

## İSLAM HUKUKUNUN ÇATIŞMA VE GERİLİM ALANLARINDAN BİRİ OLARAK VAHİY VE AKIL\*

Yazan: Noel J. COULSON

Çeviren: Ferhat KOCA\*\*

İslâm hukuku birbirine alternatif bir şekilde, ilâhî bir hukuk ve hukukçuların hukuku olarak tasvir edilmiştir. Görünüşte birbirine zıt olan bu tasvirler, sistemdeki ilâhî vahiy ile hukukçuların beşerî aklı arasında var olan temel gerilimi ortaya koymaktadır. Dolayısıyla, bu ilk derste, benim araştırma konum, İslâm hukukunun üslûbu üzerinde bu açık iki unsur tarafından oynanan hususî rollerle ilgili olacaktır ve bu noktada, Orta Çağ dönemlerinden kalma geleneksel veya klâsik hukuk usulünün ötesinde araştırma yapmayacağım.

İslâm hukukunu meydana getiren özel ve kamusal davranışlarla ilgili kapsamlı sistem, Şerîat adıyla bilinmektedir. İslâm hukukçusunun amacı Şerîat'ı anlamaya (*fıkh*) ulaşmaktır. Bu sebeple, onun birinci görevi, böyle bir anlamayı kendilerinden çıkarmak için genel ilke ve kaynakları (*usûl*) formüle etmek olmuştur. Sonuç olarak, İslâm hukuk teorisi, *Usûlü'l-fıkh*, veya "anlamanın kaynakları" adıyla bilinmektedir.

Açıkçası, bu anlamanın ilk kaynağı, İslâm'ın ilâhî vahiy olarak neyi kabul ettiği konusuna kadar uzayacaktır. Sünnî İslâm inancında ilâhî vahiy, Allah tarafından, seçtiği aracı Peygamber Muhammed'e, muhafazasına kefil olunarak verilen vahiyler şeklinde kesin bir biçimde tanımlanmıştır. Bu vahiyler iki biçimde ortaya çıkarlar: Birincisi, Müslüman için bizzat Allah'ın sözü olan Kur'ân metninde; ikincisi, İslâm toplumunun yöneticisi olarak, Peygamber'in fiil ve kararlarında. Kur'ân'a ilâve bu örnekler, toplu bir şekilde Peygamber'in uygulaması veya *sünnet* olarak bilinmektedir.

Fakat, Kur'ân ve *sünnet* birlikte, hiçbir anlamda kapsamlı bir hukuk sistemi (kodu) meydana getirmezler. Onların ihtiva ettiği hukukî malzeme, geniş bir çeşitliliğe sahip olan muhtelif konular içerisine dağılmış belirli meselelerle ilgili parça parça hükümlerin bir mecmuasından ibarettir. Bu malzeme, büyük bir hukuk mecmuasını

\* Bu metin, Noel J. Coulson'ın *Conflicts and Tensions in Islamic Jurisprudence* (The Centre for Middle Eastern Studies, University of Chicago, London - Chicago 1969) adlı eserinin 3-19. sayfaları arasının tercümesidir.

\*\* Doç. Dr., Gazi Üniversitesi Çorum İlahiyat Fakültesi, ferhatkoca@yahoo.com

Bu metnin tercümesi sırasında yaptıkları çeşitli katkılardan dolayı, Gazi Üniv. Çorum İlahiyat Fakültesi öğretim üyeleri Yrd. Doç. Dr. Ferit Uslu ve Dr. Kaşif Hamdi Okur Beylere teşekkür ederim

temsil etmekten uzak olup, sadece bir hukuk sisteminin çıplak iskeletini meydana getirir.

İslâm'ın ilk 150 yılı, problemlerin ilâhî vahiy tarafından hususî bir şekilde düzenlenmemiş olan çözümleri konusunda, hukukî aklın tam bir serbest hürriyet içerisinde bulunduğu bir dönem olarak nitelenmiştir. Kur'ân ve *sünnet* tarafından tespit edilen bu tür hukuk kuralları, sadece yaşayan örf-âdet hukukunda belli bir amaçla (ad hoc) yapılan değişiklikler olarak değerlendirilmiştir. Bu yaşayan hukuk, özel bazı konularda açıkça ilâhî vahyin emirleri tarafından değiştirilmedikçe, kabul edilmiş standart davranış olarak kalmaya devam etmiştir. Yeni şartlar yeni problemler doğurduğu zaman, bunlar basit bir şekilde, bireysel yargıya veya ilgili hukukçuya en uygun çözüm olarak gözükene göre cevaplandırılmışlardır. Hukukçu, *re'y* olarak bilinen, kendi şahsî görüşünü açıklarken, konuyla ilgili gördüğü herhangi bir faktörü hesaba katıp katmama konusunda serbest idi. Kısacası, bu ilk günlerde, hukuk açıkça iki temele sahip bulunuyordu. O, ilâhî emir ve beşerî hüküm olmak üzere, iki ayrı alanın bir bileşkesi idi.

Fakat bu pratik tavır, çok geçmeden gittikçe artan teolojik ve felsefî araştırmaların kurbanı oldu. İmanlarının özünü açıklamak için derin düşüncelere girişen bilginler arasından, insan davranışlarının her veçhesinin zorunlu olarak ilâhî irade tarafından düzenlenmiş olması gerektiği prensibi üzerinde görüşünü belli eden bir grup ortaya çıktı. Onların hukuk felsefesine göre, Allah'ın hukukî hakimiyeti her şeyi kapsıyordu. Herhangi bir hukukî kural formüle etmek için insan aklına izin vermek -onun kabul edilmiş olan örf-âdete dayalı bir hukuk kuralının devamı veya yeni bir problem hakkındaki hukuksal nazariye olup olmadığına bakılmaksızın- bid'ata eşit bir davranıştı. İslâmî teolojinin dilinde, o, "Allah'a ortak koşmak"tı ve Yaratıcı'nın ilim ve kudreti konusundaki temel doktrine aykırı hareket etmekte.

Her hukuk kuralının Kur'ân'dan ve *hadis* diye bilinen rivayetlerde kaydedilmiş olan Peygamber'in tatbikatından çıkarılması gerektiğine inanan bu grup, hukukun hazırlanmasında beşer aklını hür bir şekilde kullanmanın meşru ve gerekli olduğunu savunan "*re'y* taraftarları"na (*Ehlü'r-re'y*) karşı olarak, "*hadis* taraftarları" (*Ehlü'l-hadis*) adıyla meşhur olmuşlardır. İki grup arasındaki çatlak, sekizinci yüzyılda, İslâm hukuk usulünün oluşumu sürecindeki ilk temel prensip ihtilâfı konusunda katılaştı ve hukukta ilâhî ve beşerî unsur arasındaki gerilim bu çatlağın tipik bir örneği oldu.

Bu ihtilâfta uzlaşma formülü, dokuzuncu yüzyılın ilk yıllarında, hukukçu Şâfiî tarafından, kendisine "İslâm hukuk usulünün babası" sıfatını kazandıran bir başarıyla, icat edilmiştir. Bir taraftan Şâfiî, *hadis* adıyla kaydedilmiş olan, ilâhî vahiyle ilham edilmiş Peygamber'in *sünneti* prensibinin ardında samimi olarak durdu. Diğer taraftan o, ilâhî vahiy tarafından açıkça veya hususî olarak düzenlenmemiş durumlar hakkında hukuk kuralları koymak için beşer aklının gerekliliğini kabul etti. Fakat o, bu aklın *re'y* formunda olmaması gerektiğini ileri sürmüştür. Akıl, amaçladığı veya hedeflediği şeyde başarıya ulaşmak için, ferdî bir hukukçunun hoşça giden düşüncesini, ilâhî iradede bağımsız bir hukuk kaynağı olarak çalıştırmamalıdır. Beşer davranışının nihâî amaçları ve gayeleri, Allah tarafından ortaya konulmuştur ve onlar, beşer aklı böyle olmaları gerektiğini tespit ettiği için değil, fakat sadece Allah böyle emrettiği için istenilirler ve haktır. Bu nedenle, ilâhî vahiyle kurulmuş prensipler karşısında, beşer aklının rolü bütünüyle ikinci derecede olmalıdır. Onun fonksiyonu sadece ilâhî vahyin düzenlemiş olduğu benzer veya paralel durumlardan çıkarılan prensiplere müracaat ederek yeni durumları düzenlemektir. Bu süreç, analogiyle akıl yürütme veya *kıyas* olarak bilinmek-

tedir. Sürecin hareket noktasını, ilâhî iradenin kabul edilmiş bir bildirisinin (vahiy) oluşturması gerektiğinden beri, beşer aklı ilâhî hukukun gerçekleştirilmesi ve geliştirilmesinde koşum takımı olmuş ve ilâhî vahiyden bağımsız olarak işletilmemiştir.

Şâfiî'nin tezi İslâm hukuk teorisinin klâsik açıklamasının temeli haline gelmiştir. Daha ileride onuncu yüzyıldan itibaren, bir hukuk kuralının Kur'ân veya *sünnetten* veya onlardan kıyasî tûmdengelim (dedüksiyon) metoduyla çıkarılması gerektiğine dair hukukî konsensüs (icmâ) meydana geldi. Fakat bir dipnot olarak belirtilmelidir ki, klâsik hukuk teorisi bazı durumlarda katı kıyasî akıl yürütmenin adaletsizliğe yol açabileceğini ve bu sebeple de akıl yürütmenin daha serbest bir formunu kullanmaya izin verilmesi gerektiğini kabul etmiştir. Bunun eskilerin *re'y* olarak söyledikleriyle çok yakın ilişkisi olmasına rağmen, şimdi o daha karmaşık terminoloji içerisine gydirilmiş ve ona *istihsân* (en âdil çözümleri aramak) veya *istislâh* (kamu yararı için en iyi çözümleri aramak) adı verilmiştir. Ancak, o bundan böyle, teoride, beşer aklına bağımsız bir rol vermek olarak değerlendirilmemiştir. "Hakkaniyet" ve "kamu yararı", şimdi Kur'ân veya *sünnette* çok özel bir delilin bulunmadığı hallerde kullanılmak üzere, Allah'ın amaçları (makâsıd-ı Şâri') olarak, hukuk usulü (kaynağı) görevine sahip görülmektedir. Bu sebeple, sonuç olarak, klâsik hukuk teorisi, kapsamlı ve Allah'ın emirlerinin ön düzenleyici sistemi olarak hukuk kavramının mükemmelliğini ifade etmektedir.

Şu an ilâhî vahiy ve beşer aklının karşılıklı etkileşimini resmederek, genel çerçevesini çizdiğim çeşitli hukuk prensipleri ve akli kullanma metotlarının çalışması konusunda, yüzeysel bir şekilde pek çok probleme değinmek yerine, bir tek probleme derinlemesine dikkat çekmek istiyorum. Seçilen problem, bir miras meselesidir ve bu konu özellikle iki sebepten dolayı seçilmiştir.

Birincisi, İslâm hukukunda verasetten daha belirgin bir şekilde bireysel özelliklere sahip herhangi bir konu bulunmamaktadır. Çeşitli hukukî varislerin özellikleri ile birlikte çok titiz bir kesinlik tespit edilmiştir ve onların belirlenmiş haklarının miktarı, genellikle İslâm hukukçuları tarafından hukukî başarının zirvesi ve bütün hukuk sisteminin bir göstergesi olarak değerlendirilmiştir. Peygamber'in meşhur bir veczesine göre, miras hukuku "*bütün yararlı insan bilgisinin toplamının yarısını*" teşkil eder. Bazıları, konuyu kompleks bir hukuk labirenti şeklinde değerlendirebilir fakat her şeye rağmen o, İslâm hukuk düşüncesinin ruhunun en tipik bir açıklaması olarak devam etmektedir.

İkinci olarak, miras hukuku, İslâm aile hukukunun çok önemli ve tamamlayıcı bir parçasını meydana getirir ve bir anlamda onun odak noktasını teşkil ettiği söylenebilir; öncelikler sistemi ve niceliksel değer, aile bağları ve sorumlulukları şemasında yer alan akrabalık konumundan kaynaklanan birer akraba isme dayanır. Miras hakları, ölen merhumun yaşadığı sırada kendisine borçlu olunan görevler sebebiyledir. Bu nedenle sistem İslâm'ın sosyal değerler konseptini ve aile grubunun yapısını yansıtır.

Seçmiş olduğum miras konusundaki hususî problem, vasiyetname bırakmadan ölen ve kocası, annesi, baba tarafından dedesi, ana-bababir erkek kardeşi ve anabir iki erkek kardeşi bulunan bir Müslüman kadının durumudur. Onun malı bu yaşayan akrabaları arasında nasıl paylaşılacaktır?

İlk açıklama olarak birkaç konuya işaret edelim. Birincisi, kabul etmeliyiz ki, mirasla ilgili bütün başlangıç niteliğindeki olaylar karara bağlanmıştır ve böylece geride yalnızca malın yaşayan akrabalar arasında dağıtılması sorunu kalır. Biz menkul ve gayri menkul mal, eşya ve hakikî mülk arasındaki herhangi bir ayırımla ilgili değiliz. Bu

safhada miras tek bir varlık olarak değerlendirilmiştir ve orada tek problem, her akrabanın hakkını, niceliksel değerin kesirli bir hissesi açısından tespit etmektir.

İkinci olarak, bu olayla ilgili hususî akrabalara gelince, bir öz erkek kardeş veya tam kan kardeş ile bir üvey kardeş arasındaki ayırım, İslâm toplumunun koşullarıyla son derece ilgilidir. İzaftı olarak, üvey kardeşlerin yüksek bir tekrar oranı bulunmaktadır. Üvey kardeşler, ikisi de aynı kan bağından gelen, çok eşlilik kurumu sebebiyle babaları bir, anneleri ayrı olan erkek kardeşler ve boşanmış kadınların evlenmesinin kolay ve sıkça olması sebebiyle de aynı ana, fakat ayrı babalara sahip bulunan anabir, baba ayrı erkek kardeşlerdir.

Son olarak, bu problem, İslâm hukukunun geleneksel metin kitaplarında tartışılan birçok problem gibi, gerçek bir olay olarak değil, fakat farazî bir olay olarak ortaya çıkmıştır. Söz konusu problem, olayı icat eden ve onu halleden hukukçuya nispetle *Mâlik'in Kuralı* adını taşır. Belki evvelce, gelişmiş formu içerisinde İslâm hukukunun, bir yargıçların hukuku olmaktan ziyade bir hukukçuların hukuku olduğunu işaret etmek için yeterli şeyler söyledim. İslâm hukuku, metin kitaplarında, hukukî kararları ihtiva eden hukuk raporları olarak değil, hukukçuların doktrini olarak anlatılmıştır. O, akademik hukukçunun pratik hukukçuyu kontrol ettiği bir sistemdir, orada akademik hukukçunun kürsüsü yargıcın kürsüsünden sadece daha konforlu değil, aynı zamanda daha etkili olmuştur. Sonuç olarak, hukukçuların beyinlerinde eksersiz yapılan problemler pür hukukun problemleridir. Ne yazık ki, muhtemelen, İslâm hukukçularının nazariyesi, Batılı hukuk öğrencisine hiç olmazsa sık bir şekilde, hakikatin kesin olarak hayalden farklı olduğunu gösteren tikel gerçek durumların ve beşerî şartların renginden yoksundur.

Mirasla ilgili mevcut problemin çözümü konusunda birinci adım, konuyla ilgili Kur'ân'da herhangi bir delil olup olmadığını araştırmaktır. Mirasla ilgili Kur'ânî hükümlerin diğer herhangi bir hukukî konudaki hükümlerden belki de daha çok olmasına rağmen, bu hükümler bir bakıma kapsamlı değildir. Aslında onlar, miras alacak belirli akrabalar adına, terekenin tespit edilmiş kesirli paylarını beyan eder ve genel bir kural olarak, hukukî mirasçılar, İslâm'ın gelişinden önce Arabistan'da yerleşik bulunan örf ve âdet hukukunun kabul ettiği mirasçıların altında değildir. Ataerkil ve pedersâhî bir kabile hayatına dayanan İslâm öncesi Arabistan'ında, mirasçılar baba tarafından gelen erkek akrabalarla sınırlandırılmıştı - kabilesel mirası kabile içerisinde muhafaza etmek için basit bir şekilde tasarlanmış bir sistem olarak. Bu sebeple, Kur'ân tarafından isimleri belirtilen mirasçılar kadınlar -anne, kız çocuk, kız kardeş; baba tarafından olmayan bir erkek- anabir erkek kardeş; ve yaşayan koca veya karıdır. Fakat, Kur'ân'da hemen hemen hiç zikredilmeyen baba tarafından erkek akrabalar kimlerdir? Şayet onların miras hakları Kur'ânî teşrî tarafından tamamıyla iptal edilmemiş ise, onlar, hakları Kur'ân tarafından kesin bir şekilde tespit edilmiş olan yeni mirasçılar yanında nasıl bir ilişkiye sahiptir?

Bu temel probleme cevap için İslam hukukçuları Peygamber'in *sünneti* içerisinde yer alan, ilâhî vahyin tamamlayıcı malzemesine yönelir ve çözümü, Peygamber'in Sa'd'ın terekesiyle ilgili olarak verdiği hükümde bulurlar.

Peygamber'in yakın bir arkadaşı ve destekleyicisi olan Sa'd, yeni dini yerleştirmek için yaptığı savaşırlardan birinde ölmüştü. Onun geride bıraktığı dul eşi, kendisinin ve iki kızının şimdi herhangi bir geçim imkânına sahip olmadan terk edildiklerini, çünkü Sa'd'ın tüm malının, baba tarafından en yakın erkek olarak -geleneksel kabile hukukuna tamamen uygun bir biçimde- kendisine ait olduğunu savunan erkek kardeşi

tarafından alındığını Peygamber'e şikayet etti. İlk müfessirlere göre, bundan kısa bir süre sonra, "Mirasla ilgili Kur'ân ayetleri nazil oldu" ki, bu yorum, Kur'ân hükümlerinin özellikle tabiatının simgeselliğine dair yeterli bir kanıttır. Ondan sonra Peygamber, Sa'd'ın dul eşinin Kur'ân tarafından emredilen sekizde bir (1/8) hissesini; iki kızın da benzer şekilde emredilen hisselerini, yani toplam olarak terekenin üçte ikisini (2/3) almalarına ve Sa'd'ın kardeşine ise terekeden geri kalanların -bu olayda, mirasın yirmi dördünün beşine eşit düşen bir hissedir- verilmesine hükmetti.

Ortaya konulan bu karar, İslâm miras hukukunun altın kuralını açıkça ifade etmiş olmalıdır. Kur'ân tarafından belirlenmiş mirasçılar tereke üzerinde ilk ödeme olarak kendi belirlenmiş hisselerini alır, ve daha sonra baba tarafından erkek akrabalar terekeden geriye kalanları alır. Böylece İslâm miras hukuku, hakları İslâm öncesi kabile hukukundan gelen baba tarafından erkek mirasçılar sınıfı ve hakları ilâhî vahiy tarafından emredilmiş olan Kur'ânî mirasçılar sınıfı olmak üzere iki temel üzerine kurulur. Başka bir ifadeyle, örf-âdet hukuku etkinliğini devam ettirmiş, fakat şimdi Kur'ân tarafından ortaya konulan değişikliklere tâbi olmuştur. Hukukun diğer alanlarında olduğu gibi, miras konusunda da Kur'ân bütünüyle yaşayan (mevcut) hukukun yerini kapmamış, onun yerini almamış, fakat sadece onu belirli bazı alanlarda reform etmiştir.

Bu sebeple, İslâm hukukuna göre herhangi bir terekenin dağıtımı, ister Kur'ânî mirasçılar, isterse geri kalan mirasçılar olsun, hak sahiplerinin sınıflandırılmasına bağlıdır. Önümüzdeki mevcut olayda koca, anne, ve anabir erkek kardeşler Kur'ânî hisse sahibi mirasçılardır, baba tarafından dede (babanın babası) ve ana-bababir erkek kardeş ise geride kalanı alan baba tarafından erkek akrabalarıdır.

Fakat Sa'd'ın olayında Peygamber'in kararıyla kurulmuş olan terekenin dağıtımıyla ilgili bu altın kural, gerçekte, bir miras probleminin çözülmesi konusundaki ikinci safhadır. Açıktır ki, ölen bir kimsenin yaşayan bütün akrabaları, Kur'ânî hisse sahibi mirasçı veya baba tarafından erkek akraba olup olmadığına bakılmaksızın, mirastan bir pay iddia edemezler. Bir akrabanın yakınlığı veya akrabalık kuvveti, onu diğer akrabalara karşı daha üstün bir konuma getirecektir. Öncelik sırasıyla ilgili kurallar, daha zayıf akrabalıkları düşürmeye ve dışlamaya hizmet eder, böylece de hak sahibi davacıların sayısı, üstesinden gelinebilir miktarlara indirilmiş olur. Bu sebeple, birinci vazife, hukukî mirasçılar olarak hak kazanmış olan yaşayan akrabaları tespit etmektir. Borç üzerinde etkili olan bu öncelik veya dışlama kuralları ilâhî vahiyde – ister Kur'ân, isterse Peygamber'in *sünnetinde* olsun- çok az olup, hemen hemen tamamıyla kabîlevî örf ve âdet hukukundan gelirler.

Genel bir ifadeyle belirtmek gerekirse, mirasçılar önceliklerine göre iki gruba ayrılır. Bir eş, bir çocuk veya bir baba ilk mirasçı olup mirastan dışlanamazlar. Daha uzak akrabalar ise ikinci derece mirasçılar olup mirastan dışlanabilirler. Ancak temel prensip, sadece baba tarafından erkek mirasçıların diğer akrabaları mirastan düşürme (hacb) gücüne sahip olduğudur. Kur'ân tarafından belirlenen mirasçıların böyle bir gücü yoktur; onlar bizzat kendi kendilerini mirastan düşürebilir, ancak diğer akrabaları kesinlikle düşüremezler. Bu açıdan, onlar gerektiğinden daha fazla gözüdürler. Onlar mirastan dışlanmadıkları zaman, kendi belirlenmiş hisselerini alırlar ve daha sonra da baba tarafından erkekler arasında miras için yaşanacak olan gerçek mücadeleye imkân vermek için meydanı terk ederler.

Bizim problemimizde merhumun/mûrisin (praepositus) kocası ve annesi ilk mirasçılardır ve mirastan dışlanamazlar. Öte yandan, babanın babasının (dede), erkek tarafından bir asıl olarak, anne tarafından gelen ikinci derecedeki akrabalara –anabir

erkek kardeşlere- karşı, onları miras hakkından düşürmek için yeteri kadar üstün olduğu konusunda şüpheye düşen herhangi bir hukukçu bulunmamaktadır. Bu sebeple, sadece öncelik problemi, ana-bababir erkek kardeşle ilgilidir. O, erkek tarafından rütbece daha üstün bir akraba olan babanın babası sebebiyle mirastan düşürülebilir mi?

Burada hukukî akıl yürütme, ölen bir adamın babasının, ölenin erkek kardeşini mirastan düşüreceğine dair örf-âdet hukukunun yerleşik prensibi temeli üzerine kurulmuştur. Bazı hukukçular, buradan hareketle, birinci derecedekilerin (yüksektekiler) ikinci derecede olanlara karşı, bir yüksek akrabalar sınıfı meydana getirdikleri ve bu sebeple de bir babanın babasının en yakın yaşayan usûl olduğu zaman, babanın yerini alacağı ve daha sonra gelenin de benzer etkiyi yaparak erkek kardeşi mirastan mahrum edeceği şeklinde genel bir prensibe ulaşmışlardır. Bununla birlikte, çoğunluğun görüşü, akrabalık sınıfına –birinci ve ikinci derece akrabalara- çok fazla önem vermez, ancak ilgili ferdî akrabalık bağlarından merhuma (praepositus) yakınlık derecesine önem atfeder. Babanın babası ve erkek kardeş, yukarıda tartışıldığı gibi, merhuma (praepositus) ikinci derecede yakındırlar. Çünkü, burada onlarla merhum arasında aynı ortak halka yani merhumun (praepositus) babası girmiştir. Şayet, akrabalık sınıfı ikinci bir sebep olarak hesaba katılmış olsaydı, o zaman erkek kardeşin daha kuvvetli iddiaya sahip olduğu tartışılabilirdi. Dolayısıyla, bir sınıf olarak furûun, usûlden üstün oldukları yerleşik kural olurdu, böylece de erkek kardeş bu ortak bağın (merhumun babası) furûu olarak, onun usûlü olan babanın babasından ziyade, söz konusu ortak bağ ile daha kuvvetli bağa sahip olurdu ve bu nedenle de bizzat merhumla (praepositus) daha kuvvetli bir ilişkisi bulunurdu. Bu alanlarda yaygın olan görüş ise, babanın babasının, ana-bababir erkek kardeşi mirastan düşürmeyeceği, ancak bu iki kişinin baba tarafından mirasçılar olarak eşit derecede sayılmaları gerektiğidir.

Bu suretle, Kur'ân'ın düzenlemeleri ve Peygamber'in Sa'd'ın durumu hakkındaki kararından, örf-âdet hukuku içerisine oturtulmuş öncelik kriteri üzerine kurulu hukukî akıl yürütme eklenmiş olarak, problemin sistematik çözümü ortaya çıkar.

Anabir erkek kardeşler, babanın babası tarafından mirastan düşürülür. Koca, Kur'ân tarafından belirlenmiş olan 1/4 hissesini, anne ise 1/6 payını alır. Baba tarafından erkek akrabalar, babanın babası ve ana-bababir kardeş eşit seviyededirler ve terekenin geride kalanını aralarında paylaşırlar, dolayısıyla onlardan her biri terekenin 1/6'sına denk düşen bir pay alır.

Fakat şimdi, bu çözümde hata olduğu, İslâm hukukçuları veya en azından İmam Mâlik ve onun destekçileri tarafından kaçınılmaz bir buluş olarak tespit edilmiştir. İslâm hukuk usulünün özellikle kendisine mütemayil bulunduğu kuramsal teorisinin can damarı hakkındaki soru şudur: "Bu örnek olayda, babanın babasının merhumdan (praepositus) sonra yaşamadığını farz et? Ondan sonra ne olacak?" Bu durumda, gerçekte, problem, kaydedildiğine göre, Peygamber'in ölümünden sonra yaklaşık sekiz yıl sonra, o zamanın İslâm toplumunun lideri olan Halife Ömer'e getirilen ve meşhur ismiyle "el-Hımâriyye" (Eşek Meselesi) adını alan bir meseleye benzemiş olabilir. Ömer, bu konuda Peygamber'in Tanrı ile (vahyî) bir ilişkiye girdiğine dair herhangi bir şey iddia etmediği için, bu mesele kutsal veya yasal bakımdan uyulması zorunlu bir örnek olmasa da, Peygamber'in ashabının -Ömer gibi- kararları her zaman bağlayıcı bir otoriteye sahip olmuştur.

Ömer, bir terekenin, ölenin kocası, anası, anabir erkek kardeşler ve ana-bababir erkek kardeşler arasında dağıtılması vazifesiyle karşılaşınca ilk önce, sistematik olarak uygulanması sebebiyle, Peygamber tarafından açık bir şekilde telâffuz edilmiş olan, paylaşırmanın altın kuralı ile hükmetti: Kur'ân tarafından belirlenmiş mirasçılar kendi belirlenmiş hisselerini almalı ve daha sonra da baba tarafından olan erkek akrabalar terekenin geride kalanını almalıdır. Netice, ana-bababir erkek kardeşler açısından çok talihsizdir; dolayısıyla, burada, Kur'ânî mirasçılar olarak terekenin ilk paylaşımı sırasında 1/3 hisseyi hak etmiş olan anabir erkek (üvey) kardeşleri mirastan düşürecek kuvvetli mirasçı yoktur. Ve bu, kocanın 1/4'lük hissesi ve annenin 1/6'lık payıyla birlikte, terekeyi tamamıyla tüketir, ve böylece ana-bababir erkek kardeşlerin terekenin geride kalanını almaları için geride hiçbir şey kalmaz. Şimdi, öncelikli varisler olarak, koca ve annenin hakları tartışılmadığı için, olay, geride kalan 1/3'ün ana-bababir ve anabir erkek kardeşler arasında paylaşılması konusunda açık bir rekabete, başka bir ifadeyle, eski kabilevî mirasçılar olan ana-bababir erkek kardeşler ile Kur'ân tarafından ilk kez getirilmiş olan yeni mirasçılar, anabir erkek kardeşler arasında kafa kafaya bir çarpışmaya dönüşmüştür. Ve ana-bababir erkek kardeşler, baba tarafından mirasçılar olarak geleneksel üstünlüklerine rağmen, tamamıyla yenilmişler ve daha birkaç yıl önce böyle bir olayda yegâne hukukî mirasçıların kendileri olduklarını düşünerek, şüphesiz ki ümidi kırılmış ve eli boş bir şekilde sahayı terk etmek zorunda bırakılmışlardır.

Bununla birlikte, ana-bababir erkek kardeşler, inatçı davacılar olduklarını kanıtlamışlardır. Onlar Ömer'e başvurarak, anabir erkek kardeşlere karşı, kendilerinin merhumun (praepositus) babası tarafından gelen erkek tarafına dayalı bağ sebebiyle, üstünlük sağlamaya çalışmadıklarını, en azından onun için cezalandırılmamaları ve anabir erkek kardeşlerden daha kötü bir durumda olmamaları gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Ölen merhum, anabir erkek kardeşler ve bizzat kendileri (ana-bababir erkek kardeşler), anabir erkek kardeşlerin iddiasının yegâne dayanağı olan aynı anneye sahip değiller midir? O zaman, niçin ana-bababir erkek kardeşler olarak onların baba tarafından gelen bağları ve onların aynı anneye sahip oldukları gerçeğine dayanan şikâyetleri görmezlikten geliniyor ve en azından anabir erkek kardeşlerle eşit bir dereceye konulmalarına izin verilmiyor? Ömer bu tezin sağlamlığını kabul etti, ilk kararını değiştirdi ve koca ve annenin hakları verildikten sonra terekenin geri kalan 1/3'ünün anabir ve ana-bababir erkek kardeşler arasında eşit olarak paylaşılmasını emretti. Bu olayın Mes'eletü'l-Himâriyye şeklindeki ismi şuradan gelmektedir: Ana-bababir erkek kardeşler, baba tarafından gelen akrabalık bağlarından ferâgat etmek ve aralarındaki maddî bağ sebebiyle kendisine varis oldukları babalarını nazar-ı dikkate almamak konusunda kendilerine izin verilmesi şeklinde tezlerini dile getirdiler. "Ey müminlerin emiri!", olayın ortak yorumu onları söyledi, "varsayın ki, babamız malı olmayan bir eşek idi, (ancak) biz hâlâ merhum olan aynı anneye sahip değil miyiz?"

Mes'eletü'l-Himâriyye hakkında Ömer'in kararı ihtilâflı bir konudur ve onun hakkında daha sonra yapılan usûlî tartışma, İslâm hukukunun ayrıntılı olarak incelenmesi sırasında insan aklının rolünün ne olacağıyla ilgili temel soruna bulaştırılmıştır. Bir taraf, birinci örnekte Ömer'in ana-bababir erkek kardeşlerin mirastan düşürülmesi şeklindeki kararının sistematik bakımından daha sağlam ve prensip açısından daha doğru olduğu iddiasını sürdürmüştür. Onlara göre, insan aklı, yeni olayların düzenlenmesi konusunda, kesinlikle ilâhî kaynaklı kurallar üzerine yapılmış kıyasla sınırlanmıştır. Burada konuyla ilgili kural, Peygamber'in Sa'd'ın olayı hakkındaki kararıdır -

yani Kur'ân'ın belirlediği mirasçılar kendi paylarını aldıktan sonra, baba tarafından gelen erkek akrabalar terekenin geride kalanına varis olurlar. Mes'eletü'l-Himâriyye'deki ana-bababir erkek kardeşler, baba tarafından erkek akrabalarıdır. Ve bir defa baba tarafından erkek akraba olan, sürekli olarak baba tarafından akraba olarak kalır. Kanunî varis olma hakkı, özel durumlarda uygun bir şekilde iskartaya çıkarılmayacak derecede sürekli bir niteliktir.

Diğer tarafa göre ise, gerekli kararları verme yetkisi kendisine bırakılarak, insan aklına büyük bir serbestlik sağlanmıştır. Özel durumlarda mutlak kıyas, adaletsizliğe vesile olabilir, ve bu sebeple akla bir problemi âdilâne sebeplere dayanarak serbestçe çözüme konusunda izin verilmiştir –bu ister istemez *istihsân* veya "hakkaniyete dayalı tercih" adı verilen oldukça belirsiz ve iyi tanımlanamamış metottur. Onlara göre, Ömer'in ana-bababir erkek kardeşlerin bu hususî durumlarda anabir kardeşler gibi miras almalarına izin verilmesi gerektiğine dair son kararı, baba tarafından gelen erkek akrabalar olarak daima ve sadece onların varis olmaları gerektiğine dair mutlak kıyas kuralının kabul edilebilir âdilâne bir tâdilidir.

Elbette iki taraf da bireysel olayda adaleti araştırıyordu; ve açıktır ki, adalet, dinî hukuk terimleriyle hemen hemen aynı anlamda idi. Tek sorun bu terimlerin neler olduğu idi. Bu durum, lâfzın izafî anlamı ve yerleşik bir kuralın ruhu hakkında İslâm hukukçuları arasındaki bir ihtilâftır; ki bu ihtilâf, İngiliz hukuk sisteminde, yazılı olmayan hukukun (common law) mutlak lâfzî anlamını savunanlar ile adaleti savunanlar arasındaki tarihî ihtilâftan çok farklı değil gibi gözükmektedir.

Şimdi, bizim yukarıdaki özel miras problemine dönelim: Ömer'in Mes'eletü'l-Himâriyye konusundaki nihaî kararının altını çizen genel prensibi kabul eden hukukçular, bu örneğin mevcut olayla ilgili olduğunu ve bu sebeple, dede (babanın babası) ile ana-bababir erkek kardeşin mirastan eşit pay almaları gerektiği hususunda, sistematik çözümde bir revizyonun zorunlu olduğunu kabul etmişlerdir. Şayet, babanın babası mevcut değilse, ana-bababir erkek kardeşin, baba tarafından gelen bir erkek kardeş olarak değil, fakat bir anabir erkek kardeş olarak varis olması konusunu tartışmışlardır. Sırf babanın babasının sahneye çıkması sebebiyle, niçin bu durum değişecek? Şayet, ana-bababir erkek kardeşin statüsü, babanın babası sahneye çıktığı zaman, anabir erkek kardeş olarak algılanır ve bu sebeple de o, kesin bir şekilde varislikten dışlanırsa, bu durum babanın babasının bütün anabir erkek kardeşleri mirastan düşüreceği şeklinde yerleşik bir hukuk kuralı olmuş olur. Başka bir ifadeyle, gerçek anabir kardeşlerin babanın babası tarafından mirastan dışlanması, niçin yalnızca babanın babası lehine işlememektedir? Ana-bababir erkek kardeş, anabir erkek kardeşleri mirastan düşürmemekte ve babanın babasının yokluğunda, baba tarafından bir mirasçı olarak varis olamamaktadır. Dolayısıyla, niçin sadece babanın babasının mevcudiyeti sebebiyle onun bu haline ve son olaydaki apaçık zararına izin verilmiştir? İşte bu sebeple, Mâlik'in Kuralı'nın nihaî çözümü, ana-bababir erkek kardeşin tamamıyla dışlanması yerine, bu gibi durumlarda babanın babasının bütün mirasın üçte birini almasına izin vermektedir.

Benim buradaki amacım bu hukukî kırılmayı basit bir şekilde tasvir etmek olup onları eleştirmek değildir. Fakat, netice, talihsiz ana-bababir erkek kardeşler hakkında belki biraz acımasızdır. Başlangıç olarak onların lehine düzenlenmiş olan adil bir çözüm, şimdi sistematik bir biçimde onların zararına doğru genişlemektedir. Mes'eletü'l-Himâriyye'de onların babası nâmevcut veya en azından eşek gibi varsayılmıştır. Mâlik'in Kuralı'nda ise, onların babasının babası şimdi yok sayılmış veya en azından

erkek kardeşlerin baba tarafından gelen bağlarını kaybettiklerinin varsayıldığı muvakkat bir süre içerisinde, onların geçici olarak ortadan kayboldukları kabul edilmiştir. Fakat, daha sonra babanın babası kardeşleri mirastan dışlamak için tekrar ortaya çıkar ve terekenin bütün geri kalanını zapt eder. Bundan sonra, ana-bababir erkek kardeşler kesin statü ve kimliklerine rağmen, bazı karışık hallerde bulunabilir.

Tabii ki bu, İslam hukukunun hukukî akıl yürütme (speküstasyon) yoluyla gelişmesinin yalnızca bir örneğidir. Fakat belki de o, hukukun tamamen el yapımı kumaşı içerisinde, ilâhî vahiy ve beşer aklının ipliklerinin, hemen hemen birbirinden ayrılmayacak derecede, birbiriyle çok sıkı bir şekilde dokunmuş olduğunu göstermek için yeterlidir. İslam hukukçularının akıl yürütmesi (kıyas) pek çok şekillerde kendisini göstermiştir. O, "şayet örf, ilâhî vahyi açık bir şekilde reddetmemiş ise, ilâhî vahiy onu üstü kapalı bir şekilde onaylamıştır" önermesini formüle ederek, daha önce mevcut bulunan örf-âdet hukukunun standartlarını devam ettirmeye hizmet etmiştir; analogi (benzerlik esasına dayalı kıyas), ilâhî vahyin kendine özgü kurallarının genişletilmesine hizmet etmiştir. "Hakkaniyete dayalı tercih (istihsân)", analogiden ayrılarak, daha uygun olduğu sanılan bir çözüme ulaşmaya izin vermiştir. Fakat, o, ne tür form oluştursa oluştursun, klâsik dönemlerde hukuksal akıl yürütme (speküstasyon), ilâhî buyrukların yanı başında, beşer yapımı bir hukuk alanı yaratan bağımsız bir süreç olarak değerlendirilmemiştir. O, ilâhî irade karşısında tamamıyla ikinci derecede idi. Bunun anlamı ise, onun işlevinin, Allah'ın İslam toplumu hakkındaki amaçlarını anlamaya ve onları gerçekleştirmeye çalışmak olduğudur. Geleneksel hukuk ilminde yer aldığı gibi, belirli bir bilgi alanı ve aklın rolü hakkındaki bu tür çatışmalar, sadece bu sonucun ulaşabileceği bir takım manalarla ilgilidir. Bu doğru yorumda, İslam hukuku hem bir ilâhî hukuk ve hem de bir hukukçuların hukukudur. İslam hukukunun bu iki tanımla mütalâa edilmesi, birbirini tamamlayıcıdır ve birbirinin zıddı değildir.