" telif etmiş ve "buna rağmen ben onları uyarmak isterim ki, Şâfi'î, kendisini veya başka herhangi birisini taklîd etmekten herkesi menetmiş-
59 tir" demiştir. Eski ekollerin örfünde şeklen Peygamberin sahabîlerine başvurmak anlamına gelen "taklîd" terimi, artık bir üstadın öğretisine dayanmak anlamına gelmiştir. Şâfi'î ile başlamış olan dokt-

rin hareketi, "Şâfi'î ekolü" diye tanınmış ve derhal Hanefî ve Mâlikî ekollerinin yanında yerini almıştır[31].

2. Şâfi'î'nin, eski hukuk ekollerinin yerine hadisçilerin tezine dayanan yeni doktrini koyma gayreti başarısız olmuştur. fakat gerçekte İslâm şerî'atinin itiraz kabul etmez esaslarına ait araştırmanın mantıkî sonucu olan bu tezi, hukuk nazariyesinde hâkim kılmayı başarmıştır. Halbuki eski Kûfe ve Medîne ekollerini devam ettiren Hanefî ve Mâlikîler, Şâfi'î'nin ortaya çıktığı zaman kendi müspet hukuk doktrinlerinin mevcut durumunu büyük çapta değiştirmemişlerdir; fakat onlar, sonuç itibarıyla Şâfi'î ile birlikte hadisçilerden esinlenen bir hukuk nazariyesini kabul etmişlerdir. Hicrî üçüncü yüzyıl (m. IX. asır) içinde yerleşmiş olan bu klâsik İslâm hukuk nazariyesi veya *usûlu'l-fıkh*[32] doktrini bir çok yönlerden Şâfi'î'nin nazariyesinden daha fazla işlenmiş ve ondan esasa ait bir hususta ayrılmıştır. Şâfi'î, Peygamberin hadîslerine kayıtsız şartsız uyabilmek için, eski ekollerin yaşayan geleneklerini içine alan bilginlerin icmâ'ı prensibini reddetmiş ve icmâ' ile ilgili kendi görüşünü, genel olarak cemaatin ittifak halinde olduğu doktrinle sınırlamıştır. Klâsik nazariye, *müslümanların genel icmâ*'ı gibi hatadan masun olarak kabul edilen *bilginlerin icmâ*'ı kavramına dönüşmüştür. Fakat klâsik nazariye, bu sırada Peygamberin hadîslerinden dolayı Şâfi'î'nin kazanmış olduğu durumu gözönüne almak zorunda kalmış ve bilginlerin icmâ'ının ortaya koyduğu tasvibi, Şâfi'î'nin sünnet'le Peygamberden rivâyet edilen hadîslerin muhteviyatını bir tutması nispetinde genişletmiştir. Şâfi'î'nin, yaşayan gelenek prensibi ile ilgisini kesişinin asıl neticesi, böylece daha sonraki bir merhalede yine bizzat yaşayan geleneğin bir parçası olmuştur. Böyle bir tanınma için ödenmesi gereken pirim, gerçekte Hz. Peygamberin hadîslerinin hukukun bir esası şeklinde kabul edilme derecesinin ileride bilginlerin icmâ'ı ile tayin edileceği hususu idi. Bu da, her ekolün temsilcilerini, (yorum v.s. ile) onu kendileri için belirlemede serbest bırakmıştır. Böylece yaşayan gelenek
60 ve icmâ' yerine hukukta en yüksek itibarı Peygamberin hadislerine kazandırmak için Şâfi'î'nin yapmış olduğu teşebbüs, etki bakımından kısa ömürlü olmuştur. Gerçek odur ki, bizzat Şâfi'î ekolünün kendi kurucusunun hukuk nazariyesindeki bu değişikliği kabul etmek zorunda kalışı, icmâ' fikrinin İslâm hukuku üzerinde kazanmış olduğu hâkimiyeti gösterir. Bundan da fıkıh usûlü ilminin bir dalı

31. İslâm hukukundaki "ekol" teriminin Arapçası "mezheb" (ç. mezâhib) dir.

32. "Usûl" (kökler) teriminin karşıtı, pozitif hukuk anlamına gelen "furû" (dallar) dır.

olan genel hukuk nazariyesinin her ekolün müspet doktrini ile pek az ilişiği olduğu sonucu doğar.

Buraya kadar anlatılan gelişmenin bir sonucu olmak üzere klâsik nazariye, İslâm hukukunun dört prensip veya "kök" (asl, ç. usûl) üzerine dayanmış olduğunu kabul eder. Bunlar da: *Kur'ân*, sahih olarak kabul edilen hadislerden sayılan *sünnet*, Sünnî cemaat bilginlerinin *icmâ*'ı ve *kıyas* yoluyla içtihattır (bak., s. 114 vd.).

Bu nazariyenin esasları ve özellikle tam olarak gelişmiş bulunan bilginlerin icmâ'ı kavramı, Taberî (ölm. 310 h./923 m.)'nin eserinde de geçmektedir. Oysa Şâfi'î, *Kur'ân* ve *sünnet*'i iki prensip olarak adlandırdığı ve muteber olan icmâ' ile bunlara bağlı bulunan kıyası kabul ettiği halde, Taberî, şu üç usûlü tanımıştır: *Kur'ân*, Peygamberin hadislerinde ifâdesini bulan *sünnet* ve önca mutlak surette kesin olan *icmâ'*. Bunların yanında Taberî, kıyasa da yer vermiştir. (Ancak kendi görüşü ile ilgili olarak bu teknik terimden kaçınmış ve "aynîlik", "benzerlik" ve "aynı anlama gelmek" gibi dolambaçlı kelimeler kullanmıştır). Daha sonraki Hanbelîler (bak., s. 63) de kıyası muteber bir prensip olarak görmekle birlikte onu şeklen öteki prensipler seviyesine koymaktan kaçınmışlardır. Gerçi *istihsân* ve *istıslâh* (gelecek paragrafa bak.) da ihtilaflı prensipler sınıfına sokulmuştur. Nihâyet kıyasın klâsik *dört usûl* gurubuna sokulması, Şâfi'î'nin tasavvur ettiği sınırlar dahilinde, eski ve mazbut olmayan *re'y* (veya istihsân) ile dinî hukukta bütün beşerî istidlâl vâsıtalarını reddetme arasında bir uzlaşmanın sonucudur (aşağıdaki 4 ve 5 numaralı bendlere bak.).

3. Sonraki hukuk ekolleri bu klâsik nazariyenin esaslarını paylaştıkları halde, eski ekollerin muhtelif doktrinlerinin izleri, büyük veya küçük ölçüde, yeni ekollerin bazısında sürüp gitmiştir. Meselâ, şahsî görüşün (re'yin) eskiden serbestçe kullanılması hususu, kıyasın katı bir şekilde tatbik edilmesinin istenilmeyen sonuçlara yol açtığı
61 durumlarda, Hanefîlerce tasvip veya tercih (istihsân) adı altında meşru olarak tanınmaya devam etmiştir (bak., s. 204). Bu demek değildir ki, Hanefî ekolü mensupları, bin yıldan daha fazla bir zaman için kendi re'yleri ile hüküm verme esasını kullanma konusunda herhangi bir başka ekol mensuplarından daha çok serbestliğe sahip idiler; bu, tamamıyla ekolün resmî doktrininin bir çok meselelerde katı kıyasa değil, aynı zamanda ekolün ilk otoriteleri tarafından şahsî re'yin serbestçe tatbik edilmesi esasına dayandığını göstermektedir. İmâm Mâlik ve Mâlikî ekolünün diğer ilk otoritelerinin de bir çok

hallerde istihsânı kullanmış oldukları bilinmektedir. Bununla birlikte Mâlikî ekolü, "kamu yararlarını (maslahatı) gözönüne alma" (istıslâh) metodunu tercih etmiştir. Bu ise, bir bakıma Hanefîlerin içtihât metodundan tür itibarıyla değil, sadece isim yönünden ayrılmakta olup, esasen ona da aynı sıfatı vermek mümkündür. Kezâ, Şâfi'îlerle Hanbelîler de (aşağıdaki 4. bende bak.) istıslâhı kullanırlar. İcmâ'ın tam tarifi, daima birazcık ihtilaflı kalmıştır. Mâlikîler, bilginlerin genel icmâ'ı yanında Peygamber'in şehri ve onlara göre sünnet'in yurdu olan Medîne'nin eski bilginlerinin icmâ'ını (icma'u ehil'l- Medîne'yi) kabul ederler. Bu doktrin, mahallî ve coğrafî bölgeye bağlı olan eski icmâ' fikrini devam ettirir.

Ortaçağın sonlarında Fas (Magrip), Mâlikî ekolünün nisbeten ayrı bir gelişme kaydetmiş olduğu en faal bir merkezi haline gelince, öteki ekollerin ve hattâ diğer ülkelerdeki Mâlikî ekolünün katılmadığı bir çok hususiyetler orada dikkati çekmeğe başlamıştır. Bu hussusiyetlerin çoğu, kazaî tatbîkat (amel) başlığı altında toplanabilir. Bu *amel* kavramı, eski Medîne ekolü nazariyesinde meşhur olmuş ve Medînelilerin tatbîkatı (amelu ehli'l-Medîne), Mâlikî ekolünün hukuk nazariyesinde küçük bir rol oynamaya devam etmiştir. Böylece Fas'ta hicrî dokuzuncu (m. XV.) yüzyıldan itibaren kazaî tatbîkat, ekolün sert doktrinine karşı olmak üzere sistemde muteber bir yer almış ve özel eserlerde kaydedilmiştir. Fas'ta sonraki Mâlikî ekolü, diğer hukuk ekollerinden daha çok fiilen hâkim olan şartları gözönüne almış, bunu yaparken herhangi bir cihetten ideal hukuk doktrinini değiştirmemiş, fakat fiilî şartların katı nazariyenin tatbîkata çevrilmesine müsaade etmediğini ve mümkün olduğu kadar tatbîkatı kontrol altına almaya çalışmanın onu tamamıyla ihmâl etmekten daha iyi olduğunu kabul etmiş; böylece şerî'at etrafındaki bir çeşit koruyucu bölgeden
62 dışarı çıkmamıştır. Fas'ta mu'ahhar Mâlikî ekolü, "kazaî tatbikatın ileri sürülmüş en iyi re'yden üstün olduğu" prensibini desteklemiş ve katı Malikî doktrini tarafından reddedilmiş olan bir çok müesseseye müsaade etmiştir. Magribli Mâlikîlerin bu *amel*'i örfî hukuk değildir. O, örfî hukuk yerine geçebilecek başka bir doktrindir ve örfü şerî'atın yörüngesi içersine sokmak uygun görüldüğü sürece de geçerlidir. Bu Mâlikî *amel*'i, ayrı bir düzeyde, kendi öncüsü olan Medînelilerin *amel*'ini yansıtmaktadır.

Batı'da mu'ahhar Mâlikî doktrini, örf ve fiilî tatbîkata böyle sınırlı bir şekilde önem vermiş ise de, Mâlikî ekolü dahil, İslâm hukukunca örfün resmen hukuk kaynakları arasında ihmâl edilmesi bir

gerçek olarak sürüp gider. Gelenek (örf, âdet), tasarruf ve sözleşmelerde sınırlayıcı bir unsur (bak., s. 126, 144, 155) ve beyânları yorumlamada bir prensip olarak kabul edilir. Yine o, arasıra "istihsân" (bak., s. 152, 155, 157) veya "istıslâh"ın temeli olarak hizmet görür. Bundan başka gelenek ve örfî hukuk, İslâm hukuk sisteminin dışında kaldığı halde, bütün İslâm dünyasında ideal İslâm hukuk nazariyesi ile birlikte bulunmuştur. Tarihî bir vâkı'a olarak gelenek, geniş ölçüde İslâm hukukunun teşekkülüne yardımcı olmuştur; fakat klâsik İslâm hukuk nazariyesi, onun tarihî gelişmesi ile değil, sadece sistematik esası ile ilgilenmiştir. Bilginlerin icmâ'ı ise, geleneği (örfü) şuurlu bir şekilde tanıma işini reddetmiştir[33].

4. Şâfi'î tarafından işlenmiş olan hukukî doktrin, mutaassıp hadisçileri tatmin etmemiştir. Şüphesiz bu doktrin, Peygamberin hadîslerinden çıkarılmıştır; fakat bunda kıyas ve sistematik düşünceye dayanan oldukça gelişmiş bir metodun yardımı büyük olmuştur. Hadisçiler ise, kendi paylarına, hukukta hiçbir beşerî istidlâli benimsememişler ve mümkün olduğu kadar doktrinlerinin her noktasını Peygamber'in bir hadîsine dayandırmayı tercih etmişler; hattâ muarızlarının manâlı bir şekilde ifâde ettikleri üzere, zayıf bir hadîsi, kuvvetli bir kıyastan üstün tutmuşlardır. Buna rağmen *haber-i vâhid* mahiyetindeki hadîsler çoğalmaya devam etmiştir; fakat bunlar henüz münferit her meseleyi içine almaktan çok uzaktı. Hadisçiler de gerçekte içtihâda başvurmadan edemiyorlardı. Lâkin onların kullandığı içtihât, ihtiyâtî mahiyette olup, ahlâkî hususlarla ilgili idi
63 ve Şâfi'î tarafından teknik bir mükemmelliğe ulaştırılan, fakat hadisçilerin hoşlanmadığı sistematik hukuk düşüncesinden çok farklı idi[34]. Bu, hadisçi doktrinden mülhem olmuş en eski hukuk metinlerinde göze çarpar ki, bu metinler, ünlü hadisçi İbn Hanbel (ölm. 241 h./855 m.)'in öğretilerini ihtiva etmekte olup, İmâm Mâlik'in öğrencileri nasıl hocalarının öğretilerini yazmışlarsa, onun öğrencileri de bunları tedvin etmişlerdir. Bu metinler, Hanbelî ekolünün başlangıcına işâret ederler. Bilinmesi gerekir ki, bu ekol ,kendi ana hareketini Hanefî ve Mâlikî ekolleri kadar tam bir şekilde hiçbir zaman

33. Hukukun gelenek veya şartlara göre değişeceğini, yahut da onun geleneği gözönüne alacağını anlatan mücerret prensibe zaman zaman yapılan atıflara, önemleri bakımından müspet hukuk söz konusu olunca fazla değer verilmemelidir. Bunlar, ya metinde zikredilmiş olan düşünce şeklini anlatır veya mevcut gelenekleri *Kur'ân* ve *sünnet* v.b. ile tasdik etme anlamına gelir.

34. Bununla birlikte teknik hukuk meselelerine karşı gösterilen muayyen bir ilgi, Buhârî'nin seçmiş olduğu bölüm başlıklarında açıkça görülebilir. (Bak., s. 226).

özümsememiştir. Bir süre için İbn Hanbel ve taraftarları öteki ekol mensupları tarafından gerçek hukukçu olarak değil, sadece hadîs mutahassısları olarak kabul edilmişlerdir. Bununla birlikte Hanbelîler muteber olarak tanınan hukuk ekolleri arasına girmişlerdir. Onlar, hiçbir zaman sayıca büyük bir miktara ulaşmadıkları halde, kendi taraftarları arasında bütün İslâmî ilim dallarında birinci sınıf bilginlerin nispetinin şaşkınlık verecek sayılara ulaştığını ileri sürmüşlerdir. Hicrî üçüncü yüzyıl hadisçileri, hukuk nazariyesine pek alâka göstermiş gibi görünmemektedirler. Onlar, sadece hadislerin üstünlüğünü benimseyen genel fikre ilgi duymuşlardır; fakat çok sonra Hanbelî bilginleri, tam bir doktrin sistemini tekemmül ettirince hadîslere değil, icmâ'a dayanan klâsik hukuk nazariyesini kabul etmek zorunda kalmışlar ve kıyasa dayanan istidlâli benimsemişlerdir (yukarıya bak., s. 60). Bilginlerin icmâ'ının bütün fonksiyonunu reddetme ve aynı zamanda geliştirilmiş türden olan kıyasî istidlâlin lüzumunu ispatlama işi, müstakil büyük Hanbelî düşünürü İbn Teymiye (ölm. 728 h./1328 m.)'ye bırakılmıştır. Bu zata ileride tekrar döneceğiz (bak., s. 72).

5. Hadisçilerin hareketi Hanbelî ekolünün doğmasına yol açtığı sıralarda Dâvud b. Halef (ölm. 270 h./884 m.), Zâhirî hukuk ekolünü kurdu. Bu, varlığını, bir hukuk teorisi prensibine borçlu olan ve adını ondan alan yegâne hukuk ekolüdür. Zâhirîlerin prensipleri, yalnız *Kur'ân* ve Hz. Peygamberin hadîslerinin lafzî (zâhirî) manâsına dayanmak ve dine aykırı düştüğü gerekçesiyle hem Şâfi'î'den önce gelenek halinde olan şahsî re'yi, hem de Şâfi'î'nin kabul ettiği kıyasa bağlı sistematik içtihâdı reddetmekten ibârettir. Meselâ,
64 *Kur'ân* faizi yasaklamıştır. Bir çok hadisler de Hz. Peygamber'in altın, gümüş, buğday, arpa ve hurmanın satış veya mübadelesinde miktarca fazla almayı veya teslimde geciktirmeyi yasakladığını bildirmiştir. Diğer ekoller, bu yasağı kıyas yoluyla sözü edilen beş şeyin dışındaki-ister Hanefîlerin dediği gibi, tartı veya ölçü ile alınıp satılır cinsten olsun, isterse saklanabilir türden gıda maddeleri vb. olsun-diğer bütün nesnelere de teşmil etmişlerdir. Zâhirîler ise, buradaki yasak hükmünün hadîse geçen şeyler dışındaki mallara teşmil edilmesini reddetmişlerdir. Bu özel meselelerde Zâhirîler daha az titiz göründükleri halde, başka hususlarda öteki mezheplerden daha katıdırlar. Zâhirî ekolü, sonuçları gözönüne almadan, mücerret bir prensibe sarılıp kalmıştır. Esasen Zâhirîlerin reddettiği daha çok soyut düşünce değil, subjektif ve indî olarak kabul ettikleri hukukî istidlâle ait teknik metodlardı. Onlar da nass'lardan çıkarılmış olan

istidlâller ve sonuçlara baş vurmadan edememişlerdir; fakat kendilerinin çıkarmış oldukları sonuçları, bizzat *nass'ların delâleti* olarak göstermeye çalışmışlardır. Zâhirîlerin diğer bir kâidesi de, hukukî bakımdan muteber olan icmâ'ın sadece Peygamber'in sahabîlerince varılmış bulunan icmâ' olduğunu kabul etmeleridir. İşte Zâhirîlerin bu tezini daha sonra Hanbelî bilgini İbn Teymiye, hafifletilmiş şekliyle benimsemiştir[35]. Çoğunlukla İbn Hazm (ölm. 456 h./1065 m.)'in eserlerinden öğrendiğimiz Zâhirîlerin hukukî düşüncelerinin genel olarak Hanbelîlerle hadisçilerin doktrinlerine benzeyen bazı tarafları vardır. Fakat esas itibarıyla Zâhirîlerin hukukî düşünceleri İslâmın ilk yüzyılında Hâricîler arasında ve ikinci yüzyılında da Mu'tezilîlerin kelâmî hareketlerinde görülen lafızcı bir tutuma kadar dayandırılabilir[36].

İbn Tûmart (ölm. 534 h./1130 m.), Kuzey Afrika'da Muvahhidîlerin dinî siyâsî hareketlerinin kurucusu olup, dinî hukukun *Kur'ân, sünnet* ve *icmâ*'a dayanması gerektiğini kabul etmiştir. Yalnız o, sonuncu esası Peygamber'in sahabîlerinin icmâ'ı olarak sınırlamıştır. Fakat sünnet'i tespit ederken Medînelilerin tatbîkatını hadîslere tercih etmiştir. Öyle ki, Medînelilerin tatbîkatı kendisi için kesin bir
65 hüccet ve İmâm Mâlik'in *Muvatta*'ı onun itimâd ettiği muteber eserlerden birisini teşkil etmiştir. İbn Tûmart, kıyası da çok dar bir sınır içersinde kabul etmiştir. Aynı zamanda o, Mâlikî ekolünde ortaya çıkmış ve bilhassa Kuzey Afrika'da Murabıtlar devrinde (bak., s. 86) ele alınmış olan müspet hukuk (furû)' sistemi ve diğer hukuk ekollerinin sistemlerine karşı şiddetle muhâlefet etmiştir. Özellikle o, yerleşmiş ekollerin büyük üstadları olan müçtehitlerin (bak., s. 71) otoritesini reddetmiş ve bunlara karşı kendi şahsiyetini, "yanılmaz imâm" (imâm ma'sûm) olarak göstermiştir. Onların ihtilaflarının kabul edilemiyeceğini belirtmiş ve onların taklîd edilmesini cehâlet olarak kabul etmiştir. Zâhirîlerden mülhem bu hukuk nazariyesinin bir benzeri, en azından Muvahhidî hükümdarı Ebû Ya'kûb Yûsuf (558/1163-580/1184) devrinde Zâhirî usûlüne uygun olan bir adâlet tevzîinde ortaya çıkmış ve bizzat adı geçen hükümdar ta-

35. Onların da aynı şekilde taklîdi reddetmeleri konusunda bak., s. 72.

36. Mu'tezilîler, tamamıyla hadisçilere muhâlif idiler. Onlar, dinî doktrin ve sistemlerini yalnız *Kur'ân*'a dayandırmada ısrar etmişlerdir. Sistematik içtihâda birlikte lafzî yorum metodunu da kullanmışlar ve hadisçilere fazla itibar etmemişlerdir. Onlar, kendilerine göre bir hukuk sistemi ortaya koymadıkları halde, ekseriya hukuk nazariyeleri ile müspet hukuk meselelerini kendi görüş açılarından ele almakla yetinmişlerdir.

rafından yakından kontrol edilmiştir. Fakat bu hareket, kendisine özgü bir teknik hukuk literatürünü geliştirememiştir.

6. Bilhassa ilk devirlerde az veya çok sayıda bir kısım bilginlerden başka Ebû Sevr (ölm. 240 h./858 m.) ve Taberî (ölm. 310 h./923 m.) mezhepleri gibi şahsî hukuk ekolleri de vardı. Fakat, aşağı yukarı hicrî 700 veya milâdî 1300 yıllarında Sünnî müslümanlar arasında Hanefî, Mâlikî, Şâfi'î ve Hanbelî ekolleri olmak üzere dört hukuk ekolü hâkim olmuştur.

Hanefî ekolü, anayurdu olan Irak'ta ve Suriye'de iyice yerleşmiştir. Bu ekol, erken bir tarihte Afganistan ve Hint Yarımadasına[37] ve Türk Orta Asyasına yayılmıştır. Bu mezhep, Selçuklu Türk hükümdarları ile Osmanlı Türklerince tercih edilen bir mezhep haline gelmiş, bütün Osmanlı İmparatorluğunda tam anlamıyla resmen tanınmış ve Mısır gibi yerli halkının çoğunluğu başka mezhebe tâbi olan eski Osmanlı eyâletlerinde bile şer'î mahkemelerde muhafaza edilen bir statüye sahip olmuştur.

Mâlikî ekolü, ilk merkezi olan Medîne ve Mısır'dan batıya doğru yayılmış, özellikle bütün Kuzey Afrika ve İslâmın ulaşabildiği bütün Orta ve Batı Afrika'ya hâkim olmuştur. Kezâ, bu mezhep erken bir tarihte Ortaçağın müslüman İspanyasında (Endülüs'de), Evzâ'î mezhebinin yerini almak suretiyle üstünlük sağlamıştır. Arabistan'ın doğu sahil bölgelerindeki müslümanlar da, eğer Hanbelî
66 (Vahhâbî) veya İbâzî (Hâricîlerin halâ yaşayan bir kolu)[38] veya Şi'î fırkalarına mensup değil iseler, hep Mâlikîdirler.

Şâfi'î ekolü, İmâm Şafi'î'nin hayatının son yıllarını geçirmiş olduğu Mısır'da gelişmeye başlamıştır. Bu mezhep, Aşağı Mısır, Hicâz, Zeydî-Şi'î olmayan Güney Arabistan ve İslâmın ulaşabilmiş olduğu Doğu Afrika'da hâkim duruma gelmiştir. Irak'ta da hatırı sayılacak kadar Şâfi'î vardır. Ortaçağda Şi'î oniki-imamcılığın hâkim olmasından önce İrân'da da Şâfi'îlik iyi bir durumda idi. Orta Asyanın bazı bölgelerinde ve Hindistan'ın bir kısım sahil mıntıkalarında da Şâfi'îler vardır. Sonuç itibariyle Şâfi'î mezhebi hemen hemen bütün Endonezya, Malezya ve Güneydoğu Asyanın diğer kısımlarında benimsenmiştir.

Hanbelî ekolü, ilk önceleri yaşayan öteki Sünnî hukuk ekolleri gibi başarı gösterememiş ve herhangi bir geniş ülkede hâkimiyet ku-

37. Bu ülkede az sayıda Şi'îler de vardır.

38. Diğer İbazî zümreleri, Cezâyir (Mzab), Tunus (Cerba adası) ve Libya (Cebel-i Nefûsa)'da bulunurlar.

ramamıştır; fakat o da İslâm dünyasının bir çok kesimlerinde taraftar bulmuştur. Şi'îleşmeden önce İran'da da Hanbelîler vardı. Bu ekolün iki büyük merkezi, İbn Hanbel'in memleketi olan Bağdad ve bir süre sonra da Şam'dı. Hanbelî müceddidi İbn Teymiye (ölm. 728 h./1328 m.; bak., s. 72)'nin faaliyet sahası olan Şam da bu mezhebin tarihinde parlak bir devrin en önemli noktalarından birini teşkil eder. Bununla birlikte İbn Teymiye'nin öğretileri, bir bütün olarak, Hanbelî ekolünü yansıtmamaktadır.

Hicrî sekizinci/milâdî ondördüncü yüzyıldan itibaren Hanbelî ekolü gerilemeye başlamış ve sönmeye yüz tutmuştur. Ancak onikinci/onsekizinci yüzyılın Selefiyeci Vahhâbî hareketi ve bilhassa çağımızda Vahhâbîliğin yeniden canlanışı, Hanbelî mezhebine yeni bir hayatiyet kazandırmıştır. Bu dinî hareketin kurucusu Muhammed b. Abdilvahhâb (ölm. 1201 h./1787 m.), İbn Teymiye'nin eserlerinin etkisi altında kalmıştır. Sünnî müslümanlar tarafından Hanbelî mezhebi *hak mezhepler*'den birisi olarak kabul edildiği halde, ilk Vahhâbîlerin kendi müslüman dindaşlarına karşı müsamahasız tutumları, uzun zaman onların dine aykırı kimseler gibi şüpheyle karşılanmalarına sebep olmuştur. Vahhâbîler, sadece çağımızda siyâsî bir başarı elde ettikten sonradır ki, genel olarak Sünnî sayılmak imkânına kavuşmuşlardır. Suudî Arabistan'da Hanbelî ekolü resmî bir mezhep olarak tanınmıştır. Bu ülkenin doğuya düşen yarısını teşkil
67 eden Necid'de oturanlar, amel bakımından hep Hanbelîdirler. Hicâz'da, İran körfezindeki emirliklerde ve Hint Yarımadasında da değişik sayıda Hanbelî zümreleri vardır.

7. Sünnî hukuk ekolleri birbirleri ile olan ilişkilerinde, taassup hareketlerine rağmen, Ortaçağın sonunda özellikle halk ve idârecîler tarafından genel olarak karşılıklı müsamahaya dayanan bir yol takip etmiştir. Bu tutum, doktrinin coğrafî ayrılıklarını tabiî bir şey olarak kabul eden eski hukuk ekolleri zamanına kadar gidebilir. İslâm cemaatinde dinî bir müsamahanın işâreti olan "ihtilâf"la ilgili kâide, aşağı yukarı hicrî ikinci yüzyılda bir formül haline gelmiştir. Gerçi bu, çok sonraları Hz. Peygamber'e nispet edilmiştir. Bu karşılıklı birbirini tanıma, bir uyuşmazlık teşkil etmemiş ve gerçekte de coğrafî bölgelere göre kurulmuş olan her ekol içersinde şiddetli münakaşa ve doktrin birliği üzerinde yapılan ısrara uygun düşmüştür. Usûl meseleleri üzerinde ihtilâf etme fırsatı, Şâfi'î'nin yapmış bulunduğu sistematik yenilikten sonra doğmuştur. Bu özel durumda muhtelif ekoller bir uzlaşmaya ulaşmışlar ve genel bir deyimle İslâm

prensiplerini tamamlayıcı bir rol oynayan icmâ', bertaraf edilemeyen görüş ayrılıklarını zararsız hale getirmede başarılı olmuştur. Sonra dört ekol, eşit şekilde icmâ'ı benimsemişlerdir. Bu ekollerin hepsinin de *Kur'ân* ve *Peygamber*'in *sünneti*'nde belirtilen Allah'ın irâdesini ayrı ayrı hukukî kâideler şekline soktukları kabul edilmiştir. Onların değişik yorumları hep aynı şekilde muteber sayılmış ve içtihât metodları aynı ölçüde meşrû görülmüştür. Kısacası, bu ekoller aynı derecede sünnîdirler. Aynı durum, var oldukları sürece diğer ekoller hakkında da geçerlidir. Milâdî 1300 yıllarından önce sadece dört mezhep değil, sayıları yediye ulaşan mezhepler, kutsal hukukun aynı derecede muteber yorumları olarak kabul edilmiştir. Fakat, bir ekol varlığını kaybedince icmâ' tatbik sahasına giriyor ve bir zamanlar tamamıyla diğerleriyle aynı seviyede olan bu gibi ekollere katılmak artık câiz görülmüyordu. Bu, icmâ'ın tedrîcî olarak farkları azaltma yolundaki rolünü gösteren kesin bir misâldir. Bazı ekollerin başarısı ve bazılarının sönüp gidişi, kısmen bizzat icmâ'ın ağırlık kazanmasından ve kısmen de hükümdarların beğenip beğenmemesi, bilginleri çekmek ve bunların mezheplerini meşhur etmek için az çok el-
68 verişli coğrafî durum gibi dış şartlardan ileri gelmiştir. Hattâ tek tek ekollerde ve bunların birbirleriyle olan ilişkilerinde icmâ', bütünleyici bir prensip rolü oynamıştır. Her ekolün kabul edilmiş doktrini[39], kendisinden ayrılan görüşlerin ortadan kaldırılması ile, sadece gittikçe birliğe kavuşmakla ve zamanla en küçük teferruatta anlaşmakla kalmamış, aynı zamanda kendi mantıkî önermelerine göre bir işi *mübah* veya *câiz* saymak zorunda olan bir ekolün o işi *vâcib* veya *haram* sayan diğer ekollerden tamamıyla uzaklaşmamak için gerçekte onu *mendub* veya *mekruh* olarak sınıflandırmayı tercih ettiği de sık sık görülmüştür.

39. Şahsen bir müslüman, hiçbir merasime lüzum görmeksizin kendisi beğendiği ekole girebilir veya kendi mezhebini değiştirebilir. Hattâ o, kolaylık veya kendisine ait bir düşünce uğruna herhangi bir davranış veya muamele sebebiyle kendisinin her zaman tâbi olduğu ekolden ayrılıp, başka bir ekolün doktrinini kabul edebilir. Bu usûle, terimin sonradan kazandığı anlama göre *taklîd* adı verilir. Eğer o böyle yaparsa sonuna kadar her hususta seçmiş olduğu ekolün doktrinine tâbi olması ve bir ekolden fazlasının doktrinlerini birleştirmemesi gerekir (bir kaç ekolün doktrinlerini birleştirmeye de *telfîk* denilir). Modernistler, son kuralı, yani birden fazla ekole ait doktrinlerin birleştirilmemesi, görüşünü önemli bulmazlar.

10

MUTLAK İÇTİHAT KAPISININ KAPANMASI VE DOKTRİNİN GELİŞMESİ

69 1. Abbâsîler devrinin ilk yıllarında hükûmetin etkili yardımı ile İslâm hukuku nihayet tatbîkata hâkim noktaya ulaşmış; fakat bu başarı ona tanınmamıştır. Devlet idâresi ve dinî hukuk tekrar birbirinden ayrılmış ve şerî'atın gittikçe artan katılığı fiilî tatbîkatla birlikte yürümekten onu alıkoymuştur. Bu gelişme, birbirine paralel iki hususun tetkikini gerektirir: birisi, İslâm hukukunun kendi bünyesindeki son gelişmesi; diğeri de nazariye ile tatbîkat arasındaki ilişkiye ait gelişmedir.

2. İlk Abbasî devri, yalnız hukuk ekollerinin doğuşuna değil, aynı zamanda İslâm hukukunun teşekkül devrinin sonuna şâhit olmuştur. Ekollerin teşekkülü de bizzat bunun bir işâreti idi. Bütün hukuk sahaları İslâma uygun dinî ve ahlâkî ölçülerle dolmuş, İslâm hukuku teferruat yönünden iyice işlenmiş, bilginlerin icmâ'ının yanılmazlığı prensibi, doktrini daraltıcı ve katılaştırıcı bir gelişmeye yardımcı olmuştur. Biraz sonra da, *mutlak ictihâd*'ın imkânını reddeden doktrin, gerçekte yaygın olan durumu resmen tasdik etmiştir. İlk dinî hukuk uzmanlarına göre şer'î emirleri araştırma, onların şahsî re'yleri (ictihâdu'r-re'y) ni ve hukukun ne olması gerektiği üzerinde kendi hükümlerini kullanmaları ile aynı sayılmıştır. Onlar, *Kur'ân*'da ve İslâm cemaatinin mahallî tatbîkatında mevcut olan rehberliğe dayanmışlar ve bu şekilde kazanılan ölçüleri Arabistan ile yeni fethedilmiş memleketlerde hâkim olan örfî hukuka ve idârî tatbîkata uygulamışlardır. Kimin ehliyetli bir bilgin ve kimin kendi re'yine göre serbest hareket etme hakkına sahip olduğu hususundaki mese-
70 leler henüz ortaya çıkmamıştı. Kâfî derecede ilgisi olan herhangi bir kimse için dinî hukuk üzerinde bu şekilde içtihâda girişme kapısı açıktı. Bir kimsenin kendi görüşüne göre bu serbestçe hareket etme hürri-

yeti, bazı âmiller tesiri ile gittikçe sınırlandırılmıştır. Meselâ, önce mahallî ve daha sonra genel nitelikte olan icmâ'ın başarıya ulaşması, eski hukuk ekolleri içersinde bazı zümre ve halkaların teşekkül etmesi, serbest re'yin zamanla sistematik içtihâdın sert disiplinine tâbi olması ve nihâyet esas itibarıyla hususî re'yden fazla bir değer ifâde etmediği halde, Hz. Peygamber (ve sahabîler) den rivâyet edilerek muteber bir şekle sokulan pek çok hadîsin ortaya çıkması bu âmiller arasındadır. Böylece ferdî hüküm sahası gittikçe daraltılmıştır; fakat bununla birlikte İslâm hukukunun teşekkül devri sırasında, yani İslâmın ilk ikibuçuk yüzyılında (veya milâdî dokuzuncu yüzyılın ortalarına kadar), İslâm hukuk bilgin veya mutahassıslarının hukuk problemlerini kendi çözüm yollarına göre halletme hakkına sahip olduklarını inkâr etmek gibi herhangi bir mesele aslâ mevcut değildi. Câhil kimseleri işe karıştırmamak için konan müeyyide, tanınmış mutahassısların sadece hoş görmemelerinden ibâretti. İslâm hukukunun teşekkül devri nihâyete erdikten sonradır ki, içtihât ve kimin içtihât yapmaya ehliyetli olduğu meselesi ortaya çıkmıştır.

Zamanın bilginlerine, seleflerinin sahip oldukları içtihât hürriyetini tanımıyan bir tutumun ilk işâretleri, Şâfi'î'de dikkati çeker ve hicrî üçüncü (milâdî dokuzuncu) yüzyılın ortalarından itibâren "mutlak içtihât" yapma hakkına, daha sonraki nesillerin değil, ancak benzerleri gelmeyecek olan geçmişin büyük bilginlerinin sahip olacağı fikri yer tutmaya başlar. Bu devirde *ictihâd* terimi, serbestçe şahsî görüşün (re'yin) kullanılması şeklindeki eski anlamından ayrılmış, *kıyas* veya sistematik içtihât yoluyla *Kur'ân*, Peygamberin sünneti ve icmâ'dan doğru sonuçlar çıkarma (hüküm istinbat etme) şeklinde sınırlandırılmıştır. Bu değişiklikte Şâfi'î'nin yardımı büyük olmuş; fakat o, tek tek bilginlerin bu sonuçları çıkarmada kendi muhâkemelerini kullanmakla mükellef bulunduklarını tasdik konusunda tereddüt etmemiştir. Bununla birlikte hicrî dördüncü (milâdî dokuzuncu) yüzyılın başlarında, bütün ekollerin bilginleri, bütün ana me-
71 selelerin enine boyuna ele alınıp halledildiğini anladıkları anda istenilen noktaya ulaşılmış ve ondan sonra herhangi bir kimsenin hukukta *mutlak ictihâd* yapmak için gerekli vasıflara sahip olduğunun düşünülemiyeceği, gelecekteki bütün faaliyetlerin izah, tatbîkat ve daha çok doktrinin ilk vazedildiği şekil ile yorumlanması gerektiği tarzında bir icmâ', yavaş yavaş kendisini göstermiştir. Özel tabiri ile bu "içtihât kapısının kapanması", tamamıyla taklîde yol açmıştır. Bu taklîd terimi, esas itibarıyla Peygamber'in sahabîlerine bir çeşit atıfta bulunma olup, eski hukuk ekollerinde yaygındı. Daha sonra

ise taklîd, yerleşmiş bulunan ekol ve otoritelerin doktrinlerini sorgusuz sualsiz kabul etmek anlamına gelmektedir. İçtihât yapma yetkisi olan kimseye "müctehid" ve taklîdi uygulamak zorunda olan kimseye de "mukallid" denilir.

Nihaî şekliyle *taklîd* esasına göre doktrinin serbestçe *Kur'ân, sünnet* ve *icmâ*'dan bağımsız olarak çıkarılmaması, fakat tabiatıyla icmâ'ı benimseyen muteber ekollerden birisinin ileri sürdüğü biçimde aynen kabul edilmesi gerekmektedir. Yine her ekolün resmî doktrini, içtihât yapmak için son derecede ehliyetli olsalar bile eski üstadların eserlerinde değil, ancak ekolün yaygın görüşünün kendi öğretisini muteber bir şekilde yansıtan eserlerde bulunmaktadır. O devirde bu eserler, genel olarak Ortaçağın sonlarında yazılmış elkitaplarını teşkil ederler ve daha sonraki eserler de otoritelerini bunlardan alırlar. Muteber elkitapları, her ekolde ulaşılmış olan geçerli doktrinin en son merhalesini ihtiva eder; fakat bu eserler, kanunnameler mahiyetinde şeyler değildirler. Yani İslâm hukuku (fıkıh), bir kanunlar külliyatı değil, sadece hukuk ilminin yaşayan neticesidir.

İçtihât usûlünden taklîd sistemine geçiş, şüphesiz, ancak yavaş yavaş vuku bulmuş ve bunu, yukarıdan aşağıya doğru inen bir sıraya göre çeşitli içtihât dereceleri nazariyesi yansıtmıştır. Muteber elkitaplarını yazan müelliflerin kendilerinin, genellikle en aşağı içtihât derecesine bile sahip oldukları kabul edilmemiş ve onlar tamamıyla *mukallid* olarak düşünülmüşlerdir. Herhangi bir ekolün nihaî doktrini, kurucusu veya kurucuları tarafından kabul edilen görüşlerden bazan ayrılabilir ve tabiî olarak daha da ileri gider. Mevcut eserler sayesinde bol belgeler bulunduğu halde, her ekol içerisinde doktrinin teferruat bakımından gelişmesi bir ilmî araştırma konusu olarak durmaktadır. Taklîd devrinde dahi İslâm hukuku orijinal düşüncenin tezâ-
72 hürlerinden yoksun değildi. Bu düşünce çerçevesinde çeşitli ekoller birbirleriyle yarışmış ve birbirlerine etkide bulunmuşlardır. Fakat, bizzat bu orijinal düşünce, ancak hem *müspet hukuk*'un (furû'un) yerleşmiş bulunan hükümlerine, hem de *fıkıh usûlü*'nün klâsik doktrinine tesir etmeyen mücerret sistematik eserlerde kendisini serbestçe ifâde etme imkânı bulmuştur. Tamamıyla *Kur'ân, sünnet* ve *icmâ*'a bağlı olmayan ve İslâm hukuk düşüncesinin en çok teknik yönden hukukî kısmını temsil eden bu nazarî gelişmelerin çoğu da, henüz araştırılmak için beklemektedir.

3. Bununla birlikte taklîd hükmü, kolayca yerleşmemiştir. Sonraki nesillerde dahi her zaman bir müçtehidin bulunması gerektiğini

kabul eden veya o sıralarda hukuk nazariyesinin içtihât için bir vasıf olarak vazetmiş bulunduğu inanılamıyacak kadar ağır talepleri kendilerinin yerine getirdiklerini iddia etme eğiliminde olan bilginler vardı. Fakat bu iddialar, müspet hukukla ilgili olduğu sürece nazarî olarak kalmış ve bu iddialarda bulunan bilginlerden hiçbiri şerî'atın mutlak bir yorumunu fiilen ortaya koyamamıştır. Diğer bir kısım bilginler ise taklîd ilkesini reddettikleri ölçüde içtihâd iddiasında bulunmamışlardır. Sözgelişi, Zâhirî mezhebinin kurucusu olan Davud b. Halef (ölm. 270 h./884 m.; bak., s. 63) Muvahhidî hareketinin kurucusu İbn Tûmart (ölm. 524 h./1130 m.; bak., s. 64), ünlü Hanbelî bilgini İbn Teymiye (ölm. 728 h/1328 m.) ve kendisini takip eden öğrencisi İbn Kayyim el-Cevziye (ölm. 751 h./1350 m.) bunlar arasındadır. Bu bilginler, din ve dinî hukuk meselelerinde Hz. Peygamber'den başka herhangi bir kimsenin otoritesine körükörüne uymayı aslâ kabul etmemişler ve bunu tehlikeli bir şey saymışlardır. (Şüphesiz böyle bir şey, bilginler için geçerlidir, halktan kimseler için geçerli değildir.) Taklîd'i nazarî olarak reddetme işi, Zâhirî ekolünün akîdelerinden birisi haline gelmiştir. Buna rağmen tatbîkatta Zâhirîler de kendi mensuplarına, diğer ekollere nispetle daha çok doktrin hürriyeti tanımamışlardır.

İbn Teymiye, içtihât iddiasında bulunmadığı gibi "içtihâr kapısı"nın yeniden açılmasını açıkça savunmamıştır; fakat o, dar bir şekilde ifâde edilmiş olan icmâ' fikrinin bir sonucu olarak, taklîd'i reddetmeğe, *Kur'ân* ve Peygamberin hadîslerini yeniden yorumlamaya ve İslâm hukukunun bir çok müesseseleri ile ilgili yeni neticelere ulaşmaya muvaffak olmuştur. Halihazırda Hanbelî ekolüne mensup olanların büyük çoğunluğunu teşkil eden Vahhâbîler, İbn Teymiye'nin kelâmî doktrinleri ile birlikte, taklîd'i reddedişi dahil ol-
73 mak üzere, onun hukuk nazariyesinin tamamını kabul etmişlerdir; fakat aynı zamanda Hanbelî müspet hukukunu, İbn Teymiye'den önce gelişmiş olduğu şekliyle, görünüşte bunun neticesi olan tutarsızlıktan çekinmeksizin, muhafaza etmişler ve onu değiştirmemişlerdir.

Vahhâbîlere paralel olarak ve kısmen de bunların tesiri ile onsekizinci yüzyıldan itibaren İslâmın ilk saflığına dönüş fikrini savunan bir kısım kimseler ve felsefî ekoller ortaya çıkmıştır. Sözgelişi, *selefiye* hareketini temsil eden reformcularla ondokuzuncu asrın son yıllarına doğru mevcut şartların ışığı altında İslâmı yorumlayarak onda yenilikler yapmak esasını savunan modernistler burada zikredilebilir. Bir dereceye kadar biri diğerinin içine giren bu eğilimlerin

her ikisi de geleneksel taklîd'i reddetmiştir. Bazı yenilikçiler (modernistler), özellikle bunu, İslâm hukukunun teşekkül devrinde yapılanların çok ötesine giden yeni ve hür bir içtihât için ortaya atılan aşırı iddialarla birleştirmişlerdir; fakat bu iki tip hareket de müspet dinî hukuk sahasında zikre değer hiçbir sonuç doğurmamıştır[40]. Çeşitli İslâm ülkelerinde laik yasama ile şerî'at müesseselerinin halihazırda yeniden teşekkülü, ilhâmını, esas itibariyle içtihât ve taklîdin meşrûluğu ile ilgili geleneksel problemden ziyâde, modern müessese ve sosyal fikirlerden almıştır. İslâmda yasama ile ilgili modernleşme, aşağıda onbeşinci bölümde ele alınacaktır.

4. İçtihât ve taklîd konusunda nazariye ne söylerse söylesin, içtihât kapısı kapandıktan sonraki bilginlerin faaliyetleri, şerî'atın esası tarafından tayin edilmiş olan sınırlar içersinde, seleflerinin faaliyetlerinden daha az yaratıcı olmamıştır. Bir takım yeni olaylar, hayatta devamlı bir şekilde ortaya çıkmış ve bunların bilinip hukuk ilmince hazırlanmış bulunan geleneksel vâsıtalarla bir şekle bağlanması gerekmiştir. Bu faaliyet "müftîler" tarafından icra edilmiştir. Müftî, doktrine uygun şekilde muteber bir görüş beyân eden hukuk uzmanı olup, onun ileri sürmüş olduğu hukukî görüşe "fetvâ" adı verilir. İbrahim en-Neha'î gibi ilk hukuk uzmanları, esas itibariyle müftî idiler. Onların asıl görevleri, alâkalı vatandaşlara, olayla ilgili bulunan ve kendilerine göre kutsal hukuk bakımından doğru olan hareket tarzını öğütlemekten ibaretti. Bu ihtiyâtî ve istişârî unsur, İmâm Mâlik'in eserinde açıkça görülmektedir. Başından beri bu uzmanlar, aynı görüşte olan amatör zümreler teşkil etmişler ve Şâfi'î
74 devrinde bir profesyonel sınıf doğmuştur. Şâfi'î, bize, dinî hukukun teferruatına ait bilginin, genel olarak halkın bulunduğu seviyenin ötesinde olduğunu ve hattâ onun bütün mutahassıslar arasında dahi görülmediğini bildirmektedir. Halka mensup kimseler, İslâm hukukunun ilk başlangıcından itibaren uzmanların rehberliğine muhtaç olmuşlardır. Hukuk gittikçe teknik bir iş haline gelince ve onun ortaya konuş tarzı iyice skolastik bir nitelik kazanınca bu ihtiyaç daha da şiddetlenmiştir. Dindar bir müslüman için kutsal hukukun pratik önemi, hukuka bağlı olan sıradan bir vatandaş için herhangi bir laik hukuk sistemine nispetle çok daha büyüktür. İslâm hukuku (fıkıh), yalnız müslümanın mahkemeye başvurmak zorunda kaldığı zaman kendisini göstermez; aynı zamanda ona, dinî görevlerinin neler ol-

40. Burada kullanılan sözcükler, laik yasamanın karşıtı olan dinî hukuktur.

duğunu, ibâdet açısından kendisini nelerin temiz veya necis yaptığını, neleri yiyip içmesi gerektiğini, nasıl giyineceğini, âilesine karşı nasıl davranacağını ve umumiyetle iyi bir vicdanla neleri meşru davranış ve tasarruflar olarak kabul edebileceğini anlatır. İşte bütün bu gibi konularda mutahassısların rehberliğine sürekli ihtiyaç vardı.

İlk önceleri müftînin görevi, esas itibarıyla özel bir durum arzediyordu. Onun otoritesi, bir bilgin olarak kendi şöhretine dayanıyordu; re'yi de, resmî bir kabul görüyordu; halktan biri, tanıyıp itimad ettiği herhangi bir bilgine başvurabiliyordu. Bununla birlikte hukuk ekolleri istikrar kazandıktan biraz sonra İslâm hükûmetleri bazı bilginleri, hem genel bir şekilde halkı, hem de devlet memurlarını, dinî hukuk meseleleri üzerinde muteber görüşlerle donatmak için, resmen müftî olarak tayin etmiştir. (Ülkenin başmüftîsine çoğu zaman "şeyhu'l-İslâm" adı verilmiştir.) Ancak müftîlerin hükûmet tarafından tayin edilmesi, onların görüşlerinin aslî kıymetine bir şey ilâve etmemiştir. *Fetvâ* verme konusunda onlar tek merci değildirler. Ünlü bilginlerden fetvâ sorma geleneği hiç azalmamıştır. Kadı da şüpheye düştüğü zaman herhangi bir bilgine başvurabilmiştir. Resmî müftîler, ekseriya şer'î mahkemelere bağlı kalmışlardır. Bir dava ile ilgili kadı huzurundaki taraflar, kendilerini mümkün olduğu kadar geçerli fetvâlarla donatıyorlardı. Gerçi kadı, bu fetvâlardan hiçbirisini kabul etmeye mecbur değildi.

İslâm hukuku, doktrin bakımından gelişmesini geniş çapta müftîlerin faaliyetlerine borçludur. Onların fetvâları, çoğu zaman müstakil eserler halinde bir araya toplanıyordu. Bize belli bir mekân ve zamanda tatbîkattan doğmuş olan bir çok önemli meseleleri gösterdiği için bu eserler, dikkate değer tarihî bir ehemmiyeti haizdir. Bir müftî tarafından yeni bir mesele hakkında ileri sürülen bir görüş, bilginlerin müşterek kanaatına göre doğru olarak kabul edilir edilmez hemen ekolün elkitaplarına alınıyordu. Öte yandan kadılar tarafından verilen hükümlerin, Abbâsîler zamanındaki teşekkül devrinden sonra İslâm hukukunun kaydetmiş olduğu gelişme üzerinde önemli tesirleri olmamıştır. Ancak ilk kadıların katkıları, İslâm hukukunun temellerinin atılmasında önemli bir rol oynamıştır.

5. Yukarıda geçen paragraflardan açıkça anlaşılacaktır ki, ilk Abbâsî devrine kadar gelişen ve şartlara uyabilen İslâm hukuku, bundan sonra gittikçe katılaşmış ve son şeklini almıştır. İslâm hukukunun bu aslî katılığı, İslâmın siyâsî müesseselerinin çöküşüne şahit olan yüzyıllar boyunca onun sağlamlığını korumasında yardımcı olmuştur.

İslâm hukuku, tamamıyla değişmez bir halde kalmamıştır; fakat vuku bulan değişmeler, müspet hukuktan ziyâde, hukukî nazariye ve sistematik üst yapı ile ilgilidir. Bir bütün olarak ele alınırsa, İslâm hukuku ilk Abbâsî devrinin içtimaî ve iktisâdî şartlarını yansıtır ve bu şartlara ayak uydurur; ancak onun, devlet ve cemiyetin son gelişmeleri ile temasını gittikçe daha fazla kaybetmiş olduğu görülür.

11

NAZARİYE VE TATBİKAT

76 1. İdeal şerî'at nazariyesinin tatbîkata hâkim olma hususundaki başarı derecesine göre biz, ibâdetler ve tamamıyla dinî olan diğer görevleri bir yana bırakarak, hukukun farklı üç ana konusunu birbirinden ayırdedebiliriz. Şerî'atın nüfuzu, âile hukuku (evlenme, boşanma, nafaka v.b.), mirâs hukuku ve hayır kuruluşları (vakıf) hukuku konularında çok kuvvetli idi. Bu nüfuzun en zayıf olduğu, hattâ bazı bakımlardan mevcut olmadığı yerler cezâ hukuku, vergi, anayasa, ve savaş hukuku gibi sahalardı. Akitler ve borçlar hukuku da ortada bir yer alıyordu.

Erken bir devirde cezaî adâletin yerine getirilmesi işini, siyâsî otoritenin üzerine aldığını gördük. Vergi bakımından şerî'ata ve onun mütevâzi isteklerine sadece sözde kalan bir bağlılık gösterilmiş ve İslâm hukuku diğer bütün vergileri gayrı meşrû yükümlülükler olarak kabul etmiştir[41]. Anayasa hukuku bakımından İslâm hukuk nazariyesince tasavvur edilen durum, hiçbir zaman gerçekte mevcut olmayan bir tasarıdır. Savaş hukuku da futûhât için yapılan savaşların tek taraflı bir tasvirinden çıkarılmış olup, hemen hemen hiç tatbîkat sahasına konulamamıştır.

Öte yandan şahıs hukuku (yani evlenme, boşanma ve âile münasebetleri ile ilgili müesseseler), mirâs ve vakıf işleri, daimâ müslümanların vicdanlarında diğer hukuk konularından daha çok dîne yakından bağlı görülmüş ve dolayısıyla genel olarak İslâm hukuku tarafından tanzim edilmiştir. Âile ve mirâs hukukunun bu dinî niteliği bir

41. İslâm öncesi Arabistan'da "pazar rüsûmu" anlamına gelen "meks" terimi bu çeşit vergilerden birisini ifâde eder; ancak bu vergiler İslâm hukukunca tanınmamıştır. Bu vergiler, Güney Arabistan'da da vardı; bak., A.F.L. Beeston, *Qahtan*, i (aşağıya bak., s. 219).

tesâdüf değildir; çünkü *Kur'ânî teşrî*'in büyük bir bölümü bu konularla ilgilidir. Ancak biz görüyoruz ki, evlenme, boşanma ve âile münâsebetleri sahalarında dahi fiilî tatbîkat, kadınların durumunu alçaltmak veya yükseltmek bakımından dinî hukukun ruhuna ve bazan
77 da lafzına hâkim olacak geçerli güce sahip olmuştur. Buna ek olarak, İslâmı kabul eden bir çok zümreler, çoğu zaman kadınların aleyhine olarak kendi mirâs hukuklarını muhafaza etmişlerdir. Şerî'at'ta sadece bir kaç dayanağı bulunan ve gayrı menkul mallarla ilgili olan bir kısım özel hükümler, İslâm hukuku tarafından konulmuş prensiplere göre teferruatıyla ele alınmış olup, bunlar zaman ve mekâna göre değişiklik gösterirler. Şerî'atı tamamlayan bu hususlar, çoğunlukla katı nazariyeden ayrılırlar. Gayrı menkul (mal) hukukunun önemli bir parçası olan *vakıf* müessesesi, tamamıyla değilse de, bir çok İslâm ülkelerinde yaygınlaşmıştır. Burada da tatbîkat, Osmanlı hukukunda olduğu gibi İslâm hukukuyla bağdaşmayan gelişmelere yol açmıştır. Örfî cezâ hukuku, çoğu zaman hükûmetten ziyâde köy, aşîret v.b. otoriteleri tarafından uygulanan para cezaları ile birleşerek, bir çok müslüman zümrelerinin gelenek hukuklarının bir kısmını teşkil eder. Bu kısma giren örfî hukuk, yazılarak tedvin bile edilmiştir.

O zamanın bedevîlerinin örfî hukuku ayrıca zikre değer; çünkü bu, her ne kadar İslâm hukukunun etkisinde kalmış ise de, netice itibarıyla İslâm öncesi Arapların örfî hukuklarına kadar gider ve bize yazılı kaynakların bu sonuncu hukuk hakkında verdikleri bilgiyi kontrol etme imkânı verir. Genel olarak Yemen ve Güney Arabistan'da kabîle hayatı yaşayan insanlar arasında bu kabîlevî örf hukukuna "hükm (ahkâm) el-men" veya "el-men'a" adı verilir. Bunlar, koruma hükümleri veya müeyyideler anlamına gelir. Zofar ve Oman'da bu hukuka "hükmu'l-havz" (kabîle hukukçusu anlamını ifâde eden havz'dan gelir) denilir. Bu ise açıkça şerî'ata aykırıdır. Dindar kimseler buna, *Kur'ân*, sûre IV. 60. âyet nâzil olduktan sonra "hükmü't-tâgut" (putun hükümleri) adını vermişlerdir. Burada da bu örfî hukukun yazı ile tedvin edilmiş olanları mevcuttur. Nitekim şerî'atı yansıtan eserlerde ona muhalif atıflar vardır.

Şerî'at, akitler ve borçlar hukukuna ait geniş sahada örf ve âdete gittikçe artan bir yer vermeyi kabul etmek zorunda kalmıştır. Kutsal hukuk nazariyesi, örf ve âdet üzerinde mutlak surette etkili olmuştur. Gerçi İslâm hukukunun bu tesirinin derecesi, muhtelif zaman ve mekânlara göre değişiklik gösterir. Fakat o, hiçbir zaman kendisini ta-

mamıyla onlara kabul ettirmede başarılı olamamıştır. Bu başarısızlık, özellikle esas itibariyle geçmişe dönük olan ideal nazariyenin, ilk Abbâsî devrinden beri cemiyet ve ticâretle ilgili münasebetlerin durmadan değişen taleplerine ayak uyduramayışından ileri gelmiştir.

78 Denebilir ki, kamu vicdanı ile ilgili olduğu nispette ve tamamıyla dinî vazifeler sahasında bile örfün müsaade ettiği ölçüde kutsal hukuka riâyet edilmiştir. Bu yüzdendir ki, esas vazifeler ekseriya ihmâl olunmuş, esasa ait olmayan tatbîkata ve hattâ örf tarafından empoze edilip şerî'atca bilinmeyen formalitelere bile sadakatla riâyet edilmiştir. Sözgelişi, mülkiyet hukuku sahasında şuf'a hakkı bir çok İslâm ülkelerinde umumî örfce istekle kabul edilmiştir. Gerçi İslâm hukuku, kendisi de, kaçamaklı yollar (hiyel metodu) ile bir kısım istisnâları tasvip etmiştir.

2. Akitler ve borçlar hukuku, şerî'atın ana prensip ve müesseselerine boyun eğen örf hukukunun etkisi altında kalmıştır; fakat bir çok hususlarda onu tamamlayarak, büyük bir yumuşaklık ve uysallık göstermiştir[42]. Meselâ, bu hukuk, geri alma hakkına sahip olma şartıyla yapılan mülk satışını (bey'ul-vefâ, bey'u'l-uhde) tekâmül ettirmiştir. Bu şatış şekli, arazinin geri alınmamak üzere ferağ yapılmasının önüne geçme gayesini güder; fakat bu, asıl İslâm hukukunda ister satış isterse rehin şeklinde olsun, makbul değildir. Akitler ve borçlar hukuku, "suftece"* ve "havâle" yi de, İslâm hukukunun koymuş olduğu sınırların ötesinde mübâdele senedi (poliçe) olarak kullanmıştır. Bu da, Ortaçağda yalnız Yahudî sarraflar tarafından değil, aynı zamanda müslüman tüccar tarafından yapılan gerçek bankacılık faaliyetlerini mümkün kılıyordu. Bu örfî ticâret hukukunun çeşitli müesseseleri, ticâret hukuku, yani milletlerarası örfî ticâret hukuku aracılığı ile Ortaçağ Avrupasına geçmiştir. Sözgelişi, Ortaçağ Latincesindeki "mohatra" sözü, Arapça "muhâtara"dan alınmış olup ikili bir satış (bundan sonraki bende bak.) suretiyle faiz yasağından kurtulmak için başvurulan kaçamak (hile-i şer'iyye) şeklini ifâde eden bir terimdir. Fransızcadaki "aval" terimi Arapça "havâle" sözünden gelmiş olup, poliçe ile mübâdele (ciro) işini ifâde eder. Çek (cheque) terimi Arapça "sakk" (yazılı belge) sözünden alınmış olduğu gibi, "sensalis" (sensale, sensal) tabiri de "komisyoncu" anlamına gelen Arapça "simsar" kelimesinden geçmiştir.

42. İslâm hukuku sözleşme (akit) serbestisini tanımaz. (Bak., s. 144).

* *Suftece*, birisine bir mal verip başka bir yerde o malı onun ortağından geri alma imkânını sağlayan yazılı belgeye bağlı ticârî bir muameledir. (Çev.)

3. Örfî ticâret hukuku, "hiyel" (tekili: hîle) veya hukukî hîleler yoluyla şerî'at nazariyesi ile uyuşmuştur. Bu hîlelerin çoğu hukukla ilgili tasavvur mahsulü olan şeylerdir. Yalnız ticâret hukukuna münhasır olmayan ve aynı zamanda diğer konulara da şâmil olan *hiyel*, kısaca fevkalade hukukî sonuçlara varmak için hukukî vâsıtaların kullanılması şeklinde nitelendirilebilir; fakat bu sonuçlar, ister hukukî olsun isterse olmasın, doğrudan doğruya şerî'at tarafından ha-
79 zırlanan vâsıtalarla elde edilemezler. Hukukî hileler, şartların baskısı altında kutsal hukukun hükümlerine aykırı davranmak zorunda kalan kimseleri, gerçekte hukukun lafzına uygun olarak istenilen sonuca ulaşmak imkânına kavuşturmuştur. Sözgelişi, *Kur'ân*, faizi yasaklamıştı ve bu dinî yasak, kamu oyunu açıkça ve doğrudan doğruya onu ihlâl etmekten alıkoyacak kadar kuvvetli idi. Ancak, aynı zamanda ticâret hayatında faiz alıp vermeye kesin bir ihtiyaç da vardı. Bu ihtiyacı karşılamak ve aynı zamanda dinî yasağın lafzına riâyet etmek için bir çok hîleler ortaya çıkmıştır. Bunlardan birisi, mülkü borç karşılığında rehin olarak vermek ve alacaklıya onu kullanmak için müsaade etmektir. İşte alacaklının onu bu şekilde kullanışı, faiz yerine geçmektedir. Bu muamele, geri alma hakkına sahip olmak şartıyla yapılan satışa (yukarıdaki 2 numaralı bende bak.) yakın bir benzerlik göstermektedir. Çok yaygın diğer bir hîle şekli de ikili bir satış (bey'atân fî bey'atin) işidir. Bunun da bir çok çeşitleri vardır. Meselâ, birisinden borç almak isteyen kimse, kendisine borç verecek olan şahsa, peşin fiyatla bir köle satar ve hemen arkasından bu köleyi gelecekte ödemek üzere kıymetinden çok fazlasıyla ondan geri satın alır. Bu, aslında kölenin teminat olarak kabul edildiği bir borçtur ve bu iki kıymet arasındaki fark faiz yerine geçer. Bu muameleye de "muhâtara" (yukarıdaki 2 numaralı bende bak.) veya daha yaygın olarak "îne" denilir. Daha yumuşak bir tabirle bu işe *muamele* ve para sarrafına da *tâcir* adı verilir. Çünkü tâcirler para sarraflığı da yapmakta idi. Bu gelenek hayli önceleri Medîne'de, İmâm Mâlik zamanında hâkim durumda idi. Bunlar gibi yüzlerce hîle vardı; bunlar, akitler ve borçlar hukukunun bütün sahalarını içine alıyordu ve çoğu oldukça teknik şeylerdi; fakat hepsi de hukukun lafzına titizlikle saygılı idi[43]. Borç ikrârı, bir çok hîle şekillerinin ortaya çıkma-

43. *Hiyel*'in özel bir şekli de, yeminle taahhüd altına alınan borçlardan veya bir şartı yerine getirmeye bağlı olan tasarruflardan kurtulma yoludur. (Bak., s. 117, 159). Bu durumda onlar, İslâm hukukunun lafız ve beyanlarını sınırlı bir şekilde yorumlama temayülünden istifâde etmişlerdir. Öyle ki, istenilmeyen borç veya tasarrufun ortaya çıkmasını önlemek için bir çok imkânlar vardır.

sında pek önemli bir rol oynamıştır; çünkü bu ikrar mücerret bir borç yaratmakta ve bunun için, özellikle bir takım hukukî faraziyeleri ortaya koymada uygun düşmektedir (bak., s. 151).

Hîleler ve diğer kaçamak yolları, Yahudî ve Kilise hukukları dahil, öteki hukuk sistemlerinde de bilinmektedir. Hukukî faraziyeler bilhassa Roma hukukunda ve başkalarında önemli bir rol oynamıştır.
80 Ancak bunların Roma hukukundaki görevi, cârî tatbîkatın yeni ihtiyaçları için, asgarî yenilikle, hukukî bir zemin hazırlamaktı. İslâm hukukunda ise müspet hükümlerden kaçmak için çıkar bir yol bulmaktı[44]. Faiz alıp verme işi de ticârî tatbîkatın bir ihtiyacını karşılıyordu; fakat bu öyle bir ihtiyaçtı ki, *Kur'ân* ve bunun ardından İslâm hukuku onu açıkça ve kesinlikle yasaklamıştı. Hukukî hileler, nazariye ile tatbîkat arasında geçici bir anlaşmayı temsil eder. Bu, örfün kabul edileceği hususlarda en yüksek derecede, nazariyenin istediği (daha doğrusu resmen tanıdığı) hususlarda ise en aşağı derecededir. İslâm hukuku nazariyesince hiyelin muteber olarak kabul edilmesini kolaylaştıran hususlardan birisi, şerî'atın ruhundan ziyâde lafzına riâyeti gerektiren (bak., s. 204) farklı ve akıl-dışı ciheti; diğeri ise hukukun ve verdiği hükümde kadının vicdânî meseleler ve gizli gayelerle değil (bak., s. 123), şeylerin dış görünüşleri ile ilgilenmesidir. İlk ve en basit hîleler, muhtemelen onlara ihtiyaç duyan ve özellikle ticaretle uğraşan ilgili taraflarca düşünülüp ortaya atılmıştır; fakat daha karışık hîle şekillerini icat ve tatbik etmek, onların seviyelerini aşıyordu. Bu itibarla onlar, dinî hukuk uzmanlarına başvurmak zorunda kalıyorlardı. Hukuk mutahassısları da bu ihtiyacı karşılamakta tereddüt etmiyorlardı. Dinî hukuk sistemi işlenip ortaya konulunca ilk mutahassısların dinî gayretleri, hukukî yapının ufak şaheserlerini yaratıp ikmâl etmekle övünen meslek sahiplerinin daha az samimî ve daha az ikna edici olmayan, fakat daha çok teknik ve daha çok skolastik bir nitelik taşıyan ilgileri ile yavaş yavaş yer değiştirmiştir. Hîleleri icat edenler, İslâm hukukuna bağlı olan kadının, müşteri ve tâcirlerin zihinlerinde tuttukları işle ilgili bir muamelenin fiilî sonuçlarını iptal edip etmeyeceği açısından hukukî muteberlik ihtimallerini iyice hesaba katmak zorunda idiler. Öyle ki, söz konusu sonuçlar, ekseriya karmaşık bir resmî muameleler serisinde her unsurun muteber oluşuna bağlı idi. Hiyel yazarlarının faaliyeti, tatbîkatın ihtiyacını karşılayarak, İslâm hukukunun nazariyesini yapan

44. Tarafların, kadı tarafından tasdik edilen bir davâ veya hakka sahip olmak için kendi rızâlarından doğan farazî fiiller de vardır. Bunlar mutlaka *hiyel* ile alâkalı değildir; fakat, meselâ, bir vakfın muteberliğini tasdik ettirmek için kullanılmıştır.

ilk mutahassısların faaliyetleri ile bu ihtiyâtî ve istişârî karakteri paylaşır. İlk mutahassıslar, çağdaşlarını İslâmî hayata uymayan fiillere
81 karşı uyarmışlardır. Hiyel yazarları ise, tamamıyla gelişmiş İslâm hukuk sistemi tarafından gayrı muteber sayılacak olan akitlerde bulunmamaları hususunda çağdaşlarına yardım etmişlerdir.

Muhtelif ekollerin hiyele karşı tutumlarında bazı derece farkları vardır. Hiyel karşısında tutumu en iyi olanlar Hanefîlerdir. Ebû Yûsuf ve Şeybânî (İmâm Muhammed) hiyeli ele alan eserler yazmışlardır. Şeybânî'nin bu konudaki eseri günümüze kadar gelmiştir. Hassaf (ölm. 261 h./874 m.)'a nispet edilen fakat tahminen hicrî dördüncü (milâdî onuncu) yüzyılda Irak'ta yazılmış olan buna benzer diğer bir eser ise, bizim, bu eserde yer alan hukuken itiraz götürmez ince bir şekiller perdesinden o zemin ve zamandaki tatbîkatın gerçeklerini kavramamızı sağlar. Şâfi'î (ve kendisinden sonra onun mezhebine mensup olan ilk nesilden bir kaçı), hiyeli yasak veya *mekruh* bir şey olarak kabul ettiği halde, kendisi de *hiyeli* şer'î bakımdan muteber olarak kabul etmek zorunda kalmıştı; fakat Hanefîlerin hiyele dair eserlerinin başarısı, hicrî dördüncü yüzyıldan itibâren hem eseri halâ yaşayan Kazvînî (ölm. 440 h./1048 veya bu tarihten biraz sonra) gibi Şâfi'î yazarlara ait hiyel kitaplarının ortaya konmasına, hem de müsaade edilen ve büyük bir yekûn teşkil eden hîlelerin mekruh veya yasaklanmış hîlelerden ayırdedilmesine sebep olmuştur. Mâlikîlerin bu konuya daha az önem verdikleri anlaşılıyor; fakat bu ekolün doktrini, bazı hîleleri kabul, bazılarını da reddeder. Hadisçiler, dinî hukuk meselelerini ele alıştaki genel tutumlarını muhafaza ederek, hiyeli reddetmişlerdir. Buharî'nin Sahîh'inde (bak., s. 226) yer alan hiyel bölümü, bilinmeyen ilk eserlerden yapılan iktibaslarla hilelere karşı geniş bir münakaşayı ihtiva etmektedir. Hanbelî bilgini İbn Teymiye, özel bir eserinde hiyel ve özellikle *tahlîl* (meşrû yapma, helâl kılma) adı verilen muameleye hücum etmiş ve bunların bâtıl olduğunu söylemiştir. Buradaki *tahlîl*, üç talâkla boşanmış olan bir kadının tekrar kocası ile nikâhlanmasını önleyen engeli, kadının bir başka erkekle (gerçek veya yalan) bir zifaftan sonra son bulması şartıyla nikâhlanmasını düzenlemek (hulle) suretiyle ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır. Bununla birlikte İbn Teymiye'nin öğrencisi İbn Kayyim el-Cevziye, meşrû vâsıtalarla meşrû bir sonuç elde edilmesini sağlayan şerî'ata uygun hîleleri, yasaklanan ve gayrı muteber saydığı hîlelerden ayırmıştır. Ona göre birinci guruba girenler, ticâret hukuku sahasında bir çok hîleleri içine alır. Kendi yönlerinden Hanefîler, başkasına zarar veren hîle-

82 lerin yasaklanmış olduğunu ve nehyedilen fiilleri içine alan hîleler şöyle dursun, mekruh olan işleri ihtivâ eden hîleleri telkinden bile uzak durduklarını beyân ettikleri halde, teferruatta hiyelin ahlâkî değeri ile gerçekten ilgilenmemişler ve kendilerince benimsenen hîlelerin şer'an muteber olduğunu aynen kabul etmişlerdir. Onlara göre hiyelin çoğu mekruh da değildir. Meselâ, şuf'a hakkının doğmasından kaçınmayı hedef tutan hîleler böyledir ve *tahlîl* hîlesi de son nesle gelene kadar Hanefî, Mâlikî ve Şâfi'îlerce geniş çapta tatbik edilmiştir.

4. Örfî ticâret hukuku ile tatbîkatta bir bütün olarak ele alınan İslâm hukukunun daha başka bir hususiyeti de yazılı belgelere dayanmış olması idi[45]. Görüyoruz ki, pek erken bir devirde İslâm hukuku, yazılı beyyinenin muteber oluşunu reddederek ve hukukî beyyineyi şahitlerin sözlü şehadeti ile sınırlayarak hem *Kur'ân*'ın açık bir hükmünden, hem de cârî tatbîkattan ayrılmıştır. Bununla birlikte yazılı belgeler, tatbîkatta öyle zarurî bir şekilde kendisini göstermiştir ki, nazariyede devamlı olarak ihmal edilmesine rağmen, pratikte hiç değişmeden kalarak, önemli her muamelenin normal bir tamamlayıcısı olmuştur ve ciltleri bulan eserlerle oldukça gelişmiş tatbikî bir hukuk dalının doğmasına yol açmıştır. Bunun başlangıcı, hicrî ikinci (milâdî sekizinci) yüzyıla kadar gider. Nazariye, yalnız şahitlerin sözlü şehadetinden başka belge yokmuş gibi düşünmeye devam etmiş, belki de bu konuda onların kendi özel kayıtlarından yararlanmıştır. Tatbîkat ise, hemen hemen yazılı belgeleri esas ve şehadeti de onları tamamıyla muteber kılmak için sadece bir formalite imiş gibi görmeye devam etmiştir. Bu arada ücretli şahitler de gerçekte *umumî noter* görevi yapmaya başlamışlardır. Yine, hukukî formülleri içeren pratik eserlerin yazarları da, bizzat dinî hukukta mutahassıs kimselerdi. Bunlar ve ücretli şahitler, ilgili taraflara hukukî bakımdan tavsiyelerde bulunan kimseler gibi hareket etmekte, tatbîkatın bütün muhtemel ihtiyaçları için belge şekilleri ve vuku bulması mümkün olan hadiselere karşı koruyucu tedbirler sağlamakta idiler. Bu belgelerin hukuken muteber olmaları için yalnız şehâdetle desteklenmiş bulunmaları gerekiyordu. Netice itibarıyla katı nazariye bile geniş çapta Mâlikîlerde, bazı tereddütlerle birlikte Hanefî ve Hanbelîlerde olduğu gibi, ehliyetli şâhitler tarafından tasdik edildiği takdirde
83 yazılı belgelerin varlığını tanımak lûtfunda bulunup, onları muteber

45. Bu belgelere *sakk*, ç. sukûk veya *vesîka*, ç. vesâ'ik veya *zukr*, ç. ezkâr veya *zukru hakk*, ç. ezkâru hukûk adı verilir. Belgeleri ele alan hukuk ilmi dalına, *ilm-i şurût*, yani taahhüd ve şartlar ilmi denilir.

delil sayarken, Şâfi'îler bu yazılı belgeleri tamamıyla yardımcı şeyler olarak kabul etmeye devam etmişlerdir; fakat yazılı belgelerin fiilen kullanılışı, bütün ekollerin mensupları arasında aynı derecede yaygındı. Son devirde İslâm hukukunun tatbîkatı ve mahkemelerinin tanzimi bağımsız İslâm hükûmetleri tarafından gittikçe tadil edildiği sırada yazılı belgeler, genellikle muteber bir delil olarak kabul olunmuş ve bazan yazılı beyyinenin ortaya çıktığı hallerde kadının yetkisinin tamamıyla sınırlandığı bile olmuştur.

Yazılı belgeler, çoğu zaman hiyelin esaslı bir unsurunu teşkil etmiştir. Daha karışık hîleler, normal olarak, ilgili taraflar arasındaki bir kaç muameleden ibaretti. Bunların her biri haddizatında hukukî olup, müşterek etkisi, istenilen sonucu doğuruyordu. Tabiî olarak her muamele ayrı bir belge şeklinde tescil ve ifâde ediliyordu. Tek başına alınınca, bir tek muameleyi veya taraflardan birisinin yapmış olduğu bir ikrârı tescil eden bir belge, diğer tarafca kendisine ait ayrı bir menfaat uğruna ve mukavelenin tümünün kasdettiği amaca aykırı bir maksat için kullanılabiliyordu. Bu durumu önlemek için resmî belgeler, tarafların birbirine karşı gerçek ilişkisini ve anlaşmalarının gerçek anlamını ortaya koyan gayrı resmî açıklayıcı bir belge ile birlikte güvenilir bir şahıs veya aracıya emânet ediliyordu. (Bu çeşit belgeye teknik olarak *muvâzaa* = anlaşma adı veriliyordu.) Sonra aracı olan şahıs, açıklayıcı belgenin muhtevasına göre hareket ederek, taraflardan her birisine, ancak sırası gelince kullanmayı hak etmiş oldukları kağıtları veriyor ve daha önce bu gerçek maksat için hazırlanmış ve beyân edilmiş olan tazminat muamelesi veya ikrâr belgesi gibi herhangi bir belgenin, lüzumu halinde ortaya konularak, yetkisizce kullanılmasını önlüyordu.

Bütün örfî ticâret hukuku hadisesi, Ortaçağda İslâm hukuk sosyolojisi için dikkate değer bir önemi haizdir.

5. *Hiyel* ve *şurût* konularındaki eserler; genel olarak vakıf, vasiyetler, tutanak (mahzar) ve kadıların yazılı kararları (sicillât), kadının görevleri (edebü'l-kâdî) ve biraz uzak da olsa, nafaka hakkındaki eserlerle birlikte Hanefî hukuk literatürünün muayyen bir dalına
84 aittir. Bütün bu konular, İslâm hukukunun fiilî tatbîkatı için önemlidir ve bir kaç asır boyunca büyük saygı gören Hanefî yazarlarından bazılarının eserleri arasında müşterek konular olarak görünür.

6. Biz İslâm hukukunda nazriye ile tatbîkat ilişkisini, sahaların açık bir ayırımı şeklinde değil, ancak karşılıklı müdahale ve etki şeklinde düşünmeliyiz. Bu öyle bir ilişkidir ki, nazariye bunda maddî

şartları kontrol edemediği zaman bile kendi manevî üstünlüğünü kabul ettiren özümseyici büyük bir güç ortaya koymuştur. Bu, yalnız *hiyel* ve *şurût*'da değil, aynı zamanda mu'ahhar Mâlikîlerin "amel" inde (bak., s. 61), "nazar fi'l-mezâlim" ve "muhtesib" müesseselerinde, Osmanlı "kanunnâmeleri"nde ve diğer hususlarda da kendisini göstermiştir. Kezâ, geçmişte İslâm hükûmetleri kadılar tayin etmişler ve onları esas olarak, gerekli icrâ vâsıtaları ile donatmışlar; kadının görevi de sırf adâleti yerine getirmenin çok ötesine uzanmıştır.

Böylece pek çok İslâm ülkelerinde nazariye ile tatbîkat arasında bir denge kurulmuş ve dinî hukuk mutahassısları olan âlimlerle siyâsî otoriteler arasında zoraki bir mütareke meydana gelmiştir. Bilginler, kendileri de, bunun farkında idiler. Onlar, çağdaş şartların durmadan artarak bozuluşu (fesâdu'z-zamân) hakkındaki kanaatlerini açıklamışlar ve yetkili bir otoritenin yokluğunda müslümanları hukukun sert kanunlarından muaf tutan "zarûret" doktrinini formüle etmişlerdir. Geleneksel İslâm hükûmetleri bunu yasama ile değiştirmedikleri halde, bilginler, daha önce *Kur'ân*'da (sûre IV. 59, 83 ve diğer yerler) önemle bildirilen mevcut otoritelere (ulu'l-emr'e) itaat etme üzerinde ısrar ederek, gerçekte hükümdarlar tarafından konulmuş olan nizamları yarı yarıya tasvip etmişlerdir. Kutsal hukuk, dinî bir ideal olarak, şeklen tanınmayı kabul ettiği sürece pratikte tamamıyla uygulanmış olma konusu üzerinde durmamıştır.

Şerî'at, tamamıyla nazarî bakımdan muteber olma iddiasından vazgeçmediği gibi, muhtar bir örfî hukukun varlığını da itiraf etmemiştir. Şerî'atın temsilcileri olan *ulemâ* (bilginler), müslümanların dinî duygularının yegâne ehliyetli tercümanları idiler. Şerî'at, büyük bir itibara ve itiraz kabul etmez bir nüfuza sahip olmuştur. O derecede ki, hukukun din tarafından tanzim edilmesi gerektiğini ileri süren düşünce, İslâm hukukunun geleneksel doktrinine esaslı bir şekilde müdâhale etmede tereddüt göstermeyen modernistlerin bile asıl
85 faraziyesi olarak kalmıştır. Fakat İslâm hukuku müslüman milletlerin hayatlarını düzenleyen hukukların daima önemli bir parçası olduğu halde, o hukuklar, hiçbir zaman saf İslâm hukuku ile mütenasip olmamıştır[46]. Bu şartlar, Ortaçağın başından beri İslâm dünyasının her kesiminde hâkim olmuştur.

46. İslâm hukuku eserlerinde tatbîkata yapılan muhtelif atıflar, Ortaçağ için bu hukuk hakkında önemli bir bilgi kaynağı teşkil eder.

12

ÖZLEŞMECİ TEPKİLER

86 1. Bundan önceki bölümde tasvir edilen genel ve tabiî şartlar, kuvvetli dinî ıslahat hareketleri ile zaman zaman ihlâl edilmiştir; takriben 447 h./1055 m. yılından 541 h./1146 m. yılına kadar Kuzeybatı Afrika ve İspanya'daki Murabıtlar, onsekizinci yüzyılda, Kuzey Nijerya dahil, Batı Afrika'daki Fulânîler (Fulbe) ve onsekizinci yüzyıl ile çağımızda Arabistan'daki Vahhâbîler'in başlattığı hareketler gibi. Murabıtlarla Fulânîler, Mâlikî idiler; Vahhâbîler de, daha önce geçtiği gibi, Hanbelî idiler. Bütün bu hareketlerin amacı, ortaya çıktıkları devletlerde yalnız İslâm hukukunu güçlendirmek, ikili adâlet icrâsına son vermek ve örfî hukukla idâre hukukunu söküp atmaktı. Şerî'ate uyma konusu ile ilgili olan geçmişteki bu dinî ıslahat hareketlerinin etkileri ekseriya sönmeye yüz tutmuş olup bugün artık nazariye ile tatbikat arasında yeni bir denge kurulmuştur.

2. Kuzey Nijerya'da Fulânî sultanlık ve emîrlikleri üzerinde 1900 yılında bir İngiliz koloni idâresi kurulmuştu. O zaman bu bölgede İslâm hukuku halâ fiilî tatbîkat bakımından en yüksek derecesine yakın bir seviyede idi. Örf, tamamıyla kökünden kazınmamış olsa bile, geri bir plâna itilmişti ve mevcut mahkemeler, ceza hukuku da dahil olmak üzere, her hususta selâhiyetli olan kadıların elinde idi. Sadece örfî arazî hukuku muteber olarak kalmış olup, sultan ve emîrlerin meclislerince icra ediliyordu. Şerî'at hükümlerinin kadılar tarafından uygulanmasına paralel olarak, arasıra *siyâset* (idârî adâlet)'in hükümdarlar tarafından yerine getirilmesi aynen kabul edilmiş bulunuyordu. Bu ülkenin İslâm dînine karşı beslediği tabiî saygı, İngiliz idâresinin, sömürge idâresi kurulurken korunması vaadedilen "yerli hukuk ve örfü", Kuzey Nijerya müslümanları ile
87 ilgili olarak, sırf Mâlikî İslâm hukuku nazariyesi ile bir tutması-

na yol açmıştır[47]. Sömürge idârecileri de İslâm hukuku tarafından ortaya konulmuş olan resmî ve açık bir doktrini, değişebilen ve doğru dürüst bir tarifi olmayan örf ve âdetlere tercih etme cihetine gitmişlerdir. Kendilerinden kadıların da yetiştirildiği bilginler, bu uygun şartlardan faydalanmayı ihmâl etmemişler, bizzat hükümdarlar da siyâsetin tatbîkini tanımamışlar ve İngiliz sömürge idâresinin son yıllarında, İngiliz idâresi tarafından müslüman halka tatbik edilen hukuka karşı herhangi bir müdahale arzusunun bulunmayışından dolayı sırf İslâm hukuku, daha öncekinden çok yüksek bir tatbîkat derecesine ulaşmıştır. İşte bu, çoğunlukla bir sömürge idâresinin sonucu olarak ortaya çıkmıştır.

3. Hanbelî İslâm hukuku, Suudî Arabistan'da tam olarak kadıların görevli oldukları şer'î mahkemelerce (ve memleketin doğu kısmını teşkil eden Necid'de de doğrudan doğruya valiler tarafından) tatbik edilmiştir. Kral İbn Suud, 1346/1927 yılında muntazam bir İslâm hukuku kanunnâmesi hazırlamayı düşünmüştür. Bu kanunnâme, yalnız Hanbelî doktrinine dayanmıyacak, aynı zamanda İbn Teymiye'nin düşüncelerine uyacaktı. Her özel hüküm ise söz konusu meseledeki görüşü sağlam bir şekilde *Kur'ân* ve *sünnet*'e dayandığı anlaşılan ekolden alınacaktı. Fakat, Hanbelî ulemâsının itirazları sonucunda kral bu projeden vazgeçmek zorunda kalmış ve Suudî Arabistan'ın 1347/1928 ve 1349/1930 tarihli nizamnâmeleri kadılar için Hanbelî ekolünün muteber metinlerini uygulama mecburiyetini koymuştur. Hanbelî doktrinine uygun olan şeri'atın yanında, gerçekte hükûmetin kanun kuvvetinde olan idârî talimatı bulunduğu halde, laik bir yasamanın zuhurundan sakınmak amacıyla ona "nizâm" veya "mersum" adı verilmiş olup, bunlar Ortadoğudaki İslâm memleketlerinin laik hukukları için teknik bir terim olarak kullanılan "kanun" dan farklıdır. 1350/1931'de bir ticâret *nizam*'ı ilan edilmiş ve Cidde, Yenbu' ve Demmam'da ticâret mahkemeleri kurulmuş; fakat bunlar tekrar kaldırılarak görevleri 1954'de kurulan Ticâret Bakanlığına devredilmiştir[48]. Şeri'atın ceza hukuku şeklen değil, maddî bakımdan iş ve işçiler nizamnâmesi ve motorlu taşıtlar nizamnâmesi gibi nizamnâmelerin etkisi altında kalmıştır. Birinci-
88 sine göre iş kazaları için tazminat davaları Maliye Bakanlığınca ka-

47. Bununla birlikte kölelik ve el-ayak kesme, recm ve adam asma gibi hadd cezaları kaldırılmış; fakat Kuzey Nijerya'da çok mülâyim bir şekilde icra edilmekte olan kırbaç cezası kalmıştır.

48. Ticâret Nizâmı, Osmanlı Ticâret Kanunnâmesine dayanmaktadır; fakat faiz için yapılan bütün atıflar çıkarılmıştır.

rara bağlanmaktadır. Beri yandan kadı, bu meseleler hakkında yetkisizliğini beyân etmekte, fakat aynı zamanda kan bedeli ile ilgili meselelerde hüküm vermektedir. İkincisine göre de polis, şoförün herhangi bir suçu varsa inceler ve karar verir, kadı da bundan sonra polisin kararını esas alarak kan bedelini tayin eder. Bir çok nizamnâmeler, para ve hapis cezalarını öngörmüştür. Bunlar gerektiği zaman şerî'atın emrettiği cezalarla birlikte verilmektedir. Nihâyet 1373/1954 yılında bir şikâyetler mahkemesi (divânu'l-mezâlim) kurulmuştur.

Yemen'de İmâm Yahyâ, halkın muhâlefetine rağmen (Zeydî-Şi'î doktrine uygun olarak) sırf İslâm hukukunu tatbik etmeye çalışmıştır.

4. Afganistan'daki uygulama da, İslâm hukukuna bırakılan sahada özleşme akımının, pratikte bu hukuk tatbikatının örfî hukukla sınırlanarak birlikte bulunabileceğini göstermektedir. Kabîle örfleri bu memlekette hâkimdir ve (Hanefî doktrinine göre kabul edilen) şerî'at, onlara yardımcı durumdadır. Ancak Emânullah Han, 1924 yılında şerî'atı gözeterek "kanun" değil, "nizamnâme" adını verdiği ve getirdiği yenilikler para cezalarından fazla bir şey olmayan ve dereceli bir ceza sistemi ortaya koyarak kadının "ta'zîr" esasına dayanan takdir hürriyetini sınırlayan bir ceza kanunu vazetmeye çalışırken, bilginler tarafından bu kanunu iptale kadar varan düzeltilmiş bir diğeri ile değiştirmeye zorlanmıştır.

13

OSMANLI İMPARATORLUĞUNDA İSLAM HUKUKU

89 1. İlk Abbasî devrinden sonra kurulan İslâm devletlerinin fiilî tatbîkatı kutsal hukukun hükmüne tâbi tutma gayretleri, neticeleri bakımından hissedilir bir şekilde farklılık gösterdiği halde, esas itibariyle aynı türe girmektedir. Bu teşebbüslerin en dikkate değer ve bir zaman için en başarılı olanı, Osmanlı İmparatorluğunda ortaya konmuştur.

Osmanlı Türklerinin müslüman olmaları, İslâm hukuk tarihinde çok önemli bir olaydı. İslâma yeni girmiş ve tarihin bağlarından azâde oldukları için Türkler, İslâmı, uzun bir süre onu tanımış olan milletlerden daha ciddiye almışlardır. Başlangıçta onlar arasında mistik ve birbirine zıt eğilimler hâkimdi, örfî ve idârî bir hukuk hüküm sürmekte idi ve şerî'atle bağdaşmayan müesseseler olduğu gibi kabul edilmişti. Meselâ, devşirme müessesesi böyledir. Buna göre zaman zaman Hristiyan tebeanın çocukları asker yapılmak için zorla alınıyor ve cebren müslüman ediliyordu. Ayrıca "arus resmi" denilen evlenme vergisi gibi mâlî tedbirlerle arazî ikta' sistemi (aşağıya bak.) de olduğu gibi kabul edilmiştir. Bu özellikler ve diğer hususlar, gelecek devirlerde de varlığını sürdürmüştür.

2. Bununla birlikte onaltıncı yüzyılın başlarında, İslâm bilginlerini ve özellikle İslâm hukuku uzmanlarını teşkil eden *ulemâ* tarafından temsil olunan Sünnî İslâm muzaffer olmuştur. Osmanlı sultanları, bilhassa Selim I (1512–20) ile Süleyman I (1520–60) ve hemen bunları takip edenler, dindar hükümdar olma arzuları bakımından ilk Abbasî halîfelerinden daha ciddî idiler. Bu Osmanlı sultanları, Türklerin daimâ önem verdikleri Hanefî mezhebine uygun olan İslâm hukukunu, ilk Abbasî devrinden beri büyük maddî medeniyeti olan bir cemiyette her zaman sahip olduğu nüfuz bakımın-

dan en yüksek derecesine ulaştırmışlardır. Onlar, adâletin tevziini tamamıyla şerî'ate dayandırmışlardır. Hattâ sivil idârenin en küçük
90 birimini kadının selâhiyeti altında bulunan *kazâ* (ilçe) olarak kabul etmişler ve mahallî polis şefi olan Subaşını kadının emrine vermişlerdir. Bilgin ve kadıları müşterek bir öğrenim esasına göre yetiştirmişler ve onları muntazam bir meslekî meratip silsilesine göre teşkilatlandırmışlardır. Başmüftî'ye, yani Şeyhu'l-İslâm unvanını taşıyan ve bu merâtip silsilesinde başı teşkil eden İstanbul müftîsine özel bir yetki vermişlerdir. Şeyhu'l-İslâm, devletin en yüksek memurlarından birisi haline gelmiş ve devlet içersinde kutsal hukuka riayet edilmesini sağlamak ve kadıların faaliyetlerini kontrol etmekle görevlendirilmiştir. Her önemli vesîlede hükûmetçe yapılması düşünülen işlerin şerî'ata uygun olup olmadığı ona danışılmıştır. Süleyman I zamanında, özellikle 952/1545'den 982/1574 tarihinde vefat edene kadar Başmüftîlik görevinde bulunan Ebû's-Suûd'un şahsında bu makâm kudretinin doruğuna ulaşmıştır.

Ebû's-Suûd, Osmanlı İmparatorluğunun idârî hukukunu teşkil eden kanunu şerî'atle uzlaştırmayı başarmıştır. Süleyman I'in desteği ile o, daha önce Mehmed II zamanında başlamış olan (aşağıya, 3 numaralı bende bak.) gelişmeyi takviye ve ikmâl etmiştir. Kendisi, daha Başmüftî olarak tayin edilmeden önce sultanın emirlerine uyarak, Avrupa kıtasına düşen eyâletlerin arazî hukukunu yeniden gözden geçirmeye ve onu şerî'at prensiplerine tatbik etmeye başlamış bulunuyordu. Bununla birlikte bu prensiplerin uzlaşmaz bir şekilde tatbîki, başarıya ulaşamamış ve nihâyet Ebû's-Suûd, İslâmî *vakıf* kavramı ile Osmanlı mâlî *tapu* müessesesi arasında tatbik imkânı olan bir uzlaşma noktasına ulaşmıştır. Öte yandan Ebu's-Suûd, şuurlu bir şekilde ve şumüllü ifâdelerle kadıların selâhiyetlerinin, kendilerinin sultan tarafından tayinlerinden doğduğu ve dolayısıyla şerî'atı tatbikte onun direktiflerine uymaları gerektiği esasını yeniden formüle etmiştir. Ebû's-Suûd zamanında sayıca otuzikiye ulaşan bu direktifler iki şekil almıştır: 1) Kadıların Hanefî otoritelerince kabul edilen bir kaç görüşten birine uymalarına dair talimat. 2) Bazı hususların onların selâhiyetlerinden geri alınması. Kadılardan her biri, bazı sınırlı yetkilerle tayin ediliyor veya kendi özel yetki sınırları içerisinde sadece bazı davâlara (sözgelişi, evlenme veya mirâs davalarına) bakmak zorunda kalıyordu. Bunun içindir ki, Sultan Süleyman 1550'de, Ebû's-Suûd'un teklifine uyarak ve hükümlerde birliği sağlamak amacıyla (bak., s. 138), muteber bir sebep bulunmaksızın on-
91 beş yıldan fazla mahkemeye getirilmemiş olan dâvlara bakmamaları

için kadılara talimat verince, bu, yeni bir şey teşkil etmiyordu. Gerçekte bu, onbeş yıllık bir zamanaşımı müddetini veya zamanaşımının sınırını tayin konusunu ortaya koymuştur. Bu ise, Osmanlı İmparatorluğunda İslâm hukukunun nasıl uygulandığını gösteren tipik bir misâldir. Kadıların yetkilerinin sınırlanışı, İslâm hukukunda esaslı değişikler yapmak isteyen modernistler için uygun bir kapı olmuştur (bak., s. 106). Oysa bu düşünce, Osmanlıların zihninden bile geçmemiştir.

3. Osmanlı sultanları, yalnız kutsal hukuka bağlılıkları ile değil, aynı zamanda kendi teşrî'î faaliyetleri ile de temayüz etmişlerdir. Süleyman I, kendisi, "Kanunî" unvanını taşır (ki bu, gerçekten onun yalnız yasama faaliyetini değil, aynı zamanda genel olarak etkili bir idâreyi gözettiğini gösterir). Osmanlı sultanları büyük bir samîmiyetle gerçek kanunları teşkil eden *kanun* veya *kanunnâmeler*'i koymuşlar, bu şekilde yapmakla kutsal hukuku ihlâl etmediklerine veya ona zıt bir davranışta bulunmadıklarına, fakat onu dinî bakımdan hiçbir farkı olmayan yasalarla tamamladıklarına inanmışlardır[49]. Gerçekte bu Osmanlı kanunnâmelerinin en eskisi olan Sultan Mehmed II (1451–81)'nin kanunnâmesi, sık sık İslâm hukukuna başvurur ve onun kavramlarını serbestçe kullanır. Bu kanunnâme, başvezirlik makâmı, merâsim divanı, mâli esaslar gibi diğer konuların yanında ceza hukukunu da ele alır. Ayrıca *hadd* cezalarının eskidiğini ileri sürerek, bunların yerine dayakatma veya suçlunun iktisâdî durumuna göre değişik miktarlarda konan para cezaları gibi *ta'zîr* cezalarını getirir. Hakikaten bu hükümler, sadece hükümdarın *siyâset*'i (idârî adâleti icra tasarrufu) ile şerî'atı tamamlamanın ötesine gider ve şerîa'atın yerini alma derecesine kadar varır. Büyük bir kısmı daha önce Bâyezid II (1481–1512) zamanında yazılmış olduğu anlaşılan Süleyman I kanunnâmesi, bu yolda dikkate değer bir gelişme gösterir. Bu kanunnâme, askerî timarı, gayrı müslim tebeanın durumunu, zabıta ve ceza hukuku konularını, arazî ve savaş hukuklarını ele alır. Ceza hukuku alanında, bedenî cezalara önemli bir yer verilir. Sözgelişi, ırza geçen kimsenin iğdiş yapılması, kundakçıların, bazı hırsız ve ev soyan kimselerin asılması, âdet haline gelen durumlarda sahtekâr ve kalpazanların ellerinin kesilmesi, para cezaları şıkkından
92 başka bazan hırsızların ellerinin de kesilmesi (ki bu, özel bir hadd

49. Bu teknik ya da terimi ilk ortaya koyanlar Osmanlılar değildi. Bunlara, Osmanlılardan önce Suriye ve Mısır'da Memlûklar, Kuzey Mezopotamya'da Akkoyunlularda da rastlandığı görülür; fakat Osmanlılar, tatbikatı gözle görülür şekilde geliştirmişlerdir.

cezasını canlandırır) ve alınıp çalınmış şeylerle ilgili dolaylı delil bulunduğu takdirde işkenceye başvurulması gibi cezalar bu arada sayılabilir.

Umumî ahlâkın kontrolü, kadıların sorumluluğu altında idi. Onlara bu hususlarla ilgili bir çok talimat çıkarılmıştı ve bunları Subaşı veya zabıta âmirî icrâ etmekte idi. Muhtesib de onların adına ticâret ve sanayii kontrol ediyordu.

4. Osmanlı İmparatorluğunda onaltıncı yüzyılda hukuk nizâmı, sadece birlik arzetmesi bakımından bile olsa, çağdaş Avrupa'da hâkim olan hukuk düzeninden çok üstündü; fakat sonraları İmparatorluğun gerilemesi, ona mutlak surette ters bir etkide bulundu. Mahmud II (1808–39)'nin güçlü bir şekilde başlatmış olduğu ıslahat teşebbüsleri, zarurî olarak şerî'atla çatışmaya yol açtı. Mahmud'un halefi olan Abdulmecid (1839–61) tarafından çıkarılan Gülhane Hatt-ı Hümâyun'unda (1839 yılı nihayetinde) müslüman ve müslüman olmayanlar ilk defa birlikte "tebe'a" adını almışlardır. Bunu takip eden yıllarda, Avrupa'daki örneklerine uygun olarak *Tanzîmat hareketi* başlamıştır. Bu hareketin önemli ilk işi ticâret kanunnâmesinin ilanı olmuş (yıl: 1850) ve hukuk konularının biri diğerini takip ederek, İslâm hukuku çerçevesinden çıkmıştır.

Bununla birlikte şerî'at henüz resmen bırakılmamıştı; aksine, Osmanlı Türkiyesi, dinî İslâm hukukunun bazı kısımlarını tedvin etmek için çalışmış ve onu bir devlet hukuku olarak kabul etmiş tek İslâm ülkesidir. *Mecelle* (uzun adıyla: Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye), akitler ve borçlar hukuku ile sivil muhakeme usûlünü maddeler halinde ihtivâ eden bir kanunnâmedir. Bu, Osmanlı medenî kanunu olmak üzere 1877'de ilân edilmiştir*. Açıklayıcı mahiyetteki Mazbata'ya göre Mecelle'nin gayesi, İslâm hukuk doktrininin geçerli bir izahı ile yeni ihdâs edilmiş *dünyevî* mahkemelerin kurulmasını temin etmek ve güç bir hal alarak kullanılışlı olmayan İslâm hukuku eserlerine başvurmayı (yasaklamaksızın) önlemekti. Sırf İslâm hukuku, kendi tabîatı icabı tedvin için elverişli değildir; çünkü bu hukuk, sadece muteber hukuk ekollerinden birisine göre gelenekçi bir şekilde öğretildiğinden otoriter bir özelliğe sahiptir. Mecelle tecrübesi, Avrupaî düşüncelerin tesiri altında yapılmış ve daha doğrusu, İslâmî
93 değil, ancak dünyevî bir kanunnâmedir. Mecelle, şer'î mahkemeleri

* 26 Şaban 1293 tarihi, *Mecelle*'nin sonundaki irâde-i seniyye tarihi olup, bu da 17 Eylûl 1876 yılına tekâbül etmektedir. (Çev.)

hedef tutmamıştır ve gerçekte de o bu mahmelerde Türkiye'de mevcut olduğu sürece kullanılmamıştır. Mecelle, sırf İslâm hukuku doktrinine ait bazı tadiller de getirmiştir. Özellikle bunlar, *beyyine* ile ilgili hükümlerde göze çarpar[50]. Bununla beraber Mecelle, Osmanlı İmparatorluğunun resmî kanunnâmelerinden birisi idi. 1918'den sonra Osmanlı İmparatorluğundan ayrılan memleketlerde, daha sonra buralarda kurulmuş olan devletlerde (yeni kanuna tabi olarak) Mecelle hükümleri cârî kalmıştır. Bu ülkelerde Mecelle, modern laik mahkemelerce medenî kanun olarak tatbik edilegelmiştir. Nihâyet Lübnan'da (1932), Suriye'de (1949) ve Irak'da (1953) Mecelle'nin yerini yeni medenî kanunnâmeler almıştır. Daha önce 1878'de Osmanlı İmparatorluğundan ayrılmış olan Kıbrıs'da ve İsrail ile Ürdün'de halâ medenî hukukun esasını Mecelle teşkil etmektedir[51].

5. Türkiye'de 1926'da gerçekten yalnız Mecelle değil, aynı zamanda bütün İslâm hukuku ile ilgili şer'î mahkemeler kaldırılmıştır. Aynı şey, 1928'de de Arnavutluk'da yapılmıştır. Yugoslavya'nın müslüman kesiminde (Bosna ve Herkes'te) de yalnız şuf'a müessesesi muhafaza edilmiş olmakla birlikte Mecelle kaldırılmış, İslâm hukuku bazı bakımlardan ahvâl-i şahsiyye (statut personnel), vasiyet ve vakıf gibi konularda müslümanlara uygulanmaya devam etmiştir. Bütün bunlara dünyevî mahkemelerde bakılmıştır. Yunanistan'da da müftîler tarafından yürütülen İslâm hukuku, ahvâl-i şahsiyye, mirâs ve vakıfla ilgili hususlarda, 1913'de Osmanlı İmparatorluğunca terkedilen bölgelerde müslümanlara uygulanmaktadır.

50. Meselâ, bir şahit ve onun şehâdeti için bütün geleneksel şartlar istenmiş, fakat müslüman olma şartı istenmemiştir. (Bak., *Mecelle*, m. 1684 vd.).

51. Bu ülkelerle ilgili bibliyografya için bak., s. 255 vd.. *Mecelle*, Mısır'da hiç uygulanmamıştır. 1917 tarihli Osmanlı Aile Kanunnâmesi için bak., s. 103.

14

HİNDİSTİN'DA İNGİLİZ VE CEZAYİR'DE FRANSIZ TESİRİ ALTINDA İSLAM HUKUKU

94 1. Daha kısa ömürlü olmakla beraber, pratikte İslâm hukukunun bütününü tatbik etme hususundaki önemli diğer bir teşebbüs, Hindistan'da Moğul İmparatoru Evrengzib Âlemgîr (1067/1658–1118/1707) devrinde İmparator Ekber'in kısa süren dinî bir denemesine karşı sünnî reaksiyonun bir bölümü olarak ortaya çıkmıştır. Burada da Hanefî doktrini takip edilmiş ve yalnız fetvâlardan değil, aynı zamanda bu ekolün muteber metinlerinden seçilmiş parçalardan meydana gelen ve "fetâvây-ı âlemgîriyye" diye anılan muazzam bir eser, adını taşıdığı bu İmparatorun emriyle yazılmıştır. Bir hükümdarın dinî hukuka ait bir eserin resmî hâmisi olarak gözüken bu arzusu, emsali pek görülmemiş bir şeydir[52]. Tatbîkatta Âlemgîr tarafından başlatılan şerî'atın bu hâkimiyeti, Hindistan'da İngiliz idâresi zamanında da uzun süre devam etmiştir.

2. Doğu Hindistan Şirketi, 1772'de kendi iş yerlerinin dışında bir takım hükümranlık hakları ve yargı yetkisi talebinde bulunmaya karar verince, onlar, yalnız ahvâl-i şahsiyye, mirâs ve bütün İslâm medenî hukukuna değil, aynı zamanda ceza hukukuna da şerî'atın hâkim bulunduğunu görmüşlerdir. Şerî'at, birbirini izleyen bir takım değişikliklere rağmen, ceza hukukunun temeli olarak kalmış ve 1862' ye kadar Bengal ile İngiliz işgali altında bulunan Hindistan'ın diğer müslüman kesimlerinde oturan bütün insanlara tatbik edilegelmiştir. Beyyine hukuku, 1872 yılına kadar tamamıyla kaldırılmamıştır. Âile ve mirâs hukuku ile dinî mahiyeti haiz olan vakıf, bağışlar ve şuf'a dahil diğer hususlar yönünden şerî'atın müslümanlar için de-

52. Bundan daha önce *Fetâvâ-yi Tatarhâniyye*, Muhammed II Tuğlâk (726/1324–752/1351)'ın sarayında bir asılzâde olan Tatarhân (ölm. 752 h./1351 m. den hemen sonra)'ın emri ile yazılmıştır.

vamlı bir şekilde muteber oluşu, 1772 tarihli bir nizamnâme ile güvence altına alınmıştır. Esasen bu, günümüze kadar geçerliliğini de korumuştur. Ondokuzuncu yüzyılın başından itibaren Oniki İmamcı (İsnâ-Aşeriye) Şi'î hukuku, bu mezhebe bağlı olan şi'îlere uygulan-
95 mıştır. Katı nazariyeye göre bütün İslâm hukukunun, medenî hukukun kalan kısmı, ceza hukuku ile beyyine hukuku dahil, dinî mahiyeti haiz olarak kabul edilmesi gerekir; fakat ondokuzuncu yüzyıl boyunca, biraz önce zikredilen sahalarda İslâm hukukunun yerini İngilizlerden mülhem olan kanunlar alırken önemli bir muhâlefet sesi yükselmemiştir. Sistematik görüş bakımından bu, mühim bir ayrılıştır ve Ortaçağın başından beri İslâm ülkelerinin çoğunda görülen İslâm hukukunun ilgili bölümlerinin sessizce ihmâl edilmesinden daha büyük önemi haizdir. Bu göstermektedir ki, ilk defa laik hukuk fikri, önemli bir müslüman cemaatin önderlerince kabul edilmiştir.

1772'de de Britanya Hindistan'ında İngiliz hâkimleri kadının yerini almışlar ve 1864 yılına kadar "mevlevîler" in, yani müslüman bilginlerin yardımını görmüşlerdir. Aslında bu mevlevîler, müftî idiler ve görevleri, İngiliz hâkimlerinin istifâde etmeleri için İslâm hukukunun sahih doktrinini açıklamaktı[53]. Gerçekte o zaman için işler, önce olduğu gibi, sürüp gitmiştir. Evvelce kadının kararı olarak kabul edilen şey, bundan böyle artık İngiliz hâkiminin yerine getirip getirmemede serbest olduğu bir rapor haline gelmiştir. Kazaî hiçbir fonksiyonu olmaksızın ve sadece ispat maksadı ile evlenme kayıtlarını tutan memurlar şeklinde kadılar, bugüne kadar geleneksel bir temele bağlı olarak devam etmişlerdir. Zaman ilerledikçe İngiliz hâkimiyetindeki Hindistan'ın müslüman bölgelerinde görev yapan hâkimler giderek daha fazla bir şekilde Hint müslümanlarından yetiştirilmeye başlanmıştır. Fakat bütün yargı otoriteleri İngiliz hukukuna göre yetiştirilmişler ve *emsal* doktrini gibi İngiliz hukuk kavramları, İngiliz örf ve âdet hukukunun (common law) genel prensipleri ve adâlet anlayışı kaçınılmaz bir surette ve gittikçe artarak Hindistan'da uygulanan İslâm hukukuna sızmıştır. Nihâyet aynı derecede önemi hâiz olan bir diğer husus da şudur: Temyiz mercii olan Şûrâ Meclisi (Privy Council)'nin kazâ yetkisi de, kendi amaçlarının tamamıyla aksine, bizzat hukuka mutlak surette tesir etmiştir.

53. Tabiatıyla Mevleviler, İslâm hukukunda özleşme taraftarı idiler ve bunların tavsiyeleri ile ilk İngiliz hâkimleri yazılı beyyineyi reddetme yoluna gitmişlerdir. Zaman zaman bu hâkimler, hırsızın elini kesme gibi hadd cezalarını tatbik edecek kadar ileri bile gitmişlerdir.

3. Bu şekilde pek az olan müspet hukuk değişikliklerinden zi-
96 yâde[54] son zamanlarda Pakistan ve Hindistan Cumhuriyetini teşkil eden Britanya Hindistan'ında İslâm hukuku, esas itibariyle koyu İslâm şerî'at hukukundan farklı olarak bağımsız bir hukuk sistemi halinde gelişmiş ve özel bir şekilde "İngiliz tesiri altında İslâm hukuku" (Anglo-Muhammadan Law) adını almıştır. Şerî'at hukukunun dışında yeni bir Anglo-Muhammadan hukuk ilmi gelişmiştir. Ancak bu ilmin gayesi, İslâm hukukunun teşekkül devrindeki fıkıh ilmine aykırı olarak, İslâm açısından hukuka ait belirli bir ham malzeme yığınını değerlendirmek olmayıp, modern İngiliz hukuk ilminden mülhem olarak, Anglo-Muhammadan hukuka müstakil hukuk prensiplerini tatbik etmektir. Bu hukuk ve buna dayanan hukuk ilmi, Hindistan'da İslâm ve İngiliz hukuk düşüncelerinin birlikte bulunup, yardımlaşmalarının tek, en başarılı ve canlı sonucunu teşkil etmektedir[55].

Hindistan'daki İngiliz hâkimiyetinin son yıllarına doğru çok önemli bir yasa, 1937 tarihli Şer'î Kanundur. Bu kanun, Britanya Hindistan'ındaki müslümanlar arasında hemen hemen tamamıyla örfî hukukun itibarını ortadan kaldırmış ve onlara, kanunla tadil edildiği ve İngiliz-Hint kazaî otoritesi tarafından yorumlandığı şekliyle resmî şerî'at doktrinini kabul ettirmiştir. Şerî'atın üstünlüğüne rağmen, özel olarak mirâs işleri, bir çok müslüman cemaatleri arasında, ekseriya kadınları hariç tutarak, örfün hâkimiyeti altında bulunmaya devam etmişti. Söz konusu kanun, bu durumu düzeltmeyi de hedef tutmuştur[56]. Şerî'atın ancak kısmen behemehal tatbik edildiği ve ahvâl-i şahsiyye gibi ana bölümlerinde bile derin bir surette İngilizleşmiş olduğu görülen bir memlekette örfe karşı sırf şerî'at nazariyesini tatbik sahasına koymak, eskiye ve özleşme cereyanına yönelmiş bir davranıştı[57].

---

54. Daha önce 1850'de köleliğin kaldırılması, din ayrılığı yüzünden mirasçı olmamak dahil, bir takım hukuki ehliyetsizliklerin kaldırılması ve 1929 yılında çocukların evlendirilmesinin (yalnız gayrı muteber değil, aynı zamanda) cezaî bir suç sayılarak yasaklanması gibi...

55. Yine aynı şekilde çok kısa ömürlü de olsa, İngiliz hukuku ile Osmanlı *Mecelle*'sinin birbirini etkilemesi, İngiliz mandası altındaki Filistin'de görülmüştür. Filistin ve İsrail ile ilgili bibliyografya için bak., s. 255.

56. Bu kanun, ziraî arazîye uygulanmamıştır. Pakistan'da 1948 tarihli Müslüman Pencap Şahıs Hukuku Tatbikat Kanunu, İslâm miras hukukunu buna da uygulanır hale koymuş; fakat bu, ekseriya hileli yollarla uygulanamamıştır.

57. 1939 tarihli Müslümanların Evlenme İşlerini Çözümleme Kanunu için bak., s. 104.

4. İngiliz hukuk düşüncesini, İslâm hukuk müesseselerine tatbik etme işi, vakıf konusunda olduğu gibi, zaman zaman bir takım zorluklara yol açmıştır. Hanefî vakfının esaslı bir hususiyeti, onun amacının sürekli olmasıdır. Sözgelişi, eğer lehine vakıf yapılanlar vâkıfın ahfadı iseler, fakirlerin veya sürekli bir amacın söz konusu vakfın gelirinden ikinci derecede yararlanacaklar olarak belirtilmeleri gerekir. Bununla beraber, Şûrâ Meclisi, 1894'de vakfın en sonunda fakirlere
97 kalışının aldatıcı bir şey olduğunu ve bu türden olan "âile vakfı"nın "ahfâddan doğmamış gelecek nesiller için ömür boyunca sâbit bir gelir teşkil eden basit bağışlar"[58] olarak muamele görmesi gerektiğini kabul etmiştir. Böyle bir bağış, İslâm hukukunda yasak edilmiş ve dolayısıyla geçersiz bir şey sayılmıştı. Pratik bakımdan İslâm hukukunda büyük önemi olan köklü bir müesseseyi hükümsüz kılan bu karar, Hindistan'da öyle bir hoşnutsuzluk yaratmıştır ki, bu yüzden kanun koyucu ileriye bir adım daha atarak, 1913 tarihli Müslüman Vakfını Yürütme Kanunu'nu vazetmek zorunda kalmıştır. Bu kanun, İslâm hukuk ilminin *âile vakfı* (zürrî vakıf) ile ilgili doktrinini yeniden canlandırmıştır. Fakat bu kanun, mâkabline şâmil olmadığı için Şûrâ Meclisi, 1922 yılında halâ 1913'den önce ihdâs edilmiş âile vakıflarını geçersiz sayabiliyordu. Bu yüzden 1913 tarihli kanunun, 1930 tarihli başka bir Müslüman Vakfını Yürütme Kanunu ile öncesine şâmil hale getirilmesi gerekmiştir. Yalnız son zamanlarda, 1956 yılında, İslâm âile hukuku üzerinde çalışan bir Pakistan heyeti, Ortadoğu ülkelerinde vakıfla ilgili modernist yasama faaliyetlerinin (bak., s. 103) etkisi altında kalarak, 1913 tarihli kanunun yararsız hale geldiğini ve kaldırılması gerektiğini ileri sürmüş; fakat şimdiye kadar hiçbir yasama faaliyetine girişilmemiştir.

Anglo-Muhammadan hukuk, Doğu Afrika'daki İngiliz sömürgelerinde yaşayan müslümanlara tatbik edilmemiştir; fakat 1946'dan itibaren Doğu Afrika Temyiz Mahkemesi ve 1952'den itibâren de Şûrâ Meclisi, kendilerinin, *âile vakfı* ile ilgili 1894 tarihli karara bağlı olduklarını kabul etmişlerdir. Halbuki 1913 ve 1930 tarihli kanunlar, Doğu Afrika'ya değil, yalnız Hindistan'a uygulanmıştır. Hindistan kanunlarına paralel olarak, Zengibar ve Kenya'da (kezâ, Aden'de)'ki yasama usûlleri, mahkemelerin kökleşmiş amaçlarına karşı faydasız bir tecrübe olmuş ve bu ülkelerin muhafazakâr müslümanları, 1958 yılında bundan kurtulmak için müracaatta bulunmuşlardır.

58. Bu tırnak içerisindeki kısmı meşhur Ebû'l-Fetâ ile Russomoy davasındaki hükümden kısaltarak aldım (22 *Law Reports, Indian Appeals*, 76).

5. İslâm hukukunun Cezayir'de Fransız hukuku tesiri altındaki gelişmesi, Hindistan'da İngiliz etkisi altındaki gelişmesine bazı yönlerden paralellik arzetmekte ise de, bu gelişmeler, sonuçları bakımından çok farklı olmuştur. Cezayir'in büyük bir kısmında kadılar, normal olarak kendi yetkilerine giren konularda İslâm hukukunu, Mâlikî mezhebine göre, tatbîke devam etmişlerdir[59]. Fransız idâresi, geleneğe karşı İslâm hukukunun tatbîkat sahasını Türklerin idâresi al-
98 tında olduğundan daha öteye götürmüşlerdir. Bu, tıpkı İngiliz idâresi altındaki Kuzey Nijerya'da ortaya çıkan durumla kıyaslanabilir. Müspet yöndeki yasama değişiklikleri Cezayir'de de pek az olmuştur. Bu değişiklikler, esas itibariyle küçükler üzerindeki vesâyet, evlenme ve boşanmaya ait formalite ile ilgili olup, 4 Şubat 1959 tarihli bir nizamnâmede (17 Eylül 1959 tarihli bir kararnamede yer alan esaslarla birlikte) en yüksek noktasına ulaşmıştır. Söz konusu bu nizamnâme, evlenme akdinin karı ve kocanın rızasıyla tamamlandığını kabul eder, evlenmek için asgarî bir yaş haddi kor ve evliliğin ölümden başka yalnız karı veya kocadan birinin isteği veya her ikisinin müşterek talebi üzerine bazı sebeplere dayanılarak mahkeme kararı ile sona erebileceğini emreder[60]. Nihaî temyiz merciini, Cezayir şehrindeki Temyiz Mahkemesinin Müslümanlarla ilgili Temyiz İşleri Dairesi (Chambre de revision musulmane) teşkil eder. Bu mahkemenin Cezâyir'de İslâm hukuku üzerindeki etkisi, tıpkı Hindistan'da Şûrâ Meclisinin İslâm hukukuna yaptığı tesirle kıyaslanabilir. İslâm hukukunun *furû*'a ait hükümlerinin, Batının, eşitlik, adâlet veya insaniyet fikirleri ile uzlaşmaz olduğu ortaya çıkınca bu mahkeme, kendisinin İslâm hukukunun katı doktrininden ayrılmak zorunda kaldığını sanmıştır. Bu Temyiz Mahkemesi, bazan kendi kararları için gerekçeler verirken, müslüman hukukçuların geleneksel yorumlarını tadil etmeyi uygun görmüştür. Fakat doğrudan doğruya ve samîmiyetle ifâde edildikleri zaman bu mahkemenin amaçlarının bütün açıklığı ile müslümanların lehine olduğu ortaya çıkar. Ancak bu amaçları desteklemeyen bazı mülahazalar vardır ki, bu mahkeme bu mülahahazalara pek büyük bir önem vermiş olamaz.

Fransız *içtihât hukuku* veya hukukî teamülleri, Cezâyir'de İslâm hukukunun uygulandığı şekli tayin eden büyük bir âmil olmuştur. Öte yandan bu içtihat hukuku (Jurisprudence) da Cezâyir'deki

59. 1959 tarihli lâyiha, şer'i mahkemeleri kaldırıp, adâlet işlerini sivil mahkemelerin elinde birleştirmek istemiştir. Bu lâyiha 1955'de Mısır'da benzeri bir yolun benimsenmesini takip eder. (Bak., s. 103).

60. Bu, 1956 tarihli Tunus Ahvâl-i Şahsiyye Kanununu kaldırmaktadır (bak., s. 108).

Fransız hukukçularının ve özellikle daha sonra 1916 yılında basılan bir Cezâyir Müslüman Hukuku Kanunnâmesi Taslağı (Avant-projet de code du droit musulmane Algerien)'nı hazırlamak üzere 1906 yılında görevlendirilen mütevveffa Marcel Morand (ölm. 1932)'ın hukuk düşüncesinin önemli ölçüde tesiri altında kalmıştır. Yazar, bu eserinde, kendisine göre modern görüşlere daha çok uygun düştükçe Hanefî ekolünün doktrinlerini kabul ederek, sırf Mâlikî hukukunun bir çok değişik görüşlerini bir araya getirmiştir. *Morand Kanunnamesi* (Code Morand) adını da alan bu lâyiha, hiçbir zaman kanun haline gelmemiş; fakat pratik bakımdan büyük bir önemi haiz olmuştur[61].

99 İşte bu şekilde, Cezâyir'de tatbik edilen İslâm hukuku, bağımsız bir hukuk sistemi haline gelmiş ve özel olarak "Cezayir Müslüman Hukuku" adını almıştır. İslâm hukukunun meselelerini ele alan İngiliz ve Fransız hukuk düşüncesinin takip ettiği farklı yollar hakkında karşılaştırmalı bir araştırma şimdiye kadar yapılmış değildir.

6. Pakistan'da (ve Hindistan Cumhuriyetinde) bağımsızlığın elde edilmesi, Anglo-Muhammadan hukukun muteber olarak kalma durumunu değiştirmemiştir. (Pakistan'daki yeni gelişmeler için bak., s. 104). Cezâyir Cumhuriyetinde ise İslâm hukukunun alacağı durumu bize zaman gösterecektir.

61. Tunus'un Code Santillana'sı için bak., s. 108.

15

MODERNİST YASAMA FAALİYETLERİ

100 1. Ortadoğu İslâm hukuku üzerindeki Batı tesiri, Hindistan'da olduğu gibi, ne teknik yönden kazaî mahiyette idi, ne de Cezâyir'de görüldüğü gibi karmaşık bir nitelik arzediyordu. Ancak bu tesir, ilk olarak Batılılaşma eğilimlerinin, daha sonra da modernist (yenilikçi) hareketin bir sonucu olarak kendisini göstermiştir. Bunların her ikisi de, İslâm dünyasının Batı medeniyeti ile temasından doğmuştur. Yeniliklikçilik (modernism), Ortaçağa ait bir şey olarak düşünülen ve modern çağlarla bağdaşmayan geleneksel organları ile ilgili kısımlarını yenileştirerek, İslâmı günümüzün şartlarına uydurmak amacını güder. İlk önce yenilikçi tenkit, İslâm hukukunun geleneksel şekline, yani İslâmın bir din olduğu kadar hukuk sahasını da düzenlemesi gerektiğini ifâde eden "dinî hukuk" (şerî'at) kavramına karşı değil, Ortaçağın müslüman bilginleri tarafından geliştirilen doktrine ve bunun muteber olarak devam etmesi arzusuna karşı yöneltilmiştir. Belli başlı modernistlerden bir çoğu meslek itibarıyla modern hukukçu idiler ve bütünüyle modernist hareket çeşitli sahalara uzandığı halde, burada onun ana kaynağı, eskisinin yerine yeni bir İslâm hukuk ilmi koymak arzusudur.

2. Ondokuzuncu yüzyıl boyunca Batı ile temasın İslâm hukuku üzerindeki tesirleri, tatamıyla maddelere ayrılmış Batılı kanun şekillerinin kabul edilmesine münhasır kalmıştır. Bu durum, hem Osmanlı Mecelle'sinde, hem de Hanefî aile hukuku ile mirâs hukukunun Muhammed Kadri Paşa tarafından Mısır için resmen himâye edilen tedvininde (1292/1875) kendisini göstermektedir[62]. Bu eserin amacı da, şer'î mahkemelerce uygulanan hukuku gerçekleştirecek münasip

62. Mülkiyet hukuku (1308/1891) ve vakıf hukuku (1311/1893) ile ilgili tedvinler, Kadri Paşa'nın özel mahiyette kaleme aldığı eserlerdir.

bir yolla dünyevî mahkemeleri hazırlamaktı. Mecelle'nin aksine, Kadri Paşa'nın eseri, hiçbir zaman resmen kanun haline gelmemiş olduğu halde, bunun üzerine bina edilen evlenme ve boşanma hukuku ile ilgili bir kanun taslağı, Mısır Adâlet Bakanlığı tarafından 1916 yılında bastırılmıştır. Kadri Paşa'nın aile ve miras hukuku ile ilgili tedvini, diğer ülkelerde benzeri bir kaç özel çalışmaya öncülük etmiştir. Bu sebeple Cezayir'in *Code Morand*'ı ile Tunus'un *Code Santillana*'sının ortaya çıkmasını, Ortadoğunun iki büyük ülkesinin gösterdiği bir örnek hazırlamıştır.

101

Mecelle'nin ihtiva ettiği hükümlerle aynı olan ve hattâ bunlardan daha ileri giden İslâm *beyyine* hukuku ile ilgili hükümlerin tadilleri Mısır'da ilk defa 1897 tarihli *Mahkemeler Yönetmeliği* (Reglement des Mehkemehs)'nde göze çarpar ve geniş ölçüde 1910 ve 1931 tarihli yönetmeliklerde görülür[63]. Bu son tadiller, esas itibaryila 1943'de Lübnan ve 1947 yılında Suriye tarafından kabul edilmiştir. 1880'den beri şeri'ata bağlı adâlet işleri, Mısır'da bir mahkeme hiyerarşisi yaratılarak, yani istinaf ve temyiz için dereceli merciler ihdâs etmek ve yüksek mahkemelere birden fazla hâkim tayin etmek suretiyle, yeniden teşkilatlandırılmıştır. Bu tarzdaki mahkeme teşkilatı, öteki İslâm ülkelerinin pek çoğunda (Suûdî Arabistan dahil) benimsenmiştir.

3. Yalnız çağımızda şerî'atın merkezî nüfuz alanının bir kısmını teşkil eden vakıf, âile ve mirâs hukuku gibi konular üzerinde İslâm hükûmetlerince kanun koyma için mucip sebep hazırlanmıştır. İslâm hukukunun bizzat merkezî kısmına yapılan bu teşri'î müdahale (örf veya teşri suretiyle gizli veya açık olarak, onun tatbikat sahasını sınırlamaya karşı olmak üzere), Batılı siyâsî görüşlerin kabulünü de içine almıştır. Geleneksel müslüman hükümdarın açıkça kutsal İslâm hukukunun hizmetkârı olarak kalması gerektiği halde, modern bir hükûmet ve özellikle bir parlamento, taşıdığı modern hükümranlık düşüncesi ile kendisini onun efendisi yapabilmiştir. Teşrî'î kuvvet, şerî'atın resmen veya hakikaten kendisine bırakmaya hazır olduğu şeye artık razı olmaz ve geleneksel İslâm hukukuna terkedilmiş olan sahayı kendisi tahdit ve tayin etmek ve geriye kalan hususları kendi arzularına göre, değiştirmek ister. Bu da, İslâm hukuku ile laik hukuk arasında yeni bir münasebete yol açmıştır.

63. Burada da bir şahitte bulunması gereken vasıflar listesinden müslüman olma şartı sessizce kaldırılmıştır. Bir çok davalarda da yazılı beyyine istenmiştir.

102 Modernist hukuk ilmi, zamanla kendi kuvvetini bulmuştur. Bu ilim, başlangıçta, sonraki nesiller için içtihât hakkı tanımayan geleneksel İslâm hukuk ilmi çerçevesi içerisinde kendi varlığını ispat etme güçlüğü ile karşılaşmıştır. Geleneksel İslâm hukuk bilginleri (ulemâ) tarafından bu delil ile modernistlere itiraz edilmesi ve aynı şekilde modernistlerin de muarızlarının tezlerini sarsmak için uğraşmaları tabiî idi. Gerçi onların kendi amaçları, İslâm hukukunun tutarlı bir şekilde uygun görebileceği sahanın dışına çıkmak değildi. Bir çok gelenekçi bilginlerle modernistlerin enerjilerini işgal eden yeni bir içtihâdın meşru olup olmayacağı düşüncesi ile ilgili bütün tartışmalar, Ortadoğuda, yavaş yavaş yatışmıştır. Zira modernistler, yalnız İslâm hukuk ilminde yeni bir inkılâbı savunmamışlar, fiilen de yenilikçi yasama faaliyetini başarı ile etkilemişlerdir.

Son günlerde öyle bir duruma ulaşılmıştır ki, bu durumda gelenekçi anlayışa bağlı bir çok İslâm bilginleri, modernistlerin bütün görüşlerini zarurî olarak paylaşmaksızın, onların çalışmalarını meşru olarak tanımışlar ve bir bakıma onların müşavirleri olarak görev yapmışlardır. Taklîdin uzlaşmaz talebi, yani hukuk ekollerinden birisinin geleneksel doktrinlerini hiçbir itirazda bulunmaksızın kabul etme keyfiyeti, özellikle büyük kayba uğramıştır. Bu ulemânın tutumu, Ortaçağın sonlarında, değişen sosyal şartlar içerisinde geleneksel İslâm hukukunu, *amel*'i kabul etmek suretiyle, mümkün olduğu kadar çok muhafazaya çalışan Fas'taki Mâlikî bilginlerin tutumları ile kıyaslanabilir. Bu, gelenekçi bilginlerin gerçek amaçları olarak kalmış ve onlar, aile hukuku sahasında hemen hemen hiçbir yorum yapılmaksızın kabul edilen yenilikçi içtihâdın, kelimenin dar anlamıyla, *oruç* gibi dinî görevlere tatbîki şeklinde yapılan herhangi bir teşebbüse karşı bütün şiddetiyle tepki göstermişlerdir. Ancak sırf İslâm hukuku açısından söz konusu iki saha arasında esaslı bir fark yoktur. İslâm hukukunun son çabaları, ceza ve anayasa hukuku sahalarında pek ciddî bir şekilde toparlanamamıştır. Akitler ve borçlar hukuku alanında ise, İslâmın Ortaçağı boyunca ve ondokuzuncu yüzyılın içlerine kadar, değişik başarılarla, mücâdele sürüp gitmiştir. Henüz mücadelenin devam ettiği aile, miras ve vakıf hukuku sahalarında bu gayretler, 1920'lerden önce akâmete uğramıştır. Buna rağmen, İslâm hukuku savunucuları, bu durumu henüz idrak edememişlerdir. Geriye şe-
103 ri'atın son kuvvetli kesimi, yani kelimenin dar anlamıyla dinî görevler kalıyor ve burada İslâm hukuku savunucularının şanslarının pek iyi olduğu açıkça göze çarpıyor.

4. İslâm hukukuna modernist yasamanın müdahalesi, 1917 tarihli Osmanlı Âile Hukuku Kararnâmesi ile mütevâzi bir şekilde başlamıştır. Bu kararnâme daha sonra Türkiye'de kaldırılmış; fakat o zamanki Suriye, Lübnan, Filistin ve Ürdün'de geçerli olarak kalmıştır[64]. Sözü edilen kararnâme, Lübnan ve İsrail'de müslüman aile hukukunun bir kısmını teşkil etmektedir. Sonra 1920'den itibâren modernist hukuk ilminin ve bu ilimden ilham alan yenilikçi yasama hareketinin itici gücü Mısır'dan gelmeye başladı. Mısır'da yapılan bu türlü yasamaların önemli nirengi noktaları şunlardır: 1920 tarih ve 25 sayılı ve 1929 tarih ve 25 sayılı aile hukuku kanunları, (aile hukukunda daha fazla sayıda önemli tadilleri içine alan) şer'î mahkemelerin teşkilatı ile ilgili 1931 tarih ve 78 sayılı kanun, miras hukukuna ait 1943 tarih ve 77 sayılı kanun, 1946 tarih ve 48 sayılı vakıflar kanunu, 1946 tarih ve 71 sayılı vasiyetler kanunu, *özel* veya *zürrî* (ehlî) vakfı kaldıran 1952 tarih ve 180 sayılı kanun, nihayet (ahvâl-i şahsiye ile ilgili bütün mezheplere ait kaza yetkileri ile birlikte) şer'î mahkemeleri lağvederek, adâlet işlerini tamamıyla modern mahkemelerin elinde birleştiren 1955 tarih ve 462 sayılı kanun. Çok kadınla evlenme ve kocanın tek taraflı olarak karısını boşama hakkını sınırlamayı amaçlayan bir lâyiha, 1956'dan beri hazırlık halindedir. 1962'de bir çok yenilikleri ihtiva eden yeni bir ahvâl-i şahsiye kanunnâmesi taslağının bitirilmiş olduğu açıklanmıştır. Nihâyet İslâm hukunun pratikte uygulanan bütün bu bölümleri, Mısır'da az çok önemli sayılabilecek bir ölçüde değiştirilmiştir.

Modernist yasamanın İslâm hukukunu bu şekilde yeni bir biçime sokması, çok ilgi çekmiş ve Sudan, Ürdün, Lübnan, Suriye, Irak ve Libya gibi Ortadoğu ülkelerinde benzeri hareketleri ilhâm etmiş ve zaman zaman bu ülkelerde Mısır'daki asıl örneklerinden daha ileri giden kanunlar vazedilmiştir. 1946 tarihli Mısır vakıf kanunu, 1947 tarihli Lübnan vakıf kanunu için bir örnek vazifesi görmüştür. 1949 tarihli Suriye vakıf kanunu özel vakfı veya aile vakfını kaldırma bakımından 1952 tarihli Mısır kanununa tekaddüm etmiştir[65]. 1953 tarihli Suriye Ahvâl-i şahsiye Kanunu, ikinci hanımı da geçindirecek durumda olan kimsenin ikinci defa evlenmesine izin vermiş ve Irak'ta
104 buna benzer 1959 tarihli bir kanun, ayrıca bir "meşru menfaat" in

64. Fakat daha önce İngiliz kuvvetlerince işgal edilen Irak'ta bu kararnâme uygulanmamıştır.

65. Aynı zamanda Suriye'de İslâm miras hukuku kaldırılmış; fakat onu kaldıran özel kanun, bunu vazeden kısa ömürlü siyâsî rejimden sonra fazla yaşamamıştır.

bulunmasını şart koşmuştur. Bu kanunların her ikisi de, 1956 tarihli Mısır lâyihası ile bundan doğan 1961 tarihli Mısır lâyihasına tekaddüm etmektedir.

Irak'ta modernist kanun koyucular, bu ülkeye özgü olan şöyle bir problemle karşılaşmışlardır: Bu ülkenin müslüman sakinleri, aşağı yukarı tamamıyla Sünnî ve Oniki İmamcı Şi'îler olmak üzere ikiye ayrılmış olup, bu iki zümrenin miras hukukları esas itibariyle birbirinden ayrılmaktadır. Hiçbir zaman yürürlüğe girmeyen 1947 tarihli bir özel hukuk kanun taslağı, yalnız miras hukukunda değil, aynı zamanda aile hukukunda da bu her iki zümreye uygulanabilecek geniş ölçüde değişik hükümler ihtiva etmiştir. 1959 tarihli Ahvâl'-i Şahsiye Kanunu, bütün bu hükümleri birleştirmiş ve miras meselesinde devlet arazisi ile ilgili bir çeşit kira sözleşmesinin intikalini düzenleyen hükümlerden çıkarılmış olan ve hem Sünnî hem de Oniki İmamcı Şi'î hukuktan geniş çapta ayrılan cezrî ve yepyeni bir çözüm yolunu kabul etmiştir. Bununla birlikte yeni bir siyâsî rejim, 1963 yılında bu yeniliğe son vermiş ve Oniki İmamcı Şi'î miras hukukunu bütün Irak müslümanlarına uygulanacak hale getirmiştir.

Ortadoğunun hukukî bakımdan modernleşmesinin tesiri, İngiliz işgali altında bulunan Hindistan'a kadar uzanmıştır. Orada bu tesir, 1939 tarihli Müslümanların Evlenme İşlerini Çözümleme Kanununda kendisini göstermiştir. Bu kanun, genel bir deyişle, Hint Yarım adasının müslümanları arasında hâkim olan Hanefî ekolünün görüşlerinden daha çok, modern görüşlerle bağdaştığı görülen konularda Mâlikî ekolüne ait doktrinleri kabul etmiştir. Bütünüyle bu kanun, Ortadoğudaki modernist yasamanın kendisine özgü bir örneğini teşkil eder; fakat şimdiye kadar bağımsız bir seyir takip eden Anglo-Muhammadan hukukun gelişmesi ile hemen hemen bağdaşmadığı gibi, 1937 tarihli Şer'î Kanunun altında yatan eğilim ile de bağdaşmaz (bak., s. 96).

5. Pakistan'da modernist hukuk düşüncesinin gelişmesi, içtihat probleminin gölgesinde kalmıştır. Bu, şaşırtıcı değildir; çünkü içtihât kavramı, İslâm dünyasının bu kısmında son bir kaç yüzyıl boyunca bilginlerin zihinlerini çok meşgul etmiştir. Bu problemin tesiri altında Pakistan'daki modernist hukuk düşüncesi, olumsuz şekilde bile olsa, Ortadoğudaki buna paralel düşünceden daha gelenekçi bir arzu ile şartlanmış olarak ortaya çıkmıştır. Pakistan'daki gelenekçi
105 ve modernist kanatlar arasındaki ayrılık, belki de Ortadoğu ülkelerinde olduğundan daha uzlaşmaz bir şekilde kalmıştır. Bu ülkede mo-

dernist yasamanın ilk kısmı, ancak çok yeni bir zamanda tatbik edilmiştir. Evlenme, boşanma, nafaka ve müslümanlar arasındaki diğer tali meselelere ilişkin mevcut kanunların hangi yönlerden tadil edilmesi gerektiğini araştırmak için bir komisyon kurulmuştur. Bu komisyon, 1956 yılında raporunu sunmuş; oldukça farklı bir içtihatla desteklenmesine rağmen, Ortadoğuda tatbikat sahasına konan yasama usûllerine yakın bir benzerlik arzeden bu komisyonun evlenme ve boşanma hukuku ile ilgili tavsiyelerinden bazıları, 1961 tarihli Müslüman Aile Hukuku Nizamnâmesinde benimsenmiştir[66]. Fakat bu komisyon üyelerinin büyük çoğunluğu modernist düşünürler arasından seçilmiş ve yalnız bir gelenekçi üye, çoğunluğun varmış olduğu sonuçlara bütün esaslar yönünden muhâlefet şerhi yazmıştır. Pakistan'da birbirine zıt bu iki düşünce eğiliminin aynı zamanda mevcut olduğu da, hemen hemen aile hukukunu ıslah komisyonunun raporu ile o sıralarda 1954 yılında bir başka komisyonun zekât hakkındaki raporunun ortaya çıkışından anlaşılmaktadır. Zekât hakkındaki bu rapor, fakirlere ihtiyarî olarak dağıtılması dışında, uzun zamandır tatbikattan kalkmış olan İslâmî zekâtın, hükûmetin mâlî bir talimatname şeklinde yeniden ihdâsını teklif etmiştir. 1952'de teklif edilen bütün yasamaları tasdik edecek olan bir ulemâ komitesi tayin etmek için akim kalan bir teşebbüste bulunulmuş ve 1962 Anayasası, bir İslâm İdeolojisi İstişâre Meclisi kurmayı öngörmüştür. Bütün bunlar, Pakistan Anayasasının İslâmî niteliği ile ilgili geniş tartışmanın bir kısmını teşkil eder.

6. Modernist teşri, genel bir deyişle gerçekten halkın arzusundan doğmamıştır. Büyük bir kısmı gelenekçi olan ulema'nın ve çoğu çağdaş hukukçu olan modernistlerin meydana getirdiği belli başlı iki zümre bulunuyordu. Modernistler, hükûmetin ilgisini kazanmada başarıya ulaştıkça ve hükûmet de gelenekçilerin mukavemetini kıracak kadar kendisini kuvvetli hissettikçe yenilikçi yasamalarda bulunulmuştur. Bundan dolayıdır ki, modernist İslâmî teşri, ekseriya biraz tesadüfî ve keyfî bir görünüm arzetmektedir. Sözgelişi, Ürdün'de esas itibariyle 1917 tarihli Osmanlı Kararnâme'sine dayanan bir aile
106 hukuku kanunu 1927'de kabul edilmiştir; fakat bu, gelenekçi aile hukuku lehine olmak üzere, 1943 tarihli kanunla kaldırılmıştır. Bunun da 1951 tarihli Ürdün Aile Hukuku Kanunu ile iptal edildiğini görmekteyiz. Bu kanunda yer alan bazı hükümler, Mısır'da çıkarıl-

66. Vakıf kanunu ile ilgili tavsiyeler (bak., s. 97), şimdiye kadar hukukî bir tasvibe mazhar olmamıştır.

mış olan bir kanundan mülhem olmuş ve 1953 tarihli Suriye Ahvâl-i Şahsiye Kanununda yer alan hükümlere tekaddüm etmiştir. Sosyal şartlarla kamu oyunun Ürdün'de 1927 ve 1951 yılları arasında iki zıt yönde ilerlemiş olduğuna ve bir zaman için Suriye'dekilerden ileri bir düzeyde bulunduğuna inanmak zordur.

7. Ortadoğuda modernist hukukçu ve kanun koyucuların kullandıkları metod, birden fazla muteber ekolün görüşlerini birleştirme (telfîk; bak., s. 68, not: 39) işinden daha öteye geçen serbest bir eklektisizmi andırır. Buna göre, tarihî ve sistematik muhtevâsını gözönüne almaksızın, geçmişte bir zamanlar kabul edilen herhangi bir görüş benimsenmeye layık görülür. Gerçekte modernistler cesur, yenilikçi kimselerdir. Şeklen şerî'atın esas muhtevâsına müdahaleye benzer bir şeyden sakınmağa çalışırlar. Onlar; tamamıyla geleneksel İslâm hukukunun müspet hükümlerini değiştirmekten ziyade, onun, hükümdarın zaman, mekân, şahıslar ve konu itibarıyla kadıların yetkilerini sınırlama ve eski otoritelerin görüşleri arasından kadıların uyması gerekenleri seçme hakkına sahip olması (bak. s. 91) prensibinden istifade etmişlerdir. Modernistlerin düşünce ve delilleri Batıdan gelmiştir; fakat onlar, Türkiye'de yapıldığı gibi, açıkça İslâm hukukunu kaldırmak istememişlerdir. Diğer insanî münasebetler gibi hukukun da din tarafından tanzim edilmesi gerekir kaziyesi, Ortadoğu Arap ülkelerindeki müslümanların görüşünün esaslı bir kısmı haline gelmiştir.

8. Arap Ortadoğusunda geleneksel İslâm hukukuna yapılan bu yasama müdahalesi, İslâm hukuk ilmine dayanan modern bir akitler ve borçlar hukuku yaratmaya görünüşte zıt bir arzuyu beraberinde getirmiştir.

Mısır'da 1883'de, esas itibarıyla Fransız hukukundan alınan modern laik kanunnâmeler vazedildiği vakit, şuf'a hakkı, borçların havâlesi, taraflarca akdi bozma hakkını şart koşma (hiyâr-ı şart), para peşin mal veresiye satış (selem) akdi gibi İslâm hukukunun bir kısım müesseseleri ile sarhoşluk verici içkilerin satışından doğan borçların muteber olmayışı hükmü, Mısır medenî kanununda muhafaza edilmiştir. Hattâ bedenî zararlar için açılan özel bir davanın kan bedeli ödenerek halledilmesi, pratikte bu yola hemen hemen hiç başvurul-
107 mamasına rağmen, 1950 tarihli Ceza Usûlü Kanunnâmesinde halâ karşımıza çıkmaktadır. 1930 tarihli Lübnan Mülkiyet Kanunnâmesi ile aynı ülkenin 1932 tarihli Akitler ve Borçlar Kanunnâmesi, buna benzer hükümleri ihtiva etmektedir.

Şimdi daha çok arzu edilen şöyle bir teklif yapılmaktadır: Sırf İslâm hukukunun müspet çözüm yollarını değil, sadece ilk bilginler tarafından işlenmiş olan umumî şekle müteallik prensipleri alınmalı ve bunlardan yeni ve modern bir hukuk çıkarılmalıdır. Bu görüşü savunanlar, pratikte halâ tatbik edildiği sahalarda İslâm hukukunun modernist bir şekil almasına büyük ölçüde taraftar olan kimselerdir. Bunlar, aynı zamanda, şer'î mahkemeleri laik mahkemelere katmak suretiyle bir kazaî birlik sağlanmasını savunmuşlardır. Bu laik İslâmî teşri programının altında yatan müşterek amaç ve İslâm hukukunun modern bir şekle konulması, gelenekçi bir ortamda Batıdan gelen yeni düşüncelerin izahından ibarettir.

Söz konusu programın şimdiye kadar ancak gözle görülür elle tutulur sonuçlarından birisi, şer'î mahkemelerin 1955'de Mısır'da ve 1956 yılında Tunus'da kaldırılışı bir tarafa bırakılırsa, 1948 tarihli Mısır Medenî Kanununda bir başlangıç maddesinin bulunmuş olmasıdır. Bu madde, örf ve tabiî hukukla birlikte İslâm hukuku prensiplerini, kanunda açıkça veya delâlet yoluyla bir emir bulunmadığı hallerde uyulması gereken hükümler olarak zikreder. Yine bu sonuçlardan bir diğeri de, (bu muhtelif unsurların yerleştirilmesinde görülen küçük farkları da ihtiva eden) 1949 tarihli Suriye Medenî Kanunu, 1953 tarihli Irak Medenî Kanunu ve 1954 tarihli Libya Medenî Kanunundaki Mısır Medenî Kanununa benzeyen başlangıç maddeleridir. Mısır kanunnâmesinin açıklayıcı bölümünde zikredilenler ne olursa olsun, İslâm hukukunun bu kanunnâmenin ayrılmaz bir unsuru haline gelmesi ona öncülük eden kanunnâmede görüldüğünden çok daha büyük bir ölçüde olmamıştır. Suriye ve Irak Medenî kanunları, bu bakımdan Mısır kanunundan esas itibarıyla farklı değildir. Gerçi Irak kanunu üzerindeki İslâm hukukunun tesiri, biraz daha belirgindir. Hattâ Suriye Anayasası, 1950 ve 1953 nüshalarında İslâm hukukunun yasama için esas kaynak olması gerektiğini açıklamış, fakat bu hüküm şimdiye dek pratik bir tesiri haiz olmamıştır[67].

9. Doğrudan doğruya İslâm fıkhına dayanan, fakat laik mahkemeler tarafından tatbiki kararlaştırılan bir kanun, çok önce Fransız
108 himâyesinde iken Tunus'ta çıkarılmıştır. Burada müteveffa David Santillana (ölm. 1931), Tunus Kanunlarını Tedvin Komisyonu adına bir medenî kanun ve ticâret kanunnâmesi taslağını, 1899 yılı gibi

67. Bu, şerî'atın yasama için bir esas kaynak olduğunu beyan eden 1962 tarihli Kuveyt Anayasası'nda aynen taklid edilmiştir.

erken bir tarihte meydana getirmiştir. Santillana Kanunnâmesi denilen bu eser, İslâm ve Roma hukukunda müşterek olan hususları kuvvetle beyân etmektedir. Bu kanunnâmenin bir kısmı, 1906'da Tunus Borçlar ve Akitler Kanunu olarak kabul edilmiştir.

Tunus'da, kezâ, bir Mâlikî başmüftîsi 1947'de adâlet bakanı olunca bir komisyon kurmuş ve onu, bir İslâm aile hukuku kanunu hazırlamakla görevlendirmiştir. Bu kanun, Tunus'da her ikisi de aynı durumda olan Mâlikî ve Hanefî ekollerinin doktrinlerini bağdaştırmayı amaç edinmişti. Esasen modernist teşriden ziyâde geleneksel İslâm fikhının sahası içerisine giren bu taslak, siyâsî sebeplerle gerçekleşememiştir[68].

Nihayet 1956'da kabul edilen kanunda Tunus, kendisini modernist yasama hareketinin başına geçirmiştir. Herşeyden önce, *umumî vakıflar* adı verilen kurum kaldırılmış ve buna ait mallar devletin mülkiyetine geçmiştir. Bu işi sağlayan kanun, Suriye ve Mısır'da özel vakıflar müessesesinin kaldırılmasından çok daha ileriye giden bir adım olmuştur[69]. İkinci olarak, bir yıl önceki Mısır kanununa bağlı olarak şer'î mahkemelerin kazaî ayrılığı kaldırılmıştır. Üçüncü olarak, Tunus Ahvâl-i Şahsiye Kanunu çıkarılmıştır. Adı geçen kanun, mehir ve evliliğe bir engel olarak üvey ana-babalık gibi bazı İslâmî müesseseleri muhafaza etmiş olmasına ve halâ bir çok teferruat bakımından Tunus'ta tamamıyla iki İslâm hukuk ekolünden birisinin, ya da diğerinin doktrinine katılmasına rağmen, en uzlaştırıcı yorumla bile geleneksel İslâm hukukunun bir adaptasyonu olarak sayılamaz. Bu kanuna göre birden fazla kadınla evlenme kaldırılmış ve bu, cezayı mucip bir suç sayılmıştır. Evlenme akdi, gelinle güveyin rızası ile tamamlanmaktadır. Boşanma; ancak hukuk mahkemesinin: a) Eşlerden birisinin kanunda belirtilen sebeplere dayanan bir talebi bulunduğu takdirde, b) karı kocanın müşterek rızası halinde, c) eşlerden birisinin talebi ile mahkemenin ödenmesi gereken tazminatı ta-
109 yin etmesi halinde, vermiş olduğu ilamla olur. Dolayısıyla kadın, esas itibarıyla tek eşle evlenme ve boşanma bakımından kocaya eşit kılınmış olduğu gibi, evlenme rejimi bakımından da aynı seviyeye ulaştırılmıştır. Adı geçen kanunun miras hukuku bölümü, aşağı yukarı geleneksel doktrini değiştirmeksizin, yeniden ortaya koymuştur. Fakat 1959 tarihli bir kanun, kız ve oğulun kızı lehinde önemli deği-

68. Suudî Arabistan'da girişilen benzeri bir teşebbüs gelenekçi Hanbelî bilginleri tarafından engellenmiştir. (Bak., s. 87).

69. Özel vakıflar, Tunus'ta da aynı zamanda kaldırılmıştır.

şiklikler yapmış ve *vasiyetler* konusunda bütün bir kitap ilâve etmiştir. İslâm hukukunun kaldırılması ile ilgili herhangi bir teklif, Tunus bilginlerince dikkatle sakınılan bir husus olduğu halde, tarafsız bir dille söylemek gerekirse, Tunus'un yeni kanunu, geleneksel İslâm hukukundan Türkiye'nin laik medenî kanunu kadar ayrılmıştır.

10. Fas'ta İslâm hukukunun uygulanması, örf bakımından tatbiki kabil olduğu sürece son yüzyılın içlerine kadar, Fas'ın *amel* (bak., s. 61) anlayışına gerekli önemi vererek, geleneksel çizgiler üzerinde devam etmiştir. Medenî, ticârî ve cezaî hukuk konularının kadıların yetkileri dışına çıkarılması doğru olarak kabul edilmiş ve Berberî kabileler, kendi örfî hukuklarını, şerî'atın dışında tutarak, aile ve miras hukuku konularında bile takip etmişlerdir. Berberî kabileler için örfî hukukun muteber olarak devam etmesi, geçmişte zaman zaman sultanlar tarafından kabul edilmiş olup, 11 Eylül 1914 tarihli bir "zahîr" (ferman) ile teyid edilmiştir; fakat örfî hukuk mahkemelerinin kanunî bir şeklî esasa kavuşturulması, ancak 16 Mayıs 1930 tarihli bir *zahîr* ile sağlanmıştır. Maamafih, bu, doğrudan doğruya ilgili halk tarafından olmasa da, siyâsî sebeplerle şiddetli bir tenkitle karşılaşmıştır. 14 Mart 1938 tarihli bir *zahîr*, küçükler üzerindeki *vesayet* konusunu düzeltmiş ve bu arada Hanefî doktrinine dayanılarak, modernist yasamaya ait mutedil bir kanun çıkarılmıştır. Sonra 1957 ve 1958 yıllarında, "Müdevvene", yani ahvâl-i şahsiye ve miras kanunnâmesi, kısımlar halinde çıkarılmıştır. Bu *Müdevvene*'yi hazırlamakla görevlendirilmiş bulunan komisyon, yalnız Mâlikîlerin *istıslâh* prensibine değil, aynı zamanda Fas'ta son İslâm hukuk ilmininin muteber metoduna da önem vermiştir. Bu arada adı geçen Komisyon, *amel* ile bağdaştığı takdirde, kazaî bakımdan daha az sağlam olan doktrine tercih hakkı tanımıştır. İfâdelerinden anlaşıldığına göre bu komisyon görevlerinin yeni bir Fas *amel*'i yaratmak olduğunu görmüştür. Bu Fas kanunu, Yakındoğudaki modernist teşri tarafından tahrik edilmiş ve etkilenmiş olduğu halde, bu ülkeye mahsus olan geleneksel İslâm hukuk düşüncesine dayanmıştır. Bu kanun yazarları, "en iyi olarak tanınmış geleneksel doktrin" ile "amel"in arasında ciddî bir ayırım
110 yaparak, Yakındoğudaki hukukî yenilikçiliğin çoğunda tabiatıyla mevcut olan esas müphemlikten korunmuştur[70].

11. Oniki İmamcı Şi'î İslâm hukuku şeklinin resmen kabul edildiği İran'da modern yasama hareketi, Türkiye ve Arapça konuşulan

70. Daha önce 1930'da gelenekçi formasyonu olan ünlü bir bilgin, ki bu daha sonra Fas Adâlet Bakanı olmuştur, İslâm fıkhının yenilenmesi meselesini en basiretli bir şekilde ele almıştır.

ülkelerdekinden daha sonra başlamıştır. Dolayısıyla bunun sonuçları, şerî'atle ilgili oldukları oranda, aynı zamanda öteki ölkelerdekinden bazı hususlarda daha muhafazakâr ve diğer bir kısım yönlerden de daha geniş kapsamlı olmuştur. Sözkonusu İran kanunlarından büyük bir bölümü, 1926–1938 yılları arasında çıkarılmıştır. Özellikle İran Medenî Kanununun birinci kısmı 1928 ve ikinci kısmı 1935 tarihini taşımaktadır. Bu kanun, aile ve miras hukukunu da içine alır. Nizâmî kazâ işleri, laik mahkemelere bırakılmıştır. Kadılara ise, evlenme, boşanma, vesâyet ile ilgili sınırlı sayıda davalarda ve ancak şer'î beyyinenin şeklî kuralları ile karara bağlanabilen davalarda yetki tanınmıştır[71]. Fakat bütün bu davaların, ilkin laik mahkemeler tarafından şer'î mahkemelere havâle edilmesi gerekmektedir. Modern aile hukuku, sadece nadir olarak geleneksel Şi'î hukukundan ayrılmaktadır. Kezâ, akitler ve borçlar hukuku ile mirâs hukuku, sadece normal olarak laik mahkemelerin önüne gelen bütün meseleler, şerî'atı yakından izler. Fakat kölelik gibi zamanı geçmiş müesseseler sessizce ortadan kalkmıştır. 1907 Anayasası, çıkarılması istenilen herhangi bir kanunun şerî'atle bağdaşıp bağdaşmadığına karar verecek bir *ulemâ komitesi* kurulmasını öngörmüştür; fakat bu hüküm, tatbikat bakımından neticesiz kalmıştır[72].

12. Modernist İslâm hukukçularının kendilerini içerisinde buldukları durum, esas itibarıyla hicrî birinci yüzyılın sonu ile ikinci yüzyılın başlangıcında hâkim olan hale benzer. İslâm fıkhı, mevcut olan bir hukuktan doğmamış, kendi kendisini yaratmıştır. Yine, yeni bir yasamayı hazırlayan, teşvik eden ve buna rehberlik yapanlar da, modernist hukuk bilginleri olmuştur. Hukuka ve cemiyete ait İslâmî ölçüleri kabul ettirmek, ilk mutahassısların görevi idi. Geleneksel İslâm hukukunu modern şartlara uydurma ile ilgili ilk amaçlarının
111 ötesinde, çağdaş hukukçuların karşılaştıkları gerçek vazife de, modern sosyal hayat ile modern hukuk düşüncesini İslâmî açıdan değerlendirmek ve kendilerine göre geleneksel İslâmî dokrinde esas İslâmî ölçüleri temsil eden unsurları tayin etmektir. İslâm hukuk tarihi araştırıcısını en çok ilgilendiren şey, teferruata ait ölçülerin geçici olarak herhangi bir yerde ne şekilde benimsenmiş olabileceği değil, bazı İslâm ülkelerinin çeşitli itikadî ve tarihî temellerinin ne ölçüde söz konusu meseleye karşı onların gösterdiği tepkileri etkilemiş olabile-

71. Bu son hüküm, muhâkeme usûlünde yazılı beyyineye fazla bağlanma yüzünden geniş çapta tesirsiz hale gelmiştir.

72. Pakistan'daki buna benzer akim kalan bir teşebbüs için bak., s. 105.

ceğidir. Fakat bin yıldan fazla bir zamandır mevcut olan ve halâ tamamıyla İslâm dünyası için büyük bir arzu ile ele alınan geleneksel İslâm hukukunun fayda ve önemi, bu değişikliklerden etkilenmemiştir. İslâm hukuku, halâ çağdaş İslâm devletlerinin hukuklarına kendi damgasını vurmaktadır; yani Suûdî Arabistan gibi gelenekçi yönü tutan devletlerde ülke hukuku olarak, modernist istikamete giden devletlerde de onların sahip oldukları laik kanunları etkileyen ve hattâ bu kanunlara ilham kaynağı olan bir ideal olarak ortaya çıkmaktadır.

SİSTEMATİK KISIM

16

ANA KAYNAKLAR

112 1. Aşağıdaki bölümler, kelimenin dar anlamında ve Hanefî ekolünün oldukça geliştirdiği doktrine göre hukukî sayılan konular hakkında İslâm hukuk anlayışının esasını ihtiva etmektedir. İbâdet, amel ve tamamıyla dinî olan diğer vecibeler kadar anayasa ve idâre hukuku ile milletlerarası hukuk da burada ele alınmıştır. Bunun sebeplerinden birincisi, bu konuların, farklı şartlar altında ve nass'larla yakından ilgili olarak gelişmiş olması; ikincisi de, aslında nazarî ve hayâlî bir hususiyete sahip olması ve İslâm hukuk tarihinden ziyâde, ilgili müesseselerin İslâm devletleri siyâsî tarihi ile yakından bağlantılı bulunmasıdır. Sünnî müslümanların bağlı bulunduğu bir kaç fıkıh ekolü arasında Hanefî mezhebî, tarihî önemi ve yaygın oluşu dolayısıyla tercih edilmiştir. Aşağıda vereceğimiz bilgiler, İbrahim el-Halebî (ölm. 956/1549)'nin *Multeka'l-Ebhur*'una dayanmaktadır. Bu eser, bir kanunnâme olmamakla birlikte İslâm hukukunu nihaî ve iyice gelişmiş şekli ile ortaya koyan Hanefî ekolünün en son ve en çok itibar gören ibârelerini içine almaktadır. Diğer Sünnî ekollerle, İbâzîler ve Şi'îlerin de buna benzer muteber metinleri bulunmaktadır.

2. İslâm hukuku ile ilgili eserlerin uslûp, metod ve muhtevâlarının gelişmesi, bir hukuk doktrininin ortaya çıktığını göstermektedir. Her eser sadece açık bir şekilde ele aldığı tamamıyla birbirine benzer konuları ihtivâ etmektedir. Her yeni konu, yeni bir hükmü gerektiren bir mesele ortaya koymaktadır. Bir kaç eser, hattâ bir kaç ekol, sadece esasları ve eğilimleri bakımından değil, aynı zamanda ele
113 aldıkları konular bakımından da farklılıklar gösterir. Genel olarak ifâde edersek, daha sonraki bir eserde yer alan çok sayıda konu ve hükümler, daha önceki benzerlerine kıyasla o sırada mevcut olan münakaşaların bir neticesi olarak belirmektedir. Hükümler, bir kaç yazarın ve bunların bağlı bulunduğu ekollerin eğilimlerini ifâde et-

tiği halde, konular esas olarak yeni bölümlerin ilâvesini yansıtmaktadır. Daha sonraları şerhler, hâşiyeler, hâmişler, ihtisarlar ve yine şerhler v.b. nin hâkim olduğu İslâm hukuk literatürünün bu ciheti, gelecek araştırmalar için geniş bir alan arzetmektedir.

3. Fıkıh kitapları, daimâ ibâdetle ilgili vecibelerle başlar. Öteki konular ise, herhangi bir sisteme bağlanmaksızın az çok açık bölümler halinde geleneksel biçimde tertip edilmiş olmakla birlikte, mezhepler arasında ve hattâ bir mezhep içinde farklılıklar göstermektedir. Konuların ele alınış sırası, bazan sun'î bir takım mülâhazalarla haklı görülmüştür. Her halde bir kaç tertip tarzı, hicrî ikinci (milâdî sekizinci) yüzyılın ilk fıkıh kitaplarına kadar varır ve onlara dayanır. Yabancı örneklerin etkisi ileri sürülmüş; fakat henüz ispat edilememiştir.

Özel hukuk ve kamu hukuku, medenî hukuk ve ceza hukuku veya maddî hukuk ve usûl hukuku gibi günümüzün sistametik ayırımlarından hiçbiri İslâm hukukunda yer almaz. Fıkıh kitaplarının tâlî bölümleri, gerçekten, konuya göre düzenlenmiş daha genel bölümlerden sonra gelmektedir. Fakat, burada birbirine girmiş durumdadır ve üstelik herhangi bir sistematik ayırım anlayışından yoksundur[73]. En çok şuna işaret edebiliriz ki, özel kavramlar belirli sahalara tahsis edilmiştir. Sözgelişi, kul hakkı karşısında Allah hakkı, ceza hukukunun özel bir bölümüne yerleştirilmekte; özel hükümler, ibâdette niyâbet için uygulanmakta veya hadd cezası, medenî bir borç yüklemekle bağdaşmamaktadır (bak., s. 38).

Bununla birlikte bu kitabın konuları *Multeka'l-Ebhur*'da görülen
114 geleneksel sıraya göre değil, modern hukuk ilminin ortaya koyduğu geniş sistematik taksime göre tertip edilmiştir. Bu tertibi yaparken muhakkak ki İslâm hukukuna yabancı unsurları yüklemek düşüncesinde değiliz. Amacımız, okuyucunun modern hukuk kavramlarının içinde bulunduğu ortamla İslâm hukuk görüşlerinin mukayesesini sağlamak ve sadece bu hukuka özgü hususları değil, aynı zamanda onda yer almayan noktaları da belirgin bir şekilde ortaya koymaktır.

4. İslâm hukukunun önemli veya güç bölümleri, özellikle miras hukuku (ferâiz), vakıf, şer'î hîleler (hiyel), yazılı belgeler (şurût) ve kadının ödevleri (edebu'l-kâdî) gibi pratikte dinî hukukun uygu-

73. Sözü edilen ayırımların, *Mecelle*'yi medenî bir kanun olarak kabul eden modern hukukçularca veya modern düşüncenin etkisi altında kalan geleneksel düşünceye bağlı bilginlerce benimsenmesi hususu, burada konumuz dışındadır.

lanması ile doğrudan doğruya ilgili olan bazı konular, ekseriya ayrı eserlerde ele alınmıştır. Bir çok müstakil eserler, özellikle karmaşıklık arzeden sorumluluk ve beyyinenin takdîri konularını ele alır. Genel olarak adâletin yerine getirilmesi, *ahkâm-ı sultâniye*, yani İslâm devletinin idâresi ile ilgili eserlerde incelenmiştir (bak., s. 230 vd.). Ayrıca *hisbe* (muhtesibin görevi) ve Mâlikîlerdeki *amel* hakkında pek çok eser bulunmaktadır. Önemli bir takım eserler ise, görünüşte paralel fakat sistematik bakımdan farklı konuları (furûk) birbirinden ayırma meselesini ve genel olarak müspet hukukun sistematik bünyesini (eşbah ve'nezâ'ir, kavâ'id) ele almaktadır. İstılahların tariflerini ele alan özel eserler de vardır. Ayrıca çeşitli mezheplerin görüşlerini (ihtilâfları) mukayeseli olarak anlatan kitaplar bulunmaktadır. Bunlardan daha eski olanlar, çeşitli ekoller arasındaki tartışmaları yansıttıkları halde, sonrakiler elkitaplarından ibarettir. Nihâyet genel mahiyetteki hal tercümesi kaynaklarını tamamlayan *tabakât* (tabakâtu'l-fukahâ) eserleri, her ekole mensup bilginler hakkında biyografik ve bibliyografik bilgiler ve bazan da onların eserlerinden önemli parçalar sunmaktadır.

5. Hukuk ilminin ayrı bir dalı olan *usû'l-fıkh*, İslâm hukukunun dayandığı kökler veya esaslar, başka bir deyişle, gelişimi bu eserin birinci kısmında izlenmiş bulunan İslâm hukuk nazariyesidir. Nihaî ve klâsik şekline göre bu, dört resmî kaynak kabul eder. Bunlar: *Kur'ân*, *sünnet*, *icmâ* ve *kıyas*'tır. Bunlardan ikisi maddî kaynak, biri metod, biri de açıklayıcı bir esastır. Buna göre açıklayıcı bir esas olan icmâ, kesin delildir; yukarıdaki iki maddî kaynağın sıhhatini temin eder ve onların doğru bir şekilde yorumlanmasını sağlar. Bir
115 *Kur'ân* âyetinin veya Peygamberin *sünnet*'inin bir başka âyet veya sünnet'le neshedilmesi[74] nazaiyesi de dahil olmak üzere, yorum ve istidlâl metodları, içtihât, taklît, istihsân, istıslâh meseleleri ve benzeri konular, bir çok usûl kitaplarının esas muhteviyâtını teşkil eder. Bütün bunlar, aslında mevcut müspet görüşlerin maziye dönük bir tarzda sistemleştirilmesi ve meşrûlaştırılması demektir. Usûl nazariyelerinin, sadece Şâfi'î ve Davud ez-Zâhirî'de tam bir müspet hukuk sisteminin tesisine götürdüğü söylenebilir. Usûl kitapları, aynı zamanda bundan sonraki bölümde ve 18. bölümün 1. bendinde incelenen kavramlar gibi müspet hukuk konusunun bütününe nufûz eden bazı genel kavramları da ele almaktadır.

74. Nesheden nassa "nâsih", neshedilene de "mensûh" adı verilir.

17

GENEL KAVRAMLAR

1. NİYET VE BEYÂN

116 İster ibâdetle ister dar anlamda hukukla ilgili olsun, fıkhın esaslı bir kavramı vardır ki, o da *niyet*'tir. Bu kavram, aslında ibâdetle ilgili fiillere tatbik edilmiştir. Dinî vecibe, şeklen değil, ancak içten bir niyetle yapıldığı takdirde yerine getirilmiş olur. Fakat Ehl-i Sünnet, şekil üzerinde fazla durmuş; niyet ise zihnî bir hal olarak dinî farzların ifâsına yönelen bir irâde işi olmuştur. Niyetin, genel olarak hiç değilse zihnen açık bir şekilde ifâde edilmesi gerekir. Niyetsiz ibâdet geçersiz olduğu gibi, amelsiz niyet de geçerli değildir. Böylece niyet, hukukî sonuçlar doğurmayı amaçlayan ve niyetin beyânı sırasında belirtilen kasıt kavramını teşkil eder. Fakat İslâm hukukunda beyân, sadece irâdenin bir tezahürü değildir; onun kendine has bir değeri vardır ve bazı hallerde irâde olmadığı veya irâdeye karşı olduğu zaman bile hukukî neticeler doğurabilir. Tek tek her meseleye tatbîki mümkün bir esas olmamakla birlikte, teferruatla ilgili bir çok hükmün altında yatan şöyle bir genel kanaat vardır: Sarih bir şekilde yapılan beyân, niyet bulunmasa da, hukuken geçerli olduğu halde, zımnen veya kinâye yoluyla yapılan bir beyân, ancak niyet bulunduğu takdirde geçerlidir. Ayrıca beyân, önemi anlaşılmasa bile, çoğu zaman geçerlidir. Bu eğilim, lafzın olağanüstü anlamından doğmakta ve şekilciliğe götürmektedir. Sözgelişi, şahitlerin şehâdeti, ancak ş-h-d kökünden türemiş bir kelime ile başlarsa muteberdir. Fakat bu şekilciliğin aklî bir temeli bulunmaktadır. Meselâ, *mufâvada* (gayrı mahdut mes'uliyetli şirket, sınırsız sorumlu şirket) tesisi için ya bu kelime kullanılmalı, ya da her hukukî netice tek tek belirtilmelidir. Öte yandan niyeti içine alan oldukça eksik bir beyân bile bazan hukukî bakımdan geçerli sayılır. Ancak çok hatâlı bir beyân, niyet bulunsa da, geçer-

117 sizdir. Karışık bir fıkhî mantık düzeni ile bütün bu beyân şekillerinin, tek başlarına mı, yoksa ancak bir niyet ihtivâ ettikleri takdirde mi muteber oldukları veya hangi şartlar altında hiçbir şekilde muteber olmadıkları incelenir. Aynı şekilde müphem beyanlar da kendi özel anlamlarına göre tetkik edilir. Bu inceleme, çoğunlukla belirli bir beyanın, beyan sahibi tarafından kastedilen bir niyetle bağdaşıp bağdaşmıyacağını tayin etmek, yani lafızları niyete bakmaksızın yorumlamak demektir. Yapılan yorum, tamamıyla objektif değildir. Burada, özellikle bir kimsenin karısını boşaması veya kölelerini âzad etmesi gibi kendisi için şahsî bir cezayı mucip olan yeminle taahhüt ettiği bir işi yapmaması halinde, beyanın neticesini sınırlama ve bundan doğan dinî ve şer'î yükümlülüğü azaltma yolunda bir eğilim mevcuttur. Buradaki boşama veya âzad etme, şarta bağlı bir şey anlamına gelmektedir (bak., s. 159). Bu eğilim, çoğunlukla doğacak olan yükümlülükten kurtulmayı mümkün kılar.

Beyanın kapsamı dar tutulmaz. İslâm hukuku, aynı zamanda genel bir esas olarak değil, bazı münferit hallerde kesin işâreti (işâret-i ma'hûde'yi) de kabul etmektedir. Bir kaç özel durum dışında sükût tek başına rıza yerine geçmez. Sözgelişi, bâkire kızın velîsi, evlendirmek amacıyla onun rızasını sorunca, kızın sükût etmesi (gülmesi veya sessizce ağlaması) rıza olarak kabul edilir. Açıkça söylemek zorunlu olduğu halde, sükûtun rıza sayılması pek nâdir görülür. Yazılı beyân, ancak şahıs dilsiz ise, kayıtsız şartsız kabul edilir; değilse, en azından nazariyede, bazı ihtiyâtî kayıtlarla muteber sayılır (uygulama için bak., s. 82 vd.).

Beyanları geçersiz kılan kusurlar arasında hatâ, kazuistik yorumlarına göre sınırlı bir şekilde gözönüne alınır. İkrârda hatâ, ceza hukukunda bir dereceye kadar daha önemli bir rol oynar. Kötü niyet halinde suçluyu korumaya pek yanaşılmaz. Bu, sadece *gabn-i fâhiş* (akitte çok aldatma) olduğu zaman ortaya çıkar. *İkrâh* nazariyesi daha mütekâmildir. Burada her şeyden önce tasavvur edilen husus, tehdittir. Bu, ancak taraflardan biri onu icra edecek bir durumda olduğu diğeri ise bunun fiilen vukuundan korktuğu takdirde muteber sayılır. Hem medenî hukukta, hem de ceza hukukunda ikrâhın neticelerinin bir beyânı ne dereceye kadar geçersiz kıldığı ve ne ölçüde sorumluluğu azalttığı ayırdedilmemiştir. Ceza hukukunda ikrâhın neticesi şudur: Ölümle tehdit etme, şiddetli dayak atma, uzun süre
118 hapsetme (hıyâr hakkı tanıyarak) beyânı hükümsüz kılar. Bununla birlikte kölelerin âzâdı, müslümanlığı kabul etme gibi bilhassa iyi

muameleler lehinde istisnâlar vardır. Ceza hukukunda ikrâhın neticeleri kazuistik tarzda ele alınır. İkrâhın sonucu kabul edildiği takdirde sadece cezaî müeyyideyi ortadan kaldırmaz, aynı zamanda fiilin kendisini de mübah kılar. Eğer ikrâh kabul edilmezse, ceza tam olarak uygulanır. Meselâ, ölüm veya bir uzvu kesme tehdidi altında şarap içmek câizdir; bunu reddetmek ise, günahtır. Buna karşılık, İslâmdan dönmek (irtidâd) bir günah, şehit olmak ise şereftir. Fakat ikrâh altında dinden zâhiren dönmek caizdir (burada işaret ettiğimiz *takiyye*, Şi'î fıkhında önemli bir rol oynar).

2. ECEL VE ŞART

İslâm hukukunun ortaya koyduğu muayyen eceller arasında en önemlisi evliliğin nihayete ermesinden sonra kadına ve sahip değiştirdikten sonra câriyeye yüklenen bekleme süresidir (birincisine *iddet*, ikincisine de *istibrâ*, denir). Aynı zamanda müspet ve menfî zamanaşımı ve ölüme dair karînenin bulunması için de belirli eceller vardır. Özellikle *kira* ve *icare* akitlerinde tarafların beyanlarında ileri sürdükleri ecel ve süreleri açıklamak için teknik kurallar vazedilmiştir. Genel olarak ifâde edersek ecelin malûm olması gerekir.

Şartlar (şurût), kelimenin daha geniş anlamıyla hukukî bir fiilin ve özellikle ibâdetteki rükünlere karşılık ibâdetin sahîh olmasının genel gerekleridir. (Sözgelişi, namazla ilgili olarak bunlar tahâret, avret yerlerini örtme, Kıble'ye dönme ve niyet'tir). Bir diğer gurup da muamelenin gerektirdiği şartlardır; meselâ, bir *kefâlet* akdinde muamele ile yakından ilgili olan, "eğer herhangi bir şeyi falan kimseden satın alırsan, ben bedeline kefil olurum" sözü gibi. Bir diğer gurup, dinî veya hukukî bir vecibenin doğmasının şartlarıdır; sözgelişi, zekâtın ödenmesinde olduğu gibi. Hukukî bir neticenin vukuunun ileri sürülen bir şartın yerine getirilmesine bağlı kılınmasını sağlayan ifâde de buna dâhildir. Meselâ, "âzad etmen şartıyla sana bir köle satın alıyorum" sözü gibi. Nihayet şart, dar anlamda da ele alınmaktadır.

119 Bazı muamelelerde ecel ve şartlar kazuistik bir şekilde ele alınmış ve pek çok hileli yollara baş vurulmuştur. Bir takım ecel ve şartlar, münhasıran mahiyetleri icabı para peşin mal sonra verilmek üzere yapılan alım satım akdi (selem) gibi bir eceli veya yeminle bir iş yapmaya azmetme gibi bir şartı içine alan muamelelerden ibârettir. Bir ecelin tayini, malın sahip değiştirmesini amaçlayan muamelelerde kabul edilmez. Bir şartın tayini de, mâlî mübâdelelerde muteber

değildir. Bu sebeple satış ve taksim halinde her ikisi de söz konusu edilemez. Bir şartın değil de bir ecelin tayini kira ve icare akitlerinde kabul edildiği halde, hibe ve evlenme konusunda durum tamamıyla tersinedir. Boşanma, köle âzad etme ve vasiyet konularında ise her ikisi de kabul edilir. Bazı ortaklık akitleri farklı bir şekilde ele alınır. Bir şartın değil de bir ecelin tayini *müzâra'a* ve *müsâkât*'ta (kârı ortaklaşa bölünen bir arazinin özel işletilme akitlerinde) kabul edilirse de, şirkette durum tersinedir. *Müdârabe* (özel şirket)'de her ikisi de kabul edilir. Baştan bir şart kabul edilmezse sonradan muteber olmayan bir şart bütün muameleyi geçersiz kılar; fakat o şart önceden kabul edilirse böyle bir şey vaki olmaz.

Özel bir durum da, hakların ve hukukî neticelerin askıda kalması (vukûf'u) dır. Bunlar o zaman *mevkûf* olurlar. Sözgelişi, kölenin evlenmesi efendisinin rızasına bağlıdır. *Gâib* (mefkûd) ve izi bulunamayan bir şahsın bazı hakları ve *mürted*'lerin bir çok hakları mevkûftur. Buna karşılık bir erkek çocuğa düşecek kadar miras payı, ölmüş bir şahsın doğmamış çocuğuna (cenin) ayrılır. Bütün bu haklar şartın gerçekleşmesine, yani sırasıyla efendinin rızasına, gâib olan şahsın geri dönmesine, mürtedin tevbesine ve ceninin sağ olarak doğmasına bağlıdır.

3. RİSÂLET (BİR ÇEŞİT TEMSİL)

Bir *resul* (elçi) vâsıtasıyla niyâbete bağlı beyan, açık bir şekilde vekâletten farklıdır. Meselâ, elçi, satın alınan nesneyi görmüşse kontrölden sonra muhayyerlik (hıyâr) hakkının ortadan kalkıp kalkmadığı münakaşalı bir meseledir. Asıl temsile gelince, ibâdet sahası, bu defa dar anlamda hukuk sahasından açıkça ayrılır. İbâdette niyâbet, mâlî olan dinî vecibelerde kabul edildiği halde, bedenî olanlarda kabul edilmez. Burada ağırlık, bir teklifin ifasını başkasına yük-
120 lemeye verilmiştir. Dar anlamda hukuk sahasında ise, ağırlık, başkasına vekâlet verme üzerinde toplanmıştır. Müvekkilin varlığı ya da yokluğu, burada önemli olabilir. Mâlî mübâdelelerde vekil, asil gibi hareket eder ve aynı hak ve yükümlülüklere sahiptir. Bir haktan feragat veya evlenme gibi diğer muamelelerde onun rolü, hukuken bir elçininki gibidir. Fakat ilk durumda bile mülkiyet hakkı doğrudan doğruya müvekkile geçer. İstenilen bazı neticeler uğruna genel hükümlerden istisnâ edilen hususlar da bulunmaktadır. Meselâ, bir köleye, efendisinden kendisini, ona yetki veren birisi adına satın alma yetkisi verilse ve o da onun adına kendisini satın alsa bu akit geçerli-

dir; eğer bir kadına kendisini boşama yetkisi verilse, bu yetki geri alınamaz. Sınırsız bir yetki mümkündür. Bu yetki, "istediğin gibi hareket edebilirsin" sözleri ile verilir. Fakat normal olarak bu, sınırlı bir yetki olup, muhtevâsının açıkça tayin edilmesi gerekir. Bu takdirde vekil, bu talimatla bağlıdır, ve onun görevi elçinin görevine benzer. Bu, tam bir hukukî ehliyete sahip olmayan şahısları vekil olarak tayin etmeyi mümkün kılar. Buna karşılık vekilin tasarruf gücü, yetki veren şahsın tasarruf gücünü aşar. Meselâ, bir müslüman şarap alıp satamaz; fakat bir gayrı müslime bu işi kendi adına yapması için talimat verebilir (ancak bu husus, ihtilaflıdır). Bir *hizmet* akdi (icare)'nin konusu, bir vekâletin konusunu teşkil edemez. Medenî hukukla ceza hukuku arasında aslında bir ayırım olmadığı ileri sürülerek, bir üçüncü şahsa isnad edilen hadd cezalarını çekmek üzere bir vekilin tayini caiz değildir.

Üçüncü bir şahsa nazaran vekâletin neticeleri, müvekkil ile vekil arasında ortaya çıkan sonuçlarından ayrı olarak ele alınmamıştır; ne de temsil hakkı yetkiyi kullanma görevinden açık bir şekilde ayırdedilmiştir. Fakat *simsarlar* (komisyoncular), müvekkillerinin haklarını uhdelerinde birleştirmekle mükelleftirler.

Velî[75] ve vasî, aynı zamanda hem elçi hem de icra yetkisine sahiptirler.

121 4. SIHHAT, BUTLÂN VE ŞER'İ HÜKÜMLER

İslâm hukuku önce şer'î hükümleri (ahkâm-i hamse'yi) şu şekilde sıralar: 1) Vâcip veya farz. İslâm hukuku, namaz, oruç ve benzeri gibi şahsî vecibeleri (farz-ı ayn) ve toplumun mükellef olduğu vecibeleri (farz-ı kifâye) birbirinden ayırır. Farz-ı kifâye'nin yeterli sayıda fertler tarafından yerine getirilmesi, diğer fertleri bundan muaf kılar. Meselâ, *cenaze* namazı, *cihad* v.b. böyledir. 2) Sünnet[76] (mendub, müstehab). 3) Mübah. Bu, caizden farklıdır (aşağıya bak.). 4) Mekruh. 5) Haram. Bunun zıddı helâl[77], yani yasak olmayan bir şeydir.

İkinci olarak hukukî bir sıhhat sıralaması daha vardır. Burada meşrû kelimesi, sıhhata tekabül eden daha geniş bir kavramdır. Bu

75. Velî, kadın ve çocukların en yakın erkek akrabasıdır; âile reisidir ve özellikle kadın akrabalarını evlendirme hakkına sahip olan kimsedir.

76. Buradaki sünnet, cemâ'atin âdetini teşkil eden sünnet'le veya Peygamber'in sünneti ile karıştırılmamalıdır.

77. Bu, sadece şeyler ve bir kimsenin karısı veya cariyesi gibi şahıslar hakkında kullanıldığı halde, fiiller ile ilgili olarak kullanılmaz.

tekâbül derecesine göre: 1) Eğer bir muamelenin hem aslı, hem de vasfı hukuka uygunsa bu muamele sahih'tir. 2) Aslı ve vasfı hukuka uymakla beraber haram olan bir şey ona ilişikse mekruh'tur. 3) Aslı hukuka uygun, fakat vasfı uygun değilse fâsid'tir. 4) Bâtıl. *Asıl* ile *vasıf* bir ölçüde *rükün* ile *şart*'a tekâbül etmektedir (bak., bend 2). Bu ikinci sıralama birinciye nazaran daha az işlenmiştir. Sahih veya mekruh olan muamelelerin hukukî sonuçları bulunmaktadır. Bu sebeple sahih, her iki sınıfı da ihtivâ etmek üzere, ekseriya hukuken muteber anlamında kullanılır. Böylece daha geniş anlamda sahih'in müteradifleri *lâzım*, *vâcip*[78] ve *nâfiz*'dir. Bunlardan ilk ikisi sübjektif, üçüncüsü ise objektif neticelere ağırlık verir. Öteki fıkıh mezheplerince aynı ölçüde veya hiçbir şekilde tanınmayan *fâsid* ile *bâtıl* arasındaki ayırım, ekseriya açık bir şekilde yapılmamıştır. Fâsid kavramı, bâtıl ile aynı olmamakla birlikte ona yaklaşır. Fâsid akitler, bâtıl sayılmasalar da, bazan sınırlı hukukî neticelere sahiptir. Hıyâr hakkı, fesih hakkı veya belirli bir zaman içerisinde bir akdi yürütme işi, fâsid hükmü ile karıştırılmamalıdır. Bu haklar, kanunla verilebildiği gibi, akitle de karşılaştırılabilir (bak., s. 152).

122 Hükümlerin her iki şekilde sıralandırılması, aynı anda aynı olaylar dizisine uygulanır. Bu, *caiz* olan fiillerde pek açık bir şekilde görülmektedir. Bunlar, dinî açıdan câiz ve dolayısıyla hukukî bakımdan sahih ve vâcip'tir. Eğer müslüman bir kimse tarafından verilen *eman* tezkiresinin caiz olduğu belirtilirse, bu sadece sübjektif açıdan onun bu eman tezkiresini vermekten alıkonması demek olmayıp, aynı zamanda objektif açıdan da bu tezkirenin câiz, dolayısıyla geçerli olması demektir. Buna karşılık o, objektif açıdan câiz ve dolayısıyla subjektif açıdan da makbûldür. Veya bir satış akdi hukukun bütün şartları yerine getirilmek suretiyle neticelendirilmişse, sadece makbûl ve câiz olmakla kalmayıp, aynı zamanda geçerli ve bağlayıcıdır. Aynı durum, *icâze* (fuzûlî'nin* yaptığı işin tasvip görmesi gibi bir şeyi câiz kılmak) kavramında da açıkça görülmektedir. Müvekkil, sözü edilen fuzûlî'nin işlediği fiile itiraz etmediğini ve dolayısıyla onun geçerli olduğunu belirtir. Câiz kavramı, hukukî bir meselenin dinî bir incelemeye tâbi tutulma tarzının tipik bir örneğini teşkil eder. *Sahih* ve *gayrı sahih*'in, sırasıyla *câiz* ve *haram*'la birleştirilmesi, bu iki kavram çiftinin ibâdet sahasında şumûllerinin aynı olmasıyla sağlan-

78. Bu, *farz* anlamına gelen *vâcip*'den farklıdır.

* Selâhiyeti olmaksızın diğerinin hakları üzerinde tasarruf eden kimse veya vekâletsiz iş yapan şahıs. (Çev.)

maktadır. Dar anlamda hukuk sahasında muhakkak ki durum tamamıyla böyle değildir. Bu kavramlar çiftinden ancak birinin anlamlı bir şekilde tatbik edilebileceği durumlar olduğu gibi, bazan da aynı fiilin aynı zamanda hem sahih hem haram şeklinde nitelendirilebileceği görülmektedir. Bununla birlikte daha yakından bir inceleme göstermektedir ki, her iki hüküm de ayrı fiillere veya uygulandıkları durumun farklı cihetlerine işâret eder. Sözgelişi, *Cuma ezanı* okunurken yapılan bir satış, hükümlerin ikinci sıralamasına göre *mekrûh*'tur; hukuken geçerli olmakla beraber böyle bir satışın o anda yapılması ise *haram*'dır. Yahut da siyâsî otorite, âdil olmayan bir kadı tayin ederse, veya kadı, âdil olmayan bir şâhidin şehâdetini kabul ederse, bu fiiller görevi kötüye kullanmak olur ki, bu da haramdır. Bununla birlikte, sözü edilen tayin ve böyle bir şehâdete dayanan hüküm sahihtir. Mekruh hükmü, hukukî neticelerin ortaya çıkmasını engellemez. Ancak özel hallerde bu, haksız fiilden doğan zarar bakımından, sözgelişi, kullanılmak üzere verilen ödünç bir şey vadesi gelmeden geri istenirse tâlî bir sorumluluk yaratır. Ya da bu, yetkili kamu görevlilerinin, meselâ, gıda maddesinin fiyatını artırmak isteyen ihti-
123 karcıyı satışa zorlamak suretiyle müdâhalede bulunmalarını sağlar. Haram'ın da dereceleri vardır. Haram olarak nitelendirilen bir muamele her zaman batıl olmayıp, bazan sadece fâsid, hattâ bazan da sahih'tir (bak., s. 146).

Dinî saha ile asıl hukuk sahası arasındaki fark, kadının verdiği hüküm olan *kazâ* ile *diyânet*[79] arasında, özellikle niyet bulundukça diyânet bakımından sahih olduğu halde, kadı açısından sahih olmayan noksan beyanları yorumlamada ortaya çıkan farka benzemektedir. Buna karşılık şer'î hîleler, altlarında yatan saikler ne olursa olsun, hukukun lafzına uydukça sahih sayılır. Birbirine yakın kavramlar olan *tenezzüh*, *vera'* ve *ihtiyat*, diyânet sahasına aittir. Böylece karı, bir defa resmen kadı huzurunda, ikinci defa da vera' (takvâ) yönünden boşanmış kabul edilebilir; yani karı koca, günah işlemediklerinden tamamıyla emin olmak isterlerse, kendilerini ikinci defa dînî şekilde ayrılmış saymalıdırlar.

79. Bunlara karşılık teşkil eden diğer kelimeler *zâhir* ve *bâtın*'dır.

18

ŞAHISLAR

1. EHLİYET VE TEKLİF

124 Genel olarak ifâde edersek, hukukî ehliyet doğumla başlar. Henüz doğmamış bir çocuk (cenîn) mirasçı olabilir ve lehine vasiyet yapılabilir. Doğacak çocuk, köle ise âzad edilebileceği gibi, birine vasiyet de edilebilir; fakat satılamaz. Bütün bunlar, ancak çocuk, sözü edilen vasiyetten sonra altı ay içinde doğarsa geçerli olur. Çocuğun düşmesine sebep olmaktan ötürü *diyet*'den farklı özel bir tazminat (gurre) ödenmesi gerekir. Bu tazminat, garip bir anlayışla düşürülen çocuğun hukukî mirasçılarına intikal eder. Hukukî ehliyet, ölümle sona erer. Haklarından bazıları *mevkûf* olan *gâib* (mefkûd) şahıs (bak., s. 119), ancak doğumundan 90, hattâ 120 yıl geçtikten sonra ölmüş sayılır.

Teklif kavramı, hukukî ehliyet kavramını içine alır. Ehliyet de, *vucûb* ehliyeti ve *edâ* ehliyeti olmak üzere ikiye ayrılır. Vucûb ehliyeti, hak ve ödevleri iktisâb etme ehliyetidir. Edâ ehliyeti ise, sözleşme, tasarruf ve dolayısıyla bir şahsın vecibelerini yerine getirme ehliyetidir. Bu ehliyet tam olabileceği gibi, sınırlı (kâsır) da olabilir ve vecibenin aslî hususiyeti olan hükmü gözönüne alarak vucûb ehliyeti ile birleştirilebilir.

Hukukî ehliyetin en yüksek derecesi, akıllı ve ergin (âkil ve bâliğ) olan hür müslümanın sahip olduğu ehliyettir. Böyle bir müslüman, tam olarak mükelleftir. *Rüşd*, bedenî işâretlerle, rüşde erdiğini söyleyen kimsenin beyanıyla, bu da olmazsa onbeş yaşına değmekle tayin edilir. Mükellefin sözleşme yapma ve tasarrufta bulunma ehliyeti vardır; dinî vecibeleri yerine getirmesi gerekir ve bir işi kasden yapabileceği için ceza hukukunun hükümlerine tamamıyla tâbi olur.

Deliler (mecnûn) ve küçük çocuklar (tıfl) tam ehliyete sahip olmamakla birlikte bazı mâlî vecibelerle mükellef olabilirler. Ayrıca bu-
125 nak (ma'tuh) ve küçükler (sabî, sagîr) tamamıyla lehlerine olan muameleleri sonuçlandırma, bağış ve sadakaları kabul etme ehliyetine sahiptir. *Âkıl* ve *mümeyyiz* olan çocuklar, müslüman olabilir; köle iseler mükâtebe yoluyla âzad edilme akdinde bulunabilir ve birine vekil olabilir. *Sefîhin*, yani müsrif olan reşid bir kimsenin 25 yaşına gelinceye kadar hacir altında (kısıtlı) bulunup bulunmadığı veya onun esas itibariyle ehliyetli olup sadece hâkimlerin nezâret ve himayesi altına girip girmeyeceği konusu tartışmalıdır.

Şahitte adâlet, yani büyük günah işlememiş olmak[80] ve küçük günahlarda da ısrar etmemek gibi önemli vasıflar aranır. *Âdil*'in karşıtı *fâsık*'tır. Âdil ile fâsık arasında *mestûr*, yani aleyhinde bir şey bilinmeyen şahıs yer alır. Fakat âdil olma vasfı, hukukî değil, dinî bir şarttır. Kadının, fâsıkın şehâdetini kabul etmemesi gerekir; kabul ederse buna dayanan hükmü yine de muteberdir. Kadının da âdil olması ve buna ilaveten gerekli ahlâkî vasıf ve bilgilere sahip bulunması gerekir. Aynı şekilde fâsık bir kimse kadı olarak tayin edilirse, bu tayin geçerli olduğu gibi, kadı, âdil bir kimse iken fâsık olsa, onun kadı olarak yapılmış tayini de geçersiz değildir.

Ceza hukukunda önemli bir sıfat, *muhsan* olmaktır. Bu sıfat, sadece hür kimselerde bulunabilir ve tamamıyla farklı iki anlamda kullanılır: a) Hiç zinâ yapmamış hür bir kimse anlamında olan muhsan, kazf (bak., s. 179)'e karşı cezaî hükümlerle korunur. b) Hür bir eşle muteber bir evlilik yapan hür bir şahıs anlamındaki muhsan, daha sonra zinâ yaparsa, daha ağır bir cezaya, yani recme tâbi tutulur. Bu hükümlerden birincisi doğrudan doğruya *Kur'ân*'a ve ikincisi de hadîslere dayanır.

İslâm hukuku, hükmî (tüzel) şahsiyetleri tanımaz. *Beytu'l-mâl* bile bir müessese olarak kabul edilmemiştir. Beytu'l-mâl'in sahibi, İslâm ümmeti, yani müslümanların hepsidir. Vakıf (habs) ise, kuru-
126 cusunun mâlik olduğu mülkün aynının elden çıkması (ferağı) ve vakfın menfaatlerinin hayır amacıyla sarfedilmesi şeklinde telakkî edilir. Ancak kimin vakfedilen aynın sahibi olduğu hususunda ittifakla kabul edilen bir görüş yoktur. Vakfın amacının devamlı olması esaslı bir özellik arzeder. Bu da İslâmın esaslarına zıd olmayan herhangi bir şey olabilir. Bu sebeple, sözgelişi, vakıftan yararlananlar

80. Büyük günahlardan tevbe etmedikçe şahitlik yapamaz; fakat hiç *kazf* cezâsı almamış olması gerekir. (Bak., s. 179).

kurucusunun soyundan geliyorlarsa, fakirlerin veya sürekli bir tesisin, asıl yararlananların nesli tükendiği takdirde, ikinci derecede vakıftan yararlanması gerekir[81]. Vakfedilen şeyler, çoğunlukla gayrı menkul mallardır. Ancak âdet haline getirilmişse, meselâ kitap gibi, menkul mallar da vakfedilebilir. Vakfın idâresi ve kurucusunun belirttiğinden başka bir amaçla kullanılması hakkında ayrıntılı hükümler bulunmaktadır.

Tasarrufta bulunma ehliyeti *izin*'le genişletilebilir ve *hacr*'le daraltılabilir. İzin, baba veya başka bir hukukî velî tarafından ancak tamamıyla aleyhine olan muameleler (sözgelişi, talâk, âzad etme, ikrâr) dışında küçüğe verilebilir. Hacr sözü ise, hem şahsın durumuna hem de kısıtlama fiiline delâlet eder. Küçük ve köle normal olarak, küçük çocuk ve deli ise zarurî olarak hacr altındadır. Bir fiil olarak hacr, izni iptal etmek için gereklidir. Hacr, halka kötü hîleler öğreten huysuz bir müftîye, hastalarına karşı bir tehlike teşkil eden câhil bir tabibe ve müflis bir nakliyeciye (bundan söz etmemizin sebebi, bu muamelede ücretin önceden ödenmesine dayanmış olmasıdır) karşı yetkili şahıslarca ilân edilir.

2. KADINLARIN HUKUKİ DURUMU

Kadınların hukukî durumu fena değildir. Şüphesiz kadın, erkekten daha aşağı bir derecede kabul edilir. Dinî bakımdan kadının hak ve ödevleri daha azdır. Kadın irtidad ederse, idam edilmez; fakat hapis ve dayak cezaları ile İslâma dönmeye zorlanır. Diyet, şehâdet ve miras bakımından kadın, erkeğin yarısı sayılır. Kadın, *âkile*'ye (bak., s. 186) dahil değildir. Yine evlenme ve boşanma bakımından da onun durumu erkeğinkinden daha aşağıdadır. Bazı sebeplerle kocanın onu ıslah etme hakkıdır. Fakat mülkiyet hukuku ile
127 borçlar hukuku açısından kadın erkekle eşittir. Evlilik nizamı, bir çok hususlarda kadının daha da lehindedir. Kadın, bazı konularda *kadı* bile tayin edilebilir.

3. KÖLELERİN HUKUKİ DURUMU

(Rakîk, genel anlamda köle; abd veya memlûk, erkek köle; eme veya câriye, kadın köle; hür, özgür kimse)

---

81. Bugünkü ifâdesiyle bu *ehlî* veya *zürrî* vakıf, *hayrî* vakıftan ayırdedilmektedir. Hayrî vakıf, doğrudan doğruya bir kamu yararına veya hayır amacına yönelmiştir. İslâm hukukunda ise, ehlî vakıf da bir hayır kabul edilir ve aynı hükümler her iki vakıf türüne de uygulanır.

Dinî bakımdan köle, bir şahıs olarak kabul edilir; fakat efendisine tâbi olduğu için tamamıyla mükellef değildir. Köle aynı zamanda bir şeydir. Köleliğin hükümleri, a) menşeine konan bazı sınırlamalarla, b) kölenin meşrû hakları ile, c) âzad etme kolaylıkları ve tavsiyesi ile hafifletilir.

a) Kölelik, sadece ya doğuştan veya esir edilmek, yani ne anlaşmayla, ne de eman'la korunan bir gayrı müslimin, müslümanların eline düşmesi suretiyle olur. Borç karşılığında hür şahısların köle olarak satışı, İslâm hukukunda yoktur.

b) Kölenin bir şahıs olarak hakları vardır. Özellikle erkek veya kadın köle evlenebilir. Bir erkek köle, iki kadın köle ile evlenebilir. Kadın köle kendi efendisi olmayan hür bir şahısla ve erkek köle de kendi efendisi olmayan hür bir kadınla evlenebilir. Kölenin evlenmesi, mâlikinin iznini gerektirir. Mâliki, köleyi rızası hilâfına da evlendirebilir. İzin, köle sahibinin mehir ve nafaka gibi evlilikten doğan mâlî borçlar dolayısıyla kölenin şahsından (rakabesinden) mes'ul olduğunu gösterir. Eğer kölenin sahibi sorumluluğunu yerine getirmezse, köle, bu gibi borçları karşılamak üzere zorla satılabilir. Küçük kölelerin, satış sırasında, yakın akrabalarından, özellikle ana-babalarından ayrılmamaları gerekir (bak., s. 152). Evlenmemiş kadın köle, erkek efendisinin odalığı (müstefreşe) olarak emrindedir. Fakat erkek köle ile kadın efendisi arasında böyle bir durumdan söz edilemez. Kadın kölenin çocukları, annelerinin durumuna tâbidir. Ancak odalığın çocuğu, mâlikinin onun kendisinden olduğunu itiraf etmesi şartıyla, evli hür kadınlardan doğan çocukların bütün haklarını haiz olarak hürdür. Bu hüküm, İslâm toplumunun tekâmülü üzerinde derin bir etki bırakmıştır.

Ceza hukuku bakımından köle, hür şahıstan daha az himâye edilir. Şüphesiz, bir kölenin kasden öldürülmesi halinde kısas hür
128 bir şahsa karşı da tatbik edilir[82]. Fakat köleyi yaralaması halinde kısas yoktur. Bir köleye karşı *kazf* suçu işleyen kimse hadd cezasıyla değil, ta'zîr ile cezalandırılır; çünkü köle muhsan değildir. Bunun dışında kölenin himâyesi, genel olarak bir mülkün himâyesi derecesindedir. Ceza hukukunda köle, mâlikine karşı himaye edilmemiştir.; çünkü kısas, diyet v.b. kölenin sahibine tanınmış olan özel haklardır. Kölenin bu durumda dava açma ehliyeti yoktur. Fakat yetkili makam-

82. Fıkıh mezhepleri arasında bu, önemli bir ihtilaf konusudur. Mâlikîler, Şâfi'îler ve Hanbelîler karşı görüşü benimserler.

ların, kölenin sahibinin köleye karşı olan dinî vecibelerini yerine getirmesini temin etmesi gerekir. Köleyi fazla çalıştırmaması, ona yeterli istirahat süresi tanıması gerekir. Kötü muamelede bulunan birinin kölesi zorla satılabilir. Öte yandan kölenin cezaî sorumluluğu hür bir şahsınkinden daha azdır. Zinâ'dan dolayı köle, muhsan olmadığı için recmedilemez; ancak muhsan olmayan hür bir kimseye uygulanan kırbaç (celde) sayısının yarısı ile cezalandırılır. Şarap içme ve kazf için de yine hür bir şahsa uygulanan cezanın yarısı ile cezalandırılır. Köle sadece kasden adam öldürmekten dolayı kısasa tâbi tutulduğu halde, yaralamadan dolayı kısasa maruz kalmaz.

Kölenin tasarruf ehliyeti yoktur; fakat vekâlet görevini icra edebilir. Mâlî muamelelerde kölenin beyanı, hür bir kimseninki ile aynı derecede kabul edilir; eğer âdil ise bir kısım dinî meselelerde de durum aynıdır. Bununla birlikte köle şahit olamaz. Kölenin mâlikinden nafaka isteme hakkı vardır. Kölenin işlediği cinayetlerden (bak., s. 186) doğan mâlî sorumluluk, sahibini ilzâm eder. Fakat buna karşılık kölenin kendisi de verilebilir. Öte yandan bazı hallerde mâliki şahsan mes'ul duruma düşen kölesini *fidye* karşılığında kurtarabilir. Bazı durumlarda efendisi, kölenin fiillerinden sorumlu değildir. Ancak köle daha sonra âzad edilirse, meselâ, kendisine teslim edilen bir emanetin suç teşkil edecek şekilde kaybı veya onu kullanmasından, yahut da kendisine verilen ödünç paradan dolayı ortaya çıkan sorumluluk köleye ait olur. Kölenin özel bir mameleki olduğu kabul edilmediği halde onun böyle bir şeye sahip olduğu ekseriya düşünülmüştür.

Sahibi, evlenme gibi bir tek muâmele veya genel olarak ticâret dolayısıyla köleye tasarruf yetkisi tanıyabilir. Böyle ticaret için tasarruf yetkisi verilen köleye *me'zun* adı verilir. Bu izin, çeşitli bağışlar gibi, tek bir tarafın aleyhine olan muameleleri içine almadığı gibi, evlenme akdinde bulunmak veya bir kimsenin kendi şahsını kısasdan fidye karşılığı kurtarması gibi mâlî olmayan muameleleri de içine al-
129 maz. Me'zun tarafından yapılan muameleler, mâlikinin ona verdiği ticârî eşyayı ve kendi şahsını ilgilendirir. Eğer me'zun borca girerse, sahibinin onu borçlarına karşılık olarak satılması için ya alacaklılara teslim etmesi gerekir ve ödenmeden kalan borç, âzad edildiği takdirde, kendisinden istenir; yahut da sahibinin onun yerine borcu ödemesi icab eder. Aynı hüküm, (normal bir köleye uygulanan hükmün aksine) hem *me'zun*'un işlediği cinayetler dolayısıyla ortaya çıkan, hem de evlenmeden doğan mâlî borç ve külfetlerle ilgili hususlara tatbik edilir. İzin, ya hukuken, meselâ, sahibi delirirse, ya da efendisi tarafından konan hacr ile kaldırılır.

c) Âzad etme (itk veya i'tâk), dince tavsiye edilir. Kimi hallerde dinî bir *keffaret* olarak köle âzadı emredilir ve bu, çoğunlukla yeminin yerine getirilmemesinden doğan şahsî bir ceza hükmündedir. Köle *mahrem*'i* bulunduğu bir şahsın malı olduğu takdirde hukuken âzad edilmiş olur. *Ummu'l-veled*, yani efendisinden nesebi sahih bir çocuk doğuran kadın köle, sahibinin ölümü üzerine hür olur. Bu sebeple sahibi, Ummu'l-veled'i ancak azad edebilir veya mükâtebe akdi ile ondan kurtulur. Onu başkasına devredemez, bunun yerine onun değeri nispetinde para öder. Fakat onu, rızasını almadan evlendirebilir. Şüpheli durumlarda âzad ciheti hukuken tercih edilir. Eksik bir âzad etme durumunda köleye kendi hürriyetini çalışarak (sa'y veya si'âye ile) elde etme imkânı verilir. Sözgelişi, köle iki kişinin ortak malı ise ve sahiplerinden birisi kendi payını âzad ederse.. Âzad etmenin bir kaç özel şekli vardır: Önce sahibinin, ölümüne bağlı olarak, yapmış olduğu âzad (tedbîr). Bu, vasiyetten farklı bir şeydir. Bu şekilde âzad edilen kölenin hukukî durumu, ummu'l-veled'inki ile aynıdır (bak., s. 170). Sonra kölenin kendisine satılması .Bu durumda köle derhal hürriyetine kavuşur ve efendisine borçlanır. Nihayet mükâtebe akdiyle âzad olma. Bu suretle köle, bedelini, genel olarak taksitle ileride ödemek şartıyla hürriyetini kazanır. Bu takdirde mükâteb, efendisinin tasarruf kudreti yönünden derhal, rakabesi (çıplak mülkiyeti) yönünden ise akdi yerine getirdikten sonra hür olur. Onun tasarruf ehliyeti, me'zun'unki gibidir ve sahibi onu rızası
130 hilafına evlendiremez. Köle taahhüdlerini yerine getirmezse mükâtebe akdi, ya anlaşma ile veya efendisinin müracaatı üzerine kadı tarafından feshedilir. Mükâteb'in malları, bu durumda mevkuf olur ve akdin yerine getirilip getirilmeyişine göre, aidiyeti cihetiyle hak sahibi kim ise ona verilir. Mükâteb, zekât gelirinden yararlanabileceği halde, bu konuda ille de bir hak iddia edemez. Bütün bunlardan anlaşılıyor ki, kölenin büyük ölçüde efendisine karşı dava açma yetkisi vardır.

Âzad edilen köle, tamamıyla şahsî bir bağla (*velâ*; azadlıya da, âzad edene de *mevlâ* adı verilir) efendisine bağlı kalır. Bunun evlilik ve miras hukukunda özel bazı hükümleri vardır.

Bundan dolayı kölelerin acınacak bir durumları yoktur. İslâmda köle hukukunun babaerkil (pederşahî) bir temeli vardır ve bu, mülkî haklardan ziyade âile hukukuna bağlıdır. Ev hizmetlerinde

* Birbirleriyle evlenmeleri haram olan akrabalar. (Çev.)

çalışan köleleri bir yana bırakacak olursak İslâm hukuku, geniş bir hareket hürriyetine sahip olan ticâretle uğraşan köleleri gözönüne aldığı halde, zirai ve sınaî teşebbüslerde çalıştırılmak amacıyla tutulan köleleri pek düşünmemiştir. Bu son husus, gerçekten İslâm toplumunda pek seyrek olarak görülmüştür. Kölelikle ilgili hukukî hükümler, genellikle fiilî durumları yansıtmaktadır.

4. GAYRİ MÜSLİMLERİN HUKUKİ DURUMU

İslâmın gayri müslimlere karşı tutumunun temelini savaş hukuku teşkil eder. Gayri müslimlerin ya ihtidâ etmesi[83], ya boyun eğmesi, ya da öldürülmesi (kadınlar, çocuklar ve köleler hariç) gerekir. Üçüncü şık, genellikle ilk ikisi reddedildiği takdirde ancak ortaya çıkar. Bir istisnâ olarak müşrik Araplar, ihtidâ etmek veya ölmek arasında muhayyer bırakılmışlardır. Bunun dışında harp esirleri[84], ya köle olurlar, ya öldürülürler, ya hür zimmîler olarak hayatta bırakılırlar veya imamın (devlet başkanının) emri ile müslüman esirlerle değiştirilirler. Aynı zamanda bir teslim olma muahadesi yapılır ve bu muahade gayri müslimlere yapılacak muamelenin hukukî temelini teşkil eder. İşte bu muahadeye genellikle *zimmet* adı verilir; çünkü müslümanlar bu suretle *zimmî* adı verilen gayri müslimlerin can ve mal-
131 larını korumayı üzerlerine alırlar. Bu muahade, zorunlu olarak gayri müslimlerin bütün vecibeleri yerine getirmeyi, özellikle *cizye* (baş vergisi), *harac* (arazî vergisi) gibi miktarı duruma göre değişen[85] vergileri ödemeyi üzerlerine alarak, teslim olmalarını sağlar. Gayri müslimlerin farklı elbise giymesi, evlerine belirli işâretler koyması, onları müslümanlarınkinden daha yüksek yapmaması gerekir. Bunların ata binmemeleri, silah taşımamaları, müslümanlara yol vermeleri, ibâdetlerini ve şarap içme gibi farklı âdetlerini açıkça yaparak müslümanlarda infial uyandırmamaları, yeni kiliseler, havralar ve manastırlar kurmamaları, cizye'yi kendilerini küçülterek vermeleri icab eder. Şüphesiz ki, gayri müslimler, sırf müslümanlara özgü olan imtiyazlardan yoksun bırakılmışlardır. Bununla birlikte onlar, müslümanlara farz olan ödevlerden muaftırlar. Esas olarak gayri müslimler, kendileri için meşrû olan dinî hükümleri yerine getirirler.

83. İslâm hukuku zorla ihtidâyı kabul etmez.

84. İslâm hukuku, prensip olarak müslümanlar arasında savaş düşünmez; İslâm hukukunda sadece *cihâd* yer alır. Dolayısıyla savaş esirlerini mutlak surette müşrikler teşkil eder.

85. *Harâc* veren kimse müslümanlığı kabul etse de o bir arazî vergisi olarak kalır Aksi takdirde bu arazî bir müslümanın malı olur.

Özellikle onlar, şarap içmek ve domuz eti yemek gibi yasaklara tâbi değillerdir; dolayısıyla bunların ticaretiyle de uğraşabilirler. Adam öldürmek de dahil olmak üzere onların müslümanlara karşı işlediği suçlar, vergiyi ödemekten kaçınma ve kendilerine yüklenen hükümleri çiğneme, muahadenin bozulması anlamına gelmez. Ancak düşman bir ülkeye katılmak veya kendi ülkelerinde müslümanlara karşı savaş açmak, muahadeyi bozmak sayılır.

Herhangi bir muahade ile himaye görmeyen gayri müslime *harbî*, yani savaş halinde, yabancı düşman denir. Geçici bir *eman* verilmedikçe onun gerek canı, gerekse malı hukuken tamamıyle himayeden yoksundur. Eman, usûlüne uygun olarak kadın veya erkek mükellef olan herhangi bir müslüman tarafından verilir. Bu takdirde kendisine eman verilen kimseye *müste'min* denir. Onun durumu genellikle zimmîninkine benzemekle beraber, yıllık vergi ödemeye mecbur değildir. O, İslâm ülkesinde daha uzun bir süre kalacak olursa zimmî sayılır.

Kimin kâfir sayılacağı hususundaki önemli mesele, âdil bir çözüme bağlanmıştır. *Mülhid*, İslâmın esaslarından herhangi birini inkâr ettiği takdirde ancak kâfir sayılır. Yukarıdan aşağı doğru inen bir üstünlük derecesi göz önüne alınarak, kâfirler arasında bir ayırım
132 yapılır. Sözgelişi, Peygamber ve kitaba sahip olan din sâlikleri (ehl-i kitâb) ve Zerdüştîlerle müşrikler arasında böyle bir ayırım yapılmıştır. Kâfirler arasında karışık evlilikten doğan çocuklar ana babalarından hangisinin dini üstünse ona tabidirler. Müslüman bir erkek, *ehl-i kitâb*'a mensup bir kadınla evlenebildiği halde (şüphesiz bunların çocukları müslümandır), ehl-i kitâba mensup bir erkek, müslüman bir kadınla evlenemez. Geri kalan hususlarda müslüman ve zimmî, esas olarak mülkiyet, akitler ve borçlar hukuku yönünden eşittirler. Fakat zimmîler, farklı dinlere mensup olsalar bile, diğer zimmîleri ilgilendiren meseleler dışında şahitlik yapamazlar. Zimmî, müslüman olan çocuğunun velisi olamaz; bununla birlikte zimmî bir kadın müslüman olan çocuğunu büyütebilir. Zimmî, bir müslümanın vasîsi olamaz; müslüman bir köle edinemez ve gerekirse yetkili kişilerce böyle bir köleyi satmaya icbar edilir. Ceza hukukunda zimmî, tamamıyla müslümanlara mahsus olmayan hadd ve ta'zîr cezasına çarptırılabilir, fakat şarap içme cezasıyla zinâ'dan dolayı verilecek daha ağır bir cezaya tâbi tutulmaz. Zimmî, ceza hukukuna göre müslümanla aynı ölçüde himâye görür; fakat daha az cezaî mes'uliyeti olduğu için kazf'e karşı hadd'le değil, ta'zîr'le korunur. Zimmî, kısas

bakımından müslümana eşittir[86]. Nihayet bazı hususlarda menfî bir eşitlik vardır. Müslüman ile zimmî yekdiğeri ile mufâvada (gayrı mahdut mes'uliyetli şirket) akdi yapamaz. Biri diğerinin *âkile*'sine dahil değildir. İster dâru'l-İslâm ister dâru'l-harb olsun, din ve yurt ayrılığı iki şahıs arasında mirasın intikaline manidir, vasiyete mani değildir.

Kaynaklarda ele alınan zimmî ile ilgili hükümlerin çoğu, onun ihtidâ etmesinin ortaya çıkardığı sonuçlarla ilgilidir. Özellikle bu, dörtten fazla kadınla evlenmek, yakın akraba ile evlenmek ve şarap veya domuz etine mâlik olmak gibi İslâmın dışında kalan hallere yöneliktir. Bazı hallerde zimmînin ihtidâ etmesi, başka bir zimmînin hukukî bir kayba uğramasına yol açıyorsa (meselâ, zimmînin karısının ihtidâ etmesi gibi), kayba uğrayan zimmîye, haklarını muhafaza
133 edebilmesi için müslüman olması teklif edilir. *Mühtedî*'ye *mevlâ* denir; yani o, himayesine gireceği bir müslüman efendiye ihtiyaç duyar. Tıpkı âzad edilmiş bir köle gibi.. Bu efendiye de *mevlâ* adı verilir. Fakat mühtedî, *muvâlât* akdi ile efendisini seçmekte hürdür. Buna karşılık İslâmdan bir başka dine dönmek, irtidâd sayılır ve cezaî müeyyidelere tâbidir.

Özetleyecek olursak, İslâm hukuku, gayri müslimlere, ancak doğrudan doğruya ve pek seyrek olarak da dolayısıyla müslümanları ilgilendiren hususlarda, meselâ, hırsızlık cezası müslümanlara dinî bir menfaat sağlıyorsa, müdâhale eder. Bunun dışında gayri müslimlere, müslümanları ilgilendirmemek şartıyla (ki buna şer'î mahkeme dahildir) tam bir hukukî hürriyet sağlanmıştır. Dinî hususlarda hürriyet, açık bir şekilde güvence altına alınır. İşte bu, Ortaçağlarda yaygın olan ve kısmen bugüne kadar hâkimiyetini sürdüren, kazaî yetkileri de dahil olmak üzere, gayri müslimlerin gerçek hukukî muhtariyetinin temelini teşkil eder.

---

86. Bununla birlikte diğer fıkıh mezhepleri müslümanı, bir zimmîyi öldürmekten dolayı kısasa tâbi tutmaz. Şâfi'î ve Hanbeliler mutlak surette, Mâlikîler ise ekseriya müslümanı, zimmîye karşı kısasa tâbi tutmazlar.

19

MÜLKİYET

1. MÜLKİYET KONULARI

134 İslâm hukuku, mülkiyet konusunu elle tutulur bir şekilde kesinlikle tayin etmez. Gerçekte *şey* (ayn), hak veya borcun karşılığıdır. Fakat kullanılabilen *şeyler*'den elde edilen *menfaat*, ayrı bir sınıf teşkil eder. Menfaata karşılık olan şeyin kendisi, aynı zamanda *rakabe* adını alır. Menfaat bir bakıma şey sayılır. Şeyin kullanılması, mülkiyetin gayrı aynî bir hak (ius in re aliena) değil, menfaate mâlik olmadır. Bununla beraber, bu durumda menfaat, sadece diğer şeylere katılmamış; fakat aynı zamanda bazı özel muamelelerin konusu durumuna sokulmuştur. *Ariyet* (aynen iâdesi şartıyla ödünç verme) akdi, menfaatin meccanen temlik edilmesi; *icâre* (kira) ise menfaatin satılması şeklinde tarif edilir. Fakat bunlar, yine de birbirinden ayrı akitlerdir. *Artan* (nâmi) mallarla ilgili olarak menfaat, kira geliri de dahil olmak üzere, diğer gelirleri (galle'leri) içine alır. Gelirler, aynı zamanda, meselâ şeyler üzerinde bir hak bahş eden *vasiyet* yoluyla mülkiyete ait müstakil hakların konusu da olabilir. Bu haklar, şu halde, şeyi doğrudan doğruya kullanma hakkını ihtivâ etmez. Hukukî muamelelerin konusu olan şeye (ticârî eşya) *mal* adı verilir. Fakat bunun zıddını teşkil eden şeyler, sadece ticârî olmayan mallar olmayıp, şu şekilde muhtelif derecelere ayrılır:

a) Tamamıyla hukukî mübâdelenin dışında kalan, mülkiyet konusu olmayan ve satılması bâtıl olan mallar. Meselâ, hür şahıs, usûlüne uygun olarak kesilmeyen mallar (meyte) ve kan.

b) Gerçekte mülk edinilemiyen (gayrı memlûk) mallar. Yani: 1) Kişinin gözetimi (himâye, hırz) altında olmayan veya hava, su, büyük ırmaklar ve umumî yollar gibi kamunun mülkü olan şeyler.

Herkes bunları halka zarar vermeksizin kullanma hakkına sahiptir
135 ve hiç kimse bunları kendi tasarrufuna alamaz. 2) Vakıf (bak., s. 125 vd.). Bir başka görüşe göre vakıf, Allahın mülküdür. 3) Havadaki kuşlar gibi *gayrı ma'lûm* olan şeyler. Bunlara kaçak köle (âbık) gibi fiilen mülkiyet altında olmayan mallar da dahildir. Meçhullüğü (garar) gidermek için İslâm hukuku elde mevcut olmayan şey üzerinde tasarrufu reddeder.

c) Müstakillen mülk olmayan şeyler. Yani: 1) Tahıldaki un veya memedeki süt gibi tek başına henüz mevcut olmayan şeyler. 2) Tavandaki kalas gibi herhangi bir şeyi meydana getiren parçalar. Fakat bu husus, tutarlı bir şekilde ele alınmamıştır; çünkü evin üst katı müstakil bir mülk olabilir. Bu şeyler, başlı başına mevcut olan, fakat ekseriya bir başka şeye bağlı olan eşya sınıfına dahildir. Meselâ, evin kilidi böyledir. Bunun aksi bir şart olarak ileri sürülmedikçe bunlar bağlı bulundukları asıl şeye tâbi olurlar[87].

d) Özellikle *ummu'l-veled, müdebber* ve *mükateb* gibi sadece sınırlı bir şekilde mâlik olunan köleler.

e) Mülkiyet konusu olmayan, fakat tasarrufu bazı sınırlamalara tâbi olan şeyler. Özellikle: 1) Değeri pek az olan şeyler; malın asgarî değeri bir dirhemdir. 2) Mekke toprağı gibi satışı mekruh olan şeyler. 3) Şarap ve domuz gibi dinen necis olan şeyler. 4) Satışı fâsid olup, ekonomik değeri bulunmayan (mâl-i gayrı mütekavvim) şeyler.

f) Nihâyet zayi olan, gaspedilen veya müsâdere edilen mallar gibi fiilen sahibi bulunmayan ve tekrar elde edilmesi mümkün olmayan şeyler.

Bu sistem bir bütün olarak ortaya konmamış, ancak sınıfları bazı muamelelerle ilgili olarak parça parça ele alınmıştır. Aynı şekilde bunun hukukî sonucu, muamele ister bâtıl isterse fâsid olsun, ekseriya herhangi bir karara bağlanmamıştır. Kimi durumlarda bu sonuç, muamelenin mahiyetine göre değişiklik gösterir. En önemli fark şudur: Bazı şeyler satılamaz, bağışlanamaz veya *mehir* olarak verilemez. Fakat miras olarak kalabilir veya vasiyet edilebilir. Sözgelişi, kadın bir kölenin henüz doğmamış olan çocuğu bu kabildendir.

Aynı sınırlamalar, bazı hususların yerine getirilmesine de tatbîk

87. Fakat bunun zıddı, bir satış akdinde şart olarak ileri sürülmedikçe, tohum araziye, meyve de ağaca tâbi olmaz.

edilir. Bunlardan bazıları satın alınamaz ve ücret karşılığı teklif edilemez. Meselâ, kısrağın aygırla çiftleştirilmesi böyledir.

136 Mal, *menkul* (taşınabilir) ve *gayrı menkul* (akar, taşınamaz), *mislî* ve *gayrı mislî* (kıyemî) olmak üzere kısımlara ayrılır. Mislî mallar da yine ölçülebilen (mekîl veya keylî), tartılabilen (mevzûn veya veznî) veya sayılabilen (ma'dûd-i mütekârib, yani aynı cinsten) mallar şeklinde bir taksime tâbi tutulur. Bu taksimin önemi, *ribâ*'nın yasaklanması ile ilgilidir. Bu yasakla ilgili olan hadîslere göre, buğday, arpa, hurma ve tuz *mekîl* sınıfına, altın ve gümüş de *mevzûn* sınıfına girer. Bunun dışında herhangi bir malın bağlı bulunduğu sınıf hakkında örfe göre karar verilir.

2. MÜLKİYET VE ZİLYEDLİK

Mülkiyete, yani bir şey üzerinde tam tasarruf hakkına *mülk* (*milk*), bir şeyi elinde bulundurmaya *zilyedlik* (*yed*), mülkün sahibine *mâlik* veya *rabb*, bir şeyi elde bulundurana da *zilyed* denilir. İslâm hukuku bir şeyi elde bulundurma (zilyedlik) ile bir şeye el koyma (vazı'ul'-yedlik) arasında bir ayırım yapmaz. Mülk ve mâlik, sadece şeyler üzerinde mülkiyet hakkı ile ilgili olarak değil, aynı zamanda menfaat gibi hakları veya evlilikten, ya da odalık edinmeden doğan cinsî münasebet hakkı ile ilgili olarak kullanıldığı halde, *yed* sözü ayrıca evlilikte kocanın veya babanın yetkisine de delâlet edebilir. Asıl zilyedlik sınıfları, *yed-i emânet*, meşrû ve gayrı meşrû zilyedlik (yed-i muhikka ve yed-i mubtıle)'dir. Meselâ, bu son husus, *gasp* halinde ortaya çıkar. Mülkiyet ve zilyedliğin birbirinden açıkça farklı olduğu bir çok hususlar arasında en önemlisi *mükâteb* kölenin durumudur. Bu köle, efendisinin mülkiyetinden değil, zilyedliğinden çıkmıştır.

Mülkiyetin iktisabı, *aslî* olduğu gibi, *fer'î* de olabilir:

a) Aslî iktisab, her şeyden önce mâliki olmayan şeylerin ele geçirilmesi (istilâ) ile ortaya çıkar. Burada beklenen haklar meselesiyle karşılaşırız. Eğer bir kimse kuş yakalamak üzere ağ kurarsa, yakalanan kuşların mülkiyetini elde etmeyi bekler. Fakat ağı, kurutmak üzere sererse, ağa düşen kuşları elde eden kimse, başkasına ait bir arazîde bile olsa, onların mülkiyet hakkını kazanır. Aynı zamanda arazî sahibi, bu arazîde yetişen ağaçlar ve alüvyonu üzerinde tam bir hakka sahiptir. Değerli madenlere gelince, *maden* yatağı ile *define* (rikâz) arasında bir fark vardır. Bu her ikisinden ve aynı zamanda savaşta kazanılan ganîmetten beşte birinin Beytu'l-Mâl'e ödenmesi gerekir. Maden ya-

tağı, arazî sahibine aittir; ancak arazî sahipsizse, bulana ait olur. De-
137 fine ise, her iki halde de bulanındır. (Bu, Ebû Yûsuf'un görüşüne uygundur.) Fakat bu, ancak defîne İslâm öncesi bir devire aitse, geçerlidir; İslâmdan sonraki bir devire ait olan defîne ise, sahipsiz değildir; sadece sahibinin zilyedliğinden çıkmıştır ve buluntu bir mal (lukata) sayılır. Bulma ile hiçbir zaman mülkiyet elde edilmez. Ancak kayıp bir malı bulan kimse, halka duyurma müddeti içerisinde sahibi çıkmadığı takdirde, onu sadaka olarak verebilir. Fakirse bulduğu malı kendisi kullanabilir. Fakat onu emânet olarak muhafaza etmek daha iyidir. Emânet, malın tekrar sahibine iâde edilmesi niyetini içine alır. Böyle bir niyet yoksa, bu malın muhafazası gasp olur. İrad elde edilmesi (istiglâl), mülkiyet hakkının esaslı bir bölümünü teşkil eder.

Malın şeklini değiştirme (tağyîr) ve onu başka bir malla karıştırma, mülkiyet açısından değil, kısmen gasp açısından kısmen de *vedî'a* (emânet bırakılan şey) açısından ele alınır. İslâm hukuku, bu konuda sorumluluğun türü ve ölçüsünü tespite önem verir. Bundan dolayı malın asıl sahibi, ekseriya, ya malın tam değerinin tazminini veya malın değerindeki artışa karşılık olarak kendisinin bir meblağ ödemesi suretiyle, yahut da değerdeki azalmaya karşılık olarak gaspedenin belli bir meblağı tazmin etmesi suretiyle iâdesini isteme hakkına sahiptir. Bir başka görüşe göre, malın tağyîri, isminin ve kullanıldığı amaçların değiştirilmesi halinde gaspedilen şeyde mülkiyet doğurur. Aynı türden iki malın birbirine karıştırılması hususunda görüş ayrılığı vardır. Ancak bu, gaspedenin bir dahli olmaksızın ortaya çıkarsa, malların nispetine göre iştirak hakkını doğurur. Ayrıca gasp, eğer gaspeden malı bilinemez bir hale getirmiş ve değerini ödemekle yükümlü kılınmışsa, mülkiyet doğurur. Gaspeden malın değerini ödemekle gaspettiği andan itibaren onun sahibi olur; fakat bu takdirde bile malın sahibi, bazı durumlarda gaspedilen mal tekrar tanınabilir bir hale gelecek olursa, mülkiyet hakkı iddia edebilir.

Mülkiyetin aslî iktisabının bazı türleri usûl hukuku açısından önemlidir. Mülkiyetin tespitinde bir şey dokuma, süt sağma, yün kırpma gibi tekrarı mümkün olmayan iktisâb çeşitlerinin delili; bina yapma (çünkü bina bu arada çökmüş olabilir), ağaç dikme ve tohum ekme gibi tekrarı imkân dahilinde olan iktisâb türlerinin deliline tercih
138 edilir. İktisâbî zamanaşımı (murur-i zaman), böyle telâkî edilmez. Bununla birlikte onun neticeleri şu usûle göre tayin edilir: Zilyede

karşı arazîde, herhangi bir müdahale olmaksızın belli bir zaman (30, 33 veya 36 yıldan söz edilir) geçerse, bir mülkiyet hakkı iddia edilemez.

b) Fer'î mülkiyet iktisâbı, 1) mülkiyetin el değiştirmesi, yani teslim ve tesellüm (kabz, istîfâ, takâbuz) yoluyla ortaya çıkar. Bu çeşit bir mal iktisabı, bazı borçlarla birlikte vuku bulur. *Teslim* ve *kabz*, bütün hallerde mülkiyetin el değiştirmesini zorunlu olarak gerektirmez. Sözgelişi, bir malın fesih hakkı (muhayyerlik) saklı tutulmak suretiyle satışı böyledir. Bunun, mülkiyetin başkasına devredilmesi hususunda tam bir niyetin mevcut olmayışından ileri geldiğine dair bir düşünce İslâm hukukunda yoktur.

2) Bundan başka fer'î bir mülkiyet iktisabı, tek başlarına mallar üzerinde bir takım haklar doğuran, yani *tesellüm* olmaksızın mülkiyeti gerektiren muamelelerle ortaya çıkar. Bunlar arasında en önemlisi vasiyettir ki, bu, mirasçılara karşı sadece bir hak değil, mülkiyet doğuran bir şeydir. Akitlerin de bazan doğrudan doğruya şeyler üzerinde bir takım haklar doğurduğu kabul edilir. Bu konuda İslâm hukuku açık bir ayırım yapmaz (bak., s. 141, 152).

3) *Rehn*, özel bir yer işgal eder; zira mal el değiştirdiği halde mülkiyet el değiştirmez. Mülkiyetin el değiştirmesi, ancak bazı hallerde akdin bir sonucu olarak ortaya çıkar.

Mülkiyetin ortadan kalkması, normal olarak bir şeyin el değiştirmesinden doğar. Bu, mal sahibinin irâdesi dışında da vuku bulabilir. Meselâ, gaspeden gaspettiği şeye mâlik olduğu zaman durum böyledir. İslâmdan dönmek (irtidâd) de bu konuda önemli bir meseledir. Burada mülkiyetin zevâli, ilkin geçicidir ve ancak mürted ölürse veya İslâma dönmeden İslâm ülkesini terkederse kesinleşir.

Müşterek mal (müşâ', şeriket-i mâl), özellikle arazî ve kölelerle ilgili olarak ayrıntılı bir şekilde ele alınır. Bu çeşit mülkiyet, çoğu zaman mirastan, aynı zamanda kasıtlı veya kasıtsız malları karıştırmadan ve bir ortaklık dolayısıyla irâd iktisabından doğar. Malların karıştırılması ile ortaya çıkan müşterek mülkiyet, tasarrufun sınırlan-
139 dırılmasını gerektirir. Ortaklardan biri payını kendi ortağından başkasına ancak onun rızası ile satabilir. Çünkü, bu durumda her ortak malın ihtivâ ettiği parçalardan bir bölümünün sahibidir. Fakat gerçekte bu mal, öteki ortağın sahip olduğu parçalardan ayrılmaz. Ortak mülkiyet, bölünebilir veya bölünemez olmasına göre ikiye ayrılır. Bölme (kısmet) normal bir durumdur ve çoğunlukla diğer ortakların

rızası hilâfına yapılabilir. Ancak bölmekle ortaya çıkacak parçalar kullanışsız bir hale gelecekse, böyle bir bölme yapılamaz. Bölmeyi icrâ eden kadının uyacağı usûl konusunda pek çok maddî hükümler vardır. Eğer malın kendisi bölünmüyorsa, kullanma hakkı, ya yer itibariyle bölünür ki böylece, sözgelişi, her ortak bir evin belirli odalarına oturur veya bu imkânsızsa zaman itibariyle bölünür ki meselâ her ortak evde birer ay süre ile oturur, ya da kölenin hizmetinden birer gün yararlanır.

İslâm hukukunda üzerinde çok durulan mülkiyetin himâyesi, diğer hükümler arasında iyiniyetli kazancın himâyesi ile kendisini gösterir. Bir üçüncü şahıs bir mal üzerinde hak iddia ederse (istihkak davası açarsa), malı satan şahıs ödenen bedel miktarınca mülkiyetteki kusurundan (derek) dolayı sorumlu olur. Bir başka sonuç da şudur: Mal sahibi, kiracıyı kiraladığı malın kaybından dolayı doğrudan doğruya sorumlu tutabilir. Fakat zilyedliğin himâyesi fikri İslâm hukukunda mevcut değildir. Zilyedlik, mülkiyet bakımından bir zarar teşkil eder. Eğer zilyedliğin kendisi münakaşalı ise, iddialar fıkıh mantığına göre karara bağlanır. Bir elbiseyi üzerinde bulunduran kimse, elbisenin yeninden tutan kimseden üstündür. Bazan beyyine hukukunun özel hükümleri zilyedi daha az menfaatli bir duruma sokmakla sonuçlanır. Hem zilyed hem de bir yabancı aynı türden bir mülkiyet delili ileri sürerlerse, yabancının deliline bazı hallerde üstünlük verilir; zira yabancı davacıdır ve dolayısıyla delil getirme külfeti ona yüklenir. Bu, onun delilinin dinlenilmesine öncelik tanınmasını sağlar.

3. REHN

Rehn akdi *icap* ve *kabul*'ü gerektirir. Rehn, teslim edilince kesinleşir (lâzım olur). Akdin İslâm hukukunda üzerinde önemle durulan zorunlu bir ciheti vardır. Rehni alan, ya rehnin değeri nispetinde ya da verilen borcun miktarı kadar, hangisi az ise, ona göre
140 *rehn*'den sorumludur. Fakat rehn, rehni alanın kusurundan dolayı kaybolursa, bu kimse rehnin değeri nispetinde sorumlu olur. O, aynı zamanda borç ödenince rehni iâde etmeye mecburdur. Bu akit münasebetinin mallarla ilgili ciheti, meselâ, onun haiz olduğu zilyedliğin el değiştirmesinde açıkça görülür. Rehin verenin rehin üzerindeki tasarrufu tamamıyla kaldırılmıştır. Hattâ onun borcunu ödemek üzere satmak için rehnin teslimini isteme hakkı da yoktur. Zilyedliğin el değiştirmesi, anlaşmak suretiyle rehni âdil bir şahsa emanet bırakmakla da olabilir. Rehin alanın, borcun vadesi geldiğinde, hâsılâtını ala-

cağına mahsup etmek için rehni satma hakkı vardır*. Rehin bir borcun varlığını gösterir. Emânete dayanan kıyemî malların emânet veya ödünç verilmesi, mülkiyetteki kusur (ayıp) dan dolayı sorumluluk, şahsa kefâlet, kısas, şuf'a hakkı v.b. gibi hukukî ilişkilerde rehin verilemez. Rehin, aslında çift taraflı teminattır. Rehnin satışından elde edilen meblağ borcu karşılamıyorsa, borç aynen kalır ve rehnin satışından sonra geriye kalan fazla para ise, rehni alan tarafından rehni veren adına *emanet* olarak tutulur. Sadece istisnâî hallerde rehnin tahribi veya kaybı borcu ortadan kaldırır. Sözgelişi, rehin olarak verilmiş olan bir köle bir cinayet işler ve kendisini rehin veren mâliki tarafından teslim edilir veya kurtarılırsa, borç kalkar. Rehin veren, rehnin mülkiyetini muhafaza eder. Dolayısıyla o, aynı zamanda hayvanın yavrusu, ağacın meyvesi gibi gelirlerinin de sahibidir; fakat bunlar da rehnin birer parçası olur. Rehnin bizzat gerektirdiği masrafların, rehni veren tarafından ödenmesi icap eder. Rehnin muhafazasından doğan masrafların ise, rehni alan tarafından ödenmesi gerekir. Rehin hiç biri tarafından kullanılamaz. İslâm hukukunda *ipotek* bilinmemektedir.

Bir şeyle ilgili olan bir hakkı temin etmek üzere o şeyin *habs*'i, rehinden farklıdır. İslâm hukuku bir şeyin imâlinden doğan ücrete karşılık olarak habsi veya ücrete karşılık olarak vekâlcten satın alınan bir şeyin habsi, yahut da buluntu bir malın bu mal için yapılan gerekli masraflarına karşılık olarak habsi (ve hattâ bazı hallerde gayrı meşrû bir şekilde elde edilen malın habsi) gibi bir takım özel hallerde şeyler üzerinde böyle bir hapis hakkını kabul eder. Hapseden kimsenin sorumluluğunun rehin alan kimseninki ile aynı mı, yoksa daha mı geniş olduğu ihtilaflı bir konudur.

4. TAŞINMAZ MALLAR

(Sadece bu mallarla ilgili olarak ortaya çıkan başkasına ait şeyler üzerindeki haklar dahil)

141 Gayrı menkul hukuku, genel mülkiyet hukukundan ufak tefek ayrılıklar gösterir. Müstakil bir varlık olarak şey kavramı belli bir ölçüde bir kenara bırakılmıştır. Bir binanın üst katına bağımsız olarak mâlik olmak mümkündür. Bu, bir *irtifak* hakkı değil, gerçek bir *mülkiyet* hakkı sayılır. Üst kat çöktüğü zaman satılamaz. Müstakil mülkiyet, aynı zamanda tek tek odalar veya bir apartmanın daireleri için de mümkündür. Satış halinde mülkiyetin devredilmesi için tesellüm ge-

* Daha doğrusu, onu borcun tesviyesi için rehin verenin rızasıyla satma veya mahkeme kararıyla sattırma yetkisi vardır. (Çev.)

rekmez. (Bununla birlikte bu husus ihtilaflıdır.) Satış akdi tamamıyla bağlayıcı değildir. Bu, mülkiyetin ispatında daha kesin hükümlere götürür. Gayrı menkûlün istirdat davası, genel olarak, davalının zilyed olduğunu gösteren bir delili gerektirir. Eğer gayrı menkûlün bir miras olduğuna dair istihkak davası açılmışsa,daha da fazla bir takım taleplerde bulunulur. Gayrı menkullerin gaspı, sadece îrâdı etkiler.

Kamu mülkü (milkü'l-âmme), esasen Beytu'l-Mâl ve vakıf gibi ilgili kavramlardan farklı olarak, saha bakımından geniş ölçüde sınırlandırılmıştır. Meselâ, kamu mülkiyeti, bir caddede bulunabildiği halde, çıkmaz sokak buna bitişik olan mal sahiplerinin müşterek mülküdür. Kamu mallarının kullanılması bir dereceye kadar herkesin hakkıdır. Kamuya zarar vermedikçe bunlar üzerinde bir baraka bile kurulabilir. Ancak bu barakanın kaldırılması için herkesin davâ açma hakkı vardır. Meskûn bir yerin civarındaki arazî, sâkinler için bir çeşit otlak olarak veya başka bir takım zorunlu ihtiyaçların giderilmesine tahsis edilir.

Gayri menkulün işgali, kullanılmayan bir arazinin ekilir hale getirilmesi (ihyâ'u'l-mevât) ile mümkündür. Bu mal, tabîatıyla kullanılmayan, müslüman veya zimmîlerden belirli bir mâliki olmayan arazîdir. Böyle bir şeyin yapılması için *imam*'ın müsaadesi gerekir. Bu tarzda işgal edilmiş bir arazî, bir çitle çevrilir; işgal eden bu arazîyi üç yıl içinde işletmek zorundadır; böyle yapmazsa, müsaade ortadan kalkar. Yaygın olan görüşe göre, imâm'ın izninin gerekmediği özel durumlar, kullanılmayan bir arazîde kuyu kazılması ve ağaç dikilmesi gibi hususlardır. İşgal eden kimse, işgal ettiği arazî etrafında çapı şartlara göre değişen belli bir mıntıkayı kendisine ayırabilir.

Gayrı menkul hukukuna mülkiyetin komşu lehine sınırlandırılması dahildir. Bu sınırlandırma, mülkiyetin kullanılmasında komşuyu rahatsız etmesi muhtemel olan fiillerden kaçınmanın bir vecîbe olmasından doğmaktadır. Bu, başkasının malına müdâhaleyi değil, sadece şahsî talepleri meşrû kılar.

142 Bundan başka *şuf*'a hakkı yani (bir binanın üst katı da dahil olmak üzere) bir gayrı menkulün tamamıyla satılması halinde bir kimsenin alıcı durumuna girmesi hakkı vardır. Bu hak, hukuken verilmiş bir haktır ve satın alınamaz. Bu hakka şu kimseler sahiptir: 1) Bir malın ortakları, 2) malın irtifak hakkına sahip olanlar, 3) müşterek sınırlı bir mala mâlik olanlar. Şuf'a hakının kullanılması, birkaç sebeple engellenir. Sözgelişi, bu hakka sahip olabilecek kimse (rayiç bedeli dışında) bir fiyat teklif etmişse, bu hak düşer. Şuf'a hakkının

doğmasını önlemek için bir takım hilelere başvurulması, bilginlerin büyük bir çoğunluğu tarafından caiz görülmüştür[88]. Bu hakkın kullanılması bir sıra takip eder. Bunlardan birincisi, satıştan haberdar olur olmaz şahitler huzurunda şuf'a hakkını hemen ileri sürmektir. Bu şekilde davranılmaması, haktan vazgeçilmesi demektir.

Gayrı menkulün irtifak hakları; geçiş hakkı, suyun akmasına müsaade hakkı ve su alma veya hayvanları sulama hakkı v.b. dir. Bir üst kat inşa etme hakkı, az önce sözü edilenlerin aksine, mala değil üst katın mâlikinin şahsına aittir. Bunun için üst kat satılabildiği halde, onu inşâ etme hakkı satılamaz.

Kamu yararına *istimlâk*, ancak pek sınırlı bir şekilde mevcuttur.

İslâm hukuk nazariyesi, böylece ancak özel bir gayri menkul hukukunun bir kaç esasını geliştirmiştir. Uygulamada arazîde tasarruf şartları, ekseriya nazariyeden farklıdır; yere ve zamana göre değişir. Burada vakıf kurumu, uygulama bakımından büyük bir önem kazanmıştır.

5. SU

Sulama meseleleri, Yakındoğu'da daima özel bir önem taşımıştır. Su hakları bakımından İslâm hukukunun ortaya koyduğu hükümlerin esası, sürekli akarsuları bulunmayan Arabistan'da değil, çok eskiden beri sun'î sulama tesislerine sahip bir ülke olan Irak'ta aranmalıdır.

Fırat ve Dicle gibi büyük nehirler özel mülkiyet teşkil etmez. Küçük akarsular ve kanallar, bunlara bitişik arazî sahiplerinin ortak malıdır. Bunun bir takım borç doğurucu sonuçları vardır. Özellikle
143 su yolunun ayıklanarak korunması ve su almak için tek yanlı bir takım değişikliklerde bulunulmaması bu cümledendir. Bu, eski haklara aykırı düşüyorsa müşterek mülk sahiplerinin hepsinin rızasını gerektirir. Suyun sahiplerinden bir kaçı arasındaki taksimi, ya mekanik aletlerle (belli genişlikte ağızı bulunan arklar veya kanallarla) veya belirli zaman aralıklarıyla sağlanır. Suyun bu kullanılma hakkı, bağlı bulunduğu araziden satışla değil, ancak vasiyetle ayrılabilir. Böyle bir kanaldaki su, özel bir mülk olsa da, herkes ondan içebilir; abdest v.s. alabilir; fakat sahibinin izni olmadan başkasının arazisine ancak bir zarûret varsa girebilir. Su üzerinde tam bir özel mülkiyet, ancak o, muhafaza altında, yani bir kap içerisinde ise mümkündür.

88. Bu hilelerden biri, bir odayı alıcıya *hibe* etmektir; böylece alıcı bu malın müşterek sahibi olur ve evin geri kalanı da ona satılır.

20

GENEL OLARAK BORÇLAR

1. GİRİŞ

144 Haksız iktisab ve başkasını zarara sokma, ahlâkî sebeplerle reddedilmiştir. Bu yasak, hukukun tamamına hâkim olur. Fakat etkilerini en açık bir şekilde borçlar hukukunda gösterir. İşte bu konuların bu bölümde ele alınmasının sebebi budur. Aşağıda belirtilen diğer bir kısım borçlar başka yerlerde daha önce ele alınmıştır ve daha sonra da üzerinde durulacaktır: *Niyâbet*'tan doğan borçlar (bak., s. 119); *kölelik*'ten doğan borçlar (bak., s. 127); *irtidad*'dan doğan borçlar (bak., s. 132); *müşterek mülkiyet*'ten doğan borçlar (bak., s. 138); *rehin*'den doğan borçlar (bak., s. 139); *evlenme*'den ve *nafaka*'dan doğan borçlar (bak., s. 167); *suç* ve *cinayetlerden* doğan borçlar (bak., s. 181 ve 160).

2. AKİT ÇEŞİTLERİ

İslâm hukuku, akit hürriyetini tanımaz; fakat tespit edilmiş bazı akit çeşitleri içerisinde geniş bir hürriyete yer vermiştir. Akit hürriyeti, hukukî muamelenin ahlâkî açıdan denetimi ile uzlaşmayabilir. Bu hürriyeti elde etmenin bir vâsıtası mutlak borç (deyn-i mutlak)'ta bulunur. Bu borç, asıl sebebine bakmaksızın bir borcun ikrarına dayanır ve her türlü ödemede yapılan akdin çeşitleri gerektirmese bile değerli bir bedel temini için kullanılabilir. Fakat bu akit, doktrini geliştirmek için yapıcı bir şekilde ele alınmamıştır. Bununla birlikte uygulamada özellikle hukukî bir *hîle* unsuru olarak geniş ölçüde kullanılmıştır. *Örf* kavramı, borçlar hukukunda önemli bir rol oynar. Fakat örfün görevi, esasında sınırlayıcıdır; çünkü muameleler sadece *örfî* (müteârif) olduğu sürece makbul tutulmuştur. Roma hukukundaki iyi niyete dayanan borçlara tekâbül eden bir şey yoktur.

Borç terimini ifâde eden genel bir tabir yoktur. Buna en yakın olan tabir, vicdânî bir ödevi gözetme anlamına gelen *zimmet*'tir. Borçlunun borcunu ödemesi kendi zimmetindedir. Bir hak veya borç, 145 öncelikle para borcu, aynı zamanda genel olarak mislî şeylerin borcu *deyn* adını alır. Borç, vadesi gelmiş bir borç olabilir ki buna *deyn-i hâll* denilir. Veya vadesi dolmamış olabilir; bu takdirde de ona *deyn ilâ ecel* denir. Ortaya çıkan bir borcun temeli akittir. Bu, mâlî muameleler sahasını teşkil eder. Akdin sonuçlandırılması aslında şeklî değildir. Ancak bir akdi sonuçlandırmak için ellerini birbiri üzerine çarparak pazarlık etmek (safka) gibi bazı teknik terimlerin kelime anlamları, daha önceki bir takım sembolik fiilleri yansıtır.

Akit iki taraflı bir muameledir. *İcap* ve *kabu*'lü gerektirir. Bunların her ikisi de normal olarak akit yapan tarafların meclisinde cereyan eder. Kabul edilmeden bir teklif (icap)'den geri dönülmesi mümkündür. Muhayyerlik (hıyâr) şartı da böyledir. Akitlerin bir kısmı, mâlî değişmeler (muâvada-i mâliyye) ile ilgilidir. İki taraflı ve iki taraflı olduğundan dolayı da icap ve kabül ile sonuçlandırılan akitler, kıyemî malların hibe edilmesi veya ödünç verilmesi gibi karşılıksız malî muamelelerle ilgilidir. İcap ve kabul, bir teklife uyma şeklinde, sözgelişi, "bana sat", "ben de sattım" sözleri ile ifâde edilebilir. Kabul, doğrudan doğruya hukukî bir neticesi olan tek taraflı tasarruflarda, meselâ, boşama, âzad etme, borçluyu ibrâ etme gibi konularda gerekmez. (Bu tasarruflara *tasarruf-i nâciz* veya *tasarruf-i müncez* denir).

3. HAKSIZ ZENGİNLEŞME (FADLU MÂL BİLÂ İVAD)

Haksız zenginleşmenin veya bedelinde bir şey vermeksizin mâlî bir yarar sağlamanın yasaklanması ve haksız iktisapta bulunanın onu *sadaka* olarak fakirlere vermesi, İslâm hukukunun genel esaslarından biri olup, *Kur'ân*'da geçen bazı âyetlere dayanmaktadır. Sözgelişi, kiralanan bir malın daha yüksek bir ücretle yeniden kiraya verilmesi veya satın alınan bir malın henüz bedelini ödemeden daha yüksek bir fiyatla yeniden satılması böyledir. Bununla ilgili özel durumlar *fâiz* alıp verme ve diğer *ribâ* türleridir. (Ribâ, kelime olarak, artma ve fazlalık anlamına gelir). Ribâ, "iki mâlî değerin değişiminde akit yapan taraflardan birinin lehine sağlanmış olan karşılıksız bir mâlî menfaat" şeklinde tarif edilir. Sözü edilen yasak, ölçülebilen veya tartılabilen ve ayrıca aynı türden olan mallar için vârittir. Hem miktar bakımından bir fazlalık (ziyâde) hem de ödemede bir gecikme

146 (nesî'e) yasaklanan hususlardandır. Eğer bu iki şarttan sadece biri (meselâ, belirli bir cinsten bir kumaşın aynı cinsten ölçülüp tartılamıyan bir başkasıyla değiştirilmesinde, aynı türden olmayan buğdayla arpanın mübadelesinde) gerçekleşirse, miktar bakımından fazlalığa cevaz verilmiş ise de, ödemede gecikme yasaklanmıştır. Benzeri hükümler, menfaatın temliki konusunda da uygunlanır. Bu sebeple iki maldan birinin diğerine bedel olarak kiralanması, ancak bunlar aynı türden değillerse caizdir.

Ribâ ile ilgili hükümlere tâbi olan malların değişiminde gecikmenin yasaklanması, mantıkî sonucunu, borcun borçla değişiminin (bey'u'd-deyn bi'd-deyn) genel olarak yasaklanmasında bulur. Haksız iktisabın yasaklanması, müşterek iki akdin, bir akdi diğerinin bir parçası olarak sonuçlandırmanın (safka fî safka) yasaklanması ile daha da kuvvet kazanır; çünkü bu, bedelsiz bir mâlî menfaate yol açabilir[89].

Ribâ ile ilgili hükümlere aykırı olarak yapılan bir akit fâsidtir. Eğer aynı türden eşit olmayan iki miktar değiştirilirse, birbirine tekâbül eden kısımlarında akit sahih olur ve fazla miktarın iâdesi gerekir.

Yasak, tam anlamıyla ilk merhalede satışa ve mübadeleye, hattâ *sulh*'a uygulanır. Bu yasak, gıdâ maddeleri ile değerli madenlerin (altın, gümüş) ihtikârına ve harmandan daha fazla miktarda hububat karşılığı tohum temin etme gibi eskiden yapılan faizli muamelelere karşı kullanılmıştır. Bu yasakla ilgili fıkıh mantığı, bizim, İslâm hukukunun ilk devirlerinde fiilen uygulanan hayvanın etle, buğdayın unla, kuru hurmanın ağaçtaki taze hurma ile değiştirilmesi (müzâbene) ve hububatla ilgili benzeri bir akit olan "muhâkale" gibi bazı muamele türlerini anlamamıza yardım eder.

4. ZARAR VERME (GARAR)

İslâm hukuku, *Kur'ân*'daki kumar (meysir) yasağından hareket ederek, akit yapan tarafların yüklendikleri borçlar hususunda hiçbir
147 şüphe bulunmaması gerektiğinde ısrar eder. Akitle ilgili olan şeyin özellikle belirtilmesi (ma'lûm olması) gerekir. Bu şart, ölçülüp tartılabilen, ribâ yasağına tâbi olan mallar hakkında bir kesinlik ifâde

89. Bu kâideye göre, kıyemî (gayr-ı misli) bir malın ücret karşılığında *rehin* olarak verildiği bir satış akdi fasid olur; çünkü rehin vermek ayrı bir akit teşkil eder. Bununla birlikte bu husus, istishânla sahih kabul edilmiştir.

eder. Burada, tartı veya ölçüsünün birim fiyatı belirtilse bile, belirsiz (meçhul) bir miktarın (cüzaf) satışı caiz değildir. Aynı sebeple henüz olgunlaşmamış olan hurmaları olgunlaşınca teslim etmek üzere satmak yasaktır; çünkü olgunlaşıp olgunlaşmayacakları bilinemez. Fiyat ve genel olarak ıvazın da belirtilmesi gerekir. Ödemenin yapılacağı para (semen) çeşidi kararlaştırılmalıdır. Fakat belirtilmese bile mevcut olan ve açıkça gösterilen bir bedel karşılığı olarak satışta bulunmak caizdir. Aynı hükümler, diğer akitlerde menfaatin temliki ve kira akdinde olduğu gibi değişimi yapılan kıymetlere de uygulanır. Bu, tayin edilen vade hakkında geçerli olsa da akdin mahiyetine göre bir ayırım yapılır ve *selem* akdinde reddedilen kapalı ifâdeler, *kefâlet* akdinde kabul edilir. Bu şart ve ribânın yasaklanması beraberce, ribâ hükümlerine tâbi olan mallarda tesellümü ve yeniden satılmadan önce ağırlık ve ölçünün kontrol edilmesini gerektirir. Bu hükümler, eski Arapların çok düşkün oldukları kumarın her çeşidini gözönüne alır. Yine burada İslâm hukukunun eski kaynakları, şansa bağlı muamelelerin bazısını anlamamıza yardımcı olur. Bu muamelelerde İslâmın ilk devirlerinde *mülâmese, münâbeze* ve *ilkâ bil-hacer* şeklinde ifâdesini bulan *kumar* düşkünlüğü göze çarpmaktadır. Genel kumar yasağından sadece iki şey istisnâ edilir: 1) Birinci istisnâ, *cihad* için yetiştirici bir değeri olduğundan at yarışlarında, 2) ikincisi ise, İslâm hukuku ile ilgili bilgi yarışmasında kazananlara verilen mükâfatlar lehindedir.

5. ÖDEME SORUMLULUĞU

(Zamân: tazmin; zâmin: sorumlu)

Tazminle ilgili meseleler, İslâm borçlar hukukunda son derecede karışık konulardan birisini teşkil eder. Tazmin, (özellikle bir akdin yerine getirilmesi, bir malın teslîminden ibâret olduğu halde, bu mal teslim edilmeyecek şekilde ortadan kalkmışsa) akdin yerine getirilemeyişinden, *kusur* ve *taaddî*'den veya her ikisinin bir arada bulun-
148 masından doğabilir. Emanetçi ve bu durumda olan diğer şahıslar, kazârâ telef olan bir maldan dolayı sorumlu olmamakla birlikte ta'addîden, yani emaneti kullanmak gibi emanete dayanan hukukî münasebetlerle uzlaşmayan gayrı meşrû fiillerden dolayı bu imtiyazlı durumlarını kaybederler ve kullandıktan sonra artık telef oluşunun haksız bir fiilden meydana gelip gelmemesi söz konusu edilmez. Bununla birlikte ta'addî kavramı, tazmin etme görüşüne hasredilmemiştir ve genel olarak kusur anlamına gelir. Başka deyişle akdin yerine

getirilmeyişinden doğan sorumluluk, kusurdan doğan sorumluluğa irca edilir. Bu, çok eski bir hukukî içtihâdın izlerini taşır. Buna rağmen İslâm hukuku, gayrı meşrû bir fiilden veya kanun-dışı bir hareketten doğan sorumluluğu, bir akde aykırı bir fiilden doğan sorumluluktan ayırdeder ve sorumluluğun her iki çeşidini de birlikte ortaya çıktıkları sürece ele alır.

6. BORÇLARIN İFASI

İfâ, yani özellikle bir borcun ödenmesi (kazâ) normal bir durumdur. Borç, aynı zamanda bir alacağa karşı da ileri sürülebilir. Aynı şekilde borçlunun alacaklı tarafından *ibrâ* edilmesi borcu ortadan kaldırır. İbrânın şartsız olması ve bir vadeye bağlı olmaması gerekir. Fakat ibrâ, bir vasiyet şeklinde de ortaya çıkabilir. Bu, bir hakkın iskatı ile de aynı anlamdadır. Bu her iki borçtan af şeklinin, bir akdin feshinden ve sulhden ayırdedilmesi gerekir. Fesih, sanki akit hiç yokmuş gibi bir durum doğurur ve tek taraflı olarak hıyâr (bak., s. 152) ile de yapılabilir. Bundan başka yeni bir satış sayılan *ikâle*'den de feshin ayırdedilmesi icabeder.

Sulh, sadece usûlî bir iş değildir. Bundan amaç münazaayı ortadan kaldırmaktır. Tarafların rızâsına bağlı olarak mevcut borcun değiştirilmesi mümkündür. Böylece alacaklı bir bedel karşılığında asıl hakkından vazgeçer. Eğer borçlu asıl borcunu ikrar ederse, sulh, müşahhas bir borcun yerini mücerret bir borcun alması demek olur. Bu durumda ribâ hükümlerinin gözönüne alınması gerekir. Borçlu borcunu ikrar etmediği takdirde ise, sulh ayrı bir muamele teşkil eder. Sulh, borçlar hukukuna münhasır değildir. Kölelik hukuku, âile hukuku ve ceza hukukundan doğan haklar da bu yolla bir sonuca bağlanabilir. (Şüphesiz hadd cezaları bunun dışındadır.)

Borcu ortadan kaldırmanın bir başka yolu da, onu, *havâle* suretiyle yeni şekle sokmaktır. Bu, ilk merhalede bir ödeme emridir; yani
149 ben A'ya bir şey borçluyum ve B'yi borcumu ödemeye memur kılıyorum. Havâle, aynı zamanda B'nin benim borcumu kendi üzerine alması şeklinde de olabilir. Her iki durumda da bulunması gereken ön şart, benim B'den A'nın benden alacağına eşit veya daha fazla bir alacağımın bulunmasıdır. Bu, mutlaka bir borç olmayıp, meselâ, bir *emânet* veya *gasp* yoluyla elde edilen bir şey gibi malın iâdesini gerektiren bir hak da olabilir. Bu sebeple normal olarak havâle bir devir ifâde eder: A'nın benden alacağını ortadan kaldırmak için benim B'den alacağımı A'ya devrediyorum. Fakat A'nın benden ala-

cağının varlığı zorunlu bir şart değildir. Bu takdirde havâle bir tahsil emri olur; yani A'yı benim B'den alacağımı tahsil etmeye memur kılıyorum. Bütün durumlarda müşterek olan unsur, sadece B'nin A'ya olan borcunun ortaya çıkmış olmasıdır. Havâlenin A tarafından kabulü benim borcumu ortadan kaldırır. Borç, ancak B iflas etmiş olarak ölür veya hukukî bir delil olmayışından ötürü havâlenin varlığını inkar ederse, yeniden canlanır. B'nin A'ya ödemesi, benim ondan alacağımı, ancak havâle bu borca özel bir atıfla yapılmışsa ortadan kaldırır; herhangi bir şart yoksa, ortadan kaldırmaz.

Bu müessesenin yararlarından biri, benim bir başka yerde B vâsıtasıyla ödeme yapmamı sağlamasıdır. Bunun neticesi *suftece* (poliçe)'ninki ile aynıdır. Bu, taşıma tehlikesine karşı paranın ödünç olarak verilmesi şeklinde tarif edilir: Ben bir başka yerde A'ya verilmek üzere bir miktar parayı B'ye ödünç veriyorum. *Havâle* ile *suftece* arasındaki fark şudur: havâle durumunda normal olarak önceden mevcut sayılan B'nin bana olan borcu, suftece durumunda isteyerek B'ye yaptığım ödeme ile doğmuştur. Bu, ancak ödünç bir para olarak kabul edilebilir. Buradaki muamele, mekruhtur; çünkü ortada bedelini vermeksizin taşıma tehlikesine karşı bir menfaat sağladığım ödünç para vardır. Fakat bu muamele batıl değildir: Tatbikatta ben, sözü edilen yerde B'den bir havâle satın alıyorum. Tarihî bakımdan poliçenin menşei suftece ve havâleye kadar götürülebilir.

7. AKİT YAPAN BİR TARAFTA ŞAHISLARIN ÇOKLUĞU

İslâm hukuku, birden fazla alacaklı, borçlu, satıcı, kiracı, kefil v.b. ile borç münasebetlerinin varlığını kabul eder. Bazan da ortaklık münasebeti meydana çıkar. Meselâ, iki müşteriden her biri malı teslim alıp, kıymetini ödeyebilir. Bu takdirde onun, hissesine düşeni diğerinden talep etme hakkı vardır ve malı muhafaza (habs) etmek suretiyle teminat altına da alabilir. Bazan da, meselâ, iki vekilin müşterek hareketi gerekir. Eğer iki emanetçi bulunuyorsa, birinin ötekine vekâlet vermesi icabeder. Bununla birlikte genellikle her biri müstakil olarak hareket eder. Sözgelişi, iki alacaklıdan her biri sulh yapabilir; fakat bu, sadece kendi hissesini ilgilendirir ve diğer alacaklı isterse muameleye katılır, istemezse katılmaz. Bütün bunlar, fıkıh mantığı ile teferruatlı olarak ele alınmıştır. Ancak genel esaslar pek görülmez.

21

ÖZEL OLARAK BORÇLAR VE AKİTLER

1. İKRAR

151 *İkrar*'ın usûlî ve maddî bir yönü vardır. Bu, bir çeşit hukukî beyinedir. Nazarî olarak şahitlerin şehadetinden daha zayıf olmasına rağmen, hadd cezasını gerektiren takîbatta ikrardan dönülebilir. Meselâ, bir şahsın kendi oğlu ve kardeşi olduğunu ikrar etmek suretiyle bir akrabalık kurmak için kullanılırsa, ilgili tarafın tasdîkini gerektirir. Bu, uygulamada ikrarı yapan şahıs yönünden kesin ve söz götürmez bir borç doğurma vâsıtasıdır. Sözgelişi, bir satış akdi şahitlerin şehadeti ile ispatlanmışsa alıcı için, ücretin ödenmesinden doğan bir hakkın reddedilmesi halinde, bir kaç itiraz yolu açıktır; fakat A'nın belli bir meblağı B'ye borçlu olduğu şeklindeki ikrarından dönmesi caiz değildir veya daha sonra bir itiraz hakkı da yoktur. İkrarın önemi, asıl sebebine bakılmaksızın mücerret bir borç doğurmasıdır. Ölüm hastalığı sırasında borcun ikrarı, şüphesiz diğer borçlarla aynı derecede değildir; fakat onları hemen takip eder ve ölüm hastalığı sırasında diğer tek taraflı aleyhinde olan muamelelerdeki gibi malın üçte birine hasredilen bir vasiyet sayılmaz. Eğer bir kimse, "ben bu şeyi A'dan, hayır B'den gaspettim" şeklinde bir ikrarda bulunursa, bu şeyi A'ya ve değerini de B'ye borçlu olur, çünkü "hayır" sözü ile A lehindeki ikrardan rucu geçersizdir ve ikinci ikrarla B'ye borçlu olunan şey ilk ikrarla ortadan kaldırılmış sayılır ve böylece o şeyin yerini değeri alır.

2. ALIM-SATIM (BEY' VE ŞİRÂ')

Satış akdi İslâmda borçlar hukukunun özünü teşkil eder. Bunun çeşitleri, bütün teferruatı ile bu akit gözönüne alınarak geliştirilmiştir.
152 Diğer mübadeleler veya eşit iki taraflı akitler kendi başlarına hukukî

müesseseler sayılmakla beraber *bey'* akdi örneğine göre ele alınır ve bazan da *bey'* çeşitleri şeklinde belirtilir. Alım-satım akdi bir mal değişimidir. Bu sebeple trampa ve mübadeleyi içine alır. Alım-satım, dar anlamda gözönüne alınırsa, satılan şey fiyat (semen) ve değer (kıymet)'den ayrılır. Biri diğerinin bedelidir. Satılan mal genellikle *kıyemî* bir şey olduğu halde, fiyat (normal olarak altın veya gümüş gibi) *mislî* şeylerden ibâret olduğu için her ikisine uygulanan hükümler tamamıyla birbirinin aynı değildir. Sözgelişi, satıcı, henüz teslim almadan önce mislî fiyat üzerinde tasarruf hakkına sahip olabilir. Satış akdi, karşılıklı olarak tesellüm (kabz) etmekle tamam olur. Bu terim de gösteriyor ki, sırf akit, tamamıyla borç doğurucu (ilzâmî) sayılmaz. Alıcının satın aldığı köleyi âzad etmesi gibi akdin amacının dışında olan, taraflardan birinin lehine veya aleyhine ileri sürülen bir şart geçersizdir ve akdi fâsid kılar. Eğer bir kimse satıcının ayakkabı yapması şartıyla ondan deri satın alırsa, akit bu hükme göre fâsid olacaktır. Fakat genellikle benimsenmiş bir usûl olduğu için bu akit *istihsân*'la geçerli kabul edilir[90]. Fâsid bir satış, her iki taraf tesellüm ettikten sonra dahi sadece kötü bir mülkü (milk-i habîs) ifâde eder ve mal yeniden satılıncaya kadar feshedilebilir. Mekruh olup, batıl olmayan satış akitleri arasında Cuma namazı için ezan okunurken yapılan satış; küçük bir kölenin yakın akrabasından ayrılmasına sebep olan köle satışı bulunmaktadır. Bazı imamlara göre küçük köleler ana-babalarından ayrılırlarsa satış batıldır.

Hıyâr hakkı, bir akdi tek taraflı *fesih* veya *imzâ* hakkıdır ve özellikle bir satış akdi hükmündedir. Eğer bu hak, belirli bir süre içerisinde kullanılmazsa satış, bir bakıma tamamlanır. Bu hak, hukuken verilebildiği gibi akdi yapan tarafların rızâsı ile de olabilir. Alıcının satın aldığı malı gördüğü anda hıyar hakkı (hıyâr-ı ru'ye) vardır. Burada görme fiili, pek dar bir açıdan ele alınmamalıdır. Aynı zamanda bir kusur, yani tüccar arasında fiyatta bir indirmeye sebep olan herhangi bir ayıbın bulunması veya şart koşulan vasıfların bu-
513 lunmaması halinde alıcının hıyar hakkı (hıyâr-ı ayb) vardır. Kusur, indirim hakkı değil, sadece hıyar hakkı verir. İndirim hakkı ise ancak satılan malın iadesi, ya kaybedilmek suretiyle veya teslimden sonra ve ilk kusurun tespitinden önce yeni bir kusurun ortaya çıkmasıyla (bu durumda iade ancak satıcının rızâsı ile ile mümkündür), yahut da kumaşı boyamak gibi değerde bir artışın husûle gelmesi ile imkânsız olursa, ortaya çıkar. Satıcı, şart koşulan miktardan daha

90. Bak., s. 146, not: 90.

azını teslim ettiği takdirde, alıcı, satışın feshi ile fiyatın kısmen indirimi arasında muhayyerdir. Alıcı, meselâ, köleyi öldürür veya bir bedel karşılığında âzad ederse, ya da satın aldığı yiyeceği tüketirse, hıyar hakkını kaybeder. Bir satış akdinde alıcının hıyar-ı ayb'dan vazgeçmesi mümkündür. Bunun sonucunda borcun düşmesi "berâ'et" adını alır. Alıcı, bir kaç mal arasından birini seçme (hıyâr-ı ta'yîn) hakkını şart koşabilir ve akit yapan tarafların rızâsı ile birine veya her ikisine, yahut da üçüncü bir tarafa üç günden fazla olmayan bir süre zarfında (yaygın görüşe göre) genel hıyar hakkı (hıyâr-ı şart) verilebilir.

Özel bir satış çeşidi de, ayrı bir akit türü sayıldığı halde, *selem*'dir. Bu da, peşinen ödenen para karşılığında daha sonra teslim edilecek malların siparişidir. Bu akitte parayı göstermek üzere kullanılan *re'su'l-mâl* (sermaye) deyimi, muamelenin iktisâdî anlamını ortaya koymaktadır. Küçük bir tâcirin veya sanatkârın işinin müşteriler tarafından mâlî bakımdan desteklenmesi buna girer. Selem'in konusu çoğunlukla mislî mallardır; fakat altın veya gümüş olamaz. Bunun ribâ yasağına yakın olması dolayısıyla selem akdi dikkatle ele alınmıştır ve bu sebeple de çok özel hükümlere tâbidir. Bunun karşıtı, yani peşin olarak teslim edilen mallar için geç ödeme (nesî'e) yapılması mümkündür. Fakat bu türden bir alım-satım, İslâm hukukunda pek küçük bir rol oynar. Kredili satış tabiri (bey'u'l-îne), bu muameleye dayanan ve ribâ yasağına karşı başvurulan mekruh bir hileyi ifâde eder. Meselâ, A (alacaklı) bir malı gelecek bir tarihte ödemek üzere sermaye ve faiz toplamı karşılığında B (borçlu)'ye satar ve hemen sonra aynı malı peşinen ödemek üzere sermayesine geri alır. Bu, teminatsız bir borç demektir. Ödünç karşılığında bir teminat sağlayan bir başka *bey'u'l-îne* şekli hakkında bak., s. 79.

154 İslâm hukuku, alınan fiyata satmak anlamına gelen *tevliye*'yi, alış fiyatının altında satış anlamına gelen *vadî'a*'yı ve kârıyla satış anlamına gelen *murâbaha*'yı, oldukça ilmî ayrıntıları ile ele alır. Gözönünde tutulan asıl husus, haksız kazancın önüne geçilmesidir; fakat bu muamelelerin ilk İslâm toplumunun iktisâdî hayatında oynadığı kesin rol, her zaman açıkça görülmez.

İslâm hukuku, eski *müzâbene* ve *muhâkale* akitlerini yasaklar (bak., s. 146). Fakat belli bir miktarda kuru hurmanın aynı miktarda ağaçtaki taze hurma ile değişimi veya satışı (bey'u'l-arâyâ, bak., s. 40) lehinde bir istisnâ kabul eder.

Ticârî malların değişimi, İslâm hukukunda hemen hemen hiç yer almaz. Buna karşılık para değişimi (sarf) ve genellikle değerli madenlerin satışı ile uğraşmak, ribânın yasaklanması dolayısıyla dikkati üzerinde toplar. Değerli madenlerin değişimi, paranın para ile satışı sayılır. Ribâ ile ilgili hükümlerin bir neticesi şudur: Altının altınla, gümüşün gümüşle mübadelesi, evsaf ve işçilik farklarına bakmaksızın, ancak aynı miktarda olursa mümkündür. Öyle ki, altın bir tas, ağırlığınca altın paraya eşittir. Fakat bu güçlük, diğer değerli bir madenle ödeme yapmak suretiyle kolayca bertaraf edilmiştir. Daha bir çok iktisâdî açıdan imkânsız durumlar da dahil olmak üzere bu konuda zengin bir fıkıh mantığı geliştirilmiştir.

3. KİRA (İCÂRE)

Kira akdi bir menfaatin satışıdır. *Hıyâr-ı ru'ye*, *hıyâr-ı ayb*, *hıyâr-ı şart*, *fesih* ve *ikâle* (şuf'a hariç) gibi bir satış akdi ile ilgili hükümler buna da uygulanır. *İcâre*'nin sonuçlandırılmasından sonra ortaya çıkan bir kusur, eğer bu kusur kiralanan bir kölenin hastalanması veya kiralanan bir evin çökmesi gibi kullanma imkânını engelliyor veya azaltıyorsa, kiracının onu feshetmesini mümkün kılar. Kiracı, ayrıca geçerli bir özürü varsa, özellikle akdin amacı ortadan kalkmışsa, icâreyi feshedebilir. Bir merkep kiralayan kimsenin bile seyâhattan vazgeçtiği takdirde, merkebin kirasını feshedebilmesi için bu husus pek geniş bir şekilde belirtilmiştir. İcâre, aynı zamanda akit yapan taraflardan birinin ölümüyle de feshedilmiş olur. Fâsid bir icâre durumunda âdil bir ücret (ecr-i misl) tatbik edilir.

İslâm hukuku, bir süreye bağlı veya bir işin (hizmetin) yerine
155 getirilmesi ile ilgili iki çeşit icâreden söz eder. Sürenin tayin edilmesi gerekir. Belli bir miktar karşılığında aylıkla icâre akdi caiz değildir*. Süreye bağlı icârenin özel bir şekli de arazînin kiralanmasıdır. Kiracının da kanalları temizlemek gibi kendisine menfaat temin eden bir işi kiralayanın üzerine almasını şart koşması yasaktır. Kiranın süresi sona erdiğinde mahsul henüz toplanmamışsa, akit *ecr-i misl* karşılığında mahsul yetişinceye kadar devam eder. Arazî'nin arazi karşılığında kiralanması, ribâya gireceği için yasaktır. Buna karşılık, ittifakla olmamakla beraber özel *muzâra'a* ve *müsâkât* akitlerine izin verilmiştir. Burada kira, mahsulün belli bir orandaki miktarından ibârettir. Muzâra'a (bir nevi) arazînin kiralanması, müsâkât ise (bir bakıma) meyve ağaçları veya bağın kiralanmasıdır.

* Böyle bir akit, ancak bir ay için muteberdir. Gelecek aylar için akdin yenilenmesi veya kaç aylık akit yapılacaksa tamamının baştan zikredilmesi gerekir. (Çev.)

Hizmetler, ya belirli bir süre için, ya da iş akdiyle kiralanabilir. Kiralanan kimseye *ecîr*, işçiye *ecîr-i hâs*, kendi başına iş yapan sanatkâra da *ecîr-i müşterek* denir. Örfte bulunduğu için istihsân ile caiz görülen eski bir akit şekli, yiyecek ve giyecek karşılığında bir sütannenin kiralanmasıdır. Sanatkâr, işi akdin hilâfına yapmışsa, özel bir takım *hıyâr* hakları vardır. İşverenin, işi reddetme ve verdiği malzemeyi ödetme (tazmin ettirme) veya işi kabul edip şart koşulan ücretten fazla olmamak üzere ecr-i misl ödemeyi seçme hakkı vardır. Bu durumdaki sorumlulukla ilgili olarak sanatkârın, emânetçinin sahip olduğu imtiyazlı bir mevkide bulunup bulunmadığı hususu tartışma konusu yapılır (bak., s. 147). Bunun dışında, sanatkârın, üzerinde bir iş yapmakla tahrip ettiği şey için özel bir sorumluluğu vardır. Çoğu hallerde işveren, ya ücreti ödeyip yapılmış işin kıymetini isteyebilir veya ücreti ödemeyip verdiği malzemenin tazminini talep edebilir. Yapılan işe karşılık ödenmesi gereken ücretler dolayısıyla sanatkârın bir şeyi alıkoyması hakkında bak., s. 140.

Öte yandan imâlât akdi (istısnâ'), ancak bir *selem* akdidir. Bu, örfe uygun oldukça geçerlidir.

4. ŞİRKET

İslâm hukukunda *kurum* (corporation) kavramı olmadığı gibi, *hükmî şahsiyet* kavramı da yoktur (bak., s. 125). Sadece *âkile* bir ilk kurum şekli olarak kabul edilebilir. Aynı zamanda bugünkü anlamda işbirliği kurma hürriyeti de yoktur. Ancak bazı şirket çeşitleri veya
156 daha ziyâde müşterek mülkiyetin karşıtı olan ticârî ortaklık (şeriket-i akd) çeşitlerine müsaade edilmiştir. Bu ticârî şirket, vekâlet sahasına girer. Genellikle sadece iki ortak tasavvur edilir.

İslâm hukuku şu ortaklık çeşitlerini ele alır:

a) Her ortağın tam selâhiyet ve sorumluluğa sahip olduğu gayrı mahdut ticârî ortaklık (mufâvada). Bu, karşılıklı vekâlet ve kefâleti ifâde eder ve ancak eşit hisselerle mümkün olur. Böyle bir şirket, her iki ortağın da bütün mallarını kapsar; ancak kendileri ile âilelerine ait ayrıca satın aldıkları yiyecek ve giyecekler bunun dışında kalır. Bunun içindir ki, ayrı bir toplu sermaye yoktur. Hürlerle köleler, müslümanlarla zimmîler v.b. arasında bu türlü bir ortaklık kurmak mümkün değildir.

b) Mahdut mesuliyetli şirket (şeriket-i inân). Bu, karşılıklı vekâlete dayanır. Her ortak kendi muamelelerinden dolayı üçüncü şa-

hıslara karşı sorumludur ve diğer ortağa kendi hissesi oranında rucu etme hakkı vardır. Bu çeşit ortaklık, sadece katılan sermayeyi ilgilendirir ve belirli türden muamelelere inhisar edebilir. Ortakların hisseleri farklı olabilir. Her ikisi aynı miktarda iş yapmıyorlarsa, kazançtaki hisseleri sermayedeki hisselerinden farklı olabilir.

c) Sanatkârların bir ticâreti veya belli ticâretleri birlikte yapmak için kurdukları ortaklık (şeriket-i sanâyı' ve tekabbül).

d) Sermayesiz kredi kooperatifi (şeriket-i vücûh). Bu şirket, kredi ile mal almak, bu malı satmak ve kazancı aralarında paylaşmak için ortakların ortaya koyduğu kredinin toplanmasından ibârettir.

Müzâra'a ve müsâkât'la ortak özelliklere sahip olan *mudârabe* şirketi, tam bir şirket sayılmaz. Bu, emânete dayanan bir münasebet ve bir vekâlet meselesidir. Ancak kazanç söz konusu olunca şirket sayılır. Bu şirketteki sermaye sahibi (rabbu'l-mâl) zararı çeker. Fâsid bir müdârabe, hizmetlerin kiralanması gibi işlem görür. Eğer kazancın belli bir oranı yerine, tespit edilmiş bir miktarın ortaklardan birinin hissesi olması veya işgören ortak (müdârib)'in zararı çekmesi şart koşulursa, yahut da kazanç tam olarak tespit edilemiyorsa, meselâ, işgören ortağın sermaye sahibine ait bir evde kalması ve böylece evin farazî kirasının kazancın bir bölümü olması şart koşuluyorsa, müdârabe fâsid olur. Masrafların ne ölçüde işgören ortak tarafından karşılanacağı ve ne ölçüde şirket tarafından ödeneceği ayrıntılı bir
157 şekilde ortaya konmuştur. Kârdan sonra zarar edilecek olursa, bazı durumlarda takip edilecek usûle göre kârın daha önce dağıtıldığı farzedilir ve işgören ortak zarardan etkilenmez. Mudârabe akdi feshedildiği takdirde işgören ortak, fesih kendisine bildirildikten sonra da, işe konan sermaye gümüş veya altınsa, gümüşe karşılık altın ve altına karşılık da gümüş alıp verebilir. Bu, örfe uygun olduğu için istihsân ile kabul edilmiştir. Asıl kıyasa göre işgören ortağın sadece malın kalanını satma hakkı vardır; çünkü her iki değerli maden aynı derecede para sayılır. Müdârabe, ribâ yasağından kurtulmak için önemli bir şer'î hîle olmuştur.

5. VEDÎ'A (EMÂNET)

Vedî'a, mal sahibinin bir başkasına malını muhafaza etmesi için verdiği yetkidir. *Vedî'a*, emânete dayanan bir münasebettir. Malın korunmasının, ya emanetçinin kendisi, ya da âile fertlerinden biri tarafından sağlanması gerekir. Emânetçinin, emânetin iadesini reddetmesi, emânetin varlığını inkâr etmesi ve onu kendi malıyla karış-

tırması *gasp* olup, sorumluluk doğurur. Emanete tecavüzün diğer türleri (ta'addî, bak., s. 147), özellikle emâneti kullanmak da sorumluluğa sebep olur. Emânetle ilgili olan bu ta'addî çeşitlerinin hükümleri, icâre, kira ve kıyemî malların ödünç verilmesi konularındakinden farklıdır. Emânet konusunda ta'addî ortadan kalkınca, sorumluluk da ortadan kalktığı halde, diğer akitlerde, akit münasebeti sona erinceye kadar devam eder.

6. ÂRİYET (KIYEMİ MALLARIN ÖDÜNÇ VERİLMESİ)

Ariyet, kullanılmakla aynı yok olmayan bir şeyin kullanılma hakkını, geçici ve karşılıksız bir şekilde[91] bir başkasına vermek diye tarif edilir. Âriyet, para ve tüketilmek niteyiyle diğer mislî malların ödünç alınmasından (karz) farklı bir akit olarak ele alınır. Ödünç alan, genel olarak, ödünç aldığı şeyi üçüncü bir şahsa ödünç olarak verebilir; fakat onu kiraya vermemesi veya bir teminat olarak bırakmaması gerekir. Mal sahibi, her zaman için ödünç verdiği malın iadesini isteyebilir. Ancak o, sözgelişi, uzun bir süre için ödünç verdiği bir arazînin zamanı gelmeden iadesini isterse ve ödünç alan kimse de arazîyi ekmişse, zarardan sorumlu olabilir.

7. HİBE (BAĞIŞLAMA)

Hibe, ancak belirli şartlar altında imkân nispetinde tam bir te-
158 sellüm (kabz) ile tamam olur. Bu, genel olarak hibe edenin iznini gerektirir. Bir karşılık (ivaz) vermek şartıyla da hibe yapılır. Her şeyden önce bir hibe olduğu halde, karşılığı verildikten sonra bir satış durumuna geçer. Tesellümden önce, hibeden *rucû* mümkündür. Tesellümden sonra ise, bu husus, bir kaç durumda *tahrîmen mekruh* sayılmış ve caiz görülmemiştir. Meselâ, bir karşılık verilmişse, hibe edilen şey veya karşılığı bir dava sonucu istirdat edilecek olursa, hibenin veya karşılığının iadesi, bu şartlar altında istenebilir.

Sadaka, bir *hibe* olarak ele alınmışsa da, bunda rucû caiz değildir.

Eski hibe şekilleri şunlardır: a) Hayat boyunca yapılan hibe (umrâ). İslâm hukuku bunu şartsız bir hibe olarak kabul eder*. b) Hibe edilen şeyin, hayatta kalan tarafın malı olması şartıyla yapı-

91. Herhangi bir karşılık beklemek, haksız kazanç sayılır.

* Yani İslâm hukuku, buradaki hayatta olma şartını muteber saymaz ve hibe, kendisine hibe yapılan şahıs öldükten sonra da devam eder. (Çev.)

lan hibe (rukbâ). Bu, kesin olmadığı için bâtıldır; fakat bazı imamlar onu *umrâ* ile aynı sayarlar**.

8. KEFÂLET

İslâm hukukunda *kefâlet* borçla ilgili değil, hak ile ilgili ek bir sorumluluğun doğmasıdır. Yani borcun değil, sadece sorumluluğun üstlenilmesidir. Kefâlet, kaynağını usûlden alır. Kefâlet iki çeşittir: Şahsa kefâlet (kefâle bi'n-nefs) ve mala kefâlet (kefâle bi'l-mâl).

Bir şahsa kefil olmak, bir davâda borçlunun veya elçisinin hazır bulunması için sorumluluğu üzerine almaktır. Bu, ancak davâ mümkünse gereklidir; borçlu hazır bulunmamışsa ve nerede olduğu bilinmiyorsa geçersizdir. Kefâlet, kefilin veya borçlunun ölümü ile sona erer. Kefâlet görevi yerine getirilmezse, kefil hapsedilir[92].

Mala kefâlet, müstakil veya şahsa kefâlete ek olabilir. Kefil, asıl borçlunun borcunu ödemesini şart koşarsa, bunun hükmü *havâle*'nin hükmü gibidir.

Her iki durumda da alacaklının kabulü gerekir. Kefâlet, ancak daha önce mevcut olan malla ilgili bir hak dolayısıyla mümkündür. Bu sebeple hadd cezalarında, kısasda, mukâtebe akdiyle kölenin ödemesi gereken taksitlerde kefâlet caiz değildir. Öte yandan sadece
159 para borçlarında değil, kıyemî mallara ait teminatsız haklarda da kefâlet mümkündür. Genel olarak kefilin sorumluluğu borçlunun sorumluluğunu aşamaz. Bu sebeple alacaklının borçluyu borcundan affetmesi (ibrâ etmesi), aynı zamanda kefili de affetmesi demektir. Fakat bunun tersi mümkün değildir. Kölenin ancak âzad edildiği takdirde sorumlu olacağı borca kefâlet halinde bir istisnâ yapılmıştır (bak., s. 128). Bu takdirde kefil, yine de hemen borcu ödemekle sorumludur; çünkü kefâlet bir vade ile kayıtlanamaz ve derhal geçerlilik kazanır. Kefilin, asıl borçluya rucû etmesi, ancak asıl borçlu ondan kendisine kefil olmasını istemişse mümkündür.

9. YEMİNDEN DOĞAN BORÇLAR

İslâm hukuku, "vallahi" sözü veya benzeri bir ifâde ile pekiştirilen her söz veya taahhüd edilen her işi *yemin* sayar. Yemin, yerine

** Rukbâ şeklindeki hibe, Ebû Hanîfe ve İmâm Muhammed'e göre bâtıldır; Ebû Yûsuf'a göre ise câizdir. (Çev.)

92. Bak., s. 202

getirilmediği takdirde ardarda ancak üç gün oruç tutmayı gerektiren keffâreti zorunlu kılar*. Fakat geçmişe dönük yalan yere yemin etmenin cezası (keffâreti) yoktur. İslâm hukuku, şahsa yönelik bir cezayı gerektiren bir işin taahhüd edilmesi (bak., s. 117) ve genellikle "eğer ben falan işi yaparsam veya falan şey olursa, karım boş olsun veya kölemi âzad edeceğim" gibi belli bir olayın vukuuna dayanan tek taraflı bir tassarrufla ilgili bir beyanı da yemin sayar. Bu hallerde tasarruf, bağlı olduğu şart yerine gelirse, kendiliğinden geçerli olur. Bu çeşit şartlı boşama ve âzad etme, İslâm hukukunun tatbîkatında büyük bir önem kazanmıştır.

10. SELÂHİYETSİZ TEMSİL

İslâm hukuku, esas itibariyle bir yabancının birini selâhiyetsiz olarak temsilini bir borç kaynağı saymaz. Fakat *asîl*, *fuzûlî*'nin (selahiyetsiz olarak biri adına iş yapan kimse) fiilini tasvip edip, geçerli kılabilir. Bulunan bir mal veya çocuk (lakît) için yapılan masraflar, ancak yetkili makamların müsaadesi ile yapılmışsa, -ki müsaade sonradan da verilebilir- bir borç doğurur. Buna uygun olarak bulunan bir malı almak, sadece iyi bir davranış (mendup) sayılmıştır; ancak onun zayiinden korkuluyorsa, alınması gerekli (vacip) olur. Bir istisnâ olarak İslâm hukuku, kaçmış bir köleyi üç günlük yolculuktan daha uzak bir mesafeden geri getirmek dolayısıyla bir ücret (cu'l) ödeme mecburiyetini yükler. (Yakın akrabalar arasında böyle bir mec-
160 buriyet yoktur). Bu, aslında halkın takdir ettiği bir mükâfâta dayanmakta idi; fakat daha sonraları bu hususiyetini yitirmiş ve 40 dirhem olarak tespit edilmiştir.

11. CİNAYET VE SUÇLARDAN DOĞAN BORÇLAR

Bunlar, sadece mala zarar vermekten doğan bir sorumluluk değil, aynı zamanda şahsa karşı işlenen suçların kısasından ve kısas yerine para ödeme (diyet)'den doğan sorumluluğu içine alır. Diyet konusunda bazı hallerde suçlu değil, suçlunun âkilesi mesuldur. Bütün bu sorumluluklar şahsî bir hak (hakk-ı âdemî) doğurur. Bununla birlikte, kolaylık olsun diye bunlar aşağıda (ss. 177 ve 181 vd.) ele alınacaktır. Burada sadece gasp konusunu işleyeceğiz.

Gasp, başkasının malına el konması, (hür bir şahsın kaçırılması dahil), meşrû zilyedliğin gayrı meşrû bir zilyedliğin tesisi ile iptali şeklinde tanımlanır. Gasp günahtır, gaspedeni *ta'zîr* cezasına maruz

* Yazar, köle âzad etme, on fakiri doyurma veya giydirme gibi diğer keffâret şekillerini zikretmemiştir. (Çev.)

kılar ve aynı yerde malın sahibine iade edilmesi mecburiyetini doğurur. Gasp, aynı zamanda İslâm hukukunda bilinen en yüksek sorumluluk derecesini teşkil eder. Gaspeden kimse, gaspedilen bir kölenin gaspedilmeden önce sahibinin sebep olduğu bir yaradan ölmesi (çünkü gasp, köle sahibinin fiilinin neticesine ait sürekliliği keser) veya gaspedilen hür bir çocuğun yıldırım çarpması, ya da yılan sokması sonucunda ölmesi (çünkü gaspeden gaspetmek suretiyle çocuğu tehlikeye maruz bırakmıştır) halinde bile gaspedilen malın zayiinden sorumludur. Gaspeden şahıs, gaspettiği şeyi değiştirme ve kendi malına karıştırma suretiyle mülk edinmekten aynı derecede sorumludur ve mal sahibi çoğunlukla gaspedeni birden fazla şekilde sorumlu tutabilir. Bunun dışında gaspeden, malın değerinin düşmesinden ve gaspedilen kölenin işlediği bir suçtan da dolaylı olarak sorumludur. Başka deyişle, köle sahibi doğrudan doğruya sorumlu olduğu halde, gaspedene rucû etme hakkı vardır. Bununla birlikte gaspeden, gelir (galle)'den ve değer artışından sorumlu değildir; ancak bir vakfın îrâdından sorumludur. Zor kullanan şahıs, gaspedene benzetilir.

Zorbalıkla özel mülkiyetin zimmete geçirilmesinin yaygın olduğu İslâm hukukunun teşekkül devrindeki içtimaî şartları yansıtan bu hükümler, zilyedliğin devredilmesi ile ilgili bütün muamelelerde mal sahibini himaye etmekle kalmaz, aynı zamanda ceza hukukunda hırsızlık ve yol kesme gibi mülkiyete tecavüzün pek dar sınırlarını aşan gayrı meşrû iktisab konularını da içine alır.

22

ÂİLE HUKUKU

1. ÂİLE

161 Âile, İslâmın kabul ettiği kan birliğine ve hısımlık (sıhriyet)'a dayanan bir topluluktur. İslâm, aşîret ruhuna karşıdır; çünkü mü'minlerin birbirine olan bağlılığı, aşîret bağlılığının yerini almalıdır. Orta zümreler, sadece soy (asabe), şahsa karşı işlenen cinayetler (âkile) ve dar anlamda âilenin sınırlarını aşan nafaka borcu gibi konularda bir takım izler bırakmıştır. Fakat bunlar, âilenin geniş tutulmasından ibarettir; tek başlarına zümre teşkil etmezler.

2. EVLENME (NİKÂH)

Nikah, medenî hukuka giren bir akit çeşididir ve gelinin satın alınmasına bağlanabilecek bir takım izleri taşır. Damat (güvey), akdi gelinin velîsi ile yapar, *mehr* (sadak) veya *Eski Ahid*'de kullanıldığı anlamıyla *'drahoma* ödemeyi üzerine alır. Fakat bu, İslâm öncesi devirde âdet olduğu gibi veliye değil, kadının kendisine ödenir. Akdin, iki erkek veya bir erkekle iki kadından ibaret hür şahitler huzurunda yapılması gerekir. Bunun iki amacı vardır: Evliliğe delil temin etmek ve fuhşu önlemek. İkinci amaç için şahitlerde bulunması gereken şartlar, birinci amaç için onlarda aranan şartlardan daha hafiftir. Buna göre hukukî ehliyeti tam olmayan şahıslar, ikinci amacı sağlayabildikleri halde, birincisini sağlayamazlar. Bu akit, evliliğin yürürlüğe girmesinde hukukî münasebeti olan bir fiildir. Karı-koca arasındaki *havlet* ve *duhûl* (zifaf), evliliğin sona ermesinde bir takım hukukî sonuçları olabilecek işlerdir. Fakat bunlar, evliliğin yürürlüğe girmesi için şart değildir. Velî, kadının asabesi arasında en yakın erkek akrabasıdır. Bunu, kendisini âzad eden (mu'tık) kimse ve onun asabesi takip eder. Bunlar da bulunmazsa, velî kadıdır. Velî, himâyesi altında bulunan küçüğü arzusu hilâfına evlendirebilir. Fakat

küçük büyüyünce, nikahı feshedebilir. Bununla birlikte bazı imamlara göre, kendisini evlendiren babası veya büyük babası ise böyle
162 bir fesih hakkı yoktur (bak., s. 117). Damat da küçük iken velîsi tarafından evlendirilmişse, aynı hükümler varidtir. Aynı zamanda efendisi tarafından rızâsı dışında evlendirilen köle kadının hür olunca nikahı fesih hakkı vardır. Tamamıyla mükellef olan hür kadın, kendi kendisini evlendirebilir. Fakat evleneceği erkek, kendisine denk (küfüv) değilse, velînin itiraz hakkı bulunmaktadır. Sadece erkekte bulunması gereken denklik (kefâet) dereceleri hür müslümanlar arasında şu sırayı takip eder: Peygamberin kabîlesi olan Kureyş'e mensup kimseler; diğer Araplar ve Arap olmayanlar (bunların alt bölümleri de vardır).

Hür erkek aynı zamanda dörde kadar, köle ise ikiye kadar evlenebilir. Fakat daha önce hür bir kadınla evlenmiş olan kimse, bir köle kadınla evlenemez. Hepsi akrabalığa bağlı olan evlenmeye mani pek çok durumlar vardır (din ayrılığı hakkında bak., s. 132):

a) Mahremlerle evlenme caiz değildir. Bir kimsenin mahremleri şunlardır: *Usûl* ve *furû*'u (annesi, ninesi, kızı, kızının kızı... gibi), önceki karısının usûl ve furu'u, kız kardeş ve kız kardeşin furu'u, kız ve erkek kardeşin furu'u, hala ve teyzeler, usûlün kız kardeşleri ve bunların hala ve teyzeleri, kayın valide ve karının diğer usûlü, üvey kız, karının diğer furu'u (bu sonuncular, ancak karı ile duhûl vaki olmuşsa haramdır). Bunun içindir ki, kardeş çocuklarının birisiyle ve ikisi de başka evlilikten doğan üvey erkek kardeşin üvey kız kardeşiyle evlenmeleri caizdir*.

b) Süt kardeşliği (radâ'), aynı ölçüde olmamakla beraber evliliğe manidir. Burada süt anne, annenin yerini alır. Süt kardeşliğinin hükümleri, akrabalığın ve sıhriyetin hükümleri ile aynı sayılabilir. Sözgelişi, bir kimsenin süt annesinin kızı ile evlenmesi haramdır. Bir süt kardeşlik bağı ortaya çıkması için çocuğun ilk ikibuçuk yaşı içerisinde az bir miktar emmesi kâfîdir.

c) Kan akrabalığı, sıhriyet veya süt kardeşliği dolayısıyla birbirine mahrem olan iki kadınla aynı zamanda evlenmek (cem) de haramdır. Bu durumda sadece kadınlardan biri mahremdir. Bu tür akrabalığı olan köle kadınlar için de aynı hüküm geçerlidir. Başka deyişle, bu tür köle kadınlar aynı zamanda odalık olamazlar.

* Örnek: Birisinin ilk karısından olan erkek çocuğu, ikinci olarak evlendiği kadının önceki kocasından olan kızı ile evlenebilir. (Çev.)

163 Evlenmeye engel teşkil edecek bir *sıhriyet* doğurmak için sahih bir evlilik şart olmadığı gibi; cinsî münasebet de gerekmez; şehvetle öpmek de kâfîdir. Meselâ, kadın üvey oğlunu şehvetle öperse evliliği batıl olur. Aynı şekilde iki kadınla evlilik (cem') halinde de kadınlardan biri diğerini emzirirse (ki böyle bir durum, çocukken evlendirme ve uzun süre emzirme şartları altında tamamıyla imkânsız değildir) her iki evlilik de artık koca (zevc), kadınlardan birine karar verinceye kadar batıl olur*. Bunlar, zarurî boşanma sebepleridir.

Kocanın başka bir kadınla evlenemeyeceği veya gelinin bakire olması gibi evlenme akdinde ileri sürülen özel şartlar bağlayıcı değildir. Eğer mehr, bu türden bir şarta karşılık olarak tespit edilmiş ve bu şart yerine getirilmemişse, mehr-i misl gerekir. Fakat şartlı bir boşamada ileri sürülen şart muteberdir.

İsnâ-Aşeriye (Oniki İmamcılar) tarafından kabul edilen muvakkat nikah (mut'a) Sünnilerce kabul edilmez. Fakat boşama kolaylığından, Şi'îler arasındaki *mut'a* nikahlarının çoğunun sürekliliğinden ve odalık (sürriyye) edinmenin mümkün oluşundan dolayı fiilî durumlar, her iki tarafta da pek az farklılık gösterir. Sünnîler arasında da mut'a nikahı, evlilik akdi dışında, gayrı resmî bir anlaşma ile yapılabilir.

Fâsid ve bâtıl ayırımı, evlilik akitlerinde de yapılır. Fâsid bir evlilik gerçekleşirse, kadına bir mehir ödenmesi gerekir. Evlilik sona ermişse, kadının belirli bir süre iddet beklemesi lâzımdır. Böyle bir evlilikten doğan çocuklar meşrûdur. Bütün bunlar, bâtıl bir evliliktekinin aksinedir. Akidde hangi noksanların evliliği fâsid, hangilerinin bâtıl kıldığı, teferruattaki bazı münakaşalara rağmen, fıkıh mantığına göre hükme bağlanır. Bu görüşe uygun diğer iki mülahaza da şudur: Aynı derecede fâsid ve bâtıl evliliklerde uygulanan gayrı meşrû münasebetin yasaklanması ve zinâdan dolayı hadd cezasını geçersiz kılan *şüphe*'nin geniş çapta kabul edilmesi (bak., s. 176, 178). Bunun bir neticesi olarak kaynaklardaki sistematik tartışmalar bir ölçüde karışık görünebilir.

3. BOŞAMA (TALÂK)

Normal durum, erkeğin kadını boşamasıdır. Talâk, ya geri dönülebilir (rec'î) olur, ya da kesin (bâ'in) olur. Aralarındaki fark, boşamanın ifade edildiği tarza dayanır. Normal ve her zamanki bir
164 ifâde kullanılırsa, talâktan dönülebilir. Aksi takdirde (ve aynı za-

* Yazar, burada hatâya düşmektedir; çünkü bu durumda kocaya her iki karısı da haram olur. (Çev.)

manda boşama evliliğin başlamasından, yani zifaftan önce veya bir bedel karşılığında beyân edilmişse) kesindir. Bu sebeple ve boşama hemen geçerli olan bir tasarruf olduğundan normal bir boşama ile onun çeşitli şekilleri arasında bir ayırım yapmak için de bütün mümkün olan ifâde tarzları fıkıh mantığına uygun olarak tefsir edilir. *Rec'î* bir *talâk* âile birliğini ortadan kaldırmaz ve kadının iddeti içerisinde boşanmadan geri dönülebilir. *Bâ'in* bir talâk ise âile birliğini bozar. Bu durumda, karı-koca tekrar birbirine dönmek isterlerse yeniden nikah gerekir. Kocanın karısını üç kez, kadın köle ise iki kez, boşadıktan sonra karı-kocanın yeniden evlenmesi, ancak kadın başka bir erkekle evlenip zifafa girdikten sonra mümkündür[93]. Bu sebeple üç defa boşama, boşamanın normal bir şekli olmuştur. Kocanın, karısının birbirini takip eden üç temizlik hali sırasında ayrı ayrı üç defa boşadığını ifâde etmesi gerekir. Fakat bu üç kez boşamayı, bir defada ifâde etmek âdet olmuştur. Bu husus, bir *bid'at* kabul edilir ve haramdır; fakat sahih görülmüştür. Belirli bir olay vuku bulunca boşamanın otomatik olarak ortaya çıktığı *şartlı talâk* (ta'liku't-talâk; bak., s. 117, 159), uygulamada büyük önem kazanmıştır. Aynı zamanda *tefvîz*, yani kadının kendisine boşanma yetkisini vermek de mümkündür. Tefvîz beyânı aksini ortaya koymadıkça, bu yetkinin esas olarak karı ile kocanın meclisinde kullanılması gerekir. Fakat "ne zaman istersen boşsun" şeklindeki bir tefvîz de muteberdir.

Mubâra'e yani herhangi bir mâlî borçtan karşılıklı olarak vazgeçmek suretiyle anlaşarak evliliği bozmak ve daha da önemlisi *hul'*, yani kadının bir bedel karşılığında kendisini evlilikten kurtarması da boşanma şekilleri arasında yer alır. Kadın yönünden hul', malî bir değişim olarak kabul edilir; erkek yönünden ise yeminle taahhüt altına girme sayılır. Bu durumda erkek, yapmış olduğu hul' teklifinden geri dönemez.

Bir başka boşama şekli *îlâ'*, yani dört ay için (eğer kadın köle ise iki ay için) cinsî münasebetten uzak duracağına dair erkeğin yemin
165 etmesi ile âile birliğinin bozulmasıdır. Eğer erkek, yemininde durursa bu, kesin bir boşama yerine geçer. Fakat diğer yeminlerde olduğu gibi keffâretle veya durumun gerektirdiği şekilde vadettiği cezayı yerine getirerek bundan geri dönebilir. Öyle görünüyor ki, İslâmın esas olarak kabul etmediği eski bir boşama şekli, *zihâr*, yani "sen benim için annemin sırtı gibisin" sözünü kullanmaktır. Bu, evliliği bozmamakla birlikte dindarlıkla bağdaşmayan bir beyân sayılır ve

93. Bu usûlle ilgili olan bir hile (tahlîl) için bak., s. 81.

özellikle ağır bir keffâreti gerektirir. Bu keffâret, diğer durumlardaki keffâretin aksine, kadı tarafından, yerine getirilmek için zorlanır.

Tefrîk (evliliğin kesin olarak sona ermesi anlamında ayırma), normal olarak *kadı*'nın teşebbüsü ile veya eşlerden birinin müracaatı ile *kadı* tarafından, bazı hallerde itiraz hakkını kullanmak üzere velî tarafından veya hıyâr-ı itk (azad edilmeden doğan muhayyerlik) hakkını kullanmak üzere, karı tarafından belirtilir. Karının kadı huzurunda evliliğin sona erdirilmesini (tefrîki) talep edeceği sebepler, hıyâr-ı bulûğ (erginlik çağına ulaşma muhayyerliği) hakkını kullanması, kocanın cinsî iktidarsızlığı ve bazı imamlara göre deliliği ve bir takım ciddî müzmin hastalıklardır. Koca da kadıdan hıyâr-ı bulûğ hakkını kullanmak üzere tefrîk talep edebilir. Kocanın boşama hakkını her an kullanması mümkündür[94]. Kadı, evlilik için ciddî engeller bulunduğu hallerde, sözgelişi, iki kızkardeşin cem'inde, kendi yetkisini kullanarak karı kocayı tamamen ayırır. Diğer durumlarda ise, sadece karı-koca olarak bir arada yaşamalarını yasaklar.

Evlilik, ceza hukukuna giren *li'an* ile de bozulur: Koca, yemin ederek karısının zinâ yaptığını veya ondan doğan çocuğun kendisine ait olmadığını, karı da böyle bir şey vuku bulduğu takdirde yine yeminle aksini ileri sürer; bu iddialar esrarlı bir özelliği olan kesin kalıplar içersinde yapılır.

Nihayet, evlilik, ya eşlerden birinin İslâmdan çıkması ile veya onlardan birinin köle olarak diğerinin mülkü olması ile bâtıl olur ve ortadan kalkar.

Bir çok kadınla evlenme, odalık edinme ve boşama sistemi karşısında kadının hukukî durumu erkeğinkine göre, şüphesiz, daha aşağı
166 bir seviyededir. Fakat kadının yine de bir takım boşanma imkânları vardır. Gerçekten de kadının durumu, evlilik sisteminin hükümleriyle ve evlenme akdinden hemen sonra belirtilmesi örf halini alan durumlarda şartlı boşamanın tesisiyle önemli ölçüde ıslah edilmiştir.

Halvet-i gayrı sahîha ile bile olsa, zifâfla sonuçlanan evliliğin sona ermesi, karının bir başka kocaya varmadan önce *iddet* beklemesini gerektirir. Gebe bir kadının iddeti doğuma kadar devam eder. Ko-

94. *Talâk* ile *tefrîk* arasındaki fark, tamamıyla şeklî değildir. Eğer tefrîk, karıda bulunan bir sebepten dolayı zifaftan önce vuku bulursa, talâk'ın aksine evlilikten doğan mâlî borçlar kocaya yüklenmez. Bu hususun, diğer fıkıh mezheplerinde büyük amelî önemi vardır. Bu mezheplere göre, kocanın (ve karının) tefrik talep etmesi için daha fazla sebep mevcuttur.

cası ölmüşse ve kendisi de hür ise, gebe olmadığı takdirde, bu süre dört ay on gündür, (kadın köle ise bu sürenin yarısıdır). Diğer bütün hallerde (aynı zamanda evlilikdışı münasebetlerde) kadın hür veya ummu'l-veled ise üç ayhali (köle kadınlar için iki ayhali) süresi iddet icabeder. Veya ayhali görmezse, bu süre üç aydır, (ummu'l-veled dışındaki köle kadınlar bu sürenin yarısı kadar iddet bekler). Bir kimsenin satın aldığı câriye ile cinsî münasebete başlamadan önce buna benzer bir sürenin geçmesi gerekir; buna *istibrâ'* adı verilir ve normal olarak bir ayhali süresince veya bir ay devam eder. Câriyenin önceki sahibi kadınsa, iddet bekleme *vâcip* değil, *müstehab*'dır.

4. AİLE İLİŞKİLERİ

Kocalık yetkisi oldukça geniştir ve sınırlı bir ıslah etme hakkını içine alır. Koca, karısının evden çıkmasını yasaklayabilir ve yakın akrabalarının bile onu görmesini kısıtlıyabilir. Serkeş bir karı, kocası tarafından ıslah edilebilir ve nafaka hakkını kaybeder. Öte yandan kadın, kendisi ve çocukları ile ilgili bir sebebe binaen seyahatlerde kocasına refakat etmeyi reddedebilir

Gebeliğe tanınan süre altı aydan iki yıla kadardır. Buna göre kocanın evlilik sona erdikten sonra iki yıl içinde doğan çocuğun kendisine ait olduğunu kabul etmesi gerekir. Böyle bir şeyi reddetmesi *kazf* (zinâ isnâdı) olur. Koca, aynı zamanda bu süreden daha sonra doğan bir çocuğu da kendisinin olarak kabul edebilir. Nesebi meçhul olan bir kimsenin babası olduğunu itiraf etmek, evlatlık edinme anlamına gelirse de böyle bir şey aslında İslâm hukukunda yoktur ve bu hususu *Kur'ân* da reddeder (sûre XXXIII. 4 vd.). Bulunan çocuğun (lakît), herhangi bir kimse tarafından kendi soyundan olduğu
167 ileri sürülebilir. Aksi ispatlanıncaya kadar böyle bir çocuk hür ve müslümandır. Ancak gayrı müslim bir mahallede bulunmuş olması gereklidir. Hiç kimse ona sahip çıkmazsa, bulan şahsın onun üzerinde sınırlı bir babalık yetkisi vardır. Annenin çocuktaki hakkı, babanınkinden daha kuvvetlidir. Erkek çocuklarda 7 veya 9 yaşına, kız çocuklarda *bulûğ* çağına gelinceye kadar annenin çocuğa bakma (hadâne) hakkı vardır. Anne, çocuğun mahreminden, yani onun evlenmesi haram olan akrabasından başka bir kimse ile ikinci kez bir evlilik yaparsa, bir ödev olmayıp sadece bir hak olan bu imtiyazlı durumunu kaybeder. Bu durumda ve anne öldüğü takdirde *hadâne* hakkı önce annenin, sonra babanın en yakın kadın akrabasına geçer.

5. EVLİLİK SİSTEMİ

Karı-koca arasında mal birliği olmadığı gibi Batılılarda olduğu gibi bir *drahoma* da yoktur. Karının *mehir* ve *nafaka* alma hakkı vardır. Bu, karının kocasına karşı durumunu kuvvetlendirmektedir. Karı, mehrin tayinini kocasına bırakabilir ve mehirden vazgeçmeye kadar varabilir. Mehrin en az miktarı on dirhemdir. Daha az bir miktar verilmesi veya hiç mehir şart koşulmaması halinde (aynı zamanda şartın veya nikâhın fâsid olduğu bazı durumlarda) güveyin değil, gelinin sosyal durumu ve diğer nitelikleri gözönüne alınarak tespit edilen bir mehr-i misl ödenebilir. Mehrin bir kısmını hemen ödemek ve kalanını sonraya bırakmak âdettir. Fakat mehrin hemen ödenmesini şart koşmak veya bütününü sonraya bırakmak da mümkündür. Mehrin ödenmeyen bölümünün, 1) her durumda eşlerden birinin ölümü üzerine, 2) evlilik karı-koca arasında halvet-i sahîha ile gerçekleşmişse, boşanma halinde ödenmesi icabeder. Boşanma, zifaftan önce vuku bulursa, kadın şart koşulan mehrin yarısına hak kazanır. (Veya hiçbir mehir şart koşulmamışsa, sûre II. 236'ya dayanarak *mut'a*[95] adı verilen ve bir takım elbiseden ibaret olan bir tazminata hak kazanır). Kocanın karısını boşaması halinde mehrin tamamını ödemeye mecbur tutulması, onun boşama hürriyetini etkili bir şekilde sınırlandırır.

Karının nafakası yiyecek, giyecek ve mesken, yani ayrı bir ev veya hiç değilse kapısı kilitlenebilecek ayrı bir oda, zenginler için de bir hizmetçiden ibârettir. Kadın, âile masraflarının hiç bir bölümünü
168 karşılamaya mecbur değildir. Küçükse, serkeş ise (özellikle, izin almadan evi terkeder veya cinsî münasebeti reddederse), bir borçtan dolayı hapsedilirse, kocası yanında olmaksızın hacca giderse, kaçırılırsa, –ki bütün bu durumlarda evlilik ödevlerini yerine getiremez– nafaka hakkını kaybeder. Koca, karısının nafakasını temin etmeden kaybolursa, kadı, onun kocası adına borç almasına yetki verir. Nafaka hakkı, karının bir hatâsından dolayı (meselâ, üvey oğlunu öpmek veya İslâmdan dönmek suretiyle) evlilik sona ermemiş olmak şartıyla, iddet süresince devam eder.

Eşler arasında miras konusunda bak., s. 171. Karının miras hakkı, boşama ile engellenemez; çünkü kocanın son hastalığı sırasında kesinlikle (talâk-ı bâ'in ile) boşanmış kadın, kocası iddet esnasında öldüğü takdirde mirastan yararlanır. Buna karşılık koca da, karısı

95. Bu, muvakkat nikâh anlamındaki *mut'a*'dan farklıdır.

son hastalığı sırasında evliliğin bozulmasına sebep olmuş ve iddet esnasında ölmüşse, mirastan faydalanır.

Çocukların, ancak fakir iseler ve ilke olarak babalarında nafaka hakları vardır. *Gayrı meşrû* ve *li'an* ile babası şüpheli olan çocuğun nafakası, anneye; bulunan çocuğunki ise *Beytu'l-Mâl*'e aittir. Annebabanın çocukların malından gelir sağlama hakları yoktur. Babanın veya büyük babanın, çocukların veya torunların namına hareket etmesi sınırsız değildir. Bunlar, çocuklara ait olan malı ödünç (âriyet) olarak vermek, karşı taraf hiçbir delil göstermediği halde sulh olmak veya kısas hakından vazgeçmek gibi tek taraflı aleyhte muamelelere girişemezler. Baba veya büyük baba dışındaki kanunî velînin yetkisi daha da sınırlıdır.

Bu hallerin dışında bizzat fakir olmayan yakınlar da nafaka vermekle yükümlüdür. Özellikle oğul ve kız çocuklarının, ana ve babalarının nafakasını aynı ölçüde sağlamaları gerekir. Nafaka borcu ile miras hakkının bir kimseye ait olması arasında fark vardır. Bir kimsenin kanunî mirasçı olmadığı halde, nafaka vermekle yükümlü olması mümkündür.

23

MİRAS HUKUKU

1. GENEL BİLGİLER

169 İslâm hukukunda mirasçı tayin etme (mansûp mirasçılık) müessesesi yoktur. *Vasiyet*, vasiyetlerde bulunmak ve vasî tayin etmekle sınırlıdır. Miras hukuku, belirli hisse sahiplerine öncelik tanır. Daha sonra arta kalanlar nesebî asabesine verilir. İslâm hukukunda üniversel verâset (küllî halefiyet) yoktur[96]. Terekeden, önce cenaze masrafları, sonra borçlar ödenir. Bu masrafların ölüm halinde hemen yapılması gerekir[97]. Eğer borçlar terekeye eşit veya ondan fazla ise, tereke alacaklılar arasında dağıtılır ve bu dağıtım lüzumu halinde alacakları nispetinde olur. Aslında alacaklar, terekenin bir bölümünü teşkil eder. Vecîbeler ve hakların devamlılığı, borçlar ve alacaklardan daha az olur. Bir çok akitler, sözgelişi, kira ve icâre ve bazı hallerde kefâlet ölümle sona erer. Hıyâr hakkına gelince, *hıyâr-ı ta'yîn* ve *hıyâr-ı ayb* devam eder; buna karşılık *hıyâr-ı ru'ye* ve *hıyâr-ı şart* ortadan kalkar. Geri kalan mallardan ayrıca vasiyetler çıkarılır. Vasiyetler, mirasçılar râzı olmazsa terekenin üçte biri ile sınırlıdır. Mirasçı yoksa, bu konuda herhangi bir mesele de yoktur. Borçla vasiyet arasındaki fark, çoğunlukla şüpheli olmakla beraber, mirasçıların mümkün olduğu kadar çok tasarrufları vasiyet olarak kabul etmelerinde bir menfaatleri olduğu için önemlidir. Önemli bir fark da, *ummu'l-veled*'in âzad edilmesinin terekenin tamamına, *müdebber*'inkinin ise üçte birine şâmil olmasıdır. Sadece mâlî değerler değil, aynı zamanda kısas hakkı gibi alacaklar da miras olarak intikal edebilir[98].

96. Fakat her mirasçının, mûrisin ölümünde kendi miras payına sahip olduğu kabul edilir.

97. Ölüm hastalığı sırasında yapılan bir ikrardan doğan borçlar için bak., s. 151.

98. Hatâ ile ağır şekilde yaralanmış bir şahsın diyet hakkından vazgeçmesi vasiyet sayılır ve bu sebeple terekenin üçte-biri ile sınırlı olur; fakat kasden yaralama halinde diyetten feragat anlamına gelen kısastan karşılıksız olarak vazgeçmek, bu tahdidin dışında kalır.

2. FARÂİZ (BELİRLİ HİSSELER)

170 Mirastan mahrum olma sebepleri kölelik, mûrisin ölümüne sebep olmak, din ayrılığı ve yurt ayrılığı (yani dâr-ı İslâm ve dâr-ı Harb'de oturma)'dır. Mirasçı olma sebepleri ise, kan birliği (karâbet), evlilik (nikâh) ve *velâ* (köle-efendi ilişkisi)'dir. Bunlar şöyle bir sıra takip eder:

1) Belirli hisse (farz) sahipleri.

2) Asabe. Bu, aşağı yukarı *neseb*'e tekâbül eder. Birinci zümrenin hisseleri terekenin tamamını kapsamıyorsa, birinci ve ikinci zümreler birlikte miras alırlar. Asabe, birinci zümrenin hissesi çıktıktan sonra geriye kalanı da alır; fakat bunun dışında her zümre bir sonrakini mirastan mahrum bırakır.

3) Mevlâ (mu'tık, âzad eden) ve asabesi.

4) İkinci ve üçüncü zümreye dahil olan mirasçı yoksa, terekenin tamamını kapsamak üzere, belirli ölçüde hisselerini arttırmak (redd) suretiyle birinci zümreye dahil olan mirasçılar.

5) Zevu'l-erhâm. Bunlar aşağı yukarı ana tarafından akrabaları ifâde eder.

6) Mevlâ'l-muvâlât. Bu, müslüman olan bir kimsenin ihtida sırasında bir *velâ* akdiyle seçtiği efendidir.

7) Herhangi bir beyyine olmadan müteveffânın, kendi akrabası olduğunu ikrar ettiği kimseler.

8) Mirasçı olmadığı takdirde terekenin üçte biri ile sınırlanmamış olan vasiyetlerden yararlanacak olanlar. Bu hüküm, sistematik bir şekilde ifâde edilecek olursa, mirasa girmez.

9) Beytu'l-Mâl.

Bu hükümler, bazı ana tarafından akrabaların birinci ve ikinci zümreye dahil edilmesiyle değişikliğe uğrayan pederşahî (babaerkil) bir âile müessesesini gerektirir. *Velâ*, akraba olarak birini ikrardan önce gelir. Bu da bir çeşit evlat edinmek anlamını ifade eder. *Temsil* hakkı, yani daha önce ölen bir mirasçının *furû*'u tarafından temsil edilmesi hususu, Sünnî fıkhında yer almaz.

İslâm miras hukukunun en belirgin özelliği, bazı mirasçıların aldıkları hisselerdir (yukarıdaki birinci zümre). Bunlar bütün esasları ile *Kur'ân*'da açıklanmıştır.

171 a) Kız (kız yoksa oğulun kızı), öz kızkardeş (öz kızkardeş yoksa, baba-bir kızkardeş) aynı dereceden bir erkek akraba olmaması şartıyla, yarım (nısf) hisse alır (bak., asabe bi-gayrihî)[99]. Kadın akrabalardan bir kaçı mevcutsa, kız ve oğulun kızı, kızkardeşi mirastan mahrum bırakır. İki ve ikiden fazla kızlar oğulun kızını, iki ve ikiden fazla öz kızkardeşler üvey kızkardeşi mirastan mahrum eder. Bunlar üçte-iki hisse alırlar (bak., "e" maddesi).

b) Koca, hiç çocuk yoksa veya oğulun çocuğu yoksa mirasın yarısını, aksi halde ise dörtte-birini alır.

c) Karı, hiç çocuk yoksa veya oğulun çocuğu yoksa dörtte-bir hisse alır; aksi takdirde ise mirasın sekizde-birine ortak olur. Bir kaç karı varsa, bu hisse eşit olarak aralarında paylaştırılır.

d) Anne, hiç çocuk yoksa veya oğulun çocuğu yoksa ve birden fazla erkek veya kızkardeş yoksa üçte-bir, aksi halde ise altıda-bir hisse alır. Fakat ilk durumda karı veya koca, baba ile birlikte bulunursa anne, karı veya kocanın hisseleri verildikten sonra geriye kalanın sadece üçte-birini alır[100].

e) Ana-bir erkek ve kızkardeşler iki ve ikiden fazla ise üçte-bir hisse alırlar ve bu hisseyi aralarında eşit olarak paylaşırlar. Ana-bir erkek veya kızkardeş (tek ise) altıda bir hisse alır. Altıda-bir hisse, aynı zamanda babanın (veya baba yoksa erkek tarafından en yakın kadın veya erkek aslın) da hissesidir. Ancak çocuk ve oğulun çocuklarının bulunması gerekir[101]. Bir kızkardeşin bulunması şartıyla[102] oğulun kızı (veya hisseyi aralarında eşit olarak paylaşan oğulun kızları) aynı şekilde altıda-bir hisse alır. Bir öz kızkardeş bulunmak (ve kız veya oğulun kızı bulunmamak, bak., "a" maddesi) şartıyla üvey kızkardeş (veya üvey kızkardeşler) de aynı hisseyi alır.

Bu hükümler tamamıyla *agnatik* bir veraset sistemini, sadece erkekleri gözeten bir şey olmaktan çıkararak başlıca, en yakın kadın akrabalar[103], eşler (zevceyn) ve aynı zamanda babanın (veya diğer
172 asılların) lehinde tadil etmeyi amaçlar. Agnatik bir sistemde, mirasa ehil sayılan babanın da erkek ferilerin bulunması ile mirastan tamamıy-

99. Bak., s. 173, not: 105.

100. Başka deyişle, annenin hissesi babanınkinin yarısına iner.

101. Çocuk veya oğulun çocukları yoksa, baba *asabe* olur. Aşağıya bak..

102. Bu altıda-bir, kızın hissesi olan nısfı, toplamı üçte-ikiye ulaştırmak suretiyle tamamlar. Bak., "a" maddesi. Aynı hüküm, baba-bir kızkardeşin hissesini de içine alır. Aşağıya bak..

103. Fakat kızın kızı mirastan mahrum kalır.

la mahrum bırakılmasına karşı himayesi gerekir. Fakat kadın ferilere karşı babanın durumu daha üstündür. Baba, bunlarla birlikte bulunursa, isterse kendi hissesini alır, isterse asabe olarak alacağı hisseyi alır. Bir kaç hissenin çakışması ile yakın erkek akrabaların mirastan mahrum olması nadir olarak görülür. Bu husus, asıl ve ferilerde ortaya çıkmaz. Fakat bir kadın ölüp geride kocasını (hissesi: yarı), annesini (hissesi: altıda-bir), ana-bir erkek kardeşlerini (hisseleri: üçte-bir) bırakırsa miras tükenir ve geriye öz erkek kardeşler için bir şey kalmaz[104]. Hisselerin toplamı paydayı (mahrec, mesele) aşması (avl) da imkân dahilindedir. Bu durumda hisseler belli oranda azaltılır. Meselâ, bir kadın ölüp kocasını (hissesi: yarım) ve iki kızkardeşini (hisseleri: üçte-iki) bırakırsa, hisselerin tamamı altı değil yedi olur.

Mirasçıların ikinci zümresi olan *asabe*, asıl neseb yönünden olan akrabaların dahil olduğu zümreden daha geniştir. Bu zümre, önce kendi başına asabe (asabe bi-nefsihî)'yi, asıl neseb yönünden olan akrabaları, başka bir deyişle erkek soyundan gelen akrabaları, yani sırasıyla feriler, asıllar, babanın ferileri, dedenin ferileri, büyük dedenin ferileri v.b. ni içine alır. İkinci olarak, birinci zümre ile birlikte bulundukları için başkası vâsıtasıyla asabe (asabe bi-gayrihî), yani yarım hissesi olan kadın akrabaları içine alır (bak. yukarıya "a"). Bunların kendileri ile birlikte hayatta olan erkek kardeşleri vâsıtasıyla asabe oldukları kabul edilir. Bu takdirde onların hissesi, erkek kardeşlerininkinin yarısıdır. Bu zümre üçüncü olarak, başkasıyla birlikte asabe (asabe ma'a gayrihâ)'yi, yani asabe bi-gayrihî olmayan ve kız çocuk veya oğulun kızı ile mirasçı olmaktan çıkan öz kızkardeş (veya kızkardeşler)'i ve baba-bir kızkardeş (veya kızkardeşler)'i içine alır (bak., yukarıya "a"). Neseb yönünden akrabalar zümresinin bu şekilde geniş tutulması da, hiçbir hisse sahibi olmadıkları durumlarda yakın kadın akrabaları gözetmeyi amaçlar. Bununla birlikte kadın akrabalar, kendileri ile aynı durumda olan erkek akrabalardan daha az imtiyaza sahiptir.

Yukarıda sözü edilen sıradaki daha yakın akrabalar genellikle
173 daha uzak olanları mirastan mahrum bırakır. Ana-baba-bir akrabalar, sadece baba-bir akrabaları; miras hakkı olan bir şahıs kendi vâsıtasıyla mûrise akraba olan herkesi miras dışı bırakır[105]. Bütün

104. Mâlikî ve Şâfi'ilere göre, öz kardeşler ana-bir kardeşlerle birlikte üçte-bir hisseyi eşit olarak paylaşırlar. Buna benzer daha başka bir kaç durum da vardır.

105. Meselâ, öz erkek ve öz kızkardeşlerle baba-bir erkek ve baba-bir kızkardeşleri, erkek feriler ve erkek soyundan olan asıllar miras dışı bırakır. Bunun istisnâlarından yukarıda bahsedilmiştir.

kadın asılları anne, baba tarafından kadın asılları baba ve erkek soyundan olan daha yakın bir erkek asıl miras dışı bırakır. Fakat bu erkek asıl derece bakımından aynı ise, analarını miras dışı bırakmaz. Mûrisin ölümüne sebep olmakla mirastan mahrum olan kimse, diğerlerini mirastan mahrum etmez. Sözgelişi, oğulları miras alır. Miras hakkının âzad eden kimseden asabesine intikali (bak., yukarıya üçüncü zümre), sadece miras hükümlerine göre değil, aynı zamanda biraz daha farklı eski bir sisteme göre olur. Dördüncü zümrede karı ile koca hisselerin artışına (redd'e) ortak olmaz. Beşinci zümre, mûrise bir kadın vâsıtasıyla akraba olan kimsleleri ve asabe olmayıp belirli bir hissesi olan kadın akrabaları içine alır. Bunlar arasında kimin önceliğe sahip olduğu hususunda karışık bir sistem vardır.

3. VASİYETE BAĞLI TASARRUFLAR

Bu tasarruflar, vasî tayin etmeye ve vasiyette bulunmaya münhasırdır. Vasî'nin, vasiyet eden ölmeden önce veya öldükten sonra vazifeyi kabul etmesi icabeder. Vasînin ilk görevi, mirasın taksimidir. Vasiyetle tayin edilmiş olan vasî, sadece bir icracı değil, aynı zamanda *küçük* veya *mefkûd* olan mirasçıların da temsilcisidir ve mirası onlar adına idare eder. Yahut da bu son amaçla ayrı bir şahıs tayin edilebilir. Onun bir temsilci olarak yetkileri, baba veya büyük baba dışında olan bir vasînin yetkilerine benzer. Bu yetkiler, büyük çocuk söz konusu olduğunda küçük çocuk üzerindeki yetkilerine göre daha sınırlıdır. Meselâ, vasî, gayrı menkul bir malı büyük çocuk adına satamaz. Eğer iki vasî tayîn edilmişse, bunlardan her biri, belirli bir ölçüde, değişik şekilde hareket edebilir. Vasînin sorumluluğu geniş değil, sınırlıdır. Bazı hallerde mirasın taksiminden sonra vasînin kötü niyet taşımayan bir hareketinden ötürü, mirasçılardan biri zarara uğradığı takdirde bile, zararı terekeye yükletilir. Vasî, gerektiği zaman başka bir vasî tayin etme veya vasî ehliyetsizse, yahut da dürüst değilse onu azletme yetkisine sahip olan *kadı*'nın denetimi altındadır.

174 Vasiyet, sadece mirasçılara karşı bir hak değil, mal üzerinde de bir hak doğurur. Vasiyet, küçük (veya köle, hattâ mükâteb) tarafından yapılamaz. Ölüm hastalığı sırasında yapılan *hibe*, değerin altında satış, âzad etme ve diğer tek taraflı aleyhte olan muameleler de vasiyet sayılır. Hasta kimse, bu hastalığından dolayı ölmezse bu muameleler sanki hiç hasta olmamış gibi geçerlidir. Vasiyetten yararlanamamanın sebepleri, mirastan yararlanamamanın sebeplerinden daha yumuşaktır. Fakat mûrisin ölümüne sebep olan kimse, yine de vasi-

yetden mahrum kalır. Öte yandan diğer mirasçıların rızâsı olmazsa mirasçı olanlar da vasiyetten yararlanmaz. Vasiyetlerin malın üçte-birini aşmaması gerekir. Aştığı takdirde ise, onların toplamı (mirasçıların rızâsı olmazsa) bir nispet dahilinde değil, önceliğe dayanan karışık bir hesap sistemine göre üçte-bire indirilir. Vasiyetlerin, fıkıh mantığına göre yorumlanarak, her zaman geçerli sayılmasına çalışılır. Vasiyet, ya beyanla veya hareketle, özellikle devir suretiyle, ya da karıştırma gibi üçüncü bir tarafın malına uygulandığı takdirde mülkiyet doğuracak olan fiillerle feshedilmiş olur. Vasiyet, kendisine vasiyet yapılan kimse vasiyet edenden önce ölürse, hükümsüz olur. Bunun, vasiyet edenin ölümünden sonra kabul edilmesi gerekir. Kendisine vasiyet yapılan kimse vasiyet edenden sonra, fakat vasiyeti kabul etmeden önce ölürse, onun hakkı mirasçılarına kalır ve bunların, vasiyeti kabul ettiklerini ifâdelerine gerek olmaz.

24

CEZA HUKUKU

1. GENEL DURUM

175 İslâm hukukunca öngörülen cezâlar, bütün cezâ hukukunun ortak iki kaynağına tekâbül eden iki ayrı sınıfta toplanır. Bunlar, önce öcalma ve din ile askerî disipline aykırı hareketten doğan suçların cezâlandırılmasıdır. Birincisi, hemen hemen hiç tadile uğramaksızın İslâm hukukunda devam etmiştir. İkinci sınıf, sadece dine karşı işlenen cezaları temsil eder ve özel bir anlam taşır. *Kur'ân*'da yasaklanan veya cezaî müeyyideleri olan bazı fiiller, bu suretle dine karşı işlenmiş suç haline gelmiştir. Bunlar zinâ, zinâ iftirası (kazf), şarap içme (şurbu'l-hamr), hırsızlık (sirkat) ve yol kesme (kat'u't-tarîk)dir. Bunlar için konan cezâlara *hadd* (çoğulu: hudûd, Allah'ın engelleyici emirleri) adı verilir. Bu cezâlar şunlardır: Ölüm cezası. Bu, ya (zinâ dolayısıyla uygulanan ağır bir cezâ mahiyetinde) taşla (recm) veya (adam öldürerek yol kesenler için) asmakla, yahut da kılıçla infaz edilir. (Adam öldürmeden yol kesme ve hırsızlık için) eli veya ayağı kesme ve diğer hallerde değişik miktarda değnek (celde) ile dayak atma. Değnek cezâları, kadı tarafından *ta'zîr* cezâsı olarak da verilebilir. Bu cezâ, haddin tam olarak uygulanmadığı hallerde haddin yerini alır ve kadının yetkisi dahilindedir. *Ta'zîr* cezâsının en hafifi, gayrı meşrû bir hareket dolayısı ile sert bir bakış veya bir azar şeklinde olur. Zinâdan dolayı verilen hafif hadd cezasında değneklerin sayısı yüz, zinâ iftirası ve şarap içmede seksen ve ta'zîrde otuzdokuzdan çok değildir (yani köle için uygulanan en az hadd cezasından daha az; diğerlerine göre yetmişbeşden fazla olmamak üzere hür kimse için uygulanan en az hadd cezasından daha azdır). Her durumda farklı olan değnek darbelerinin şiddeti ve cezânın infazının
176 diğer teferruatı da bu meyanda bir düzene konmuştur. *Hapis*, bir ceza değildir; ancak ta'zîre girer; fakat tevbe etmeyi amaçlayan veya arzu

edilen bir hareketin yapılmasını sağlayan baskı tedbiridir. İslâm hukukunda *para* cezası yoktur.

Hadd, Allah'ın hakkıdır. Bu sebeple onu affetmek veya sulh olmak mümkün değildir. Öte yandan zinâ iftirası ve hırsızlık, yani kul hakkına tecavüzü içine alan suçlar için ancak ilgili şahısların talebi üzerine davâ açılır ve davâcının hem muhakeme hem de infaz sırasında hazır bulunması gerekir. Zinâ halinde de şahitlerin yine hazır bulunmaları gerekir. Eğer şahitler hazır bulunmazlarsa (ve recm cezası infaz edilirken, ilk taşları onlar atmazlarsa), bu ceza infaz edilmez. Hadd cezasının dinî niteliği, tevbenin oynadığı rolde de kendisini gösterir. Hırsız çaldığı nesneyi davâ açılmadan önce geri verirse hadd cezası ortadan kalkar. Aynı şekilde yakalanmadan önce yol kesmeden tevbe etmek de hadd cezasının ortadan kalkmasına sebep olur ve işlenen böyle bir suç, âdî bir cinayet olarak kabul edilir. Bu sebeple kısas hakkı olan şahıs affetmek isterse, suçlu, yerine *diyet* ödiyebileceği gibi ceza tamamıyla ortadan da kalkabilir. Hadd cezası ile cezalandırılmayan dine karşı işlenen suçlarda (bak., bend 4) tevbenin neticeleri daha da kapsamlıdır. Hadd cezalarının tatbîkını mümkün olduğu kadar sınırlandırmak yönünde kuvvetli bir temayül vardır. Zinâ iftirası için uygulanan hadd cezası böyle değildir. Fakat bu da zinâya uygulanan hadd cezasının tatbikını sınırlandırmaya yardımcı olur. Hadd cezalarını sınırlandırmanın en önemli vâsıtası, tariflerin dar oluşlarıdır. Başkasına karşı işlenmiş olan meşrû bir fiile benzerliği anlamına gelen *şubhe*'ye ayrılan rol ve bu sebeple, konuyu şahsî açıdan ele alırsak, sanıkta iyi niyet bulunduğunun farzedilmesi de önemlidir. *İkrah* (cebr), geniş ölçüde, zinâda ve şarap içmede fiilin iradeye bağlı olarak işlenip işlenmediğinin ispatı ölçüsünde muteber sayılmıştır. Sadece bir hadd cezası, henüz cezalandırılmamış olan aynı türden bir kaç suç için yeterlidir. Genellikle bir ay olmak üzere kısa bir zamanaşımı süresi mevcuttur. Yaygın görüşe göre, şarap içme durumunda bu süre, şarabın kokusu veya sarhoşluğun devamı
177 kadardır. Bu, suçun artık cezalandırılamıyacağı anlamına değil, kadının delili kabul etmiyeceği anlamına gelir. Uzaklık gibi suçu ihbar etmede gecikmeyi gerektirecek bir mazeret varsa, zamanaşımı olmaz. Nihayet delil, güçleştirilir. Diğer meseleleri ilgilendiren ikrarın aksine, hadd cezasını gerektiren bir suçun ikrarından geri dönülebilir. Hattâ, kadının bu imkânı, ikrar eden şahsa bildirmesi tavsiye edilir. Ancak zinâ iftirası halinde durum böyle değildir. Özellikle şahitlerden, sayıları, ehliyetleri ve ifâdelerinin muhtevası ile ilgili olarak fazla taleplerde bulunulur. Bu talepler, Hz. Muhammed'in karısı

Aişe aleyhindeki bir isnada işaret eden XXIV. sûrenin 4. âyetine göre, zinâ hakkındaki şehadet hususunda çok ağırdır. Bu durumda normal olan iki şahidin yerine dört şahit gerekir. Bu şahitlerin sadece cinsî münasebete değil, bizzat zinâya görgü şahdi olarak tanıklık etmeleri gerekir. Buna göre, hadd cezasına esas olmak üzere zinâ ikrarının ayrı ayrı dört kere yapılması icabeder[106]. Sanığın lehinde bir başka koruyucu şart da, geçersiz sayılan bir zinâ isnadının hadd ile cezayı gerektiren bir *kazf* teşkil ettiği gerçeğinde yatmaktadır. Meselâ, gerekli olan dört şahitten birinin köle olduğu ortaya çıkarsa veya muteber bir şehadette bulunma ehliyeti olmazsa, yahut onların şehadetleri arasında farklılıklar bulunursa, ya da onlardan birisi şehadetinden rucû ederse, hepsi aslında *kazf* dolayısıyla hadd cezasına çarptırılabilir.

Kölenin (kadının değil) hadd cezası sorumluluğu daha hafiftir. Köle, hür bir şahsın tâbi olduğu değnek sayısının yarısı ile cezalandırılır ve recm cezasına tâbi tutulmaz.

Katil, yaralamak ve mala zarar vermek gibi cinayetleri İslâm hukukunun ele alışı tamamıyla farklıdır. İster kısas olsun ister diyet, isterse zararlar olsun, bunlardan doğan bütün sorumluluklar özel hakkın (hakk-ı âdemî) konusudur. Katilden dolayı bile olsa, resmî bir takîbat veya icraat yoktur; ancak şahsî intikam hakkının teminat altına alınması söz konusudur. Bu teminat, intikam hakkının hukukî
178 sınırları aşmasına karşı ortaya konan tedbirleri tamamlar. Bu konuda af ve sulh mümkün olduğu halde, tevbe geçersizdir. Burada sorumluluğu sınırlamak hususunda hiçbir eğilim olmadığı gibi İslâm hukukunun bu konudaki tutumu mülkiyet hakkındaki tutumu ile aynıdır (bak., s. 148, 160). İyi niyet kavramının büyük rolü olmadığı halde, tamamıyla mantıkî olmamakla beraber, kasıt (amd), kasdın aşılması (şibh-i amd), hatâ ve sebep olma (tesebbüb) arasında ayırım yapan oldukça geliştirilmiş bir suç nazariyesi mevcuttur. Kölenin hayatı, hür şahsın hayatı ile aynı tarzda korunmuştur ve o, kasden adam öldürmekten dolayı kısasa tâbi tutulur. O, bütün diğer hususlarda onun tarafından ve ona karşı işlenen cinâyetlerle ilgili olarak sorumluluğu sahibine ait bir mal gibi görülür ve zararını da sahibi çeker.

Sonuç olarak bir kısım haklar da vardır ki, bu iki ana başlık (yani hakk-ı âdemî ve hakkullah) altına girmez.

106. Fakat hadd cezası ile cezalandırılması gereken diğer suçlarda bir tek ikrar yeterlidir.

2. HADD CEZALARI

a) *Zinâ.* Bu, *mülk* veya *mülk şüphesi* olmadan yapılan cinsî münasebet şeklinde tarif edilir. Mülk, nikahtan veya kadın köleye mâlik olmaktan doğan bir haktır. Karı bakımından şüphe, meselâ, fâsid olduğu halde, kocanın sahih sayabileceği bir evlilikte ortaya çıkar. Veya bu durum, nikâhın *bâ'in* bir şekilde sona ermesini takip eden *iddet* süresi esnasında da ortaya çıkar, ki bunu koca, *rec'î* talâktan sonraki iddet süresine benzetmiş olabilir. Kadın köle bakımından şüphe ise, efendisi *ummu'l-veled*'i âzad etmiş, fakat henüz salıvermemiş ise veya kadın kölesini satmış, fakat henüz onu teslim etmemişse, yahut kadın köle onun usûl veya furû'undan birine (veya erkek kardeşine değil de karısına) aitse, yahut da kadın köleye ortaksa, söz konusu olabilir. Hadd cezasının ortaya çıkmadığı bu gibi durumların çoğunda cinsî münasebet mâlî bir borç, yani hür kadına *mehr-i misl* ödenmesini, kadın kölenin mâlikine veya ortağına *ukr* adı verilen bir tazminatın ödenmesini doğurur. Bazı durumlarda, hattâ önemli sayılabilecek hallerde, meselâ, cinsî münasebet bu amaçla kiralanan bir kadınla yapılmışsa veya amaç, *livata* (homoseksüellik) ise hadd cezasının uygulanıp uygulanmayacağı münakaşalıdır. Bu gibi hallerde hadd cezası tatbik edilmese de *ta'zîr* gereklidir. *Muhsan* için tatbik edilen hadd cezası *recm*, diğerleri için 100 (her halukârda köle için 50) değnektir.

179 b) *Kazf.* Bu hadd cezası ile sadece 125. sayfada geçen anlamdaki *muhsan* himaye edilmiştir. Dolayısıyla özel anlamda zinâ'dan veya benzeri bir fiilden mahkum olan bir şahıs bu himayeden faydalanamaz[107]. Sadece açıkça zinâ isnadı veya söz konusu kadınsa çocuğunun meşrûiyetini inkar etmek *kazf* anlamına gelir. Buna verilecek ceza 80 (köleler için 40) değnektir. Burada da *ta'zîr*, hadd cezası tam olarak uygulanmamışsa, sözgelişi, muhsanın tarifi dışında kalan bir kâfire veya köleye yöneltilen zinâ isnadı, ya da "ey kahbe dölü"[108] veya "ey fâsık" gibi *kazf* anlamına gelen sözlerle hür bir müslümanın ağır şekilde hakarete uğraması neticesinde tatbik edilebilir. "Ey köpek" gibi laflarla yapılan hakaretler, bir fıkıh bilginine veya Peygamber'in torunlarından birine yöneltilmedikçe, *ta'zîr* cezası verilmez. Bu son hüküm istihsâna dayanır.

---

107. *Muhsan* olan ölmüş bir şahsa yöneltilen *kazf* de onun asıl veya ferilerinden birinin talebi üzerine cezayı gerektirebilir.

108. Çünkü *kahbe* deyimi açık bir zinâ isnadı anlamına gelmez.

Karı-koca arasındaki *li'an* usûlü, kazf hakkındaki hükümleri tamamlayıcı mahiyettedir. Bu, kazften dolayı hadd cezasının kocaya, zinâdan dolayı da bu cezanın karıya tatbîkini hükümsüz kılar. Ancak karının suçsuz olduğunu yeminle pekiştirmesi şarttır. Bununla birlikte (evlilelere mahsus) bir zina (adultery) kavramı İslâm hukukunda bilinmemektedir*. Karının, kocanın şahsı üzerinde tam bir hakkı yoktur. Karının evlilik-dışı bir cinsî münasebette bulunması, evlilik vecîbelerinin ihmâli ise de, ancak dine karşı işlenen bir suç olarak cezalandırılır.

c) *Şarap içme* (şurbu'l-hamr). Burada cezayı gerektiren iki sebep mevcuttur: Miktarı ne olursa olsun şarap içmek ve herhangi bir sebepten sarhoş olup bir şey yapamaz hale gelmek. Hadd cezasının buna tatbîki, yapılan fiilin irâdî olması şartına bağlanmıştır. Bu sebeple daha başka bir delil olmaksızın sarhoş ve bir şey yapamaz bir halde bulunan bir şahsa hadd cezası uygulanamaz. Bu konuda verilecek ceza, 80 (köle için 40) değnektir.

d) *Hırsızlık* (sirkat, serika). "Hırsızlık, köle dahil herhangi bir mükellefin gizlice en az on dirhem değerinde ve *hırz* altında olan bir şeyi mülk veya mülk şüphesi olmaksızın almasıdır". *Hırz*, bir şeyi ya uygun bir şekilde emin bir yerde muhafaza etmek (saklamak) veya koruyucunun hazır bulunması demektir. *Mülk* veya *mülk şüphesi* şartı,
180 mülkiyet altında bulunmaması mümkün olan mal sınıflarına ait şeyleri hırsızlık tarifinin dışında bırakır. Bu sebeple ağaç, ot, balık ve kuş gibi sahibi olmayıp İslâm diyarında bulunan şeylerin iktisap edildiği açıkça belli değilse, bunları almak hırsızlık sayılmaz. Meselâ, böyle bir ağacı kapı haline getirmek hırsızlık olmaz. Toplanmamış meyveler ve et gibi kolayca bozulabilen şeyler de bunlara dahildir. Aynı şart, hür insan ve aynı zamanda şarap ve müzik âletleri gibi mülkiyet konusu olamıyan şeyleri de tarif dışı bırakır. Kutsallığı dolayısıyla *Kur'ân* nüshaları ve aynı zamanda dinî kitaplar gibi ticârî olmayan şeyler de hırsızlık konusuna girmez. Nihayet aynı şart sanığın ortak olduğu şeyleri –ki buna kamu malı dahildir– veya bir hakkın bedelini de içine alan ve sanığın üzerinde hak iddia edebileceği şeyleri de hırsızlığın tanımı dışında bırakır. *Gizlilik* şartı ise, açıkça yapılan soygun (nehb) ve habersiz olarak bir şeyi aşırma (ihtilâs)'yı hırsızlık olmaktan çıkarır. *Muhafaza* (hırz) şartı, yakın akrabadan

* Bugünkü hukukumuzda zinâ, evli bir şahsın eşinden başkası ile cinsî münasebetlerde bulunması şeklinde tanımlanır. İslâm hukukunda ise, şer'î bir akit bulunmaksızın yapılan haram bir cinsî münasebettir.

(mahrem), sanığın girmesine izin verilen bir evden bir şeyin çalınmasını ve hiyâneti hırsızlık konusu olmaktan çıkarır. *Alma* şartı, çalınan şeyin hırz altından alınmış olması gerektiğini ifade eder. Bu sebeple hırz altında, meselâ, evin içerisinde bir malı çalarken suçüstü yakalanan bir hırsız, bazılarına göre hadd cezasına tâbi tutulmaz; (hattâ hırsız hırz altında iken aldığı malı dışarıdaki suç ortağına verirse yine hadd cezası gerekmez). Hırsızların sayısı birden fazla ise hadd cezası, ancak malın değeri hırsızların sayısına göre bölününce en az on dirheme eşit olduğu takdirde ortaya çıkar. Hırsızlıktan dolayı verilecek cezâ, sağ eli, ikinci bir hırsızlık halinde sol ayağı kesmekten ibarettir. Bundan sonraki hırsızlıklarda ve aynı zamanda hırsızın diğer eli veya diğer ayağı tam olarak kullanılabilecek durumda değilse, tevbe edinceye kadar sadece hapsedilir. Hadd cezası, mâlî sorumluluğu ortadan kaldırır. Ancak çalınan şey, halâ elde mevcutsa, sahibine geri verilir.

Hırsızlık dolayısıyla hadd cezasının uygulanamadığı durumların büyük bir kısmı ta'zîrle cezalandırılmayıp *gasp* hakkındaki hükümlere tâbi olur.

e) *Yol kesme* (kat'u't-tarîk). Bu suç, bir taraftan hırsızlığa, öte yandan katle bağlı sayılır; fakat yakalanmadan önce bizzat tevbe hali hariç, onlara dahil olur. Verilen cezalar, olayların durumuna
181 göre değişiklik gösterir. Yağma yapılmış ve bundan elde edilen malın değeri yağmacıların sayısına bölündüğünde hırsızlık dolayısıyla hadd cezasının tatbikini gerektiren asgarî miktara eşitse, sağ el ve sol ayak kesilir. Öldürme vuku bulmuşsa, yol kesen kısas olarak değil, hadd cezası olarak kılıçla idam edilir. Hem yağma hem de katil suçu işlenmişse, asılarak idam edilir. Bu cezalar, fiilleri ne olursa olsun, bütün suç ortaklarına uygulanır. Öte yandan bunlardan biri, meselâ, küçük olduğu için hadd cezasından muafsa, yol kesmeden dolayı verilecek hadd cezası hepsinden düşer; gerçi her biri cezaî bakımdan kendi fiillerinden mesul olarak kalır.

3. CİNAYETLER (ADAM ÖLDÜRME, YARALAMA VE MALA ZARAR VERME)

Ceza dereceleri katil konusunda teferruatlı olarak geliştirilmiştir. Bir yandan suçluluk dereceleri, öte yandan hukukî müeyyide dereceleri bulunmaktadır ki, burada *kısas* (kaved), *keffâret* ve suçlunun ya kendisi, ya da âkilesi tarafından ödenen *diyet* arasında bir ayırım yapılır. İslâm hukuku şu hususları ayrı ayrı ele alır:

a) *Amd, kasd.* Bu, öldürücü bir âletin kullanılması demektir ve keffâret değil, kısası gerektirir. Maktulün velisi, yani kısas talep etme hakkı olan yakın akrabası (veliyyu'd-dem), ya hiçbir karşılık beklemeksizin (buna *afv* denir) veya diyet karşılığı, fazlası veya daha aşağısına suçlu ile sulh yapmakla kısastan vazgeçebilir ve bu takdirde keffâret verilmesi gerekir.

b) *Kasdın aşılması* (şibhi-amd). Yani öldürücü bir âlet kullanmaksızın kasıdlı olarak işlenen bir cinayet. Bu, suçlu tarafından keffâret verilmesini ve âkilesinin ağır diyet ödemesini gerektirir.

c) *Hatâ* ve *hatâya giren haller.* Bunlar da aynı şeyi, yani keffâreti ve sadece normal diyeti gerektirir.

d) *Bir sebep dolayısıyla öldürme* (katl bi-sebeb). Bu, doğrudan doğruya adamı öldürmenin karşıtı olup, keffâret değil, âkilenin normal diyet ödemesini gerektirir. "a" dan "c" ye kadar olan hallerin, suçluyu öldürdüğü şahsın mirasından mahrum bırakmak gibi başka bir neticesi de vardır.

Bu şema, katli ele alır. Konu yaralama ise, "b" durumu "a"
182 durumu ile birleşir. Fakat kısas, ancak yaralamanın bir kaç çeşidinde ortaya çıkar (bak. aşağıya). Diğer hallerde normal diyet veya onun yüzde belli bir nispetinin ödenmesi gerekir. Bu ödeme de, "a" ve "b" hallerinde suçlunun kendisi tarafından, "c" ve "d" hallerinde ise âkilesi tarafından yapılır. Mala zarar verme, bütün durumlarda suçlunun sorumluluğunu gerektirir.

Amden adam öldürmenin bir kaç hali vardır ki, kısas değil, suçlunun ağır diyet ödemesini gerektirir: Asıl, kendi fer'ini öldürürse ve efendi kendi kölesini[109] veya fer'inin kölesini öldürürse durum böyledir. Birden fazla suçlu olup, bunlardan biri bu veya herhangi bir sebeple kısastan muaf ise, diğerleri de muaf olur; fakat ağır diyet ödemeleri gerekir. Ayrıca, bir deli veya bir çocuğu, nefsini müdafaa amacıyla kasden öldüren kimse tarafından ağır diyet ödenmesi icabeder. Bu özel durumda nefsi müdafaa söz konusu olamaz; çünkü deli ve küçük, mükellef olmayıp fiillerinden dolayı sorumlu değildir. Onlar, aynı zamanda amden bir iş işleyemezler ve onların adam öldürmesi hatâdan başka bir şey değildir. Ancak şu özel şartla ki âkilelelerinin onlar için keffâret vermesi gerekir ve (öldürdükleri kimselerin) mirasından da mahrum edilmezler.

Kasıtla kasıdın aşılması arasındaki ayırıma gelince, bu husus hangi âletlerin öldürücü olduğu, hangi âletlerin öldürücü olmadığı ve han-

109. Bu özel durumda diyet ödenmesi de gerekmez.

gi adam öldürme usûllerinin şu veya bu sınıfa sokulacağı uzun uzadıya fıkıh mantığı ile ele alınmıştır. Yakarak öldürmek *amd*, dayak atarak öldürmek *şibh-i amd*'tir. Suda boğarak ve gırtlağını sıkarak öldürmek ise münakaşalıdır.

Hatâ halinde bunun, meselâ, hayvan zannederek bir insanı öldürme gibi kasıtta mı yoksa, meselâ, bir hedefe atış yaparak kazârâ bir adamı vurma gibi fiilde mi bulunduğu veya bir şahsın uykusunda dönerek başkasının nefes almasını engelleyip öldürmesi gibi fiilin hatâ sayılıp sayılamıyacağı konuları ayrı ayrı ele alınır. *İhmal* kavramı İslâm hukukunda bilinmemektedir.

Dolaylı olarak ölüme sebep olma (tesbîb), ancak söz konusu fiil, muteber olmadığı takdirde bir sorumluluk yaratır. Bir kimse bir kuyu kazar da içerisine bir başkası düşerse, kuyuyu kazan kimse onu kendi mülkü veya sahibinin rızâsı ile başkasının mülkü, yahut da imamın izni ile kamu mülkü üzerinde kazdığı takdirde sorumlu değildir. Muteber fiillerin sahası çok geniştir. Bir kimse, bitişiğinde
183 mülkü bulunup, dolayısıyla müşterek sahibi olduğu çıkmaz bir sokakta abdest alır ve bir başkası dökülen bu suda kayarsa veya imamın izni olmaksızın kamu mülkü üzerinde bir köprü yapar ve başka biri ondan düşerse, hiç bir sorumluluk doğmaz. Bir duvar,çökme tehlikesi ile karşı karşıya ise duvar sahibi, ancak bitişik mülk sahibi duvarın yıkılmasını istedikten sonra sorumlu duruma düşer. Hayvanların fiillerinden doğan sorumluluğa gelince, hayvan sahibi hayvanın bazı, hattâ bir çok fiillerinden doğan zararlardan sorumludur. Hareketinin meşrû olup olmadığına bakmaksızın hayvanı kışkırtan veya dürtükleyen kimse de aynı derecede sorumludur. Öte yandan bir eşek sahibi, eşeğini kiraya verir ve sahibinin hiçbir kötü niyeti olmaksızın kiralayan kimse eşekten düşüp ölürse, akde bağlı sorumluluk her hâlukârda ortadan kalkar ve *cinaî* bir sorumluluk da doğurmaz. Bununla birlikte (refakatçisi olmayan) binici, kendisinin sebep olduğu hayvanın fiillerinin dolaylı değil, doğrudan doğruya sebebi sayılır. Bunun için onun *keffâret* vermesi gerekebilir ve o, ölümüne sebep olduğu kimsenin mirasından da mahrum kalabilir.

Bazan dolaylı olarak sebeb olunan bir zarardan kimin sorumlu olduğu meselesi ortaya çıkar. İnşaat halindeki bir binâdan bir taş düşerse, umûmiyetle bina tamamlanıp teslim edilinceye kadar işçiler, daha sonra da binâ sahibi sorumludur. İşçiler, yaptıkları işin mahiyetinin muteber olmadığını açıkça bilmiyorlarsa, meselâ, kendi malı olmadığı halde işverenin kendi malı olarak gösterdiği mülk üzerinde

kuyu kazarlarsa, bu gayrı muteber fiillerinden sorumlu olmazlar. Bir kimse, dükkanının önündeki umumî yol üzerine su serpmek için işçi tutsa, bu işçi katı kıyasa göre sorumlu olur; çünkü umumî yolun özel bir mülk olmadığını bilir; fakat burada işverenin mesul olduğuna da istihsan ile hükmedilmiştir. İzinsiz yapılan bir binâ v.b. nin sebep olduğu zarardan doğan sorumluluk, onun satışı ile ortadan kalkmaz; fakat özel mülk üzerindeki bir duvarın çökmesinin sebep olduğu zarardan doğan sorumluluk, satıcıya onu yıkması söylenmiş olsa bile, ortadan kalkar[110]. Bazan ilk sorumlu tarafa rucû hakkı tanınır. Bir kimse, sahibinin haberi olmadan bir hayvanı diğer bir
184 hayvanın ipine bağlarsa birinci hayvanın sahibi mesul olur; fakat hayvanı sonradan bağlayan şahsa rucû hakkı vardır. Bir kimse küçüğe birisini öldürmesini emrederse, küçüğün âkilesi sorumlu olur; fakat emri veren şahsa rucû edebilir.

Himaye edilmeyen, kanı *heder* olan (ma'sum olmayan) bir şahsa karşı işlenmiş fiillerden hiçbir sorumluluk doğmaz. Bu kimse, her şeyden önce *harbî* olan bir kimsedir; bundan başka o, nefis müdafaası sırasında öldürülen veya yaralanan bir kimsedir (yukarıda s. 182'de sözü edilen durum bunun dışında kalır). Nefis müdafaasının sınırları fıkıh mantığı ile tayin edilir. Sadece tehlikeli bir saldırı durumunda (meselâ, şehir dışında veya geceleyin değnekle yapılan bir saldırının aksine, gündüzün şehir içinde yapılan böyle bir saldırı halinde değil), aynı zamanda geceleyin hücum ederek mani olunabilecek bir hırsızlık halinde ve su almak engellenirse, zarûret söz konusu olduğu takdirde, zorla su alma durumunda genel olarak nefis müdafaası muteber sayılır. Ayrıca ölüm cezasını infazdan veya hadd ve ta'zîr cezalarının sebep olduğu ölümden dolayı şüphesiz bir sorumluluk yoktur. Yine bir kimse, karısını veya mahremi olan bir kadını zinâ halinde yakalayıp, onu veya zinâ ettiği kişiyi, yahut da her ikisini birden öldürse, nihayet intihar ve daha başka bazı durumlarda da sorumluluk yoktur.

Kâtil, meçhulse eski *kasâme*, yani bir suçun işlenmediğini yeminle ispat usûlü uygulanır. Herhangi bir şahsın cesedi, öldürüldüğü açıkça belli bir şekilde görülürse, o mahallenin sakinlerinden, ev sahibi (ve âkilesi)'nden, içinde ölü bulunan geminin yolcu ve tayfalarından onu öldürmedikleri ve öldüreni de bilmedikleri hususunda elli kişinin yemin etmesi gerekir. Eğer onların sayısı elliden azsa birden fazla yemin etmeleri icabeder. Yemin etmeyi reddederlerse, yemin edinceye kadar hapsedilirler. Böylece onlar kısastan kurtulurlar; fakat *âkile*

110. Bak., s. 204.

gibi diyet ödemeleri gerekir. Maktulün cesedi ulu camide bulunursa, onun diyetini *Beytu'l-Mâl* öder. Cesed açık bir arazîde bulunursa kan bedeli gerekmez (hedr veya heder, semantik anlamda bundan biraz farklıdır).

Velî (veliyyu'd-dem)'nin katilden dolayı davâ açmaya (kasâme halinde talepte bulunmaya, yemin edebilecek durumdaki şahısların sayısı elliden fazla ise yemin edecek elli kişiyi göstermeye) hakkı vardır. Miras hukukuna göre velî, yakın akraba (asabenin en yakını) veya duruma göre bir kaç kişidir. Velî, kısasın icrasında hazır bulu-
185 nur; karşılıksız veya sulhla kısastan vazgeçebilir ve diyet alır veya diyetten de vazgeçebilir. Yaralı bir kimse, tatbiki mümkünse, kısas talep edebilir veya diyetin kendisine ödenmesini isteyebilir.

Kan davalarının büyük ölçüde azaltılması şerefi Hz. Muhammed'e aittir. Bedevî Arapların düşüncesine göre, kâtilin kabîlesinden herhangi bir kimse, hattâ birden fazla kişi öldürülebilirdi. İslâm dini ise sadece kâtilin kendisinin (veya aynı suçu işleyen bir kaç kâtilin) öldürülmesine müsaade eder. Bu da, ancak kâtil tam anlamıyla sorumlu ise ve açık bir şekilde kasden bu fiili işlemişse mümkündür. Ayrıca İslâm hukuku, kısastan vazgeçmeyi de tavsiye etmektedir. Kısas kılıçla uygulanır. Yaralamadan dolayı kısas, bir elin, bir ayağın, bir dişin v.b. gibi kesin olarak eşitliğin sağlanabileceği hallerle sınırlıdır. Kasden suç işleyen bir kimse, iki kişinin aynı eli kaybetmelerine sebep olmuşsa, buna karşılık onun sadece bu ele tekâbül eden eli kesilir ve diğer eli için diyetin uygun bir nispeti ödenir. Bir gözün kaybından dolayı kısas, ancak gözün görme gücü tahrip edilmişse gerekir. (Bu durumda suçluya aynı şey, kızarmış mil ile yapılır). Gözünü vurup çıkarmışsa, kısas gerekmez. Aynı şekilde kemiği gözüken baştaki bir yara için de kısas gerekir.

Kısas, kasden adam öldürmenin tam olarak tamiri sayılır. Kısas gerekmezse veya mümkün olmazsa, hem *keffâret* verilmesi hem de *diyet* ödenmesi icabeder. (Bak., yukarıya). Fakat günah işlenmediği (yani birine zarar vermek amaçlanmadan ölüme sebep olunduğu) takdirde keffâret ortadan kalkar[111]. Keffâret, müslüman bir köle âzadından veya suçlunun buna gücü yetmiyorsa ardarda iki ay oruç tutmasından ibarettir. Ağır diyet belli vasıflarda iyi cins 100 deve; nor-

111. *Amd* ile *şibh-i amd* arasında bir fark gözetmeyen Mâlikîlere göre, kısas gerekmeyen veya mümkün olmayan kasden her adam öldürme olayı *ukûbet* denilen bir cezâ ile cezalandırılır. Ukûbet yüz değnek ve bir yıllık hapisten ibarettir. Bu cezâ, sistematik bakımından ayrı olarak kabul edilmiş olup, ne hadd ne de ta'zîr cezası yerine geçer.

mal diyet ise, daha az değerde 100 deve veya 1000 dinar, yahut da 10.000 dirhemdir. Kadının diyeti erkeğinkinin yarısı kadardır. Tam diyetin sadece adam öldürme için değil, ağır bir şekilde yaralama halinde, özellikle dil gibi tek olan uzuvların kaybı (aynı zamanda sakalın ve baştaki saçın kesilmesi) için ödenmesi gerekir. Çift olan uzuvların kaybından dolayı ise yarım diyet, bir el veya ayak parmağı için on-
186 da-bir, bir diş için yirmide-bir diyet ödenmesi icabeder. Diğer yaralar için ayrıntılı bir liste vardır. Yaralar için verilen bu cezaya *erş* adı verilir. Diyet nispeti tayin edilmemişse, *hükûmet* adı verilen bir diyetin ödenmesi gerekir. Bu ceza, söz konusu yaranın ,kölenin değerini düşüreceği miktara göre takdir edilir ve buna uygun diyet nispetinin ödenmesi gerekir. Özel bir durum da, gebe bir kadını döverek çocuğunu düşürmesine sebep olmaktır. Bunun için 500 dirhem miktarında *gurre* ödenmesi gerekir. Gurre'nin ölü çocuğa ait olduğu kabul edilir ve bu itibarla o, çocuğun mirasçılarına kalır. Babanın rızâsı olmadan çocuğu düşürme de aynı hükme tâbidir. Bu durumda kadının âkilesinin gurre ödemesi icabeder.

Bir çok durumlarda diyet ödemesi gereken suçlunun kendisi değil, âkilesidir. Ödeme, üç yıllık taksitle yapılır. Ancak âkilenin her üyesinin toplu olarak üç veya dört dirhemden daha fazla ödememesi gerekir. Diyetin tutarı yirmide-birden azsa âkilenin değil, suçlunun kendisinin ödemesi zorunludur. *Akile*, İslâm ordusunun üyeleri olarak, suçlunun kendilerine mensup olması şartıyla, isimleri *dîvan*'da kayıtlı olan ve ücret alan kimselerden veya kabilenin erkek üyelerinden (sayıları yeterli değilse akraba kabîleler buna dahil edilir), ya da kendi sanatında çalışan iş arkadaşları veya kayıtlı olduğu meslekî teşekküllerden ibarettir. Hem azadlı köle hem de müslüman olmuş anlamındaki *mevlâ*'nın âkilesi, efendisi ve efendisinin âkilesidir. Bu müessesenin kökleri, Bedevîlerin İslâm öncesi örfî hukuklarında yer almaktadır. Bu hukuka göre suçlu, kabîlesi tarafından kısastan *fidye* karşılığında kurtarılabilirdi. Meslekî teşekküllerin ve *velâ*'nın söz konusu edilmesinden de onun eski Araplarda bulunduğu anlaşılmaktadır. Âkile kavramı, kabîle münasebetinin yerini alan *dîvan*'ın ihdas edilmesi ile İslamlaştırılmıştır. Ancak sanat dalında çalışan işçilerin ortaya çıkması ile âkilenin şehir şartlarına intibakı yetersiz kalmış ve bütün müessese erken bir tarihte işlemez hale gelmiştir.

Bir kölenin cinayetlerinden doğan sorumluluk, apayrı bir konu teşkil eder. Bu sorumluluk, hayvanın fiillerinden doğan sorumluluğa benzer; şu şartla ki, köle sahibi, kölenin değerinden daha fazlası için

sorumlu değildir. Bu, medenî hukukun bir kaidesi olarak ortaya çıkmaktadır. Köle, yaralamaya sebep olmaktan dolayı değil, ancak kas-
187 den adam öldürmekten dolayı kısasa tâbi tutulur. Diğer *amd* durumlarında köle, mal gibi davâcıya teslim edilir. Ancak *ummu'l-veled*, *müdebber* veya *mükâteb* niteliklerini taşıyorsa, yahut da efendisi, cinayet işlediğini bilmeden, köleyi başkasına devretmişse böyle bir şey mümkün değildir. Bu takdirde *erş* veya kölenin değerinden hangisi az ise onun ödenmesi gereklidir. Hatâ söz konusu ise, efendisi isterse köleyi teslim eder, isterse *erş* veya değerinden az olanını öder. Buna karşılık köle için verilecek diyet, onun değeri kadardır; bu, hür bir şahsın diyetinden fazla olamaz; ancak böyle bir durumda sembolik olarak on dirhemlik bir indirim yapılır.

4. Kamu yönetimini (siyâseti) ilgilendiren bazı sebeplerle özel, yani zecrî ve cezâî tedbirler alınabilir. Meselâ, yakışıklı bir gencin sürgün edilmesi (nefy) veya hapsi, yahut da bir şehirde kurbanlarını boğarak öldüren suçluların idamı bu türlü tedbirlerdendir. Âsîler (bâgîler), yani imama (devlet başkanına) itaatı reddeden müslümanlara karşı ancak onları itaat ettirmek için savaşılır. Bunlar özel bir cezaî müeyyideye tâbi değildirler. Bunlara karşı imkân nispetinde merhametle savaşılması gerekir ve bunların mallarına el uzatılmaz. Bununla birlikte İslâmdan dönen erkek şahıs öldürülür. Ona İslâma dönmesinin teklif edilmesi ve üç gün mühlet verilmesi tavsiye edilir. *İrtidâd* eden kadın ise hapsedilir ve İslâma dönünceye kadar her üç günde bir dövülür. (İrtidâd eden kadın köle, efendisi tarafından dövülür). Tamamıyla dine karşı işlenen diğer suçlar için hiçbir hukukî cezâ tespit edilmemiştir. Bunlar, öteki dünyada cezalandırılacaktır. Özellikle edâ edilmesi önemli sayılan namazın ihmali bile sadece ta'zîrle cezalandırılır; ancak onun farz olduğunun inkârı halinde durum değişir; bu, küfürdür; dolayısıyla dinden dönmedir. Yalancılık veya yalancı şahitliğin cezâsı yoktur; sadece halka ilan edilir ve bazı hallerde sebep olunan zarardan sorumluluk doğar. Bazı imamlara göre yalancı şahit, ağır bir şekilde dövülür ve hapsedilir.

5. Bu sebeple İslâmda *genel ceza hukuku kavramı* yoktur. Suç ve cezaî sorumluluk kavramları pek az gelişmiştir. Hafifletici sebepler konusu ise mevcut değildir. Teşebbüs, suç ortaklığı ve muvafakat nazariyesi de yoktur. Öte yandan şahsî intikam, hadd cezaları, ta'zîr, zecrî ve önleyici tedbirler ayırımı ile birlikte cezâ nazariyesi geniş bir fikir çeşitliliği arzeder.

25

USÛL HUKUKU

1. KADI (HÂKİM)

188 Kadı tek hâkimdir, siyâsî otorite tarafından tayin edilir; fakat bu tayinin geçerliliği otoritenin meşrû oluşu hususuna bağlı değildir. Bu, İslâm hukukunun belirgin özelliklerinden biridir. Kadıda aranan nitelikler hakkında bak., s. 125. Kadın, nazariyede kadı olarak tayin edilebilir. (Fakat bak., bend 7). Rüşvetle elde edilen kadılık tayini geçersizdir. Kadılık görevinden maîşetini kazanmak, böyle bir şey şart koşulmadıkça caizdir; çünkü şart koşulduğu takdirde bu, muteber olmayan bir hizmet akdi olur. Nazarî olarak mahkeme harçları bilinmemektedir. Kadı kendi kazaî bölgesinde yetki sahibidir (bu kazâ ve yetkiye *vilâyet* adı verilir). Fakat bu, yalnız gayri menkul mallar açısından sınırlıdır ve bu husus bile ihtilaflıdır. Gerçekte kadının yetkisi, bir vekil tarafından temsil edilmeyen bir şahsın gıyabında hüküm veremiyeceği kaidesi ile sınırlıdır. Kadı, kendi yakın akrabaları lehinde bir hüküm veremez. Öte yandan onun yetkisi, kazaî görevin dışına çıkar ve *gâib* (mefkûd) olan bir kimsenin malının, yetimin, buluntu bir çocuğun, hacir altında olan şahsın, buluntu malların, vakıfların ve miras olarak kalan terekenin kontrolünü içine alır. Onun tasarruf yetkisi velîninkinden, hattâ babanınkinden daha fazladır. Meselâ o, bir yetimin parasını ödünç olarak verebilir. Onun tasvibi, bu gibi alanlarda fuzûlînin tasarruflarını geçerli kılar. Bu alanlar dışında kadı, sözgelişi, karının nafaka hakkına karşılık borç almasına izin verebilir. Böyle bir izni vermemişse geçmişe ait nafaka hakları davâ konusu edilemez. Nihayet kadı, genel olarak halkın huzur ve refahından sorumludur. Meselâ, ihtikâr yapanları ellerindeki malları satmaya zorlar. Genel olarak o, "velîsi olmayanların velîsidir".

189 Kadının yardımcılarından en önemlisi, kâtiptir. Hüküm, iki nüsha halinde yazılır (buna *sicil* veya *mahzar* denir). Bu nüshalardan biri mahkeme kütüğünde (dîvan) muhafaza edilir. Ayrıca tercüman, özellikle malların idaresine bakan kadı emini, miras bölücüsü (kâsim), şahitler ve bilirkişiler bulunur. Bunların hepsinin de âdil olmaları gerekir.

İslâmda usûl hukukunun esası, görevi belirli bir şekilde hareket etmek, meselâ, her iki tarafa da eşit şekilde davranmak, ifâdesini tahrif etmemek, şahitlere cevap telkininde bulunmamak gibi hususlar olan *kadı* için düzenlenmiş talimattan ibarettir. Fakat bunun yanında kadının verdiği hükmün geçerliliği de tanınmıştır. Bu iki cihet, yani görev ve geçerlilik ciheti birbirinden ayrılabilir. Kadının, fâsık'ın şehadetini kabul etmemesi gerekir; fakat kabul ederse, buna dayanarak verdiği hüküm yine de muteber olur. Kadının görevi, âdil hüküm vermektir. Bu, *Kur'ân*'da emredilen bir görevdir; fakat âdil olmayan bir hükmü düzeltmek diye bir şey yoktur; çünkü İslâm hukuku *temyiz* mercilerini kabul etmez. Sadece *Mezâlim Mahkemesi*, bir bakıma temyiz mahkemesi sayılabilir. Bu merciin bulunmaması, kadının yerine tayin edilen bir başka kadının kontrolü ile bir ölçüde telâfî edilmiştir. Sicilleri ve hapishaneyi teslim alınca iki kadı eminini, özelllikle mahpusların âdil bir şekilde mi, yani ikrar, itiraf veya hukukî bir delilden dolayı mı hapsedildiklerini kontrole memur eder. Durum hukuka uygun değilse, mahpusun adını, ona karşı herhangi bir hak iddiasında bulunulabilmesi için ilan eder, luzum görürse kefâlet ister ve daha sonra da onu salıverir.

Kadıya başvurmak yerine bir *hakem* tayin etmek de mümkündür. Ancak kadı olma niteliğine sahip bir kimse hakem olabilir. Onun, İslâm hukukunu tatbik etmesi zorunludur. Onun hükmü, normal bir kadı tarafından, mensup bulunduğu mezhebin fıkhına uygun olmadığı takdirde, geçersiz sayılabilir. Hakemin hükmü, sadece onu tayin eden tarafları bağlayıcıdır. Bu sebeple o, hata ile işlenen bir katil halinde âkilenin diyet vermesi hususunda hüküm veremez.

2. GENEL OLARAK DAVA AÇMA

(Husûmet: dava, müdda'î: davâcı, müdde'â aleyh: davalı)

Davâcı olmadan davâ açmak mümkün değildir. Fakat *savcılık* diye de bir şey yoktur. Bu husus, kamu huzurunu ilgilendiren meselelerde davâ açmak yetkisiyle sınırlanmıştır. Kezâ, nazariyede *iyiliği*
190 *emredip kötülüğü nehyetme* görevini yerine getirme hususunda toplu-

mun temsilcisi olan muhtesiblik (hisbe), amelî yönden savcılık vazifesinin yerini almıştır. Kadıya başvurmak zorunlu değildir. Mahkeme dışında *hakem* de tayin etmeden ihtilaflı konularda sulh olma imkânları mevcuttur. Bu, gayrı müslimlere tatbik edilen maddî hukukun hükümleri yanında, gerçekte onlara hukukî bir muhtariyet verir. Hiçbir taraf kadıya başvurmadıkça, kadı meseleyi gözönüne almaz.

Hükme bağlanması gereken ilk mesele, davânın sahih olup olmadığı ve özellikle davâlının aleyhinde bir davâ açılıp açılamayacağı (hasım olup olmadığı -ki bu genel olarak taraflar hakkında da kullanılan bir tabirdir-) hususudur. Durum böyle ise davâ açılır. Kadı, davâlıyı davâ konusu olan şey hakkında sorguya çeker. İkrar ederse karar verir. İnkar ederse, kadı, davâcıdan delil getirmesini ister. Delil getiremez veya şahitleri hazır bulunmazsa, kadı, davâcının talep etmesi şartıyla, davâlının doğru veya yanlıştır şeklinde değil, sadece olaylara ilişkin olarak yemin etmesini emreder. Davâlı yemin ettiği takdirde davâ düşer. Yemin etmeyi reddederse (nükûl) davâcının lehinde hüküm verilir. (Yeminin davâlıya üç defa teklif edilmesi uygun görülür)[112]. Şahitler değil, sadece davâlı yemin eder. Normal usûle göre şahsan davâ açmak gerektiği halde, vekil tarafından temsil de mümkündür.

Bazan davâlının davâ edip edemeyeceği hususunu tayin güçtür. Menkul olmayan bir malı satın alma yetkisine sahip olan vekil aleyhinde malı müvekkile teslim etmeden önce *şuf'a* hakkı dolayısıyla davâ açılabilir. Bir malın sahibi, bu malı *emanet* olarak huzurda bulunmayan üçüncü bir şahıs için elinde tuttuğunu belirtirse, aleyhinde teslim davâsı açılamaz. Fakat huzurda bulunmayan üçüncü bir taraftan satın aldığını ifâde ederse veya davâcı davâlının bu mala *gasp* yoluyla sahip olduğunu iddia ederse, aleyhinde davâ açılabilir.

Delil getirmesi gereken davâcılarla ifâdesi yeminle teyid suretiyle
191 doğru olan, yani delil bulunmadığı takdirde lehinde karar verilen davâlılar arasında kesin bir ayırım yapılması, İslâm hukukunda davânın dinlenmesi ile ilgili bir özelliği teşkil eder. Bu sebeple tarafların doğru olarak belirtilmesi büyük önem taşır. İslâm hukukunun delil (beyyine) ile ilgili kesin hükümleri bir çok davâlarda delil ileri sürülememesine sebep olduğu için, kimin davâcı ve kimin davâlı olduğu hususunda karar verme meselesi, çoğunlukla kimin ifâdesinin doğru olduğu ve karînenin kimin lehinde işleyeceği konusuna bağlıdır.

112. Diğer fıkıh mezheplerine göre, (bazı konularda) davâcının yalnız kendisinin yemin etmesi halinde de lehinde hüküm verilir.

Bu meseleye kesin bir cevap vermek, her zaman mümkün değildir. Çoğu zaman tarafların her biri diğerine karşı davâcı olur ve bu takdirde her iki tarafın da yemin etmesi gerekir (bu usûle *tahâlüf* adı verilir).

3. KARİNELER

Genel esas şudur: *Karîne*, iddia edene karşı inkâr eden (davâcıya karşı davâlı) lehinde işler. *İcâre* akdinde menfaatle ilgili bir davâda kiracı lehinde, kiralama ile ilgili bir davâda kiraya veren lehinde karîne rol oynar. Buna benzer basit durumlar çoktur. Fakat bütünü ile ele alındığında söz konusu mezhep imamları arasında büyük fikir ayrılıklarına yol açarak oldukça girift bir konu meydana getiren karmaşık örneklerin sayısı daha da çoktur. Aşağıdaki örneklerden amaç, bunlarla ilgili bazı hususları ortaya koymaktır. Her şeyden önce objektif ihtimaliyet hususu gözönüne alınır. Ev eşyasının kime ait olduğu konusundaki bir davâda, karîne, kadınların kullanması için yapılmış maddelelerle ilgili olarak karı lehinde, erkeklerin kullanması için yapılmış olan şeylerde de koca lehinde işler. A, B'yi bin (dinara) bir köle satın almaya memur eder ve parayı ona teslim eder; B'nin satın aldığı köle de bin dinar değerindedir; fakat A, B'nin sadece 500 dinar ödediğini iddia eder. Bu durumda karîne, B lehinde değerlendirilir. Fakat A, henüz parayı teslim etmemişse ve köle de gerçekten sadece 500 dinar değerinde ise, karîne, A'nın lehinde olur. Mehirle ilgili bir davâda kocanın söylediği meblağ, mehr-i misl'e eşit veya fazla ise, karîne koca lehinde; karının zikrettiği meblağ mehr-i misl'e eşit veya az ise, karı lehinde işler. Bu durumlardan hiçbiri vârid değilse, her iki tarafa da yemin teklif edilir; her iki taraf da yemin ederse, mehr-i misl ile hükmedilir. Şartlar da gözönüne alınır. Eğer bir küçük çocuk bir müslümanla bir zimmînin zilyedinde ise (bak., s. 136) ve müslüman onun kendi müslüman kölesi olduğunu, zimmî de oğlu
192 olduğunu iddia ederse, zimmî lehinde karar verilir. Hür olmak küçüğün lehinedir ve küçük her an müslüman olabilir. Daha teknik hukukî bir muhâkeme ile diyebiliriz ki ifâdenin kendisi, niyetin bir ilanı sayılır. Meselâ, *şuf'a* ile ilgili bir davada satıcı satın alandan daha az bir fiyat zikreder; henüz ödeme yapılmamışsa satıcının sözü sahih olur; çünkü bu *ibrâ* olarak yorumlanabilir. Fakat ödeme yapılmışsa alıcının sözü geçerlidir; çünkü satıcı ilgili bir taraf sayılmaz. Aynı şekilde koca, karısına bir şey gönderir, karısı bunu bir hediye sayar, kocası ise mehrin yerine ödedim derse, karîne kocanın lehinde ortaya çıkar; çünkü malı veren odur. Mevcut durumu kesin sayma ilkesinin

tamamıyla şeklî bir mahiyeti vardır. Kiralanan bir değirmenin suyu kesilirse ve kiracı bunun kiraladığı günden itibaren böyle olduğunu, kiraya veren de sonradan vuku bulduğunu iddia ederse, dava anında suyun akıp akmadığına göre kiraya verenin veya kiracının ifâdesi muteber olur. Aynı zamanda bu ilkeye karşıt olan mümkün olduğu kadar az bir zaman önceki durumun kabulü esası da mevcuttur. Bu iki esas birbiri ile çatışabilir. Meselâ, bir hristiyan ölür, karısı müslümandır; fakat kocasının ölümünden sonra, daha önce onun müslüman olduğunu söyler. Bu durumda mirasa hak kazandığını iddia eder; fakat diğer mirasçılar buna karşı çıkarlar. Birinci esasa göre karîne, mirasçıların lehinde olup, yaygın görüş de budur. İkinci esasa göre ise karîne karının lehindedir; fakat objektiflik bakımından bu muhtemel olmakla birlikte, sadece küçük bir azınlığın görüşüdür. Bir beyanın sadece kısmen geçerli olduğu haller de mevcuttur. *Mümeyyiz* bir küçük, bir adamın elinde bulunuyor ve bu küçük başkasının kölesi olduğunu iddia ediyorsa, birincinin kölesi sayılır.

4. BEYYİNE (DELİL)

Delilin en önemli çeşidi, şahitlerin şehadetidir. Bu sebeple *beyyine* sözü bazan *şahitler* sözüyle eşanlamlı olarak kullanılır. *İkrar*, davâ sırasında yapılırsa, katı bir ifade ile, *beyyine* teşkil etmez. Nazarî olarak şahitlerin şehâdetinden daha zayıftır. Borç doğurmanın en kesin ve itiraz kabul etmez vâsıtası olarak yürürlük kazanması için şahit-
193 lerin şehadeti ile ispat edilmesi gerekir. *Emâre*, beyyine olarak kabul edilmez. (Yalnız *kasâme* konusu sistematik olarak beyyineye dahil değildir). Fakat kadı'nın bilgisi, vereceği hüküm için muteber bir esas teşkil eder. Yazılı belgeler (sakk, vesîka), nazariyede gözönüne alınmaz. Buna karşılık kadı, yazılı kayıtlar (siciller) tutabilir. Bir belgede yazı ile tespiti gerektiren hukukî işler yoktur*. Bazı konularda yazılı belgelerin düzenlenmesini emreden *Kur'ân*'ın açık hükmü (sûre II. 282; kar., sûre XXIV. 33) bir tavsiye olarak yorumlanır. Yazılı belgeler sadece hâfızaya yardımcı olur. Onların muhtevâları ancak şahitlerin şehadeti ile tasdik edilirse beyyine teşkil eder. Yazılı bir ifade, sadece bir beyan olarak kabul edilir. Nazariye budur. İslâm hukukunun tatbîkatında yazılı belgelerin oynadığı rol için bak., s. 82 vd.

Herhangi bir davada âdil olan iki erkek veya bir erkekle iki kadın şahit gerekir[113]. Şahitlerin daha fazla olması şehadete daha çok

* Yani yazılı belgelere pek önem verilmez; daha çok sözlü şahâdete itibar edilir. (Çev.)

113. Öteki fıkıh mezhepleri, mülkiyet ve borçlarla ilgili davâlarda davâcının yemini ile birlikte bir erkeğin şehadetini kabul eder.

değer kazandırmaz. (Ceza usûlü hakkındaki özel hükümler için bak., bend 7). Davâ dışında daha hafif taleplerde bulunulur ve tamamıyla ehil olmayan bir şahidin şehadetine kadar inilir. Sözgelişi, köle bir malı teslim eder ve efendisinin hibesi olduğunu beyan ederse, bu malı almak meşrûdur. Veya bir küçük bir malı satın alma iznine sahip olduğunu söylerse, bu malı ona satmak caizdir. Davâ halinde bile sadece iki kadının doğum, bekâret v.b. gibi özel bilgi sahibi oldukları meselelerde şehadetleri geçerli olarak kabul edilir. Şahitlerin gerçekten âdil olup olmadıklarının araştırılması icabeder. Kumar oynama veya peştemalsız hamama girme gibi uygunsuz ve küçük düşürücü fiiller, âdil olma vasfını ortadan kaldırmaz; fakat kadı'nın bu gibi şahısların şehadetini reddetmesine sebep olabilir. (Körler de aynı hükme tâbidir). Bununla ilgili zaman, olaya tanık olma anı değil, şehâdette bulunma anıdır. Bir şahsın şehadette bulunmaya yetkisi olmadığını ispat etmek için ona "fâsık" dır demek yeterli değildir; ayrıntılarının bildirilmesi de gerekir. Yahut da lehinde şahitlik yapacağı tarafın onun âdil olmadığını bizzat ikrar etmiş bulunduğu,
194 ya da kiralık şahit olduğu ispat edilmelidir. Aynı şekilde lehinde şahitlik yapacağı tarafın yakın akrabaları ve aleyhinde şehadette bulunulacak olan tarafın şahsî düşmanları da şehadette bulunamazlar. Şahit, âilevî hususlar veya ölüm gibi meseleler dışında ancak bizzat gördüğü şeye şehadet edebilir. Her iki şahidin de şehadetinin aynı olması icabeder. Bazı belli konularda sadece ufak tefek farklara göz yumulur. Meselâ, birisi 1000 dinara, diğeri 1100 dinara şehadet ederse, ifâde ayrılığına önem verilmez. Ancak iki şahit A'nın B'yi Mekke'de ve falan günde öldürdüğüne, başka iki şahidin de onu Kûfe'de aynı günde öldürdüğüne şehâdet ederse, her iki şehâdet de geçersiz olur. Zimmîlerin kendilerini ilgilendiren meselelerde şehadetleri kabul edilir.

Davâlı hazır değilse, kadı, davalının bulunduğu bölgenin kadısına beyyinenin bir suretini gönderebilir. Fakat sadece belgenin sıhhatına değil, aynı zamanda muhtevâsına da tanıklık edebilecek şahitlerin birlikte gönderilmesi de gerekir. Asıl şahitler bulunmazlar veya bulunamıyacaklarsa, dolaylı şehadet, yani onların şehadeti hakkındaki şehadet (şehâde alâ şehâde), sunulabilir. İki şahidin asıl şahitlerden her birinin ifadeleri hakkında tanıklık etmeleri gerekir. Fakat sonraki şahitler, öncekilerle aynı duruma sahiptirler; dolayısıyla bu ikisi birlikte yeterlidir.

Şehadet hakkındaki teknik hükümlerin bazan şaşırtıcı sonuçları olur. Meselâ, bir kölenin satın alınmasında satıcının fiyat hakkındaki

beyanı hiç hesaba katılmaz ve *şuf'a* davasında ise fiyat ödenmişse bu beyan gözönüne alınmaz; çünkü o, artık bir yabancıdır; ilgili bir tarafı teşkil etmez ve şahit olarak da yeterli değildir. Geçerli beyyine, gerçekte normal olarak, ancak muamele muteber şahitler huzurunda sonuçlandırılmışsa sağlanabilir. Bu, ücretli şahitler (udûl) veya "kâtib-i adiller" (noterlik) müessesesinin ortaya çıkışında hareket noktasını teşkil eder.

Beyyine ileri sürülmüşse, bu, ancak beyyineyi ortaya koyan tarafın beyanlarına mutlak surette aykırı olmadıkça kabul edilir. Tarafları, kendi beyanları bağlar. Bir kimse bir malı *hibe* olarak aldığını iddia eder ve daha sonra onu satın aldığı hakkında delil getirirse, bu kabul edilir; çünkü hibe eden hibeden vazgeçmiş ve alan da onu satın almaya mecbur kalmış olabilir. Onu, daha önceki bir tarihte satın
195 aldığı hususunda delil getirirse bu delil kabul edilmez; çünkü hibe iddiası, malın daha önce hibe edenin mülkü olduğunu ikrar anlamına gelir. Aynı şekilde bir kimse bir evin kendi mülkü olduğunu iddia eder ve mülkiyet hakkının, meselâ, satış akdi ile veya miras yoluyla kazanıldığına dair delil getirirse bu kabul edilir; ancak mülkiyet hakkının kazanıldığını iddia eder ve sadece *adî mülkiyet* delili getirirse böyle bir delil kabul edilmez.

5. DELİLİN TAKDİRİ VE HÜKÜM

İslâm usûl hukukunun hakikata ulaşmak için verdiği önem, bazı şeklî kuralların tatbîkatına verdiği önem kadar değildir. Kadı, şüphesiz kendi bilgisine aykırı bir hüküm veremez. Aynı şekilde diğer hususlar da olayların tespitiyle ilgilidir; fakat umumî olarak usûle bağlı şeklî kâide, sırf yerine gelsin diye çalışılır. *Mehir* davâsında her iki taraf da yemin ederse *mehr-i misl* ile hükmedilir. Bir satış akdindeki taraflar fiyatın miktarı üzerinde anlaşamazlar ve her ikisi de yemin ederse onlardan birinin isteği üzerine satış feshedilir. *Li'an*'da takip edilen usûl, karı ile kocadan her ikisi de yemin ederse benzeri bir durumu ortaya koyar.

Her iki taraf delil getirirse, bunlardan her birinin getirdiği asgarî adedi aşan şahitlerin sayısı hiçbir önem taşımaz. Şahitler hakkında tahkikat yapılması veya şehadetlerinin doğru olup olmadığının incelenmesi meselesi diye bir şey yoktur. Sadece iki ihtimal mevcuttur: İki şehadetten biri karîneler nazariyesine göre tercih edilir. Veya *tahâtur*, yani eşit şehadetlerin çatışması ortaya çıkar.

Birinci durumda takip edilen kâide şudur: Karîneden yararlanmayan tarafın delili tercih edilir. Bu, delil getirme külfeti ile ilgili genel hükümlerin bir neticesidir. Hem zilyed, hem de yabancı adî mülkiyet delili getirirse ikincisinin delili üstün görülür; çünkü delil getirme külfeti ona aittir. Fakat zilyedin delili, meselâ, satış akdi ile mülkiyetin kazanılmasının ispatı gibi daha ayrıntılı olduğu için daha büyük bir değer taşıyorsa bu delil tercih edilir. Ekseriya şaşırtıcı sonuçlar doğuran iki şehâdetten hangisinin tercih edileceğine karar vermek için ileri sürülen mütalaa da bu delillerin tarihleri ile ilgilidir.

196 *Tahâtur*, meselâ, iki taraftan her biri aynı malı ötekinden aldığını ispat ederse ortaya çıkar. Bu meselenin çözümü bir tartışma konususudur. İki taraftan her birinin bitişik olan evlerini birbirinden ayıran duvara dayanan üçten fazla kirişi varsa, bu duvarın her ikisinin ortak malı olduğuna karar verilir. Her iki taraf gayrı menkul bir malın aynı bölümünün sahibi olduklarını ispat ederse verilecek hüküm yine böyledir. Fakat taraflardan biri bu malı fiilen kontrolü altında tuttuğunu, meselâ, onu işlediğini ispat edebilirse bu şahsın delili tercih edilir. Birden fazla davâcı varsa ve bunlardan her biri diğerlerinin delillerine eşit bir delil ileri sürüyorsa, bu malın, hepsinin ortak mülkleri olduğuna karar verilir. Sözgelişi, A bir malı satın aldığını, B bu malın kendisine hibe edildiğini ve kendisinin de onu teslim aldığını, C onun kendisine babasından miras kaldığını, D de onu bir sadaka olarak teslim aldığını ispat ederse, her birine bunun dörtte-birinin verilmesine hükmedilir. Buna benzer durumlarda karşılıklı olarak yapılan bir kaç iddiadan birinin lehinde karar verilmesi yerine, iddiaların hepsi tamamıyla doğru olmayacağı için kısmen kabul edilir. Bu, İslâm usûl hukukunun ve beyyinenin şeklî niteliğini çok açık olarak göstermektedir.

Hükmün, kadı'nın mensup bulunduğu mezhebin görüşüne uygun olarak verilmesi icabeder. Kadı, mezhebinden saptığı takdirde, hükmünün geçerliliği üzerinde ihtilaf vardır. Kadı, bir kez hükmünü verince bundan geri dönemez. Bir katle tanıklık eden ayrı ayrı ikişer şahit meselesinde (bak., s. 194), bu olaya Mekke'de tanıklık edenler önce mahkemeye çıkar ve hüküm verilirse, sonra da Kûfe'de olaya tanık olanlar dinlenirse, sadece ikinci şehadet geçersizdir. Yalancı şehadete dayanan bir hüküm, en azından kazaî, hattâ bazan vicdânî (dinî) bakımdan geçerli olur. Bir kadının bir adamla evli olduğuna yalancı şehadete dayanılarak hüküm verilirse, kadının o adamla cinsî

münasebette bulunması meşrûdur. Şehadetten dönmek, o şehadete dayanan hükmü geçersiz kılmaz; fakat şahitler hükmün sebep olduğu zarardan sorumlu olurlar[114]. Neyin zarar sayılacağı, davâya göre dar bir şekilde tanımlanmıştır. Zifaftan sonra boşama buna dahil değildir. Bir başka kadı, hükmü, ancak hukuken ciddî bir hatâ yapılmışsa, yani *Kur'ân*'a, sahih hadislere veya icmâ'a aykırı ise bozabilir.

197 Kadı, görevi ile ilgili fiillerden sorumlu değildir. Kadı, alacaklılara ödeme yapmak üzere bir köleyi satsa ve bir istihkak davası sonunda kölenin bedelinin alıcıya iade edilmesi durumu ortaya çıksa ve bu para da kadı'nın elinde iken kaybolsa, alacaklılar bu zararı üzerlerine alırlar.

6. İCRÂ VE ŞAHSÎ TAKİBAT

İcrâ ve şahsî takîbat arasında kesin ayırım yapılmamıştır. İslâm hukuku, davâ açma hakkındaki ilk usûlünü halâ muhafaza etmektedir. Buna göre davâcı, davâlıyı yakalar ve kadı huzuruna çıkarır. Davâcı şahitleri olduğunu beyan ederse, kadı üç gün için davâlıdan şahsî kefâlet isteyebilir veya aynı süre içinde davâcı, davâlıyı göz altında tutup her gittiği yerde onu takip edebilir; fakat onunla birlikte evine giremez. (Bu şahsî gözetlemeye *mülâzeme* denir). Davâlı yan çizerse kefîli hapsedilir. Kefil de davâlının duruşmada bulunmasından emin olması için onu hapsettirebilir. Fakat davâlı müdafaaya zorlanamaz; soruları cevaplandırmayı, yemin etmeyi reddedebilir; ancak *li'an* ve *kasâme* konusunda böyle bir şey yapamaz. Burada savunmada bulunmak veya yemin etmek için hapisle tazyik edilebilir. İşkence ile itiraf ettirme yoluna daha az başvurulur.

Cinayetlerle ilgili konularda resmî bir infaz yoktur. Devlet sadece kendi idarî mercilerini ilgili tarafların emrine verir. Fakat hadd cezalarının infazı imamın bir görevidir. Kadı, ta'zîr'in infazından sorumludur ve hapishaneyi denetler.

Mülkiyet ve borçlar hukuku ile ilgili hükümler, borçlunun ödeyinceye kadar hapsi ile uygulama alanına konur. Borçlu, fakir olduğunu iddia ederse satış, ödünç verme, kefâlet gibi sadece bir bedelin ödenmesini gerektiren muamelelerden doğan bir borç dolayısıyla ve aynı zamanda *mehr-i mü'eccel* için hapsedilir. Fakat diğer borçlar için ancak alacaklı borçlunun borcunu ödeyebilecek durumda ol-

114. Yalancı şahitliğin cezası hakkında bak., s. 187.

duğunu ispatlarsa hapsedilir. Kadı, borçlunun imkân bulduğu takdirde borcunu ödeyeceği kanaatına varıncaya kadar onu hapiste tutar. Gaspettiği malın yok olduğunu iddia eden gâsıp da, kadı mal mevcut olsaydı onu teslim ederdi, kanatine varıncaya kadar hapsedilir. Bu hapis cezası, takriben iki veya üç aylık bir süre olarak tayin edilir; fakat alacaklı borçlunun borcunu ödeyebilecek durumda ol-
198 duğunu ispat ederse hapis cezası devam eder. Borçlu hasta olursa hapisten çıkarılır. İslâm hukukunda kazaî *haciz* bilinmemektedir. Eğer borçlu borcunu ödemeyemiyeceği için hapisten çıkarılırsa *müflis* olarak ilan edilir. Bu durumun onun borçlarını ortadan kaldırıp kaldırmadığı veya alacaklının, ya da alacaklıların halâ onun şahsını gözetlemek ve kazançlarından fazlasını almak suretiyle şahsî takîbata başvurup vuramıyacakları konuları ihtilaflıdır.

7. CEZÂ USULÜNDE BAZI ÖZEL HALLER

Hadd cezaları ve kısasla ilgili davâlarda kadınlar *kadı* olamazlar ve bu konularda *hakem* tayin edilemezler. Bunlarda, delil getirmek diğer konulardakinden daha güçtür; dolayısıyla kadınların şehadeti kabul edilmez ve zinâda dört erkek şahit gerekir. Bu konularda beyyinenin bir başka kadıya devri ve dolaylı şehadet kabul edilmez; hadd ve kısası tatbik etmek üzere vekil tayini de imkânsızdır. Cinayetler ve hadd cezalarına ait olan bu özelliklere rağmen, İslâmda genel bir cezâ hukuku kavramı yoktur. Başka meselelerde bir dereceye kadar şahitlik yapmak dinî bir ödev olarak mevcut olduğu halde, hadd cezalarını gerektiren suçlarla ilgili davâlarda bunları örtbas etmek, onlar hakkında şehâdette bulunmaktan daha iyi sayılmıştır ve yemin bir delil unsuru olarak kabul edilmemiştir. Bütün bu meselelerde davâlının şahsı için kefâlet, ancak hiç değilse şehadetin bir kısmı dinlenmişse talep edilebilir. Muhakkak ki bütün bu tasarrufların tatbîkatta hukukî himaye sağlamak hususunda çok az etkisi vardır.

26

İSLAM HUKUKUNUN MAHİYETİ

199 1. İslâm hukukunun mahiyetini, geniş ölçüde tarihi tayin eder. İslâm hukukunun tarihine ise nazariye ile tatbîkat arasındaki tezad hâkimdir. Aşağıdaki mülahazaların amacı, konunun sistematik açıdan tarihî izahını tamamlamaktır.

İslâm hukuku evrensel bir geçerlilik iddiasında değildir. Bu hukuk, müslümanlar için İslâm diyarında tam olarak, dâr-i harb'de daha az bir ölçüde[115] ve gayrı müslimler için İslâm diyarında sadece sınırlı bir ölçüde bağlayıcıdır. İslâm hukukunun sınırlandırıcı bu niteliğinden daha önemli olan husus, onun dinî bir ideal olarak kendi hususiyetinin bilincinde olmasıdır. İslâm hukuku, *hulefâ-i râşidîn* diye anılan Medîne halîfelerinden itibaren sürekli bir çözülme vuku bulduğuna inanır ve zamanın şartlarının bozulduğunu bir gerçek olarak kabul eder. *Vâcib*, *mübah* ve *haram* kavramlarının sahası söz konusu olunca, bunları İslâm hukuku bir dereceye kadar sadece nazarî olarak beyanla yetinir. Bu husus, arada yer alan *mendub* ve *mekruh* sınıflarının varlığından açıkça anlaşılmaktadır. Aynı eğilim, hadd cezaları ile cezalandırılmayan dinî ödevlerin ihlâlinin ele alınışında görülmektedir. Vacib niteliğinin inkârına varmadıkça, onlar için hiçbir hukukî cezâ öngörülmez. Bununla beraber şarap içmek gibi yasakların ister cezaî müeyyidesi olsun, isterse domuz eti yemek gibi cezaî müeyyidesi olmasın, bunlar kaçınılması gereken hususlardır. Hattâ hadd cezası bazı hallerde tevbe ile ortadan kalkar. *İkrah* (cebr) nazariyesi farklı bir sistematik düzeyde yer alır. İkrah varsa, bunun neticesi, sadece cezaî müeyyideyi ortadan kaldırmak değil, aynı zaman-
200 da fiilin kendisini de caiz kılmaktır. Zarûret karşısında müslümanların

115. Meselâ, Hanefîlerin görüşüne göre müslümanlar, *dâr-ı harb*'deki gayrı müslimlerle faizli muamelelerde bulunabilirler.

şerî'atın kesin hükümlerini yerine getirmekten muaf tutulmaları ilkesinin sahası daha da geniştir. *Sahih* ve *bâtıl* kavramlarının çerçevesinde İslâm hukuku mutlak surette geçerlilik iddiasında bulunur. Fakat burada bile ideal İslâm devletinde olması gereken şudur fikriyle birlikte farazî bir unsur işe karışır. Hukukî hîlelerin geçerliliğinin kabulü, tatbîkatta nazariyenin iddialarına karşı çıkar.

İslâm hukuku, kadılara ve şahitlere *rüşvet* verilmesi gibi kendi tatbikat sahası içerisindeki kötü davranışlardan ve kadıların karşı koyamadıkları hükûmet ve fertlerin baskılarından uzak kalamamıştır. Bunun ortaya çıkış derecesi, hükûmetin karakter ve kudretine bağlı idi. Bu hususta en iyi devir, belki de Osmanlı İmparatorluğunun ilk zamanlarına tesadüf etmektedir. Öte yandan Abbasîlerin ilk devri, sık sık vuku bulan *gasp* olayları ve özel mülkiyetin haksız olarak ele geçirilmesi ile dikkati çeker. İslâm hukukunun teferruatlı bir şekilde gasbı ele almasının sebebi işte budur ve bu, imkân nispetinde meşrû mal sahibinin himayesi eğilimini taşır. Fakat İslâm hukuku, âdil olmayan bir kadı tayinini veya âdil olmayan bir şahidin şehâdetini kabul eden kadının hükmünü, hattâ meşrû olmayan siyâsî bir başkan tarafından bir kadı tayinini muteber sayarken, diğer istismâr şekillerini gerçekçi bir gözle görür.

2. İslâmın dinî hukukunu böyle bir hukuk yapan ve bütün farklılıkları içerisinde onun birliğini sağlayan ana özellik *vacib*, *mendub*, *mübah*, *mekruh* ve *haram* kavramları açısından, hukukî dediklerimiz dahil, bütün insan fiillerinin ve münasebetlerinin değerlendirilmesidir. Asıl hukuk, tamamıyla dinî vecîbeler sistemi içerisine sokulmuştur. Bu ana kavramlar, kazaî konulara da nüfuz etmektedir. Tıpkı ibâdet sahasında *farz* ve *vacib* fiillerin yanında sırf *mendub* olanları yer aldığı gibi, mirasçıların müteveffânın borçlarını ödemeleri *vacib* değil *mendub*'tur ve hattâ kasden adam öldürmeden dolayı kısas talebinde bulunma hakkı olan yakın akrabanın diyet karşılığında kısastan vazgeçmesi de menduptur. Bu sebeple İslâm hukukundan söz etmek doğru değilmiş, İslâmda hukuk kavramı yokmuş gibi görünebilir.
201 Bu terimin, gerçekten de İslâm hukukunun hukukî olmayan unsurlarla karışmış bir dinî vecîbeler sisteminin parçası olması şartıyla kullanılması gerekir. Fakat İslâm hukuku, dinî vecîbeler sistemine yerleştirilmiş olmakla beraber, hukukî konular tamamıyla sindirilmiş, hukukî münasebetler dinî ve ahlâkî vecîbeler şekline sokularak ifâde edilmiş ve hukuk sahası kendi teknik karakterini muhafaza etmiştir. Bu sebeple kazaî içtihât, kendi sahası içerisinde inkişaf edebilmiştir.

Caiz ve *haram* ile *sahih* ve *batıl*'ın geniş ölçüde aynı boyutta olması, aynı sınıfa giren hukukî hüküm kavramı ile birlikte bu son iki terimin sisteme sokulmasını mümkün kılmıştır. Böylece sırf dinî saha ile sırf hukuk sahası arasında açık bir fark mevcuttur. Bu sebeple İslâmın dinî vecîbeler sistemine sokulmak suretiyle maddî veya şeklî bakımdan, fakat her halde büyük ölçüde tadil edilmiş olan hukukî konular hakkında "İslâm Hukuku" terimini haklı olarak kullanabiliriz. Bu hukukî konular, sadece ona sokulan dinî veya ahlâkî türden mülahazalara girişmek suretiyle değil, aynı zamanda müslümanların dinî vecîbelerinin bir parçası olarak çok daha teşkilatlı ve sistemli bir ilerleme sayesinde İslâm hukuku haline gelmiştir. Ancak hukukî konularla onun resmî teşkilatının esasları arasında belli bir tezad mevcuttur.

İslâm hukuku bir sisteme sahiptir; yani tutarlı bir görüşler manzumesi arzeder. Onunla ilgili bazı müesseseler iyi bir şekilde birbirleriyle bağlantı halindedir. Meselâ, akit ve borçlar hukukunun büyük bir kısmı, satış akdine kıyas yoluyla açıklanır. Bundan başka, hukukun tamamına dinî ve ahlâkî mülahazalar nüfuz etmiştir. Her müsssese, muamele veya borç; faiz yasağı, kötü zan yasağı, tarafların eşitliğine ve itidale özen gösterme gibi dinî ve ahlâkî hükümleri ilgilendiren ölçülerle değerlendirilir. Nazariyede bu iki sistemleşme hareketini ayırdedebiliriz. Tatbîkatta ise bunlar birbirine mezcolmuştur. Bazı akitlerin, yapıları itibariyle biribirine bu derecede benzemesinin sebebi, genellikle aynı dinî ve ahlâkî esaslara verilen önemin bunların hepsine hâkim olduğu gerçeğinde yatmaktadır. İslâmlaştırma ve sistemleştirme faaliyetleri birlikte yürümüştür. Dinî ve ahlâkî kurallarla birlikte bir bünyevî düzen, İslâm hukuku haline
202 gelecek olan ham madde üzerine oturtulmuştur. İslâm hukuk sisteminin ortaya çıkmasını sağlayanlar, ilk hukuk bilginlerinin kendileri idi. Onlar, bu sistemi, İslâm öncesi kaynaklardan almamışlardır. Ancak sözkonusu sistemin maddî unsurlarından çoğunu bu kaynaklar temin etmiştir.

3. Kutsal bir hukuk olduğu için İslâm hukuku, bir dereceye kadar bazı ihtilaflı ve akıl-dışı (nakle dayanan) hususiyetler arzeder. İhtilaflıdır; çünkü bu hukukun asıl temeli olan *Kur'ân* ve *Peygamberin sünnet*'i, Allah'ın emirlerinin bir ifâdesidir. Fakat bunların yanında *ümmetin icmâ*'ı yer alır. Bu esas da, her ne kadar ilâhî otoriteye dahilse de[116], özerk bir hukuka geçişi temsil eder. Bu, yani ümmetin icmâ'ı,

116. Bak., s. 47. Bu husus, Peygamber'den rivâyet edilen bir hadîste şu şekilde ifâdesini bulmuştur: "*Benim ümmetim dalâlet üzerinde aslâ birleşmez*".

aynı zamanda kesin bir delil teşkil eder. İcmâ', *Kur'ân* ve hadîslerin yorumunu tespit ve hangi hadîslerin sahih sayılacağını tayin eder. Hattâ *Kur'ân* âyetlerinin zâhirî anlamlarına aykırı düşen tefsirlerini destekler[117]. Fakat hicrî dördüncü/milâdî onuncu asırdan itibaren ve zamanımızda hukukî modernleşmenin doğuşuna kadar müstakil yeni gelişmeler için resmî bir zemin hazırlanmamıştır; yapılan ilerlemeler de aslında sadece yorum ve tatbîkattan ibarettir. Her şeyden önce zamanın bozulması gözönüne alınarak belli fikrin kabulü veya tercihi anlamına gelen *ihtiyâr*'a çok sınırlı bir saha bırakılmıştır. Meselâ, şahsa kefâlet konusunda borçlunun kadı huzurunda bulunması şart koşulmuşsa, eski Hanefî görüşe göre onun çarşıda görülmesi yeterli, zamanımızda *ihtiyâr* edilen fikre göre ise yeterli değildir. Bu, Züfer (ölm. 158 h./775 m.)'in görüşüne dayanır. Züfer, Ebû Hanîfe'nin önde gelen bir öğrencisi ve arkadaşı olmakla birlikte mezhebin üç seçkin şahsiyeti olan Ebû Hanîfe, Ebû Yûsuf ve Şeybânî'nin meydana getirdiği üçlü guruba dahil değildir. Buna benzer olağanüstü haller nâdirdir. Çoğu hallerde *ihtiyâr* (seçme), "içtihât kapısının kapanması"ndan sonraki devre ait olan imamlar da dahil olmak üzere, ilk imamlar arasında ortaya çıkan görüş ayrılıklarının giderilmesine inhisar eder.

203 İslâm hukukundaki akıl-dışı unsurlar, kısmen dinî-İslâmî kaynaktan, kısmen de İslâm öncesi ve sihrî (magical) kaynaktan gelir. Bunlara verilebilecek başlıca örnekler sihrî bir anlam ifâde eden *zıhar*, İslâmdaki *li'an* usûlü, eski Araplardaki *kasâme* ve genel olarak hukukî beyyinenin mahiyet ve görevidir. Büyük sistemci Şâfi'î bile çoğunlukla bu müesseseleri istediği gibi aklîleştirmeyi başaramamıştır. Fakat hukukî konular, kaynakları ne olursa olsun, aklî unsurları da ihtivâ etmiştir; her şeyden önce akıl-dışı sürekli bir *vahiy* yoluyla değil, aslında aklî olması gereken yorum ve tatbîkat usûlüyle teşkilatlanmış, sistemleşmiş ve tamamlanmıştır. İslâm hukuku bu şekilde fikrî ve skolastik görünüşünü kazanmıştır.

Hukukî olmayan dinî ve ahlâkî kuralların, hukukî meselelere tatbîkinin normal olarak akıl-dışı hükümlere götürebileceği düşünülebilir. Bununla birlikte böyle bir şey nâdiren ortaya çıkar. Böyle bir şey ortaya çıktığı takdirde İslâm hukukçuları, çoğunlukla bunun

117. Meselâ, V. sûrenin altıncı âyetinde açıkça şöyle buyurulmaktadır. "*Ey mü'minler ibâdet için kalktığınız zaman yüzlerinizi ve dirseklerinize kadar ellerinizi yıkayın, başınızı ve ayaklarınızı topuklara kadar meshedin*" Bununla birlikte fıkıh, ayakların yıkanması hususunda ısrar eder ve bu, çeşitli yollarla âyetle uzlaştırılır. Bir başka örnek için bak., s. 18 vd..

genel hükümlere ve kıyasa karşı bir istisnâ teşkil ettiğini bilirler. Aksine, dinî ve ahlâkî mülahazalar, İslâm hukukunun sistematik yapısının esasını teşkil eder. İslâm hukuku, maddî mülahazalara dayanarak kendisini aklî bir sistem olarak ortaya koyduğu halde, onun şekle dayanan hukukî niteliği pek az geliştirilmiştir. *Sahih* ve *batıl* gibi şekle ait hukukî kavramlar bile *caiz* ve *haram* gibi İslâmî kavramlar tarafından sürekli olarak arka plana itilmiştir. İslâm hukukunun hedefi, laik hukukların amacı olan çatışan menfaatlere şeklî hükümleri uygulamak değil, somut ve maddî ölçüleri temin etmektir. Bu; iyi niyet, eşit muamele, adâlet, doğruluk v.b. gibi hususların gözönüne alınmasının İslâm hukuk sisteminde sadece tâli bir rol oynadığı şeklinde nispeten şaşırtıcı bir sonuca götürür.

4. İslâm hukukunun ihtilaflı ve akıl-dışı yönünden şu sonuç çıkar: Onun hükümleri aklîliklerinden dolayı değil, sırf varlıklarından dolayı geçerlidir. Bu, özellikle beyyine (şehâdet) hukukunda açıkça görülmektedir ve gerçekten de bu hukuk bir takım güçlüklerle kuşatılmıştır. Fakat aynı durum, başka yerlerde de ortaya çıkmaktadır. Bir çocuğun *sünnet* edilirken kasıtsız olarak tenasül organı kesilirse
204 *tam diyet* ödenmesi, bundan dolayı ölürse sadece *yarım diyet* ödenmesi gerekir. Burada ölüm sebebinin yarısı sünnete hamledilir; çünkü sadece bu, ölüme sebep olabilir; diğer yarısı da organın kesilmesine verilir. Sadece sebebin bu ikinci yarısı sorumluluk doğurur; çünkü her halde mendub olan (Şâfi'î ve Hanbelî mezhebine göre hattâ vacib olan) sünnet yapılma işi, bizzat sorumluluk yaratmaz. Çökecek bir durumda olan bir duvar sahibi, kendisine bu duvarı yıkması söylendikten sonra onu satarsa ve duvar da çöküp birini öldürürse, ne satan ne de alıcı sorumludur. Satıcı sorumlu değildir; çünkü o, duvarın çöküşü sırasında onun sahibi değildir. Alan da sorumlu değildir; çünkü kendisinden bu duvarı yıkması henüz istenmemiştir. İslâm hukuku *gayrı menkul* malın ödünç verilmesini caiz görür; bunun mutlak surette karşılıksız olması gerekir. Öte yandan mal sahibi prensip olarak arazî vergisinden sorumludur ve malı ödünç vermesi bir şey değiştirmez. Mal sahibinin sadece mülkünü ödünç vermeyip aynı zamanda arazî vergisinden sorumlu olmasını da gerektiren bir akdin tatbîkatta imkânsız olması hukukçuları ilgilendirmez; çünkü onlar, yalnız bu konunun şerî'at hükümlerinin dışına çıkmamasına bakarlar. Miras hukuku, tatbîkat açısından imkânsız hallerde, özellikle zengindir ve teferruatlı bir şekilde ele alınmıştır.

İslâm hukukunun ihtilaflı ve akıl-dışı yönü, aynı zamanda manâdan çok, lafza riayet edilmesine yol açmış ve hukukî faraziyeler

de dahil olmak üzere, hukukî hîlelerin geniş çapta gelişip tanınmasını kolaylaştırmıştır.

5. Maddî olayları gözönüne alan, eşitlik veya uygunluk sebebi ile şeklen doğru olan bir hükümden ayrılan karşı bir eğilim, İslâm hukukunca meçhul değildir. Bu husus, *istihsân* (ve istıslâh)'da görülür. Fakat bu, hem nazariyede hem de fiilî tatbîkatta müspet hukuku belirli bir ölçüde etkileyebilme bakımından oldukça tâli bir yer işgal eder. Bununla birlikte eşitlik ve uygunluk hakkındaki bir çok mülahazalar, ilk hukukçuların hükümlerine girmiştir. İyice geliştirilmiş fıkıh sisteminde istihsân (ve istıslâh) ilkesi çok dar tutulmuştur. Bu ilke, maddî kaynaklar (*Kur'ân* ve *sünnet*)'in meşhur hükümlerinin, ilk imamlar tarafından yapılan yorumlarının ve onlardan çıkarılan zarurî neticelerin yerini hiçbir zaman almaz. Bu ilke, çoğunlukla sırf eski müçtehitlerin benimsedikleri bazı hükümler arasında seçim yapmak, yani *ihtiyâr* anlamına gelir. Bazan da örf, istihsân yoluyla gözönüne alınır. (İstihsân örnekleri için bak., s. 146, not: 89; s. 152, 155, 157, 179, 183).

205 6. İslâm hukuku, hem özel hem de genel olan çok sayıda hukukî kavramlara sahiptir. Fakat bu kavramlar genellikle geniş tutulmuş olup, müspet muhtevâlardan yoksundur. Bunlar, hukukî hayatın somut hakîkatlarından değil, soyut düşünceden çıkarılır. Bundan şu sonuç çıkar: İki cins arasındaki farklar, aynı cins içindeki bazı türler arasındaki farklardan ekseriya daha büyük veya daha esaslıdır. İki kavram arasında bir karşıtlık yerine, bir kavramın esasından diğerininkine doğru, bunların hukukî hükümlerinin derecelerini de gösteren kademeli bir geçiş vardır. Bu tarzda bir düşünce İslâm hukukuna özgüdür. Meselâ, bir kimse bulduğu malı fakirse kullanabilir, zenginse değil; zenginse ancak onu *sadaka* olarak verebilir. Fakat bu yine de tam sadaka sayılmaz; çünkü onu kendi fakir ana-babasına veya çocuklarına verebilir. Asıl sadakada ise böyle bir şey yapamaz. Bu terim, daha da geniş bir anlamda vakfın amacı hakkında da kullanılır. Vakfın amacı ise İslâm esasları ile uzlaşmayan bir şey olamaz. Bir tipik misal *ayn*, *mal*, *rakabe* ve *menfaat* kavramlarında, ayrıca bunların konusu olan akitlerde görülür[118].

Kazuistik metod, bu tarz bir düşünce ile yakından ilgilidir. Gerçekten de bu metod, geleneksel İslâm hukukunun en göze çarpan

118. *Sahîh*, *muhsan* ve *tâmm* terimlerinin bazı anlamlarını karşılaştır (yukarıda bak., s. 121, 125, 152).

hususiyetlerinden biridir. İslâm hukuku, meseleleri kademeli bir düzene sokmaya dikkat ettiği kadar her meselenin hukukan ilgili olduğu unsurlarını ayırmaya ve onları genel kaideler altında toplamaya dikkat etmez. Farklı kavramlardan doğan iki mesele dizisinin sıkı münasebeti birbirine iyice yaklaşabilir ve hattâ hemen hemen çakışabilir. Bu takdirde hukukî hükümde anî bir değişme olur. Bu, *furûk* doktrininin konusunu teşkil eder. Özellikle kazuistik metod (fıkıh mantığı), aşağıdaki noktalarda görülebilir: 1) *Müzâbene* gibi İslâm öncesi veya İslâmdan sonraki ilk muamelelerle ilgili hükümler. 2) Ebedî bir şekil olarak meselelerin kazuistik açıdan ele alınması. Burada temel kaide, paralel ve özellikle karşıt meselelerin yanyana gelmesi ile ortaya çıkar. 3) Tamamıyla hayâlî olanlar da dahil olmak üzere, mümkün olduğu kadar çok mesele hakkında verilen kazuistik hüküm. Böyle bir hüküm, bu meselenin genel kaideler altında toplanmasının imkânsız olduğu ortaya çıktığı takdirde bütün ihtimalleri içine almak üzere verilir. 4) Muteber kurallara dayanarak karar verilmesi güç olan karışık meseleler hakkında verilen hükümler. Gerçekte bunlardan bazıları tatbîkattan doğan meseleler olduğu halde, çoğunlukla ustaca bir takım çabalara ve sistemli faraziyelere dayanan hususlardır. Hîlelerin bir kısmı da bu sınıfa girer.

206

7. İslâm hukukunun çeşitli ülkelerde ve çeşitli zamanlarda toplumu aksettirme, ona tepki gösterme ve onu etkileme tarzı bir takım incelemelerin konusu olmuştur. Öte yandan bu hukukun yapısının sosyolojik bir tahlili henüz hiç ele alınmamıştır. Aşağıdaki başlangıç mahiyetinde olan mülahazalar, sadece bir hareket noktası temin etmeyi ve konuyu bu şekilde ele almanın uygunluğunu göstermeyi amaçlar.

Hukuk sosyolojisinin önemli bir ölçüsü, hukukî konuların ne derecede birbirinden ayırdedilip, farklarının gösterileceği hususudur. İslâm hukukunda böyle bir ayırım yoktur. Bunun içindir ki, usûl hükümleri sürekli olarak maddî hukukun hükümleri ile içiçe girmiştir. Anayasa ve idare hukukunun hükümleri ise, bu konuda yazılmış ana kitapların çok çeşitli bölümlerine dağılmıştır. Kamu hakları, ekseriya şahsî hak ve vecîbeler durumuna indirilmiştir. Sözgelişi, muteber bir *eman* verme hakkı, *zekât* verme vecîbesi veya bir kimseyi *imam* veya *halîfe* tayin eden şahısların hak ve vecîbeleri ve imam veya halîfenin hak ve vecîbeleri gibi. Bu, daha da büyük bir önem kazanır; çünkü Arap dili otorite, hükümranlık ve iktidar anlamını ifade

etmek için soyut bir terim olan *sultan* kelimesine sahiptir. Bu kelime, bir unvan olarak hicrî dördüncü/milâdî onuncu yüzyıldan itibaren kullanılmaya başlanmıştır. Fakat İslâm hukuku, bunun hukukî kavramını geliştirmemiştir. Aynı sebeple İslâm devletinin ana müesseseleri, *İslâm ümmet*'inin hep birden yerine getirmesi gereken görevler olarak değil, yeterli sayıda kimseler tarafından yerine getirilmekle diğerlerinin sorumluluktan kurtuldukları ödevler olarak ifâde edilir. Gerçekte ise, tam bir *müessese* kavramı ortada yoktur.

Modern terminolojideki anlamıyla cezâ hukuku sahasında İslâm hukuku, *Allah hakkı* ile *kul hakkı*'nı birbirinden ayırır. Sadece Allah hakkı, kelimenin tam anlamı ile cezaî bir müeyyideyi gerektirir. Burada, yani cezâ hukukunun esasında bile Allah hakkı düşüncesi, tıp-
207 kı bir davâcının hakkı gibi yaygın bir düşüncedir. Savcılık müessesesinin yokluğu, *hisbe*, yani muhtesiplik müessesesi ile giderilmiştir; fakat *muhtesip* kelimesinin şerî'ata sımsıkı bağlanmak suretiyle dinî bir sevap kazanmak isteyen kimseye delâlet etmesi önem taşır. Cezâ hukuku adını verebileceğimiz şeyin ikinci büyük bölümü, cinayetlerin tamiri sınıfına girer. Bu sınıf, İslâm öncesi Arap hukukundan İslâm hukukunun alıp muhafaza ettiği medenî hukukla cezâ hukuku üzerinde bir köprü teşkil eder. İslâm öncesi Arap hukukunda bu husus eski olmakla beraber kendi türünde tek bir olay değildi. (Bak., s. 6, 148, 160, 177 vd.). Zaten İslâm öncesi Arap hukuku, medenî hukuka ağırlık vermiş bulunuyordu. Aynı şey, İslâm hukuku için de geçerlidir[119]. Burada *cinaî suç* kavramı hemen hemen yok gibidir. Keffâretle dinî bakımdan temizlenme ve Mâlikîlerin *ukûbet*'i dışında insan haklarına tecavüzden veya onun şahsının ve malının masûniyetinden dolayı tespit edilmiş bir cezâ söz konusu değildir; sadece sebep olunan zararın tam olarak tamiri söz konusudur. Para cezaları bilinmemektedir. Aynı zamanda bu sahayı ilgilendiren bir hükmün infazı, aslında lehinde karar verilen tarafı ilgilendiren bir meseledir. Modern bir deyişle, İslâm cezâ hukukunun bu iki büyük bölümü, hukuk sosyolojisinin bütün cezâ hukukunu çıkardığı iki kaynağa yakın bir benzerlik arzetmektedir.

Her iki sahayı da ilgilendiren ta'zir cezası vardır. Kadı, kendisince cezayı gerektiren her fiili, ister Allah hakkını isterse kul hakkını ihlâle yönelsin, kendi re'yi ile dilediği şekilde cezalandırır. Bunun için ta'zîr, asıl cezâ hukukuna girer. Fakat burada bile İslâm hukuku, para cezası verilmesini öngörmez. Sosyolojik bakımdan ta'zîr, müstakil bir

119. Bununla birlikte İslâm hukuku, cinâyetten doğan tam sorumlulukla akdi ihlâl etmekten doğan tam sorumluluğu birbirinden ayırır.

yer işgal eder ve bunun aynı zamanda farklı bir tarihi vardır. Bu, ne İslâmın onayladığı eski Arap örf hukukuna, ne de Kur'ân ve hadislerde görülen İslâmî yasamaya girer. Emevîler devrindeki ilk İslâm kadıları, daha oluşma halindeki yeni İslâm toplumunun huzurunu tehdit eden bütün fiilleri re'ylerine göre cezâlandırmaları için kendilerine başvurulduğunu gördüler. Hicrî birinci yüzyılın ilk yarısında Medîne halîfelerinin koyduğu cezaî müeyyideler de aynı amaca hizmet etmiştir. Bunlar, muteber kaideler olarak varlıklarını sürdürdükçe İs-
208 lâm teşrîine dahil edilmişlerdir. Ancak bu müeyyideler geçerliliklerini yitirince İslâm hukuk nazariyesine göre ta'zîr şeklinde yorumlanmak zorunda kalınmıştır. Ta'zîr, asıl cezâ hukuku sahasının bir uzantısı olarak, tatbîkatta hissedilen bir ihtiyaca cevap vermiştir. Onun İslâm hukukunun resmî doktrinine yerleştirilmesi ihtiyacı, ilk İslâm hukukçularına erken bir devirde kendini hissettirmiştir. Fakat İslâm toplumunun ihtiyaçları burada sona ermemiştir. Cezâ hukukunun daha fazla gelişmeler göstermesi, *hisbe, nazar fi'l-mezâlim* gibi bu gelişmelere tatbîk edilmesi gereken vasıtaların ortaya konulması kaçınılmaz bir hale geldi. Bununla birlikte İslâm hukukçularının bu hususları ele almak zorunda kaldıkları bir zamanda sistemin anahatları daha önceden sağlam bir şekilde ortaya çıkmış bulunuyordu. Bunun içindir ki, nazariyenin kendisi, bu hususları, ancak istemiyerek, olduğu gibi kabul edebilirdi. Osmanlı *Kanunnâmeler*'i gibi daha sonra ortaya çıkan gelişmeler nazariye tarafından tamamıyla kabul edilmiştir. İslâmda cezâ hukukunun hakîkatını ilgilendiren bu bölümün sosyolojik özelliği değişmemiştir. Oysa onun resmî İslâm hukuk nazariyesindeki yeri her zaman aynı değildir.

8. Hukuk sosyolojisi, hukukî konuların sistemleşmesini sağlayan iki metodun bulunduğunu ortaya koymaktadır. Bunlar, *tahlil* ve *kıyas* metodlardır. İslâm hukuku, bu son sistemleştirme şeklini bütün sadeliği ile ortaya koyar. İyice geliştirilmiş hukukî kavramların varlığı birinci metodu aksettirmediği gibi, kazuistik metodun varlığı da ikinci metodu yansıtmaz. Fakat hem hukukî kavramların, hem de kazuistik metodun mahiyeti gösteriyor ki, İslâm hukuk düşüncesi bağlantısız bir bütünlük içerisinde gelişir. Her şeyden önce İslâm hukukunun dört temelinden biri olan kıyas metodu tamamıyla analojiktir. Bütün bu hususiyetler, İslâm hukukunun tamamına hâkim olan özel bir düşünce tarzının tezahürleridir.

Müspet hukukun şeklî karakteri söz konusu olunca hukuk sosyolojisi iki zıd meseleyi karşı karşıya getirir: Birincisi, fertlerin kendi-

lerine ait hususları sağlayan objektif hukuk meselesidir. Böyle bir hukuk, en sonunda bütün fertlerin şahsî haklarının bir toplamını teşkil eder. İkinci mesele ise, idareye ircâ edilen ve belirli emirlerin toplamı olan bir hukuk meselesidir. İslâm hukuku birinci türe girer ve bu, İslâm kamu hukukunun yapısının incelenmesinden ortaya çıkan
209 sonuçlarla ahenk halindedir. Bütün bunların doğurduğu özel bir hususiyet, İslâm hukukunun şahsî ve ferdiyetçi karakteridir. Bir içtimaî reform programı ve aynı zamanda içtimaî bakımdan zayıf olanların durumunu ıslah etme programı *Kur'ân*'da ne derecede üstün bir yer işgal ederse etsin, İslâm hukuku, teknik yapısı bakımından tamamıyla ferdiyetçidir. Meselâ, bu, miras hukukunun bünyesinde (bu hukukun hükümlerinin sosyal neticelerine karşıt olarak) kendisini göstermektedir. Miras hukukunda her mirasçı doğrudan doğruya kendi hissesinin sahibi olur. İslâm hukukunun ferdiyetçiliği *vakıf* müessesesinde de görülmektedir. Bu müessesenin sosyal neticeleri çok önemlidir. Ancak teknik görevi bakımından vakıf yapanın koyduğu şartların hukukî güce sahip olduğu gözönüne alınırsa, tamamıyla ferdiyetçidir. Diğer hukuklarda olduğu gibi, İslâm hukukunda da kanun koyucunun sosyal amaçlar ile vazettiği hukukun sosyolojik karakteri arasında bir ayırım yapmamız gerekir.

9. İslâm hukuku, aşırı şekliyle bir "hukukçuların hukuku" olma mahiyeti gösterir. Bu hukuk, özel uzmanlarca ortaya konup geliştirilmiştir. Bu, hukuk sosyolojisinde pek iyi bilinen bir olaydır. İslâm ve Roma hukukunda bu uzmanların görevleri arasında bazı benzerlikler vardır; fakat aralarındaki ayrılıklar daha önemlidir. Roma hukukunda hukukî şekillerin doğmasına sebep, ticârî hayatın, giderek önem kazanmasıydı. İslâm hukukunda ise bütün davranış şekillerine dinî kuralların tatbîkini gerektiren husus, sayıları giderek artan müslümanların dîne bağlılıkları idi. İslâm hukuku, ne amelî ihtiyaçlardan ne de kazaî tatbîkattan doğmuştur. Onun teşekkülüne dinî ve ahlâkî düşünceler sebep olmuştur. Roma hukukçuları, müvekkillerine faydalı olmaları gerektiğinde hâkimlerin her muameleye karşı gösterecekleri muhtemel tepkileri önceden tahmin etmeye çalışmak zorunda kalırlardı. İlk İslâm hukukçuları (bir İslâm hukukundan söz edebilirsek bu konuda ihtisası olanlara hukukçu diyebiliriz), dinî vecîbelerini inandıkları biçimde yerine getirmeleri için iyi müslümanların neyi yapmalarının caiz, neyi yapmalarının haram olduğunu, idarî işlerle ilgili fiillerden hangisini kabul edip hangisini reddetmeleri gerektiğini, örfe ait müesseselerden hangisini kullanabilecekleri ve hangisinden kaçınmaları gerektiğini anlamak için bir vicdan muhasebesi yapmak

zorunda idiler. Daha İslâm hukukunun ortaya çıktığı anda onun sürekli meselesi, nazariye ile tatbîkat arasındaki zıtlık olup bu da kendisini iyice göstermiş bulunuyordu. Bu zıtlığın sebepsiz olmadığı, hem tarihî hem de soyolojik tahlille gösterilebilir.

210 İslâm hukukunun tatbîkata karşı takındığı tutum, *hiyel* ile iyi bir şekilde tasvir edilir. Hiyel (hileler), hukuk sosyolojisine göre, hukukun başlıca iki temelinden biri olan "ilgili tarafların birlikte hareketi" konusunda öğretici bir örnek ortaya koyar. Bu hareket, *hiyel*'den başka bir şey olmayan "nevi kendine özgü anlaşmalara" götürür. Anlaşma yaparken ilgili taraflar, kadının uygulayacağı "hukukî müeyyide" ihtimalini inceden inceye hesaplarlar ve şeklî taahhüdlerini "önceden tespit edilmiş sorumluluklara" göre düzenlerler. Şeklî taahhüdlerin amaçları kendileri değildir; bu akitler daha başka bir amaçla souçlandırılır. İlgili tarafların birlikte hareketinin hukuka getirdiği ilâveler her şeyden önce hukuk-dışı idi. Adâletin resmen yerine getirilmesinin sağlayabileceği hukukî müeyyide garantisi, onların anlaşmalarının geçerli olmasını teminde yetersizdi. Bunlar, ek bir garanti gerektirmiş ve bu garanti de "mukâvele" ile sağlanmıştır.

Hiyel, tamamıyla nazariyeden doğan ideal hukuk yanında, Ortaçağ İslâm ülkelerinde geliştirilen örfî ticaret hukukunun sadece bir bölümünü teşkil eder. İslâm hukuku bir "hukukçuların hukuku" olduğu için, hukuk ilmi, geniş çapta yazılı eserlere dayanmıştır. Buna karşılık, hukukî tecrübenin hakîkatları çok daha az biliniyordu. Bu sebeple olaylara dayanan delillere göre ciddî bir çalışmayla yeniden inşâsı gerekmekteydi. "Yaratıcı hayâl güçleri" ile sadece kendilerine başvuran tüccar için oldukça karmaşık hîleler icad etmekle kalmayıp mevcut örfî hukuku adâletin kadı tarafından resmen yerine getirilmesi ile uzlaştıranlar, "bilgin fakîhler", yani İslâm hukukunda ihtisas sahibi kimselerdi. Bunların faaliyetlerinin bir neticesi, Mâlikîlerdeki "amel" dir. Bir diğeri ise "şurût" ve buna yakın konularda yazılan eserlerde yer alır. "İhtiyat" kavramı, ilk İslâm fakîhlerinin faaliyetlerine hâkim olduğu gibi, *hiyel* ve *şurût* kitaplarına da hâkimdir. İslâmda hukukî hayatın bu üç tezahürünün İslâmî görüş açısından pek az ortak yanları vardır; fakat sosyolojik tahlil, onlardaki benzerliği ortaya kor.

10. İslâm hukuku, bir kanunkoyucu rolü oynayan devleti değil, müstakil bir olay olan hukuk ilmini ve (İslâm hukukunun tatbik edildiği ölçüde) kanun gücüne sahip olan ilmî elkitaplarını ifâde eder.

Bu, şu iki şarta bağlanmıştır: Birincisi, hukuk ilminin kendi istikrar ve
211 sürekliliğini temin etmesi; ikincisi ise devletin yerini, kendisini hem idareye hem de idare edilenlere kabul ettirecek kadar yüksek bir otoritenin almasıdır. İlk şart, düşünce farklarının artan bir şekilde giderilmesine götüren *icmâ'* doktrini ile karşılandı. Giderilemeyen farklar, bazı fıkıh mezheplerinin karşılıklı olarak aynı derecede Sünnî tanınması suretiyle zararsız hale getirilmiştir. İkinci şart ise, İslâm hukukunun *ilahî* otoriteye dayandığını ileri sürmekle karşılanmıştır. Bu husus, geriye sadece *kıyas* vâsıtasıyla mekanik bir içtihât metodu kalıncaya kadar beşerî-şahsî görüş unsurunun giderek azalmasıyla kuvvetlendirilmiştir ve hattâ bu metodun kullanılması, "mutlak içtihât kapısının kapanması" nazariyesiyle daha sonraki nesillerin elinden alınmıştır. İslâm hukukunun belki esaslı bir yönününü teşkil eden gelenekçilik, şer'î bir hukukun tipik bir ifâdesidir.

KRONOLOJİK TABLO
BİBLİYOGRAFYA
KISALTMALAR
DİZİNLER

KRONOLOJİK TABLO

212 (*Hicrî ve milâdî tarihlerin birlikte verildikleri yerlerde ilk tarih hicrî, ikincisi ise milâdî tarihi gösterir.*)

622 m. Hz. Muhammed'in Mekke'den Medîneye hicreti. İslâmî çağın başlangıcı.

632 m. Hz. Muhammed'in ölümü.

9/632–40/661 Medîne halîfeleri: Ebû Bekr, Ömer, Osman, Ali.

41/661–132/750 Emevîler Devri.

65/685–86/705 Emevî halîfesi Abdülmelik.

95/713veya 96/715 Kûfeli İbrahim en-Neha'î'nin ölümü; bu ve bunu izleyen tarihlerde "Medîneli yedi hukukçu"nun ölümü.

114/732 veya 115/733 Mekkeli Atâ'nın ölümü.

120/738 Kûfeli Hammâd b. Ebî Süleyman'ın ölümü.

122/740 Fıkhî hadisleri topladığı iddia edilen Zeyd b. Ali'nin ölümü.

124/742 Hicazlı Zührî'nin ölümü.

132/750 Emevîlerin yıkılışı, Abbasîler devrinin başlangıcı.

138/756 Endülüs'de bir Emevî Emirliğinin kuruluşu.

139/756 Devlet kâtibi İbn el-Mukaffa'ın öldürülmesi.

148/765 Kûfe kadısı İbn Ebî Leylâ'nın ölümü.

150/767 Kûfeli Ebû Hanîfe'nin ölümü.

157/774 Suriyeli Evzâ'î'nin ölümü.

161/778 Kûfeli Sufyân es-Sevrî'nin ölümü.

170/786–193/809 Abbâsî halîfesi Harun er-Reşîd'in saltanatı.

179/795 Medîneli İmâm Mâlik'in ölümü.

182/798 Iraklı Başkadı Ebû Yûsuf'un ölümü.

189/805 Iraklı Şeybânî'nin ölümü; Hanefî mezhebinin teessüsü.

204/820 Şâfi'î'nin ölümü.

240/854 İmâm Mâlik taraftarı Sahnûn'un ölümü; Mâlikî mezhebinin teessüsü.

240/854 Bir fıkıh mezhebinin kurucusu olan Ebû Sevr'in ölümü.

241/855 Muhaddis İbn Hanbel'in ölümü; Hanbelî mezhebinin ilk günleri.

264/878 Şâfi'î'nin öğrencisi el-Müzenî'nin ölümü; Şâfi'î mezhebinin teessüsü.

270/884 Zâhirî mezhebinin kurucusu Davud b. Halef'in ölümü.

297/910 Fâtımî halîfeliğinin kuruluşu.

310/923 Bir fıkıh mezhebinin kurucusu olan Taberî'nin ölümü. İçtihât Kapısının tedricî olarak kapanması.

321/933 Hanefî bilgini Tahâvî'nin ölümü.

213 447/1055–541/1146 (yaklaşık olarak) Kuzeybatı Afrika ve İspanya'da Murabıtlar hareketi.

456/1065 Zâhirî bilgini İbn Hazm'in ölümü.

524/1130 Muvahhidîler hareketinin kurucusu İbn Tûmart'ın ölümü.

558/1163–580/1186 Muvahhidî hükümdarı Ebû Ya'kûb Yusuf'un saltanatı.

620/1223 Resmî bir Hanbelî elkitabının yazarı olan Muvaffak ed-Dîn b. Kudâme'nin ölümü.

700/1300 (yaklaşık olarak) Dört Sünnî fıkıh mezhebinin yerleşmesi.

728/1328 Hanbelî bilgini İbn Teymiye'nin ölümü.

751/1350 İbn Teymiye'nin öğrencisi İbn Kayyim el-Cevziye'nin ölümü.

767/1365 Resmî bir Mâlikî elkitabının yazarı olan Halil b. İshâk'ın ölümü.

1451–1481 m. Osmanlı sultanı Mehmed II'nin saltanatı.

1481–1512 m. Osmanlı sultanı Bâyezîd II'nin saltanatı.

1512–1520 m. Osmanlı sultanı Selim I'in saltanatı.

1520–1560 m. Osmanlı sultanı Süleyman I'in saltanatı.

952/1545–982/1574 Şeyhu'l-İslâm Ebû's-Su'ûd'un meşihatı.

956/1549 Resmî bir Hanefî elkitabının yazarı olan İbrahim el-Halebî'nin ölümü.

975/1567 Resmî bir Şâfi'î elkitabının yazarı olan İbn Hacer'in ölümü.

1006/1596 Resmî bir Şâfi'î elikitabının yazarı olan Remlî'nin ölümü.

1685–1707 m. Moğol İmparatoru Evrengzib Âlemgîr'in saltanatı; (Hanefî) *Fetâvâ el-Alemgîriyye*'nin tedvini.

1772 m. Doğu Hindistan Şirketinin hükümranlık hakları elde etmesi; *Anglo-Muhammadan* hukukun ortaya çıkışı.

1200/1786 Fulânî hareketinin kurucusu Osman b. Fûdî (Fodio)'nin sebep olduğu karışıklıkların başlaması.

1201/1787 Vahhâbî hareketinin dinî kurucusu olan Muhammed b. Abdulvahhâb'ın ölümü.

1808–1839 m. Osmanlı sultanı, Mahmûd II'nin saltanatı; Osmanlı İmparatorluğunda ıslâhât hareketlerinin başlaması.

1830 m. Cezâyir'in Fransızlar tarafından işgali; Fransız tesiri altında İslâm hukukunun ortaya çıkışı.

1839–1861 m. Osmanlı sultanı Abdülmecid'in saltanatı; Gülhane Hatt-ı Humâyûnunun ilanı (1839); Tanzimât – kanunlaştırma hareketi.

1875 m. Hanefî âile ve miras hukukunun Mısır'da Kadri Paşa tarafından tedvini.

1877 m. *Mecelle* (Osmanlı Medenî Kanunu)'nin ilanı.

1899 m. Tunus'da bir Medenî ve Ticârî Kanun (*Code Santillana*) taslağının hazırlanması.

1916 m. Cezayir'de Cezâyir Müslüman Hukuku Taslağı (*Code Morand*)'nın hazırlanması.

1917 m. Osmanlı Âile Hukuku Kanununun kabulü.

1920 m. Mısır'da modernist yasama faaliyetinin başlaması; 1955'e kadar çıkarılan bir çok kanunlar.

1926 m. Türkiye'de İslâm hukukunun kaldırılması.

1926–1938 m. İran'da modernist yasama faaliyeti.

1937 m. Britanya Hindistan'ında Şerî'at Kanununun çıkarılması.

214 1939 m. Britanya Hindistan'ında Müslümanların Evlenme İşlerini Çözümleme Kanunu.

1951 m. Ürdün Âile Hukuku Kanunu.

1953 m. Suriye Ahvâl-ı Şahsiyye Kanunu.

1956 m. Tunus'da modernist yasama faaliyeti; Tunus Ahvâl-i Şahsiye ve Miras Kanununun neşri.

1957–1958 m. Fas'da Mudevvene (Ahvâl-ı Şahsiyye ve Miras Kanunu)'nin çıkarılması.

1959 m. Irak Ahvâl-ı Şahsiyye Kanununun yürürlüğe girmesi.

1961 m. Pakistan'da Müslüman Aile Hukuku Nizamnâmesinin hazırlanması.

BİBLİYOGRAFYA

BÖLÜM I

(Satırbaşlarındaki açık parantez =) içerisine alınan rakamlar metnin bend numaralarını göstermektedir.)

215 ELKİTAPLARI:[1]

++**Th. W. Juynboll**, *Handbuch des Islamischen Gesetzes*, Leiden ve Leipzig 1910 (Çev: G. Baviera, *Manuale di diritto musulmano*, Milan 1916); *Handleiding tot de kennis van de Mohammedanische wet*, *Leiden* 1925 (yeni baskı, 1930). (Bu eser, konunun İslâmî ciheti, dinî vecîbeler ve Endonezya'daki müslümanlar için amelî bir önemi olan müesseseler üzerinde durur; Şâfi'î mezhebine göre).

++**D. Santillana**, *Istituzioni di diritto Musulmano malichita con riguardo anche al sistema sciafiita* (i, Roma 1926), 2 cilt, Roma 1938. (Bu eser, hukukî konuları teferruatlı olarak ele alır ve Arapça kaynaklara pek çok atıflarda bulunur).

M. Del Nidu Y Torez, *Derecho musulman*, 2. baskı, Tetuan 1927 (özel hukukla ilgili bir eser. Daha önce Ispanyol hâkimiyetindeki Fas'ta *amel*'e özel bir takım atıflarda bulunur; Malikî mezhebine göre).

+**J. Lopez Ortiz**, *Derecho musuluman*, Barcelona ve Buenos Aires 1932 (Colleccion Labor, no. 322). (Bütün konuyu çok yönlü bir şekilde ele alır. Bu eser, aynı şekilde dinî vecîbeleri de ihtivâ etmektedir; Mâlikî mezhebine göre).

L. Miliot, *Introduction à l' étude du droit musulman*, Paris 1953. (Yetersiz bir niteliği olan geniş bir eser; ihtiyatla kullanılmalıdır); bak., J. Schacht, *A.J.C.L.* v (1956), 133–41).

Law in the Middle East, neşr.: M. Khaddurî ve H.J. Liebesny, i, Washington 1955. (Çeşitli yazarların İslâm hukuk tarihi ve doktrinleri ile ilgili bir makaleler mecmuası).

1. Bu kitaplar ve Arapça muteber eserlerin tercümeleri, genellikle her bölümün bibliyografyasında tekrar işâret edilmemiştir. Dergi isimlerinin kısaltmaları için bak., s. 286 vd.

+**A. D'Emilia**, "Diritto islamico", *Le civilta dell' oriente*, iii, Roma 1958, 493–530. (Muhtasar bilgi verir).

Arapça kaynakların tercümesi için bak., s. 261 vd., yine bak.:

+**G.-H. Bousquet**, *Precis de droit musulman*, ii: Le Droit musulman par les textes, 3. baskı, Cezayir 1960.

İSLÂM HUKUK TARİHİ İLE İLGİLİ ESERLER:

++**I. Goldziher**, *Vorlesungen über den Islam*, Heidelberg 1910; 2. baskı, 1925; çev.: F. Arin, *Le Dogme et la loi de l'Islam*, Paris 1920. (İslâm hukukunun, İslâmın tekâmülü çerçevesinde geçirdiği merhaleleri vukufla ele alan bir eser).

+**D. S. Margoliouth**, *The Early Development of Mohammedanism*, Londra 1914 (ss. 65–98).

J. Schacht, *The Origins of Muhammadan Jurisprudence*, 3. baskı, Oxford 1959.

N. J. Coulson, *A History of Islamic Law*, Edinburgh, 1964; bak., J. Schacht, *Middle Eastern Studies*, i/4 (1965).

KONUYU TARİHİ AÇIDAN ELE ALAN MÜSLÜMAN YAZARLARIN ESERLERİ:

Muhammed el-Hudri, *Tâ'rîh et-Teşrî el-İslâmî*, 7. baskı, Kahire 1961.

Muhammed b. el-Hasan el-Hacvi, *el-Fikr es-Sâmî fî Tâ'rîh el-Fıkh el-İslâmî*, 4 cilt, Rabat-Fas-Tunus, 1345–9/1926–31.

Ali Hasan Abdulkâdir, *Nazra Âmme fî Tâ'rîh el-Fıkh el-İslâmî*, i, Kahire 1361/1942.

Muhammed Yusuf Mûsâ, *Muhâdarât fî Tâ'rîh el-Fıkh el-İslâmî*, 3 cilt, Kahire 1954–56; kezâ bak., onun *el-Fıkh el-İslâmî* adlı eserine yazdığı giriş (Mudhal...) (bak. s. 272).

Subhi Mahmasâni, *Mukaddime fî İhyâ' Ulâm eş-Şerî'a*, Beyrut 1962.

Mahmûd Şihâbî, *Edvâr-ı Fıkh*, i, Tahran 1329/1951 (Tahran Üniversitesi Yayını, 84) (Şi'î mezhebine göre).

Hâşim Ma'rûf el-Hasanî, *el-Mebâdi' el-Amme li'l-Fıkh el-Ca'ferî*, (Bağdad) 1964 (Şi'î mezhebine göre).

ÇEŞİTLİ ESERLER:

++**J. Snouck Hurgronje**, *Verspreide Geschriften*, ii, Bon ve Leipzig

1923; kezâ, *Selected Works of C. Snouck Hurgronje*, İngilizce ve Fransızca baskı: G.-H. Bousquet ve J. Schacht, Leiden 1957 (Snouck Hurgronje'nin eserleri İslâm hukukunun mahiyetini doğru bir şekilde anlamak için pek lüzumludur).

C. A. Nallino, *Raccolta di scritti editi e inediti*, iv, Roma 1942.

+**G. Bergstrasser**, "Zur Methode der Fiqh-Forschung", *Islamica*, iv/3 (1930), 283–94.

F. Köprülü, *İslâm Ansiklopedisi*, "Fıkıh" maddesi, iii, İstanbul 1947.

J. Schacht, "Le Dorit musulman: solution de quelques problèmes relatifs a ses origines", *R.A.* 1952, 1–13.

The Encylopedia of Islam, 4 cilt ve Supplement, Leiden ve Londra 1913–38 (kezâ, Fransızca ve Almanca baskıları); *Shorter Encyclopaedia of Islam*, Leiden ve Londra 1953 (genel makaleler: I. Goldziher, *Fıkh*; J. Schacht, *Şerî'a*); *The Encyclopedia of Islam*, yeni baskı, Leiden ve Londra 1960 ve daha sonra (kezâ Fransızca baskı).

BİBLİYOGRAFİK ESERLER:

Revue des études islamique, Paris 1927 ve daha sonra, bölüm "Abstracta Islamica".

IBLA, Tunus 1937 ve daha sonra, "Références" bölümü.

J. D. Pearson ve Julia Ashton, *Index Islamicus* 1906–1955, Cambridge 1958, 101–41; *Supplement* 1956–1960, 33–47. Kezâ bak., aşağıya, Arminjon, Nolde ve Wolff.

KARŞILAŞTIRMALI HUKUK BAKIMINDAN İSLÂM HUKUKU:

E. Lambert, *Introduction à la fonction du droit civil comparé*, i, Paris 1903, 297–389.

217 **Ch. Cardahi**, "Les Conditions générales de la vente en droit comparé occidental et oriental", *Annales de l'Ecole de Droit de Beyrouth*, 1945, no. 1, 7–208.

—— "Droit et morale, le droit moderne et la legislation de l'Islam au regard de la morale", 3 cilt, aynı dergi, 1950, 1954, 1958.

—— "Le pret à intéret et l'usure...", *R.I.D.C.* vii (1955), 499–541.

P. Arminjon, Baron B. Nolde ve M. Wolff, *Traité de droit comparé*, 3 cilt, Paris 1950–52 (özellikle i, 83–86; iii, 399–533; bu eser Batı dillerinde neşredilmiş İslâm hukuku ile ilgili bütün kitapların bir bibliyografyasını verir).

A. D' Emilia, "Roman Law and Muslim Law, a Comparative outline", *East and West*, iv/2, Roma (Istituto Italiano per il Medio ed Estremo Oriente) 1953.

Abdurrazzâk Ahmed es-Senhûrî, *Masâdir el-Hakk fi'l-Fıkh el-İslâmî, dirâse mukârine bi'l-fıkh el-garbî*, 6 cilt, Kahire 1954–59.

M. Ghauth, "Torts due to Negligence (a comparative study of the Islamic and English Laws)", *I.C.* XXXII, (1958), 153–65, 232–8.

Abdurrahman el-Sâbûnî, *Medâ Hurriyyet ez-Zevceyn fi't- Talâk fi'ş-Şerî'a el-İslâmiyye, bahs mukârin*, Şam 1962 (görmedik; bak., *IBLA*, XXVI (1963), 81).

BÖLÜM 2

218 1) **G. Jacob**, *Altarabisches Beduinenleben*, 2. baskı, Berlin 1897 (ss. 209–21).

J. Wellhausen, *Reste arabischen Heidentums*, Berlin 1897 (ss. 186–95).

—— *Gemeinwesen ohne Obrigkeit*, Göttingen 1900 (ss. 9, 15) (The *Historians of the World*'de tercüme edildi, neşr.: H. S. Williams, viii, New York 1904, 284–293).

2) **H. Lammens**, *La Mecque a la veille de l'hégire*, Beyrut 1924 (ss. 116–89).

—— *La Cité arabe de Tâif a la veille de l'hégire*, Beyrut 1922 (ss. 94–103).

G. -H. Bousquet, F. Peltier ve G. -H. Bousquet, *Les Successions agnatiques mitigées*'inde, Paris 1935, 95 vd. ve *Hespéris*'de, 1954, 238–41. (Bu eser Mekke'de ticaretin hacmi ve karakteri üzerinde durur).

C. C. Torrey, *The Commercial-Theological Terms in the Koran*, Leiden 1892.

MEKKE İLE İLGİLİ AYRINTILI BİLGİLER:

J. Schacht, "Ribâ" maddesi, *Shorter E.I.*

—— *Origins*, 159 vd. (hiyâr el-meclis hakkında)

MEDİNE İLE İLGİLİ AYRINTILI BİLGİLER:

Mâlik b. Enes, *el-Muvatta'*, *Kitab el-buyû'*, *bey'u'l-arâya* ve *müzâbene* ve *muhâkale* bölümleri. (Bu akitlerin İslâm öncesi devre kadar götürülmesi mümkündür; çünkü bunlar Güney Arabistan'da da görülür. Bak., aşağıya, bend: 6); çev.: F. Peltier, *Le Livre des ventes*, Cezayir 1911, 19–21, 27–30; bak., J. Schacht, *Origins*, 312.

METODOLOJİK ESERLER:

J. Schacht, *J.C.L.* 1950, 3–4, 11, ve *M.A.I.D.C.* iii/4 (Roma 1955), 130 vd.,

C.A. Nallino'nun (1933), *Raccolta di scritti*, IV, Roma 1942, 88 vd.'sine karşı..

3) AİLE VE EVLENME HUKUKU İLE İLGİLİ ESERLER:

++**J. Wellhausen**, "Die Ehe bei den Arabern", *Nachr. Ges. Wiss. Göttingen*, 1893, no. 11, 431–81.

W. Robertson Smith, *Kinship and Marriage in Early Arabia*, yeni baskı: Stanley A. Cook, Londra 1903 (bak., Th. Nöldeke, *Z.D.M.G.* xl (1886), 148–87.

H. Lammens, *Le Berceau de l'Islam*, Roma 1914 (ss. 276–306).

Gertrude H. Stern, *Marriage in Early Islam*, Londra 1939 (ss. 57–74).

+**W. Montgomery Watt**, *Muhammed at Madina*, Oxford 1956 (ss. 272–4, 373–88) (önemli bir eser olmakla beraber, kaynakların kullanılış şekli söz götürür).

MİRAS HUKUKU İLE İLGİLİ ESERLER:

+**G. -H. Bousquet, F. Peltier ve G. -H. Bousquet**'nin *Les Successions agnatiques mitigées*, Paris 1935 (ss. 83–102) adlı eserinde.

++**R. Brunschvig**, "Un Système peu connu de succession agnatique dans le droit musulman", *R.H.* 1950, 23–34.

KAN DAVALARI İLE İLGİLİ ESERLER:

O. Procksch, *Über die Blutrache bei den vorislamischen Arabern*, Halle 1899.

219 **H. Lammens**, "Le Caractère religieux du târ' ou vendetta chez les Arabes préislamites" (1925), L'Arabie occidentale avant l'hégire, Beyrut 1928, 181–236.

4) SİYÂSİ OTORİTE İLE İLGİLİ ESERLER:

J. Welhausen, *Gemeinwesen ohne Obrigkeit* (bak., yukarıya, bend 1).

H. Lammens, *Le Berceau de l'Islam*, Roma 1914 (ss. 197–267).

HAKEM, SÜNNET VE ADÂLETİN TEVZİİ İLE İLGİLİ ESERLER:

I. Goldziher, *Muhammadanische Studien*, i, Halle 1889, 10 vd., 14, 41.

A. Fischer, "Kâhin" Maddesi, *Shorter E.I.*

H. Lammens, *Le Berceau de l'Islam*, 257 vd.,

E. Tyan, *Histoire de l'organisation judiciare en pays d'Islam*, 2. baskı, Leiden 1960, 27–61; "Hakem" maddesi, *E.I.*/2.

5) **C.C. Torrey**, *The Commercial-Theological Terms in the Koran*, Leiden 1892.

J. Horovitz, *Koranische Untersuchungen*, Berlin ve Leipzig 1926 (s. 51, *mîsâk* konusunda; ss. 60 vd. *şerîk* (ortak) konusunda).

R. Brunschvig, *S.I.* v (1956) ,29 vd. (Bu makale bazı eski hukuk terimlerinin *Kur'ân*'da bulunmadığı üzerinde durur).

Ecr hakkında: J. Schacht, "Ecr" maddesi, *E.I.*/2.

Rehn hakkında: J. Schacht, *Origins*, 186; kezâ bak., *J.C.L.* 1950, 3–4, 15 ve *M.A.I.D.C.* iii/4, 137 vd..

Uhde hakkında: Mâlik b. Enes, *el-Muvatta'*, *Kitâb el-buyû'*, "*uhde*" bölümü, çev.: F. Peltier, *Le Livre des ventes*, 8 vd.

Meks ve melesâ hakkında bak., Arapça sözlükler.

6) *Lıss, dellese ve arabûn hakkında:* J. Schacht, *XII Convegno "Volta"*, Roma 1957, 199 vd., 210, 228 vd.: *arabûn* v.s. hakkında yine, Mâlik b. Enes, *el-Muvatta'*, *el-buyû'*, "*bey' el-urbân*" bölümü; çev.: F. Peltier, *Le Livre des ventes*, 1–6.

Yazılı belgeler hakkında: F. Krenkow, *A Volume of Oriental Studies presented to Edward G. Browne*, Cambridge 1922, 265, 266, 268; S. Fraenkel, *Die armaischen Fremdwörter im Arabischen*, Leiden 1886, 249.

Eski Güney Arabistan hukukunu geniş bir şekilde ele alan veya bibliyografyasını veren bir eser mevcut değildir. Bununla birlikte bak., N. Rhodokanakis'in eserlerinin listesi, Maria Höfner, *Altsüdarabische Grammatik*, Leipzig 1943, xxiii vd.; K. Mlaker, *Die Hierodulenlisten von Ma'în, nebst Untersuchungen zur altsüdarabischen Rechtsgeschichte und Chronologie*, Leipzig 1943; M. Höfner, "Über einige Termini in qatabanischen Kaufurkunden", *Z. D.M.G.* cv (1955), 74–80; A. F. L. Beeston, "The Posisition of

Women in Pre-Islamic South Arabia", *Proceedings XXII nd Congress of Orientalists*, ii, Leiden 1957, 101–6; aynı yazar, "Qahtan. Studies in Old South Arabian Epigraphy, i": *The Mercantile Code of Qataban*, Londra 1959.

İki şahit kuralı hakkında: J.A. Montgomery, "The Words 'law' and 'witness' in the South Arabic", *J.A.O.S.* xxxvii (1917), 164 vd..

Muhâkale hakkında: N. Rhodokanakis, "Der Grundsatz der Qffentlichkeit in den südarabischen Urkunden", *Sitzungsberichte Wien*, clxxvii (1915), no. 2, ss. 17, 22.

BÖLÜM 3

220 1) **E. Tyan**, *Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam*. 2. baskı, Leiden 1960, 61–72.

S. D. Goitein, "The Birth-hour of Muslim Law?", *M.W.* 1 (1960), 23–29 (kezâ, *Proceedings XXII nd Intern. Congress of Orientalists*, ii, Leiden 1957, 247–53) (sûre V. 42–51. âyetleri ileri sürer; değişik bir görüş açısı).

2) **R. Roberts**, *The Social Laws of the Qorân*, Londra 1925 (yetersiz; fakat ilgili metinleri içine alan bir eser olmak hasebiyle kullanılabilir; bak. **J. Schacht**, *O.L.Z.* 1927, 48–50).

HZ. MUHAMMED DEVRİNDE CİNSEL AHLÂK HAKKINDA ESERLER:

L. Caetani, *Annali dell' Islam*, iii, Roma 1910, yıl 17, 64–86. paragraflar.

Sara Kohn, *Die Eheschliessung im Koran*, tez, Leiden 1934.

Gertrude S. Stern, *Marriage in Early Islam*, Londra 1939.

+**W. Montgomery Watt**, *Muhammed at Madina*, Oxford 1956 (ss. 261–302, 389–92).

M. Gaudefroy-Demombynes, *Mahomed*, Paris 1957 (ss. 596–658).

Ayrıca şu makalelerin ilgili bölümlerine bak., "Fay" *E.I.*/2 (F. Lokkegaard), "Katl", "Kısas", "Mirâs", "Nikâh", "Ribâ", "Talâk", *Shorter E.I.* (J. Schacht), ve "Sârık", *E.I.*/1 (W. Heffening). *Kur'ân*'ın çeşitli tercümeleri arasında M. Pickthall'ın *The Meaning of the Glorious Koran*, Londra 1930, adlı tercümesi *Kur'ân*'ın Sünnî müslümanlar arasında yaygın olan yorumunu gerçek bir şekilde yansıtır; R. Blachère'in, *Le Coran*, 2 cilt, Paris 1949–51, ve *Introduction au Coran*, Paris 1947'ı ise modern bilim adamının *Kur'ân*'dan çıkardığı neticeleri verir.

BÖLÜM 4

221 1) GENEL OLARAK İDÂRE HAKKINDAKİ ESERLER:

L. Caetani, *Annali dell' Islam*, v, Roma 1912, yıl 23, 517–811. paragraflar (bugün eskimiş olmakla beraber henüz yerini alacak bir eser neşredilmemiştir).

W. Hoenerbach, *Der Islam*, xxix (1950), 206–4.

R. Rubinacci, *A.I.U.O.N.*, n.s. v (1954), 106–21 (Abdullah b. İbâd'ın 76/695 yıllarında Emevî halîfesi Abdülmelik'e hitaben yazdığı, Ebû Bekr, Ömer ve Osman'ın idaresi hakkındaki bir mektubun tercümesidir; Berrâdî, *Kitâb el-Cevâhir*, Kahire 1302, 156–67'den).

CEZA HUKUKU İLE İLGİLİ ESERLER:

A.F.L. Beeston, "The so-called Harlots of Hadramaut", *Oriens*, v (1952), 16–22 (İsyana kalkışan kadınların ellerinin Ebû Bekr'in emri ile kesilmesi; Muhammed b. Habîb, *Kitâb el-Muhabbar*, Haydarabad 1942, 184–9'dan).

I. Goldziher, *Z.D.M.G.* xlvi (1892), 17–20, 28 (Ömer ve Osman tarafından hiciv yazan şairlerin cezalandırılması).

Th. Nöldeke ve F. Schwally, *Geschichte des Qorâns*, 2. baskı, i, Leipzig 1909, 248–51 (zinâdan dolayı uygulanan recm cezâsı); bak., L. Caetani, *Annali*, iii, 1910, yıl 17, 84, 86. paragraflar.

Şarap içmenin cezası hakkında: A.J. Wensinck, "Hamr" maddesi *E.I.*/1; J. Schacht, *Origins*, 191, n. 5.

Genel ortam için: O.A. Farrukh, *Das Bild des Frühislams in der arabischen Dichtung*, Leipzig (tez, Erlangen) 1937, 112–27.

HAKEM VE ADÂLETİN TEVZİİ İLE İLGİLİ ESERLER:

E. Tyan, *Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam*, 2. baskı, Leiden 1960, 72–82.

D. S. Margoliouth, "Omar's Instructions to the Kadı", *J.R.A.S.* 1910, 307–26.

KASÂME VE YOL KESME İLE İLGİLİ ESERLER:

E. Graf, "Eine wichtige Rechtsdirektive Utmân's aus dem Jahre 30", *Oriens* xvi (1963), 122–33.

2) **J. Schacht**, *Origins*, 260–8.

R. Rubinacci, "La purità rituale secondo gli Ibâditi", *A.I.U.O.N.* n.s. vi (1957), 1–41 (konunun değişik yönlerine ağırlık verir).

3) +**I. Goldziher**, *Muhammedanische Studien*, i, Halle 1889, 10 vd., 41; ii, 1890, 11–16 (çev.: L. Bercher, *Etides sur la tradition islamique*, Paris 1952, 12–17).

—— "The Principles of Law in Islam", *The Historians' History of the World*, neşr.: H.S. Williams, viii, New York 1904, 294–304 (s. 294 vd.)

R. Rubinacci, (bak yukarıya no. 1).

J. Schacht, "Sur l'expression sunna du Prophète", *Mélanges d'orientalisme offerts à Henri Massé*, Tahran 1963, 361–5.

222

4) **Hasan el-Basri**'nin *Risâle*'si hakkında: H. Ritter, *Der Islam*, xx (1932), 67–83 (metin); J. Obermann, "Political Theology in Early Islam", *J.A.O.S.* lv (1935), 138–62; J. Schacht, *Origins*, 74 (açıklama).

J. Schacht, *Origins*, 188, 191, 224–7.

5) GENEL ESERLER:

J. Schacht, "Foreign Elements in Ancient Islamic Law", *J.C.L.* 1950, no. 3–4, 9–16; kezâ, *M.A.I.D.C.*, iii/4, (Roma 1955), 127–41.

—— "Remarques sur la transmission de la pensée grecque aux Arabes", *Histoire de la médicine*, ii/5, Paris 1952, 11–19.

—— "Droit Byzantin et droit musulman", *XII Convegno "Volta"*, Roma 1957, 197–218 (bibliyografya ile birlikte), ve tartışma, 219–30.

HOŞGÖRÜLEN DİNLERİN DURUMU İLE İLGİLİ ESERLER:

XII Convegno "Volta", 205 vd.; bibliyografyaya ek olarak: J. de Menasce, "L'Eglise mazdéene dans l'Empire sassanide", *Cahiers d'histoire mondiale*, ii, 1955, 555–65 (özellikle s. 560).

VERGİ HAKKINDA:

Cl. Cahen, "Darîbe" ve "Cizye" maddeleri, *E.I.*/2.

İCÂRE HAKKINDA:

D. Santillana, *Istituzioni*, i, 436–40 (genel durum için; teferruat bakımından eski)

Cl. Cahen, *Annales: Economie, sociétés, civilisations*, 1953, 26.

VAKIF HAKKINDA:

XII Convegno "Volta", 213–15; bibliyografyaya ilave olarak: Cl. Cahen, "Réflexions sur le Waqf ancien", *S.I.* xiv, (1961), 37–56.

"AHKÂM-I HAMSE" HAKKINDA:

S. van den Bergh, *Averroes' Tahâfut al-Tahâfut*, ii, Londra 1954, 117 vd.; keza bak., J. Schacht, *Origins*, 133

HELLENİSTİC HİTÂBET VE HUKUK ARAŞTIRMALARI HAKKINDA:

F. Schulz, *History of Roman Legal Science*, Oxford 1946, 268–270, 301 vd.

TALMUD VE RABBÂNİLER HUKUKUNDA HELLENİSTİK UNSURLAR HAKKINDA:

XII Convegno "Volta", 202; bibliyografyaya ek olarak: R. Yaron, *Gifts in Contemplation of Death in Jewish and Roman Law*, Oxford 1960, index, Hellenistic kelimesi altında; S. Liebermann, *Greek in Jewish Palestine*, New York 1942, ve *Hellenism in Jewish Palestine*, New York 1950 (genel durum için).

ROMA HUKUKUNDAN ÇIKARILAN MÜNFERİD HUSUSİYETLER HAKKINDA:

A. von Kremer, *Culturgeschichte des Orients*, i, Viyana 1875, 532 vd. (25 yıllık *legitima aetas*; bak yukarıya s. 125).

F. F. Schmidt, "Die occupatio im islamischen Recht", *Der Islam*, i (1910), 300–53.

EVLİLİĞE ENGEL TEŞKİL EDEN ZİNÂ HAKKINDA

J. Schacht, *R.I.D.A.* 2. seri, i (1952), 105–23.

223 KIYAS V.S. HAKKINDA:

I. Goldziher, "Das Princip des istishâb in der muhammedanischen Gesetzwissenschaft", *Vienna Oriental Journal*, i (1887), 228–36.

J. Schacht, *Origins*, 99 vd..

SASANİ HUKUKU VE BU HUKUKTAN ÇIKARILMIŞ OLAN HUSUSİYETLER HAKKINDA:

A. Christensen, "Introduction bibliographique à l'histoire du droit de l'Iran ancien", *A.H.D.O.* ii (1937), 243–57; A. Pagliaro tarafından ilave, *R.S.O.* xxiv (1949), 120–2.

A. Pagliaro, *XII Convegno "Volta"*, 220 vd., 400–3.

N. Pigulevskaya, "Die Sammlung der syrischen Rechtsurkunden des Ischobocht (8. asrın sonu) und des Matikan", *Akten des XXIV. Intern. Orientalistenkongresses*, Wiesbaden 1959, 219–21 (önemli mukayese).

J. Schacht, *Orientalia*, xvii (1948), 519 (*kâtib* hakkında); *Origins*, 95, ve *M.A.I.D.C.* iii/4, 140 (*tedvin* hakkında), S.D. Goitein'in makalesine karşı, *I.C.* xxiii (1949), 128.

6) **J. Schacht**, "Vom babylonischen zum islamischen Recht", *O.L.Z.* 1927, 664–9 (problemin beyânı); bak., M. San Nicolo, *Beitrage zur Rechtsgeschichte*, v.b., Oslo 1931, 159 vd..

I. Goldziher, *R.S.O.* i (1907), 209 (*icab*'ın anlamı hakkında).

BÖLÜM 5

224 1) **G. Levi Della Vida**, "Emevîler" maddesi, *E.I.*/1.

2) **J. Schacht**, *Origins*, 190–213.

Kasâme hakkında: I. Goldziher, *Zeitschr. vergl. Rectswiss.* viii (1889), 412; J. Wellhausen, *Reste arabischen Heidentums*, Berlin 1897, 187; aynı yazar, *Gemeinwesen ohme Obrigkeit*, Göttingen 1900, 9; R. Brunschvig, *S.I.*, iii (1955), 69 vd.

3) HAKEMDEN KADI'YA GEÇİŞ HAKKINDA:

+**E. Tyan**, *Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam*, 2. baskı, Leiden 1960, 74–76.

J. Schacht, *Origins*, 228 vd.

KADI'NIN KÜRSÜSÜ VE ASASI HAKKINDA:

C.H. Becker, *Orientalische Studien Theodor Nöldeke... gewidmet*, i, Giessen 1906, 338–40, = *Islamstudien*, i, Leipzig 1924, 458–60.

EMEVİLER DEVRİNDEKİ KADILAR HAKKINDA:

+**M. Gaudefroy-Demombynes**, "Sur les origines de la justice musulmane", *Mélanges syriens offerts à M. René Dussaud*, ii, Paris 1939, 819–28.

+**E. Tyan**, *Histoire de l'organisation judiciaire;* 83–99.

J. Schacht, *Origins*, 100–2, 167 vd., 191; "Al-Ash'arî Abû Burda" maddesi, *E.I.*/2.

E. Graf, "Gerichtsverfassung und Gerichtsbarkeit im islamischen Recht", *Zeitschr. vergl. Rechtswiss.* lviii (1955), 48–78 (Bu eserin kullandığı metod ve çıkardığı tarihî neticeler söz götürür).

İLK İSLÂM KADILARI HAKKINDA ARAPÇA KAYNAKLAR:

Abdulhamid b. Yahyâ, (ölm. 132/750'den hemen sonra), Abdullah b. Mervân'a hitâben yazılan *Risâle*, Kalkaşendî, *Subh el-A'şâ*, x, Kahire 1916, 217 vd., dan ve Ahmed Zekî Safvet, *Cemheret Resâ'il el-Arab*, ii, Kahire 1937, 508 vd.'dan (Emevî devrinin sonlarında bir kadıda bulunması gereken vasıflar hakkında).

Vekî' (ölm. 330/941), *Ahbâr el-kudât*, neşr.: Abdulaziz Mustafa el-Merâgî, i-iii, Kahire 1947–50.

Kindî (ölm. 350/961), *The Governors and Judges of Egypt*, neşr.: R. Guest, Leiden ve Londra 1912 (G. Bergstrasser'in önemli eleştirisi, *Z.D.M.G.* lxiii (1914), 395–413).

"*Muhtesib*" *hakkında:* J. Schacht, *Orientalia*, xvii (1948), 518.

GAYRI MÜSLİMLERİN KAZÂİ MUHTARİYETİ HAKKINDA:

N. Edelby, "L'Autonomie législative des Chrétiens en terre d'Islam", *A.H.D.O.* v (1950–1), 307–51.

A. Fattal, *Le Statut legal des non-Musulmans en pays d'Islam*, Beyrut 1958.

4) **J. Schacht**, *Revue africaine*, xcvi (1952), 322 vd.

Recâ ve Ebû Kilâbe hakkında: J. Wellhausen, *Das arabische Reich und sein Sturz*, Berlin 1902, 165 (Çev.: Margaret Weir, *The Arap Kingdom and its Fall*, Kalküta 1927, 264 vd.); İbn Sa'd (ölm. 230/845), *Kitâb et-Tabakât el-Kebîr*, vii/i, Leiden 1915, 133–5.

İbrahîm en-Naha'î ve Irak'taki çağdaşları hakkında: J. Schacht, *Origins*, 229–31, 233–7.

BÖLÜM 6

226 1) **J. Schacht**, *Origins*, 6–10, 213–23.

++**R. Brunschvig**, "Considerations sociologiques sur le droit musulman ancien" *S.I.* iii (1955), 61–73.

2) **J. Schacht**, *Origins*, 224–7.

3) ++ **R. Brunschvig**, "Polemiques médiévales autour du rite de Mâlik", *Al-Andalus*, xxv (1950), 377–435.

J. Schacht, *Origins*, 58–97.

4) **J. Schacht**, *Origins*, 231–40, 243–8, 249–52.

—— "Atâ" maddesi *E.I.*/2.

ÖZELLİKLE 2. YÜZYIL İMAMLARININ BİR LİSTESİ:

İbn Hazm (ölm. 456/1065), *el-Ihkâm fî Usûl el-Ahkâm*, böl.: xxviii (Kahire baskısı, 1345–8, v, 95–104).

5) **J. Schacht**, *Origins*, 73 vd., 76.

6) **J. Schacht**, *Origins*, 240–2, 240 vd.

7) ++**I. Goldziher**, *Muhammedanische Studien*, ii, Halle 1890, 1–274 (çev.: L. Bercher, *Etudes sur la tradition islamique*, Paris 1952) (önemli).

A. Guillaume, *The Traditions of Islam*, Oxford 1924 (Genellikle Goldziher'e dayanır).

++**R. Brunschvig**, (yukarıya bak., no. 3).

J. Schacht, *Origins*, 253–7.

—— "Ehl el-Hadis" ve "Ashâb er-Re'y" maddesi, *E.I.*/2.

J. Fück, "Die Rolle des Traditionalismus im Islam", *Z.D.M.G.* xciii (1939), 1–32 (eleştiriden yoksun).

J. Robson, *Muslim Traditions: the Question of Authenticity*, Manchester 1952 (*Memoirs and Proceedings of the Manchester Literary and Philosophical Society*'den yeni baskı).

—— "Hadis" maddesi, *E.I.*/2.

HADİSLERLE İLGİLİ ESKİ MÜNAKAŞALAR HAKKINDA:

I. Goldziher, "Kampfe um die Stellung des Hadit im Islam", *Z.D.M.G.* lxi (1907), 860–72; Fransızca özet: G. H. Bousquet, *Arabica*, vii (1960), 4–8.

J. Schacht, *Origins*, 21–57, vd., 63 vd., 128–32.

METODOLOJİ İLE İLGİLİ ESERLER:

R. Brunschvig, "Ibn Abdalhakam et la conquete de l'Afrique du Nord par les Arabes", *A.I.E.O.* vi (1942–7), 108–55.

J. Schacht, "A Revaluation of Islamic Traditions", *J.R.A.S.* 1949, 143–54.

—— "Le Droit musulman: solution de quelques problèmes relatifs à ses origines", *R.A.* 1952, 1–13.

—— *Origins*, 138–79.

Hadîs mecmualarının sayısı pek çoktur; *Kütüb-i Sitte* (Altı Kitap) adı verilen Buharî, Müslim, İbn Mâce, Tirmizî, Ebû Davud ve en-Nesâ'î'nin eserleri, hicrî 3. yüzyılın ikinci yarısından itibaren yazılmıştır. Bu eserler, İslâm hukukunun kaynak kitapları olmamakla beraber, bunlara Sünnî müslümanlar tarafından özel bir itibar gösterilmiştir.

227 *Sahîh el-Buharî* (ölm. 256/870)'nin tercümeleri: O. Houdas ve W. Marçais, *Les Traditions islamiques*, i-iv, Paris 1903–14; F. Pelteri, *Le Livre des testaments*, Cezayir 1909; aynı yazar, *Le Livre des ventes... suivi du livre de la vente à terme et du livre du retrait*, Cezayir 1910; aynı yazar, *Oeuvres diverses*, Cezayir 1949, 5-71 (*Livres de l'ensemencement et de la mousaqat*); G. -H. Bousquet ve Kh. Takarlı, "Le Livre des successions", *R.A.* 1933, 208–38; G. -H. Bousquet, *L'Authentique tradition musulmane*, Paris 1964 (seçme hadîsler).

A. J. Wensinck, *A Handbook of Early Muhammadan Tradition*, Leiden 1927 (İbn Hanbel'in *Müsned*'i, Mâlik'in *Muvatta*'ının ve Zeydîlere ait *Mecmû el-Fıkh*'ın ilgili bölümleri de dahil olmak üzere, *Kütüb-i Sitte* ve diğer eski eserlerin konu fihristi).

——— ve diğerleri, *Concordance et indices de la tradition musulmane*, i-vii, Leiden 1936–1969. (Arapça)

DİĞER ÖNEMLİ MECMUALAR:

Bayhakî (ölm. 458/1066), *es-Sunen el-Kubrâ.*

Muttakî el-Hindî (ölm. 975/1567), *Kenz el-Ummâl.*

Şevkâni (ölm. 1250/1832; Zeydî Şi'î yazar olup, Sünnî malzemeyi kullanır), *Neyl el-Evtâr.*

BÖLÜM 7

228 1) ++**G. Bergstrasser**, "Anfange und Charakter des juristischen Denkens im Islam", *Der Islam*, xiv (1925), 76–81 (kısmen eski olmakla beraber önemli bir eser)

+**I. Goldziher**, *Die Zahiriten*, Leipzig 1884, 3–20, 89–94 (halâ önemli bir eser).

J. Schacht, *Origins*, 98–119.

2) *Hukukî bilmeceler* (*elgâz*) hakkında: J. Schacht, *Origins*, 241.

Vecîz hukuk kaideleri hakkında: J. Schacht, *Origins*, 180–9; R. Brunschvig, *R.H.* 1950, 29–31; aynı yazar, *Unity and Variety in Muslim Civilization*, neşr.: G. E. Von Grunebaum, Chicago 1955, 85.

3) **J Schacht**, *Origins*, 269–87.

İKİNCİ YÜZYIL İÇİN ÖNEMLİ ARAPÇA KAYNAKLAR:

Mâlik (ölm. 179/795), *el-Muvatta'*, kezâ Şeybânî rivâyeti; kısmî çev.: F. Peltier, *Le Livre des ventes du Mouattâ de Mâlik Ben Anas*, Cezayir 1911.

Sahnûn (ölm. 240/854), *el-Mudevvene* (Medînelilerin görüşleri için); G. -H. Bousquet, eserin muhtevâsına bir anahtar vermektedir, *A.I.E.O.* xvi-xx (1958–62), ve *R.A.* 1958–61; *Kitâb el-habs*'in çev.: Almenouar Kellal, *R.A.* 1936, 186–207; bak., aynı eser, 1937, 149–55.

Ebû Yûsuf, (ölm. 182/798), *er-Redd alâ Siyer el-Evzâ'î.*

——— *İhtilâf Ebî Hanîfe ve İbn Ebî Leylâ.*

——— *Kitâb el-Asâr.*

Şeybânî (ölm. 189/804), *Kitâb el-Hucec.*

——— *Kitâb el-Asâr.*

—— *Kitâb el-Asl; "fesâd"* bölümünün çev.: (bak., s. 152 vd.) G. Wiedensohler, *Mangel beim Kauf* (bak., s. 276).

—— *el-Câmî' el-Kebîr.*

—— *el-Câmî' es-Sagîr;* kısmî çeviri ve şerh: I. Dimitroff, *M.S.O.S.* xi/2 (1908), 60–206 (Giriş bilgi bakımından eski).

—— Mâlik'in *Muvatta*'ının rivâyeti.

Şâfi'î (ölm. 204/820), *Kitâb el-Umm,* aynı zamanda çoğunlukla tartışmaya yönelik dokuz *Risâle*'yi ihtiva eder.

—— *İhtilâf el-Hadîs.*

—— *er-Risâle;* özlü ve ayrıntılı bilgi veren: L.I. Graf, *Al-Shafi'i's Verhandeling over de Wortelen van den Fikh,* tez, Leiden 1934; çev.: M. Khadduri, *Treatise on Moslem Jurisprudence,* Baltimore 1961.

Müzenî (Şâfi'î'nin öğrencisi; ölm. 264/878), *Kitâb el-emr ve'n -nehy;* neşr ve tercüme: R. Brunschvig, *B.E.O.* xi (1945–6), 145–96.

—— *el-Muhtasar.*

Taberî (ölm. 310/923), *Kitâb İhtilâf el-Fukahâ,* (bak., s. 265).

Mecmû' el-Fıkh, Zeyd b. Alî (ölm. 122/740)'ye nispet edilir. (Bir Zeydî şi'î eser; Iraklıların doktrinlerine dayanır; bak., G. Bergstrasser, *O.L.Z.* 1922, 114–24; R. Strothmann, *Der Islam,* xiii (1923), 27–40, 49; kısmî çev.: G. -H. Bousquet ve J. Berque, *Recueil de la loi musulmane,* Cezayir 1941.

4) **J. Schacht**, *Origins,* 288–314; "Ebû Hanîfe en-Nu'mân", "Ebû Sevr", "Ebû Yûsuf", "el-Evzâ'î" maddeleri, *E.I.*/2; "Mâlik b. Enes maddesi", *Shorter E.I.*

229 **W. Heffening**, "eş-Şeybânî" maddesi, *Shorter E.I.*

5) **J. Schacht**, *Origins,* 11–20, 77–80, 88–94, 120–8, 134–7, 315–28 ve *Classicisme et déclin culturel dans l'histoire de l'Islam,* Paris 1957, 145–7.

W. Heffening, "eş-Şâfi'î" maddesi, *Shorter E.I.* J. Schacht, "On Shâfi'î's Life and Personality", *Studia Orientalia Ioanni Pedersen... Dicata,* Kopenhag, 1953, 318–26.

R. Brunschvig, *Arabica,* i (1954), 359 vd..

BÖLÜM 8

230 1) **B. Lewis**, "Abbâsîler" maddesi, *E.I.*/2.

Ebu Yusuf (ölm. 182/798), *Kitâb el-Harâc*, çev.: E. Fagnan, *Le Livre de l'impot foncier*, Paris 1921.

2) **G. Gabrieli**, *Il'cadi o giudice musulmano*, Roma 1913 (*Rivista coloniale*'den ayrı basım, viii/2, fasi. 3 ve 4).

++**E. Tyan**, *Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam*, 2. baskı, Leiden 1960 (bak., M. Gaudefroy-Demombynes, *R.E.I.* 1939, 109–47, ve *J.A.* ccxxxv (1946–7), 123–32).

G. Wiet, *Materiaux pour un Corpus Inscriptionum Arabicarum*, 1/2 (*Memoires publiés par les membres de l'Institut français d'archéologie orientale*), Kahire 1930, 50–62 (*şurta* hakkında).

A. Christensen, *L'Iran sous les Sassanides*, 2. baskı, Kopenhag, 1944 300–3 (*Nazar fi'l-mezâlim*'in İran'a ait bir örneği hakkında).

W. Björkman, "Die Bittschriften im Dîwân al-inşa", *Der Islam*, xxviii (1929) 207–12 (Ortaçağda Mısır'da *nazar fi'l-mezâlim*'in hellenistik bir örneğini vermeye çalışır).

S.M. Stern, "Three Petitions of the Fâtimid Period", *Oriens*, xv (1962), 172–209 (*nazar fi'l-mezâlim* hakkında).

ORTAÇAĞLARDA ADÂLETİN TEVZİİ HAKKINDA:

+**G. Bergstrasser**, *Z.D.M.G.* lxviii (1914), 395–417 (İslâmın ilk dört yüzyılında Mısır'ı ele alır).

+**A. Mez**, *Die Renaissance des Islams*, Heidelberg 1922, bölüm 15; çev.: S. Khuda Bukhsh ve D.S. Margoliouth, *The Renaissance of Islam*, Londra 1937 (*I.C.* ii-vii, 1928–33'den yeni baskı.); çev.: S. Vila, *El renacimiento del Islâm*, Madrid 1936.

E. Levi- Provençal, *L'Espagne musulmane au X éme siécle*, Paris 1932, bölüm 3.

+—— *Histoire de l'Espagne musulmane*, iii, Paris 1953, bölüm 10; ter.: E. Garcia Gomez, *Historia de Espana*, neşr.: R.M. Pidal, cilt: v, Madrid 1957, bölüm 3.

J. F. Hopkins, *Medieval Muslim Government in Barbary*, Londra 1958, 112–47.

H. R. Idris, *La Berbérie orientale sous les Zîrîdes*, Paris 1962, ii, 548–72.

++**R. Brunschvig**, *La Berbérie orientale sous les Hafsides*, ii, Paris 1947, 113–53; "Justice religieuse et justice laique en Tunisie, sous les Deys et les Beys, jusqu'au milieu du XIXe siécle", *S.I.* xxiii.

A. Schimmel, *Kalif und Kadi im spat-mittelalterlichen Agypten*, Leipzig 1943 (*W.I.* xxiv (1942), 1–128'den ayrı basım).

+**A.K.S. Lambton**, "Quis custodiet custodes?" Some reflections on the Persian Theory of Goverment", *S.I.* ve (1956), 125–48; vi (1956), 125–46.

S.R. Sharma, *Mughal Goverment and Administration*, Bombay 1951, bölüm: xii ve xiii.

I.H. Qureshi, *The Administration of the Sultanate of Delhi*, 4. baskı, Lahor 1958, 157–74.

ADÂLETİN TEVZİİ İLE İLGİLİ ARAPÇA KAYNAKLAR:

el-Maverdî (ölm. 350/1058), *el-ahkâm es-sultaniyye;* çev.: E. Fagnan, *Les Statuts gouvernementaux*, Ceyazir 1915; bak., F.H. Amedroz,
231 "The Office of Kadi", "The Mazâlim Jurisdiction", and "The Hisba Jurisdiction in the Ahkâm Sultaniyya of Mawardî", *J.R.A.S.* 1910, 761–96; 1911, 635–74; 1916, 77–101, 287–314.

Ebû Ya'lâ (ölm. 458/1065), *el-Ahkâm es-Sultaniyye.*

Nuveyrî (ölm. 732/1332), *Nihâyet el-Ereb fî Funûn el-Edeb*, vi, Kahire 1926, 248–315.

Ibn Cemâ'a (ölm. 733/1333), *Tahrîr el-Ahkâm fî Tedbîr Millet el-İslâm*; neşr ve tercüme: H. Kofler, *Handbuch des islamischen Staats- und Verwaltungsrechtes, Islamica*, vi/4 (1934), 3419–414; vii/ (1935), 1–64; *Abh. f. d. Kunde des Morgenl.* xxiii/6 (1938), 18–128.

Tâc ed-Din Subkî (ölm. 771/1370), *Mu'îd en-Ni'am ve Mubîd en-Nikem;* kısaltarak Almanyaca çev.: O. Rescher, İstanbul 1925.

İbn Haldûn (ölm. 808/1406), *el-Mukaddime*, fasıl 3, bâb 31; ter.: Mac Guckin de Slane, *Les Prolégoménes*, i, yeni baskı, Paris 1934, 447–60; çev.: F. Rosenthal, *The Muqaddima*, i, New York 1958, 448-65.

Kalkaşendî (ölm. 821/1418), *Subh el-A'şâ*: W. Björkman, *Beitrage zur Geschichte der Staatskanzlei im islamischen Agypten*, index, *Kâdî, mezâlim, hâcib, şurta, muhtesib* kelimelerinin altına bak..

Venşerîsî (ölm. 914/1508), *Kitâb el-Vilâyât;* neşr ve çev.: H. Bruno ve M. Gaudefroy-Demombynes, *Le Livre des magistrartures*, Rabat 1937.

ÖZEL OLARAK HİSBE HAKKINDA:

Cl. Cahen ve M. Talbi, "Hisbe" maddesi, *E.I.*/2.

Yahyâ b. Ömer Kinâni (ölm. 289/901), *Ahkâm es-Sûk*, bazı parçaların neşri: Mahmûd Ali Mekki, *R.I.E.E.I.* iv (1956), 59–151 (Arapça bölüm); çev.: E. Garcia Gomez, *Al-Andalus*, xxii (1957), 253–316.

W. Behrnauer, *Mémoire sur les institutions de police chez les Arabes, les Persans et les Turcs*, Paris 1861 (ayrı basım: *J.A.* 5. seri, xv-xvii (1860–1); Şeyzerî (ölm. 589/1193)'nin bir tercümesini ihtivâ eder, *Nihâyet er-Rutbe fî Taleb el-Hisbe*, bu hususta bak., J. Sauvaget, *J.A.* ccxxxvi (1948), 309–11); metnin neşri: Al-Arînî ve M.M. Ziyâde, Kahire 1946.

Sakati (ö. tak., 500/1100), neşr.: G. -S. Colin ve E. Lévi-Provençal, *Un manuel hispanique de hisba*, Paris 1931.

İbn Abdûn (ö. tak., 500/1100), neşr.: E. Lévi-Provençal, *J.A.* ccxxiv (1934), 177–299; çev.: F. Gabrieli, "Il trattato censorio di Ibn Abdûn", *Rendiconti Accade-demia Lincei*, 6. seri, xi (1935), 878–935; çev., E. Lévi-Provençal, *Séville musulmane au début du XIIe siecle*, Paris 1947; Lévi Provençal ve E. Garcia Gomez, *Sevilla musulmana a comienzos del siglo XII*, Madrid 1948.

E. Lévi-Provençal, *Trois traités hispanique de hisba*, Kahire 1955, İbn Abdûn'un, İbn Abdurra'uf ve Cersîfî'nin *risâle*'lerini içine alır; sonuncusunu çev.: G.M. Wickens, *I.Q.* iii (1956), 176–87;

ikinci ve üçüncüsünü çev.: Rachel Arie, *Hesperis- Tamuda*, i (1960), 5–38, 199–214, 349–86.

İbn Sa'dûn (ölm. 567/1172), *Ahkâm es-Sûk*, neşr.: Mahmûd Alî Mekkî, *R.I.E.E.I.* iii (1956) 59–152 (Arapça bölüm); bir *fetvâ* mecmuası.

İbn Teymiye (ölm. 728/1238), *Risâlet el-Hisbe fî'l-İslâm;* bak., H. Laoust, *Essai* (bak. s. 237), index, *hisbe* kelimesinin altına bak.

232 **İbn Uhuvve** (ölm. 729/1330), *Ma'âlim el-Kurbe fî Ahkâm el-Hisbe*, neşr.: R. Levy, Londra 1938 (E.J.W. Gibb Memorial, n.s. xii) (bak. M. Gaudefroy-Demombynes, *J.A.* ccxxx (1938), 449–57.

R. B. Serjeant, "A Zaidî Manual of Hisba of the 3rd century (H)", *R.S.O.* xxviii (1953), 1–34.

N. Ziyâde, *el-Hisbe ve'l-Muhtesib fî'l-İslâm*, Beyrut 1963 (Arapça kaynaklardan parçalar ihtiva eder).

3) **E. Tyan**, *Histoire de l'organisation judiciare*, 446–51.

—— *S.I.* x (1959), 101–8.

İbn Ferhûn, (ölm. 799/1397), *Tabsirat el-Hukkâm*, (3. bölüm); bak., N.J. Coulson, "The State and the Individual in Islamic Law", *I.C.L.Q.* vi (1957), 49–60 (Bu makalede varılan sonuçlar izaha muhtaçtır).

İbn Teymiye (ölm. 728/1328), *es-Siyâset eş-Şer'iyye;* çev.: H. Laoust, *Le Traité du droit d'Ibn Taimîya*, Beyrut 1948.

İbn Kayyim el-Cevziyye (ölm. 751/1350), *et-Turuk el-hukmiyye fî's-Siyâset eş-Şer'iyye.*

A. N. Poliak, *R.E.I.* 1935, 235 vd., ve *B.S.O.A.S.* x (1942), 862, 875 (Memlûkların *siyâseti* hakkında)

4) **J. Schacht**, *Origins*, index, İbn Mukaffa' ismi altındaki malumata bak.

S. Goitein, "A Turning Point in the History of the Muslim State", *I.C.* xxiii (1949), 120–35.

Şi'î bir imam için mümkün olan dinî hukukun denetimi hakkında: bak.,

J. Schacht, *Classicisme et déclin culturel dans l'histoire de l'Islam*, Paris 1957, 144 vd..

233 1) **J. Schacht**, *Origins*, 6 vd., 9, 321.

Muvatta' ve *Mudevvene* hakkında bak., s. 228; F. Krenkow, "Sahnûn" maddesi, *E.I.*/1.

W. Heffening, "el-Müzenî" maddesi, *E.I.*/1; bak., yukarıya, s. 228.

M. Plessner, "Sufyân es-Sevrî" maddesi, *E.I.*/1; J. Schacht, *Origins*, 242.

2) Aşağıya, *usûl el-fıkh* bibliyografyasına bak., ss. 266 vd. *Dört usûl*'ün tedrîcen ortaya çıkışı için bak., J. Schacht, *Origins*, 134–6; F. Kern, "Tabarîs İhtilâf alfuqahâ", *Z.D.M.G.* lv (1901), 61–95.

3) **R. Paret**, "İstihsân ve İstıslâh" maddesi *Shorter E.I.*; J. Schacht, *Origins*, 111 vd., 118 vd.; E. Tyan, *S.I.* x (1959), 84–101.

I. Goldziher, "Über igma", *Nachr. Ges. Wiss. Göttingen*, Phil, -hist. Kl., 1916, 81–85; Fransızca özet, G. -H. Bousquet, *Arabica*, vii (1960), 15 vd.

G.F. Hourani, "The Basis of Authority of Consensus in Sunnite Islam", *S.I.* xxi (1964), 13–60.

Mustafâ Zeyd, *el-Maslaha fi't-Teşrî' el-İslâmî*, 2. baskı, Kahire 1384/1964.

MÂLİKİ "AMEL"İ HAKKINDA:

++**J. Berque**, "Amel" maddesi (3), *E.I.*/2 (bibliyografya ile birlikte).

++**L. Milliot**, *Démembrements du habous*, Paris 1918, 23–30, 109–17.

++——— *Recueil de jurisprudence chérifienne*, i-iii, Paris 1920–3 (özel-

likle cilt 1, bölüm 4'e ait olan giriş); cilt iv, yazan: J. Lapanne-Joinville, Paris 1952 (özellikle Milliot'nun önsözü, v-xix).

+—— *Introduction* 167–78.

+**O. Pesle**, *Le Contrat de Safqa au Maroç*, Rabat 1932 (bak., R. Charles, R.A. 1933, 57–114).

+**R. Brunschvig**, "Contribution à l'histoire de contrat de khamessat en Afrique du Nord", *R.A.* 1938, 17–21.

++**J. Berque**, *Essai sur la méthode juridique maghrébine*, Rabat 1944, 33–49, 63–77, 126–9.

ARAPÇA KAYNAKLARIN TERCÜMELERİ:

Zakkâk (ölm. 912/1506), el-Lâmiyye, neşr ve çev.: Merad ben Ali, Kazablanka 1927.

Venşerîsî (ölm. 914/1508), *el-Mi'yâr*, seçmeler yaparak çev.: E. Amar, *La Pierre de touche des fetwas*, 2 cilt ,Paris 1908–9 (bak., F. Codera, *Boletin de la Real Academia de la Historia*, liv (1909), 345–55; lvi (1910), 378–86).

Abdurrahman el-Fâsî (ölm. 1095/1695), *el-Amel el-Fâsî;* V. Loubignac, "La Vente çafqa dans la jurisprudence des cadis de Fez",1933, 62–114; aynı yazar, "Le Chapitre de la préemption", *Hespéris*, xxvi (1939), 191–239; F. Guay ve M. Ben Daoud, "Le Marriage dans la jurisprudence des cadis de Fès", *R.A.* 1933, 178–207.

Ahmed Abbâsî (ölm. 1152/1739): J. Berque, "Les *Ajwiba* d'al-Abbâsî" *R.A.* 1950, 94–104.

Tâvudî b. Sûde (ölm. 1209/1795): E. Pröbster, "Die *Agwiba* des Tâudî Ibn Soda", *Islamica*, ii/3 (1926), 430–8.

234 **Vezzânî**, (ölm. 1342/1923), *el-Mi'yâr el-Cedîd;* J. Berque, *Les Nawâzil el muzâra'a du Mi'yâr Al Wazzânî*, Rabat 1940; P. Mispoulet, *R.M.M.* xxiv (1913), 298–310 (içindekiler listesi de var).

İSLÂM HUKUKUNDA ÖRF VE ÂDET HAKKINDA:

I. Goldziher, *Die Zahiriten*, Leipzig 1884, 204–6.

Snouck Horgronje (1884), *Verspreide Geschriften*, ii, 72–74.

—— *Selected Works*, 57.

D. Santillana, *Istituzioni*, i, 48 vd., (izaha muhtaç).

J. Berque, *Essai sur la methode juridique magrebine*, 72 vd. (aynı mülahazayı taşır).

J. Schacht, *Classicisme et déclin culturel dans l'histoire de l'Islam*, Paris 1957, 141–51.

F.J. Ziadeh, "Urf and Law in Islam", *The World of Islam*, neşr.: J. Kritzeck ve R. B. Winder, Londra 1959, 60–67.

N.J. Coulson, "Muslim Custom and Case-Law", *W.I.*, n.s. vi (1959), 13–24.

Ahmed Fehmi Ebû Sinne, *el-Urf ve'l-âde fî Re'y el-Fukahâ'*, Kahire 1959 (modernist düşüncenin etkisi altında kalmıştır).

4) Buhârî'nin bölüm başlıkları hakkında: I. Goldziher, *Muhammedanische Studien*, ii, Halle 1890, 234–6 (çev.: L. Bercher, *Etudes sur la tradition islamique*, Paris 1952, 294–6); aynı tazar, *Die Zahiriten*, 103–7.

+**H. Laoust**, "Ahmed b. Hanbel maddesi", *E.I.*/2.

Ahmed b. Hanbel, *Kitâb el-Mesâ'il* (sadece bir kaç rivâyetten bir tanesi bugüne kadar basılabilmiştir); aynı yazar, *Kitâb el-Vera'*; seçerek çeviren: G. -H. Bousquet ve Charles Dominique, *Hespéris*, xxxix (1952), 97–119.

Son Hanbelî usûlü: Abdullah b. Ahmed b. Kudâme (ölm. 620/1223), *Ravdat en-Nâzır*; bak., R. Daniel, *R.E.I.* xxxi (1963), 33–47.

++ İbn Teymiye'nin görüşleri hakkında bak., H. Laoust'un eserleri, s. 237; kezâ *Siracu'l-Hak*, "Ibn Taimiyya's Conception of Analogy and Consensus", *I.C.* xvii (1943), 77–87 (ihtiyatla kullanılmalıdır).

5) ++**I. Goldziher**, *Die Zahiriten*, Leipzig 1884 (esaslı bir eser; C. Snouck Hurgronje, *Verspeide Geschriften*, vi, 19–29).

+**R. Strothmann**, "Zâhiriye" maddesi, *Shorter E.I.*

J. Schacht, "Dâvûd b. Halef" maddesi, *E.I.*/2.

+**C. van Arendonk**, "İbn Hazm" maddesi, *Shorter E.I.*

+**M. Asin Palacios**, *Abenhazam de Cordoba*, cilt i, Madrid 1927.

++**R. Arnaldez**, *Grammaire et theologie chez Ibn Hazm de Cordoue*, Paris 1959, 163–93, 217–48.

—— "Les Biens en droit musulman à travers les idées d'Ibn Hazm de Cordoue", *Les Mardis de Dar el-Salam* 1956–57, 1959, 147–86.

—— "La Guerre sainte selon Ibn Hazm" *Etudes d'orientalisme... Lévi-Provençal*, Paris 1962, ii, 445–59.

+**Y. Linant de Bellefonds**, "Ibn Hazm et le zahirisme juridique", *R.A.* 1960, 1–43.

Mu'tezile'nin hukuk düşüncesi hakkında: bak., J. Schacht, *Origins*. 128, 258 vd.

İBN TUMART VE MUVAHHİDİLER HAKKINDA:

I. Goldziher, *Die Zahiriten*, 173–5.

235 ++—— "Materialien zur Kenntnis der Almohadenbewegung", *Z.D.M.G.* li (1887), 30–140 (özellikle 85–100).

++—— *Le Livre de Mohammed Ibn Toumert*, Giriş, Cezayir 1903.

R. Brunschvig, "Sur la doctrine du Mahdi Ibn Tûmart", *Arabica*, ii (1955), 137–49 (kezâ, *Ignace Goldziher Memorial Volume*, ii, Kudüs 1958, 1–13); aynı yazar, *Etudes d'orientalisme... Lévi-Provençal*, i, 38, 67.

6) **J. Schacht**, Ebû Sevr maddesi, *E.I.*/2.

R. Paret, "et-Taberî" maddesi, *Shorter E.I.*

FIKIH MEZHEPLERİNİN YAYILIŞI VE DAĞILIMI:

İslâmın genişlemesi ve müslümanların bugünkü dağılımı hakkında bak.:

Sir Thomas W. Arnold, *The Preaching of Islam*², Londra 1913.

La Documentation française, no. 1642 (Série Internationale, cclxxiii), Paris, 9 Ağustos 1952: *Les Musulmans dans le monde* (haritalı).

H. W. Hazard ve diğerleri, *Atlas of Islamic History*, 3. baskı, Princeton 1954 (İslâmın dinî genişlemesinden ziyâde siyâsî genişlemesini ele alır).

H.A.R. Gibb, *Mohammedanism*², Londra 1953 (Home University Library), 1–22.

R. Roolvink ve diğerleri, *Historical Atlas of the Muslim Peoples*, Amsterdam 1957.

A. Mez, *Die Renaissance des Islams*, Heidelberg 1922, bölüm 14; çevirisi için bak., yukarıya s. 230.

Ahmed Teymûr (Paşa), *Nazra Târîhiyye fî hudûs el-mezâhib el-erba'a ve intişârihâ*, Kahire 1344 (1926); 2. baskı, Kahire 1384/1965.

Muhammed Ebû Zehra, *Târîh el-Mezâhib el-İslâmiyye*, Kahire 1963.

L. Massignon, *Annuaire du monde musulman*, 4. baskı, Paris 1955.

J. Schacht, "Hanefiyye" maddesi, *E.I.*/2.

W. Heffening, "Mâlikîler" maddesi, *Shorter E.I.*

M.B. Vincent, *Etudes sur la loi musulmane (Rit (sic) de Malek). Legislation criminelle*, Paris 1842 (İlk kısmı teşkil eden *Preliminaire* hâlâ Mâlikî mezhebi ve bu mezhebin eserlerinin ilk yayılış devirleri hakkında faydalı bilgi ihtivâ eder).

Ahmed Bakir, *Histoire de l'école malikite en orient jusqu'à la fin du moyen âge*, Tunus 1962.

J. Lopez Ortiz, *La reception de la escuela malequi en Espana*, Madrid 1931, (*Anuario de Historia del Derecho Espanol*'dan ayrı basım).

H. Mones, "Le Role des hommes de religion dans l'histoire de l'Espagne musulmane", *S.I.* xx (1964), 47–88.

E. Lévi-Provençal, "Le Malikisme andalou et les apports doctrinaux de l'Orient", *R.I.E.E.I.* i, (1953), 156–71.

Mahmûd Ali Mekki, "Ensayo sobre las aportacions orientales en la Espana musulmana (i)", *R.I.E.E.I.* ix-x (1961–62), 65–231.

J. Berque, "Ville et université. Aperçu sur l'histoire de l'école de Fés", *R.H.* 1949, 64–117.

A. Demeerseman, "Recherches tunisiennes sur le mâlikisme ifrîqiyen", *IBLA*, xxvi (1963), 1–12 (son çıkan eserlerin bir eleştirisi),.

W. Heffening, "eş-Şâfi'î" maddesi, *Shorter E.I.* (sonunda), ve "en-Nevevî" maddesi, aynı yer.

I. Goldziher, "Ahmed b. Muhammed b. Hanbel" maddesi, *Shorter E.I.* (sonunda).

——— "Zur Geschichte hanbalitischen Bewegungen", *Z.D.M.G.* lxii (1908), 1–28; Fransızca özet: G. -H. Bousquet, *Arabica*, vii (1960), 135–9.

H. Laoust, *Le Précis de droit d'Ibn Qudâma*, Beyrut 1950, giriş; "Le Hanbalisme sous le califat de Baghdad", *R.E.I.* 1959, 67–128; "Le Hanbalisme sous les Mamlouks Bahrides", *R.E.J.* 1960, 1–72; "Hanabile" maddesi, *E.I.*/2.

7) İHTİLÂF HAKKINDA:

J. Schacht, *Origins*, 95–97.

I. Goldziher, "İhtilâf" maddesi, *Shorter E.I.*

237 2) **D.B. Macdonald**, "İçtihâd" maddesi, *Shorter E.I.*

J. Schacht, "Taklîd" maddesi, *Shorter E.I.*

—— *Classicisme et déclin culturel dans l'histoire de l'Islam*, Paris 1957, 146 vd.

Th. W. Juynboll, *Handleiding*, 23–26, 370–2.

Mirza Kazem Beg, "Notice sur la marche et les progres de la jurisprudence", v.b., *J.A.* 4. seri, xv (1850), 158–214 (*ictihâd* ve *taklîd* hakkındaki sayfalar: 191–214; makalenin geri kalan kısmı tamamıyla eskidir).

Bazı mezheplerin muteber eserleri hakkında: bak., aşağıya bibliyografya, s. 261 vd.

DOKTRİNİN SON GELİŞMELERİ HAKKINDA:

C. A. Nallino, "Delle assicurazione in diritto musulmano hanafita" (1927), *Raccolta di scritti*, iv, 1942, 62–84.

—— "Intorno al divieto romano imperiale dell' affratellamento e ad alcuni paraleli arabi" (1936), aynı mecmua, 585–631 (ss. 626–9: İbn Teymiye'nin *paralı askerler* hakkındaki hükmü).

+**R. Brunschvig**, "Théorie générale de la capacité chez les Hanafites médiévaux", *R.I.D.A.* ii (1949), 157–72.

+—— "De l'acquisition du legs dans le droit musulman orthodoxe", *M.A.I.D.C.* iii/4 (Roma 1955), 95–110.

+—— "Variations sur le Thème du doute dans le fiqh", *Studi orientalististici in onore di Giorgio Levi Della Vida*, i, Roma 1956, 61–82.

J. Schacht, "Sur la transmision de la doctrine dans les écoles juridiques de l'Islam", *A.I.E.O.* x (1952), 399–419.

3) **Th. W. Juynboll**, *Handleiding*, 372 vd.

Zahirîler ve Muvahhidîler hakkında bak., aşağıya, bibliyografya, ss. 234 vd. M. Ben Cheneb, "Ibn Teymiye" maddesi, *Shorter E.I.*

++**H. Laoust**, *Essai sur les doctrines sociales et politiques de... B. Taimîya*, Kahire 1939.

++—— *Contribution a une étude de la méthodologie canonique de... B. Taimîya*, Kahire 1939.

—— "La biographie d'Ibn Taimîya d'apres İbn Katîr", *B.E.O.* ix (1942), 115–62.

MÜCEDDİD VE MODERNİSTLER HAKKINDA:

+**H. Laoust**, "Le réformisme orthodoxe de Salafiya", *R.E.I.* 1932, 175–224.

—— *Le Califat dans la doctrine de Raşîd Ridâ*, Beyrut 1938, index, ictihâd ve taklîd kelimeleri altında.

—— "Le réformisme musulman dans la littérature arabe contemporaine", *Orient*, iii (1959), no. 10, 81–108.

+**C.C. Adams**, *Islam and Modernism in Egypt*, Londra 1953 (altbaşlık: A study of the modern reform movement...).

J. Berque, *Essai sur la méthode juridique magrébine*, Rabat 1944, 89–137.

+**H.A.R. Gibb**, *Modern Trends in Islam*, Chicago 1947.

238 **M.D. Rahbar**, "Shâh Walî Ullah (ölm. 1176/1762) and Ijtihâd", *M.W.* xlx (1955), 346–58.

F. Rahman, "Muslim Modernism in the Indo-Pakistan Subcontinent", *B.S.O.A.S.* xxi (1958), 82–99.

Muinuddin Ahmad Khan, "Shah Walî-Allah's Conception of Ijtihâd", *J.P.H.S.* vii (1959), 165–94.

M. Kerr, "Rashid Ridâ and Islamic Legal Reform", *M.W.* 1 (1960), 99–108, 170–81.

E.J.J. Rosenthal, "Some Reflections on the Separation of Religion and Politics in Modern Islam", *Islamic Studies*, iii (1964), 249–84.

4) **E. Nunè**, "Il parere giuridico (fatwâ") del "muftî" nel diritto musulmano", *O.M.* xxiv (1944), 27–35.

E. Tyan, *Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam*, 2. baskı, Leiden 1960, 219–30.

——— "Fetvâ" maddesi, *E.I.*/2.

R. Brunschvig, *La Berbérie orientale sous les Hafsides*, ii, Paris 1947, 138–43.

——— "La Preuve en droit musulman", *Recueils de la Société Jean Bodin*, xviii, Brüksel 1964, 169–86.

J. Lopez Ortiz, "Fatwas granadinas de los siglos XIV y XV", *Al-Andalus*, vi (1941), 73–127 (müslüman İspanya'da *fetvâlar* ve *müftîler* konusunda tarihî bir giriş'le birlikte).

L. Seco de Lucena Parades, *Dos fatwas de Ibn Manzûr* (864/1460 yılında yazdı), *Miscelanea de estudios arabes y hebraicos*, v (1956), 5–17.

E. Michaux-Bellaire ve diğerleri, neşr ve çev.: Bâya'kûbî el-Melvî (19. yüzyıl), *Tuhfet el-Kudât bi-ba'di mesâ'il er-Ru'ât*, *Archives marocaines*, xv (1909), 289–430, i-xxxi (çobanlarla ilgili meseleler hakkında). Tercüme edilen diğer fetvâ örnekleri için bak., E. Amar, *La Pierre de touche des fetwas* (yukarıya bak. s. 233); P. Horter, *Zur Anwendung des islamicshen Rechts im* 16. *Jahrhundert* (aşağıya bak., s. 246), ve *Index Islamicus* (yukarıya bak., s. 216), 106.

5) **J. Schacht**, "Classicisme, traditionalisme et ankylose dans la loi religieuse de l'Islam", *Classicisme et déclin culturel dans l'histoire de l'Islam*, Paris 1957, 141–61 ve 162–6 (tartışma).

BÖLÜM 11

239 1) ++**C. Snouck Hurgronje**, *Verspreide Geschriften*, cilt ii ve iv/1, 2; index (cilt vi), *âdet*, *adatrecht* kelimelerinin altına bak. (esaslı bir eser).

+—— *Selected Works*, 290–5.

+**G. -H. Bousquet**, *Du droit musulman et de son application effective dans le monde*, Cezayir 1949.

N.J. Coulson, "Doctrine and Practice in Islamic Law", *B.S.O.A.S.* xviii (1956), 211–26 (ihtiyatla kullanılmalıdır).

—— "Muslim Custom and Case-Law", *W.I.* n.s. vi (1959), 13–24 (dengeli ve genel bir inceleme).

++**G.-H. Bousquet**, **S.T. Lokhandwalla ve J. Prins**, "Âdet" maddesi, *E.I.*/2 (önemli bir bibiliyografya ile).

E.I/2'DEKİ "ÂDET" MADDESİ İLE İLGİLİ BİBLİYOGRAFYAYA İLAVE:

R. Levy, *The Social Structure of Islam*, Cambrigde 1957, 242–70 (halk için yazılmış genel bir eser).

G.-H. Bousquet, "Islamic Law and Customary Law in French North Africa", *J.C.L.* 1950, kısım: 3–4, 57–65.

L. Milliot, *Introduction*, 158–67; "Etude spéciale de la coutume en Afrique du Nord".

++**G. Marcy**, "La Problème du droit coutumier berbère", *R.A.* 1954, 127–70.

E. Pröbster, "Streifzüge durch das magribinische Recht", *Islamica*, iii/319 (27), 342–62.

++**J. Berque**, *Structures Sociales du Haut-Atlas*, Paris 1955, 237–297.
—— "Cemâ'a" maddesi, *E.I.*/2.

+**G.-H. Bousquet**, "Le droit coutumier des Ait Haddidou des Assif Melloul et Isselaten", *A.I.E.O.* xiv (1956), 113–230.

P. Gros, "Deux kanouns marocains du XVIe siècle", *Hespéris*, xviii (1934), 64–75 (Fas kabîlelerinde örfî ceza hukuku tedvininin ilk örnekleri; bibliyografya ile).

A. Plantey, *La reforme de la justice marocaine. La justice makhzen et la justice berbére*, Paris 1962.

J. Richarte ve A. Leriche, "L'organisation judiciaire musulmane et le procés en Mauritanie", *R.A.* 1953, 13–34.

A. Leriche, "Des châtiments prévus par la loi musulmane et de leur application en Mauritanie", *Bulletin de l'Institut Français d'Afrque Noire*, seri B, fas. xix (1957), 446–63.

R. Brunschvig, *La Berbérie orientale sous les Hafsides*, ii, Paris 1947, 295–8.

++**A. Goguyer**, *Choix splendide de préceptes cueillis dans la loi*, Petit manuel de droit immobilier suivant les deux rites musulmans orthodoxes de la Regence de Tunis, Paris ve Tunus 1885 (iki Arapça *risâle*'nin notlarla çevirisi).

J. Abribat, *Essai sur les contrats de quasi-aliénation et de location perpétuelle auxquels l'institution du hobous a donné naissance*, Cezayir 1902 (Tunus'a özel atıflarda bulunur).

Muhammed es-Senûsî, *Matla' ed- Derârî* (Fransızca adı: "Le Livre des planetes" *ou Recherches sur la conformité de la jurisprudence musulmane avec la loi immobilière*), Tunus 1888.

240 *The Future of Customary Law in Africa* (International Colloquium of Amsterdam), Leiden 1956.

J.N.D. Anderson, *Islamic Law in Africa* (Being a Survey of the application of Islamic Law in the British Colonial Territories in Africa and in the Colony and Protectorate of Aden), Londra 1954.

—— "Law and Custom in Areas in Africa. Recent Developments in Nigeria", *Civilizations*, vii (1957), 17–31

—— "Conflict of Laws in Northern Nigeria: a New Start", *I.C.L.Q.* viii (1959), 442–56.

—— "Judicial and Legal Developments in the Northern Region", aynı dergi, xii (1963), 282–94.

J. Schacht, "La Justice en Nigéria du Nord et le droit musulman", *R.A.* 1951, 37–43.

—— "L'Administration de la justice musulmane en Afrique Occidentale française et britannique", *Symposium Intercolonial*, Bordeaux 1954, 82–89.

—— "Islam in Northern Nigeria", *S.I.* viii (1957), 123–46.

A. Abel, *Les Musulmans noirs du Maniéma*, Brüksel 1960, 44–55, 81–94.

E. Cerulli, *Somalia*, i, Roma 1957, 149 vd., 152 (= "Somaliland" maddesi, *E.I.*/1); 206–10: Diritto musulmano ve diritto consuetudinario somalo (*R.S.O.* x (1923–5), 32–36'dan ayrı basım); cilt ii, 1959.

Somali örfî hukuku hakkında diğer yayınlar bibliyografyası: I.M. Lewis, *B.S.O.A.S.* xviii (1956), 159 vd.

C. Velten, *Sitten und Gebrauche der Suaheli, nebst einem Anhang über Rechtsgewohnheiten der Suaheli*, Göttingen 1903.

P. Guy, "Les Musulmans châféites de l'archipel des Comores et leur droit, *R.A.* 1951, 59–64; "Le Marriage en droit comorien", *R.J.P.U.F.* ix (1955), 799–830; x (1956), 307–46; xii (1958), 653–90; *Traité de droit musulman comorien*, i/1, Cezayir 1952, i/2, Diégo-Suatrez 1956; *Cours de droit musulman à l'usage des candidats à l'emploi de cadi dans Territoire des Comores*, Antananarivo (Centre d'Etudes de Droit Privé et d'Histoire des Coutumes, Ecole Supérieure de Droit) 1961.

++**Albengo**, *Lois et coutumes suivies dans le Pachalik de Jerusalem*, notlarla Arapçadan çeviri, Paris 1860.

R. Knox-Mawar, "Islamic Domestic Law in the Colony of Aden", *I.C.L.Q.* v (1956), 511–18.

Punjab Customary Law, gözden geçirilmiş baskı, 14 cilt, Kalküta 1923–8.

M.B. Ahmad, "Theory and Practice of Law in Islam", *J.P.H.S.* viii (1960), 184–205, 271–86, ix (1961), 8–22.

R.O. Winstedt, "Old Malay Legal Digests and Malay Customary Law", *J.R.A.S.* 1945, 17–29.

—— *The Malays, A Cultural History*, Singapur 1947, 79–102.

J.N. Matson, "The Conflict of Legal Systems in the Federation of Malaya and Singapore", *I.C.L.Q.* vi (1957), 243–62.

P.E. de Josselin de Jong, "Islam versus Adat in Negri Sembilan (Malaya", *Bijdragen tot de Taal-, Land- en Volkenkunde*, cxvi (1960), 158–203 (bibliyografya ile birlikte).

Ayrıca bak., *Index Islamicus* (yukarıya bak., s. 216), 116–19; *Supplement* 1956–60, 38.

241 BEDEVİLERİN ÖRFİ HUKUKU HAKKINDA:

+**E. Graf**, Das Rechtswesen der heutigen Beduinen, Walldorf-Hessen (1952) (önceki yayımların özeti, bibliyografya'lı).

J. Henninger, "Das Eigentumsrecht bei den heutigen Beduinen Arabiens", *Zeitschr. vergl. Rechtswiss.* lxi (1959), 6–56.

M.J.L. Hardy, *Blood Feuds and the Payment of Blood Money in the Middle East*, Leiden 1963.

HAVZ VE MEN' (TÂGUT) HAKKINDA:

B. Thomas, *Arabia Felix*, Londra 1932, 57, 82 vd., 86 vd.; *J.R.A.S.* 1931, 978–81.

+**E. Rossi**, "Il diritto consuetudinario delle tribu arabe del Yemen", *R.S.O.* xxiii (1948), 1–36.

C. Rathjens, *Tâghuts gegen scherî*'a, Heidelberg 1951 (*Jahrbuch des Linden-Museums, Stuttgart*, i (1951), 172–187'den ayrı basım).

R.B. Serjeant, "Materials for South Arabian History. Notes on New MSS. from Hadramawt", *B.S.O.A.S.* xiii (1949–50) (ss. 589–93: Hukuk ve Örf).

—— "Two Tribal Law Cases (Documents)", *J.R.A.S.* 1951, 33–47, 156–69.

İSLÂM HUKUKUNDA VERGİ HAKKINDA:

N.P. Aghnides, *Mohammedan Theories of Finance*, New York 1916 (yeni baskı, Lahor 1961); Th. W. Juynboll, "Harâc" maddesi, A. Grohmann, "Uşr" maddesi,

J. Schacht, "Zekât" maddesi, *Shorter E.I.*; Cl. Cahen, "Darîbe (i)" ve "Cizye" maddesi, *E.I.*/2.

2) **E. Bussi**, "Del concetto di commercio e di commerciante nel pensiero guiridico musulmano in relazione alla storia generale del diritto", *Studi in Memoria di Aldo Albertoni*, iii, Padua 1938, 7–53.

Bey'u'l-vefâ veya *bey'u'l-uhde* hakkında: A. Goguyer (bak. yukarıya), ss. 54 vd.; **R. B. Serjeant**, *B.S.O.A.S.* xiii (1949–50), 591–3.

Suftece ve *havâle* hakkında: R. Grasshoff, *Das Wechselrecht der Araber*, Berlin 1899, (kezâ tez, Königsberg: *Die suftaga und hawâla der Araber*); G. Jacob, "Die altesten Spuren des Wechsels", *M.S.O.S.* xxviii/2 (1925), 280 vd.; Mâlik b. Enes, *el-Muvatta'*, *Kitâb el-Buyû'*, "*el-îne*" bölümü; çev.: F. Peltier, *Le Livre des ventes*, Cezayir 1911, 52 vd. (Jacob'un tercüme ettiği metinden daha eski).

İslâmda bankacılık hakkında: W.J. Fischel, "Cahbez" maddesi, *E.I.*/2 (Bibliyografyalı); S. Labib, "Geld und Kredit. Studien zur Wirtsc haftsgeschichte Agyptens im Mittelalter", *Journal of the Economic and Social History of the Orient*, ii (1959), 225–46 (ss. 238–42, bankacılık hakkında); A.K.S. Lambton, "The Merchant in Medieval Islam", *A Locust's Leg, Studies in Honour of S.H. Taqizadeh*, Londra 1962, 121–30.

Ticaret hukuku hakkında: L. Goldschmidt, "Ursprünge des Handelsrechts. Insbesondere: Sensal", *Zeitschr ges. Handelsrecht*, xxviii (1882), 115–30; S. Frankel, *Die aramaischen Fremdwörter im Arabischen*, Leiden 1886, 186 (*simsar* hakkında); W.G. Bewes, *The Romance of the Law Merchant*, Londra 1923; E. Bussi, "Contractus mohatrae", *Rivista di storia del diritto italiano*, v (9132), 492–
242 519; *Max Weber on Law in Economy and Society*, neşr.: M. Rheinstein, Cambridge Mass. 1954, 241 (M. Rheinstein tarafından n. 60'da ileri sürülen şüpheler temelsizdir); J. Schacht, *XII Convegno "Volta"*, Roma 1957, 215 (İslâm hukukunun diğer hukuklar üzerindeki yer yer etkileri hakkında, 215–18).

3) **J. Schacht**, Hassâf'ın *Kitâb el-Hiyel ve'l-Mehâric*'i, Hanover 1923; Kazvînî'nin *Kitâb el-Hiyel fi'l-Fıkh*'ı, Hanover 1924; ve Şeybânî'nin *Kitâb el-Mehâric fi'l-Hiyel*'i, Leipzig 1930.

—— "Die arabische hijal-Literatur", *Der Islam*, xv (1926), 211–32; ayrıca, *Der Islam*, xxii (1935), 220, ve *Revue Africaine*, xcvi (1952), 322–7.

H. Lammens, "Les Hial dans le droit musulman", (Arapça), *El-Meşrık*, xxıx (1931), 641–6.

J. Baz, *Essai sur la fraude à la loi en droit musulman*, Paris 1938.

G.W.J. Drewes, *De hila in het geding, Gedenkboek... van het Rechtswetenschappelijk Hoger Onderwijs in Indonesie*, Groningen ve Jakarta 1949.

ÖZELLİKLE FAİZ YASAĞINDAN KAÇAMAK YOLLARI HAKKINDA:

Mâlik b. Enes, *el-Muvatta'*, *Kitâb el-buyû'*, "*bey'u'l-urbân*" bölümü; çev.: E. Peltier, 5 vd.; *Lisân el-Arab*, "îne" kelimesi altına bak..

C. Snouck Hurgronje, *Mekka in the Latter part of the 19th century*, çev. **J.H. Monahan**, Leiden ve Londra 1931, 4 vd.,.

Th. W. Juynboll, *Handbuch*, 274–6; *Handleiding*, 288–90.

M.S.A. Khan, "Mohammedan Laws against Usury and how they are evaded", *J.C.L.* 1929, 233–44.

D. Santillana, *Istituzioni*, ii, 392–7.

O. Turan, "A Legal Document concerning Money-lending for Interest in Seljukian Turkey", *Professor Muhammad Shafi Presentation Volume*, Lahor 1955, 255–65 (Ödünç bir şeye teminat olarak gayrı menkul malın rehin verilmesi ve rehin verenin, onun bir kısmını kullanma hakkı ile ilgili bir belge. Bu belge, Amasya kadısı tarafından 697/1298 yılında tanzim edilmiştir).

Yeminle taahhüd edilen borçlardan kaçamak yolu hakkında, bak., I. Goldziher, *Streitschrift des Gazâlî die Bâtinijja- Sekte*, Leiden 1916, 73–80 (Arapça bölüm, 54–58).

FARAZİ DAVALAR HAKKINDA:

A. Lattes, "Beni vacuf ve procedimenti fittizi", *Scritti guiridici dedicati ed offerti a Giampietro Chironi*, iii, Turin 1915, 75–82.

4,5) ++**E. Tyan**, "Le notariat et le régime de la preuve par écrit dans la pratique du droit musulman", *Annales de l'Ecole Française de Droit de Beyrouth*, 1945; no. 2; yeni baskı, Beyrouth 1959 (bak., J. Schacht, *Orientalia*, n. s. xvii (1948), 519–22).

J. Lopez Ortiz, "Formularios notariales de la Espana musulmana", *La Ciudad de Dios*, cxlv (1926), 260–75.

—— *La jurisprudencia y el estilo de los tribunales musulmanes de Espana*, Madrid 1933 (*Anuario de historia del derecho espanol*'dan ayrı basım).

R. Brunschvig, *La Berbérie orientale sous les Hafsides*, ii, Paris 1947, 135–8 (*udûl* hakkında).

F. Rosenthal, "Significant Uses of Arabic Writing", *Ars Orientalia*, iv (1961), 15–23 (ss. 22 vd..).

243 ŞURUT'LA İLGİLİ ESERLER HAKKINDAKİ YAYIN VE TERCÜMELERDEN SEÇMELER:

I. Goldziher, *Muhammedanische Studien*, ii, Halle 1890, 233, 253 (çev. L. **Bercher**, *Etudes sur la tradition islamique*, Paris 1952, 292, 316).

HANEFİ YAZARLAR:

Şeybânî (ölm. 189/804): *Kitâb eş-Şurût* adlı eseri

Serahsî (ölm. 483/1090)'nin şerhinde ve *el-Mebsût*'unda (cilt xxx, Kahire 1331, 167–209) parçalar halinde yer almaktadır.

Hassâf (ölm. 261/874), *hiyel, edeb el-kâdî, vakıf ve nafakalar* hakkında eserler veren bu yazar, *Şurût* hakkında üç eser telif etmiştir (*Kitâb el-Fihrist*, 206).

Ahmed b. Zeyd (3./10. yüzyılın başka bir yazarı), bu konudaki özel ilgisi dolayısıyla *Şurûtî* adıyla bilinir; *Şurût* hakkında üç eseri vardır (*Kitâb el-Fihrist*, 208).

Tahâvî (ölm. 321/933) de bağlı bulunduğu mezhebin büyük imamlarından birisidir, *şurût* konusunda üç eser yazmıştır. Bunlardan en muhtasarı ve daha teferruatlı olanının bölümleri bize kadar ulaşmıştır. (iki bölümü neşr.: J. Schacht, *Sitzunsber. Heidelberger Akad. Wiss.*, Phil.–Hist. Klasse, 1926/27, no. 4, ve 1929/30, no. 5).

el-Fetâvâ el-Âlemgîriyye (11./17. yüzyıl; bak., yukarıya, s. 94): Bu eser, iki büyük bölümde *şurût* hakkında bu mezhebin muteber eserlerinden çıkarılmış bir çok parçaları ihtivâ eder (cilt. vi, Bûlâk 1310, 160–248: *Kitâb el-mahâdır ve's-sicillât;* 248–389: *Kitâb eş-şurût*).

S. Rousseau, *A Dictionary of Mohammedan Law* (Doğu Hint adalarında kullanılan teknik terimler)... Buna hukukun âlet ve akit şekillerini ihtivâ eden bir ek ilâve edilmiştir, Londra 1802.

MÂLİKİ YAZARLAR:

İbn Mugîs (ölm. 459/1067), *el-Mukni'*, çev.: S. Vila, *Abenmoguit, "Formulario Notarial", Capitulo del matrimonio*, Madrid 1931 (*Anuario de historia del derecho espanol*'dan ayrı basım).

A. Gonzales Palencia, *Los Mozarabes de Toledo en los siglos XXII y XIII, i-iii ve volumen preliminar*, Madrid 1926–30 (Teknik vesî-

kalar şeklinde tanzim edilen Fas sultanlarına bağlı Hristiyanlara ait (Mozarabic) belgeler); bak., J. Schacht, *Der Islam*, xix (1931), 172–7; W. Hoenerbach, "Some Notes on the Legal Language of Christian and Islamic Deeds", *J.A.O.S.* lxxxi (1961), 34–38).

—— "Documentos arabes del Cenete (siglos XII–XV)", *Al-Andalus*, v (1940), 301–82 (bak., aynı dergi, vi (1941), 477–80).

L. Seco de Lucena Paredes, "Documentos arabes granadions", aynı dergi viii (1943), 415–29; ix (1944), 121–40.

—— "Actas notariales arabigogranadinas", *Miscelenaa de estudios arabes y hebraicos*, ii (1953), 99–107.

—— *Documentos arabigo-granadinos*, Madrid 1961 (9./15. yüzyıla ait belgeler).

J. Bosch Vila, "Los Documentos arabes del archivo catedral de Huesca", *R.I.E.E.I.* v (1957), 1–48 (6./12. ve 7./13. yüzyıllara ait belgeler).

İbn Selmûn (ölm. 767/1365), *el-Ikd el-Munazzam li'l-Hukkâm:* J. Lopez Ortiz, *Algunos capitulos del formulario notarial de Abensalmun de Granada*, Madrid 1928 (*Anuario de histoira del derecho espanol*'dan ayrı basım).

İbn Ferhûn (ölm. 799/1397), *Tabsirat el-Hukkâm;* bak, Venşerîsî, *Kitâb el-Vilâyât*, çev. ve neşr. Bruno ve Gaudefroy-Demombynes (yukarıya bak., s. 231), Ekler: I ve II.

İbn Ardûn (ölm. 992/1584), *Kitâb el-Lâ'ik li-mu'allim el-Vesâ'ik;* bak., G.S. Golin, *J.A.* ccxxii (1933), 207.

Muhammed Bennâni Fir'avn (ölm. 1281–1282/1865; bak., *E.I.*/2, "Bennânî" maddesi), *Kitâb el-Vesâ'ik*, F. Guay yönetiminde çeviri, "Formulaire des actes juridique", *R.A.* 1932, 205–22; 1933, 272–338.

Muhammed Tuvâtî, *Mecmû' el-Ifâde fî İlm eş-Şehâde*, çev.: J. Abribat, *Recueil de notions de droit musulman et d'actes notariés*, 1896.

MÂLİKİLERE GÖRE VESÂ'İK HAKKINDA BATI DİLLERİNDE YAZILMIŞ ESERLER:

L. -J. Bresnier, *Extrait de la chréstomathie arabe vulgaire*, 3. kısım: Actes judiciaires, Cezayir 1846.

E. Laune, *Formulaire arabe d'actes de procedure*, Oran 1890.

P. Vassel, "Über marokanische Processpraxis", *M.S.O.S.* v/2 (1902), 1–63.

E. Viala ve Mohammed Gennady, *Guide de traducteur*, Kazablanka 1924.

E. Zeys ve Mohammed Ould Sidi Said, *Recueil d'actes et de jugements arabes*, Fransızca tercüme ile birlikte, 2. baskı: H. Pérès, Cezayir 1946.

A. Guiraud, *Jurisprudence et procedure musulmanes*, Kazablanka 192[illegible], Tunus 1948.

J. Lapanne Joinville, "L'action en pétition d'hérédité", *R.M.D.* ii (1950), 65–69 (kazaî tatbîkat ve noterlik hakkında).

ŞÂFİ'İ VE DİĞER YAZARLAR:

Şâfi'î, (ölm. 204/820) *Kitâb eş-şurût* adlı bir eser yazmıştır (*Kitâb el-Fihrist*, 210). Kendisine ait iki belgenin aslı *Kitâb el-Umm*'de bulunmaktadır; bak., F. Kern, "Zwei Urkunden vom Imam aş-Şâfi'î", *M.S.O.S.* vii/2 (1904), 53–68.

Ebû Sevr (ölm. 240/854), Müzenî (ölm. 264/878), Dâvûd b. Halef (ölm. 270/887), ve Taberî (ölm. 310/923) de *şurût* hakkında eserler yazmışlardır (*Kitâb el-Fihrist*, 212, 217, 234; Hacı Halîfe, *Lexicon* (*Keşf ez-Zünûn*). iv, 46 vd.).

Nüveyrî (ölm. 732/1332), *Nihâyet el-Ereb fî Fünûn el-Edeb:* Bu eser, *şurût* hakkında bir bölüm ihtivâ eder (cilt ix, Kahire 1333, 1–160). Bu bölüm Şâfi'î yazar Muhammed b. Abdullah es-Sayrefî (ölm. 330/942)'nin *Muhtasar el-Mukâtebât el-Bedî'a*'sına dayanır.

Belgelerin asıllarının bir çok neşir ve tercümeleri arasında Papirüs koleksiyonlarına ait olanlar özellikle zikri değer; bak., meselâ, A. **Gruhmann**, *Arabic Papyri in the Egyptian Library*, i, vd., Kahire 1934 ve sonrası; A. Dietrich, "Die Arabischen Urkunden", *Zum gegenwartigen Stand der juristischen Papyrusforschung*, *Zeitschr. vergl. Rechtswiss.* lx (1957), 211–37.

6) **J. Schacht**, *Der Islam*, xx (1932), 209–14, ve S.I. xii (1960), 101–4.

J.H. Kramers, "Droit de l'Islam et droit islamique", *A.H.D.O.* i (1937), 401–14.

245 1) **G. Marçais**, *La Berbérie musulmane et l'Orient au Moyen Age*, Paris 1946, 238–45.

J. Bosch Vila, *Los Almoravides*, Tetuan 1956.

2) Yukarıya, Kuzey Nijerya ile ilgili bibliyografyaya bak., s. 240.

Bağımsızlıktan bu yana Kuzey Nijerya'da hukukî gelişmeler hakkında bak., *J.N.D.* Anderson, "Northern Nigerian Law: Judicial and Legal Developments in the Northern Region", *I.C.L.Q.* iix (1963), 282–94.

3) **J.A. Nallino**, *L'Arabia Sa'ûdiana, Raccolta di scritti*'nin L. cildi, Roma 1939, 75–80, 96–108, 123.

J.P.M. Mensing, *De bepaalde straffen in het hanbalietische recht*, Leiden 1936.

J. Schacht, *A.J.C.L.* viii (1959), 136 vd..

İbn Saud'un tedvin tasarısı hakkında: *O.M.* viii (1928), 36–38; J. Schacht, sözü edilen dergi ve aynı cilt, s. 146 vd.

Ticâret Nizamnâmesi hakkında: A. D'Emilia, "Intorno al codivce di commercio dell' Arabia Saudiana", *O.M.* xxxii (1952), 316–25.

P.T. Hart, "Application of Hanbalite and Decree Law to Foriegners in Saudi Arabia", *George Washington Law Review*, xxii (1953), 165–75.

Yemen Hakkında: G. W. Bury, *Arabia Infelix*, Londra 1915, index, *Islamic code* kelimesi altına bak..

4) **C. van H. Engert**, *A Report on Afghanistan*, Washington 1924 (Department of State, Division of Publications, seri, C, no. 53), 75 vd., 97–99.

S. Beck, *Das Afghanische Strafgesetzbuch wom Jahre* 1925 *mit dem Zusatz vom Jahre* 1925, Berlin 1928 (*W.I.* 1928, 67–157'den ayrı basım).

S. Beck ve F. Grobba, *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch*, neşr.: F. Schlegerberger, i, Berlin 1929, 289–310.

G.-H. Bousquet, *Du Droit musulman et de son application effective dans le monde*, Cezayir 1949, 17.

11. BÖLÜME EK

s. 240 *için:* **J.N.D. Anderson**, "The Future of Islamic Law in British Commonwealth Territories in Africa", *African Law*, Duke Universitesi, School of Law, Durham, N.C. 1962, 617–31.

s. 241, *paragraf:* 2 **S.D. Goitein**, "Commercial and Family Partnerships in the Countries of Medieval Islam", *Islamic Studies*, iii (1964), 315–37.

246 1) +**H.A.R. Gibb ve H. Bowen**, *Islamic Society and the West*, i/1, 2, Londra 1950–7 (özellikle kısım 1, 19–25, kısım 2, 70–138 ve indeksler, *kadâ*, *kâdî*, *kânun*, *kânûn-nâme*, *muftî*, *muhtesib*, *şerî'at*, *şeyhu''l-İslâm*, *subaşı*, *ulemâ* kelimeleri altına bakınız).

P. Wittek, "Devshirme and Sharî'a", *B.S.O.A.S.* xvii (1955), 271–8; bak., V.L. Menage, aynı dergi, xviii (1956), 181–3.

V.L. Menage, "Devşirme" maddesi, *E.I.*/2.

B. Lewis, "Arûs resmi" maddesi, *E.I.*/2.

2) **J.H. Kramers**, "*Şeyhu'l-İslam*" maddesi, *Shorter E.I.*; J.R. Walsch, "Fetvâ (ii)" maddesi, *E.I.*/2.

J. Schacht, "Ebu's-Su'ûd" maddesi, *E.I.*/2.

+**M. Hartmann**, *Der Islam*, viii (1918), 313–17 (*Millî Tetebbular Mecmuası*'nda çıkan önemli bir anonim eserin neşri hakkındaki bildiri, i (1331/1915), 49–112, 305–48).

EBU'S-SUUD VE ARAZİ HUKUKU HAKKINDA:

P. Lemerle ve P. Wittek, "Recherches sur l'histoire et le statut des monastères athonoites sous la domination turque", *A.H.D.O.* iii (1948), 411–72 (ss. 427–30, 466–8); bak., J. Schacht, *Classicisme et déclin culturel dans l'histoire de l'Islam*, Paris 1947, 151.

Kadıların yetkisinin sınırlanması ve Osmanlıların bu konudaki uygulaması: bak.

E. Tyan, *Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam*, 2. baskı, Leiden 1960, 353–6; J. Schacht, *S.I.* xii (1960), 102 vd.

P. Horster, *Zur Anwendung des islamischen Rechts im* 16 *Jahrhundert*, Stuttgart 1935 (Ebu's-Su'ûd'a ait bir fetvâ mecmuasının neşir ve çevirisi; yetersiz).

G.D. Galabov ve H.W. Duda, *Die Protokolbücher des Kadiamtes Sofia*, Münih 1960.

F. Selle, *Prozessrecht des* 16. *Jahrhunderts im osmanischen Reich*, Wiesbaden 1962 (Ebu's-Su'ûd ve diğerlerine ait bir fetvâ mecmuasının neşir ve çevirisi).

3) **J. Schacht**, *Der Islam*, ii (1932) 221 vd.

J. Deny, "Tımâr" maddesi *E.I.*/1.

J. Sauvaget, *Introduction à l'histoire de l'Orient musulman*, 2. baskıyı yapan: Cl. Cahen, Paris 1961, 198 (kanun-nâmeler hakkında ilâve bibliyografya vardır).

+**Ömer Lûtfi Barkan**, *Kanunlar*, İstanbul 1945 (önemli bir girişle).

H. İnalcık, "Osmanlı hukukuna giriş: örfî-sultanî hukuk ve Fatih'in kanunları", *Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, xiii/2 (Ankara 1958), 102–26.

+**U. Heyd**, *Ottoman Documents on Palestine* 1552–1615, Oxford 1960, 59–61; "Cezâ (ii)" ve "Cürm" maddeleri, *E.I.*/2 (cezâ hukuku hakkında).

Osmanlılardan öncekilere ait *kanun* (*kanunnâme*)'ler hakkında: bak., B. Lewis, *B.S.O.A.S.* xvi (1954), 599; V. Minorsky, aynı dergi, xvii (1955), 449 vd.

247 KAMU AHLÂKININ KONTROLÜ VE MUHTESİB HAKKINDA:

G. Jacob, *Der Islam*, ix (1919), 252 vd.; aynı yazar, "Türkische Sittenpolizei im 16. Jahrhundert", aynı dergi, xi (1921), 254–9.

4) OSMANLI DEVRİNDEKİ SON GELİŞMELER:

+**I. Mouradgea d'Ohsson**, *Tableau général de l'Empire ottoman*, 3 cilt, Paris 1787–1820, 7 cilt, 1788–1824 (5 ve 6. ciltler *Multeka'l-Ebhur*'a dayanan fiilî hukuk sisteminin bir izahını ihtivâ eder (bak., aşağıya, s. 261).

G. Jaschke, "Türkische Gesetzsammlungen", *W.I.* n.s. iii (1954), 225–34 (bütün devirleri içine alan bibliyografya).

J.H. Kramers, "Tanzimat" maddesi, *E.I.*/1.

J. Schacht, "Mahkeme" maddesi, *E.I.*/1, *Supplement*.

D. Gatteschi, *Manuale di diritto pubblico e privato ottomano*, İskenderiyye 1865 (kısım iii, bölüm 2, medenî hukuk hakkında, *Mecelle*'nin ihdasından önceki şartları aksettirir).

E. Schmidt, "Entwickelung und jetzige Verfassung der ordentlichen Gerichte ... in der Türkei", *M.S.O.S.* i/2 (1898), 91–123.

J. Krcsmarik, "Beitrage zur Beleuchtung des islamitischen Strafrechts, mit Rücksicht auf Theorie und Praxis in der Türkei", *Z.D.M.G.* lviii (1904), 69–113, 316–62, 539–81.

G. Baer, "Tanzimat in Egypt – the penal code", *B.S.O.A.S.* xxvi (1963), 29–49.

A. Heidborn, *Manuel de droit public et administratif de l'Empire Ottoman*, i, Viyana ve Leipzig 1908.

Hıfzı Veldet, *Kanunlaştırma hareketleri ve tanzimat*, İstanbul 1940 (*Tanzimat*, i, 139–209'dan ayrı basım; bu mecmuadaki diğer makaleler de konu ile ilgilidir).

E. Pritsch, "Tanfid al-ahkâm", *Z.D.M.G.* xcviii (1944), 238–81.

M.J.L. Hardy, *Blood Feuds*, v.s. (yukarıya bak., s. 241).

MECELLE HAKKINDA, ÇEVİRİLER:

G. Aristarchi Bey, *Législation ottomane*, v ve vi, İstanbul 1881–8.

Selim b. Rustem Bâz, şerhli Arapça çeviri, *Şerh el-Mecelle*, 2 cilt, Beyrut 1888–89; başka Arapça tercüme ve şerhler de vardır.

W.E. Grigsby, *The Medjellé*, İngilizceye çeviri, Londra 1895; Sir Charles Tayser ve diğerleri, *The Mejelle translated*, Lefkoşa 1901.

G. Young, *Corps de droit ottoman*, vi, Oxford 1906.

C.A. Hooper, *The Civil Law of Palestine and Trans-Jordan*, i, Kudüs 1933, yeni baskı, Londra 1934; ii, Kudüs 1936 (Şerh).

ARAŞTIRMALAR:

C. Snouck Hurgronje (1911), *Verspreide Geschriften*, iv/2, 260–6 (genel olarak tedvin hakkında).

J.H. Kramers, "Mecelle" maddesi, *E.I.*/1.

E. Bussi, "Alcune moderne "codificazione" o "compilazion" del diritto musulmano", *O.M.* xx (1940), 251–61.

—— "Introduzione ad una indagine comparativa fra il cosi detto
248 "codice civile ottomano" e la compilazione privata di Muhammed Ğadri Pascia", *A.H.D.O.* iii (1948), 473–84.

S.S. Onar, "La codification d'une partie du droit musulman dans l'Empire ottoman (Le Medjelle)", *A.F.D.I.* iii (1954), 90–128.

—— *The Majalla*, M. Khadduri ve H.J. Liebesny (nâşirlar), *Law in the Middle East*, i, Washington 1955, 292–308.

S.D. Goitein, S.D. Goitein ve A. Ben Shemesh'in *Muslim Law in Israel*, Kudüs 1957, 108–22 (İbranca).

Şerif A. Mardin, "Some Explanatory Notes on the Origins of the "Mecelle", *W.I.* li (1961), 189–96, 274–9.

Dünyevî bir kanunname olarak *Mecelle*'nin hükümleri ile ilgili pek çok teknik nitelikte araştırmalar bulunmaktadır, sözgelişi:

Ch. Cardahi, "La possession en droit ottoman", *Revue critique de legislation et de jurisprudence*, xlvi (1926), 201–38.

—— "Théorie générale des actions en droit musulman", *Bulletin de la Société dé Législation Comparée*, lviii (1929), 379–99.

F.M. Goadby, "The Moslem Law of Civil Delict as illustrated by the Mejelle", *J.C.L.* 1939, 62–74.

5) **L. Ostrorog**, *The Angora Reform*, Londra 1927.

+**G. Jaschke**, *Der Islam in der Neuen Türkei. Eine rechtsgeschichtliche Untersuchung*, Leiden 1951 = *W.I.* n.s. i/1–2; "Berichtigungen und Nachtrage", aynı dergi, ii (1952), 278–87.

—— "Zur Form der Eheschliebung in der Türkei. Eine rechtsvergleichende Untersuchung", *W.I.* n.s. ii, (1952), 142–214.

—— "Die "İmam-Ehe" in der Türkei", *W.I.* n.s. iv (1955), 164–201; bak., aynı dergi, vi (1959), 139.

+ *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, v/6 (1956): *Le Colloque d'Istanbul* (*Septembre* 1955) (Önemli makaleleri ihtiva etmektedir).

G.-H. Bousquet, "Note sur les réformes de l'Islam albanais", *R.E.I.* 1935, 399–410.

—— "Un exemple de laicisation du droit musulman: le code civil albanais", *Introduction à l'étude du droit comparé... en l'honneur d'Edouard Lambert*, ii, Paris 1938, 643–6.

M. Begovitch, *De l'évolution du droit musulman en Yugoslavie*, tez, Cezayir, 1930; bak., G.-H. Bousquet, *R.A.* 1930, 203–6 ve 1932, 202–4.

M. Begovic, *Vakufi u Yugoslaviyi* (*Les Waqfs en Yougoslavie*) (Fransızca özetle birlikte), Belgrad 1963.

F. Bajraktarevic, *Archiv Orientalni*, iii (1931), 503 (Yugoslavya'da İslâm hukuku ile ilgili yayınların bibliyografyası).

Yugoslavya'daki son gelişmeler hakkında: G.-H. Bousquet, *R.A.* 1952, 14 ve M. Begovic, aynı dergi, 1958, 12–17.

"Statuto della Communità religiosa islamica nella Repubblica Federativa Populare Jugoslava", *O.M.* xliii (1963), 662–74.

Ch. N. Fragistas, "Le droit musulman en Grèce", *A.F.D.I.* iii/4 (1954), 129–41.

Orta Asya'da İslâm hukukunun tedrîcen kaldırılması hakkında bak., A.G. Park, *Bolshevism in Turkestan* 1917–1927, New York 1957, 221–37.

249 1) **A.S. Bazmee Ansari**, "el-Fetâvâ el-Âlemgîriyye" maddesi, *E.I.*/2.

el-Fetâvâ el-Alemgîriyye'nin kısmî çevirisi: N.B.E. Baillie, *The Moohummudan Law of Sale*, Londra 1850; *The Land Tax of India*, Londra 1853; *A Digest of Moohummedan* Law, i, Londra 1875, 2. baskı, 1887 (*ahvâl-i şahsiyye* ve bununla ilgili konular hakkında); 3. baskı, Lahor 1957 (*satış* v.s. konusunda bir ilâve ile); Mahomed Ullah b. S. Jung, "The Muslim Law of Preemption", *Allahabad University Studies*, vii/1 (1931), 1–334.

2) **Sir Thomas W. Arnold**, "Hindistan" maddesi bölüm 4, E.I./1.

Sir Charles Fawcett, *The First Century of British Justice in India*, Londra 1934 (1661–1773 devri hakkında).

+**Abul Husain**, *The History of Development of Muslim Law in British India*, Kalküta 1934.

+ **Sir Benjamin Lindsay**, *Modern India and the West*, neşr.: L.S.S. O'Malley, Londra 1941, 107–37 (bibliyografyası yok).

Sir George Claus Rankin, *Background to Indian Law*, Cambridge 1946.

G.-H. Bousquet, *Du droit musulman et de son application effective dans le monde*, Cezayir 1949, 50–65.

++**W.H. Macnaghten**, *Reports of Cases determined in the Court of Nizamut Adawlut*, 2 cilt, Kalküta 1827.

++—— *Principles and Precedents of Moohumudan Law*, Kalküta 1825; ilâve notlar v.s. ile birlikte 3. baskıya hazırlayan: W. Sloan, Madras 1864; *Principles of Muhammadan Law* (Emsalden söz etmez, ilâve malzeme ile birlikte), derleyen: Prosunno Coomar Sen, Kalküta 1881.

++**N.B.E. Baillie**, *The Moohummudan Law of Sale* ve *The Land Tax of India* (yukarıya bak., 1), girişler.

++ **Sir Roland Knyvet Wilson**, *An Introduction to the Study of Anglo-Muhammadan Law*, Londra 1894.

I. Mahmud, *Muslim Law of Succession and Administration*, Karaçi 1958 (İngiliz tesiri altındaki İslâm hukukunun asıl İslâm hukukundan ayrılığı hakkında).

A.A.A. Fyzee, "Muhammadan Law in India", *Comparative Studies in Society and History*, v (1963), 401–15.

İngiliz tesiri altındaki İslâm hukuku ile ilgili bir çok elkitapları vardır; en önemlileri şunlardır:

Mahomed Yusoof, *Mahomedan Law relating to Marriage, Dower, Divorce, Legitimacy and Guardianship of Minors*, 3 cilt, Kalküta ve Londra 1895–8 (Arapça metinlerin tercümeleri ile birlikte).

A.F.M. Abdur Rahman, *Institutes of Mussalman law: a Treatise on Personal Law*, Kalküta 1907 (Arapça metinlerden seçmelerle birlikte); Kadri Paşa'nın eserinden mülhemdir; bak., aşağıya, s. 252.

Sir R. K. Wilson, *Anglo-Muhammadan Law*, 6. baskı, Londra 1930.

F.B. Tyabji, *Muhammadan Law*, 3. baskı, Bombay 1940.

D.F. Mulla, *Principles of Mahomedan Law*, 14. baskı, Kalküta 1955.

+**A.A.A. Fyzee**, *Outlines of Muhammadan Law*, 3. baskı, Londra 1964 (Bu, elkitaplarının en sadesi, fakat en ilmî olanıdır; bibliyografyalı).

Aziz Ahmed, *Islamic Law in Theory and Practice*, Lahor 1956.

K.P. Saksena, *Muslim Law as administered in India and Pakistan*, 4. baskı, Lucknow 1963.

Babu Ram Verna, *Mohammedan Law in India and Pakistan*, 3. baskı, Allahabad 1959.

Ayrıca bak., Hamid Ali, "The Customary and Statutory Laws of the Muslims in India", *I.C.* xi (1937), 354–69, 444–54.

Zekiye Eglar, *A Punjabi Village in Pakistan*, New York 1960, 6 vd., 45, 186–90.

4) İngiliz etkisi altındaki İslâm hukukunda *aile vakfı* için bak., elkitapları.

A.A.A. Fyzee, "The Impact of English Law on the Shariat in India", *Review of International Law*, xviii (Kahire 1962), 1–27.

Kamila Tyabji, *Limited Interest in Muhammadan Law*, Londra 1949.

S. Vesey-Fitzgerald, *Muhammadan Law*, Londra 1931 (Orta Afrika'daki İngiliz sömürgelerinde uygulandığı şekliyle İslâm hukuku).

G. W. Bartholomew, "Authority of Privy Council Decisions", *I.C.L.Q.* i, (1952), 392–9.

J.N.D. Anderson, "The Religious Element in Waqf Endowments", *J.R.C.A.S.* 1951, 292–9.

—— *Islamic Law in Africa*, Londra 1914.

—— "Waqfs in East Africa", *J.A.L.* iii (1959), 152–64.

5) CEZAYİR'DE ADÂLET TEŞKİLATI HAKKINDA:

M. Morand, *Les Institutions judiciaire*, ss, 157–200, L. Milliot ve diğerleri, *L'Oeuvre législative de la France en Algérie*, Paris 1930 (Collection du Centenaire de l-Algérie).

E. Nores, *L'Oeuvre de la France en Algérie, La justice*, Paris 1931 (Collection du Centenaire de l'Algérie).

J. Roussier-Theaux, "Le droit musulman en Algérie", *M.A.I.D.C.* iii/3, Roma 1953, 189–99.

H.J. Liebesny, *The Government of French North Africa*, Philadelphia 1943 (özellikle ss. 105–21: Afrika sömürgelerinde hukuk sistemleri, ve ss. 122–4: Hukuk kaynaklarına rehber).

A. Knoertzer, "Des réformes accomplies en Algérie... dans le domaine de la justice musulmane", *R.A.* 1943–5, 1–38.

J. Lambert, *Manuel de législation algérieme*, Cezayir 1952.

A. Canac, "L'évolution de l'organisation judiciaire en Algérie", *R.A.* 1956, 191–210.

J. Roussier, "L'application du chra' au Maghrib en 1959", *W.I.* n.s. vi (1961), 25–55.

J.-P. Charnay, "Le Role du juge français dans l'élaboration du droit musulman algérien", *R.I.D.C.* xv (1963), 705–21.

—— *La Vie musulman Algérie d'après la jurisprudence de la première moitié du XXe siècle*, Paris 1965.

Fransız tesiri altında Cezayir müslüman hukuku ile ilgili elkitapları ve araştırmalar pek boldur; önemli olanları şunlardır:

Sautayra ve E. Cherbonneau, *Droit musulman. Du statut personnel et des successions*, 2 cilt, Paris 1873–4.

251 **E. Zeys**, *Traité élémentaire de droit musulman algérien*, 2 cilt, Cezayir 1885–6.

M. Morand, *Etudes de droit musulman algérien*, Cezayir 1910.

—— *Introduction à l'étude du droit musulman algérien*, Cezayir 1921.

—— *Etudes de droit musulman et de droit coutumier berbère*, Cezayir 1931.

F. Dulout, *Traité de droit musulman et algérien*, 4 cilt, Cezayir 1948–9 (Fransız kazâ hukuku ve içtihâdı hakkında).

+**G.-H. Bousquet**, *Précis de droit musulman principalement mâlekite et algérien*, i, 3. baskı, Cezayir 1959, ilâveli, 1960 (bu, elkitaplarının en sade, fakat en ilmî olanıdır); cilt ii için bak., yukarıya, s. 215.

The Revue algérienne (tunisienne et marocaine) de législation et de jurisprudence, Cezayir 1885 ve sonrası. (Konu ile ilgili araştırma yapmak için zarurî bir eserdir).

YENİ YASAMA FAALİYETLERİ HAKKINDA:

J. Roussier Theaux, "La neutralisation du droit de djebr", *Revue africaine*, lxxxi (1937), 1–8.

—— "Déclaration à l'état civil et preuve du marriage conclu "more islamico" en Algérie", *R.A.* 1958, 1–11.

—— "Le marriage du mineur de statut musulman", *R.A.* 1959, 51–67.

A. Colomer, "La réforme du régime des tutelles et de l'absence en droit musulman algérien", *R.A.* 1959, 97–196.

—— "La tutelle des mineurs en droit musulman algérien", *R.I.D.C.* xii (1960), 117–33.

4 Şubat 1959 nizamnâmesi ve nizamlar: metin, *R.A.* 1959/iii/1, 9 vd., 25–30; *O.M.* xxxix (1959), 141 vd. (nizamnâmenin metni), 474 vd., 567 vd. (tepkiler).

+**J. Roussier**, *Le Marriage et sa dissolution dans le statut civil local algérien*, Cezayir 1960.

—— "Marriage et divorce en Algérie", *W.I.* n.s. vi (1961), 248–54.

CODE MORAND HAKKINDA:

M. Morand, *Avant-Projet de code du droit musulman algérien*, Cezayir 1916 (teferruatlı notlarla).

A. Bel, "La codification du droit musulman en Algérie", *Revue de l'histoire des religions*, xcvi (1927), 175–92.

BÖLÜM 15

252 1) Genel olarak İslâmda modernleşme hakkında bak., yukarıya, bibliyografya, ss. 237 vd.

2) **E. Bussi**, "Alcune moderne "codificazioni" o "compilazioni" del diritto musulmano", *O.M.* (1940), 251–61.

—— "Introduzione ad una indagine comparativa fra il cosi detto "codice civile ottomano" e la compilazione privata di Muhammed Qadri Pascia", *A.H.D.O.* iii (1948), 473–84.

Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, "Le mouvement de codification dans les pays musulmans. Ses rapports avec les mouvements juridiques occidentaux" *A.F.D.I.* vii (1959), 1–55.

(Muhammed Kadri Paşa), *el-Ahkâm eş-Şer'îyye fi'l-Ahvâl eş-Şahsiyye:* resmî Fransızca tercüme: *Droit musulman. Du statut personel et des successions d' après le rite hanafite*, İskenderiye 1875; resmî İtalyanca çeviri, İskenderiye 1875; Fransızca çeviri: E. Clavel, *Droit musulman. Du statut personnel et des successions*, Paris 1895, ii, 261–424; *Code of Mohammedan Personal Law by Mohammed Kadri Pasha*, çev.: (Sir) Wasey Sterry ve N. Abcarius, Sudan hükûmeti için basılmıştır, Londra 1914; Arapça metin ve İngilizce çeviri: A.F.M. Abdur Rahman, *Institutes of Mussalman Law*, Kalküta 1907; Şerh: Muhammed Zayd el-İbyânî Bey, *Şerh el-Ahkâm eş-Şer'îyye...*, 3 cilt, Kahire 1342/1924.

—— *Murşîd el-Hayrân ilâ ma'rifet Ahvâl el-İnsân fi'l-Mu'amelât eş-Şer'iyye;* Muhammed Kadri Paşa, *Droit musalman, Statut réel*, Arapçadan çev.: Abdulaziz Kahil Bey, Kahire 1893.

—— *Kanûn el-Adl ve'l-insâf li'l-Kadâ alâ müşkilât el-Evkâf;* Muhammed Kadri Paşa, *Du Wakf*, Arapçadan çev.: Abdulaziz Kahil Bey, Kahire 1896; U. Pace ve V. Sistro, *Code annoté du wakf*, İskenderiye 1946.

Abd el-Kerim el-Hillî, *el-Ahkâm el-Ca'feriyye fi'l-Ahvâl eş-Şahsiyye*, Bağdâd 1342/1923–4 (oniki İmamcı Şi'î fikhının Kadri Paşa'dan mülhem olan özel bir tedvini).

Şer'î mahkemelerin teşkilatı hakkında: J. Schacht, "Mahkeme" maddesi, *E.I.*/1, *Suppl.*; A. von Kremer, *Aegypten*, Leipzig 1863, ii, 72–75; M. MacIlwraith, "The Mohemmadan Law-Courts in Egypt", *The Nineteenth Century and after*, lxxx (1916), 740–54; L. Mercier, "Réorganisation égyptienne de la justice du chraa", *R.E.J.* 1931, 125–37; G.-H. Bousquet, *Du droit musulman et de son application effective dans le monde*, Cezayir 1949.

3–12 GENEL ARAŞTIRMALAR VE TAHLİLLER:

J. Schacht, "Şarî'a und Qânûn im modernen Agypten", *Der Islam*, xx (1932), 209–36; Kısaltılmış Fransızca çevirisi: "L'Evolution moderne du droit musulman en Egypte", *Mélange Maspéro*, iii, Kahire 1935–40, 323–34.

Ch. Cardahi, "Les infiltrations occidentales dans un domaine reservé: le satut personnel musulman", *Introduction à l'étude du droit comparé... en l'honneur d'Edouard Lambert*, Paris 1938, ii, 604–20.

253 **H.J. Liebesny**, "Religious Law and Westernisation in the Moslem Near East", *A.J.C.L.* ii (1953), 492–504.

—— "Impact of Western Law in the Countries of the Near East", *George Washington Law Review*, xxii, (1953), 127–41.

J. Schacht, *Classicisme et déclin culturel dans l'histoire de l'Islam*, Paris 1957, 151–8.

J.N.D. Anderson, *Islamic Law in the Modern World*, Londra 1959; "The Significance of Islamic Law in the World Today", *A.J.C.L.* ix (1960), 187–98 (halk için yazılmıştır).

J. Schacht, "Islamic Law in Contemporary States", *A.J.C.L.* viii (1959), 133–47.

—— "Problems of Modern Islamic Legislation", *S.I.* xii (1960), 99–129.

Y. Linant de Bellefonds, "A propos d'un livre récent de recteur d'al-Azhar", *Orient*, v (1961), no. 19, 27–42 (Mahmûd Şeltût, *el-İslâm, Akîde ve'ş-Şerî'a*, Kahire 1959 hakkında).

Oruç hakkında modernist görüşler: *O.M.* xxxv (1955), 249, 346; J. Jomier ve J. Corbon, *Mélanges de l'Institut Dominican d'études orientales du Caire*, iii (1956), 46–48; F. Hours, "A propos du jeûne du mois de Ramadan en Tunisie", *Orient*, iv (1960), no. 13, 43–52; G. Oman, "La questione del digiuno di Ramadan in Tunisia", *O.M.* xl (1960), 763–74; J. Gentz, "Tuneisische Fatwas über das Fasten im Ramadan", *W.I.* n.s. vii (1961), 39–66.

BÖLGESEL BİBLİYOGRAFYALAR:

BAZI ÜLKELER:

+**G.-H. Bousquet**, *Du droit musulman et de son application effective dans le monde*, Cezayir 1949.

G. Busson de Janseens, "Les Wakfs dans l'Islam contemporain", *R.E.I.* 1951, 1–72.

J.N.D. Anderson, "The Sharî'a Today", *J.C.L.* xxxi (1949), no. 3–4, 18–25.

+—— "Recent Developments in Sharî'a Law", i-ix, *M.W.* xl-xlii (1950–2).

—— "Recent Reforms in the Family Law in the Arab World", *Zeitschr. vergl. Rechtswiss.* lxv (1963), 1–17.

Ch. Cardahi, "La réception du droit occidental dans les systèmes juridiques orientaux", *M.A.I.D.C.* ii/3, Roma 1953, 147–67.

Abdurrazzâk Ahmed es-Senhûrî, "el-Kânûn el-Medenî el-Arabî", *el-Âlem el-Arabî*, ii, Kahire 1953, 5–29.

A. D'Emilia, "Intorno alla moderna attivita legislativa di alcuni paesi musulmani nel campo del diritto privato", *O.M.* xxxiii (1953), 301–21.

—— "Intorno agli elementi costitutivi della comparavendita secondo i vigenti codici di alcuni paesi musulmani", *A.D.C.S.L.* xxxii (1957), 82–117. Subhî Mahmasânî, *el-Evdâ' et-Teşrî'iyye fî'd-Duvel el-Arabiyye Mâzîhâ ve Hâdıruhâ*, Beyrut 1957.

E. Tyan, "Les rapports entre droit musulman et droit européen occidental, en matière de droit civil", *Al-Andalus*, xxvi (1961), 323–36.

274 **Y. Linant de Bellefonds**, "La répudiation dans l'Islam d'aujourd'hui", *R.I.D.C.* xiv (1962), 521–48.

M.J.L. Hardy, *Blood Feuds...*, (bak., s. 241)

M. Borrmans, "Codes de statut personel et évolution sociale en certains pays musulmans", *IBLA*, xxvi (1963), 205–60.

OSMANLI ÂİLE HUKUKU KARARNAMESİ:

(Kısa) Fransızca çeviri: L. Bouvat, "Le code familial ottoman de 1917", *R.M.M.* xliii (1921), 5–26; Fransızca çev.: Abdul Karim Hussami, *Le Marriage et le divorce en droit musulman et particulièrement dans son application en Syrie* (Tez, Cenova) Lyons 1931, 219–36; Arapça çev.: S.D. Goitein ve A. Ben Shemesh, *Muslim Law in Israel*, Kudüs 1957, 292–311; İsrail Din İşleri Bakanlığı için ayrı basım: *Kânûn Karâr Hukûk el-A'ile*, Kudüs 1957. Ziyaeddin Fahri, *Essai sur la transformation du code familial en Turquie*, Paris 1936 (tez, Strasburg 1935).

MISIR:

J. Schacht, Şarî'a und Qânûn im modernen Agypten" (bak. yukarıya, s. 252).

A. Sekaly, "Le problème des wakfs en Egypte", *R.E.I.* 1929, 75–126, 277–337, 395–454, 601–59.

Abdel Fattah Sayed Bey, "La situation de la femme mariée égyptienne après douze ans de réformes législatives", *Revue Al Qanoun wal Iqtisad*, xi (1932), no. 2, 65–82.

A. Sanhourî, "Le droit musulman comme élément de refonte du droit civil égyptien", *Introduction* a *l'étude du droit comparé*, ii, 621–42.

E. de Szaszy, *Droit international privé comparé Traité de législation comparée avec reférénce spéciale au droit égyptien et musulman*, İskenderiye ve Paris 1940.

J.N.D. Anderson, "The Problem of Divorce in the Sharî'a Law of Islam. Measures of Reform in Modern Egypt", *J.R.C.A.S.* xxxvii (1950), 169–85.

—— "The Sharî'a and Civil Law", *I.Q.* i (1954), 29–46 (Mısır ve Suriye hakkında).

R. Brunschvig, *M.A.I.D.C.* iii/4, Roma 1955, 107–9 (1946 tarih ve 71 sayılı *vasiyetler* kanunu hakkında).

Y. Linant de Bellefonds, "Immutabilité du droit musulman et réforme législatives en Egypte", *R.I.D.C.* vii (1955), 1–34.

—— "La supression des juridictions de statut personnel en Egypte", aynı dergi, viii (1956), 412–25.

1955 tarih ve 462 sayılı kanunun Almanca çevirisi: W.I. n.s. v (1958), 254–9; bu kanunla ilgili daha fazla bibliyografya için bak., S.I. xii (1960) 114, n. 1.

A. d'Emilia, "Il diritto musulmano e il nuovo codice civile egiziano", *A.D.C.S.L.* xxxi (1956), 114–36.

Y. Linant de Bellefonds, "Le droit musulman et le nouveau code civil éyptien", *R.A.* 1956, 211–22.

G.M. Badr, "The New Egyptian Civil Code and the Unification of the Laws of the Arab Countries", *Tulane Law Review*, xxx (1956), 299–324.

1956 *taslağı* hakkında: N. Tomiche, *Orient*, i (1957), no. 3, 111–18.

255 1962 tarihli *Ahvâl-i Şahsiyye kanun tasarısı* hakkında: *el-Ahrâm* (Kahire) 1 Mart 1962 tarihli sayısı (bak,. *Muslim Bulletin*, İsrail Din İşleri Bakanlığı Müslüman ve Dürzî Şubesi, viii (1963), no. 3–4, 46 vd).

+**J. Brugman**, *De betekenis van het Mohammedaanse recht in het hedendaagse Egypte* (*The Place of Islamic Law in Contemporary Egypt*), (tez, Leiden), Hague 1960.

MISIR'DA UYGULANAN İSLÂM HUKUK MÜESSESELERİ İLE İLGİLİ SEÇME TEKNİK ARAŞTIRMALAR:

Aziz Bey Hanki, *Du Wakf. Recueil de jurisprudence des Tribunaux Mixtes, Indigènes et Mehkémes Chariehs*, Kahire 1914.

Abd el-Hamid Badawî Bey, "Du principe qu'en droit musulman la succession n'est ouverte qu'après acquittement des dettes", *L'Egypte contemporaine*, v (1914), 14–40.

Mahmoud Fahmy, *De la préemption immobiliére en droit égyptien*, tez, Paris 1928.

A.K. Sabbagh, *Les Mégles hasbys et la protection des biens des mineurs en Egypte* tez, Paris 1931.

Abd el-Fattah el-Sayed Bey, La filiation en droit égyptien, Paris, 1932.

S. Cademenos, "De l'acquisition du bien wakf par la prescription", *L'Egypte contemporaine*, xxv (1934), 543–80.

Aziz Bey Hanki, "Effet de la divergence de pays sur le droit à la succession", *R.E.I.* 1935, 179–86 (Mısır ve Ortadoğudaki diğer ülkeler hakkında).

El-Said Mostafa el-Said, *De l' étendue et de l'exercise des droits conjugauz. Etude de droit musulman et de droit égyptien moderne*, Kahire 1936 (Modernist amaçlarla ilgili bir belge).

Muhammed Ahmed Ferec es-Senhûrî, *Mecmû'at el-Kavânîn el-Mısriyye el-Muhtâra min el-Fıkh el-İslâmî*, iii (*The Law of Wakf*), 2 cilt, Kahire 1949.

SUDAN:

J.N.D. Anderson, "Recent Developments in Sharî'a Law in the Sudan", *Sudan Notes and Records*, xxxi (1950), 82–104.

—— "The Modernization of Islamic Law in the Sudan", *Sudan Law Journal and Reports*, 1960, 292–312.

E. Guttmann, "The reception of the Common Law in the Sudan", *I.C.L.Q.* vi (1957), 401–17.

P.S. Atiyah, "Some Problems of Family Law in the Sudan Republic", *Sudan Notes and Records*, xxxix (1958), 88–100.

Muhammad Aku Rannat, "The Relationship between Islamic and Customary Law in the Sudan", *J.A.L.* iv (1960), 9–16.

FİLİSTİN, ÜRDÜN, İSRAİL:

F.M. Goadby, *International and Inter-religious Private Law in Palestine*, Kudüs 1926.

—— "Palestinian Law, Sources and Judicial Organisation", *Travaux de l'Académie Internationale de Droit Comparé*, i/1, Berlin 1929, 39–52.

C.A. Hooper, *The Civil Law of Palestine and Transjordan*, yukarıya bak., s. 247.

J. Sussmann, "Law and Judicial Practice in Israel", *J.C.L.* xxxii (1950), no. 3–4, 29–31.

256 **S.D. Goitein ve A. Ben Shemesh**, *Muslim Law in Israel*, Kudüs 1957 (İbranca).
"Zum Eherecht der Muslims in Israel", *W.I.* n.s. v (1958), 269 vd..

ÜRDÜN:

J.N.D. Anderson, "Recent Developments in Sharî'a Law, VIII. The Jordanian Law of Family Rights 1951", *M.W.* xlii (1952), 190–206.

E.T. Mogannam, "The Practical Application of the Law in certain Arap States", *George Washington Law Review*, xxii (1953), 142–55. (Ürdün ve Suriye hak.).

LÜBNAN:

Ch. Cardahi, *Le Code des obligations du Liban*, Paris 1932.

A. d'Emilia, "Le Varie spezie di obbligazioni nel codice libanese delle obbligazioni e dei contratti del 1932", *O.M.* xxvii (1947), 225–32.

B. Tabbah, "Le Wakf", *Annales de l'Ecole Française de Droit de Beyrouth*, ii (1947), no. 1, 67–129 (onun *Propriété privée et registre foncier*, i, Paris 1947 adlı eserinde yeniden basılmıştır).

—— "Préemption ou chefa'a", *Annales de l'Ecole Française de Droit de Beyrouth*, v (1949), 5–84 (onun *Propriété privée et registre foncier*, ii, adlı eserinde yeniden basılmıştır.).

P. Gannage, "La compétence de juridictions confessionelles au Liban et en Syrie", *Annales de l'Ecole Française de Droit de Beyrouth*, iv (1948), no. 1–2, 199–247.

1951 tarihli *itirafa* bağlı yargılama yetkisi hakkındaki kanun metni: *O.M.* xxxvi (1956), 14–17, ve *C.O.C.* viii (1951), 13–16.

N. Edelby, "A propos de la loi libanaise... sur la compétence des juridictions religieuses", *Proche-Orient chrétien*, ii (1952), 58–68.

J.N.D. Anderson, "The Personel Law of the Druze Community", *W.I.* n.s. ii (1952), 1–9, 83–94,

E. Tyan, *Notes sommaires sur le nouveau régime successoral au Liban* Paris 1960 (*Annales de la Faculte de Droit, Université St.-Joseph, Beyrouth*)

(1959) tarihli kanun hakkında); kısa metni, *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Paris 1961, ii, 249–81.

SURİYE:

A. Kouatly, *Etude comparative du droit de préemption.. et son évolution en droit syrien*, Şam 1948.

1949 tarihli yasama hakkında: *C.O.C.* vi (1949), 160, 162; vii (1950), 15, n. 2.

Mustafa Ahmed ez-Zerkâ, *el-Medhal el-Fıkhî el-Amm ile'l-Hukûk el-Medeniyye*, Şam 1952.

E.T. Mogannam, *The Practical Application of the Law in certain Arab States* (yukarıya bak., Ürdün).

J.N.D. Anderson, *The Sharî'a and Civil Law* (yukarıya bak., Mısır).

—— "The Syrian Law of Personal Status", *B.S.O.A.S.* xvii (1955), 34–49.

G. M. Badr, *The New Egyption Civil Code...* (yukarıya bak., Mısır).

257 KIBRIS:

J.N.D. Anderson, "The Family Law of the Turkish Cypriots", *W.I.* n.s. v (1958), 161–87.

IRAK:

Z.E. Jwaideh, "The New Civil Code of Iraq" *George Washington Law Review*, 1953, 176–86 (tarihî bir girişle birlikte).

J.N.D. Anderson, "A Draft Code of Personal Law for Iraq", *B.S.O.A.S.* xv (1953), 43–60.

—— "A Law of Personal Status for Iraq" *I.C.L.Q.* ix (1960), 542–63.

—— "Changes in the Law Personal Status in Iraq", *I.C.L.Q.* xii (1963), 1026–31.

Y. Linant de Bellefonds, "Le code du statut personnel irakien du 30 décembre 1959, *S.I.* xiii (1960), 79–135.

G. Krotkoff, "Beduinenrecht und gesatztes Recht", *Wiener Zeitschr. für die Kunde des Morgenlandes*, lvi (1960), 99–108 (Bedevîlerle ilgili özel nizamlar hakkında, 1916–58).

N.F. Küppers, "Das irakische Zivilgesetzbuch", Zeitschr. vergl *Rechtswiss.* lxii (1960), 181–98, lxiii (1961), 1–44.

İRAN:

R. Aghababian, *Législation iranienne actuelle intéresant les étrangers et les Iraniens à l'étranger*, Tahran 1939 (Anayasa, medenî hukukun kaynakları, adâletin tevzîi, cezâ hukuku, âile ve miras hukuku hakkında bir inceleme).

—— *Législation iranienne actuelle. Lois constitutionalles, code civil iranien, status particulier*, Paris 1951.

1931 tarihli evlenme ve boşanma kanunu hakkında: *O.M.* ix (1931), 494–7.

M. Habib, "The Administration of Justice in Modern Persia", *I.C.* vii (1933), 234–48, 410–16, 573–82.

J. Greenfield, "Die geistlichen Shariagerichte in Persien und die moderne Gesetzgebung", *Zeitschr. vergl. Rechtswiss.* xlviii (1934), 157–67; kezâ, *Rechtsvergleichendes Handwörterbuch*, neşr.: F. Schlegelberger, i, Berlin 1929, 427–65.

A. Amir-Soleymani, *La Formation et les effets des contrats en droit iranien*, Paris 1936 (tez, Paris: *Etude comparative sur la formation...*) (İran Medenî hukukunun tarihi ve kaynakları hakkında bir girişle birlikte).

A. Bassidji, *La situation juridique de la femme en Iran*, tez, Paris 1936 (bir ek'de İran Medenî hukukunun ilgili bölümlerinin tercümesi ile birlikte).

Djalal Abdoh, *L'Elément Psychologique dans les contrats suivant la conception iranienne*, tez, Paris 1937 (İran Medenî kanununun tarihi hakkında bir girişle birlikte).

A.-M. Amirian, *Le Mouvement législatif en Iran et le mariage en droit et en fait*, Paris 1937.

—— *Le Mariage en droits iranien et musulman*, i: *Formation*. Paris 1938 (tez, Paris: *La Formation du mariage...*) (bir ek'de İran hukukundan tercümelerle birlikte).

258 **M. Amid**, *Le Divorce en droit iranien*, tez, Paris 1939.

İbrahim Docteur-Zadeh, *De la validité des contrats sur la chose d'autrui en droit positif iranien*, Paris 1939 (ihtiyatla kullanılmalıdır).

L. Lockhart, "The Constitutional Laws of Persia", *M.E.J.* xiii (1959), 372–88 (ss. 380 vd. *ulemâ komitesi* hakkında).

A. d'Emilia, *O.M.* xliv, (1964), 308.

PAKİSTAN:

BELGELER:

Abdur Rahim, *The Principles of Muhammadan Jurisprudence*, Londra ve Madras, 1911, 168–92 (yeni baskı, Lahor 1958).

S. Khuda Bukhsh, *Essays Indian and Islamic*, Londra 1912, 287–95.

S. Abdur-Rahman, *Eine kritische Pfürung der Quellen des Islamischen Rechts*, Oxford University Press 1914 (bak., H.P. Smith, *American Journal of Semitic Languages and Literatures*, xxxvi (1920), 302–9).

K. A. Faruki, *Ijma and the Gate of Ijtihâd*, Karaçi 1954 (bak. J. Schacht, *Classicisme et déclin culturel*, 153–5.).

—— *Islamic Jurisprudence*, Karaçi 1962.

Abul A'la Maudoodi, *Islamic Law and Constitution*, Karaçi 1955.

—— *The Islamic Law and its Introduction in Pakistan*, Karaçi 1955.

—— *The Limits of Legislation in Islam and the Place of Ijtihâd in it* (Urduca), *International Islamic Colloquium December* 29, 1957–*January* 8, 1958, Lahor 1960, Ek ii, 21–28.

1961 tarihli Müslüman Âile Hukuku Nizamnamesi: metin: *Dawn* gazetesi (Karaçi), 3 Mart 1961 tarihli sayısı; Fransızca çeviri: R.A. 1961, 73–78.

ARAŞTIRMALAR:

N.J. Coulson, "Reform of Family Law in Pakistan", *S.I.* vii (1956), 133–55.

K.J. Newman, *Essays on the Constitution of Pakistan*, Dakka 1956.

A. Chapy, "L'Islam dans la constitution du Pakistan", *Orient*, i (1957) no. 3, 120–7.

A. Gledhill, *Pakistan. The Development of its Law and Constitution*, Londra 1957.

J. Roussier, "L'ordonnance du 2 mars 1961 sur le droit de famille au Pakistan", *R.I.D.C.* xiii (1961), 799–808.

Manzooruddin Ahmed, "Islamic Aspects of the New Constitution of Pakistan", *Islamic Studies*, ii (1963), 249–86.

A. d'Emillia, "L'Islam e la costituzione pakistana del 1962", *O.M.* xliii (1963), 415–26.

ENDONEZYA:

J. Prins, "Âdet" maddesi (iv), *E.I.*/2.

LİBYA:

E. Bussi, "Alcune moderne "codificazioni" o "compilazioni" del diritto musulmano", *O.M.* xx (1940), 251–61. (Libyalı yazar Muhammed Âmir tarafından Mâlikî hukukunun özel bir tedvini olan *Mulahhas el-Ahkâm eş-Şer'iyye*, 1937–8 hakkında).

259 **C.A. Nallino**, *Cadi* (1937), *Raccolta di scritti*, ii, 1942, 27–39 (31–34, Libya hakkında; 34–39, Eritre ve Somali hakkında).

V. Cattaneo, *La "scefaa" nel diritto coloniale italiano*, Padua 1944.

A. d'Emilia, "La giurisprudenza del Tribunale superiore sciaratiico della Libiain materia di fidanzamento matrimonio e divorzio (1929–1941)", *R.S.O.* xxi (1946), 15–50.

—— "Per il nuovo diritto libico delle obbligazioni", *Attı del Terzo Convegno di Studi Africani*, Floransa 1948, 156–72.

A.M. Qasem, "A Judicial Experiment in Libya: Unification of Civil and Sharî'at Courts", *I.C.L.Q.* iii (1954), 134–7.

G.M. Badr, *The New Egyption Civil Code...* (yukarıya bak., Mısır).

TUNUS:

B. Guiga, *Essai sur l'évolution du chrâa et son application judiciaire en Tunisie*, tez, Paris 1930.

R. Scemama, *Essai théorique et pratique sur le droit de chefaa en Tunisie*, (tez, Paris), Tunus 1934.

1950'nin siyâsî olayları hakkında: *O.M.* xxxiii (1953), 216.

G.N. Sfeir (çev.), "The Tunisian Code of Personal Status", *M.E.J.* xi (1957), 309–18.

A. Colomer, "Le code du statut personnel tunisien", *R.A.* 1957, 115–239 (teferruatlı bir şekilde tercüme).

J. Roussier, "Le code tunisien du statut personnel", *R.J.P.U.F.* xi (1957), 213–30.

J.N.D. Anderson, "The Tunisian Law of Personal Status", *I.C.L.Q.* vii (1958), 262–79.

J. Magnin, "Réformes juridique en Tunisie", *IBLA*, xxi (1958), 77–92.

E. Pritsch, "Das tunesische Personenstandsgesetz", *W.I.* n.s. v (1958), 188–205.

1958 tarihli tefsir edici kanun hakkında: *W.I.* n.s. vi (1959), 130–3.

J. Roussier, "Le Mariage du mineur de statut musulman" (yukarıya bak., s. 251).

—— "Dispositions nouvelles dans le statut successoral en droit tunisien", *S.I.* xii (1960), 131–44.

—— "Le livre du testament dans le nouveau code tunisien du statut personnel", *S.I.* xv (1961), 89–124.

—— "L'application du chra' au Maghrib en 1959" (yukarıya bak., s. 250).

R. Jambu-Merlin, *Le Droit privé en Tunisie*, Paris 1960.

M. Borrmans, "Le Code tunisien de statut personnel et ses dernières modifications", *IBLA*, xxxvii (1964), 63–71.

FAS:

R. Marty, "La justice civile musulmane au Maroc", *R.E.I.* 1931, 341–538, 1933, 185–294.

16 Mayıs 1930 tarihli zahir hakkında: *O.M.* x (1930), 462 vd. (metin); 463–7 (tepkiler).

O. Pesle, *L'organisation de la justice du chraa par le Makhzen*, Kazablanka 1941.

J. Berque, *Essai sur la méthode juridique maghrébine*, Rabat 1944 (Ek'le birlikte, ss. 111–37: *Le "tajdîd al-fiqh" selon un juriste marocain moderne* (Muhammed b. el-Hasan el-Hacvî, *el-Fikr es-Sâmî*, yukarıya bak., s. 216).

J. Caille, *Organisation judiciaire et procédure marocaines*, Paris 1948.

J. Lapanne-Joinville, "L'émancipation des mineurs de 25 ans en droit malékite", *R.M.D.* v (1953), 158–66 (14 Mart 1934 tarihli *zahir* hakkında).

260

J. Lapanne-Joinvoille, "Les mesures conservatoires devant les juridictions du chraa', aynı dergi, ix (1957), 197–229.

Fas *Mudevvene*'sinin Fransızca resmî çevirisi: *R.A.* 1958/iii/2, 25–36, 38–44, 1959/iii/2, 1–11, 166 (kezâ, *R.M.D.* x (1958), 254–70, 399–406; xi, (1959), 49–56, 126–30).

J.N.D. Anderson, "Reforms in Family Law in Morocco", *J.A.L.* ii (1958), 146–59.

J. Lapanne-Joinville, "Le code marocain du statut personnel", *R.M.D.* xi (1959), 97–125 (kezâ, *Revue juridique et politique d'outre-mer*, n.s. xiii (1959), 75–99).

J. Roussier, "Le mariage du mineur de statut musulman", (yukarıya bak., s. 251).

—— "L'application du chra' au Maghrib en 1959", (yukarıya bak., s. 250).

A. Colomer, "Le code du statut personnel marocain", *R.A.* 1961, 79–217, (kezâ, Arapça metinle birlikte *Droit musulman* adıyla ayrı basım, i, Rabat 1964).

—— "La tutelle des mineurs dans la Moudawwana ou code du statut personnel marocain", *R.I.D.C.* xiii (1961), 327–37.

Ek

s. 253 vd. için. BAZI ÜLKELER:

J.N.D. Anderson, "Recent Reforms in the Islamic Law of Inheritance", *I.C.L.Q.* xiv (1965), 349–65.

A. d'Emilia, "Intorno alle Costituzioni provvisorie repubblicane del Yemen" *O.M.* xliv (1964), 301–12.

Orientalisches Recht, Leiden ve Cologne 1964 (Handbuch der Orientalistik, Erste Abteilung, Erganzungsband III), 344–440 (E. Tyan ve J. Baz'ın Lübnan ve Suriye hakkında, Chafik Chehata'nın Mısır hakkında, Ch. Samaran'ın Tunus hakkında, J. Roussier'in Cezayir hakkında, J. Lapanne-Joinville'in Fas hakkında makaleleri).

s. 258 için. MALEZYA:

Ahmad bin Mohamed İbrahim, "The Status of Muslim Women

in Family Law in Malaysia and Brunei", *Malaya Law Review*, v (1963), 313–37; vi (1964), 40–82, 353–86.

—— "The Legal Position of the Muslims in Singapore", *World Muslim League* (Magazine), i/1–6 (Singapore 1963–64).

—— "The Administration of Muslim Family Law in Malaysia", aynı dergi, ii/3– (1965–

Mrs. M. Siraj, "The Shariah Court, Singapore", aynı dergi, i/1 (1963).

BÖLÜM 16

261 1) İslâm hukuku ile ilgili seçilmiş elkitapları (ilk metinler için bak., s. 228; genel bibliyografya için bak., C. Brockelmann, *Geschichte der arabischen Literatur*[1], 2 cilt, Leiden 1943–9; *Supplementbande*, 3 cilt, Leiden 1937–42).

HANEFİ ESERLER:

Kudûrî (ölm. 428/1036), *el-Muhtasar*, kısmî çev.: G -H. Bousquet ve L. Bercher, *Le Statut personnel en droit musulman hanefite*, Paris (1952).

Serahsî (ölm. 483/1090), *el-Mebsût*.

Kâsânî (ölm. 587/1191), *Bedâ'i' es-Sanâ'i'*.

Merginânî (ölm. 593/1196), *el-Hidâye*, pek çok şerhleri vardır, özellikle Burhân ed-Dîn Mahmûd el-Mahbûbî (ölm. 7./13. yüzyıl)'nin *Vikâyet er-Rivâye*'si; çev.: Charles Hamilton, *The Hedaya*, 4 cilt, Londra 1791, 2. baskı, 1870, yeni baskılar, 1957, 1963 (ihtiyatla kullanılmalıdır).

Ebû'l-Berekât en-Nesefi (ölm. 710/1310), *Kenz ed-Dekâ'ik*, pek çok şerhleri vardır, özellikle İbn Nuceym (ölm. 970/1563)'in *el-Bahr er-Râ'ik*'i.

Mevlâ Husrev (ölm. 885/1480), *Gurer el-Ahkâm*, ve kendi şerhi, *Durer el-Hükkâm*.

İbrâhim el-Halebi (ölm. 956/1549), *Multaka'l-Ebhur;* Şeyhzade (ölm. 1087/1667)'nin *Mecma' el-Enhur* adlı şerhi; kısmî çev. (*satış, sarraflık, kefâlet* hakkındaki bölümler): H. Sauvaire, *La Moultaqa el abhuer, avec commentaire abrege du Majma el anheur*, Marsey 1882 (Académie des Sciences, Belles-Lettres et Arts de Marseille) (kitabımızın sistematik kısmı bu esere dayanmıştır).

el-Fetâvâ el-Âlemgîriyye, (yukarıya bak., ss. 94, 249).

İbn Abidîn (ölm. 1252/1836), *Redd el-Muhtâr alâ'd-Durr el-Muhtâr.*

Ömer Nasuhi Bilmen (İstanbul eski müftüsü), *Hukuki Islâmiyye ve Istılahatı Fıkhiyye Kamusu*, 6 cilt, İstanbul 1950–5 (teferruatlı çağdaş bir elkitabı).

Fetvâ Mecmuaları: Kâdîhân (ölm. 592/1196), Kerderî (ölm. 827/1414; *el-Fetâvâ el-Bezzâziyye*), Konevî (ölm. 985/1577; *el-Fetâvâ el-Hâmidiyye*), Ankaravî (ölm. 1098/1687).

MÂLİKÎ ESERLER:

İbn Ebi Zeyd el-Kayravâni (ölm. 386/996), *er-Risâle;* çev.: E. Fagnan, Paris 1914; L. Bercher, Cezâyir 1945.

Halil b. İshâk (ölm. 767/1365), *el-Muhtasar*, pek çok şerhleri vardır: meselâ, Hattâb (ölm. 954/1547), Hırşî (ölm. 1011/1689), Derdîr (ölm. 1201/1786), Desûkî (ölm. 1230/1815)'nin *haşiye*'si; çev.: I. Guidi ve D. Santillana, *Sommario del Diritto Malechita*, 2 cilt, Milan 1919 (standard bir eser); G.-H. Bousquet, *Abrégé de la loi musulmane selon le rite de l'imâm Mâlek*, 4 cilt, Cezayir 1956–62 (daha önceki Fransızca çevirilerin yerini alır); E. Fagnan, *Concordances arabes*, Cezayir 1889.

İbn Asım, (ölm. 829/1428), *Tuhfet el-Hükkâm*; çev.: L. Bercher, Cezayir 1958.

262 **Abdullah Gannûn**, *Muhâzi'z-Zekkâkiyye*, neşr ve çev.: B. de Perfentief, *En suivant la Zaqqâqiya*, Paris 1958 (konuya yeni başlayanlar için çağdaş bir elkitabı).

Muhammed İlliş (ölm. 1299/1881)'in Fetvaları, *Feth el-Alî el-Mâlik.*

ŞÂFİ'İ ESERLER:

Şirâzî (ölm. 476/1083), *et-Tenbih;* çev.: G.-H. Bousquet, 4 cilt, Cezayir 1949–52.

Gazzâlî (ölm. 505/1111), *el-Vecîz.*

Ebû Şucâ' (ölm. 593/1196), *et-Takrîb*; çev.: G.-H. Bousquet, *Abrégé de la loi musulmane selon le rite de l'imâm El-Châfi'î*, (*R.A.* 1935'den ayrı basım).

Nevevî (ölm. 676/1277), *Minhâc et-Tâlibîn;* çev.: L.W.C. van den Berg, *Le Guide des zeles croyants*, 3 cilt, Batavia 1882–1884 (çok

yetersiz; Bousquet'nin Şirâzî tercümesinde düzeltmeler yer almaktadır).

—— *el-Mecmû'*, Şirâzî'nin bir başka eseri *el-Mühezzeb* üzerine bir şerh; *Minhâc*'dan daha teferruatlı, fakat daha az muteber; Takî ed-Dîn es-Subkî (ölm. 756/1355) tarafından tamamlanmıştır, *Tekmilet el-Mecmû'*.

İbn Kâsım el-Gazzî (ölm. 918/1512), *Feth el-Karîb*, Ebû Şucâ'ın *et-Takrîb*'inin bir şerhi; çev.: L.W.C. van den Berg, *La Révélation de l'Omniprésent*, Leiden 1895 (yetersiz; Bousquet'nin Şirâzî tercümesinde düzeltmeler yer almaktadır).

İbn Hacer (ölm. 975/1567), *Tuhfet el-Muhtâc*, ve Remlî (ölm. 1006/1596), *Nihâyet el-Muhtâc*; Nevevî'nin *Minhâc*'ı üzerine yazılan bu iki şerh Şâfi'î mezhebinin görüşleri için standard metinleri teşkil eder.

İbrâhim el-Bâcûrî (ölm. 1276/1860), İbn Kâsım el-Gazzî'nin *Feth el-Karîb*'i üzerine bir hâşiye; kısmî özet (dinî vecîbeler, cihâd v.b. bölümleri çıkarılmıştır), E. Sachau, *Muhammedanisches Recht nach schafiitischer Lehre*, Stuttgart ve Berlin 1897 (bak., C. Snouck Hurgronje, *Z.D.M.G.* liii (1899), 125–67; *Verspreide Geschriften*, ii, 367–414'den yeniden basılmıştır.

Ali bin Hemedi el-Buhriy, *Mirathi, a Handbook of the Mahomedan Law of Inheritance*, çev.: (Sir) Philip E. Mitchell, Nairobi (Hükûmet Basımevi) 1923, yeni baskı 1943; *Nikahi, a Handbook of the Law of Marriage in Islam*, çev.: J.W.T. Allen, Dar es-Salaam (Hükûmet Basımevi) 1959 (Svahili dilinden bir çeviri; konuya yeni başlayanlar için çağdaş bir el-kitabı).

Takî ed-Dîn es-Subkî, İbn Hacer ve Remlî'nin *fetvâ* mecmuaları.

HANBELİ ESERLER:

Hirakî (ölm. 334/945), *el-Muhtasar*.

Muvaffak ed-Din b. Kudâme (ölm. 620/1223), *el-Mugnî*, aslında Hirâkî'nin *el-Muhtasar* adlı eserinin bir şerhidir; ansiklopedik bir eser.

——*el-Umde*, muhtasar bir risâle; çev.: H. Laoust, *Le Précis de droit d'Ibn Qudâma*, Beyrut 1950 (değerli bir giriş'le birlikte).

Şems ed-Din b. Kudâme (ölm. 682/1284), *eş-Şerh el-Kebîr*, Muvaffak ed-Dîn'in yazdığı daha teferruatlı bir elkitabı olan *elMukni*'in bir şerhi.

Hicâvî (ölm. 968/1560), *el-İknâ'* (veya Zâd el-Mustakni').

263 **Mer'i b. Yûsuf** (ölm. 1033/1624), *Delîl et-Tâlib;* İbrahim b. Muhammed b. Dûyân (ölm. 1353/1934)'ın *Menâr es-Sebîl* adıyla yazdığı şerh, kısmî çev.: **G.M. Baroody**, *Crime and Punishment under Hanbali Law*, özel baskı 1962.

Behûtî (ölm. 1051/1641), *Şerh el-Müntehâ.*

—— *er-Ravz el-Murbi'*, Hicâvî'nin *İknâ*'ına yazılan bir şerh; son dört eser Suûdî Arabistan'da okutulan ders kitaplarıdır.

ZÂHİRÎ ESERLER:

İbn Hazm (ölm. 456/1065), *el-Muhallâ.*

ZÂHİRÎ ESERLER:

Ali b. Muhammed Besyâni (veya Besyûnî; 5./11. yüzyılın ortaları), *el-Muhtasar;* E. Sachau, *Muhammedanisches Erbrecht nach der Lehre der Ibaditischen Araber von Zanzibar und Ostafrika, Sitzzungsber. Preuss. Akad. Wiss.*, Phil.-hist. Kl., 1894, viii.

Amir b. Ali eş-Şemmâhî (ölm. 792/1389–90), *el-İdâh;* bir bölümünü çev.: Mercier, bak., aşağıya.

Abdulaziz b. İbrâhim el-Mus'abî (ölm. 1223/1808), *en-Nîl;* kısmî ter.: E. Zeys, *Droit mozabite. Le Nil. Du mariage et de sa dissolution*, Cezayir 1891 (*R.A.* 1887, 1888, 1890'dan ayrı basım); Hureaux, *Droit mozabite. De la tutelle*, Cezayir 1882; bir bölümün ter.: Mercier, aşağıya bak.

Muhammed Yûsuf Atfiyâş (ölm. 1332/1914), *Şerh en-Nîl*, bir önceki eserin şerhi: bir bölümünü ter.: Mercier, aşağıya bak.

M. Mercier, *Etude sur le waqf abadhite et ses applications au Mzab*, Cezayir 1927.

ZEYDÎ ŞÎ'Î ESER:

Hüseyin b. Ahmed es-Siyâgî (ölm. 1221/1806), *er-Ravd en-Nadîr*, Zeyd b. Alî'ye atfedilen *Mecmû' el-Fıkh*'ın şerhidir (Yukarıya bak., s. 228).

ONİKİ İMAMCI ESER:

Muhakkık el-Hillî (ölm. 676/1277), *Şerâ'i' el-İslâm;* kısmî çev.: N.B.E. Baillie, *A Digest of Moohummudan Law*, ii, Londra 1869,

yeni baskı, Lahor 1958 (ahvâli şahsiye ve bununla ilgili konularda); çev.: A. Querry, *Droit musulman. Recueil de lois concernant les Musulmans schyites*, 2 cilt, Paris 1871–2.

İSMAİLİ Şİʾİ ESER:

el-Kâdî Nu'mân (ölm. 363/974), *Daʾâʾim el-İslâm;* kısmî çev.: A.A.A. Fyzee, *The Ismaili Law of Wills*, Londra 1933.

DİĞER MUTEBER ESERLER LİSTESİ:

+**J.H. Harinfton**, *Remarks upon the Authorities of Mosulman Law, Asiatick Researches: or Transactions of the Society Instituted in Bengal*, x (Kalküta 1808), 475–512 (Hindistan'da kullanılan Hanefî eserler hak.).

+**N.P. Aghnides**, *Mohammedan Theories of Finance, with... a Bibliography*, New York 1916, 177–94 (yeni baskı, Lahor 1961).

Th. W. Juynboll, *Handleiding*, 29–32, 373–8.

E. Pröbster, *Islamica*, iii/3 (1927), 352–4 (Fas'ta kullanılan Mâlikî eserler hak.).

Lopez Ortiz, *Derecho musulman*, 36–41 (İspanya'da kullanılan Mâlikî eserler hak.).

264 +**H. Laoust**, *Le Précis de droit d'Ibn Qudâma*, giriş.

Kezâ bak., İbn Haldûn (ölm. 808/1406), *el-Mukaddime*, fasıl 6, bâb 7 (fıkıh hakkında), 8 (ferâiz hakkında), 9 (usûl hakkında); çev.: Mac Guckin de Slane, *Les Prolégomenes*, iii, yeni baskı, Paris 1938, 1–38; çev.: F. Rosenthal, *The Muqaddima*, iii, New York 1958, 3–30.

2) ++**G. Bergstrasser**, "Zur Methode der Fiqh-Fosrchung", *Islamica*, iv/3 (1930), 283/94.

3) **W. Heffening**, *Zum Aufbau der islamischen Rechtswerke, Studien... Paul Kahle... über reicht*, Leiden 1935, 101–18 (fakat bak., J. Schacht, *XII Convegno "Volta"*, Roma 1957, 208).

Konuların geleneksel düzenini açıklayan düşünceler hakkında bak., Snouck Hurgronje, *Verspreide Geshriften*, ii, 395, n. 1; Santillana, *Istituzioni*, 1, vii-ix.

FERÂİZ HAKKINDAKİ ESERLER:

İbn el-Mutekkıne (ölm. 579/1183), *Bugyet el-Bâhis* (veya *er-Rahbiyye*), neşr ve ter.: William Jones, *The Mahomedan Law of Succession*, Londra 1782 (Hanefî).

Sirâc ed-Din es-Secâvendî (6./12. yüzyılın sonu), *es-Sirâciyye*, neşr ve çev.: W. Jones, Kalküta 1792; çeviri sık sık basılmıştır, meselâ, ilâveli baskı, A. Rumsey, Londra 1869, Lahor 1959; metin ve çev.: Mahomed-Ullah ibn S. Jung, *The Muslim Law of Inheritance*, Allahabad 1934 (Allahabad University Studies, x); özet, metinden parçalar: N.B.E. Baillie, *The Moohummudan Law of Inheritance*, Kalküta 1832 (Hanefî).

İbrâhim et-Tilimsânî (ölm. 690/1291), *el-Manzûme et-Tilimsâniyye;* özet: G.I. Baurc-Biguret, *Abrégé des successions*, Valence 1912 (Mâlikî).

Şeyh Abdülkâdir (1304/1886'da yazmıştır), *en-Nehr el-Fâ'id fî Ilm el-Ferâ'id* ,neşir ve çev.: L. Hirsch, *Der Überliessende Strom in der Missenschaft des Erbrechts*, Leipzig 1891; metin ve çev.: *Treatise on the Muhammedan Law, entitled "The Overflowing River of the Science of Inheritance and Patrimony"*, v.s., 2. baskı, Aden 1889 (Hanefî ve Şâfi'î).

VAKIF HAKKINDAKİ ESERLER (HANEFİ):

Hilâl er-Re'y (ölm. 245/859), *Ahkâm el-Vakf.*

Hassâf (ölm. 261/874), *Ahkâm el-Vakf.*

İbrâhim b. Mûsâ et-Tarâbulusî (ölm. 922/1516), *el-İs'âf fî Ahkâm el-Evkâf* (önceki iki esere dayanır); kısmî ter.: B. Adda ve E.D. Ghaliounghi, *Droit musulman. Le Wakf*, İskenderiye 1893.

KADI İÇİN YAZILMIŞ PRATİK ELKİTAPLARI:
HANEFİ:

Tarsûsî (ölm. 758/1356), *Enfa'u'l-Vesâ'il ilâ Tahrîr el-Mesâ'il.*

Alî b. Halîl et-Tarâbulusî (ölm. 844/1440), *Mu'în el-Hükkâm fîmâ yetaradded beyn el-Hasmeyn min el-Ahkâm.*

İbn eş-Şıhne (ölm. 921/1515), *Lisân el-Hükkâm fî Ma'rifet el-Ahkâm.*

MÂLİKİ:

İbn Ferhûn (ölm. 799/1397), *Tabsirat el-Hükkâm fî usûl el-Akdiye ve Menâhic el-Ahkâm.*

265 FURUK HAKKINDA ESERLER:

J. Schacht, "Aus swei arabischen Furûq-Büchern", *Islamica*, ii/4 (1927), 505–37 (Bir Hanefî bir de Hanbelî eserden parçalar; *furûk*'la ilgili eserler hakkında bir girişle birlikte).

MÂLİKİ:

Karâfî (ölm. 684/1285), *Envâr el-Burûk fî Envâ' el-Furûk.* Venşerîsî (ölm. 914/1508), *Uddet el-Furûk.*

EŞBÂH VE NEZÂ'İR, KAVÂ'İD HAKKINDA ESERLER:

İbn Nuceym (ölm. 970/1563), *Kitâb el-Eşbâh ve'n-Nezâ'ir* (Hanefî)

Suyûtî (ölm. 911/1505), *Kitâb el-Eşbâh ve'n-Nezâ'ir* (Şâfi'î).

İbn Receb (ölm. 975/1393), *el-Kavâ'id* (Hanbelî).

ISTILAHLAR HAKKINDA ESERLER:

Ebû'l-Hafs en-Nesefî (ölm. 537/1142), *Talibet et-Talebe* (Hanefî).

İbn Arafe (ölm. 803/1401), *Kitâb el-Hudûd el-Fıkhiyye* (Mâlikî).

Nevevî (ölm. 676/1277), *Tehzîb el-Esmâ' ve'l-Lugât* (ikinci kısım; ilk kısım İslâm hukuk eserlerinde geçen özel isimler sözlüğüdür) (Şâfi'î).

Tahânevî (1158 yılında yazmıştır), *Keşf* (veya *Keşşâf*) *Istılâhât el-Funûn* (genel ıstılahlar sözlüğü).

İHTİLÂF HAKKINDA ESERLER:

Ebû Yûsuf (ölm. 182/798), *er-Redd alâ Siyer el-Evzâ'î*, ve *İhtilâf Ebî Hanîfe ve İbn Ebî Leylâ* (tartışmaları ihtivâ eder).

Şeybânî (ölm. 189/804), *Kitâb el-Hucec* (tartışmaları ihtivâ eder).

Taberî (ölm. 310/923), *Kitâb İhtilâf el-Fukahâ'* (özellikle seleflerinin eserlerinden alınan parçalardan ibârettir; bu geniş eserin sadece iki parçası bize kadar ulaşmıştır).

Tahâvî (ölm. 321/933), *Şerh Ma'ânî el-Asâr* (Yazar Hanefî mezhebine göre fikir yürütür).

Abdulvahhâb el-Bağdâdi (ölm. 422/1031), *el-İşrâf alâ Mesâ'il el-Hilâf* (Mâlikî elkitabı).

İbn Rüşd el-Hafîd (ölm. 595/1198), (filozof), *Bidâyet el-Muctehid* (bak., Brunschvig, "Averroès juriste", *Etudes d'orientalisme... Lévi-Provençal*, i, Paris 1962, 35–68); kısmî çev.: A. Laimèche, *Du mariage et de sa dissolution*, Cezayir 1926; aynı yazar, *Des donations, des testaments, des successions, des jugements*, Cezayor 1926; aynı yazar, *Livre des échanges*, Cezayir 1940; G.-H. Bousquet, "Le Livre de l'interdiction", *R.A.* 1949, 41–49.

Şa'rânî (ölm. 973/1565), *el-Mîzân el-Kübrâ* (Muhammed. b. Abdurrahman ed-Dımaşkî (780/1378'de yazmıştır)'nin *Rahmet el-Ümme* adlı eserinden yararlanılmıştır. Bu son eser, Şâfi'îlere ait bir elkitabıdır); çev.: Perron, *Balance de la loi musulmane*, Cezayir 1898.

Kitâb el-Fıkh alâ el-Mezâhib el-Erba'a (modern bir elkitabı; i², Mısır Vakıflar Bakanlığınca neşredilmiştir, Kahire 1931; ii²-iv, hazır.: Abdurrahmân el-Cezîrî, Kahire 1933–8; tamamlanmamıştır).

266 Araştırmalar: I. Goldziher, *Die Zahiriten*, Leipzig 1884, 37–39; aynı yazar, "Zur Litteratur des Ichtilâf al-Madzâhib", *Z.D.M.G.* xxxviii (1884), 669–82; F. Kern, "Tabarî's Ihtilâf al-Fuqahâ", aynı dergi, lv (1901), 61–95.

TABAKÂT KİTABLARI:

Önemli bir ilk kaynak İbn en-Nedîm'in *Kitab el-Fihrist*'idir (377/987'de yazmıştır), bu eserin altıncı bölümü *fukahâ* ve onların eserlerini ele alır.

HANEFİ TABAKÂTI:

Abdülkâdir b. Muhammed (ölm. 775/1373), *el-Cevâhir el-Mudî'a*

Muhammed Abdulhayy el-Leknevî (ölm. 1304/1886), *el-Fevâ'id el-Behiyye*.

G. Flügel, "Die Classen der hanefitischen Rechtsgelehrten", *Abh. Kgl. Sachs. Ges. Wiss.* viii (1860), 267–358.

MÂLİKİ TABAKÂTI:

İbn Ferhûn (ölm. 799/1397), *ed-Dîbâc el-Muzehheb;* bak., E. Fagnan, "Les tabakât malikites", *Homenaje a D. Francisco Codera*, Saragossa 1904, 105–13.

Ahmed Bâbâ et-Tumbuktî (ölm. 1036/1627), *Neyl el-İbtihâc* (bir önceki eserin zeyli).

Muhammed Mahlûf, *Şeceret en-Nûr ez-Zekiyye*, 2. cilt, Kahire 1349/1930–1350/1931.

R. Castejon Calderon, *Los juristas hispano-musulmanes*, Madrid 1948.

ŞÂFİ'İ TABAKÂTI:

Tâc ed-Din es-Subkî (ölm. 771/1370), *Tabakât eş-Şâfi'iyye el-Kübrâ* (bak., G. Makdisi, *S.I.* xvii (1962), 57–80).

F. Wüstenfeld, *Der el-Schâfi'i und seine Anhanger*, i-iii, Göttingen 1890–91 (*Abh. Ges. Wiss. Göttingen*, xxxvi-xxxvii'den ayrı basım).

HANBELİ TABAKÂTI:

İbn Ebi Ya'lâ (ölm. 526/1133), *Tabakât el-Hanâbile.*

İbn Receb (ölm. 795/1392), *Tabakât el-Hanâbile* (bir önceki eserin zeyli).

Kadılar'la ilgili biyografi mecmuaları pek çoktur; bak., Vekî' ve Kindî'nin eserleri, s. 224; ayrıca:

Huşenî (ölm. 371/981), *Kitâb el-Kudât bi-Kurtuba.*

Nubâhî (8./14. yüzyıl), *Târîh Kudât el-Endelüs*, neşr.: E. Lévi-Provençal, Kahire 1948.

İbn Hacer el-Askalânî (ölm. 852/1449), *Ref' el-Isr an Kudât Mısr.*

İbn Tûlûn (ölm. 953/1546), *Kudât Dımaşk*, neşr.: Salâhuddîn el-Muneccid, Şam 1956.

5) USUL HAKKINDA SEÇME KAYNAKLAR:

HANEFİ ESERLER:

Pezdevî (ölm. 482/1089), *Kenz el-Vusûl ilâ Ma'rifet el-Usûl.*

Ebû'l-Berekât en-Nesefî (ölm. 710/1310), *Menâr el-Envâr.*

267 **Sadr eş-Şerî'a es-Sânî** (ölm. 747/1346), *Tenkîh el-Usûl*, yazarın *et-Tavzîh* adlı şerhiyle birlikte.

İbn el-Humâm (ölm. 861/1457), *et-Tahrîr.*

Mullâ Husrev (ölm. 885/1480), *Mirkât el-Vusûl ilâ İlm el-Usûl*, yazarın *Mir'ât el-Usûl* adlı şerhiyle birlikte.

MÂLİKÎ ESERLER:

İbn Rüşd el-Hafîd (ölm. 595/1198), *Bidâyet el-Muctehid*'in Önsözü (yukarıya bak., s. 265); çev.: L. Bercher, *Revue Tunisienne de Droit*, 1954, no. 3/4, 30–37 (bak., R. Brunschvig, *Etudes d'orientalisme... Lévi-Provençal*, i, 44–56).

İbn el-Hâcib (şlm. 646/1249), *Muhtasar el-Müntehâ*

Karâfî (ölm. 684/1285), *Şerh Tenkîh el-Fusûl.*

Şâtibî (ölm. 790/1388), *el-Muvâfakât.*

ŞÂFİ'İ ESERLER:

Şâfi'î (ölm. 204/820), *er-Risâle* (usûl hakkında yazılan ilk risâle); özet: L.I. Graf, *Al-Shâfi'î's verhandeling over de "wortelen" van den fikh*, tez, Leiden 1934; çev.: M. Khadduri, *Treatise on Moslem Jurisprudence*, Baltimore 1961; bak., K.I. Semaan, *Ash-Shaf'i's Risalah: Basic Ideas*, Lahor 1961 (nesih'le ilgili bölümlerin çevirisi ile birlikte).

Müzenî (ölm. 264/878), *Kitâb el-Emr ve'n-Nehy*, neşir ve çev.: R. Brunschvig, "Le Livre de l'ordre et de defence" d'al-Muzanî", *B.E.O.* xi (1945–6), 145–96.

İmâm el-Harameyn (ölm. 478/1085), *Kitâb el-Varakât;* çev.: L. Bercher (şerhlerden çıkarılan notlarla birlikte), *Revue Tunisienne*, n.s. i (1930), 93–105, 185–214.

Gazzâlî (ölm. 505/1111), *el-Mustasfâ.*

Tâc ed-Din es-Subkî (ölm. 771/1369), *Cem' el-Cevâmi'* (Şâfi'î ve Mâlikî yazarlarca şerhedilmiştir).

HANBELİ ESERLER:

Muvaffak ed-Din b. Kudâme (ölm. 620/1223), *Ravdat en-Nâzır.*

İbn Teymiyye (ölm. 728/1328), *Ma'âric el-Vusûl*, ve *el-Kıyâs fî'ş-Şer' el-İslâmî;* çev.: H. Laoust, *Contribution à une étude de la méthodologie canonique de... B. Taimîya*, Kahire 1939.

İbn Kayyim el-Cevziyye (ölm. 751/1350), *İ'lâm el-Muvakki'in.*

İbn Bederân (ölm. 1346/1927–28), *el-Medhal ilâ Mezheb el-İmâm Ahmed b. Hanbel.*

ZÂHİRİ ESER:

İbn Hazm (ölm. 456/1065), *Kitâb el-İhkâm fî Usûl el-Ahkâm.*

MU'TEZİLİ ESER:

Kâdî Abdulcabbâr (ölm. 415/1024), *el-Mugnî*, bâb xvii; *eş-Şer'iyyât.*

MUVAHHİDİLER:

İbn Tûmart (ölm. 524/1130), *Le Livre de Mohammed Ibn Toumert*, I. Goldziher tarafından bu esere bir giriş yazılmıştır, Cezayir 1903.

 GÜNÜMÜZ MÜSLÜMAN YAZARLARININ ESERLERİ:

Subhî Mahmasânî, *Felsefet et-Teşrî' fi'l-İslâm*, Beyrut 1946; İngilizce çev.: F.J. Ziadeh, *Falsafat al-Tashrî fî al-Islâm*, Leiden 1961.

Muhammed Tâhir b. Aşûr, *Makâsıd eş-Şerî'a el-İslâmiyye*, Tunus 1366/1947.

Abdulvahhâb Hallâf, *İlm el-Usûl el-Fıkh*, 5. baskı, Kahire 1952.

——— *Masâdır et-Teşrî' el-İslâmî fîmâ lâ Nass fîhi*, Kahire 1955.

Mustafa Ahmed ez-Zerkâ', *el-Medhal el-Fıkhî el-Âmm ile'l-Hukuk el-Medeniyye*, Şam 1952.

Abdurrazzâk Ahmed es-Senhûrî, *Masâdır el-Hakk fi'l-Fıkh el-İslâmî*, Kahire 1954–9.

Ali el-Hafîf, *Esbâb İhtilâf el-Fukahâ'*, Kahire 1956.

ÖZETLER:

C. Snouck Hurgronje, *Selected Works*, 215–44, 268–89.

Abdur Rahim, *The Principles of Muhammadan Jurisprudence*, Londra ve Madras 1911 (yeni baskı, Lahor 1958) (modernist bir inceleme).

N.P. Aghnides, *Mohammedan Theories of Finance with an Introduction to Mohammedan Law and a Bibliography*, New York 1916, 23–156 (yeni baskı, Lahor 1961) (yazarın kendi düşünceleri ihtiyatla kullanılmalıdır).

B. Ducati, *Sintesi del diritto musulmano*, Bologna 1926, 91–127.

O. Pesle, *Les Fondements du droit musulman*, Kazablanka (tarihsiz).

L. Milliot, *Introduction*, 103–55 (kaynaklara atıflarda bulunmamaktadır).

D. Santillana, *Istituzioni*, i, 51–81.

Usûl hakkındaki büyük klâsik eserlerden birinin muhtevâsını teferruatlı bir şekilde ele alan bir eser henüz yazılmamıştır.

ARAŞTIRMALAR:

Shorter E.I., "İcmâ'", "İctihâd", (D.B. Macdonald), "İstihsân ve İstıslâh" (R. Paret), Hata (J. Schacht), "Kıyâs", "Sünne" (bu sonuncusu bugün değerini yitirmiştir) (A.J. Wensinck), "Taklîd", "Usûl" (J. Schacht) makaleleri.

I. Goldziher, "Das Prinzip des istishâb inder muhammedanischen Gesetzwissenschaft", *Vienna Oriental Journal*, i (1887), 228–36; Fransızca özet: G.-H. Bousquet, *Arabica*, vii (1960), 12–15.

—— "Über igmâ" (yukarıya bak., s. 233)

J. Lapanne-Joinville, "L'Istishâb", *Travaux de la Semaine Internationale de Droit Musluman*, Paris 1953, 80–99 (ihtiyatla kullanılmalıdır).

R. Brunschvig, "Sur la doctrine de Mahdî Ibn Tûmart", *Arabica*, ii (1955), 137–49 (kezâ, *Ignace Goldziher Memorial Volume*, ii, Kudüs 1958, 1–13).

—— "Variations sur le théme du doute dans le fiqh", *Studi orientalistici in onore di Giorgio Levi Della Vida*, Roma 1956, i, 61–82.

—— "Berâ'et" maddesi, *E.I.*/2.

—— *Etudes d'orientalisme... Lévi-Provençal*, i, 44–56.

269 **E. Tyan**, "Méthodologie et source du droit en Islam (istihsân, İstıslâh, Siyâse şer'iyye)", *S.I.* x (1959), 79–109.

K.I. Semaan, "Al-Nâsikh wa-al-Mansukh. Abrogation and its Application in Islam", *I.Q.* vi/1–2 (1961), 11–29 (kezâ yukarıya bak., Şâfi'î eserler).

T. Koçyiğit, "Kitap ve sünnette nesh meselesi", *İlâhiyat Fakültesi Dergisi*, xi (Ankara 1963), 93–108.

ONİKİ İMAMCI USUL HAKKINDA:

C. Frank, "Über den schiitischen Mudschtahid", *Islamica*, ii/2 (1926), 171–92.

G. Scarcia, *A.I.U.O.N.* n.s. vii (1957), 103–15.

——— "Intorno alle controversie tra Ahbârî e Usûlî presso gli Imâmiti di Perisa", *R.S.O.* xxxiii (1958), 211–50.

A.K.S. Lambton, "A Reconsideration of the Position of the Marja' al-Taqlîd and the Religious Institution", *S.I.* xx (1964), 115–35.

İBÂZİ USULÜ HAKKINDA:

M.M. Moreno, *A.I.U.O.N.* n.s. iii (1949), 300–2.

Ek

S. 262 için: ŞÂFİ'İ ESERLER:

Nevevî (ölm. 676/1277), *Minhâc et-Tâlibîn*, Fransızca'dan İngilizce'ye çeviri: E.C. Howard, Londra 1914.

S. 263 için: MUTEBER ESERLERİN BAŞKA LİSTELERİ:

Orientalisches Recht, Leiden ve Cologne 1964 (Handbuch der Orientalistik, Erste Abteilung, Erganzungsband III), 237–70 (Müteveffâ E. Pritsch ve O. Spies tarafından çıkarılmıştır).

S. 264 için: KADI İÇİN PRATİK ELKİTAPLARI: MÂLİKİ:

Zakkâk (ölm. 912/1506), *el-Lâmiyye* (yukarıya bak., s. 233).

S. 267 için: USUL HAKKINDA MU'TEZİLİ ESERLER:

Ebû'l-Hüseyin Muhammed b. Ali b. et-Tayyib el-Basrî (ölm. 436/1044), *el-Mu'temed fî Usûl el-Fıkh.*

S. 268 için: GÜNÜMÜZ MÜSLÜMAN YAZARLARI TARAFINDAN YAZILAN USUL HAKKINDAKİ ESERLER:

Muhammed el-Hudrî, *Usûl el-Fıkh*, Kahire 1962.

Muhammed Edîb Sâlih, *Tefsîr el-Nusûs fi'l-Fıkh el-İslâmî*, Şam 1964.

270 1) **A.J. Wensinck**, "Niyet" maddesi, *Shorter E.I.*

Choukri Cardahi, "La valeur juridique du silence en droit musulman et en droit Libanais", *Mélanges à la memoire de Paul Huvelin*, Paris 1938, 47–74.

P. Dib, *Essai sur une théorie des mobiles en droit civil hanafite*, Beyrut 1952.

Y. Linant de Bellefonds, "Volonté interne et volonté declarée en droit musulman", *R.I.S.C.* x (1958), 510–21.

—— "Zarûret" maddesi, *E.I.*/2.

W. Mansbach, "Laesio enormis in Muhammadan Law", *B.S.O.A.S.* x (1940–2), 877–85.

Z.A. Rifai, *Le Consentement et les vices du consentement en droit musulman hanafite*, tez, Nancy 1933.

Subhî Mahmasânî, *En-Nazariyet el-Âmme li'l-Mûcebât we'l-Ukûd fî'ş-Şerî'a el-İslâmiyye*, 2 cilt, Beyrut 1948.

I. Goldziher, "Das Prinzip der takijja im Islam", *Z.D.M.G.* lx (1906), 213–26 (Fransızca özet: G.-H. Bousquet, *Arabica*, vii (1960), 131–5).

R. Strothmann, "Takiyye" maddesi, *Shorter E.I.*

2) **L.R.**, *De l'absence en droit musulman*, Paris 1897.

4) **I. Goldziher**, *Die Zahiriten*, Leipzig 1884, 66–69.

I. Guidi, *Sunnah e nadb presso i giuristi malechiti*, *Festschrift Eduard Sachau*, Berlin 1915, 333–7.

J. Schacht, "Ahkâm" maddesi, *E.I.*/2.

—— "Bâtıl" maddesi, *Shorter E.I.*

Y. Linant de Bellefonds, "Les actes juridiques valables et les actes nuls en droit musulman", *R.A.* 1959, 1–24.

—— "Fâsid ve Bâtıl" maddesi, *E.I.*/2.

O. Spies, "Das System der Nichtigkeit im islamischen Recht", *Deutsche Landesreferate zum VI. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung* 1962, Berlin ve Tübingen 1962, 87–99.

R. Brunschvig, "Variations sur le théme du doute" (yukarıya bak., s. 268), 64 vd.

Ch. Chehata, "Câiz" maddesi, *E.I.*/2.

271 1) ++**R. Brunschvig**, "Théorie générale de la capacité chez les Hanafites médievaux", *R.I.D.A.*, ii (1949), 157–72.

Almenouar Kellal, "De l'émancipation des mineurs en droit musulman", *R.A.* 1935, 53–70.

(**J. Schacht**), "Bâliğ" maddesi, *E.I.*/2; aynı yazar, "Hacr" maddesi, aynı Ansiklopedi.

W. Heffening, "Şâhid" maddesi, *Shorter E.I.*

E. Tyan, "Adl" maddesi, *E.I.*/2.

Th. W. Juynboll, "Fâsık" maddesi, *Shorter E.I.*

N.J. Coulson, "Beyt el-Mâl (ii)", *E.I.*/2.

+**Heffening**, "Vakf" maddesi, Shorter *E.I.* (önemli bibliyografya ile).

+**L. Milliot**, *Démembrements du habous*, Paris 1918.

G. Busson de Janssens, "Les wakfs l'Islam contemporain", *R.E.I.* 1951, 1–120; 1953, 43–76.

A. d'Emilia, "Il Waqf ahlî secondo la dottrina di Abu Yûsuf", *Pubbl. Ist. di Diritto Romano... dell' Universita di Roma*, ix, Milan 1938, 67–87.

—— "Per una comparazione fra le piae causae nel diritto canonico, il charitable trust nel diritto inglese e il waqf hairi nel diritto musulmano", *Atti del Primo Congresso di Diritto Comparato*, i, Roma 1953, 187–230.

J. Luccioni, *Le Habous ou Wakf (rites Malékite et hanefite)*, tez, Cezâyir 1942.

O. Pesle, *La Théorie et la pratique des habous dans le rite malékite*, Kazablanka 1941.

R. Brunschvig, *Classicisme et déclin culturel dans l'histoire de l'Islam*, Paris 1957, 166 (bak., D. Santillana, *Istituzioni*, i, 443 vd., ii, 446) (Vakıf hakkında).

W. Heffening, "Vilâyet" maddesi, *Shotrer E.I.* (velâyet hakkında).

O. Pesle, *La Tutelle dans le chra et dans les législations nord-africaines*, Kazablanka 1945.

2) **I. Dimitroff**, "Die Stellung der Frauen nach Mohammedanisch-hanafitischem Rechte", *Zeitschr. vergl. Rechtswiss.* xxiv (1910), 1–99.

O. Pesle, *La Femme musulmane dans le droit, la religion et les moeurs*, Rabat 1946.

3) ++**R. Brunschvig**, "Abd" maddesi, *E.I.*/2.

A.J. Wensinck, "Memlûk" ve "Mevlâ" maddesi, *Shorter E.I.*

J. Schacht, "Umm el-Veled" maddesi, *Shorter E.I.*

L. Gardet, *La Cité musulmane*, 2. baskı, Paris 1961, 69–79.

4) **W. Björkman**, "Kâfir" maddesi, *Shorter E.I.*.

A. Abel, "Dâr el-Harb" ve "Dâr el-İslâm" maddeleri, E. Tyan, "Cihâd" maddesi, ve M. Khadduri, "Harb" maddesi, *E.I.*/2.

M. Khadduri, *War and Peace in the Law of Islam*, Baltimore 1955.

A. Fattal, *Le Statut legal des non-Musulmans en pays d'Islam*, Beyrut 1958.

I. Goldziher, "Ehl el-Kitâb" maddesi, *Shorter E.I.*

G. Vajda, "Ehl el-Kitâb" maddesi, *E.I.*/2.

+**Cl. Cahen**, "Zimme" ve "Cizye" maddeleri, *E.I.*/2.

W. Heffening, *Das islamische Fremdenrecht*, Hanover 1925.

J. Schacht, "Emân" maddesi, *E.I.*/2.

E. Pröbster, "Fragen des islamischen Kollisionsrecht nach malikitischem Ritus", *Zeitschr. vergl. Rechtswiss.*, lv (1942–4), 147–62 (153–9 zimmîler hakkındadır).

272 1) **Muhammed Yûsuf Mûsâ**, *el-Fıkh el-İslâmî, Mudhal li-Dirâsetihi, Nizâm el-mu'âmelât fîhi*, 3. baskı, Kahire 1958 (mülkiyet ve borçlar hakkında).

L. Gardet, *La Cité musulmane*, 2. baskı, Paris 1961, 79–90.

R. Arnaldez, "Les biens en droit musulman à travers les idées d'Ibn Hazm de Cordoue", *Les Mardis de Dar el-Salam*, 1959, 147–80.

J. Schacht, "Meyte" maddesi, *Shorter E.I.*

2) **J. Roussier-Theaux**, "La possession", *R.A.* 1935, 147–92.

R. Brunschvig, "Sur la possession dans l'histoire du droit musulman", *R.A.* 1936, 33–40.

A. d'Emilia, "Una comparazione fra diritto bizantino e musulmano in materia possessoria", *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz*, iii, Napoli 1952, 391–413.

+**F.F. Schmidt**, "Die occupatio im islamischen Recht", *Der Islam*, i, (1910), 300–53.

F. Lokkegaard. "Ganîmet" maddesi, *E.I.*/2.

O. Pesle, *Le Crédit dans l'Islam malékite*, Kazablanka 1942 (kısım: i, bölüm, 4 *lukata* hakkında).

J. Schacht, "Lukata" maddesi, *Shorter E.I.*

O. Spies, "Verarbeitung und Verbindung nach den Lehrmeinungen des Islamischen Rechts", *Zeitschr. vergl. Rechtswiss.* xliv (1929), 41–128 (bak., G. Bergstrasser, *Islamica*, iv/3 (1930), 289 vd.).

+**C. Snouck Hurgronje**, "Iets over verjaring in het moehammedaansche recht", (1897), *Verspreide Geschriften*, ii. 329–48.

F. Guay, "Lanture juridique de la préscription en droit musulman malékite", *R.M.D.* ii, (1949), 186–92.

J. Lapanne-Joinville, "L'action en revendication et la prescription en droit malékite", *R.A.* 1951, 195–240; 1952, 16–57.

L. Milliot, "La preuve du droit de propriété", *Travaux de la Semaine Intermatinde du Droit Musulman*, Paris 1953, 46–67 (= *Introduction*, 618–37).

Ch. Chehata, "L'acte translatif de propriété en droit musulman hanafite", *Travaux de la Semaine*, 36–43.

++**R. Brunschvig**, "De l'acquisition de legs dans le droit musulman orthodoxe", *M.A.I.D.C.* iii/4, Roma 1955, 95–110.

3) **J. Schacht**, "Rehn" maddesi, *E.I.*/2.

O. Pesle, *Le crédit* (kısım ii, bölüm 3).

4) SEÇME ESERLER:

+**E. Pröbster**, "Privateigentum und Kollektivismus im muhammedanischem liegenschaftsrecbt insbesondere des Maghrib", *Islamica*, iv/4 (1931), 343–511 (bak., J. Schacht, *Der Islam*, xx (1932), 263–70).

Y. Linant de Bellefonds, "Un Problèm de sociologie juridique,. Les terres "communes" en pays d'Islam", *S.I.* x (1959), 111–36.

F.F. Schmidt, *Die occupatio* (yukarıya bak., 1; *ihyâ el-mevât* hakkında).

O. Spies, "Islamisches Nachbarrecht nach schafiitischer Lehre", *Zeitsch. vergl. Rechtswiss.* xlii (1927), 393–421.

273 +**R. Brunschvig**, "Urbanisme medival et droit musulman", *R.E.I.* 1947, 127–55.

J. Schacht, *A.J.C.L.* viii (1959), 141 vd. (istimlâk hakkında), 142 vd. (hakların suistimali hakkında) (bibliyografyalı).

F. Arin, "Essai sur les démembrements de la propriété foncière en droit musulman", *R.M.M.* xxvi (1914), 277–317.

J. Roussier-Theaux, "L'établissement des servitudes", *R.A.* 1938, droit musulman", *R.M.M.* xxvi (1914), 277–317.

J. Roussier-Theaux, "L'etablissement des servitudes", *R.A.* 1938, 40–46.

5) SEÇME YAYINLAR:

H. Bruno, *Contribution à l'étude du régime des eaux en droit musulman*, tez, Paris 1913.

R. Tresse, "L'irrigation dans la Ghouta de Damas", *R.E.I.* 1929, 459–573.

J. Lapanne-Joinville, "Le régime des eaux en droit musulman (rite malékite)", *R.A.* 12–61, 63–90.

D.A. Caponera, *Water Laws in Moslem countries*, Roma 1954 (F.A.O. Development Paper, Agriculture, no. 43).

R.B. Serjeant, "Some Irrigation Systems in Hadramawt", *B.S.O.A.S.* xxvii (1964), 33–76.

BÖLÜM 20

274 1) **R. Grasshoff**, *Das schafi'itische Obligationenrecht*, i, Göttingen 1895 (tez, Königsberg: *Die allgemeinen Lehren des Obligationenrechts... sowie die Lehre vom Kauf-, Vollmachts-, Gesellschaftsvertrage und von den Realcontrakten*).

2) +**Chafik T. Chehata**, *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, i, Kahire 1936 (bak., E. Volterra ve C.A. Nallino, *S.D.H.I.* iv (1938), 563–71).

—— "Akd" ve Zimmet" maddeleri, *E.I.*/2.

Subhî Mahmasânî, *en-Nazariyye el-Âmme li'l-Mûcebât ve'l-Ukûd fî' ş-Şerî'a el-İslâmiyye*, 2 cilt, Beyrut 1948.

Mustafa Ahmed ez-Zerkâ, *el-Medhal el-Fıkhî el-Âmm ile'l-Hukuk el-Medeniyye*, Şam 1952.

Muhammed Yûsuf Mûsâ, *el-Fıkh el-İslâmî. Mudhal li-dirâsetihi. Nizâm el-Mu'âmelât fîhi*, 3. baskı, Kahire 1958 (mülkiyet ve borçlar hakkında).

+—— "The Liberty of the Individual in Contracts and Conditions according to Muslim Law", *I.Q.* ii (1955), 79–85, 252–63.

Abdurrezzâk Ahmed es-Senhûrî, *Masâdır el-Hakk fî'l-Fıkh el-İslâmî*, i-vi, Kahire 1954–9.

Z. A. Rifai, *Le Consentement et les vices du consentement en droit musulman hanafite*, tez, Nancy 1933.

Y. Linant de Bellefonds, "L'autonomie de la volonté en droit musulman", *R.A.* 1958, 87–111.

3) **F. Arin**, *Recherches historiques sur les opérations usuraires et alétoires en droit musulman*, tez, Paris 1909.

J. Schacht, "Ribâ" maddesi, *Shorter E.I.*

Ch. Cardahi, "Le pret à interet et l'usure...", *R.I.D.C.* vii (1955), 499–541 (527–34 İslâm hukuku hakkında).

4) **B. Carra de Vaux**, "Meysir" maddesi, *Shorter E.I.*

C.A. Nalino, "Delle assicurazioni in diritto musulmano hanafito" (1927), *Raccolta di scritti*, iv, 62–84.

5) **E. Tyan**, *Le Système de responsabilite délictuelle en droit musulman*, tez, Lyon 1926, ss. 149–261.

Abd el-Rahman Sanhouri Bey, "La responsibilité civile et pénale en droit musulman", *Revue al-Qanun wal Iqtisad*, xv (1945), 1–26.

E. Schram- Nielsen, *Studier over Erstatningslaeren i Islamisk Ret* (*Etudes sur la doctrine des dommages-intérets en droit islamique*) (Fransızca özetle birlikte), Kopenhag, 1945.

J. Lapanne-Joinville, "La théorie des risques en droit musulman (rite malékite)", *R.A.* 1955, 1–24, 51–75.

O. Spies, "Die Lehre von der Haftung für Gefahr im islamischen Recht", *Zeitschr. vergl. Rechtswiss.* lviii, 1955, 79–95.

(**J. Schacht**), "Damân" maddesi, *E.I.*/2.

J. el-Hakim, "Le Dommage de source délictuelle en droit musul-
275 man", Paris 1964 (Université St-Joseph, *Annales de la Faculté de Droit et des Sciences Humaines*, xl).

6) **R. Grasshoff**, *Das Wechselrecht der Araber*, Berlin 1889 (tez, Königsberg: Die suftaga und havâla der Araber).

D. Santillana, *Code Civil et commercial tunisien. Avant-projet*, Tunus 1899, (1964, 1965, 1970, 2011, 2016 maddeleri üzerine notlar).

A. Cheron ve M.S. Fahmy Bey, "Le transport de dette... en droit musulman", *L'Egypte Contemporaine*, xxii (1931), 137–190. (= *Bulletin de la Société de Droit Comparé*, lix (1930), 571–622).

E. Tyan, "Cession de dette et cession de créance dans la théorie et la pratique du droit musulman (d'après le Madhab hanafite)", *Annales de l'Ecole Française de Droit de Beyrouth*, ii, 1946, no. 3–4, 23–37.

A. Dietrich, "Havâle" maddesi, *E.I.*/2.

Ch. Chehata, "Fesh" maddesi, *E.I.*/2.

276 2) ++**I. Dimitroff**, "Asch-Schaibânî (Şeybânî'nin *el-Câmi' es-Sagîr*'inde yer alan satış bölümünün şerhle birlikte tercümesi), *M.S.O.S.*, ii/2 (1908), 60–206.

O. Pesle, *La Vente dans la doctrine malékite*, Rabat 1940.

Ch. Cardahi, "Les conditions générales de la vente en droit comparé occidental et oriental", *Annales de l'Ecole de Droit de Beyrouth*, i (1945), 7–208.

Ch. Chehata, "L'acte translatif de la propriété en droit musulman hanafite", *Travaux de la Semaine*, 36–45.

J. Schacht, "Bey" maddesi, *E.I.*/2.

W. Heffening, "Sarf" ve "Ticâret" maddeleri, *E.I.*/1.

J. Schacht, "Hiyâr" maddesi, *Shorter E.I.*

A. d'Emilia, "La structura della vendita sottoposta a hiyâr secondo la sedes materiae dell', Al-Mudawwanah", *O.M.* 1941 86–98.

—— "La compravendita con patto d'opzione secondo alcune fonti del diritto musulmano malikita", *S.D.H.I.*, x (1944), 167–83.

—— "Il patto d'opzione applicato alla compravendita secondo la codificazione turca di diritto musulmano hanafito", *S.D.H.I.* xi (1945), 225–36.

—— "Il bay' al-hiyâr nella Mudawwanah", *R.S.O.* xxiv (1949), 45–58.

—— "Il Hiyâr aş- Şart nel Asl di Şaibani", *R.S.O.* xxxii (1957), 633–40.

G. Wiedensohler, *Mangel beim Kauf nach islamischen Recht*, Walldorf-Hessen 1960.

R. Brunschvig, "Berâ'et" maddesi, *E.I.*/2.

3) **O. Pesle**, *Les Contrats de louage chez Malékites de l'Afrique du Nord*, Rabat 1938.

E. Pritsch ve O. Spies, "Der islamische Werklieferingsvertrag nach al-Kâsânî", *Zeitschr. vergl. Rechtswiss.* lvi 1953, 47–75.

4) **W. Heffening**, "Şirket" maddesi, *E.I.*/1.

O. Pesle, *La Société et le partage dans le rite malékite*, Kazablanka 1948.

5) **O. Spies**, "Das Depositum nach islamischen Recht", *Zeitschr. vergl. Rechtswiss.* xlv, 1930, 241–300.

—— "Vedî'a" maddesi, *E.I.*/1.

O. Pesle, *Le Crédit dans l'Islam Malékite*, Kazablanka (1942 kısım 1; bölüm 3).

6) **O. Pesle**, *Le Crédit* (kısım 1, bölüm 1 ve 2).

Th. W. Juynboll ve J. Schacht, "Âriyet" maddesi, *E.I.*/2.

7) **O. Pesle**, *La Donation dans le droit musulman (rite malékite)*, Rabat 1933.

Y. Linant de Bellefonds, *Des donations en droit musulman* (tez, Paris), Kahire ve Paris 1935.

—— "Hibe" maddesi, *E.I.*/2.

F. Rosenthall, "Gifts and Bribes: the Muslim View", *Proceedings of the American Philosophical Society*, cviii (1964), 135–44.

8) **O. Pesle**, *Le Crédit* (kısım ii, bölüm 2).

J. Gentz, "Die bürgschaft im islamischen Recht nach al-Kâsânî", *Zeitschr. vergl. Rechtswiss.* lxii (1960), 85–180 (kezâ ayrı basım, Walldorf 1961).

9) **Johs. Pedersen**, *Der Eid dei den Semiten*, Strasbourg 1914.

—— "Kasem" maddesi, *Shorter E.I.*

277 11) Genel olarak suç ve cinâyetlerden doğan borçlar hakkında bak., bölüm 20, bend 5'in bibliyografyası (s. 274).

ÖZEL OLARAK GASB HAKKINDA:

O. Spies, "Verarbeitung und Verbindung" (yukarıya bak., s. 272).

—— "Gasb" maddesi, *E.I.*/2.

J. Lapanne-Joinville, "Les actions possessoires en droit musulman", *R.M.D.* 1, (1948–49), 13–24, 36–52, 63–78.

A. d'Emilia, "Il Kitâb al-Gasb nella *Mudawwanah* di Sahnûn", *R.S.O.* xxviii (1953), 79–98.

278 1) **J. Lecerf**, "Âile" maddesi, *E.I.*/2 (bibliyografyalı).

—— "Notes sur la famille dans le monde Arabe et islamique", *Arabica*, iii (1956), 31–60.

—— Sir Hamilton Gibb, "Women and the Law", *Colloque sur la sociologie musulmane* 11–14 *Septembre* 1961, Brüksel 1962 (Correspondence d'Orient, no, 5), 233–45.

P. Paquignon, *Le Traité du mariage et l'éducation d'Ibn Ardoun* (bak., *G.A.L. S.* II, 693), *R.M.M.* xv (1911), 1–59.

H. Bauer, *Islamische Ethik, ii: Von der Ehe*, Halle 1917 (Gazzâlî'nin *İhyâ' Ulûm ed-Dîn*'inin bir bölümünün tercümesi).,

L. Bercher ve G.-H. Bousquet, *Ghazâlî, Le Livre des bons usages en matièr de mariage*, Paris ve Oxford 1953.

G.-H. Bousquet, *La Morale de l'Islam et son éthique sexulle*, Paris 1953.

2) **J. Schacht**, "Nikâh" maddesi, *Shorter E.I.*

I. Dimitroff, "Die Stellung der Frauen, etc. Mit eniem Anhang: Schaibanis Eherecht", *Zeitshr. vergl. Rechtswiss.* xxiv (1910), 1–99.

O. Pesle, *Le Mariage chez les Malékites de l'Afrique du Nord*, Rabat 1936.

P. Garcia Barriuso, *Derecho matrimonid islamico y matrimonios de Musulmanes en Marruecos*, Madrid 1952.

F.J. Ziadeh, "Equality (Kafâ'ah) in the Muslim Law of Marriage", *A.J.C.L.* vi (1957), 503–17.

J. Schacht, "Radâ", maddesi, *Shorter E.I.*

J. Lapanne-Joinville, Les conventions annexes au contrat de mariage (tatawwu'at) en droit musulman malékite", *R.A.* 1954, 112–25.

W. Heffening, "Mut'a" maddesi, *Shorter E.I.*

FÂSİD VE BÂTIL EVLENMELER HAKKINDA:

J.N.D. Anderson, "Invalid and Void Marriages in Hanafi Law", *B.S.O.A.S.* xiii (1950), 357–66.

J. Lapanne-Joinville, "La Théorie des nullités de mariage en droit musulman malékite", *R.A.* 1951, 92–102.

N.U.A. Siddiqui, *Studies in Muslim Law*, i: *Batil and Fasid Marriages*, Dakka 1955 (modernist bir eser).

Y. Linant de Bellefonds, "Fâsid ve Bâtıl" maddesi, *E.I.*/2.

3) **J. Schacht**, "Talâk" maddesi, *Shorter E.I.* (bütün boşanma çeşitleri hakkında).

O. Pesle, *La Répudiation chez les Malékites de l'Afrique du Nord*, Rabat 1937.

J. Lapanne-Joinville, "La rescission du mariage en droit musulman malékite", *R.M.D.* iv (1952), 431–50.

C. Snouck Hurgronje, *The Achesnese*, Leiden ve Londra 1906, 349–56 (*ta'lîk et-talâk* hakkında).

+**H. Laoust**, "Une risâla d'Ibn Taimîya sur le serment de répudiation", *B.E.O.* vii-viii (1938), 215–36.

G.-H. Bousquet ve H. Jahier, "Les vices rédhibitoires de femme en droit musulman: remarques juridico-médicales", *R.A.* 1951, 52–58 (ve düzelten: G.-H. Bousquet, aynı dergi, 1952, 68).

4) **G.-H. Bousquet ve H. Jahier**, "L'enfant endormi. Notes juridiques, ethographiques et obstétricales", *R.A.* 1941, 17–36.

279 **J. Lapanne-Joinville**, "La reconnaissance de paternité de l'enfant issu du concubinat légal", *R.M.D.* iv (1952), 153–68.

O. Pesle, *L'adoption en droit musulman*, Cezayir 1919.

C. Snouck Hurgronje, "Rechtstoestand van kinderen, buiten huwelijk geboren uit inlandsche vrouwen, die den mohammedaanschen godsdienst belijden", (1897–98), *Verspreide Geschriften*, ii, 351–62.

J. Lapanne-Joinville, "La filiation maternelle naturelle en droit musulman malékite", *R.M.D.* iv (1952), 256–67.

++**R. Brunschvig**, "De la filiation maternelle en droit musulman", *S.I.* ix (1958), 49–59.

E. Pritsch ve O. Spies, "Das Findelkind im islamischen Recht nach al-Kâsânî", *Zeitschr. vergl. Rechtswiss.* lxii, 1954, 74–101.

W. Heffening, "Vilâyet" maddesi, *Shorter E.I.* (babalık otoritesi hakkında)

O. Pesle, *La Tutelle dans le chra et dans les législations nord-africaines*, Kazablanka 1945.

Y. Linant de Bellefonds, Hadâne maddesi, E.I./2.

J. Schacht, "Yetîm" maddesi, *Shorter E.I.*

5) **J. Lapanne-Joinville**, "Le régime des biens entre époux (dans le rite malékite), *R.M.D.* ii (1950), 394–406.

O. Spies, "Mehr" maddesi, *Shorter E.I.*

J. Lapanne-Joinville, "L'obligaton d'entretien (nafaqa) de l'épouse (dans le rite malékite)", *R.M.D.* iii (1951), 102–14.

280 1) **Abd el-Hamid Badawi Bey**, "Du principe qu'en droit musulman la succession n'est ouverte qu'après acquittement des dettes", *L'Egypte Contemparaine*, v (1915), 14–40.

2) TAHLİLİ ARAŞTIRMALAR VE ÖZETLER:

J. Schacht, "Mirâs" maddesi, *Shorter E.I.*

+**W. Marçais**, *Des Parents et alliés successibles en droit musulman*, tez, Rennes 1898.

A.D. Russell ve A.M. Suhrawardy, *An Historical Introduction to the Law of Inheritance*, Londra (tarihsiz) (geleneksel ve diğer malzemelerin bir derlemesi).

+**F. Peltier ve G.-H. Bousquet**, *Les successions agnatiques mitigées*, Paris 1935.

++**R. Brunschvig**, "Un Systéme peu connu de succession agnatique dans le droit musulman", *R.H.* 1950, 23–34.

G.-H. Bousquet, "Plaidoyer pour les faraidhs", *R.A.* 1951, 1–14 (yeni baskı, *M.A.I.D.C.* iii/4, Roma 1955, 81–93).

J. Schacht, "Avl" maddesi, *E.I.*/2.

J. Lapanne-Joinville, "La filiation maternelle naturelle en droit musulman malékite", *R.M.D.* iv (1952), 256–67.

—— "Les principes fondamentaux du droit de succession musulmane", *M.A.I.D.C.* iii/3 (1953), 1–20.

E. Pritsch, "Grundzüge des islamischen Intestaterbrechts", aynı dergi, 21–42.

M. Tiar, "De la vocation héréditaire du Beit-el-mal", *R.A.* 1955, 109–12.

I. Mahmud, *Muslim Law of Succession and Administration*, Karaçi 1958.

++**R. Brunschvig**, "De la filiation maternelle en droit musulman", *S.I.* ix (1968), 49–59.

AÇIKLAYICI ESERLER:

N.B.E. Baillie, *The Moohummudan Law of Intheritance according to Aboo Huneefa and his Followers*, Londra 1874.

J.D. Luciani, *Traité des successions musulmanes (ab intestat)*, Paris 1890.

G. Fauvelle, *Traité théorique et pratique de dévolution des successions musulmanes rite malékite)*, Setif 1905.

J.A. Sanchez Perez, *Paryicion de herenicias entre los musulmanes del Rito Malequi*, Madrid 1914.

O. Pesle, *Exposé pratique des successions dans le rite malékite*, Kazablanka 1940.

V. Loubignac, "Du partage des successions musulmanes", *R.A.* 1929, 1–32 (Mağrip'te mirâsın geleneksel metodla hesaplanması hakkında).

M. Teffahi, *Traité de successions musulmanes d'après le rite malékite*, Saint-Louis (Senegal) 1948 (Etudes Mauritaniennes, i).

C.H. Withers Payne, *The Mahommedan Law of Inheritance according to the school of Shafii*, Singapore 1932.

A.A.A. Fyzee, "The Fatimid Law of Inheritance", *S.I.* ix (1958), 61–69.

281 **E. Sachau**, "Muhammedanisches Erbrecht nach der Lehre der Ibaditischen Araber von Zanzibar und Ostafrika", (yukarıya bak., s. 263).

Ayrıca çeviriler bibliyografyasına bak., s. 264.

3) **J. Schacht**, "Vasiyet" maddesi, *Shorter E.I.*

M. Abdel Gawad, *L'Exécution testamentaire en droit musulman, rite hanafite*, Paris 1926.

O. Pesle, *Le Testament dans le droit musulman (rite malékite)*, Rabat 1932.

++**R. Brunschvig**, "De l'acquisition du legs dans le droit musulman orthodoxe", *M.A.I.D.C.*, iii/4 (1955), 95–110.

BÖLÜM 24

282 1) **Th. Mommsen**, *Zum altesten Strafrecht der Kulturvölker. Fragen zur Rechtsvergleichung*, Leipzig 1905; bölüm v: Th. Nöldeke, *Arabisch* (ss. 87–89); bölüm vi: J. Wellhausen, *Arabisch-israelitisch* (ss. 91–99); bölüm vii: I. Goldziher, *Islam* (ss. 101–12).

J. Krczmarik, "Beirage zur Beleuchtung des islamitischen Strafrechts" *Z.D.M.G.* lviii, (1904), 69–113, 316–60, 539–81.

L. Bercher, *Les Délits et les peines de droit commun prévus par le Coran*, tez, Paris 1926.

R. Arevalo, *Derecho penal islamico, Escuela Malekita*, Tanca, 1939.

+**W. Heffening**, "Ta'zîr" maddesi, *Shorter E.I.*

J. Schacht, *A.J.C.L.* viii (1959), 140 vd. (para cezalarının bulunmayışı hakkında).

2) **J. Schacht**, "Zinâ" maddesi, *Shorter E.I.*

Th. W. Juynboll, "Kazf" maddesi, *Shorter E.I.*

+**A.J. Wensinck**, "Hamr" ve "Nebîz" maddeleri, *Shorter E.I.*

W. Heffening, "Sârik" maddesi, *E.I.*/1.

J. Schacht, "Katl" maddesi, *Shorter E.I.* (bölüm ii/4, *kat' et-tarîk* hak.).

J.P.M. Mensing, *De bepaalde straffen in het hanbalietische recht*, tez, Leiden 1936.

3) **J. Schacht**, "Katl" ve "Kısas" maddeleri, Shorter E.I.

E. Tyan, *Le Systéme de responsibilité délictuelle en droit musulman*, tez, Lyons 1926, 11–147.

—— "Diyet" maddesi, *E.I.*/2.

++**R. Brunschvig**, "Âkile" maddesi, *E.I.*/2.

J.N.D. Anderson, "Homicide in Islamic Law", *B.S.O.A.S.* xiii (1951), 811–28.

E. Graf, "Probleme der Todesstrafe im Islam", *Zeitschr. vergl. Rechtswiss.* lix (1957), 83–122.

Omar Bey Loutfi, *Note sur la légitime défense d'après le droit musulman*, 2. baskı, Paris 1909.

4) **J. Schacht**, "Katl" maddesi, *Shorter E.I.* (bend ii/7, *bugât* hak.; bend ii/6, *namaz*'ın ihmali hakkında).

W. Heffening, "Mürted" maddesi, *Shorter E.I.*

L. Bercher, "L'apostasie, le blaspheme et a rébellion en droit musulman malékite", *Revue Tunisienne*, 1923, 115–30.

S.M. Zwemer, *The Law of Apostasy in Islam*, New York 1916.

—— "The Law of Apostasy", *M.W.* xiv (1924), 373–91.

BÖLÜM 25

283 1) **Th. W. Juynboll**, "Kadı" maddesi, *Shorter E.I.*

++**E. Tyan**, *Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam*, 2. baskı, Leiden 1960 (bak., M. Gaudefroy-Demombynes, *R.E.I.* 1939, 109–47, ve *J.A.* ccxxxv (1946–7), 123–32).

O. Pesle, *La Judicature, la procédure, les preuves dans l'Islam malékite*, Kazablanka 1942.

E. Pritsch, *Z.D.M.G.* xcviii (1944), 256–66.

E. Graf, "Gerichtverfassung und Gerichtsbarkeit im islamischen Recht", *Zeitschr. vergl. Rechtswiss.* lviii (1955), 48–78.

E. Tyan, "La procédure du défaut en droit musulman", *S.I.* vii (1957), 115–34.

—— "Hibe" maddesi, *E.I.*/2

F. Rosenthal, "Gifts and Bribes..." (bak. s. 276).

2) **E. Tyan**, "Da'vâ" maddesi, *E.I.*/2.

E. Pröbster, "Die Anwaltschaft im islamischen Recht", *Islamica*, v/5 (1932), 545–55.

P. Vassel, "Über marokkanische Processpraxis", *M.S.O.S.* v/ii (1902), 1–63.

3) **O. Pesle**, "Le réalisme du droit musulman", *R.A.* 1934, 92–110 (karînelerin sınırları hakkında).

J. Lapanne-Joinville, "Etudes de droit musulman malékite: les présomptions", *R.A.* 1957, 99–114.

4) **R. Brunschvig**, "Beyyine" maddesi, *E.I.*/2.

++—— "Le Système de la preuve en droit musulman", *Recueils de la Société Jean Bodin*, xviii, Brüksel 1964, 169–86.

W. Heffening, "Şâhid" maddesi, *Shorter E.I.*

Almenouar Kellal, "Le serment en droit musulman (école malékite)", *R.A.* 1958, 18–53.

5) **E. Tyan**, "L'autorité de la chose jugée en droit musulman", *S.I.* xvii (1962), 81–90.

6) **O. Pesle**, *Le Crédit dans l'Islam malékite*, Kazablanka 1942 (kısım ii, bölüm 1, *infâz* hak., bölüm 4 *iflâs* hakkında).

R. Bouvet, *De la faillite en droit musulman*, tez, Paris 1913.

E. Tyan, "Iflâs et procédure d'execution sur les biens en droit musulman (madhab hanafite)", *S.I.* xxi (1964), 145–66.

7) **N.J. Coulson**, "The State and the Individual in Islamic Law", *I.C.L.Q.* vi (1937), 49–60 (izaha muhtaç).

284 1,2) +**C. Snouck Hurgronje**, *Selected Works*, 256–67.

J. Schacht, *Origins*, 283–7.

R. Brunschvig, *S.I.* i (1953), 12 vd. (İngilizce çev.: *Unity and Variety in Muslim Civilization*, neşr.: G.E. von Grunebaum, Chicago 1955, 52 vd.).

—— *M.A.I.D.C.* iii/4, (Roma 1955), 110 (İslâm hukukunda *ictihâd* muhtariyeti hakkında).

3) **J. Schacht**, *Origins*, 320.

7) İSLÂM HUKUKU VE İSLÂM TOPLUMU HAKKINDA (SON YAYINLARDAN SEÇMELER):

D. de Santillana, "Law and Society", *The Legacy of Islam*, neşr.: Sir Thomas Arnold ve A. Guillaume, Oxford 1931, 284–310.

F.I. Schechter, "A Study in Comparative Trade Morals and Control", *Virginia Law Review*, xix (1933), 794–845 (ss. 795–822 İslâm hukuku hakkında; ikinci elden malzemeye dayanmakla birlikte yeterli bir eser. Ancak *hiyel*'den söz etmemektedir).

B. Tabbah, *Du heurt à l'harmonie des droits. Essai... suivi d'exemples tirés des systemes juridique du Levant*, Paris 1936 (tez, Lyons 1935).

E. Bussi, "Del concetto di commercio e di commerciante nel pensiero giuridico musulmano in relazione alla storia generale del diritto", *Studi in memoria di Aldo Albertoni*, iii, Padua 1938, 7–53.

+**R. Brunschvig**, "Urbanisme médièval et droit musulman", *R.E.I.* 1947, 127–55.

—— "Considérations sociologiques sur le droit musulman ancien", *S.I.* iii (1955), 61–73.

—— *S.I.*, ix (1958), 59.

J. Berque, "Petits documents d'histoire sociale marocaine", *R.A.* 1948, 53–62.

+ —— "Problèmes initiaux de la sociologie juridique en Afrique du Nord", *S.I.* i (1953), 137–62.

+ —— *Structures sociales du Haut-Atlas*, Paris 1955, 242–5, 323–97.

Cl. Cahen, "L'histoire économique et sociale du monde musulman médiéval", *S.I.* iii (1955), 93–115.

—— "Réflexions sur le Waqf ancien", *S.I.* xiv (1961), 37–56.

S.D. Goitein, "The Rise of the Near Eastern Bourgeoisie in Early Islamic Times", *Cahiers d'Histoire mondiale*, iii (1957), 583–604.

N.J. Coulson, *The State and the Individual in Islamic Law*, *I.C.L.Q.* vi (1957), 49–60 (izaha muhtaç).

J. Schacht, "Islamic Law in Contemporary States", *A.J.C.L.* viii (1959), 133–47.

+**L. Gardet**, *La Cité musulmane*, 2. baskı, Paris 1961.

7–9) İSLÂM HUKUK SOSYOLOJİSİ HAKKINDA:

Max Weber on Law in Economy and Society, çev.: E. Shils ve M. Rheinstein, Cambridge (Massachusetts) 1954; Max Weber'in fikirleri esaslıdır, ancak İslâm hukuku hakkındaki özel bölüm (ss. 237–44) pek yetersizdir; Weber'in fikirlerinin İslâm hukukuna uygulanması konusunda bak., J. Schacht, "Zur soziologischen Betrachtung des islamischen Rechts", *Der Islam*, xxii (1935), 207–38.

285 **J. Schacht**, "Notes sur la sociologie du droit musulman", *Revue Africaine*, xcvi (1952), 311–29.

A. d'Emilia, "Correlazioni fra sistemi giuridici e coscienza sociale", *A.D.C.S.L.* xiii (1938), 185–96.

—— "Il diritto musulmano comparato con il bizantino dal punto di vista della tipologia del diritto", *S.I.* iv (1955), 57–76.

—— "Intorno ad alcuni caratteri dell' esperienza giuridica medievale sunnita", *A. Francesco Gabrieli*, Roma 1964, 95–113.

J.-P. Charnay, "Pluralisme normatif et ambiguité dans le Fiqh", *S.I.* xix (1963), 65–82.

9) **A.A. Schiller**, "Jurists' Law" *Columbia Law Review*, lviii (1958), 1226–38 (Roma hukuku hakkında).

A. d'Emilia, "Sulla dottrina quale fonte del diritto, *S.D.H.I.* xi (1945), 19–36.

—— "Forma e sostanza della "interpretation prudentium" nell' Islam medievale sunnita", *Studi in onore di Emilio Betti*, i, Roma 1961, 95–115.

E. Graf, *Jagdbeute und Schlachttier im islamischen Recht*, Bonn 1959, 340–9 (İslâmın fikir hayatında İslâm hukukunun fonksiyonu; kitabın geri kalan kısmı ihtiyatla kullanılmalıdır, bak., J. Schacht, *Der Islam*, xxxvii (1961), 268–76).

10) **J. Schacht**, "Classicisme, traditionalisme et ankylose dans la loi religieuse de l'Islam", *Classicisme et déclin culturel dans l'histoire de l'Islam*, Paris 1957, 141–61 (ss. 162–6, tartışma).

KISALTMALAR

286	*A.D.C.S.L.*	*Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi.*
	A.F.D.I.	*Annales de la Faculte de Droit d'Istanbul.*
	A.H.D.O.	*Archives d'Histoire du Droit Oriental.*
	A.I.E.O.	*Annales de l'Institut d'Etudes Orientales* (Cezâyir).
	A.I.U.O.N.	*Annali dell' Istituto Universitario Orientale di Napoli.*
	A.J.C.L.	*American Journal of Comparative Law.*
	B.E.O.	*Bulletin d'Etudes Orientales* (Institut Français de Damas).
	B.S.O.A.S.	*Bulletin of the School of Oriental and African Studies.*
	C.O.C.	*Cahiers de l'Orient Contemporain.*
	E.I.	*The Encyclopaedia of Islam* (bak., s. 216).
	G.A.L.	C. Brockelmann, *Geschichte der arabischen Literatur* (bak., s. 261).
	IBLA	*Revue IBLA* (Institut des Lettres Arabes, Tunis).
	I.C.	*Islamic Culture.*
	I.C.L.Q.	*International and Comparative Law Quarterly.*
	I.Q.	*The Islamic Quarterly.*
	J.A.	*Journal Asiatique.*
	J.A.L.	*Journal of African Law.*
	J.A.O.S.	*Journal of the American Oriental Society.*
	J.C.L.	*Journal of Comparative Law.*
	J.P.H.S.	*Journal of the Pakistan Historical Society.*
	J.R.A.S.	*Journal of the Royal Asiatic Society.*
	J.R.C.A.S.	*Journal of the the Royal Central Asian Society.*
	M.A.I.D.C.	*Mémoires de l'Académie Internationale de Droit Comparé.*

	M.E.J.	*The Middle East Journal.*
	M.S.O.S.	*Mitteilungen des Seminars für Orientalische Sprachen.*
	.M.W.	*The Muslim World.*
	O.L.Z.	*Orientalistische Literaturzeitung.*
	O.M.	*Oriente Moderno.*
	R.A.	*Revue Algerienne, Tunisienne et Marocaine de Législation et de Jurisprudence* (aksi işaret edilmedikçe, atıflar Doktrin adlı I. Bölüme aittir).
	R.E.I.	*Revue des Etudes Islamiques.*
	R.H.	*Revue Historique de Droit Français et Etranger.*
	R.I.D.A.	*Revue Internationale des Droits de l'Antiquité.*
	R.I.D.C.	*Revue Internationale de Droit Comparé.*
287	*R.I.E.E.I.*	*Revista del Instituto Egipcio de Estudios Islamicos.*
	R.M.D.	*Revue Morocaine de Droit.*
	R.M.M.	*Revue du Monde Musulman.*
	R.J.P.U.F.	*Revue Juridique et Politique de l'Union Française.*
	R.S.O.	*Rivista degli Studi Orientali.*
	S.D.H.I.	*Studia et Documenta Histoirae et Iuris.*
	S.I.	*Studia Islamica.*
	W.I.	*Die Welt des Islams.*
	Z.D.M.G.	*Zeitschrift der Deutschen Morgenlandischen Gesellschaft.*

GENEL DİZİN[1]

Abbâsîler: 4, 23, 25, 49 vd., 57, 69, 200.
Abdullah b. İbâd: 18.
Abdullah b. Ömer: 32.
Abdülmecid: 92.
Abdülmelik: 18.
Adaletin Tevzii (Adaletin yerine getirilmesi): 114.
Adam öldürme: 181 vd.,
Adlî kâtip: 21, 25.
Afganistan: 65, 88.
Afv: 176, 178.
Ahvâl-i şahsiyye: 76, 93, 94, 96, 104, 108, 109.
Aile hukuku: 76, 94, 98, 101 vd., 103 vd., 105 vd., 108, 109, 110.
Akitler: 22, 144 vd., 167.
Akit hürriyeti: 144.
Akkoyunlu: 91, n. 49.
Ali (Hz.): 33 vd., 38 vd.,
Amd: 124, 178, 181, 185, 201.
Amel (tatbikat): 30, 33, 61, 64, 56, 76 vd., 84 vd.,
Anayasa ve idare hukuku: 76, 102, 112, 114, 206.
Arazî hukuku, İkta: 86, 89 vd., 91, 142.
Ariyet: 134, 157, 204, 122.
Arnavutluk: 93.
Arrha: 9 n. 7.
Asabe: 170, 172.
Asîler (bâgîler): 187.
Ata b. Ebî Rabâh: 31, 42.

Bâbil hukuku: 22.
Bankacılık: 78.
Basra: 28, 30, 57.
Başmüfti: 90.
Bâyezîd II: 91.
Bedel: 144, 148, 154, 197.
Bedevîler: 77, 186.
Belâzurî: 19.
Beyân: 116 vd., 123, 193.
Borç, borçlar: 134 vd., 139 vd., 144, 148 vd., 151 vd., 158 vd., 169, 197.
Boşama, boşanma (Talâk): 119, 120, 123, 163 vd., 168.
Buhârî: 63, 81, 226 vd..
Buluntu: 137, 140, 159, 188.
Butlân: 121 vd..

Caiz: 121 vd..
Ceza hukuku: 76 vd., 102, 113, 165, 175 vd., 187, 197, 206 vd., 15, 18, 24, 50, 52, 83 87 vd., 91 vd., 94 vd., 109.
Cezaî adâlet, cezâ usulü: 50, 54, 76, 198.
Cezaî sorumluluk: 187.
Cezayir: 4, 66 n. 38, 97 vd..
Cinâyet: 7, 122, 128 vd., 147 vd., 160, 207.
Code Morand: 98, 101.
Code Santillana: 101, 108

Çek: 78.
Çocuk düşürme: 124, 186.
Çocukların evlendirilmesi: 95 n. 54.
Çok kadınla evlenme: 7, 14, 41, 103, 108, 162.

Davud b. Halef: 63, 72, 115.
Define: 136 vd..
Değişim: 154.
Deli (mecnun): 124, 126, 182.
Delil getirme (beyyine) külfeti: 139, 190 vd., 195.
Din ayrılığı: 95 n. 54, 132, 170.
Dinî hukuk: 84, 100, 106.
Diyet: 7, 13, 16, 24, 107, 181 vd., 184, 185 vd., 187.
Doğmamış çocuk (cenin): 119, 124.
Doğu Afrika: 66, 97.
Domuz: 131, 135.

1. Terimlerden sonra verilen sayfa numaraları, eserin ingilizce metnine ait olup, bu numaralar çevirimizin safya kenarlarında gösterilmiştir. (Çev.)

Ebû Bekr (Hz.): 17.
Ebû Bekr b. Abdirrahman: 31.
Ebû Hanîfe: 38, 40, vd., 44, 57, 202.
Ebû Kılâbe: 26.
Ebû Sevr: 65.
Ebû's-Su'ûd: 90.
Ebû Yakub Yûsuf: 65.
Ebû Yûsuf: 19, 40 vd., 44 vd., 49, 51, 56, 57, 81, 202.
Ecel: 118 vd., 147, 148, 159.
Ehliyet: 124 vd., 128.
Ekber: 94.
Emânet: 12, 137, 139, 140, 147 vd., 156, 157, 190.
Emanetçi: 155, 157.
Emevîler: 123 vd., 49 vd..
Emsal (te'amül): 26, 55.
Endonezya: 66.
Esirlik: 127, 130.
Evlad edinme: 13 n. 15, 166.
Evlenme: 117, 119, 161 vd., 120.
Evrengzib Âlemgîr: 94.
Evzâ'î: 40 vd., 43, 57, 65.

Faiz: 6, 12 vd., 63 vd., 78, 87 n. 48. 145 vd..
Faraziyeler, farazî fiiller: 79 vd., 204.
Farz: 121, 189, 206.
Fas: 61, 109 vd..
Feragat: 11, 120, 148, 168, 169 n. 98, 184.
Ferâ'iz (*miras*): 40, 114, 169 vd..
Fesih: 121, 148.
Fetâvây-ı Âlemgîriyye, Fetâvây-ı Tatarhâniyye: 94 ve n. 52.
Fıkıh mantığı: 205 vd.. Bak., Kazustik metod.
Filistin: 96 n. 55.
Fulanîler: 86.
Fuzûlî: 122, 159, 187.

Gaib (*mefkûd*): 119, 124, 128.
Garar (*zarar*): 146 vd..
Gasp: 137, 138, 141, 160, 190, 197, 200.
Gayrı menkuller: 77 vd., 136, 140 vd., 142.
Gayrı müslimler: 19, 25, 91, 92, 102, 103 vd., 179, 190, 199.
Geçersiz (*bâtıl*): 35, 46, 121, 152, 165.
Gelir (*galle*): 126, 134, 160.
Geri alma hakkı: 78 vd..
Gülhane Hattı: 92.
Güney Arabistan: 6,9.

Hacr (*hacir*): 125, 126.
Haciz: 198.
Hadisçiler: 34 vd., 40, 45 vd., 48, 53, 58 vd., 62 vd., 64, 81.
Hafifletici sebepler: 187.
Hakem: 7 vd., 10 vd., 15, 24, 189, 198.
Haksız iktisap: 12 n. 11, 145 vd., 154, 157 n. 91.
Hammâd b. Ebî Süleyman: 31, 40, 44.
Hanbeli Ekolü: 63, 65 vd.,
Hanefî Ekolü: 45, 57, 59, 61, 63, 65, 84, 88, 89, 94, 104, 112.
Hapis: 88, 175 vd., 184, 187, 189, 197.
Hârice b. Zeyd b. Sâbit: 31.
Hâricîler: 16 vd., 21, 64, 66.
Haram: 35, 46, 121.
Harun er-Reşîd: 49, 51, 56.
Hasan el-Basrî: 175, 180 vd..
Hassâf: 81.
Hata: 117, 178, 181.
Hazine: 125, 136.
Hırsızlık: 13, 18, 21, 38 vd., 92, 175, 179 vd..
Hırz: 134, 143, 179 vd.
Hıyâr hakkı: 121, 145, 152 vd., 161 vd., 165, 169.
Hibe: 119, 157 vd., 174.
Hicâz: 28 vd., 31, 38, 66, 67.
Hile: 9, 78 vd., 83 vd., 114, 200, 210.
Himâye: 139, 141, 158, 197.
Hindistan: 4, 65 vd., 94 vd..
Hukuk ekolleri: 28 vd., 37, 45, 47 vd., 55, 57 vd., 48, 71 vd., 189, 196, 211.
Hukukî hileler: 79, 82, 119, 123, 142.
Hukukî vecizeler: 39.
Hukmî şahıslar, hükmî şahsiyet: 125, 155.

Irak, Iraklılar: 6, 17 vd., 20, 22, 28 vd., 31, 33 vd., 35 vd., 37 vd., 40 vd., 46, 57 vd., 65 vd., 81, 93, 103 vd., 107, 142.
Ivaz: 145 vd., 149, 152, 158.

İbâzîler: 3, 21, 66.
İbn Abbâs: 32.
İbn Ebî Leylâ: 38, 40, 44.
İbn Hanbel: 63, 66.
İbn Hazm: 64.
İbn Kayyim el-Cevziyye: 72, 81.
İbn Mes'ûd: 32 vd.

İbn el-Mukaffa': 55 vd..
İbn Teymiyye: 63 vd., 66, 72, 81.
İbn Tûmart: 64, 72.
İbrahim el-Halebî: 112.
İbrahim en-Naha'î: 27, 31 vd., 38 vd., 41, 73.
İcab ve kabul: 22, 139, 145.
İcâre: 119, 120, 134, 154 vd., 155, 156, 188.
İcma: 20, 30 vd., 43, 47, 59 vd., 61, 63, 64, 67 vd., 72, 114, 202, 211.
İçtihat: 34, 37 vd., 69 vd., 211, 63 vd., 64 n. 36.
İdare: 24, 53 vd., 55, 114.
İdâre hukuku: 112, 206.
İflas: 126, 198.
İhmal: 182.
İhtida: 130, 132 vd., 192.
İhtikâr: 123, 146, 188.
İkrâh: 39, 117 vd., 160, 176, 199.
İkrâr: 79, 114, 151, 166, 177, 192.
İnfâz: 197, 207.
İntihar: 184.
İntikam: 176, 177, 187.
İpotek: 140.
İran: 66, 110.
İrtidâd: 118, 119, 133, 138, 165, 187.
İrtifak hakları: 142.
İslâm hukuku: 1–5, 11 vd., 14, 49 vd., 55 vd., 69, 75, 100 vd., 119 vd., 199 vd., 202, 206 vd., 209 vd., 211.
İspanya: 55 n. 29.
İsrail: 93, 103.
İstîlâ: 136, 141.
İstimlâk: 142.
İşkence: 92, 197.
İyi niyet: 176, 178.

Kaçak köle: 135.
Kadınlar: 126 vd., 187, 188, 193, 198.
Kadri Paşa Kanunnâmesi: 100.
Kâhinler: 8, 10.
Kamu mülkü: 134, 141, 170, 180, 184.
Kan davaları: 7, 13, 24, 185.
Kâsım b. Muhammed b. Ebî Bekr: 31.
Karîneler: 191 vd., 195.
Kazuistik metod: 205 vd..
Kazvînî: 81.
Kefâlet: 140, 146, 156, 158 vd., 197, 198, 202.
Kıbrıs: 93.
Kısas: 13, 16, 24, 127 vd., 132, 158, 160, 169, 181 vd., 184, 185 vd., 198.
Kıyas: 37 vd., 60, 63 vd., 114, 201, 203, 208, 211.
Kıyemî mallar: 136, 152, 157, 139.
Kilise hukuku: 2, 19 vd., 79.
Köle azad etme: 42, 119, 120, 129 vd., 161, 170, 174, 125.
Köleler, kölelik: 7, 86 n. 47, 95 n. 53, 110, 119, 120, 126, 127 vd., 156, 159, 162, 165, 166, 170, 174, 177, 178 vd., 181, 187, 193.
Kûfe, Kûfeliler: 24, 27, 28 vd., 31, 33, vd., 38, 42, 44 vd., 57.
Kullanılmayan arazî (mevat): 141.
Kumar: 12 vd., 147.
Kurum: 155.
Kuveyt: 107 n. 67.
Küçük (sagîr): 124 vd., 126, 161 vd., 168, 174, 181 vd., 191, 192, 193.

Laik hukuk: 95, 101, 107, 203.
Libya: 66 n. 38.
Lübnan: 93, 101, 103, 107.
Livata: 178.

Maden: 136.
Mahmûd II: 92.
Malaya: 66.
Mâlik (İmam): 19, 39, 41, 43 vd., 57, 61, 73, 79.
Mâlikî Ekolü: 57, 61, 63, 65 vd., 86, 97, 98.
Menfaat: 134, 146 vd., 154, 160, 168, 205.
Mansur (halife): 55 vd..
Maslahat: 61.
Mecelle: 92 vd., 96 n. 55, 100, 113 n. 73.
Medenî sorumluluk: 12.
Medine, Medineliler: 6 vd., 10, 13, 28 vd., 31 vd., 33 vd., 35 vd., 38 vd., 41 vd., 45 vd., 57 vd., 65, 79.
Medine halifeleri: 3, 15 vd., 17 vd., 23, 33, 53, 207.
Mehir: 38 vd., 108, 161, 167.
Mehmed II: 90.
Mekke: 6 vd., 10, 13, 28, 31 vd., 57.
Mekrûh: 121, 149, 152.
Memlûkler: 54, 91 n. 49.
Mendûb, müstehab: 121.
Menkuller (taşınabilir mallar): 136.
Mevlâ ve efendi: 186.

Mezâlim mahkemeleri: 51, 88.
Mısır: 28, 54, 65 vd., 101, 103 vd., 106 vd..
Milletlerarası: 112.
Miras: 76 vd., 94. 96, 101 vd., 103 vd., 109, 110, 169 vd., 181 vd., 183, 186, 209.
Mislî: 136, 152, 153, 157.
Mobedân-i Mobed: 51.
Modernistler (yenilikçiler): 73, 84, 100 vd..
Moğol İmparatorluğu: 4, 94.
Mohatra: 78.
Mudârabe: 119, 156.
Muhammed (Hz.): 10 vd..
Muhammed II Tuğlâk: 94 n. 52.
Muhammed b. Abdilvahhâb: 66.
Muhtesib: 25, 52.
Multaka'l-Ebhur: 112.
Murabıtlar: 65, 86.
Mut'a: 16, 163.
Mu'tezile: 64.
Muvahhidîler: 64 vd..
Muvatta': 44, 57, 63, 64.
Mübâdele: 146, 154.
Mübah: 121.
Müdevvene: 57 n. 30, 109.
Mükâfaat: 159 vd..
Mülkiyet: 136 vd., 180.
Mülkiyet hakkı: 138, 140, 174.
Mülkiyetin İktisabı: 136 vd..
Müşrikler: 130, 132.
Müşterek mülkiyet: 137, 138.
Müvekkil: 120, 158, 159.
Müzenî: 58.

Nafaka: 83, 161, 166, 167 vd., 188.
Necid: 66, 87.
Nefsi müdafaa: 182, 184.
Nesh: 115.
Nijerya: 86 vd..
Niyâbet: 119 vd..
Niyet: 116 vd.,
Noterler: 82, 194.

Odalık: 7, 42, 127, 162.
Ortak, ortaklık: 116, 119, 132, 138 vd., 155 vd..
Osman (Hz.): 17.
Osmanlı Aile Hukuku Kararnâmesi: 103.
Osmanlılar, Osmanlı İmparatorluğu: 4, 54, 65, 89 vd., 200.
Osmanlı Ticâret Kanunnâmesi (1850 sayılı): 87 n. 48.
Ödeme sorumluluğu: 117, 124.
Ölüm karînesi: 118.
Ömer (Hz.): 17, 32.
Ömer b. Abdilaziz: 53.
Örfî hukuk: 6 vd., 77, 186, 207, 15, 17, 26, 19 vd. 62, 84, 76 vd., 78 vd., 82 vd., 109, 210, 96, 144, 155, 157, 204.

Pakistan: 104 vd..
Para cezaları: 88, 91, 176, 207.
Pey akçesi: 9 n. 7.
Peygamberin sahabîleri: 32, 34, 43, 47, 53.
Poliçe: 78, 118, 149.
Polis: 50, 54, 90, 91.

Rabî'a b. Ebî Abdirrahman: 31.
Recâ: 26.
Recm: 15, 125.
Rehn: 138, 139 vd..
Risâlet: 119 vd., 173, 190.
Roma Hukuku: 20 vd., 22 n. 21, 25, 79 vd., 108, 209.
Rucû': 145, 151, 177, 183 vd., 196.
Rüşvet: 188, 200.

Sadaka: 137, 158, 205.
Sahîh, sıhhat (geçerli, geçerlilik): 121 vd., 189, 190.
Sa'îd b. el-Müseyyib: 31.
Sasanîler, Sasanî hukuku: 20 vd., 25, 51.
Satım, alım-satım (bey'): 21, 35, 106, 119, 141, 146, 147, 151 vd., 158, 122, 152.
Savaş (harb): 12, 19, 76, 91, 130 vd. 136.
Selefiyye: 73.
Selim I: 89.
Siyâset: 187.
Sorumluluk: 39, 137, 139, 147 vd., 155, 156, 157, 158 vd., 160, 173, 177 vd., 180, 182 vd., 187, 196, 204, 207 n. 119, 128 vd., 183, 114.
Su: 134, 142 vd.
Suç: 178, 181.
Sudan: 103.
Sufyân Sevrî: 58.
Sulh: 146, 148., 150, 168, 176, 178, 181.
Suriye, Suriyeliler: 6, 28, 33, 40, 43, 57, 65, 93, 101, 103, 104 vd..

Suudî Arabistan: 66, 87 vd., 101.
Sükût: 117.
Süleyman I (Kanunî): 89 vd..
Süleyman b. Yesâr: 31.
Sünnîler, Sünnî hukuku: 16 vd., 21, 104, 163, 170.

Şâfi'î: 19, 35 vd., 37, 31 vd., 45 vd., 53, 58 vd., 66, 70, 73 vd., 81, 116, 203.
Şâfi'î Ekolü: 59, 65, 66.
Şehâdet: 151, 192 vd., 198, 194, 187, 196, 195 vd., 110, 114, 94 vd..
Şâhitler: 9, 11, 18 vd., 193 vd., 195, 200, 122, 125, 193, 161, 176 vd., 82, 194, 132, 93 n. 50, 101 n. 63.
Şahsî takibat: 7, 197 vd..
Şansa bağlı muameleler: 147.
Şarap: 120, 131, 135, 180.
Şarap içme: 13, 132, 175, 176.
Şart: 79 n. 43, 117, 118 vd., 159, 164.
Şeklini değiştirme ve karıştırma (tebdil ve tagyîr): 137, 138, 160.
Şeybânî: 40 vd., 45, 57, 81, 202.
Şi'a, şi'iler, Şi'î hukuku: 3, 16 vd., 21, 33, 65 n. 37, 66, 118, 94, 104, 110, 163, 88.
Şirket: 155 vd..
Şuf'a: 78, 82, 93, 94, 106, 142, 190.
Şureyh: 24.

Taberî: 60, 65.
Ta'if: 6.
Takiyye: 118.
Tanzimat: 92.
Tatarhan: 94 n. 52.
Ta'zîr: 161.
Tehdit: 117 vd..
Teminat: 8, 12, 21, 39, 146 n. 89.
Temsil: 170.
Temyiz: 189, 196.
Tesebbüb: 178, 181, 182 vd..
Tesellüm: 92.
Teslim: 138.
Tevbe: 176, 178, 180, 199.
Ticaret hukuku: 78.
Tunus: 66 n. 38, 108 vd..
Türkiye: 93, 103.

Ubeydullah b. Abdillah b. Utbe: 31.
Umumî muhbir: 31.
Urve b. ez-Zubery: 31.
Usûl: 188 vd..
Üçüncü taraf: 139, 192, 194.
Ürdün: 93, 103, 105 vd..
Üvey ana-babalık: 108.

Vacib: 121.
Vahhâbîler: 65, 66, 72 vd., 86.
Vakıf: 125 vd..
Vasiyet: 24, 83, 93, 103, 119, 132, 134, 135, 138, 169, 173 vd..
Vekalet: 119 vd., 123, 128, 140, 156.
Veli, velâyet: 98, 109, 110, 120, 161, 168, 173, 188.
Vergi: 19, 54, 76, 89, 131.
Vukûf: 119, 130, 138.
Yahudî hukuku: 2, 13, 15, 20 vd., 79.

Yalancı şahitlik: 159, 187.
Yasama, teşri: 5, 8, 10 vd., 15, 25, 52 vd., 55, 84, 87, 91, 93, 100 vd..
Yaşayan gelenek: 29 vd., 34, 43, 47, 59 vd..
Yazılı belgeler: 9, 11, 18 vd., 82 vd., 95 n. 53, 83, 114, 193.
Yazılı beyân: 117.
Yemen: 77, 88.
Yemin: 25, 190, 191, 197, 198, 79 n. 43, 117, 119, 129, 159, 164 vd.
Yol kesme: 9, 175, 187 vd..
Yugoslavya: 93.
Yuhanna ed-Dımaşkî: 18 vd., 25.
Yunanistan: 93.
Yurt ayrılığı: 132, 170.
Yürütme (imza): 121, 152.

Zahirî Ekolü: 63 vd., 72.
Zamanaşımı: 91, 118, 138, 176 vd..
Zaruret: 84.
Zekat: 105, 118, 206.
Zerdüştîler: 51, 132.
Zilyedlik: 136, 138, 139, 140, 141, 152, 157 vd., 160, 191.
Zinâ: 13, 21, 15, 38, 125, 132, 165, 175 vd., 178 vd., 179, 184.
Züfer: 202.
Zührî: 31.

DİZİNLİ TERİMLER SÖZLÜĞÜ[1]

Abd: Köle, kul, erkek köle, 127.
Âbık: Kaçak köle, 135.
Adet: Gelenek, örf, 62.
Adl (ç. udûl): Âdil, 122, 125, 128, 140, 189, 193, 200.
Afv: Bağışlama, 178, 181.
Ahkâm-i Hamse: Beş hüküm, 20. 120 vd..
Ahkâm-i Sultâniye: İslâm devletinin idaresiyle ilgili eserler, 114.
Akar: Taşınmaz, gayri menkul, 136.
Akd: Sözleşme, akit, bağıt, 145.
Âkil: Akıllı, temyiz kudreti olan, 124.
Âkile: Kasıtsız olarak birini öldüren kimsenin ödeyeceği diyeti vermekle yükümlü olan kişiler, 126, 132, 155, 160, 161, 181 vd., 184, 186 (açıklama var), 189.
Akl: Akıl, us, 46.
Amd: Kast, bir işi isteyerek yapma, 124, 181 vd., 185 vd..
Amel: Hukukî tatbikat, 30, 33, 61 vd., 84, 102, 109, 114, 210.
Âmilu's-Sûk: Çarşı ve pazar denetimcisi, 25, 55 n. 29.
Arabûn: Pey akçesi, 9 n. 7.
Âriyet: Aynen iade edilmesi şartıyla ödünç verme, 134, 157, 168.
Arus resmi: Evlenme veya düğün vergisi, 89.
Asabe: Kişinin erkek tarafından hısımı, soy 161, 170 vd., 184.
Asîl: Birini kefil tayin eden kimse, müvekkil 120, 158.
Asl: Bir muamelenin mahiyeti, vasfın zıddı, 121.
Avl: Mirasta hisselerin toplamının paydayı aşması, 172.
Ayn: Şey, deyn (borç)'in karşıtı, 125.
Bâgî: Âsî, 187.
Bâliğ: Ergin, 124.
Bâtıl: Geçersiz, 121, 123, 134 vd., 163.
Bâtın: Gizli, bir şeyin içyüzü, 123 n. 79.
Bedel: Karşılık, ıvaz, 148.
Berâet: Kurtulma, aklanma, 153.
Bey': Satım, alım-satım, 146, 151 vd..
Bey'atân fi Bay'atin: İkili ve hileli bir satış, 79.
Beytu'l-Mâl: Hazine, 125.
Bey'u'l-Arâyâ: Mevcut kuru hurmayı ağaçtaki taze hurma ile değiştirme akdi, 40, 154.
Bey'u'd-deyn bi'd-deyn: Borcun borçla değişimi, 146.
Bey'u'l-uhde: Bak., Bey'u'l-vefâ, 78.
Bey'u'l-vefâ: Geri alma hakkına sahip olmak şartıyla yapılan mülk satışı, 78.
Beyyine: Delil, belge, şehadet, 192.
Beyyine: Delil, belge, şehadet, 192.

Cem': Birbirine mahrem olan iki kadınla aynı zamanda evlenme, 162.
Cizye: Gayrı müslim vatandaşlardan alınan baş vergisi, 131.
Cu'l: Kaçmış bir köleyi yakalayıp getirene verilen ücret, 159 vd..
Cüzaf: Belirsiz miktar, 147.

Daman: Bak., Zaman.
Dâmin: Bak., Zâmin.
Dâru'l-Harb: Düşman ülkesi, yabancı memleket, 132.
Dâru'l-İslâm: İslâm ülkesi, 132.
Dellese: Hile etmek, 9.
Derek: Mülkiyetteki kusur, 139.

---

1 Terimlerden sonra verilek sayfa numaraları, eserin ingilizce metnine ait olup, bu numaralar tercümemizin sayfa kenarlarıuda gösterilmiştir. Çev.)

Deyn: Borç, alacak, 134, 144 vd., 146.
Dîvan: Kütük, mahkeme sicili, divan, 186, 189.
Diyet: Kan bedeli, 185.
Duhûl: Zifaf, karı koca olma, 161.

Ecel: Süre, vâde 118.
Ecîr: İşçi, ücretli, 155.
Ecnebî: Yabancı, üçüncü şahıs, 194.
Ecr: Bedel, kira, ücret, 8, 154.
Edebu'l-kâdî: Kadının görevleri (ceza yargılama usûlü), 83, 114.
Ehliyet: Kişinin haklara sahip olması, haklarını kullanması, görev ve yükümlülük alabilmesi niteliği, 124.
Ehl-i Kitâb: Kitab ehli, Semâvî bir dine bağlı olanlar, 131 vd..
Eman: Güvence, 131, 206.
Emânet: Emânet olarak bırakma veya emânet olarak bırakılan şey, 12, 137, 140, 147 vd., 156, 157.
Eme: Kadın köle, 127.
Emîn: Emânetçi, güvenilir kişi, 147, 189.
Erş: Bir tür diyet, 185, 187.
Eşbah ve nezâ'ir: Benzerlik ve farklılık gösteren hukukî konuları ele alan eserler, 114.

Fadlu mâl bilâ ıvad: Haksız iktisap, 145 vd..
Farz: Dinî ödev, mirasçılardan her birinin belirlenmiş olan hissesi, 121, 170.
Fâsık: Âdil olmayan, günahkâr, 125, 179, 189.
Fâsid: Geçersiz, bozuk, 121, 123, 135, 146, 152, 163, 167, 178.
Ferâiz: Mirasçıların belirli hisseleri, miras hukuku, 114, 170 vd..
Fetvâ: Müftî tarafından bir soru üzerine hukuka uygun olarak verilen cevap, 73 vd..
Fidâ: Fidye, 128.
Furû: Dallar, usûlün zıddı, müspet hukuk, 59, 65.
Furûk: Farklar, birbirinden farklı hukuk meseleleri, bu meseleleri konu edinen eserler, 114, 205.
Fuzûlî: Vekâletsiz iş yapan şahıs, 122, 159.

Gabn-i fâhiş: Akitte çok aldatma, 117.
Gâib: Mefkûd, nerede olduğu bilinmeyen kişi, 188.
Galle: Gelir, 134.
Ganîmet: Savaşta ele geçirilen mal, 136.
Garar: Zarar, aldatma, meçhullük, 135, 146 vd..
Gasb: Zorla alma, 160, 168, 200.
Gayrı memlûk: Sahibi bulunmayan şey, mülk edinilemeyen nesne, 134.
Gurra: Çocuğun düşmesine sebep olmaktan doğan tazminat, 124, 186.

Habs: Hapsetme, başkasına ait bir şeyi alakoyma, 175, 187, 197, 140.
Hacr: Kısıtlılık, 125, 126, 129.
Hadâne: Annenin çocuğuna bakma hakkı, 167.
Hadd: Bazı suçlara verilen belirli ceza, 38 vd., 86 n. 47, 91 vd., 95 n. 53, 118, 120, 132, 148, 151, 158, 163, 175 vd., 178 vd., 184, 187, 197, 198, 199.
Hakk-ı Âdemî: Kul hakkı, 113, 160, 176 vd..
Hakkullah: Allah hakkı, 113, 176.
Halvet: Koca ile karının tenhada buluşması, 161.
Harac: Arazî vergisi, gayrı müslimlerden alınan arazî verisi, 131.
Harbî: Düşman, yabancı, bir anlaşma ile himaye görmeyen gayrı müslim, 131, 184.
Havâle: Borçların transferi, 78, 106, 148, vd., 158.
Hedr, heder: Boşa gitme, ceza hukukunca himâye edilmeyen nesne, 184.
Hırz: Koruma, 134, 179 vd..
Hıyâr: Muhayyerlik hakkı, 118, 121, 145, 148, 152 vd., 154, 155, 169.
Hıyâru'ş-şart: Şarta bağlı muhayyerlik, 106, 153.
Hibe: Bağışlama, 157 vd.,
Hisbe: Muhtesiplik görevi, 52, 114, 207 vd..
Hiyel: Hileler, hukukî kurallardan kurtulmak için başvurulan yollar, 78 vd., 83 vd., 114, 200, 206, 210.
Hul': Kadının bir bedel ödeyerek elde ettiği boşanma şekli, 164.
Hükûmet: Bazı yaralamalardan ötürü verilen takdire bağlı para cezası, 186.
Hükmü'l-havz: Bedevîlerde kabilevî örf hukuku, 77.
Hükmü'l-men': el-Men'a, bak., hükmü'l-havz.
Hükmü't-tâgût: Bak., hükmü'l-havz.

İbrâ: Borçtan kurtulma, muaf tutma, 148.
İcab: Akit yapma teklifi, 22, 145.
İcâre: İcar, kira, 21, 22, 126, 134, 156 vd., 191.
İcâzet: Hukukî muameleye ehil olmayan, temyiz kudreti veya temsil yetkisi bulunmayan birinin giriştiği muamelenin kanunî mümessilince uygun görülmesi, 122.
İddet: Evliliğin sona ermesinden dolayı kadının bekleme süresi, 118, 166, 168.
İhtilas: Habersiz olarak bir malı aşırma, 180.
İhyâu'l-mevat: Kullanılmayan sahipsiz arazînin ekilir hale getirilmesi, 141.
İkâle: Satış konusu olan bir şeyi akitten önceki hale getirme, 148, 154.
İkrâh: Zorlama, tehdit etme, 117 vd..
Îlâ: Cinsî münasebetten uzak duracağına dair erkeğin yemin etmesi, 164.
İlkâ bi'l-hacer: Taş atarak oynanan bir çeşit kumar, 147.
Îne: Faiz yasağından kurtulmak için başvurulan hileli bir alım-satım şekli, 79, 153.
İstısna': İmalat akdi, 155.
İstibrâ': Sahip değiştirdikten sonra cariyeye yüklenen bekleme süresi, 118, 166.
İstîfâ: Mülkiyetin el değiştirmesi; teslim ve tesellüm, ödeşme, 138.
İstiglal: İrad elde etme, 137.
İstihbab: Bak., İstihsân, 137.
İstihsân: Tercih etme, iyi bulma, kıyası bir yana bırakarak yapılan içtihat, 37, 40, 46, 60 vd., 62, 115, 146 n. 90, 152, 155, 157, 179, 183, 204.
İstilâ: Sahibi olmayan şeyleri ele geçirme, 136.
İstishab: Bir şeyin hükmünü değiştiren bir delil bulunmadıkça o şeyin hüküm bakımından aynen kalması prensibi, 21.
İstıslah: Genellikle kamu yararını gözeterek içtihatta bulunma, 21, 60 ,61, 62 109, 115, 204.
İşâret-i ma'hûde: Alım-satımda kesinlik ifâde eden işâret, 117.
İtk, İ'tâk: Köle azad etme, 129 vd..
İvad (İvaz): Karşılık, bedel, 145, 152.
İzn: Tasarruf yetkisinin verilmesi, 126.
Kabz: Tesellüm, 138.
Kâdî'l-Cemâ'a: Başkadı, 55 n. 29.
Kâdî'l-Kudât: Başkadı, 50 vd., 55 n. 29.
Karz: Ödünç, 157.
Kasâme: Kâtil bilinmediği takdirde öldürülenin velisinin teklifi üzerine belirli kimselerin onu öldürmedikleri ve öldüreni bilmedikleri hakkında yemin etmeleri usûlü, 24 n. 24, 184, 192, 179, 203.
Kâsim: Bölüştüren, mirası bölüştüren görevli, 189.
Kat'u't-tarîk: Yol kesme, 9, 175, 180.
Kavaid: Kaideler, 114.
Kaved: Kısas, 181.
Kazâ: Kadı tarafından verilen hüküm, yargı, borcun ödenmesi, 123, 196, 148.
Kazf: Zinâ isnadı, 13, 14 n. 15, 125, 166, 175, 177, 179.
Kefâet: Denk veya küfüv olma (evlilikte), 162.
Kısmet: Bölme, bölüşme, 139.
Kiyemî (Kıymî): Çarşı ve pazarda misli bulunmayan ve bulunsa da değeri farklı olan nesne, 136.
Kinâye: Kapalı beyan, 116.

Lakît: Buluntu çocuk, 159, 166.
Li'an: Kocanın karısının zinâ ettiğini yeminle beyan etmesi ve karının da bunu aynı yolla reddetmesi usûlü, 165, 168, 179, 195, 197, 203.
Lıss: Hırsız, 9.
Lukata: Buluntu mal, 137.

Ma'dûd-i mütekârib: Sayılabilen ve aynı cinsten olan mallar, 136.
Mahzar: Mahkeme sicili, tutanak, duruşma, 83, 189.
Ma'sûm: Ceza hukukunca korunan kimse, 184.
Ma'tuh: Bunak, 124.
Meclis: Oturum, tarafların biraraya gelmesi, duruşma, 145, 164.
Medinelilerin Ameli: Medinelilerin uygulamaları, 61 vd..
Mefkûd: Bak., Gâib, 124.
Mehr: Mehir, nikah akçesi, 38 vd., 161, 163, 167, 178, 191, 192, 195, 197.
Mekîl, Keylî: Ölçülebilen şeyler, 136.

Meks: İslâm öncesi Arabistan'da pazar rüsûmu, 8, 76 n. 41.
Melesa: Uhde'nin zıddı. 8,
Memlûk: Erkek köle, mülk edinilebilen mal, 127.
Mersûm: Ferman, 87.
Mestûr: Aleyhinde bir şey bilinmeyen şahıs, 125.
Mevkuf: Askıda bulunan akit veya sözleşme, 119.
Mevlâ: Efendi veya köle, 40, 130, 133, 170.
Mevzûn, Veznî: Tartılabilen nesneler, 136.
Meysir: Kumar, 12 vd., 146.
Meyte: Leş, dince usûlüne uygun olmayarak kesilen hayvan, 134.
Mezâlim: Bak., Nazar fi'l-Mezâlim.
Me'zûn: Ticaret yapmasına izin verilmiş olan köle, 128 vd..
Milk: Mülk, 136, 178, 179.
Misl: Benzer, denk, ortalama, 154, 167, 120.
Misli: Sayı, tartı ve ölçü ile tayin edilebilen şeyler, 136.
Muamelât: Mâlî muameleler, 145.
Mu'avada-i mâliyye: Mâlî mubadele, 119, 120, 145.
Mubâra'e: Herhangi bir mâlî borçtan karşılıklı olarak vazgeçmek suretiyle anlaşarak evliliği bozma, 163.
Müdârabe: Özel şirket, bir taraftan sermaye, öteki taraftan emek karşılığı kurulan ortaklık, 119, 156 vd..
Mufâvada: Sınırsız sorumlu şirket, 116, 132, 156.
Muhâkale: Tahıl cinsinden şeylerin değişimi ile ilgili akit, 9, 146, 154.
Muhâtara: Faiz yasağından kurtulmak amacıyla başvurulan ikili bir satış şekli, 78 vd..
Muhsan: Hür bir eşle geçerli bir evlilik yapan ve hiç zinâ yapmamış olan hür kişi, 125, 178, 179.
Muhtekir: İhtikâr yapan, istifçi, 188.
Muhtesib: Genel olarak çarşı ve pazar denetimi görevlisi, 25, 52, 55 n. 29, 84, 92, 114, 190, 207.
Murâbaha: Belirli bir kârla yapılan satış, 154.
Musâkât: Kârı ortaklaşa bölünen bir arazinin veya ağaçların özel şekilde işletilmesi, 119, 155, 156.
Müşâ': Ortak mülkiyet, Şâyi hisseli mal, 138.
Muvâlât: Bir mühtedînin kendisine müslüman bir velî ve efendi seçme akdi, 133, 170.
Muvâzaa: Anlaşma, gizli akit, 83.
Mükâteb: Mükâtebe akdi yapan köle, 42 vd., 129 vd., 135, 136, 174, 186.
Mükâtebe: Bir kölenin belirli bir meblâğ ödemek şartıyla azad edilmesi için efendisi ile yaptığı sözleşme, 42, 125, 129 vd., 158.
Müdebber: Efendisinin, kendi ölümüne bağlı olarak azad ettiği köle, 129, 135, 169, 186.
Mülâmese: Kumara dayanan bir muamele, 147.
Mülâzeme: Davacının davalıyı bizzat gözaltında tutması, 179.
Mümeyyiz: Temyiz kudretine sahip olan, aklı yerinde olan, kâr ve zararını ayırdeden kimse, 125, 192.
Münâbeze: Kumara dayanan ticarî bir muamele, 147.
Müste'min: Kendisine eman verilen yabancı gayrı müslim, 131.
Müt'a: Geçici evlilik, bazı boşama hallerinde kadına ödenen tazminat, 167, 163.
Müzâbene: Kuru hurmayı ağaç üzerindeki taze hurma ile değişmekten ibaret olan eski bir akit şekli, 40, 146, 154, 205.
Müzâra'a: Kârı ortaklaşa bölünen bir arazînin özel işletilme akdi, 119, 155, 156.

Nâfiz: Geçerli, muteber, 121.
Nâib: Vekil, kadı vekili, 119.
Nazar fi'l-Mezâlim: Şikâyetlerin incelenmesi ve araştırılması, 51, 54, 84, 184, 208.
Nehb: Soygun, 180.
Nesî'e: Geç ödeme, tehir, 153.
Niyâbet: Vekâlet, 119.
Nükûl: Yeminden kaçınma, 190, 197.

Rabb: Mâlik, sahip, 136.
Rabbu'l-mâl: Sermâye sahibi, 150.
Radâ': Süt kardeşliği, süt emme, 162.
Rakabe: Bir şeyin aslı, çıplak mülkiyet, 127, 129, 134, 205.
Rakîk: Köle, 127.
Re'sü'l-mâl: Sermaye, 153.
Rikâz: Define, 136.

Rucû: Cayma, vazgeçme, geri dönme, 145, 151, 157, 177.
Rukbâ: Eski bir hibe şekli, 8, 58.
Rükn: Aslî unsur, 118.

Sadâk: Mehr, 161.
Safka: Ellerini birbirinin üzerine çarparak pazarlık etme, 8, 145, 146.
Sâhibü's-Sûk: Bak., muhtesib, 25.
Sakk: Yazılı belge, 78, 82 n. 45, 193.
Selem: Para peşin mal veresiye satış akdi, 106, 119, 147, 153, 155.
Semen: Fiyat, para, 152.
Siâye: Sa'y, çalışma, 129.
Simsar: Komisyoncu, 78, 120.
Siyâset: İdârî adâlet, 54, 86 vd., 91, 187.
Suftece: Mubâdele senedi, 78, 149.

Şeriket-i mâl: Ortak mülkiyet, 138, 156.
Şirâ': Alım, satınalma, 151.
Şuf'a: Bir gayri menkülü satın almada öncelik hakkına sahip olma, 94, 106, 142, 192, 194.

Ta'addi: Haksız fiil, tecavüz, 140, 147 vd., 157.
Tahâlüf: Bir davada iki tarafın da karşılıklı yemin etmesi usûlü, 191.
Tahlîl: Evliliğe engel olan durumu ortadan kaldırmada başvurulan bir çare, 81 vd..
Ta'lîku-talâk: Şartlı boşama şekli, 164.
Ta'zîr: Kadı tarafından takdir ve tayin edilen cezâ, 88, 91, 132, 175, 178, vd., 180, 184, 187, 197, 207 vd..
Tedbîr: Sahibinin ölümüyle geçerlilik kazanan köle azadı, 129.
Tefrîk: Karı kocayı birbirinden ayırma, 165.
Tefvîz: Boşamak için karısına veya başkasına yetki verme, 164.
Tehâtür: Eşit şehâdetlerin çatışması, 195.
Telfîk: Birden fazla mezhebin görüşünü birleştirme, 68 n. 39, 106.
Tevliye: Alış fiyatına satış, 153 vd..

Udûl (adl'in çoğulu): Ücretli âdil şahitler, noterler, 194.
Uhde: Zimmet, Mâlikî fıkhına göre bir kölede veya bir hayvanda bulunan belli bir ayıba karşı güvence, 8.
Ukr: Hadd cezasını gerektirmeyen bir zinâ durumunda kadın kölenin mâliki veya ortağına ödenen bir tazminat, 178.
Ukûbet: Cezâ, Mâlikîlerde bazı adam öldürme hallerinde verilen ceza, 185 n. 111, 207.
Umrâ: Kaydı hayat şartıyla yapılan hibe, 8, 158.
Ummu'l-veled: Sahibinden hâmile kalarak çocuk doğuran cariye, 129, 135, 166, 169, 178, 186.
Umumî Muhbir: 52

Vadî'a: Alış fiyatının altında satış, 154.
Vedî'a: Emânet olarak bırakılan nesne, 157.
Velâ': Dostluk, azad edilen köle ile efendisi arasındaki ilişki, 40, 130.
Veliyyü'd-dem: Kısas talep etme hakkına sahip olan yakın akraba, velî, 181, 184.
Vilâyet: Yetki, Kazaî bölge, 188.
Vukûf: Bazı şartlar altında hakların veya hukukî muamelelerin askıda kalması, 119.

Yed: El, sahip olma, 136.

Zaman: Ödeme ödeme sorumluluğu, 39, 147.
Zâmin: Ödemekle sorumlu olan kişi, 147.
Zarûret: Zorunluluk, sıkıntı, 84.
Zevu'l-erham: Yaklaşık olarak kişinin ana tarafından hısımları, 170.
Zıhar: Boşama kasdıyla karısını bir mahremine benzetme, 165, 203.
Zilyed: Bir mal veya mülkü elinde bulunduran, 136.
Zimmet: Uhde, kişinin menfaat ve zararına ehil olma niteliği, 144.
Zimmî: İslâm ülkesinde yaşayan gayrı müslim vatandaş, 130 vd., 156, 191 vd., 194.
Zükr (Zükr-i hakk): Yazılı belge, 82 n. 45.

Fiyatı : 1000 TL.