

Şerî'at ve Kânûn

MANSURİZADE MEHMED SAİD (1864-1923)

YAYINA HAZIRLAYAN: ABDULLAH KAHRAMAN

Sunuş

Bu yazı, Mansûrîzâde Said Bey'in *Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*'nın 6. ve 8. (1917) sayılarında (s. 531-535, 601-606) *hukûk-ı ât-le kânûn lâyihası* münasebetiyle yayınlanmış bir makalesidir. Yazıdaki fikirler tamamen Mansûrîzâde'ye aittir. Bu yazıda, Türk Medeni Kanunu'nun kabulünden önce yürürlükte bulunan İslam hukukunun (Şeriat hükümlerinin) niteliği ve teknik anlamda bir kanun olup olamayacağı ele alınmakta ve karşılaşılan hukuki çıkmazların nasıl aşılabacağına dair bir değerlendirme yapılmaktadır. Makale, tarafımızdan müellifin hayatı, eserleri ve bazı değerlendirme notları ilave edilmek suretiyle yayına hazırlanmıştır. Yayına hazırlama sırasında yazarın orijinal üslubuna büyük ölçüde sadık kalınmakla birlikte, çok uzun olan ve anlamayı zorlaştıran bazı yerlerde noktalama işaretleri koymak ve bazı ifadeleri parantez içinde açıklamak gibi bir tasarrufta bulunulmuştur. Dipnotlarda bize ait olan ilaveler (A.K.) rumuzuyla gösterilmiş bulunmaktadır. Müellifin makaleleri birbiriyle tamamen alakalı hususları içerdiğinden, bu yazıda diğer makalelerine sık sık atıfta bulunmak gerekmektedir. Ancak biz bu zatın bütün makalelerini neşre hazırlamayı planladığımızdan burada yeri geldiğinde kısmi atıflarla yetineceğiz.

Yakın zamanda yaşamış olmasına rağmen, Mansûrîzâde hakkındaki bilgilerimiz oldukça sınırlıdır. Bunu da, büyük ölçüde, genç denecek bir yaşta vefat eden oğlu, edebiyat profesörü Mecdut Mansuroğlu'na borçluyuz. Buna göre, Mansûrîzâde Mehmed Said Bey, 1864'te İzmir'de doğmuştur. Eski bir İzmirli aileye mensuptur. Babası İzmir Defter-i Hâkânî müdürü Mansûrîzâde Emin Efendi, beldenin en tanınmış alimlerindendir. Amcası Mansûrîzâde Mustafa Paşa İstanbul'daki Beyazıt Kütüphanesi'ni tesis eden ve *Netâ'icu'l-Vukû'ât* adlı eseri yazan zattır. Said Bey, tahsilini İzmir Hâtûniyye Medresesi'nde yapmıştır. Burada islami ilimler tahsil eden Said Bey, özellikle Arap edebiyatı (meânî) ve fıkıhta uzmanlaşmıştır. Başarılı bir tahsil hayatı geçiren bu zat, derslerini zaman zaman hocalarının dahi dinleyebileceği kadar yetkin bir duruma gelmiş, bu arada şahsî gayretleriyle Fransızca'yı da öğrenmiştir. Aynı zamanda, İzmirli Seyyid Bey'in yetiştirilmesinde büyük emeği olmuştur. İzmir İdâdîsi'nde dersler vermiş; ayrıca, İzmir İsti'nâf Mahkemesi azalığında da bulunmuştur. O dönemde İzmir'de yayınlanan *Şûle-i Edeb*, *Hizmet* ve *Terakkî* gibi mecmua ve gazete-

lerde günün politikasına aykırı yazılar da yazmıştır. Ancak, bu gazetelerin koleksiyonları İzmir'in işgalinde kaybolduğu için Said Bey'in buralardaki yazılarından maalesef haberdar değiliz. Mansûrîzâde Said, İttihad ve Terakki Cemiyeti'nde de çalışmış, Meşrutiyet'in ilanından sonra İttihad ve Terakki Fırkası'nca Saruhan mebusluğuna seçilmiştir. Birinci Dünya Savaşı'nın sonuna kadar aynı firkadan Saruhan ve Mentеше mebusu olarak siyasi hayatı devam etmiştir. Hatta bir ara Şeyhulislamlığa aday gösterilmesi söz konusu olmuş ise de, açıkfikirliliğinin halk üzerinde iyi tesir yapmayacağı düşünülerek bundan vazgeçilmiştir. İstanbul'daki bu siyasi faaliyetlerinin yanısıra ilmi çalışmalarını da sürdüren Said Bey, Darülfünun Hukuk Fakültesi'nde Fıkıh Tarihi müderrisliği yapmıştır. Son olarak İslamiyet esâslarının yeni girilen Batı medeniyeti ihtiyaçları ile telif edilebileceğine dair etraflı bir eser hazırlamıştır. Ancak, Türkiye'de yapılan inkılaplar böyle bir eseri aktüel olmaktan çıkardığı için, bu eser basılamamıştır (eserin müsveddelerinin varislerinde bulunduğu ifade edilmektedir). Nihayet Mansûrîzâde, Ekim 1923'te İzmir'de vefat etmiştir. Hayatı hakkında yazılanlardan anlaşıldığına göre, Said Bey, devrinin münevverlerine has özellikleri şahsında toplamış bir kimse idi. Yazmış olduğu makalelerden, onun iyi bir hukukçu olduğu ve bu arada en fazla önem verdiği şeyin de ilmi çalışmalar ve ilmi sohbetler yapmak olduğu anlaşılmaktadır. Oğlu Mecdu Mansuroğlu'nun ifadesine göre Mansûrîzâde Said, "ham sofuları sevmez, Allah'a yaklaşmanın iç temizliği ve imanla olacağını söylerdi. İbadetle uğraşmaz, Ramazan'da oruç tutmazdı. Bununla beraber, dinin kendince makbul merasimlerini yapar ve hatta aile efradına da yaptırır" (Hayatı ve ailesi hakkında daha fazla bilgi için bkz. *İş ve Düşünce Dergisi* 25 (1959), sayı: 219-220, s. 2-3; 27 (1961) sayı: 233, s. 3-21; Neşet Çağatay, *Makaleler ve Araştırmalar*, Selçuk Üniversitesi yay: 19, s. 405-423).

Mansûrîzâde Said Bey'in başlıca eserleri şunlardır: 1. *Keşfu'l-Ğîta 'ani'l-Hatâ* (Arapça, İzmir 1315, 148 sayfa); 2. *Uşûl-i İctihâd* (İzmir, tarihsiz, 16 sayfa); 3. *Hakikat-ı İslâm*, (İttihad ve Terakki kongresinin raporunda münderec olan bu eser, "İslâmiyet'in esâsât itibâriyle asr-ı saâdet ve tatbikât itibâriyle asr-ı hâzır ile tevfik olunmak zarûreti vardır" fıkrası münasebetiyle yazılmıştır (İzmir 1329, 16 sayfa); 4. *Tatbikât-ı Mecelle. Cüz-i Evvel, Kitâbu'l-Buyû'* (Kostantiniyye 1328, 150 sayfa). Bundan sonraki eserler, dergilerde yayınlanmış makaleler olup, bir makalenin başlığı birkaç sayı devam etmiştir. Biz de tekrara yer vermemek için aynı başlığı taşıyan makaleleri bir madde altında toplayıp sadece ilgili derginin farklı sayı ve sayfalarına işaret edeceğiz. 5. "Ta'addüd-i Zevcât İslâmiyet'te Men'olunabilir", *İslâm Mecmuası*, 1 (1330), sayı: 8 s. 233-238; 6. "Ta'addüd-i Zevcât Münasebetiyle (Cevâba Cevâb)", *İslâm Mecmuası* 1 (1330), sayı: 9, s. 280-284; 7. "Ta'addüd-i Zevcât Münasebetiyle (Efkâr-ı Umûmiyyeye)", *İslâm Mecmuası*, 1 (1330), sayı: 11, s. 325-331; 8. "Ta'addüd-i Zevcât Münasebetiyle (Yine Efkâr-ı Umûmiyyeye)", *İslâm Mecmuası*, 1 (1330), sayı: 12, s. 368-371; 9. "Ta'addüd-i Zevcât Meselesi Münasebetiyle (Cevâba Cevâb)", *İslâm Mecmuası*, 1 (1330), sayı: 13, s. 397-403; 10. "Cevâzın Ahkâm-ı Şer'iyyeden Olmadığına Dâir", *İslâm Mecmuası*, 1 (1330) sayı: 10, s. 295, 303; 11. "Cevâzın Ahkâm-ı Şer'iyyeden Olmadığına Dâir (İzmirli İsmail Hakkı Beyefen-

dî'ye)", *İslâm Mecmuası*, 1 (1330), sayı: 14, s. 429-432; 2 (1330), sayı: 22, s. 553-554; sayı: 23, s. 570-575; sayı: 24, s. 582-588; sayı: 25, s. 599-604; 12. "İc-tihâd Hatâları", *İslâm Mecmuası*, 2 (1330), sayı: 21, s. 535-541; sayı: 23, s. 564-566; sayı: 26, s. 616-619; sayı: 27, s. 636-639; sayı: 28, s. 647-650; 2 (1330), sayı: 38, s. 804-808; 13. "Tenkîd ve Takrîz: Kâmûs-ı Felsefe", *İslâm Mecmuası*, 3 (1332), sayı: 43, s. 585-588; sayı: 44, s. 903-905; sayı: 48, s. 963-967; sayı: 49, s. 979-983; 14. "Şerî'at ve Kânûn, Hûkûk-ı Âile Kânûnu Münâ-sebetiyle Ahkâm-ı Dîniyye ve Ahkâm-ı Kazâ'îyye", *İslâm Mecmuası*, 4 (1333), sayı: 53, s. 1048-1054. Müellifin yayına hazırladığımız bu yazısı ilk önce *Hukuk Fakültesi Mecmuası*'nda yayınlanmış, ancak önemine binaen *İslâm Mecmuası*'nda tekrar yayınlanmıştır. (A.K.)

Şerî'at ve Kânûn [I]*

Şerâyi' ve kavânîn-i mevzû'adan istihsâli istenilen gâye; onun ahkâmını tat-bîk ve icrâ etmekle mümkün olabilir. Esâsen kâide ve kânûn; tatbîk olunmak üzere vaz'edilmiş ahkâm-ı külliyyedir. Meselâ, "tarafeynin rızâ ve muvâfakatiyle bey' mün'akid olur" hükmü, tatbîk olunmak üzere mevzû' bir hükm-i küllîdir. Ve işte bu hükm-i küllîye 'kânûn' ıtlâk olunur.

Tatbîk, hükm-i küllîye, tatbîk eden tarafından suğrâ (küçük önerme) zam ve ilavesiyle ahkâm-ı cüz'îyye istihrâcî demektir. Bilfarz, rızây-ı tarafeyn ile akdedil-miş bir bey' (alış-veriş) tasavvur edelim. Bu bey' hakkında, "rızây-ı tarafeyn ile-dir" demekle, "rızây-ı tarafeyn ile bey' mün'akid olur" hükm-i küllîsine suğrâ zam ve ilave olunmuş ve bu vâsita ile vukû'unu tasavvur ettiğimiz bey' için "mün'akiddir" hükm-i cüz'îsi istihrâc edilmiş olur.

Ma'lûm olduğu üzere, buradaki rızâ ve muvâfakat-ı tarafeynden maksad; de-lîl-i zâhirisi olan îcâb ve kabûldür. Yoksa umûr-ı bâtuneden olan (dışa yansıma-yan) rızâ ve muvâfakat demek değildir.

Bir mâdde-i kânûniyyenin tatbîki, bu yolda suğrâ zam ve ilavesiyle husûle geldiği için kânûnun tatbîkine me'mûr olanlar tarafından suğrâ teşkîl edilmedik-çe tatbîk de kâbil olamayacağından hükm-i kânûnu ahvâl ve alâmât-ı zâhire üze-rine binâ etmek zarûrî ve muktezîdir. Mesela; bir akid hakkında "şöyle niyet ederse sahîh veyâ bâtıldır" diye bir mâdde-i kânûniyye vaz'olunamaz. Zîrâ niyet, umûr-ı bâtuneden olduğundan, ancak sâhibince ma'lûm olur ve ancak onun ta-rafından tatbîk olunabilir. Başkasının umûr-ı bâtunesine ittîlâ' mümkün olamaya-cağından, bittabîî hukkâm (hâkimler) tarafından da suğrâ zam ve ilâve edilemez ve binâenaleyh mâdde-i kânûniyyenin tatbîki kâbil olamaz.¹ Temhîdât-ı ma'rûze-

* *Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, II (1917) sayı: 6, s. 531-535.

¹ Bu sebeple akitlelerde kasdın rolünün ne olduğu İslam hukukçularınca tartışılmıştır. Bazı hukukçu-lar (Şafiiler ve genel olarak Hanefiler) akdın teşekkülünde objektif (dışa yansıyan) iradenin esas alınması gerektiğini söylerken, bazıları da (mesela Hanbeliler), bu konuda subjektif (iç) iradenin

den (sunulan giriş bilgilerinden) anlaşılacağı vechile, bilumûm kavânîn-i mevzû'a, dâimâ ahkâmını böyle ahvâl ve âlâmât-ı zâhire üzerine binâ etmek zarûret ve mecbûriyyetindedir. Hâlbuki Şerî'at böyle değildir. Şerî'at; 'ahkâm-ı diyâniyye' ve 'ahkâm-ı kazâ'iyye' diye iki kısma tefrîk edilmiştir.² Şu hâlde ahkâm-ı diyâniyye, umûr-ı bâtinê ve hâlât-ı hafîyye (gizli durumlar) üzerine binâ olunan ahkâm-dan başka birşey değildir. Ahkâm-ı kazâ'iyye de; alâ'im (âlâmetler) ve ahvâl-i zâhireye binây-ı ahkâm edilmiş olduğundan bizzarûre salâhiyyet-i kazâ'iyyeyi de hâizdir. Yoksa ahkâm-ı kazâ'iyye, taraf-ı Şâri'den (kanun koyucu Allah tarafından) mahkemelerce tatbîk ve icrâ olunmak üzere vaz'olunmuş ahkâm demek değildir. Ahkâm-ı kazâ'iyye de ahkâm-ı diyâniyye gibi mükellefin tarafından tatbîk (istek/arzu) ve ihtiyârlarıyla kendi kendilerine tatbîk olunmak üzere vaz'edilmştir. Bu iki ahkâmın aralarında maksad ve gâye i'tibâriyle hiçbir fark yoktur. Yalnız fark, bunlardan biri olan ahkâm-ı kazâ'iyye, alâ'im ve ahvâl-i zâhireye binâ edildiğinden kazâyâ (kendisiyle hüküm verilmeye) salâhiyyet kesbediyor. Diğer; umûr-ı bâtinê üzerine ibtinâ ettiğinden kazâyâ sâlih (elverişli) olmuyor.³

Vâkıa; bilcümle ibâdât, ahkâm-ı diyâniyyeden ise de -çünkü ibâdâtın ahvâl-i kalbiyye ve umûr-ı bâtinê ile şiddetle münâsebet ve alâkası vardır. Ahkâm-ı ibâdât; umûr-ı bâtinêden olan niyet-i hakikîye ibtinâ eder. Ya'nî ibâdet maksadıyla icrâ edilmiş ise sahîh ve o maksadla icrâ edilmemiş ise bâtıldır-; buradaki berâber ahkâm-ı diyâniyye, yalnız ibâdâta münhasır değildir. Münâsebat-ı zarûriyye ve medeniyyeden olan münâkehâtta (aile hukukunda) da ibâdât gibi umûr-ı bâtinê üzerine ibtinâ eder bir çok ahkâm mevcuttur. Ezcümle, münâkehâtta "şöyle niyet ederse talâk vâki olur veyâhut olmaz" gibi mücerred umûr-ı bâtinêden olan niyet üzerine binâ edilmiş bir çok ahkâm, ahkâm-ı diyâniyyeden olduğu gibi, "mutallaka, talâk vukû'undan i'tibâren üç âdet görmüş ise nikâh cedîd akdedebilir" de ahkâm-ı diyâniyyededir. Çünkü; buradaki âdet, niyet gibi hâlât-ı hafîyye olduğundan, başkasınca ma'lûm olamaz.

önemli olduğunu söylemişlerdir. Objektif iradeyi esas alanlara göre, kişinin içinde gizli bir niyet yahut onu akit yapmaya sevkeden saik ne olursa olsun, zahiri şartlar bakımından akit geçerli sayılır. Şahsi iradeyi esas alanlara göre ise, akdin zahiri şartları yerine şahsi iradeyi esas alanlara göre değerlendirilmelidir. Geniş bilgi için bkz. Abdülkerim Zeydan, "Eşerü'l-Kuşûd fi'l-Fıkhiyye ve'l-Ukûd", (Mecmû'atu Buhûş Fıkhiyye içinde), Beyrut 1986, s. 249-270; Hayrettin Karaman, "Kıyasî İslam hukuku", II/40, 64. (A.K.)

² Bu ayırım İslam hukukunun karakteristiklerinden sayılmıştır. Buna göre İslam hukukunun, bir yandan aynı anda, hem muhakeme edilme endişesi, hem de Allâh korkusunu birarada düşünmesi karşısında karşı hile yapmaktan sakındıracağı ifade edilmiştir. Bu ifadeden, kişilerin işlediği suçların cezasının cezasını dünyada, bir kısmınıkini ise ahirette görmeleri de anlaşılabilir. Bkz. Abdülkerim Zeydan, *el-Medhal li Dirâseti's-Şerî'ati'l-İslamiyye*, Beyrut 1986, s. 43 vd. (A.K.)

³ Mesela, hiçbir şahidi olmadan gizli bir yerde şarap içen bir kişi sadece diyaneten vicdanen suçludur. Çünkü Allah'ın yasakladığı bir fiili işlemiştir. Bu kişi kazaen sorumlu değildir. Zira mahkemeye yacağı tarzda suçun unsurları oluşmamıştır. (A.K.)

Bu gibi kazâya sâlih olamayan ahkâm-ı diyâniyye aynen kânûna dercedilemez. Ancak ahkâm-ı diyâniyyedeki umûr-ı bâtine ve hâlât-ı hafiyeye yerine -mümkün ise- delîl-i zâhirîsi olan müddeti ikâme etmek suretiyle hükm-i diyâniyi tathîk edebilirler. Şöyle ki; üç âdet zamanını ihâta edecek bir müddet murûr etmiş ise kadının nikâhının sıhhatine, etmemiş ise butlânına hükmederler.

Şu hâlde, böyle delîl-i zâhirîleri meydanda olan ahkâmı, delîl-i zâhirîlerini hâlât-ı hafiyeye yerine ikâme etmek sûretiyle ahkâm-ı kazâ'iyeye tahvîl ederek kânûna dercetmek lâzımdır. Yoksa ahkâm-ı diyâniyyeyi aynen kânûna dercetmek akla muhâlif olduğu kadar şer'a da muğâyirdir.

Ahkâm-ı diyâniyye; yalnız münâkehâta da münhasır değildir. Muâmelâta dâir ahkâm-ı fıkhiyyede de mevcûddur.

Yukarıda îzâh olduğu vechile, ahkâm-ı kazâ'iyeye de, mahâkim (mahkemeler) tarafından tatbîk ve icrâ olunmak üzere vaz'olunmuş olmadığından, mücerred Şerî'at'tır, diye bilumûm ahkâm-ı kazâ'iyeyi kânûna dercetmek iktizâ eylemez. Kütüb-i fıkhiyye ve fetâvâda tasrîh olduğuna göre, halife-i Islâm ve makâm-ı saltanat; kazâyı kasr ve tahdîd etmek salâhiyyetini hâizdir. Ahkâm-ı kazâ'iyeden ba'zılarını kânûna dercetmemek ise kazâyı tahdîd etmekten başka birşey değildir. Esâsen kânûn-ı medenîmiz olan *Mecelle*, muâmelâta dâir fıkın bilcümle ahkâm-ı kazâsını ihtivâ etmemektedir.

Demek olur ki, kânûn başka, Şerî'at başkadır. Çünkü kânûn, Şerî'at'ta dahil olan ahkâm-ı diyâniyyeyi ihtivâ edemez ve Şerî'at'ın bilumûm ahkâm-ı kazâ'iyesini de câmi' olması lâzım gelmez. Şu hâlde kânûn, Şerî'at'ın aynı değildir. Hattâ kânûnun bütün ahkâmı Şerî'at'ten aynen ahz ve iktibâs olursa dahî yine Şerî'at demek olmayıp ancak emr-i ulû'l-emrden ibârettir. Bundan başka da bir mâhiyeti hâiz olamaz ve kat'iyen de kânûna Şerî'at, Şerî'at'a da kânûn denilemez.⁴ Fakat "kânûn Şerî'at'a muvâfiktir veyâ muhâlifdir" denilebilir. Binâenaleyh;

⁴Anlaşıldığı kadarıyla müellif yazının bundan sonraki kısmında İslam hukukunda doktrin ve kanun ayırımı yapılmasının gereğine işaret etmektedir. O, İslam hukukunun teşekkülünden itibaren çeşitli metodların kullanılarak nasslardan çıkarılan hükümlerin/içtihadların tamamını doktrin ve Şeriat olarak tanımlayarak kanunu bunlardan ayırarak: "Şeriat, kendi içerisinde ne kadar tutarlı ve yerli olursa olsun, kanun vazifesini göremez" demektedir. Mansûrîzâde "Şeriat başka, kanun başka" makalelerinde Şeriat'ın da bir kanun olduğunu kabûl ediyor, ancak Şeriat'ın itibari bir kanun olduğunu müşahhas ve hakiki bir kanun olarak vücut bulmadığını, bir forma dökülmediğini söylüyor. Bkz. *İslam Mecmuası*, 1 (1330), sayı: 10, s. 8; 2 (1331), sayı: 21, s. 535-536. Onun burada yaptığı şey, teknik bir ayırımdan ibarettir (hem yaşadığı dönem, hem de o günün şartları itibariyle Şeriat dışında bir kanun teklifinde bulunmasını Masûrîzâde'den beklemek mümkün değildir). O, Şeriat'tan hareketle mutlaka ihtiyaçlara cevap verebilecek bir kanunun oluşturulmasını teklif etmektedir. Bunu yaparken de İslam'ın yasakladıklarına dokunmak yerine, caiz bıraktığı hususlarda, gerektiğinde yasaklama yoluna giderek birtakım düzenlemeler yapılmasının gereğine işarette bulunmaktadır. Ashında, İslam toplumlarındaki hukuk emniyetini/birliğini sağlayıp hukuk anarşisini de

Şerî'at'ın kânûna muvâfakat ve muhâlefet meselesini mevzûbahis etmek ister eder. Kânûnun Şerî'at'a muvâfakat ve muhâlefeti, kânûna derc olunması veya olmamasının aynen Şerî'at'tan ahz ve iktibâs olunması veyâ olunmaması fihriyetle ilgili değil midir? Bunu ta'yin etmek lâzım gelir. İşte Şerî'at-ı İslâmîye kanunun ya'nî emr-i ulû'l-emrin Şerî'at'a muvâfakat ve muhâlefeti ne demek olduğunu izâh etmek maksadıyla "câizde ulû'l-emrin hakk-ı tasarrufu vardır. Şerî'at men'etmediği şeyleri men'edebilir" düstûrunu vaz' ediyor. "Ulû'l-emr Şerî'atı men'ettiği şeyi emrederse Şerî'at'a muhâlif ve fakat men'etmediğini men'etmedik olursa Şerî'at'a muvâfıktır" demek istiyor.⁵

Meselâ; "şer'an nikâh ale'l-ittlâk iki şahid huzûrunda akdedilebilir" hükmünü "hâkimin huzûruyla iki şahid muvâcehesinde akdedilir" sûretinde kânûna tabii

bertaraf etmek için böyle bir kanun yapma ihtiyacını ilk hisseden, şüphesiz Mansûrîzâde'dir. Daha Abbâsiler döneminde Abdullâh b. Mukaffâ (ö. 142/759), Halife Mansûr'a bütün ilâhî ve insanî hükümlerle bir kanun vazedilmesini teklif etmiştir. O dönemde Hârûn Reşid tarafından İslâmîlik'e de *Muvatta'* adlı eserinin kanunlaştırılması teklif edilmiş ancak o, içtihad hümiyetini empoze edeceği için buna karşı çıkmıştır (bkz. Karaman, *İslam hukuk Tarihi*, s. 179). Tarih boyunca kanunun yapma ihtiyacı hep hissedilmiş; ancak, uzun süre bu ihtiyaç, hiç de uygun olmadığı için ve va kitapları ve çeşitli devirlerde oluşturulan kanunnâmelerle karşılanmaya çalışılmıştır. İslâmî hukuk anarşisinin iyice hissedildiği ve Batı'dan ithal kanunların gelmeye başlamasından sonra ancak -bütün eksikliklerine rağmen- *Mecelle* hazırlanabilmiştir. Mansûrîzâde burada kanun ve şer'at'ın teknik anlamda birbirinden ayrılmasını savunarak, diyanî hükümlerin yapılacak kanunlarda şında bırakılması ve kanunun tamamen objektif umdelere dayandırılması gerektiğini söylemektedir. 1930'lu yıllarda Mısırlı meşhur hukukçu Abdurrezzâk Senhûrî de İslâm hukukunun kodifikasyonu (kanunlaştırılması) için benzer teklifler sunmaktadır. Şeriat'ın insanlığın ihtiyacı olduğunu ve samanın en son ilkelerini bünyesinde taşıdığını söyleyen Senhûrî, kodifikasyon projelerini ve emellere özetler: "İslam hukuku, mukayeseli hukuk ışığında incelenmelidir. Hareket noktası, dinî mi, dünyevi kısımdan ayırmak ve yine dünyevi kısımda ise değişmez hukuk kuralları ile değişebilir olanları ayırmaktır. Değişmez kural, bütün çağlar ve yerler için muteberdir; değişebilir kural ise geçici ve husûsîdir. Dinî boyaya ile boyanmış kurallar, kuvvetli bir şekilde hukuk kuralları sayılabilebilirler. Sadece ahlaki güce sahiptirler ve vicdan vasıtasıyla empoze edilirler. Dini olmayan kuralları kesin bir şekilde telaffuz eden, hukuk sahasıdır ve müslim-gayri müslim ayrımı olmayan ve vatandaşlara uygulanabilir" (bkz. Aziz Azme, *Sosyal ve Tarihi Bağlamı İçinde İslam Hukuku*, Fethi Gedikli, İstanbul 1992, s. 195-196). Bu konuda daha geniş bilgi için bkz. Karaman, *İslam Hukuk Tarihi*, s. 35 vd. (A.K.)

⁵ Müellif burada ulû'l-emrin hareket alanının daha çok Şeriat'ın câiz olarak belirlediği hususları ifade etmektedir. Bu ifadeleriyle de, cevazın ahkâm-ı şer'iyyeden olmadığına işaret etmektedir. Esasen, müellif bu konudaki fikrini daha geniş olarak "Cevâzin Ahkâm-ı Şer'iyyeden Olmadığına Dâir" adlı müstakil makalesinde ortaya koymuştur. Buna göre, İslam hukukunun müelliflerinin çoğunun cevazı ahkâm-ı şer'iyyeden saymakla hata ettiklerini savunan müellif, cevazın geniş bir saha olduğu için, ihata edilemeyeceğini; bu yüzden bazen menfaatlerin kaybolacağını, bazen de mazarrata düşüleceğini ifade eder. Esas hükümlerin vücub ve hurmet olduğunu, cevazın ise Şâri tarafından bırakılan serbest alanlardan ibaret bulunduğunu da ifade eden Mansûrîzâde, bu husustaki görüşlerini şöyle neticelendirir: "Böyle ahkâm-ı şer'iyyeden olmayan emeller, bittabî'î Şeriat müdahale etmeyeceğinden, ta'addüd-i zevcât ve nikah ve talâk gibi câiz olan şeyler hakkında hükümet, vicdân-ı millete ve asra muvâfik sûrette ahkâm ve kavânin vaz' ve men' edebilir". Bkz. *İslam Mecmuası*, I (1330), sayı: 10, s. 295, 303. Mansûrîzâde gerek "Ta'addüd-i Zevcât" gerekse "İctihâd Hatâları" adlı makalelerinde hep bir kanunun lüzumundan bahsederek bu kanuna ait teknik bilgileri de "Cevâzin Ahkâm-ı Şer'iyyeden Olmadığına Dâir" adlı makalesinde ortaya koyar. (A.K.)

ederek, hâkim huzûrunda akdedilmeyen nikâhları (mesela; imam nikahı) Şerî'at men'etmediği hâlde men'etmek şer'a muvâfık kânûn yapmak demektir.⁶ Kezâlik Şerî'at, "kadın, zevcinin vefâtından i'tibâren dört ay on gün mürûrundan sonra nikâh akdedebilir" demekle, ancak vefâtından i'tibâren müddet-i mezkûrenin hitâmından evvel nikâh-ı cedîd akdetmesini men'etmiş ve ondan sonrasının memnû' olmadığını beyân eylemiş olur. Binâenaleyh müddet-i memnû'iyeti tezyîd etmek Şerî'at'ın men'etmediğini men'etmektir ve bu hâl de Şerî'at'e kat'iyyen muhâlefet teşkil etmez. Dâimâ Şerî'at-ı islâmiyyeyi sâlim bir nazarla tedkik eden e'imme ve kudemây-ı fukahânın en büyüklerinden olan Şemsü'l-Ei'mme es-Serahsî (ö. 483/1090). "Şerî'at'ın men'etmediği şeyi men'etmek şer'an câizdir. Şer'an câiz olmayan, ancak Şerî'at'ın men'ettiği şeyi emretmektir" esâsını, beyânımız vechile yalnız muâmelâta dâir ahkâm-ı fihhiyyede değil, ma'nây-ı ibâdeti tazammun eden münâkehâta bile tathîk ederek kütüb-i fihhiyyenin en mu'teberi olan *Mehsûl*'unda (şöyle ifâde ediyor:) "Bize Hz. Ömer'den nakledildiğine göre, o, şöyle demiştir: "Kadınların denklere olmayan kimselerle evlenmelerini elbette engelleyeceğim".⁷ İşte sarâhaten buyuruyorlar ki: "Hz. Ömer (r.a) kadınların şerefen, neseben kendilerine küfüv olmayan erkeklerle nikâhlarını men'edeceğim, buyurmuştur. Bu ise sultânın (devlet başkanının) nikâhlarında yed-i tasarruf ve velâyeti olduğunu bildirir; çünkü Hz. Ömer men'i, Şerî'at'a değil kendi nefesine muzâf kılıyor, Şerî'at men'etmemiş olduğu hâlde ben men'edeceğim demek istiyor. Bu da sultânın nikâhda velâyet-i âmnesinden başka birşey değildir."

Demek oluyor ki, Hz. Ömer (r.a) "kadınların akd-i nikâhında kefâ'et, şart ve mu'teberdir, küfüvlerine olmayan nikâhları memnû'dur" diye saltanat ve velâyet-i âmnesini bilisti'mâl (kullanarak) münâkehâta bir mâdde-i kânûniyye vaz'etmek istiyor. İmâm-ı müşârunileyh de "bu, sultânın hakkıdır, Şerî'at'ın men'etmediğini men'etmek sûretiyle kânûn vaz'edilebilir ve bu şer'an câizdir" diye esâs-ı mezkûrun münâkehâta bile tathîkinin mezhebce kabûl edilmiş olmasında isabet olduğunu te'yiden istidlâl ediyor. Çünkü İmâm-ı müşârunileyh (Serahsî), müctehid fi'l-mes'ele⁸ olduklarından dâimâ böyle mezhebce kabûl

⁶ Mansûrîzâde'nin bu değerlendirmesi son derece isabetlidir. Nitekim Osmanlı'nın son dönemlerinde çeşitli suistimalleri önlemek ve nikahtan beklenen gayeyi gerçekleştirmek için, yapılan nikahların kayda geçirilmesi ve kadınların ulaşamadığı yerlerde imamların ilgili kayıtları tutarak kadı sicillerine geçirilmesi sağlanmıştır. Böylece fıkıh kitaplarında yer alan "icâb ve kabûl ile nikah mün'akid olur" hükmü istismara açık bir hüküm olmaktan çıkıp, müeyyide ile desteklenen bir kanun maddesi hüviyetine bürünmüştür. (A.K.)

⁷ Bkz. Serahsî, *el-Mehsûl*, IV, 196.

⁸ Orijinal metinde *Mehsûl*'taki Arapça metne de yer verilmektedir. Ancak, müellif aynı metnin çevirisini de verdiği için, Arapça metni buraya almadık. (A.K.)

⁹ Bu ifade fıkıhçıların ilmi yeterlilik ve kariyerlerine göre yapılan bir sınıflamaya (*tabakâtu'l-fukahâ*) işaret etmektedir. Buna göre, bu gruba dahil olan müctehidler, ancak hakkında mezhep sahibinden rivayet bulunmayan meselelerde ictihad edebilirler. Hanefî alimlerinden İbn Kemâl Paşa (ö. 940/1553) ve Taşkoprüzâde (ö. 968/1561)'nin bu şekildeki sınıflandırmaları meşhur olup, İbn Ke-

edilmiş olan mesâ'ili te'yîd ve tenvîr ederler. Nitekim müşârunileyh, bu sözlerin akîbinde de –aşağıda zikredeceğimiz vechile– bütün mezhepce kabûl edilmiş esâsları ta'dâd edip isâbet olduğunu istidlâl eylemektedirler. İşte böyle Şerî'at'ın men'etmediği şeyi men'etmek sûretiyle münâkehâda bile kânûn vaz'eylemek mezhepce kabûl edilmiş bir esâstur ve Hz. Ömer (r. a)'ın sözleriyle de müeyyedir. Serahsî hazretleri, Şerî'at'a muvâfık kânûnun ne demek olduğunu bu sûretle beyân ettikten sonra Şerî'at'a muhâlif kânûn ancak Şerî'at'ın men'ettiği şeyi emretmek sûretiyle olduğunu da, “zîrâ nikâhta kefâ'et mu'teberdir” demekle îzâh eylemiş oluyor. İmâm-ı müşârunileyhin maksadlarının ne olduğunu îzâh edelim: Müşârunileyh, kefâ'et bahsinde nikâhda bütün mezâhib erbâbına göre kefâ'et mu'teberdir.¹⁰ Yalnız Süfyân-ı Sevrî (ö. 161/778) “nikâhda neseben kefâ'et mu'teber değildir, memnû'dur. Çünkü nikâhda neseben kefâ'et i'tibâr etmek, meselâ küfüv olmayanlara nikâh, velîlerinin iznine mevkûfdur ve sü'îredir gibi kefâ'et üzerine ahkâm vaz' ve te'sîs etmek, Şerî'at nazarında, insanlar arasında neseb i'tibârıyla fazl ve rüchân bulunduğunu göstermektir. Bu ise hiçbir Arab'ın Arab olmayan hiçbir kimseye üstünlüğü yoktur” gibi bir çok ehâdî-i şerîfe ile memnû'dur” dediğini naklettikten sonra yine kefâ'et bahsinde Kerhî (ö. 340/951)'den de “ale'l-ittlâk nikâhda kefâ'eti i'tibâr memnû'dur. Şerî'at kasûta ya'nî kan da'vâlarında bile kefâ'eti i'tibâr etmemiştir. Mâhiyeten ondan asâs olan nikâhda kefâ'eti nasıl kabûl edebilir? Şer'an kefâ'et nikâhta mu'teber olmaz” diye hikâye olduğunu naklediyor. Gerek Sevrî ve gerek Kerhî'nin bu ictihâdlarına karşı müşârunileyh, Hz. Ömer (r.a)'ın kelâmını işhâden, bunların ictihâdlarının butlânına ve mezhep-i sâirenin nikâhda kefâ'et mu'teber olacağına dâir ittifâklarında isâbet olduğunu istidlâlen beyân ediyor. Ve “eğer bunların ictihâdları vechile nikâhda kefâ'et mu'teber değil, memnû' olsaydı, Hz. Ömer bize kadar vâsıl olan sözleriyle kefâ'eti emredemez ve onun üzerine böyle te'sîs ahkâm ederek kânûn vaz'etmek istemezdi. Çünkü bu sûrette Şerî'at'ın men'ettiği kefâ'eti emreder ve binâenaleyh Şerî'at'a muhâlif kânûn vaz'etmiş olacaktır” demek istiyorlar ve bu muhikk (haklı) beyânât ve müdâfa'alarıyla Şerî'at'ın

mâl'in tasnifi daha çok kabul görmüştür. Bu tasnifin maddeleri genellikle tasvip görmekle beraber, maddelerin içine yerleştirilen şahıslar isabetli bulunmamış ve başta Abdulhayy Luknesî (ö. 1304/1886), Mercânî (ö. 1306/1888) ve Zâhid el-Kevserî olmak üzere bazı alimlerce tenkît edilmiştir. Geniş bilgi için bkz. Kevserî, *Husnu't-Tekâdî*, s. 115-116; Muhammed İbrâhîm, *Haneî ve Süfîlerde Mezhep Kavramı*, çev. Faruk Beşer, İstanbul 1989 (A.K.).

¹⁰ “Bütün mezâhibe göre nikâhda kefâ'et mu'teberdir” demek, mesela; kadınların küfüv olmayanlara nikahları câiz ise de, fakat velîleri tarafından i'tirâz edilir ise fesholunur diye kefâ'et üzere te'sîs ahkâm ederek ba'zı mertebe (biraz) takyîdatta bulunmak demektir. Yoksa “kefâ'et mu'teberdir” kadınların küfüv olmayanlara nikahları alehtlâk memnû'dur, demek değildir. Çünkü böyle bir hüküm Şeriat-ı İslamiyye'de mevcûd değil ve hiçbir mezhep buna kâil olmamıştır. İşte Hz. Ömer Şeriat'ta mevcûd olmayan bu hükmü kendisi vaz' ve ihdâs etmek istiyor. *Mehsûf*'da –beyân ettiğimiz vechile–: “ve Hz. Ömer velâyet-i saltanatı hasebiyle bu gibi ahkâmı vaz' ve ihdâs edebilir. Şeriat buna mâni' olmaz” diyor.

men'etmediği şeyleri ulü'l-emrin men'etmeğe saltanat-ı velâyeti hasebiyle salâhiyeti olduğunu ve bunun şer'a muhâlif olmadığını ve ancak Şerî'at'ın men'ettiği şeyi emretmenin muhâlif-i şer' bulunduğunu isbât ve ityân etmiş oluyolar.

Hülâsa: Bâlâda bast ve beyân eylediklerimizden anlaşılacağı vechile Şerî'at'ın men'etmediği şeyleri men'etmek demek olduğundan, ulu'l-emrin kavânîn-i sâ-irede nasıl ihtiyâcât ve mesâlih-i nâsi teemmül ederek birçok kavânîni vaz' ve ta'dîl ettiği gibi, hukûk-ı medeniyyeye muvâfık bir sûrette –saltanat-ı velâyeti hasebiyle– bilâ kaydu şart kânûn vaz' ve ta'dil etmeğe hak ve salahiyeti mutlak-tır. Buna, şer'an' hiçbir mâni' yoktur.

Şerî'at ve Kânûn [II]*

Şerî'at, Cenâb-ı Hak tarafından vaz'olunan ahkâm-ı dîniyyedir. Kânûn, ulü'l-emr tarafından vaz'olunan ahkâm'dır. Her hükûmet kânûnlarını kendi tanzîm etmek ihtiyâcındadır. Bu hükûmetlerin bir hakk-ı tabîîsidir ve bir emr-i zarûfidir. Kânûnsuz idâre-i hükûmet kâbil olamaz. Gerek Cenâb-ı Peygamber ve gerek hulefâ-i râşidîn, icâbında kendi kânûnları ile idâre-i hükûmet ettiler. Çünkü yalnız dîn ve Şerî'at ile iktifâ edemezlerdi. Dîn ve Şerî'at onları bile kânûn vaz'etmekten müstağni kılamamıştır. Dîn ve Şerî'at başka, kânûn başkadır; bunların mevkileri başka olduğu gibi gâyeleri de başkadır. Ne Şerî'at kânûn vazîfesini tamâmen îfâ edebilir, ne de kânûn Şerî'at derecesine irtifâ' eder; işte bundan dolayı Şerî'at-ı İslâmiyye "câizde ulü'l-emrin hakk-ı tasarrufu vardır, Şerî'at'ın men'etmediğini ulü'l-emr men'edebilir", diye ale'l-ittlâk kânûn vaz'etmek salâhiyyetini bahşetmiştir. Bu da hiçbir vechile Şerî'at'a münâfi bir hâl ve hareket değildir. Hulefâ-i râşidîn ve hattâ Hz. Peygamber bu esâs dâiresinde kânûn vaz'etmişler iken fukahâ bu meselede zühûl eylemişlerdir. Bu hakâyıkı meydâna çıkarmak için fıkıhda ve usûl-i fıkıhda zikredildiği vechile müellefe-i kulûba zekât verilmek meselesini tedkîk etmek kifâyet eder. Binâenaleyh evvelemerde bu husûsta hükmi-Şerî'at neden ibâret olduğunu, sonra da bu mesele hakkında asr-ı saâdetde Hz. Peygamber tarafından vaz'edilen ve Hz. Ebû Bekir'in zamân-ı hilâfetinde dahî Hz. Ömer tarafından teklîf olunarak kabûl olunan kânûnları beyân ve tedkîk edeceğiz.

"Sadakalar (zekâtlar) Allâh'dan bir farz olarak ancak, fakîrlere, düşkünlere, zekât me'mûrlarına, kalbleri (İslâm'a) ısındırılacak olanlara (*mü'ellefe-i kulûb'a*), kölelik altında bulunanlara, borçlulara, Allâh yoluna ve yolcuya mahsûstur..."¹¹ âyet-i celîlesi, zekâtın fukarâ, mesâkîn, emvâl-ı zekât me'mûrları, mü'ellefe-i kulûb, esrâ (köleler), borçlular, guzât (gaziler), gurehâ olarak sekiz sınıfa verilebi-

* *Darülfünun Hukuk Fakültesi Mecmuası*, II (1917), sayı: 8, s. 601-606.

¹¹ 9 Tevbe, 60.

leceğini ve bunlardan başkasına zekât vermek câiz olamayacağını göstermiştir. Bu âyet-i celîlenin muktezâsına nazaran zekâtu şer'an bu sekiz sınıf-ı müstehakkînin umûmuna sarf ve tevzi' etmek câiz olduğu gibi, bunlardan ba'zısını tercih ederek diğerlerine vermemek de câizdir. Ebû Hanîfe mezhebiyle ekser-i mezâhib, esnâf-ı ma'dûde arasında cevâz ve tahyîre (tercih yapmaya) kâil olmuşlardır. Bunlara göre, zekât herhangi sınıfa verilecek olur ise şer'an câiz ve kâfidir. Herhâlde umûmuna tevzi' vâcib değildir. Demek oluyor ki, şer'an bu esnâfın herhangiisine olur ise olsun zekât vermek vâcib değil, câizdir. Binâenaleyh müellefe-i kulûb hakkında Şerî'at'ın hükmü cevâzdan ibârettir ve bundan başka bir şey olamaz.

Gerek zamân-ı saâdette ve gerek hulefâ-i raşidîn zamânlarında hazîne-i beytü'l-mâlin irâd tarafını, ya'nî en mühim vâridât-ı hükûmeti (devlet gelirini), zekâtтан cem'olunan emvâl teşkil edip âyet-i celîlede ta'dâd olunan sınıflar, umûmen veyâ kısmen masraf tarafına dâhil olarak işbu vâridât onlara sarf ve tevzi' olunurdu. Hz. Peygamber'in ahd-i saâdetlerinde mü'ellefe-i kulûb masrafa dâhil idi; bunlara emvâl-i zekâtтан hisse ifrâz kılınırdı.

İşte bu keyfiyyet müellefe-i kulûba zekât verilmesini âmir bütçe kânûnu idi. Çünkü bununla vakt-i saâdette onlara zekât verilmesinin vücûb ve lüzûmuna kâil bulunuluyor ve filhakîka bu kânûn dâiresinde müellefe-i kulûba her sene zekât veriliyordu.

Bu bütçe Şerî'at değildir; çünkü Şerî'at mü'ellefe-i kulûba zekât verilmesini âmir değil muciz bulunmaktadır. Ya'nî Şerî'at bütçeyi tanzîm etmiyor, icâbına göre o sınıfların umûmunu idhâl veyâ ba'zısını ihrâc ederek bütçenin suver-i muttelifede tanzîmine müsâade ediyor. Demek oluyor ki, Hz. Peygamber, velayet-i emr olmak itibâriyle, cevâzda tasarruf ederek şer'an câiz olanı emretmiş ve bu kânûn vaz'eylemişti. İşte bundan dolayı asr-ı saâdette müellefe-i kulûba zekât vermek şer'an câiz, fakat kânûnen vâcib idi.

Hz. Ebû Bekir'in zamân-ı hilâfetinde ise bu bütçe tebeddül etti. Müellefe-i kulûb bütçeden ihrâc olundu. Artık mü'ellefe-i kulûba zekât vermek şer'an câiz, lâkin kânûnen memnû' olmuş oldu; şöyle ki:

Müellefe-i kulûbdan ba'zıları Hz. Ebû Bekir'e mürâcaat ile, hermu'tâd (gâib olduğu üzere), ahd-i risâletteki gibi, nasîblerini taleb ve istid'âda (istekte) bulundular ve Hz. Halîfe'den emirnâme istihsâliyle Hz. Ömer'e takdîm ettiler. Ömer Halîfe'nin müsteşân gibi bir mevki'de bulunan Hz. Fârûk emirnameyi yazıp okuyup ve "Hz. Peygamber sizi İslâmiyet ile te'lif etmek için tahsîsât veriyordu, bu iş ise Cenâb-ı Hak dîn-i İslâm'ı azîz etti, artık bu gibi şeylere ihtiyâc kalmadı" diyip mü'ellefe-i kulûba tahsîsât vermek istemedi. Bunun üzerine Hz. Ebû Bekir, Ömer'in mülâhaza ettiği esbâb-ı mucibeyi nazar-ı te'emmüle alarak bu işte muvâfakat etti; bu vechile mü'ellefe-i kulûb bütçeden ihrâc edilmiş oldu."

Şübhe yoktur ki, bu da Şerî'at değil, belki Hz. Peygamber'in bütçe kânûnu gibi bir kânündür. Fakat bu kânûn da evvelkisi gibi Şerî'at'a muvâfıktır. Çünkü her ikisi de cevâzda tasarruf edip biri şer'an câiz olanı emretmiş, diğeri men'eylemiştir.

Yine zâhirdir ki, bu kânûnlar Şerî'at'a muvâfık ise de, birbirine muhâliflerdir. Çünkü biri mü'ellefe-i kulûba tahsîsât verilmesini emr, diğeri men'ediyor; ya'nî biri diğerrinin emretmiş olduğu şeyi men'etmiş oluyor. Şerî'at ile kânûnun ve bilumûm kânûnların yekdiğerrine nisbetle muvâfakat ve muhâlefeti ancak bu sûretle olur. Biri diğerrince câiz olanı men'edecek olur ise, muvâfık, fakat diğerrinin emrettiğini men'edecek olur ise muhâlifdir.

Hâl böyle iken Hz. Ömer'in teklif ettiği bu memnû'iyyeti kânûn addetmeyip Şerî'at addetmek usûl-i fikhun kavâ'id-i esâsiyyesine külliyyen muhâlifdir; çünkü:

Eğer bu memnû'iyyet kânûn değil de Şerî'at ise, cevâza delâlet eden âyet-i celîle bu memnû'iyyet-i şer'iyye ile neshedilmiş demektir. Çünkü Şerî'at, Şerî'at'ı nesheder. Zîrâ böylece şer'an câiz olan birşey, Şerî'at tarafından men'edilecek olur ise cevâz her hâlde nesh ve tebdîl edilmiş olur. Birşey şer'an câiz iken aynı zamânda şer'an memnû' olamaz. Bu bir emr-i zarûrîdir; hiçbir şey cihet-i vâhîde i'tibâriyle evsâf-ı mütenâkıza (zıt nitelikler) ile ittisâf edemez (nitelenemez); ya'nî hem şer'an câiz, hem şer'an memnû' olamaz. Fakat cihetler ihtilâf ederse birşeyin hem câiz hem memnû' olması kâbilidir; meselâ, birşey hakkında, "diyâneten câiz, fakat kazâ'en memnû'dur" denilebilir. Çünkü cihetler, nokta-i nazarlara, muhtelifdir. Diyâneten başka, kazâ'en başkadır. Ne hükm-i diyânî ile hükm-i kazâ'î ve ne de hükm-i kazâ'î ile hükm-i diyânî nesholunur. Kezâlik, Şerî'at ile kânûndan hiçbirini diğerrini neshedemez. Çünkü îzâh edildiği vechile şer'an câiz olan şey, aynı zamânda kânûnen memnû' olabilir. Şerî'at başka, kânûn başkadır.

"Âyet-i celîle ile sâbit olan hükm-i cevâz bu memnû'iyyet ile neshedilmiştir", demek ise hiçbir vechile tecvîz ve kabûl olunamaz. Bu, usûl-i fikhin en zarûrî, en basît kâ'idelerine muhâlefet olur. Çünkü bu memnû'iyyet, asr-ı saâdetde mevcûd değildi ki hakkında bir başka âyet veyâ hadîs vârid olmuş da onlardan biriyle cevâz âyeti neshedilmiş farzolunsun. Binâenaleyh "Hz. Ebû Bekir'in za-

¹¹ Olayın bu şekli için bkz. Serahsî, *Mehsûl*, III/9; Kâsânî, *Bedâiyü's-Şanâiyi'*, II/45. Bu olay, Hz. Ömer'in konuyla ilgili açık bir nass varken onu uygulamayıp farklı bir uygulamayı benimsediği şeklindeki değerlendirmelere örnek getirilen uygulamalardan biridir. İslam hukukunun yasama felsefesi açısından konunun değerlendirilmesi kısaca şöyledir: Kur'an'ın mü'ellefe-i kulûbu zekat verilecek sınıflara dahil etmesinin sebebi İslam'ın zayıf yıllarında bunların yahut bunların nüfuzu altında bulunanların İslam'a desteklerini sağlamaktır. Bu değerlendirme onlara zekat vermenin illet ortadan kalktığı için, yani İslam güçlenip artık böyle bir sınıfın desteğine ihtiyaç duymayacak bir kottanuma geldiği için, illete bağlı olan hüküm, yani mü'ellefe-i kulûba zekâttan pay verme de ortadan kalkmıştır. Çünkü İslam hukuk usulcülerine göre, taabbudî olmayan bir hüküm illetle beraber bulunur: illet varsa hüküm de vardır, yoksa yoktur; bkz. Subhî Mahmasânî, *Felsefetu't-Teşrî'at-İslamî*, Beyrut 1980, s. 228. (A.K.)

mân-ı hilâfetlerinde, Hz. Ömer'in ictihâdı üzerine, hâdis olmuş olan bir memnû'iyet ile âyet-i celîle mensûhtur" demek iktizâ eder. Bu ise ya Hz. Ömer'in ictihâdlarıyla veyâhut bunun diğer ashâb tarafından da bilkabûl, icmâ-ı ashâb ile âyet-i celîlenin neshedilmiş olduğuna kâil olmaktır ki, o hâlde "icmâ ve icmâ ile nesh câiz değildir", "mevrid-i nass'da ictihâda mesâğ yoktur"¹³ gibi usûl-i fihh'in en zarûrî olan kavâ'idine muhâlef edilmiş olur.

Hülâsa, burada "bu memnû'iyet Şerî'at'tır" diyenlere karşı şu vechile nesh edilmiş oluyor: "Eğer bu memnû'iyet Şerî'at ise, cevâz âyeti neshedilmiş olur. Bu ise, ictihâd veyâ icmâ-ı ashâb ile nesh demek olduğundan, câiz olamaz. Hâlbuki bu memnû'iyet Şerî'at değil kânûndur, denilecek olur ise bu gibi i'tirâzlar ta'vîrine mahal ve imkân kalmaz. Çünkü kânûnların, nusûs-i şer'iyyeden kânûn-ı tinbât etmek için vaz'olunmuş olan usûl-i fihh kâ'idelerine alâka ve marâ'atı yoktur."¹⁴ Vaz'-ı kânûn etmek Şerî'at'ta ictihâd demek değildir ki, mevrid-i nass ictihâda mesâğ yoktur, kâ'idesiyle reddolunsun ve kânûn Şerî'at'ı neshedemez. Şerî'at'ın bu kânûn ile neshedilmesi keyfiyeti muhtâc-ı te'emmül olsun."

Artık bu i'tirâz karşısında bu memnû'iyete Şerî'at'tır diyen fukahâ ve usûliyyûn ne diyeceklerini ta'yîn edemedikleri için kimi "icmâ ile neshedilmiş" deyip "icmâ'-ı nesh câiz değildir" kâ'idesine muhâlefet etmiş oluyor ve kimi de "illetin sukûtuyla hüküm sâkit olmuştur" deyip geçiştiriyor:

İzah edildiği vechile burada fukahâ ve usûliyyûna göre hüküm-i şerî olan cevâz, ancak memnû'iyetin hüküm-i Şerî'at olmak üzere telakkîsiyle ya'nî diğer hüküm-i şerî ile sâkit olmuş bulunuyor; bu ise neshten başka birşey değildir. Çünkü bir hüküm-i şerînin diğeriyle sukûtu neshten başka bir ma'nâ ifade etmez. Binâenaleyh burada "illetin sukûtuyla hüküm sâkit olmuştur" demek "illetin sukûtuyla hüküm neshedilmiştir" demekten başka birşey değildir.

Ma'lûmdur ki, nesh edille-i şer'iyyenin biriyle olur. Başka şeyle olmaz. İki sen fukahâ ve usûliyyûn neshi "delîl-i şerî ile hüküm-i şerînin tebdil edilmesidir" sûretinde ta'rîf ederler. Nesh, usûl-i fihhta ancak edille-i şer'iyye arasında nazûbahs olur. "Kitâb Kitâb ile, Sünnet Sünnet ile, Sünnet Kitâb ile nesholunur" denilir ve Kitâb, Sünnet ile nesholunur veyâ olunmaz diye ihtilâflar demektir. Edille-i şer'iyyeden olan icmâ' ve kıyâs-ı fukahâ ile nesh câiz olmaz. Ancak icmâ' ve kıyâs-ı fukahâ bahislerinde zikrolunur.

İmdi hiçbir hüküm-i şerî edille-i şer'iyyeden başkasıyla nesholunamaz. Eğer bir hüküm-i mensûh hakkında "şu hüküm herhangi birşey ile neshedilmiştir, veyâ sâkit olmuştur" denilecek olursa, o şeye dâir olan delîl-i şerî ile nesh

¹³ Bkz. *Mecelle*, md. 14.

¹⁴ Burada müellif, açıkça kanun ve doktrin ayırımına giderek fihh usûlünü kanunun dışına çıkararak, doktrin oluşturmanın bir metodolojisi mesabesinde görmektedir. (A.K.)

dilmiştir, ma'nâsında telakkî edilmek ve onu delil-i şer'îye ircâ' etmek zarûrîdir. Binâenaleyh burada da "illetin sukûtuyla hüküm sâkit olmuştur" demek "illetin sukûtuna dâir delil-i şer'î ile hüküm sâkit olmuştur, ya'nî neshedilmiştir" demek olur. Burada illetin sukûtuna dâir olan delil-i şer'î ise Hz. Ömer'in ictihâdından ve ona müte'allık olan icmâ-ı ashâbdan ibârettir. Zîrâ Hz. Ömer, yukarıda beyân olduğu üzere burada şu sûrette ictihâdda bulunmuş idi: "Hz. Peygamber, sizi İslâmiyet ile te'lif etmek için tahsîsât veriyor idi. Bugün Cenâb-ı Hak dîn-i İslâm'ı azîz etti; bu gibi şeylere ihtiyâc kalmadı".

Bu ise, Hz. Peygamber zamânında mü'ellefe-i kulûba tahsîsât vermek için sebeb mevcûd idi, fakat bugün öyle bir sebeb mevcûd değildir, "sebeb ve illet sâkit olmuştur" demekten başka birşey değildir.

İşte usûliyyûnun "illetin sukûtu ile hüküm sâkit olmuştur" demeleri "illetin sukûtuna dâir Hz. Ömer'in ictihâdı ile veyâ bu ictihâd üzerine vukû bulan icmâ-ı ashâb ile hüküm sâkit olmuştur, ya'nî neshedilmiştir" denmesinden başka bir ma'nâyı ifâde etmiş olmuyor.

Demek oluyor ki, "icmâ' ve ictihâd ile nesh câiz değildir" i'tirâzına dûçâr olmak için ba'zı usûliyyûnun doğrudan doğruya "icmâ' ile veyâ ictihâd ile nesh olunmuştur" demeyerek "illetin sukûtuyla hüküm sâkit olmuştur" demeleri binnetice yine "icmâ' ve ictihâd ile neshedilmiştir"den başka bir ma'nâyı müfîd değildir.

İşte bu vechile, mü'ellefe-i kulûba zekât vermek şer'an memnû' olmadığı âyet-i celîle ile mensûs iken, memnû'iyeti hakkında Hz. Ebû Bekir'in hilâfetlerinde kânûn vaz'edilmiş ve icmâ-ı ashâb vâki' olmuş oluyor.

Bütün bu îzâhâtta şu netîceyi çıkarmak istiyoruz:

Bir milletin idâresi için Şer'at ile iktifâ olunamaz; belki hâl ve maslahata göre câizâtta tasarruf eylemek ve inde'l-icâb Şer'at'ın nehyetmediklerini kânûnen men'etmek icâbeder. Bîcümle husûsâtta şer'an buna imkân vardır. Hz. Peygamber ve Hz. Ebû Bekir'in yekûfîgerine zıd olan bütçe kânûnları bu hakîkatı isbâta kâfidir.¹⁵

¹⁵ Bu son cümlesiyle de Mansûrîzâde, Şeriat içindeki tıkanmaların, yine Şeriat'ın kendi içinde var olan dinamiklerin harekete geçirilmesi yoluyla aşılmasını teklif etmektedir. Belki, "Şeriat başka kanun başkadır" tarzında sert ve kesin ifadeler kullanan müelliften Şeriat'ın dışında bir çözüm teklifinde bulunması beklenebilir. Mesela, Şeriat'ın tamamen lağvedilip hiçbir dini karakter taşımayan çağdaş bir pozitif hukuk uygulamasının empoze edilmesi gibi... Ancak Mansûrîzâde böyle bir şey teklif etmemekte, aksine İslam'ın hukuk adına ortaya koyduğu şeylerin yeterli olduğunu; ancak bir kanun formuna dökülmesi gerektiğini vazgeçilmez bir zaruret olarak vurgulamaktadır. Bunun için de o, ulû'l-emrin yetkisi ve Şeriat'ın cevaz alanı olarak belirlediği hususlara ısrarla vurgu yapmaktadır. Ancak Mansûrîzâde'nin bu makaleyi Türk Medeni Kanunu'nun kabulünden yaklaşık dokuz sene önce yazdığı ve bu kanunun kabul edilmesine (1926) yetişemediği düşünülürse, onun niçin Şeriat dışında bir kanun teklifinde bulunmayıp fikirlerini ve önerilerini Şeriat üzerinde yoğunlaştırdığı daha iyi anlaşılabilir. (A.K.).