

Dini Araştırmalar, Eylül-Aralık 1999, C. 2, s. 5

II. Meşrutiyet Dönemi İslam Hukuku Tartışmalarından Bir Keşit. (Mansurizade Said ve Seyid Bey Örneği)

*Kaşif Hamdi Okur**

Osmanlı İmparatorluğu'nun kuruluşunun 700. yılının çeşitli etkinliklerle kutlandığı şu günlerde, yaklaşık 600 yıl dünya tarihini birçok yönden etkilemiş bir yapıyı tahlil etmenin riski daha iyi anlaşılmaktadır. Çünkü Osmanlı bir "inanç alanı" olarak görülürse ya külliyen kabul ya da külliyen red kolaylığına düşülmesi kuvvetle muhtemeldir. Ama bu yapıyı "anlama" ve "çözümleme" çabası içine girilirse çok ciddi bir "düşünce mesaisi" kaçınılmaz olacaktır. Biz Osmanlı'nın tüm boyutlarıyla ilmi kıstaslar çerçevesinde ele alınmasına, bu sayede günümüz insanının geçmişiyile entelektüel bir hesaplaşma sürecine girmesine taraftarız. Bu faaliyetin geleceğin inşasına yönelik hatırı sayılır katkılar sağlayacağını düşünmekteyiz.

Bu zaviyeden yola çıkarak hazırladığımız çalışma, Meşrutiyet'ten Cumhuriyet'e geçiş sürecinde yaşanan yoğun tartışma ortamında din-hukuk ilişkisi ve İslam hukuku alanında ileri sürülen bazı düşüncelere dikkat çekmeyi, yakla-

* Arş. Gör., Gazi Üniversitesi Çorum İlahiyat Fakültesi

şınlarını orijinal bulduğumuz iki hukukçunun görüşlerini tanıtmayı hedef alan didaktik nitelikli bir yazıdır. Gerek Mansurizade'nin gerek Seyyid Bey'in kendi eserlerinden hareketle özellikle İslam hukuk zihniyetinde değişme ve yenilenme konusundaki kanaatlerini ön plana çıkarmaya çalışacağız. Konuya bir giriş teşkil etmesi açısından II. Meşrutiyet dönemindeki din anlayışlarına, İslam hukuku ve İctihat müessesesi hakkındaki yaklaşımlara temas etmeyi faydalı buluyoruz.

II. Meşrutiyet Dönemi Tartışmalarında İslam Hukuku ve İctihada Yönelik Yaklaşımlar¹

II. Meşrutiyet dönemi, Osmanlı devletinin siyasi ve sosyal bütünlüğünün korunabilmesi için yoğun bir "imâl-i fikr" içine girildiği, ortaya konan düşüncelerin yayın organlarında büyük ölçüde seslendirilebildiği, renkli ve hararetili tartışmaların yaşandığı bir dönem olarak karşımıza çıkmaktadır.² Neredeyse XVIII. asrın başından itibaren yaşanan çağdaşlaşma süreci içerisinde çözüm bekleyen tüm problemler 1908 ile 1918 arasındaki on yıllık döneme sıkıştırılmıştı.³

II. Meşrutiyet hareketinin bir inkılap başlangıcı olarak değerlendirildiği Osmanlı aydınları arasında bu inkılabın sahası ve yönü konusunda ileri sürülen düşünceleri kalın çizgilerle Garpcılık (Baticılık), İslamcılık ve Türkçülük şeklinde üç kategoride incelemek Türk düşünce literatüründe hemen hemen bir gelenek halini almıştır.⁴ Ancak şahıslar düzeyinde monografik çalışmalar yapıldığı taktirde bu ayırımın çok genel çizgilerde olduğunu görmek, Türkçü-İslamcı, Türkçü-Garpcı, İslamcı-Garpcı ve Türkçü-İslamcı-Garpcı gibi fikir

-
- 1 Bu kısımda sosyal bilimcilerin ve tarihçilerin dönemle ilgili monografik çalışmalarındaki tesbitlerini veri olarak alacak, çerçeveyi belirlerken genellikle ikinci el kaynaklardan yararlanacağız.
 - 2 Bu konuda bkz. Ercüment Kuran, *Türkiye'nin Batılılaşması ve Milli Meseleler*, Ankara 1994, 104; Peyami Safa, *Türk İnkılabına Bakışlar*, Ankara 1988, 42.
 - 3 Niyazi Berkes, *Türkiye'de Çağdaşlaşma*, İstanbul 1978, 404, 419.
 - 4 Peyami Safa, 13 vd.; Berkes, 404; Recai Galib Okandan, *Amme Hukukumuzun Ana Hatları*, İstanbul 1968, 446-457; Hilmi Ziya Ülken, *Türkiye'de Çağdaş Düşünce Tarihi*, İstanbul 1992, 219.

kombineleriyle karşılaşmak mümkün olacaktır. Peyami Safa'nın ifadesiyle "Bu zümrelerin ve bu şahısların galip temayüllerine ve nâzım fikirlerine itibar edilirse her birine sadece Türkçü, sadece Garpcı, sadece İslamcı demek" imkan dahilindedir.⁵ İttihad-ı İslam hakkında en hacimli eserin Celal Nuri'nin kaleminden çıktığına, Abdullah Cevdet'in, Kılıçzade Hakkı'nın, Ziya Gökalp'in muhteva itibarıyla İslamcılarinkilerle rahatlıkla karşılaştırılabilecek dini-siyasi metinleri olduğuna dikkat çeken İsmail Kara, bu üç akıma mensup aydınların benzer taraflarının ağırlıklı olduğunu düşünmektedir.⁶ Ziya Gökalp'in her üç akımı Türkleşmek-İslamlaşmak-Muasırlaşmak adıyla telif ederek "muasır bir İslam Türklüğü ibda etmeye" çalışması⁷ bu akımların sahip olduğu ortak paydaya yapılan vurgunun bir dışavurumu olarak değerlendirilebilir. Bizi bu yazıda birinci derecede ilgilendiren husus "muhtemel bir yeniden yapılanma hareketi içinde İslam'ın yeri ne olacaktır?" sorusu hakkında hem Batıcı hem Türkçü hem de İslamcı aydınların kafa yormuş ve teklifler ileri sürmüş olmalarıdır. Bu teklifler Meşrutiyet dönemi aydınının zihnindeki "İslam anlayışlarının" ana hatlarıyla çerçevelerini çizmektedir.

İçtihad dergisi etrafında toplanan Batıcılar din aleyhinde bir tutum takınmamışlardı. Ancak mutaasip softalığa karşı sert bir tavır almışlardı. Karşı oldukları toplumda yerleşmiş gelenekselleşmiş din anlayışı idi. İçtihad Mecmuasında "Timsal-i Emel" müstear imzasıyla yayınlanan "Pek Uyanık Bir Uyku" başlıklı yazıda şu teklifleri görmekteyiz: Şeyhülislamlık yeni bir düzenlemeye tabi tutulacak, İçtihat kapısı tekrar açılacak, Kur'an ile Hadisler Türkçe'ye tercüme edilecek, Hutbeler Türkçe ve ihtiyac-ı asra göre okunacak, mezhepleri yeni bir mezhep içinde birleştirmek için çalışmalarda bulunulacak, evliyaya nezir yapılması men edilecek, üfürükçülük yasaklanacak, medreseler kapatılıp yerlerini batı tarzında eğitim veren kurumlar alacak.⁸ Görüldüğü gibi bu teklifler toplumda mevcut din anlayışını değiştirmeye yöneliktir. Batıcıların dinin hayatın her alanını kapsayacak şekilde genişlemesine karşı olduklarını görüyo-

5 Safa, 14.

6 İsmail Kara, *İslamcıların Siyasi Görüşleri*, İstanbul 1994, 9.

7 Ziya Gökalp, *Türkleşmek İslamlaşmak Muasırlaşmak*, İstanbul 1960, 10-11.

8 Bu yazının geniş bir özeti için bkz. Yusuf Hikmet Bayur, *Türk İnkılabı Tarihi*, cilt II/ kısım IV, Ankara 1991, 440-443.

ruz. Celal Nuri “Tarih-i Tedenniyat-ı Osmaniyye” adlı eserinde şunları söylemektedir: “Arapların devr-i istilasından sonra ulema-yı İslam diyaneti pek garip bir surette telakki etmişlerdir. Din her şeye teşmil edilmiş, muamelat-ı hususiye bile onun nüfuz-ı şedidi altında kalmıştır. Maatteessüf müteahhürin-i ulema, mütekaddimin kadar dini vâsi ve şumüllü bir manada anlayamamışlar; insanların saadeti için vaz u tedvin edilen mezhebi birçok yerlerde serbestiye engel diye ileri sürmüşlerdir.”⁹ Bu hatalı din anlayışının temsilcisi olarak görülen din adamları da batıcıların hışmından nasiplerini almışlardır. Kılıçzade Hakkı, İçtihad mecmuasının bir hafta kapanmasına neden olan “Sahte Softalığa ve Dervişliğe İlan-ı Harb” başlıklı yazısında halka şöyle seslenmektedir: “Halka diyeceğiz ki altıyüz seneden beri softaları, şeyhleri, dervişleri dinlediniz. Kazancınız hüsrandan ibaret kaldı. Bunu defaatle ve bilfiil tecrübe ettiniz. Şimdi biraz da softaların ve şeyhlerin dinsiz dedikleri hakikat-ı Kur’aniyye dindarlarını, ulum u fûnun ve efkar-ı ahrarane taraftarlarını dinleyiniz.”¹⁰ Bu örneklerden de anlaşılacağı gibi Batıcılar, bağnazlık ve hurafelerden uzak, hayatın her alanını kuşatma iddiasında olmayan bir din anlayışını benimsemektedirler.

İslamcılar ise ülkenin sosyal, siyasi, hukuki, ahlaki ve kültürel yapısını tamamen İslam esaslarına göre düzenleme yani topyekün bir İslamlaşma taraftarıydılar.¹¹ Hayatın her alanını kapsayan bir din anlayışına sahip İslamcılarının temel tezleri arasında, bilahare birer slogan halini alan, İslam dini ilerlemeye engel değildir, içtihat kapısı kapanmamalıdır, müslümanların çöküşü içtihadın durmasıyla başlamıştır, müslümanların geri kalmasının sebebi İslam dini değil İslam’ın yanlış yorumlanması, yanlış ananeler ve hurafelerdir¹² gibi hususlar yer almaktadır.

Sırat-ı Müstakim ve Sebilürreşad dergileri etrafında toplanan İslamcı yazarların üzerinde Muhammed Abduh ve Reşid Rıza’nın etkisinden bahsetmek

9 Bayur, 444.

10 Bayur, 447-448; Safa, 20.

11 Okandan, 450; Sait Halim Paşa, *Buhranlarımız*, İstanbul 1983, yayımlayan N. Ahmet Özalp, 149-150. İslamcılar Hakkında geniş bilgi için bkz. İsmail Kara, *Türkiye’de İslamcılık Düşüncesi*, İstanbul 1986, I, I-LXVII.

12 Safa, 36.

mümkündür. Bunların birçok yazıları tercüme edilerek yayınlanmıştır. Berkes'in "Sırat-ı Müstekım ve Sebilürreşad dergileri el-Menar'ın Türkiye'deki nüshaları gibidir"¹³ sözü mübalagalı olmakla beraber sözkonusu etkiyi ifade etmektedir. Sebilürreşad kadrosunda selefi düşüncenin etkisiyle "asr-ı saadete dönüş" motifinin etkili olduğunu söyleyebiliriz.¹⁴ Buna mukabil İttihat ve Terakki'nin sosyal ve siyasal konularda birtakım yenilikler yapabilmek için teorik destek sağlamak amacıyla oluşumuna katkıda bulunduğu İslam Mecmuası etrafında toplanan Ziya Gökalp, Şerafettin Yaltkaya, Halim Sabit gibi Türkçü yönü ağır basan yazarlar, dinin temel esaslarını göz önünde bulundurmakla beraber yeniliklere ve yeni yorumlara açık bir profil çizmekteydiler.¹⁵

Bu üç akımın ortak bir yönü de fitrî, akılî ve tabii bir din olarak gördükleri İslam'ın "icabat-ı asra muvafık bir şekilde" uygulanmasını sağlamak için içtihat müessesesine¹⁶ işlerlik kazandırılması gerektiği fikrinde birleşmeleridir. Ancak esas kritik safha burada başlamaktadır. İctihada işlerlik kazandırılması için klasik fıkıh ve usul literatüründeki metotların "yeniden" uygulanması yeterli midir? Yoksa bu literatürün kavramlarına eleştirel açıdan yaklaşarak "sosyolojik unsuru ağır basan yeni anlamlar yüklemek mi gereklidir?" Bu iki soru etrafında yaşanan tartışmalar entellektüel değerini bugün de koruyan bir düzeyde cereyan etmiştir.

Türkçülük hareketinin ideoloğu olan Ziya Gökalp, klasik fıkıhın kavramlarına mevcut İslam geleneğinin sınırlarını zorlayacak boyutta yeni muhtevalı anlamlar yüklemiştir. Gökalp'e göre fıkıh bir taraftan vahye diğer yonden içtimaiyyata istinat eder. Yani İslam şeriati hem ilahi hem içtimaidir. Fıkıhın nakli esasları mutlak ve değişmezdir. "Çünkü din nezihkar bir imanla inanıldığı zaman dindir, mutlak ve lâ yetegayyer olduğuna inanılmayan bir din dinlikten

13 Berkes, 535-536.

14 Mehmet Akif'in

Çiğnenmemek istiyorlarsa seylab-ı eyyama

Rucu etsinler artık Müslümanlar Sadr-ı İslama

(*Safahat*, M.E.Bakanlığı Yayınları, İstanbul 1996, 319) Mısraları bu anlayışın ifadesidir.

15 Bu oluşumun özellikleri ve İttihat ve Terakki ile ilgisi için bkz. Bayur, 374-397.

16 İctihadın mefhum ve tarihçesi için bkz. Hayreddin Karaman, *İslam Hukukunda İctihad*, İstanbul 1996.

çıkar.” Fıkıhın içtimai esasları ise toplumsal şekillerin ve bünyelerin değişimine bağlıdır.¹⁷ Bu şekilde fıkıhın “değişen” ve “değişmeyen” sahalarını ayıran Gökalp, “değişen” kısmın sınırlarını genişletmeye başlamıştır. Hanefi Fakihi Ebu Yusuf’a izafe ettiği “*örf ve nassın çatışması halinde, nass örften mütevellit ise örfe itibar edilir*”¹⁸ görüşünden hareket ederek “*Acaba dünyevi işlere ve içtimai hayata tealluk eden nassların hemen kâffesi örften mütevellittir denilemez mi?*” sorusunu gündeme getirmiştir.¹⁹ Bu suretle ibadet konularının dışındaki hükümleri tanzim eden nasslar için de değişim kapısı açılmış oluyordu. Toplumsal değişmelerin meşiyet-i ezeliyye tarafından belirlenmiş, ferdi iradede bağımsız ve ona hakim olan kanunlara (sünnet-i ilahiyye) göre belirlendiğini ileri süren Gökalp’e göre örf, nass gibi hakiki ve sarıh bir surette olmasa da mecazi itibarla ilahi bir mahiyeti haizdir.²⁰ Gökalp’in örfe yüklediği anlam ise “cemaatin ameli siret ve maişetinde tecelli eden içtimai vicdan”dır.²¹ İctihat da örfe intibak ihtiyacından doğmuştur.²² Böylece toplumsal değişmeleri ilahi iradeye bağlayan Gökalp, toplumun değişimi karşısında -nassa dayansa bile- hukuku değiştirmeyi meşru bir zemine oturtmuş oluyordu.

Fıkıhtaki değişimin teorik açıdan temellendirilmesi için fıkıhçılar ve sosyologların ortak çabalarıyla şekillenecek “İçtimai Usul-i Fıkıh” adlı bir discipline ihtiyaç olduğunu iddia eden Gökalp²³ yine bu tartışmalar çerçevesinde

17 Gökalp, *Fıkıh ve İçtimaiyyat, Makaleler VIII*, Hazırlayan Ferit Ragıp Tuncor, Ankara 1981, 18. Gökalp’in makalelerine yaptığımız atıflar bu esere yönelik olacaktır.

18 Gökalp, *İçtimai Usul-i Fıkıh*, a.g.e., 22. Ebu Yusuf’un görüşünün fıkıh literatüründeki yeri için bkz. İbnü’l-Hümmam, *Fethü’l-Kadir*, Beyrut 1986, VI, 157-158; İbn Abidin, *Neşru’l-Arf*, Mecmuatü Resail, II, 118 vd.; Ali Haydar, *Dürerü’l-Hükkam*, İstanbul 1330, I, 99; Ebu Sünne, *el-Urf ve’l-Âde fi Re’yi’l-Fukaha*, Mısır 1947, 62-63; Zerka, *el-Medhalü’l-Fıkhiyyü’l-Âmm*, Dimaşk 1969, II, 891; Kamil Miras, *Tecrid-i Sarıh Tercemesi ve Şerhi*, Ankara 1982, V, 118 vd. Bu görüşün çağdaş bir İslam hukukçusu tarafından anlam genişlemesine uğratılmış yorumu için bkz. Subhi Mahmasani, *Felsefetü’t-Teşri fi’l-İslam*, Beyrut 1961, 212-213. Çevirisi Subhi Mahmasani, *Hükümlerin Değişmesi İlkesi*, çev. Kaşif Hamdi Okur, Kur’an’ın Evrensel ve Tarihsel Okunuşu, derleyen Mevlüt Uyanık, Fecr Yayınları, Ankara 1997, 116-118.

19 Gökalp, *İçtimai Usul-i Fıkıh*, a.g.e., 24.

20 Gökalp, *İçtimai Usul-i Fıkıh*, a.g.e., 23-24. Bu ifadenin tahlili için bkz. Bayur, 388-389.

21 Gökalp, *Fıkıh ve İçtimaiyyat*, a.g.e., 17.

22 Gökalp, *İçtimai Usul-i Fıkıh*, a.g.e., 22.

23 Gökalp, *İçtimai Usul-i Fıkıh*, a.g.e., 21-24.

fıkhın “diyanet ve kaza” kavramlarını kullanarak yeni bir tasnif geliştirmiştir. Bu tasnif dini hükümleri yaptırımı uhrevi olan diyani hükümlerle, yaptırımı dünyevi olan kazaî hükümler olmak üzere ikiye ayırıyordu. Kazaî hükümleri hukuk kuralları anlamında kullanan Gökalp’e göre İslamiyet’te hukuk dini hükümlerden sayılsa da diyani hükümlerden sayılmamakta idi.²⁴

Gökalp’in bu çabaları kısa vadede Meşihatı yasama ve yargı erkinin dışında bırakarak bu yetkileri siyasi otoritenin elinde toplamayı hedefliyordu.²⁵ 1916 yılında bu yolda bazı düzenlemeler yapılmıştır. Berkes’e göre bu düzenlemelerle “Din devlette, eğitimde, yasadada, adliyede, maliyede, dünyasal yetkilerini yitiriyordu, yetkileri ve fonksiyonları Ziya Gökalp’in bulunduğu terimle *diyanet* alanına daraltılıyordu.” Cumhuriyet döneminde gerçekleşen Diyanet İşleri Başkanlığının yolu o zaman açılmıştır.²⁶ Nitekim Gökalp’in görüşlerinin uzun vadede din-hukuk ayrılığını gündeme getirmesi kaçınılmazdı. Bu hususu onun “devlet” adlı şiirinde görmek mümkündür.

İbadetle itikatta daima

Kitap ile sünnet benim rehberim;

Bu işlerde şüphem varsa mutlaka

Müftülerin fetvasını dinlerim.

Lakin hukuk dinden ayrı bir iştir.

Bırakılmış ülü'l-emre devlete

“Hukuk örfe uymayınca değişir,

Örfe uydur!” demiş Tanrı, millete.²⁷

Gökalp’in yaklaşım ve yorumlarının “tamamen subjektif ve İslam düşüncesinin esaslarıyla asla bağdaşmaz” bir karakter taşıdığını düşünenler olduğu gibi²⁸ Gökalp’i Arap modernistleri arasında görülmeyen ileri ve orijinal bir tezin sahibi olarak görenler,²⁹ onu Max Weber ve Goldziher ile kıyaslayanlar³⁰ olmuştur. Bizim için önemli olan husus Gökalp’in ortaya attığı fikirler etrafında eklenilen tartışmaların, İslam dünyasında uzun zamandır aktüel değerini yitirmiş olan İçtihadla ilgili konuları yeniden gündeme taşımasıydı. Bir taraf-

24 Gökalp, *İttihat ve Terakki Kongresi I*, a.g.e., 62-63.

25 Gökalp, *İttihat ve terakki Kongresi II*, a.g.e., 69-71; Berkes, 451-452.

26 Berkes, 452.

27 Gökalp, *Yeni Hayat/Doğru Yol*, Ankara 1976, 33.

28 Uriel Heyd, *Ziya Gökalp Türk Milliyetçiliğinin Temelleri*, çev. Cemil Meriç, İstanbul 1981, 63.

29 Ülken, 278.

30 Berkes, 434.

tan fıkıh geleneğini Gökalp'ten daha iyi bilen Halim Sabit gibi yazarların Gökalp'i destekleyen yazıları³¹ diğer yandan İzmirli'nin Gökalp'in görüşlerini tenkit eden yazıları İslam hukukunun kaynakları ve yorum metodlarıyla ilgili bir çok hususun tartışılmasını sağlamıştır.

İzmirli, Gökalp'in görüşlerini talebe-i ulumdan Iraklı A.K.'nin sorularına cevap teşkil edecek şekilde Sebülürreşad dergisinde neşrettiği yedi yazılık bir dizi ile eleştirerek reddetmiştir.³² İzmirli bu yazılarında tamamen klasik usul kitaplarındaki bilgileri dayanak olarak kullanmış, bir bakıma İslamcılarının bu konudaki yaklaşımını ortaya koymuştur. İzmirli'ye göre de usul alanında yenilik yapmak gereklidir. Ancak bu yenilenmenin çerçevesi oldukça sınırlıdır. *"Burada edille-i ahkam-ı şariat tamamıyla, aynıyla muhafaza edilecek, örf ve adet hakkında fukaha-i dinin dediğinden fazla bir şey denmeyecektir."* Klasik usul kurallarının dışına çıkmayı düşünmeyen İzmirli'nin gerekli gördüğü yenilik yalnızca örneklerin güncel hayattan ve yürürlükteki kanun maddelerinden seçilmesi, kanun maddelerinin usul kurallarına göre yorumlanmasından ibaretti.³³ İslamcı ekolün güçlü kalemlerinden şair Mehmet Akif;

*Yedi yüz yıllık eserlerle bu dinin hala,
İhtiyacını kabil mi telafi? Asla.
Doğrudan doğruya Kur'an'dan alıp ilhamı,
Asrın İdrakine söyletmeliyiz İslam'ı*

demesine rağmen sorunları çözmek için sayısız hadiselerle usul kurallarını tatbik edecek bir usul alimi arıyordu.³⁴ Gökalp gibi meseleye ulema sınıfının dışından çözüm önerenler Akif'e göre "bir alay -zimmi kadar nasibe-i fikhîyesi olmayan- ümmi" idiler. Akif;

31 Bu Tartışma ile ilgili metinlerin bir çoğunu Recep Şentürk *İslam Dünyasında Modernleşme ve Toplum Bilim* (İz Yayınları, İstanbul 1996) adlı çalışmasının ek kısmında yeni harflerle neşretmiştir. Bunlar arasında Halim Sabit'in *İçtimai Usul-i Fıkıh* (305-310), *Örf-Maruf* (322-325; 325-333) başlıklı yazıları oldukça yüksek düzeyde çalışmalardır.

32 Bu Metinlerin tümü için bkz Şentürk, a.g.e., 339-429; Bu tartışmalar için bkz. Abdülkadir Şener, *İçtimai Usul-i Fıkıh Tartışmaları*, A.Ü.İ.F. İslami İlimler Enstitüsü Dergisi, V, 231-247; Bayur, 389-391.

33 İzmirli, *İçtimai Usul-i Fıkıh İhtiyaç Var mı?*, Şentürk, a.g.e., 429.

34 *Safahat*, 419-420.

*Sabahleyin mütefelsif, ikindi üstü fakih;
Sular karardımı pek yosma bir edib-i nezih;
Yarın müverrih, öbür gün siyasetin kurdu.
Bakarsın: Ertesi gün İctihada pey vurdu...
Hulasa bukalemun fitratında züppelerin
Elinde maskara olduk... Deyin de hüküm verin!*

mısraları ile Gökalp ve çevresini hedef almıştı.³⁵

Bu tartışmaların yaşanmasında içtihat müessesesine işlerlik kazandırılmak istendiği zaman dilimi ile usul literatürünün içtihadı düzenleyen hükümlerinin ortaya konduğu zaman dilimi arasındaki mesafenin etkisi olduğu kadar, fıkıh usulünün karakterinin de etkisi olduğunu söylemek mümkündür. Bilindiği gibi hicri ilk üç asırdaki müçtehit İslam hukukçularının yoğun mesaisi ile İslam hukuk doktrininin ana omurgası oluşmuştur. Başta sahabe kuşağı olmak üzere bu devir hukukçuları nassları yalnızca literal olarak değil, teleolojik ve sitematik açıdan da yorumlamışlardır. Akıl yürütme metodu olarak kıyasla sınırlı kalmamışlar, daha sonra istihsan ve istislah adıyla terimleşen diğer “rey” çeşitlerini de azami ölçüde kullanmışlar, örf, adet, hacet, zaruret gibi unsurlara da ehemmiyet vermişlerdir.³⁶ Fıkıh usulünün bir doktrin olarak olgunlaştığı dönem, mutlak içtihat hareketinin hızının kesildiği, hicri IV. asır ve daha sonraki zaman dilimine rastlamaktadır.³⁷ Usulün fonksiyonu da mevcut doktrinindeki

35 *Safahat*, 284. Bu husus için bkz. Emin Erişirgil, *İslamcı Bir Şairin Romanı*, İş Bankası Yayınları, Ankara 1986, 210 vd.

36 Bu konuda bkz Muhammed Ali Sayis, *Neşetü'l-Fikhi'l-İctihadi ve Ertaruh*, (y.y.) 1970, 37

37 Yaklaşık olarak hicri IV. asırda mutlak içtihat hareketinin etkisini yitirdiği ve taklid dönemi olarak nitelenen sürecin başladığı şeklinde yerleşmiş bir kanaat vardır. bkz. Joseph Schacht, *İslam Hukukuna Giriş*, çev. M. Dağ-A. Şener, Ankara 1986, 79; Abdülvehhab Hallaf, *Hulasatu Tarihi't-Teşri*, İstanbul (t.y.), 339-340; Karaman, *İslam Hukukunda İctihad*, 159. Buna mukabil Wael b. Hallaq'ın temel tezine göre IV. asırdan sonra hukuktaki yaratıcı faaliyet ve gelişme mezheplerin bünyesinde *furû fıkıh* sahasında sürmüştür. Bu yaygın kanaatin Hallaq merkezli kritiği için bkz. Osman Taştan, *İctihat Sorunu Üzerine Bir Literatür İncelemesi*, İslâmiyât, c1, s2 (temmuz-eylül 1998), 73-91. Fıkıh usulü ise tekamül sürecini hicri V. asırda tamamlamıştır. Taha Cabir el-Alvani, *Usulü'l-Fıkh Menhecü Bahs ve Marifeti'l-Fikhi'l-İslami*, İslam: Source and Purpose of Knowledge, Virginia 1988, 257.

görüşlerin temellendirilebilmesi ve savunulması noktasında olmuş, usul kuralları hukukun gelişmesine katkıda bulunmaktan ziyade mezheplerarası tartışmaların yapıldığı münazaralarda kullanılmıştır.³⁸ Fıkıh usulü hukukun nassların metnine dayandığı ön kabulüyle hareket ettiği için³⁹ literal yorumun ayrıntılarıyla ilgilenmiş, muteber bir akıl yürütme metodu olarak, hükmü metne ırcain dolaylı bir şekli olan, kıyası ön plana çıkartmıştır.⁴⁰ İlk devir hukuçularının geniş çapta kullandıkları “istihsan” ve “ıstıslah” gibi gai yoruma ağırlık veren unsurlar usulcülerin çoğu tarafından “merdud” ya da “muhtelefun fih” kategorilerinde incelenmiştir.⁴¹ Bu iki konuda fıkıhın pratiği ile usulün teorisi birbiriyle çelişmiştir.⁴²

Taklid döneminde fıkhıdaki teşri faaliyeti, usulün statik yapısına karşın mezheplerin bünyesinde furû fıkıh alanında sürmüştür.⁴³ Karşılaşılan problem-

38 Taklid döneminde usulün fonksiyonu için bkz Ebu Zehra, *Usulü'l-Fıkh*, İstanbul (t.y.), 18 Ayrıca bkz. Hayreddin Karaman, *Fıkıhta Gelenek ve Yenileşme*, İslam Gelenek ve Yenileşme, İstanbul 1996, 38; Ali Bardakoğlu, a.g. tebliğin müzakeresi, a.g.e., 43.

39 Bu husus Şehristani tarafından belirgin biçimde dile getirilmiştir. İçtihadın gerekliliğine dikkat çeken Şehristani, içtihadın nassa dayanmadan (mürsel) yapılamayacağını, mürsel kıyasın farklı bir şeriat olduğunu, hükümleri vaz eden Allah olduğu halde nassa dayanmaksızın hüküm istinbat etmenin apayrı bir hukuk vaz etmek anlamına geldiğini ifade etmiş, müçtehidin dört delilin dışına çıkmaması gerektiğini vurgulamıştır. *El-müel ve'n-Nihal*, Beyrut 1992, I, 210; Nuh b. Mustafa, *Terceme-i Milal ve Nihal*, Dersaadet 1304, 206 (*Merahu'l-Meali* kenarında)

40 Usulün literal yoruma ağırlık verdiğine Karafi (684/1285) dikkat çekmiştir. Karafi'ye göre İslam hukuku'nun usul kısmı ikiye ayrılır. Birincisi fıkıh usulüdür. Bu genel olarak lafızlardan dil açısından hüküm elde etme kuralları ile bu kurullarla alakalı konuları inceler. Bu ilim dil bahislerinin haricinde kıyasın ve ahad haberin hukuk kaynağı oluşunun temellendirilmesi, müçtehitlerin nitelikleri gibi birkaç konuyla da ilgilenir. Usulün ikinci kısmı hukukun uygulanması açısından çok önemli olan temel prensiplerdir ki fıkıh usulünde bunlara yeterince yer verilmemiştir. Oysa bir hukukçunun nosyonu bu kurullara hakimiyeti oranında yetkindir. Karafi bu boşluğu doldurmak için *el-Furuk* adlı eserini kaleme almıştır. Bkz. *el-Furuk*, Beyrut (t.y.), I, 2-3.

41 Bir örnek olmak üzere İbnü's-Sübkî *el-İbhac fi Şehi'l-Minhac* (Beyrut 1995) adlı eserinde istihsanı “merdud” (III, 188) mürsel maslahatı “ihtilafı” (III, 177-178) deliller arasında incelemiştir.

42 Seyyid Bey, *Usul-i Fıkıh Derleri*, Dersaadet 1338, 275; Muhammed Mustafa Şelebi, *Talilü'l-Ahkam*, Beyrut 1981, 360.

43 Hallaf, 342 vd.; Schacht, 82. Bu dönemde sosyal yapıdaki değişiklikler, örfün değişmesi, zaruret vb. mülâhazalarla mezhebin kurucusunun görüşlerine aykırı fetvalar verilmişse de bu ameliyenin mezhepten çıkmak anlamına gelmediği vurgulanmıştır. Bu

lere önceki hukukçuların görüşleri “tahriç”⁴⁴ metoduyla yorumlanarak çözüm getirilmeye çalışılmıştır. İslam dünyasında müçtehit imamlar döneminden modernleşme dönemine kadar sosyal değişme çok yavaş seyrettiği için mevcut doktrin ve tahriç metodu karşılaşılan problemlerin aşılmasında yeterli olmuş, bir hukuk buhranı yaşanmamıştır.⁴⁵ Ancak modernleşme süreci ile karşı karşıya kalan İslam dünyasının hukuki problemlerini çözmede mevcut fıkıh literatürü yetersiz kalmıştır. Bu durumda içtihad işlerlik kazandırılması gündeme gelmiştir. İlk devir hukukçularının içtihad metodlarını dahi tam olarak yansıtmayan usul literatürünün lafzi yorum ağırlıklı kurallarına dayalı bir içtihad pek başarılı olamazdı. Şekli benzerlikten hareketle, yeni karşılaşılan sorunları klasik fıkıhın tikel meselelerine kıyas etmek, aynı “anlam evreni” içerisinde tikel

anlayış “Eğer mezhebin kurucusu bu dönemde yaşasaydı ya da bu şartlar kendi döneminde mevcut olsaydı, bizimle aynı kannati paylaşırdı.” argümanıyla temellendirilmiştir. bkz. İbn Abidin, *Şerhu Ukudi Resmî'l-Müfti*, Mecmuatü Resail, I, 44-45.

- 44 Tahriç, başta mezhebin imamı olmak üzere önceki fukahanın görüşlerini, ortaya koydukları fıkhi kuralları yorumlayarak problemlere çözüm bulmaktır. İctihatla arasındaki temel fark hüküm istinbatı için içtihadta nasslara tahriçte ise doktrine yönelmesidir. Bu kavram için bkz. Seyyid Bey, *Medhal*, İstanbul 1333, 257 vd. Fiati ödeme yapıldığı zaman kesinleşmek üzere veresiye alışveriş yapmak (beyu'l-isticrar) (İbn Abidin, *Reddü'l-Muhtar*, Beyrut 1987, IV, 12), Dirhemlerin vezin itibarıyla değil sayı itibarıyla ödünç verilmesi (Sadi çelebi, *İnaye Haşiyesi*, Beyrut 1986, VI, 157; İbn Abidin, IV, 182) Para vakıfları (Ebussuud Efendi, *Risale Müteallika li'l-Evkaf*, İkdam Matbaası, İstanbul 1326, 435-573. *Şerhu Şirati'l-İslam* kenarında), İcareteynli vakıflar (Ömer Hilmi, *İthafü'l-Ahlafe Ahkami'l-Evkaf*, Ankara 1977, 54 vd.) gibi uygulamalar taklid dönemi hukukçularının tahriç metoduyla çözdükleri meselelerdendir.
- 45 Erol Güngör, *İslam'ın Bugünkü Meseleleri*, İstanbul 1987, 100-101; Cabiri, *Vichetü Nazar*, Beyrut 1992, 54. Esasen şeriatların gelişiminin son peygamber Hz. Muhammed'le sona erdiğini, bundan sonraki aşamanın kıyametin kopması olduğunu düşünen ulema (Şehristani, *Nihayetü'l-İkdam*, 503), muhtemelen sosyal hayatta pek büyük bir değişimin yaşanmasını beklemiyordu. Nasslardan hüküm istinbatına dayanan içtihad türlerinin ortadan kalkabileceğini savunan Şatıbi'nin şu ifadeleri bu durumu belirginleştirmektedir: “Geçmişte örneği görülmemiş yeni olaylar, çözüme kavuşturulmuş meselelere nisbetle azdır. Bu da önceki ulemanın içtihad ve incelemelerinin genişliğinden kaynaklanmaktadır. Geçmişteki meselelerde onları taklid etmek mümkündür zira onların çözdüğü meseleler şeriatın büyük bölümünü oluşturmaktadır. Bazı cüzi meselelerin çözümsüz kalmasıyla da şeriatın kökü kazanmaz.” (*el-Muvafakat*, Beyrut t. y., IV, 105) Ancak modern dönemlere gelindikçe geçmişte çözülmüş meselelerin bir kısmının karşılığı kalmamış, çözümlenmemiş meseleler ise ağırlık kazanmıştır.

meselelere çözüm getirebilecek kapasitede olan kıyasın⁴⁶ sınırlarını oldukça zorlamakta “Kıyas mea’l-Farık”lar ortaya çıkarmaktaydı.⁴⁷

Bu dönemlerde yeni bir hukuk arayışı İslam dünyasıyla sınırlı değildi. Batıda da 19. yy’ın sonlarında ve 20. yy’ın başlarında statik bir hukuk anlayışını temsil eden ekollere karşı, sanayi devrimi neticesinde sosyal hayatta ortaya çıkan ihtiyaçları karşılayabilecek, hayatla ilişkisi daha kuvvetli bir hukuk anlayışını savunan Serbest Hukuk Ekolü, Serbest İlmi araştırmalar Ekolü, Sosyolojik Hukuk İlmi Ekolü ortaya çıkmıştır. Bu cereyanların genel gelişimi de “hukuk biliminde sosyolojik isyan” olarak adlandırılmıştır.⁴⁸ Bu gelişmelerle eş zamanlı olarak İslam aleminde kıyas ağırlıklı klasik içtihadın yerine maslahat eksenli, somut durumlara tatbik edilebilecek esnekliğe sahip genel ilkelere dayalı bir içtihat metodu arayışları görülmeye başlanmıştır.

Bu arayış ortamı içerisinde Necmüdin et-Tufi’nin, Cemalüdin el-Kasımı tarafından “*Risale fi’l-Masalihi’l-Mürsele*” başlığı altında neşredilen eseri büyük ölçüde ilgi gördü. Tufi bu eserinde ibadet konularında ve sınırları nassla belirlenen miktarlarda (mukadderat) nass ve icmayı, muamelat konusunda ise maslahatı esas almayı öneriyordu.⁴⁹ Gökalp’e karşı klasik usul kurallarını müdafaa eden İzmirli bile, Tufi’nin görüşlerini özetledikten sonra “Necmüddin Tufi’nin zikrolunan akvali pek çok mesail-i müşkilenin hallini teshil eder” demektedir.⁵⁰ Kendilerine fıkıh külliyatından destek bulan Osmanlı aydınının rahatlığını Şerafeddin Yaltkaya’nın şu sözlerinde görebiliriz. “Necmüddin Tufi vesaire gibi bazı fukaha nususun bile örfe müstenit olduğu yerlerde örfün hakimiyetini

46 Kıyasın fonksiyonu için bkz Cabiri, *Vichetü Nazar*, 54; Hasan et-Turabi, *Tecdidü Usulü’l-Fıkhî’l-İslami*, Hartum 1980, 23.

47 Bu kavram için bkz. Zekiyyüddin Şaban, *Usulü’l-Fıkhî’l-İslami*, Bingazi 1995, 134. Kıyasın modern dönemin problemlerinin çözümü için pek elverişli olmadığı hususunda bkz Hamza Aktan, *Çağdaşlaşma Sürecinde İslami Hukuku*, İslam ve Modernleşme, İstanbul 1997, 172-174.

48 Hamide Topçuoğlu, *Hukuk Sosyolojisi*, 1973-1977 yılları Ders Takrirleri, Ankara 1977, 13; Ülker Gürkan, *Sosyolojik Hukuk İlmi*, Ankara 1961, 5.

49 Tufi’nin görüşlerinin değerlendirilmesi ve eserinin Kasımı neşrine dayalı çevirisi için bkz. Necmüddin et-Tufi, *Nass ve Maslahat*, takdim ve çeviri Kaşif Hamdi Okur, *Kur’an’ın Evrensel ve Tarihsel Okunması*, derleyen Mevlüt Uyanık, Fecr Yayınları, Ankara 1997, 219-246.

50 İzmirli, *İlm-i Hilaf*, Dersaadet 1330, 100-105.

kabul etmektedirler...Ekabiri fukaha pek güzel esaslar vaz etmiş ise de şeriat-ı İslamiyye maatteessüf bir takım *mütefakkaha* elinde elfaz dairesine alınmış olduğundan bu mebahisin yazılmasına luzum-i kati hiss olunmaktadır.”⁵¹ Böylece klasik usulün pek itibar etmediği maslahat prensibi anlam genişlemesine uğrayarak yeniden gündeme geliyordu.

Hukuki değişmeye meşruiyet kazandırmak amacıyla anlam genişlemesine uğratılan kurallardan birisi de “ezmanın tegayyürü ile ahkâmın tebeddülü inkar olunamaz” kuralıdır. Bu kural hakkında klasik fıkıhçıların izahları⁵² ile Celal Nuri'nin yorumları⁵³ karşılaştırılacak olursa yapılan ameliyenin boyutu daha iyi anlaşılır. Meşrutiyet dönemi aydınları hukuki değişimin gereğini yine İslam kültürünün argümanlarını kullanarak ispatlamaya çalışıyorlardı. Bu süreç içerisinde Mansurizade Said ile Seyid Bey gibi iki hukukçunun yaklaşımları oldukça dikkat çekicidir. Birincisinin hukuk, ikincisinin fıkıh metodolojisi ağırlıklı yorumlarının incelenmesini, günümüzde de aktüalitesini muhafaza eden, akademik platformda tartışılan problemlere ışık tutmaları bakımından faydalı bulmaktayız.

Mansurizade Said (1864-1923)⁵⁴

Hukukun değişimi problemini, o günün şartları içerisinde orijinal diyebileceğimiz bir tarzda, din-hukuk ilişkisi üzerine oturtan Mansurizade Said öncelikle aile hukuku ile ilgili tartışmalar çerçevesinde kaleme aldığı “Teaddüdü Zevcat İslam'da Men Olunabilir”⁵⁵ başlıklı yazısı ile dikkatleri çekmiştir. Said konuya teaddüdü zevcatın dindeki konumunu belirleyerek yaklaşır. “Teaddüdü Zevcat Şeriatı İslamiyyede hakkında emr ve nehy-i şer'i varit olmamış, (fenki-

51 İslam Mecmuası, c1, s12 (1330-1332), 360.

52 Güzelhisari, *Menafiu'd-Dekaik*, İstanbul 1288, 328; Ali Haydar, *Dürer*, I, 101-102.

53 Bkz Mehmed Said Hatiboğlu, *İslâm'ın Aktüel Değeri Üzerine*, İslamî Araştırmalar, c1, s1 (Temmuz 1986), 12-13.

54 Hayatı hakkında bkz. Neşet çağatay, *Güncel Konular Üzerine Makaleler*, Ankara 1994, 247-248. Abdullah Kahraman, Şeriat ve Kanun adlı makaleye yazdığı sunuş kısmı, *İslamiyat*, c.1, s.4, Ekim-Aralık 1998, 239-241. Mansurizade'nin çalışmalarına ulaşmamı sağlayan sayın Ahmet Ünsal'a teşekkür ederim.

55 İslam mecmuası, c1, s8 (1330-1332), 233-238.

hu...ruba') ayeti celilelesi ile cevazı beyan edilmiş bir emr-i caizden başka bir şey değildir."⁵⁶ "Emir ve nehiy varit olmamış caiz olan şeylerin kâffesinde ülü'l-emr'in, emir ve nehyetmeye kabil ve tahdit olunamayan selahiyet-i vasiası vardır."⁵⁷ Teaddüdü zevcatı dinen zorunlu ya da yasak olmayan cevaz kategorisine yerleştiren ve bu kategoride kamu otoritesini bağlayıcı ve sınırlandırıcı tasarruf yetkisine vurgu yapan Said, aile hukukunun diğer sahalarında aynı çerçevede düşünmektedir. "Nikah da talak da böyledir. Teaddüdü zevcat gibi haklarında emir ve nehy-i şer'i varit olmamış yalnız cevazı beyan edilmiş binanaleyh onların hakkında da vicdanı umumiye millete muvafık ahkam ve kavanin vaz etmeye ülü'l-emrin nazarı şeriatta selihiyeti taammesi olduğu her türlü şek ve şüpheden azadedir."⁵⁸

Mecelle'nin eksik bıraktığı aile hukukunun bir kodifikasyonla düzenlemek, II. Meşrutiyet döneminde kaçınılmaz hale gelmişti. Bu boşluk Hukuk-ı Aile Kararnamesi ile doldurulmaya çalışıldı.⁵⁹ Kanunu hazırlamakla görevli olan komisyonda yer alan Said⁶⁰ bahsettiğimiz yazısıyla kodifikasyon sırasında yasama gücünün manevra kabiliyetini genişletebilmek için kamuoyu oluşturmaya çalışıyordu. Said poligaminin yasaklamasını kanun metnine aynen aksettirememiş ise de Kararnamenin 38. maddesiyle kadına evlenirken monogom olma şartı getirme yetkisi tanımıştır.⁶¹

Said çok evlilikle ilgili yazısında konuyu iki esasa dayandırmıştı: Cevazın dindeki konumu ve kamu otoritesinin bu alandaki tasarruf yetkisi. Daha sonra her iki husus hakkında müstakil yazılar kaleme almıştır. "Cevazın Ahkam-ı Şeriyeden Olmadığına Dair"⁶² başlıklı yazısında cevazı zorunluluk ya da ya-

56 A.g.m., 237.

57 A.g.m., 236.

58 A.g.m., 238.

59 Kararnamenin hazırlanışına etki eden faktörler için bkz Mehmet Akif Aydın, *İslam-Osmanlı Aile Hukuku*, İstanbul 1985, 154-162.

60 Aydın, 163.

61 Sabri Şakir Ansay, *Eski Aile Hukukumuza Bir Nazar*, Ankara 1952, 27-28; Aydın, 179-180. Mansurizadenin bu görüşü başta Ahmed Naim olmak üzere bir çok yazardan tepki almış, bu konuda karşılıklı yazışmalar olmuştur. Bu konudaki yazıların biliyografyası için bkz. Y.Karayalçın-A.Mumcu, *Türk Hukuk Bibliyografyası*, Ankara 1972, 50-51.

62 İslam Mecmuası, c1, s10 (1330-1332), 295-303.

sağın olmaması şeklinde tarif ediyor. “Bir şey hakkında caiz denilirse vücut ve hurmeti yok manasından başka bir şey ifade etmez.”⁶³ “Mesela seyahat etmek caizdir demek, seyahat hakkında ne vücut ne hurmet hükmü lahık olmamıştır, seyahatin vücut ve hurmeti yoktur demektir.”⁶⁴ Said’e göre cevaz konusu oldukça önemlidir. Hanefi ve Şafii fakihlerinin bir kısmı cevazın şeriat hükümlerinden olmadığını savunmuşlarsa da fukahanın hemen hemen tamamı cevazın şeriat hükümleri arasında yer aldığı içtihadında bulunmuşlardır. Bu içtihatlarıyla da “bütün ef’al ve hareketleri şeriatın daire-i şümülüne, taht-ı hüküm ve tesirine idhal etmişlerdir.”⁶⁵ Bu hatalı içtihadın dolayı sınırlı bir daireye inhisar eden şeriat bütün fiil ve hareketlerimizi kapsayacak derecede genişlemiştir. Bundan dolayı herşeyin cevazı hakkında şer’i bir delil aranmakta, delil bulunamayan hususlarda ise “yasak (hatar) ibaha üzerine tercih olunur” “şüpheyi düşülürse haramlık (hurmet) cevaz ve ibahaya galebe eder” gibi kurallara dayanarak yasak hükmü verilmektedir. Doğal olarak caiz olduğuna dair açıkça nakil bulunamayan her yeniliğe karşı red ve inkarla mukabele ediliyordu.⁶⁶

Şerafettin Yalıtıkaya da Saidi desteklemek amacıyla kalem aldığı yazısında caiz olanları şer’i hükümler kategorisinde görmek “sû-i telakkisi” neticesinde tarih ve coğrafya öğretmenin caiz olup olmadığı hakkında Buhara’dan makam-ı hilafete başvurularak fetva istendiğini, camilerin elektrikle aydınlatılması gibi basit bir meseleyi bile bazılarının içine sindirememesinde aynı anlayıştan kaynaklandığını ifade etmiştir.⁶⁷ Şerafettin’e göre “umur-ı mübahanın ahkam-ı şeriatından olmadığı” anlaşıldıktan sonra gereksiz fetva vermek ve fetva istemek ortadan kalkacak, artık fesat kaynağı halini almış bazı caiz olan şeyler hakkında kamu gücü çağın gereklerine göre tasarruf yetkisini elde etmiş olacak, şeriat kıl ü kal den kurtulacak ve hayat yolları genişleyecektir.⁶⁸ Görülüyor ki Saidin başını çektiği bu görüş dinin doğrudan denetiminde olan alanı

63 A.g.m., 298.

64 A.g.m., 299.

65 A.g.m., 295.

66 A.g.m., 301.

67 İslam Mecmuası, c1, s12 (1330-1332), 358.

68 A.g.m., 360.

“zorunlu” ve “yasak” olan hükümlerle sınırlamakta bu alanın dışının düzenlenmesinde çağın gereklerine kamu otoritesine inisiyatif tanımaktadır.⁶⁹

Mansurizade kamu otoritesinin cevaz alanını düzenlemesini “Kanun ve Şeriat” başlıklı iki yazısında ele almıştır.⁷⁰ Said şeriat ve kanun konusunu inceleyen diyani hükümler ve kazai hükümler arasındaki ilişkiye dikkat çeker. Bu iki kategori arasında maksat ve gaye itibarıyla hiçbir fark yoktur. Aralarındaki fark, kazai hükümler dışı yansıyan hususlarla ilgili olduğu için hukuk sahasına girmekte, diyani hükümler ise dışı yansımayan hususlarla ilgili oldukları için hukuk sahasına girmemektedir.⁷¹ Fıkıh literatüründe kamu otoritesinin kazai hükümler sahasında tasarruf ederek bunların bazılarını kanunlaştırabileceği ifade edilmiştir.⁷² Bu durumda “Demek oluyor ki kanun başka şeriat başkadır. Çünkü kanun şeriatta dahil olan ahkam-ı diyaniyyeyi ihtiva etmez ve şeriatın bilimum ahkam-ı kazaiyyesinide ihtiva etmesi gerekmez. Şu halde kanun şeriatın aynı değildir. Hatta kanun bütün ahkamı şeriatın aynen ahz ve iktibas olursa dahi yine şeriat demek olmayıp kanun ancak emr-i ülü’l-emrden (kamu otoritesinin iradesi) ibarettir. Bundan başka bir mahiyeti haiz olamaz ve katiyyen kanuna şeriat, şeriata da kanun denilemez. Fakat kanun şeriata muvafıktır veya muhaliftir denilebilir. Binaenaleyh şeriatın kanuna muvafakat ve muhalefeti meselesini mevzu bahs etmek iktiza eder. Kanunu şeriata muvafakat ve muhalefeti kanuna derc olunacak ahkâmın aynen şeriatın ahz u iktibas olunması veya olunmaması itibarıyla mıdır? Yoksa diğer suretle midir? Bunu tayin etmek lazım gelir. İşte şeriat-ı islamiyye kanunun yani emr-i ülü’l-emrin şeriata muvafakat ve muhalefetinin ne demek olduğunu izah etmek maksadıyla (caizde ülü’l-emrin hakk-ı tasarrufu vardır, şeriatın men etmediği şeyleri men edebilir) düsturunu vaz ediyor (ülü’l-emir şeriatın men ettiği şeyi emrederse şeriata muhalif ve fakat men etmediğini men edecek olursa şeriata muvafıktır) demek istiyor.”⁷³

69 Bu hususta değerlendirme için bkz berkes, 442.

70 D.Fünun Hukuk Fakültesi Mecmuası, c1, s6 (1332-1334), 530-535; Aynı Mecmua, c2, s8 (1332-1334), 602-606. Bu makaleler Abdullah Kahraman tarafından yeni harflerle neşredilmiştir. Bkz İslâmiyât, c1, s4 (ekim-aralık 1988), 239-251.

71 A.g.m., 531.

72 A.g.m., 532.

73 A.g.m..532.

Mansurizade “şeriatın men etmediğini men etmek şer’an caizdir. Şer’an caiz olmayan ancak şeriatın men ettiği şeyi emretmektir” iddiasını teyid sadedinde Hz. Ömer’in şu uygulamasını nakleder. “Hz. Ömer kadınların şerefen, neseben kendilerine küfüv (denk) olmayan erkeklerle nikahlarını men edeceğim buyurmuştur. Bu ise saltanatın nikahlarda yed-i tasarruf ve velayeti olduğunu bildirir. Çünkü Hz. Ömer yasağı şeriata değil kendi nefesine muzaf kılıyor, şeriat men etmemiş olduğu halde ben men edeceğim demek istiyor. Bu da saltanatın (nikahta) velayet-i ammesinden başka bir şey değildir.”⁷⁴ Said bu örnekle kamu otoritesinin aile hukuku sahasında yapacağı düzenlemelere teorik destek sağlamış oluyordu.

Şeriat ve kanun başlıklı ikinci yazısında⁷⁵ bu iki kavram arasındaki ilişkiyi kendi bakış açısından net bir şekilde ifade eder. “Şeriat Cenab-ı Hak tarafından vaz olunan ahkam-ı diniyyedir. Kanun ülü’l-emr tarafından vaz olunan ahkamdır. Her hükümet kanunlarını kendi tanzim etmek ihtiyacıdadır. Bu, hükümetlerin bir hakk-ı tabiisidir ve bir emr-i zaruridir. Kanunsuz idare-i hükümet kabil olamaz. Gerek Cenab-ı Peygamber ve gerek hülefay-ı raşidin icabında kendi kanunları ile idare-i hükümet ettiler. Çünkü yalnız din ve şeriat ile iktifa edemezlerdi. Din ve şeriat onları bile kanun vaz etmekten müstağni kılmamıştır. Din ve şeriat başka kanun başkadır. Bunların mevkiileri başka olduğu gibi gayeleri de başkadır. Ne şeriat kanun vazifesini tamamen ifa edebilir ne de kanun şeriat derecesine irtika eder. İşte bundan dolayı şeriat-ı islamiyye de (caizde ülü’l-emr hakkı tasarrufu vardır. Şeriatın men etmediğini ülü’l-emr men edebilir.) diye alelittlak kanun vaz etmek selahiyetinden bahsetmiştir. Bu da hiçbir veçhile şeriata münafi bir hal değildir. Hülefay-ı Raşidin ve hatta Hz. Peygamber bu esas dairesinde kanun vaz etmişler iken fukaha bu meselede zühul eylemişlerdir.” Bu konuyu aydınlatmak için müellefe-i kuluba zekat verilmesi meselesini incelemek yeterlidir.⁷⁶

74 A.g.m., 535. Krş. Serahsi, *el-Mebcut*, IV, 196. Serahsi’nin metninde parantez içindeki kısım yoktur. Mansurizade naklettiği metnin sonundaki “vâv” harfini zuhülen farketmeyerek alıntıda ve tercümede hata yapmıştır.

75 D.F.H.F.M, c2, s8 (1332-1334), 601-606)

76 A.g.m., 601.

Mansurizadeye göre zekatın (9/60) ayetinde zikredilen sekiz sınıftan herhangi birine verilmesi caizdir. Dolayısıyla müellefe-i kulub hakkında şeriatın hükmü cevazdan ibarettir.⁷⁷ “Hz. Peygamber veliyyü'l-emr olmak itibarıyla cevazda tasarruf ederek şer'an caiz olanı emretmiş ve bir kanun vaz eylemişti. İşte bundan dolayı asr-ı saadette müellefe-i kuluba zekat vermek şer'an caiz fakat kanunen vacib idi.⁷⁸ Hz. Ebubekir zamanı hilafetinde ise bu bütçe tebeddül etti. Müellefe-i kulub bütçeden ihraç olundu. Artık müellefe-i kuluba zekat vermek şer'an caiz lakin kanunen memnû olmuş oldu.⁷⁹ Şüphe yoktur ki bu da şeriat değil belki Hz. Peygamber'in bütçe kanunu gibi bir kanun idi. Fakat bu kanun da evvelkisi gibi şeriata muvafıktır. Çünkü her ikisinde cevazda tasarruf edip biri şer'an caiz olanı emretmiş, diğeri men eylemiştir.⁸⁰

Hz. Ömer'in bu uygulaması kanun olarak değil de şeriat olarak değerlendirilirse bu usul açısından ciddi problemler doğuracaktır.⁸¹ Bu taktirde nesh problemi söz konusu olur ve “Hz. Ömer'in içtihadı üzerine hâdis olmuş olan bir memnûiyet ile ayeti celile mensuhdur.” demeyi gerektirir. Bu ise “icma ve içtihat ile nesh caiz değildir” ve “Mevrid-i nassda içtihadı mesağ yoktur” gibi usul-i fikhın en temel kurallarını muhalefet etmek demektir.⁸² Kimileri konuyu “illetin sukutuyla hüküm sakıt olmuştur” diye geçiştirmek isteseler de bunu söylemek “illetin sukutuyla hüküm nesh edilmiştir” demekten başka bir şey değildir⁸³. Çünkü bu ifade “illetin sukutuna dair Hz. Ömer'in içtihadı ile veya bu içtihat üzerine vuku bulan icma ile hüküm sakıt olmuştur yani nesh edilmiştir” anlamına gelmektedir.⁸⁴ Buna mukabil Hz. Ömer'in uygulaması kanun kabul edilirse bu gibi itirazların tasvirine mahal ve imkan kalmaz.⁸⁵ Mansuri-

77 A.g.m., 602.

78 A.g.m., 602-603.

79 A.g.m., 603.

80 A.g.m., 603.

81 A.g.m., 603.

82 A.g.m., 604.

83 A.g.m., 605. Ünlü Hanefi hukukçusu İbnü'l-Hümmam da bu görüştedir: “Bu yorumun nesh iddiasını ortadan kaldırmayacağı açık seçik görülmektedir. Çünkü müellefe-i kuluba zekat vermenin mübah olması yürürlükte olan şeri bir hükümdür ve bilahare kaldırılmıştır.” *Fethü'l-Kadir*, II, 201-202.

84 A.g.m., 606.

85 A.g.m., 604.

zade bu ifadeleriyle Hz. Ömer'in uygulamasını teolojik bakış açısı ağırlıklı usül kurallarıyla⁸⁶ izah etmeye çalışmanın sıkıntılarına dikkat çekmiş, konuya hukukçu bakış açısıyla yaklaşmanın gereğini vurgulamış oluyordu.

Kanunlaştırma ve metodoloji konusundaki görüşlerine temas ettiğimiz Mansurizade Said İslam Mecmuasında “İctihad Hataları” başlığı altında bir dizi yazı kaleme almış, muamelat sahasında özellikle satım akdi ve kira akdi konularında klasik fıkıhın bazı hüküm ve kavramlarını sert bir dille eleştirmiştir.⁸⁷ Bu yazılarından birinde faiz meselesine farklı bir yaklaşım getirmiştir. Said'e göre “şeriat-ı İslamiyyede faiz ile para alıp vermek alelülak memnû değildir.⁸⁸ Bu görüşünü fıkıh eserlerinin sitematiğine dayandırmaktadır. Riba hakkındaki nasslar ribanın bir satım akdi olduğunu göstermektedir. Fukaha da ribayı fasid satım akidleri arasında zikrediyorlar. Paranın kiralınmasını ise icare bahsinde ayrıca ele alıyorlar riba olduğu için değil “istihlak-i ayn üzere akdedilmiş icaredir diye men ediyorlar”⁸⁹ “Paranın icaresi sahih değildir çünkü para sarf ve istihlak olunarak (harcanarak) intifa olunur (yararlanılır). Ayn kabilindedir. Aynların sarf ve istihlak etmek üzere, icaresi sahih olamaz diyorlar. Mesela 100 lirayı bir sene müddetle 9 lira bedel-i icar (kira bedeli) mukabilinde icar etmek sahih değil, çünkü istihlak-i ayn üzere akdedilen icareler sahih olmazmış. İşte böyle hiçbir delil-i şeriye istinat etmeyerek yalnız icarenin tarifine istinaden paranın icaresi de men oluyor. Fıkıh ve şeriata vakıf olmayanlar da şeriat-ı İslamiyyede fazla para mukabilinde para alıp vermek alelülak ribadır, nusus-ı şeriyye ile men edilmiştir zannediyorlar. Nusus-ı şeriyye ile men olunan parayı fazla para ile satmaktır, icar etmek değildir.”⁹⁰

Bu nakillerden de anlaşıldığı gibi Mansurizade'ye göre paranın belirli bir zaman dilimi için fazla para mukabilinde alınıp verilmesini paranın kiralınma-

86 Usul ile kelim arasındaki ilişki için bkz. Alaüddin es-Semerikandi, *Mizanü'l-Usul*, Katar 1993, 1 vd.

87 İslam Mecmuası, c2, s21, 535-541; s23, 564-566; s26, 616-619; s27, 636-639; s28, 647-650.

88 *İctihad hataları*, İslam Mecmuası, s28, 649.

89 A.g.m., 649.

90 A.g.m., 648-649.

sı olarak değerlendirmek mümkündür. Fukaha paranın kiralınmasına riba olduğu için değil harcanarak tüketilen malların kiralınmasını sahih görmedikleri için karşı çıkmışlardır.⁹¹ Nassa dayanmayan bu görüşün bağlayıcılığı yoktur.

Ancak bu konuda en can alıcı nokta “Paranın satılması ile kiralınması arasındaki fark nedir?” sorusunun tatmin edici bir şekilde cevaplanabilmesidir. Mansurizade bu farkı şöyle açıklamaya çalışıyor. Şayet borçlunun paraya şiddetle ihtiyacı var diye verilecek paranın miktarı ve zaman göz önüne alınmadan karşılığında bir çok fazla para alınırsa para fazla para ile satılmış oluyor. Yok eğer verilecek paranın miktarı ve zaman dikkate alınarak ona göre münasib bir miktarda fazla para alınırsa, bu kira bedeli olur. Çünkü müddete ve paradan elde edilecek yarara göre belirlenmiştir. Bu surette para satılmış olmaz kiraya verilmiş olur.⁹² Görüldüğü gibi Said tefeciliği paranın para ile satılması olarak değerlendirmiş ve nassların haram kıldığı riba ile özdeşleştirmiştir. Paranın icaresi olarak değerlendirdiği ve meşru olduğunu savunduğu faiz ise şu ifadele-rinden de anlaşılacağı üzere kanuni faizdir. “Şeriat-ı islamiyye yalnız murabaha-cılığ (tefeciliği) ribadır parayı fazla para ile satmaktır diye men etmiştir. Yoksa alelittlak faiz şeriat-ı İslamiyyede men olunmamıştır. Kanun ile tayin olunan faizler şer’an memnû değildir. Çünkü paranın miktarına ve müddete göre taktir olunduğundan paranın bedel-i icarından başka bir şey değildir.”⁹³

Said paranın satılması ve kiralınması arasındaki farkı tatmin edici boyutta ortaya koyamamıştır. Paranın kiralınması hakkındaki yorumları ise fikhın sınırlarını iyice zorlamaktadır. Said’in bu konuyu ele almasında zaten Nizamiye mahkemelerinde uygulanmakta olan kanuni faizin tatbikinde dinen de bir sakınca olmadığına kamuoyunu ikna etme gayesinin rol oynadığı düşünülebilir.⁹⁴ Bu yazının hile-i şeriyye mantığıyla kredi ihtiyacının karşılanmaya çalışıldığı

91 Fukahanın bu konudaki yaklaşımları için bkz. Kasani, *Bedaiu's-Sanai'*, Beyrut 1986; IV, 175; Ali Haydar, *Dürer*, I, 689-690.

92 A.g.m., 649-650.

93 A.g.m., 650.

94 Osmanlıdaki kanuni faiz uygulaması hakkında bkz. Sabri Şakir Ansay, *Hukuk Tarihinde İslam Hukuku*, Ankara 1954, 128. 16 Şevval 1280 tarihli murabaha nizamnamesi (*Düstur*, Matbaa-i Amire 1286, I,268-269) faiz haddini %12, 9 Receb 1304 tarihli murabaha nizamnamesi (M.Rıfat, *Mecmua-i Umur-i Adliye*, İzmir 1315, 529-531) %9 olarak belirlemiştir.

bir dönemde kaleme alındığı düşünülürse yazıldığı dönemdeki aktüel değeri daha iyi anlaşılacaktır.⁹⁵

Mansurizadenin hukuktaki değişimin zorululuğu ile ilgili düşüncelerini, İttihat ve Terakki'nin 20 Eylül 1913 tarihli kongresinde okunan raporun⁹⁶ "İslamiyeti esasat itibarıyla asr-ı saadete ve tatbikat itibarıyla asr-ı hazıra irca ve tevfiik etmek zarureti vardır." fıkrası münasebetiyle kaleme aldığı "Hakikat-ı İslam"⁹⁷ ve "Usul-i İctihat"⁹⁸ risalelerinde yüksek tonda seslendirdiğini görüyoruz. Mansurizade'ye göre ezmanın tebeddülüyle ahkam tebeddül eder kurallı, icabat-ı zamana göre ahkam-ı şeriyeyi tebdil etmek İslamiyetin zarûrâtındandır, anlamına gelmektedir. Asırlardan beri bu kural yenilenmenin bir zorunluluk olduğunu İslam alemine ilan ederek "çehre-i hakiki-i İslamı" göstermeye çalışmışsa da cehalet ve taassubun muhalefetiyle karşılaşmıştır. Bu engelle karşı İttihat ve Terakki "bir fikr-i vatanerverane ve dindarane ile ahkam-ı şeriati asr-ı hazıra tevfiik ederek İslamiyete bir hayat-ı taze ifaza etmek" istemektedir.⁹⁹ Yazdığı iki risale ile İttihat ve Terakki'nin bu amacına katkıda bulunmaya çalışan Mansurizade Said'in bu eserlerinde Tabî Hukuk düşüncesin-

95 Ansay'ın Mahmut Esad'dan naklettiği şu ifadeler o dönemde faiz meselesinin durumunu oytaya koymaktadır: "Hala bir İslam bankası açmak arzusunda bulunanlar muamelelerin meşru olması maksadıyla ne yapmak lazım geleceğini öğrenmek için ulema mevkiini işgal edenlere müracat ediyorlar; hala gişede bir Ali Efendi Fetvası bulunduğarak ribh-i mülzem-i şeri mukabilinde biçare kitabın günde nice bin kere satılması lazım geleceği cevabını alıyorlar. Eslaf-ı İzâmımız zamanlarının efkar-ı diniyesini tatmin için -gerek tarafeynce ve gerek hakim indinde hiçbir hakikatı tebdil etmediği derkar olan- böyle bir hile-i şeriyeyi icad etmemiş olsalardı acaba bu mini mini ulema bu müsteftilere ne cevap verecekler ve müsteftiler muamelelerine ne yolda devam eyleyeceklerdi. İşte böyle bir zihniyette bulunan ve o ulemanın reyine tabi olan bankerlerin Avrupa bankerlerine karşı ne acınacak halde kalacakları izaha muhtaç değildir." Ansay, a.g.e., 6. Osmanlılarda faiz uygulamalarının tarihçesi için bkz Mustafa Akdağ, *Türkiye'nin İktisadi ve İctimai Tarihi*, Tekin yayımlar, İstanbul 1979, II, 249-259. Bu uygulamalara hukuki dayanak teşkil eden hile-i şeriyeye formülleri için bkz Ali Efendi, *Fetavay-ı Ali Efendi*, Matbaa-i Amire 1283, I, 290-293; Ali Haydar, *Dürer*, III, 326-327

96 Rapor için bkz. Bayur, 375.

97 Aydın Vilayet Matbbası, 1329, 16s.

98 İzmir Vilayet Matbası, (t.y.), 16s. Bu iki risale tarafımızdan sadeleştirilerek neşre hazırlanmıştır.

99 *Usul-i İctihad*, 2-3.

den¹⁰⁰ oldukça etkilendiğini görüyoruz. Said'e göre "Kanunların en iyisi tabiatan ahz olunan ve kanun-ı tabiata muvafık olandır" düsturu ahkam-ı şeriyyenin en mükemmel bir kanun olduğunu isbata kafidir. Çünkü şeriat hükümleri mecellede ve diğer fıkıh kitaplarında geçen temel kurallara dayanmaktadır. Bu kurallar ise tabî olarak ortaya çıkan her hal ve harekette ve tüm tabiat alanında geçerli olan tabiat hükümlerinden alınmıştır. Zarar izale olunur; zaruretler kendi miktarınca taktir olunur; bir işten maksat ne ise hüküm ona göredir; ihtiyaç umumi olsun hususi olsun zaruret menzilesindedir; zaruretler memnû olan şeyleri mübah kılar; adet muhakkendir; zamanın tebeddülüyle ahkam tebeddül ve teceddüt eder gibi kurallar tamamen tabiat ile uyum içinde tabî ve fitri hükümlerdir.¹⁰¹ İslam hukuk doktrini bu hükümlere dayanarak kurulmuş ve gelişmiştir. Ancak asırlardan beri yenilenen ve değişen ihtiyaçlara rağmen eski ihtiyaçlar ve alışkanlıklar üzerine kurulmuş hükümler hala şeriat namına muhafaza edilmek istenmektedir. Nasıl olurda ihtiyaç, örf ve adet üzere kurulu hükümler o ihtiyaç, örf ve adetin zevaliyle ortadan kalkmaz. Örf ve adete dayalı hüküm, hakkında kati nass bulunsa bile ortadan kalkacağı için "Örf ile nass tearuz ederse örf tercih olunur" şeklinde bir kural ortaya çıkmıştır. "Demek oluyor ki nazar-ı şeriatı esasat-ı mütebeddeleye (değişen esaslar) müstenit olan kati nassların bile esasları değiştikten sonra hükmü yoktur."¹⁰²

Mansurizade'ye göre bu değişimin gerçekleşmesini engelleyerek, eski hükümleri tamamen muhafaza etmek suretiyle, şeriatı "gayrı tabî" bir duruma sokan içtihad kısını, daha doğrusu akıl ve idrak kapısını kapatan zihniyettir.¹⁰³ Bu olumsuz durumu bertaraf etmek için yapılması gereken şey, fikhın geleneksel yapısını bir taraf bırakarak, bu gün için dayandığı temellerin geçerliliği

100 Tabi Hukuk Hakkında bilgi için bkz Orhan Münir Çağıl, *Hukuk Felsefesinde Tabi Hukuk*, Tahir Taner'e Armağan, İstanbul 1956, 217-262. Mansurizade'den önce yeni Osmanlılar İslam hukuku ile Tabi Hukuk arasında bir ilişki tesisine teşebbüs etmişlerdir. Bkz Mümtaz'er Türköne, *Siyasi İdeoloji Olarak İslamcılığın Doğuşu*, İstanbul 1991, 135-142.

101 *Hakikat-ı İslam*, 3-6. Kurallar için bkz Mecelle madde 20, 25, 31, 22, 2, 32, 21, 36, 39.

102 *Hakikat-ı İslam*, 6-7.

103 *Hakikat-ı İslam*, 9.

kalmamış hükümleri atarak, şeriatın tabii esaslarına istinad eden kurallar çerçevesinde yeniden fıkhi hükümler vaz ve tesis etmektir. Bu suretle “esas itibarıyla asr-ı saadete, tatbikat itibarıyla asr-ı hazıra tevfiik ve irca olunmuş” hükümlere ulaşmak mümkün olacaktır. Ve hakikatte şeriat namı yalnızca bu hükümlere verilebilir. Çünkü şeriat meselelerin formal kalıpları değildir. Şeriat, Kur’an nasslarının bile dayandığı temel ilkeleri korumaktır. Kendi ifadesiyle “*Şeriat mesail-i müdevvenenin eşkali değildir. Şeriat nusus-ı Kur’aniyye’nin bile istinat ettiği esasatı muhafaza etmek demektir.*”¹⁰⁴

Görüşlerine satırbaşlarıyla temas etmeye çalıştığımız Mansurizade Said, klasik fıkıh sistematiğinin yerine, toplumun taleplerini karşılayacak bir hukuki yapılanmanın gereğini çeşitli vesilelerle vurgulamış, kamu gücünün yasama yetkisini ve hukukî hükümlerde gaî yorumu ön plana çıkarmıştır. O dönemde meselelere benzer bir perspektifle yaklaşan diğer bir hukukçu da Mansurizade’nin hemşehrisi İzmirli Seyyid Bey’dir.

Seyyid Bey (1873-1924)¹⁰⁵

Daha ziyade hilafetin kaldırılması sırasında mecliste yaptığı meşhur konuşmasıyla tanınan Seyyid Bey, “Usul-i Fıkıh Dersleri” başlığıyla kaleme aldığı eserlerinde¹⁰⁶ İslam hukukunun tarihsel gelişimini, kaynaklarını, içtihad ve taklid konularını tenkitçi bir bakış açısıyla ele almış, irade hürriyeti, adalet meselesi gibi hukuk felsefesinin temel konularına İslam kültür birikiminin verileri çerçevesinde yaklaşmıştır. Konulara vukufiyeti ve yorumlarının orijinallikinden dolayı eserleri bugün dahi ilmi ve aktüel değerini muhafaza etmektedir. Biz eserlerinden hareketle Seyyid Bey’in İslam hukuku ile ilgili bazı düşüncelerine temas etmek istiyoruz.

Seyyid Bey öncelikle devrindeki muhafazakar tutmdan ve içtihatlarla dini özdeşleştiren anlayıştan yakınmaktadır. “Zamanımızda hukuki bir mesele hakkın-

104 *Hakikat-ı İslam*, 16.

105 Hayatı hakkında bilgi için bkz. Hasan Basri Erk, *Meşhur Türk Hukukçuları*, (y.y.) (t.y.), 325-326; Kara, *İslamcılık Düşüncesi*, I, 177-178.

106 *Usul-i Fıkıh Dersleri*, *Cüz-i Evvel*, *Medhal*, İstanbul, Matbaa-i Amire 1333, 330s; *Usul-i Fıkıh Dersleri Mebahisinden İrade Kaza ve Kader*, Dersaadet, Kader Matbaası 1338, 324s. Birinci esere *Medhal*, ikinci eser *U.F.Dersleri* şeklinde atfı yapılacaktır.

da Hanefi fıkıh kitaplarında mevcut herhangi bir içtihadî meseleye aykırı görüş ileri sürülse veya devletçe bir kanun maddesi tanzimine teşebbüs edilecek olsa, o görüş ve teşebbüs diğer fıkıh mezheplerine uygun olsa bile hakaik-i şeriyeden gafil bazı zevat tarafından derhal şer'an caiz değildir hükmü veriliyor. Hiç düşünülüyor ki şeriat başka fukahanın rey ve içtihadından oluşan fıkhi meseleler yine başkadır ve Hanefi mezhebi ile diğer fıkıh mezhepleri arasında şer-i şerife nazaran hiçbir fark yoktur.”¹⁰⁷ İctihatlar prensip itibarıyla eşdeğer geçerliliğe sahip olduğuna göre kamu otoritesi kanun vaz ederken herhangi bir müçtehidin içtihadıyla bağlı değildir. Hangi müçtehidin içtihadını zamanın ihtiyacına muvafık bulur ise onu tercih eder. Bu hususa tam yetkilidir.¹⁰⁸

Seyyid Bey'e göre içtihatların özelliği ortaya çıktıkları çevrenin ürünü olmalarıdır. “İhtimal ki bir müçtehidin içtihatları kendi zamanının toplumsal durumuna ve hukuki olaylarına uygundur. Ancak onun bütün içtihatlarının zamanımızın toplumsal durumuna ve hukuki muamelelerine uygun olacağını tasavvur etmek, vaktiyle mecelle cemiyetinin yaptığı gibi, safderuluk ve hayatı taktir etmemek olur. Zamanımızda hayat şartları çok değişmiştir. Çağımızın hayat şartları ile müçtehitlerin yaşadığı dönemin hayat şartları arsında aradaki zaman farkı kadar büyük bir fark vardır. bu durum doğaldır. Çünkü her zamanın farklı bir hayat tarzının bulunması hayat kanununun yani ilahi sünnetin gereğidir. Hal böyle iken “medeniyet-i haziranın” ortaya çıkardığı akit ve sözleşme türlerini, bir müçtehidin bundan bin yıl önce ortaya çıkan hukuki meselelere uygulanmak üzere yaptığı içtihatlara uydurmaya çalışmak imkan haricindedir.”¹⁰⁹

Seyyid Bey yalnızca hanefi mezhebi çerçevesinde kaldığı için Mecelle'yi eleştirmekte, Mecelle'nin günün şartlarına uymayan hükümlerinin diğer mezheplerin içtihatlarından da yararlanarak düzeltilmesi gerektiğini ifade etmektedir.¹¹⁰ Hükümet kanun yaparken insanların ve çağın ihtiyaçlarına uygun buldu-

107 *Medhal*, 148.

108 *Medhal*, 146-147.

109 *Medhal*, 148-149.

110 Mesela Hanefi mezhebi çerçevesinde tarafların akitlerde şart koşma yetkisi oldukça sınırlıdır. Halbuki çağın tüm hukuki muameleleri “sözleşme serbestliği” esasına dayanmaktadır. Seyyid Bey'e göre bu esasa uygun olan İbn Şübrüme'nin görüşüne göre düzenleme yapılmalıdır. Bu husus ve Mecelle'ye yönelik diğer eleştirileri için bkz *Medhal*, 149-159. Mecellenin Hanefi mezhebi çerçevesinde kaldığı için eleştirilmesi

ğu içtihatları tercih etmeye fıkhen ve şer'an yetkilidir. Daha doğrusu milletin ve devletin içinde bulunduğu duruma göre mecburdur. Bunu taktir etmemek şeriatı da, fıkıhı da, hayatı da, hükümetin fonksiyonunu da bilmemek demektir. Bu konuda Avrupa hukuk literatüründen yararlanmakta bir sakınca yoktur. Çünkü hikmet müslümanın zayi edip aramakta olduğu öz malıdır. Ama "ihtiyacı hakiki" gerçekleşmedikçe fıkıhı tamamen bir tarafa atarak Avrupa kanunlarını körü körüne tercüme ederek uygulamaya koymamalıdır. Her şeyden ziyade bu hususta ifrat ve tefritten kaçınmak gereklidir.¹¹¹

Seyyid Bey bu uyarılarının açık fikirli basiret sahiplerine yönelik olduğunu ifade etmiş, taasubun iliklerine kadar işlediği, kalplerinin derinliklerine kök saldığı, alim geçinen birtakım cahillere seslenmediğini söylemiştir. Çünkü bu tip insanlar dialogla yola gelmez, hakikatı ancak olayların ve zamanın dayatması karşısında tasdik ederler. Ama onlar tasdik edinceye kadar hükümet Avrupa kanunlarını tercüme ederek uygulamaya mecbur olacaktır. Nitekim ticaret, ceza ve muhakeme usulü kanunlarında böyle olmuştur. "İşte o zaman gözler açılacak, ve pek acı nedametler hissedilecek ama iş iştin geçmiş bulunacaktır."¹¹² Görüldüğü gibi Seyyid Bey muhafazakar fıkıh anlayışı değiştirilmezse batı hukuku resepsiyonundan başka çare olmadığını 1914 de, Medeni kanunun kabulünden on iki yıl önce dile getiriyordu.

Seyyid Bey İslam hukukundaki tıkanıklığı aşmak için ilk dönem fakihlerince yaygın bir biçimde kullanılmasın rağmen usul-i fıkıh literatüründe yeterli ilgiyi görmeyen maslahat konusu üzerinde durmuştur.¹¹³ Bu konuda fıkıhın uygulaması ile usulün teorisi arasındaki çelişkiye dikkat çekmiştir. "Usûliyyûnun bu babdaki nazariyyatı ile fukahanın tatbikat-ı fikhiyyesi bir birine uymuyor. Hatta aynı zat usule dair yazdığı kitabıda başka, fıkha dair yazdığı eserde başka söylüyor." Bu çelişkili duruma örnek olarak İmamü'l-Haremeyn el-Cüveyni'yi veren Seyyid Bey¹¹⁴ Hanefi fakihlerinin de aynı durumda olduğunu söylemek-

hususunda bkz. Ebu'l-ula Mardin, *Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa*, Ankara 1996, 171 vd.

111 *Medhal*, 161-162.

112 *Medhal*, 330.

113 *U.F.Dersleri*, 255-312.

114 Seyyid bey'in Cüveyni hakkındaki değerlendirmesi Karafi'ye dayanmaktadır. Bkz *Şerhu Tenkihi'l-Fusul*, Mısır 1993, 446-447.

tedir. “Onlar da usul kitaplarında maslahat-ı mürsele ile amel etmek caiz değildir diyorlar da”¹¹⁵ sonra fıkıh kitaplarında yani tatbikat-ı fıkhiyyede öyle meselelerin cevazına hükmediyorlar ki bu hükümler maslahat-ı mürsele ile amelden başka bir şey değildir.”¹¹⁶

Maslahatı etkin bir biçimde kullanabilmek bu yolla klasik fıkıhın kalıplarını aşabilmek için Seyyid Bey, Necmüddin et-Tufi'nin maslahat hakkındaki görüşünü ön plana çıkarmıştır. “Avrupa’da dolaşmış, feyyaz bir muhit ve iklimde yetişmiş olsaydı her halde nadirü’l-emsal (eşine az rastlanan) bir alim olacağına, asrının feridi mertebesini ihraz edeceğine şüphe edilmezdi” ifadeleriyle Tufi'nin ilmi şahsiyetinden övgüyle bahseden Seyyid Bey onun görüşlerini – oldukça geniş bir yoruma tabi tutarak- şöyle sunmuştur: Tufi’ye göre Şariin “Zarar vermek ve karşılık olarak zarar vermek yoktur” sözü maslahat prensibi-ne dayanmaktadır. Tufi bu hadisi yorumlarken öyle bir noktaya gelmiştir ki “Maslahat ile Kur’an çatışırsa maslahat tercih olunur noktasına varıyor ve ben bu hüküm ve kararı yine Kur’an’dan istinbat ettim. Çünkü maslahat maksud-ı şaridir. Şeri hükümler insanların maslahatını temin içindir, diyor. Ve Şariin maksadı da insanları bu noktaya irşaddir. Zira örfler zamanla tebeddül eder, bu tebeddülata hukukun eşkali (formları) da tebeddül eder. Bin...yüz sene mukaddem vaz edilmiş bir kaideyi şimdi tatbik edemezsin Bunun sınırları ve çenberi altında insanları tutamazsın. Zaman ve tabiat bunları kaldırır ve zamana adem-i tevafuk ve tetabuktan (uyumsuzluktan) dolayı bunlar kendiliğinden kalkar, diyor. Bunu tevlid eden hep maslahattır. Bu, her şeyin ahkâmını, fıkıhın ahkâmını bile değiştirir, diyor.”¹¹⁷

Bu ifadelere dikkat edildiği zaman, her ne kadar atıf Tufi’ye yapılmışsa da, konuşanın Seyyid Bey olduğunu görmemek mümkün değildir. Seyyid Bey zamanındaki muhafazakar anlayış karşısında kendi kanaatlerini Tufi’nin ilmi karizmasına sığınarak ifade etmiştir. Seyyid Bey’in dile getirdiği bir çok hususu Tufi’nin metninden çıkarmak müşküldür. Tufi, maslahata öncelik verilmesi gereken alanı muamelatla sınırlandırdığı halde Seyyid Bey ona atıfla ceza hu-

115 Bkz İbn Emiri’l-Hâc, *et-Takrir ve’t-Tahbir*, Beyrut 1983, III, 286; Emir Padişah, *Tey-siru’t-Tahrir*, Beyrut (t.y.), IV, 171.

116 *U.F.Dersleri*, 275.

117 *U.F.Dersleri*, 91.

kukunu da bu alana sokmuştur.¹¹⁸ İslam dünyasında geçmiş dönemlerde görülen fikir hürriyetine ilim, hikmet ve marifet asrı olarak nitelenen 20. asrın başlarında rastlanmadığından Seyyid Bey'in "Bu gün bir kimse selefin eserlerinden istişhad etmeksizin sırf kendi mütaleat-ı müdellelesine istinaden böyle bir fikir dermeyan edecek olsa derhal 'şer'an caiz değildir' zemzemesiyle kıyamet kopar!"¹¹⁹ şeklindeki sözleri neden kendi görüşlerini Tufi'nin gölgesinde ifade etmek ihtiyacı hissettiğini yeterince ortaya koymaktadır. Seyyid Bey Tufi'nin maslahat hakkındaki görüşünden, Ebu Yusuf ve ona tabi olan Hanefi fakihlerinin örf hakkındaki görüşlerinden hareketle kamu hukuku, borçlar hukuku ve ticaret hukuku sahalarında maslahat prensibine öncelik verilmeis gerektiğini, bu işlemin nassların yorumlanması ve sınırlandırılması (beyan ve tahsis) anlamına geldiğini savunmuştur.¹²⁰

Seyyid Bey'in maslahat konusuyla bağlantılı olarak nassların gaî (teleolojik/amaçsal) yorumu üzerinde durduğunu görüyoruz. Mansurizade'nin kanun ve şeriat ayırımıyla izah ettiği Hz. Ömer'in müellefe-i kulub hakkındaki uygulamasını Seyyid Bey ayetin gaî yorumuyla izah etmiş, bu izahını da fıkah literatüründen çıkardığı "Bir illet-i gaiyyeye mübtteni olan bir hüküm o illetin intifasıyla müntefi olur"¹²¹ (Ereksel bir amacı gerçekleştirmeyi hedefleyen bir hüküm o amaç ortadan kalkarsa ortadan kalkar) ve "Bir faide-i matlubenin istih-sali için meşru olan bir hüküm, icrası halinde o faidenin zıddını istilzam ederse batıl olur."¹²² (Belli bir yararı elde etmek için meşru olan bir hüküm uygulanması halinde o yararın tam tersini gerektirirse batıl olur.) kurallarına dayandırmıştır.¹²³ Bu kuralları meselemize uygularsak Hz. Peygamber zamanında müellefe-i kuluba zekat verilmesi müslümanları onların zararından korumayı amaçlıyordu. Bilahare müslümanlar güçlenince bu uygulamanın gerekçesi ortadan kalktı. Üstelik ödemeye devam edilmesi müslümanların prestiji açısından olumlu

118 *U.F.Dersleri*, 293.

119 *U.F.Dersleri*, 294.

120 *U.F.Dersleri*, 294-297.

121 Bu kuralın dayanağı için bkz Kasani, *Bedaiu's-Sana'i*, II, 45; İbnü'l-Hümmam, *Feth*, II, 201; Zeylai, *Tebyinü'l-Hakaik*, I, 296.

122 Bu kuralın dayanağı için bkz Kurlani, *el-Kifaye*, Beyrut 1986, II, 202 (*Fethü'l-Kadir* ile birlikte)

123 *Medhal*, 17-19; *U.F.Dersleri*, 306-311.

olmadığı gibi hükmün konuluş amacı olan dinin yüceltilmesi (i'zâz-ı din) espriyle bağdaşmamaktaydı. Bu hususlara istinaden ödeme durdurulmuştur.

Seyyid Bey bu bağlamda, yine Tufi'yi referans vererek, nassların yorumu hakkında şu değerlendirmeyi yapmıştır: “Nassın mevzuu bulunan maksad ve maslahat neyi icab ediyorsa onunla amel olunur. Şu halde böyle bir tearuz vuku bulunduğu zaman o nassın mübteni bulunduğu maksud-ı Şari'e bakılır. Eğer o maksad, bilahare ahvalin tebeddülü hasebiyle hükm-i mansusun lağvini icab ediyorsa ilga, tebeddülünü iktiza ediyorsa tebeddül olunur. Bu surette yine o nass ile amel edilmiş demek olur. Bu keyfiyyet nassı nesh ve tatil (devre dışı bırakmak) değildir. Belki onun zahiren ifade ettiği umumunu ve bütün zamanlara şumûlünü tahsis ve hükmünü beyandır. Nass yine o nassdır. Tesir ve iktizası bakidir. O değişmemiştir. Değişen onun hükmüdür. Bu cihetle değişen muktezi değil muktezadır. Yani nass ve iktizası değişmiyor, o hali üzere bakidir. Yalnız onun muktezası olan hüküm değişiyor. Evvelki hüküm yerine hasbe'z-zaman (zamana göre) başka bir hüküm kaim oluyor. Her iki hüküm de yine o nassın muktezasıdır. Çünkü maksad aynı maksaddır. Nassın mübteni olduğu maslahattır. Hükümler maksad ve maslahata musil olan (ulaştırın) aletler ve vesilelerden ibarettir. Maksud bizzat (bizzat amaç) değildir.”¹²⁴ Seyyid Bey'in ifadelerinde neredeyse hukuk emniyetini ihlal edecek derecede gaî yoruma öncelik verildiğini görmekteyiz.

Kurtuluş savaşı sonrası İzmir mebusu olarak meclise giren, Adliye Vekilliğine getirilerek yıldızı parlayan Seyyid Bey, saltanatın kaldırılması ve hilafetin bir kurum olarak muhafazası sürecinde kaleme aldığı “Hilafet ve hakimiyet-i Milliye”¹²⁵ adlı kitabıyla; Hilafetin kaldırılması sürecinde Mecliste yaptığı, daha sonra “Hilafetin Mahiyet-i Şeriyesi” başlığıyla kitaplaştırılan¹²⁶, konuşmasıyla fıkıh literatürüne ve İslam kültürüne olan vukufiyetinin de yardımıyla bu uygulamalara teorik destek sağlamıştır. Seyyid Bey hilafetle ilgili konuşmasının sonunda yapılacak hukuk inkılabı için acele edilmemesini, mem-

124 U.F.Derlari, 311. Ayrıca bkz Kaşif hamdi Okur, *İslam Hukuk Metodolojisinde Münasebet Kavramı*, A.Ü.S.B. Enstitüsü, Ankara 1997, 98-99 (yayımlanmamış yüksek lisans tezi)

125 (y.y.) (t.y.), 78s.

126 T.B.M.M. Matbaası, Ankara (t.y.), 63s.

leketin sosyal yapısına, örf ve adetine uygun kanunlar yapabilmek için gerek batı gerek doğu hukuk literatürü üzerinde geniş çaplı araştırmalar yapılması gerektiğini ileri sürmüştür. Almanların medeni kanunlarını 15 yıllık bir çalışma sonucu meydana getirdiklerine dikkat çeken Seyyid Bey'e göre böyle bir çalışmaya gidilmez de herhangi bir kanunun tercümesi cihetine gidilirse ortaya çıkan kanun "Türkün ruhundan doğan kanun" olamayacağı gibi iki günde bir tadile muhtaç kalacaktır.¹²⁷ Seyyid Bey bu düşüncesi doğrultusunda aile hukuku ve borçlar hukuku alanında kanunlar hazırlamak için komisyonlar kurmuşsa da bu komisyonların çalışması sonucu beklenen nitelikte tasarılar hazırlanmamıştır.¹²⁸ Bu arada Seyyid Bey de parlamentodan çekilerek Daru'l-Fünun'daki hocalık hayatına dönmüş, bir süre sonra da vefat etmiştir.¹²⁹ Komisyonların Hukuk-ı Aile Kararnamesini ve Mecelle'yi aşamayan muhafazakar zihniyetleri kadar, Cumhuriyetle birlikte başlayan yeniden yapılanma dönemini ve bu dönemin taleplerini yeterince taktir edememeleri batı hukukuna dayalı bir resepsiyon sürecini hızlandırmıştır.¹³⁰

Seyyid Bey İslam hukukunun bir zihniyet yenilenmesine ihtiyaç duyduğunu farketmiş, çeşitli vesilelerle bunu dile getirmiş, maslahat düşüncesini ve nassların gaî yorumunu ön plana çıkartmıştır. Değerlendirmeleri ilmi kıymet ve orijinalitelerini bugün de korumaktadır. Kanaatimizce eserlerini klasik usul-i fıkıh çizgisini aşacak bir İslam hukuk felsefesinin ilk habercisi olarak görmek mümkündür.

Sonuç Yerine

Üstad Cemil Meriç'e göre zorlanmadan, mecbur kalmadan düşünmez insan. Düşünce bunalımlı dönemlerde neşv ü nema bulabilir; sıkıntılara çare

127 *Hilafetin Mahiyet-i Şeriyyesi*, 62-63.

128 Bu komisyonların çalışmaları için bkz Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku-Umumi Esaslar*, c1, cüz 1, İstanbul 1959, 71-74; Aydın, 236-237. Aile hukuku tasarısının metni için bkz, Ansay, *Eski Aile Hukukumuzda Bir Nazar*, 57-131. Cumhuriyet döneminde Medeni kanunun kabulü öncesi kanunlaştırma teşebbüslerinin genel bir değerlendirmesi için bkz. Velidedeoğlu, 71-79; Gülnihal Bozkurt, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi*, Ankara 1996, 183-189; Halil Cin, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, Konya 1988, 306-310.

129 Kara, *İslamcılık düşüncesi*, I, 177.

130 Bu hususta bkz Ansay, *Eski Aile Hukukumuzda Bir Nazar*, 135.

bulma endişesinin ürünüdür. Tanzimat'tan beri devam eden süreçte özellikle II.Meşrutiyet döneminde orijinal düşüncelerin ortaya çıkmasına yetecek kadar sıkıntı ve bunalım yaşanmıştır. Bu devirde yazan, çizen, tartışan Osmanlı aydınları imparatorluğun sosyal ve siyasal yapısını koruyabilmek için, bir çok alanda tatbik edilmek üzere çeşitli formüller ileri sürmüşler; eğitimleri, aşına oldukları kültür ve hayata bakışları nisbetinde çok renkli bir yelpazenin farklı kanatlarını oluşturmuşlardır. O devirdeki fikir hareketleri çeşitli boyutlarıyla, özellikle ilahiyat alanında, araştırmacılarını beklemektedir. Bu yazıda İslam hukuk zihniyetinin yenilenmesi sorunu ile ilgili bazı görüşlere dikkat çekmeğe, bu arada değerlendirmelerini orijinal bulduğumuz iki hukukçunun yaklaşımlarını satırbaşlarıyla tanıtmaya çalıştık. Verilen örneklerden anlaşılacağı gibi ülkemizde 1990 lı yıllarda değerli bilim adamı Fazlur Rahman'ın eserleriyle gündeme gelen ve "tarihsellik" kavramı etrafında tartışılan Kur'an'ın hukuki düzenlemeleri ile ilgili meselelerin bir çoğu, bu asrın başlarında Osmanlı aydınları tarafından, klasik islam kültürünün kavramlarına yeni anlamlar yüklenerek çeşitli boyutlarıyla tartışılmışsa da bu durum henüz ilim adamlarımızın ve entellektüellerimizin yeterince dikkatini çekmemiş gözükmektedir. Söz gelimi Fazlur Rahman'ın yaklaşımıyla Gökalp'in, Seyyid Bey'in, Mansurizade Said'in görüşlerini mukayese eden bir etüde henüz rastlanmamıştır. Abdülkerim Suruş'un "ayrıntılı" ve "ayrıntısız" din anlayışları hakkındaki görüşleri ile Mansurizade ve Yaltkaya'nın Cevazın şeri bir hüküm olmadığı noktasından hareketle ulaştıkları sonuçların mukayesesi de araştırmacısını beklemektedir.

Ülkemizde 1960 lı yıllardan bu yana Arap dünyası, Hind alt kıtası, İran ve Batı dünyası kökenli tercüme eserlerin gölgesinde kalan İslami düşüncenin bir geleneği, bağımsız bir hüviyeti olduğunu söylemek zordur. Pusulanın ibresinin değişmesi gibi çeşitli dönemlerde farklı menbalardan yapılan tercümelerin gölgesinde filizlenmeye çalışan Türkiye'deki İslami düşüncenin bir geleneğe oturabilmesi için zincirin kopan son halkasına yani Meşrutiyet'ten Cumhuriyet'e geçiş sürecindeki düşünce köklerine inmeyi faydalı buluyoruz. Ancak kuvvetli köklere istinat eden, sürekliliğini muhafaza edebilen düşünceler çeşitli menbalardan beslenme, bünyesine yaptığı aşularla kendini yenileme şansına sahip olabilirler. Böyle bir geleneği tesis edemeyenlerin, hakim olan bilgi odaklarının fikriyatını bir ilmihal gibi ezberlemenin ötesinde yapabilecekleri fazla bir şey yoktur.