

# THE LEGAL APPEARANCE OF RELIGION-STATE RELATIONS IN THE OTTOMAN EMPIRE BEFORE 1839

MUSTAFA FATİH SARI

Araştırma Görevlisi, Hacettepe Üniversitesi, Kamu Hukuku Bölümü, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı  
Mail: mustafafatih@sari@hacettepe.edu.tr

 ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-6803-669X>

## ABSTRACT

Religion was one of the primary factors that constituted the state order in the Ottoman Empire. Religion and the state were intertwined. Such issues as the legitimization of the position of the state and sultanate through Islam and the sultan being the khalif at the same time could be given as examples of this. Hanafism had the official sect status; a sectarian sense of belonging was determinative in the assignments made in madrasahs and courts. The centralist character of the state could be seen in the control over the religious class. In reply to such control, the religious class was exempt from taxes. Thanks to this control, the state could more easily ensure its legitimacy. The determinant position of the religion in the Ottoman Empire was also valid in the legal field. The Ottoman law consisted mainly of the Islamic law. However, Islamic law didn't regulate all the areas in detail. The head of the state was given the high authority of regulation and discretion, especially in public law, which resulted in the development of customary law along with the shariah law. Determining what kind of a relationship there is between the customary law and the shariah law and whether the customary law corresponds to an independent and unlimited regulatory authority seems considerably important. In the last analysis, the Ottoman law is a kind of Islamic law even though the regulations in this field are mostly driven through reason, the function of the religious class in the legislative process focuses on legitimization rather than control, and there are some doubts about the compliance of the content of some regulations in this field with Islamic law.

**Keywords:** Ottoman law, Islamic law, customary law, shariah law, religion-state relations.

## Makaleye Ait Bilgiler

**Makale Türü:** Araştırma

**Geliş Tarihi:** 26.04.2024

**Kabul Tarihi:** 30.05.2024

**Yayın Tarihi:** 15.06.2024

**Yayın Sezonu:** Ocak-Haziran

## Makaleye Atıf Bilgisi

SARI Mustafa Fatih, (2024). "1839 Öncesi Dönemde Osmanlı'da Din-Devlet İlişkilerinin Hukuki Alandaki Tezahürleri".

*Muhafazakâr Düşünce Dergisi*. Yıl: 20 Sayı: 66. (364-394)

*muhafazakardusunce* • yıl: 20 - sayı: 66 • Ocak-Haziran 2024

# 1839 ÖNCESİ DÖNEMDE OSMANLI'DA DİN-DEVLET İLİŞKİLERİNİN HUKUKİ ALANDAKİ TEZAHÜRLERİ<sup>1</sup>

MUSTAFA FATİH SARI

## Öz

Din, Osmanlı'da devlet düzenini belirleyen unsurların başında gelmiştir. Din ve devlet iç içe olmuştur. Devlet ve padişahlık makamının varlığının İslâm üzerinden meşrulaştırılması, padişahın aynı zamanda halife olması gibi durumlar da bunu göstermektedir. Hanefilik, resmî mezhep statüsünde olmuş, medreselerde ve mahkemelerde yapılan görevlendirmelerde mezhepsel aidiyet belirleyici olmuştur. Devletin merkezîyetçi karakteri, dinî sınıf üzerindeki kontrolünde de görülmektedir. Dinî sınıf bu kontrolün bir karşılığı olarak vergiden muaf tutulmuştu. Bu kontrol sayesinde devlet, kendi meşruiyetini daha rahat sağlayabiliyordu. Osmanlı'da dinin belirleyici konumu hukukî alanda da görülmekteydi. Osmanlı hukuku, esas olarak İslâm hukukundan oluşmaktaydı. Ancak İslâm hukuku, her alanı detaylıca düzenlemiş değildi. Özellikle kamu hukuku alanında devlet başkanına geniş bir takdir ve düzenleme yetkisi tanınmıştı. Bu da şer'î hukukun yanında örfî hukukun gelişmesine sebep olmuştu. Şer'î hukuk ve örfî hukuk arasında nasıl bir ilişki olduğunu, örfî hukukun bağımsız ve sınırsız bir düzenleme yetkisine karşılık gelip gelmediğini belirlemek son derece önemlidir. Bu alanda yapılan düzenlemelere daha ziyade akıl kaynaklık ediyor; yasama sürecinde dinî sınıfın işlevi bir denetimden çok meşrulaştırmaya odaklanıyor; bu alandaki bazı düzenlemelerin içeriğinin İslâm hukukuna uygunluğu konusunda şüpheler bulunuyor olsa da Osmanlı hukuku nihâf tahlilinde İslâm hukukudur.

**Anahtar Kelimeler:** Osmanlı hukuku, İslâm hukuku, örfî hukuk, şer'î hukuk, din-devlet ilişkileri.

1 Bu makale, Tanzimat Fermanı'nın Osmanlı Devlet Düzenine Etkileri (1839-1856) başlıklı doktora tezin-den üretilmiştir.

## GİRİŞ

Osmanlı'da devlet düzenini belirleyen unsurların başında İslâm dini gelmektedir. En başta devletin varlığının ve padişahlık makamının düzen içerisindeki konumunun temellendirilmesinde, bunlarla ilintili olarak devletin fonksiyonlarının içeriğinin saptanmasında veya padişahın yetki alanı ve sınırlarının belirlenmesinde *dinin* belirleyici etkisi bariz bir şekilde görülmektedir. Öte yandan *dinin* Tanzimat reformlarının yürüncesinin belirlenmesinde de önemli bir yeri olduğu söylenmelidir. Tanzimat'ı belirleyen dış dinamiklerin kendilerine çarparak şekillendiği iç dinamiklerden birisi *din* olmuştur. Örneğin, hukukun hangi alanlarında Batı'nın referans alınıp, hangilerinde alın(a)mayacağına dair tartışmaların dinî bir zeminde vuku bulduğu söylenebilir. Yine mesela bazı reformların ilk anda umulandan daha gürültüsüz karşılanmasında klasik dönemde oluşan *din* ve *devlet* arasındaki ilişkiler, devletin ve dahi toplumun dinî telakkisi, devletin ulema üzerindeki nüfuzu gibi hususların etkili olup olmadığı ilginç bir konu başlığı olsa gerektir. Bir anlamda klasik dönemde *din* ve *devlet* ilişkilerinin içeriğine dair yüzeyselliğin görece üzerine çıkmış bir irdeme ameliyesi, Osmanlı Devleti'ne dair idealize edilmiş kalıp düşüncelerin temelsizliğini de ifşa etme imkânı sunacaktır.

Bu makalede, öncelikle Tanzimat öncesi dönem bakımından din-devlet ilişkilerine dair genel bir çerçeve çizilmeye çalışılacak, sonrasında ise örfî ve şer'î hukuk meselesi irdelenmeye çalışılacaktır. Bu doğrultuda ilk kısım bağlamında padişahlık makamının dinî açıdan temellendirilmesi, *şariatın* işleyişinde padişahın önemi, halifelüğün Osmanlılara geçişinin etkisi, Hanefiliğin resmî mezhep olarak benimsenmiş olmasının anlamı ve etkileri, devletin mezhepsel yaklaşımının zaman içerisinde geçirdiği değişimler, devletin ulema üzerindeki nüfuzu gibi meselelerden bahsedilecektir. İkinci kısım bağlamında ise örfî hukukun nasıl temellendirildiği, *siyâset-i şer'iyye* kavramı ve bu kavram etrafında Osmanlı'da dönen tartışmalar, literatürde Cumhuriyet dönemi itibariyle örfî hukuk ve şer'î hukuk ilişkisine dair yaygınlık kazanan tartışmalar gibi meseleler konu edinilecektir. Devamında ise genel bir değerlendirme yapılmaya çalışılacaktır.

## Genel Hatlarıyla Osmanlı'da Din-Devlet İlişkileri

### *Ana Kurgu*

Osmanlı'da din-devlet ilişkilerinin 1839'a kadarki durumuna dair tafsi-latlı meselelere girmeden evvel, bu ilişkilerin genel çerçevesi çizilmelidir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, Osmanlı Devleti'nde *din* ile *devlet* iç içedir.

*Devlete* şekil veren *dinin* esaslarıdır (Akgündüz, 1999b: 166). Osmanlı siyasî terminolojisinin merkezinde yer alan ve sıklıkla atıf yapılan *din ü devlet* tamlaması da esasında bu iç içe olma durumuna işaret etmektedir. Burada, düzenin merkezinde yer alan padişahlık makamının dinî bakımdan nasıl konumlandırıldığını ayrıca tarif etmek gerekmektedir. Osmanlı düzeninde padişah, daha kuruluş dönemlerinden itibaren kafirlerle yapılan cihatta Müslümanların lideri olarak görülmüştür. Aslında “kafir”, “gaza”, “cihat” gibi terminolojik tercihler de zaten bu durumu açığa çıkarmaktadır. Öte yandan, Yavuz Sultan Selim’in Memlûk sultanını yenip, Mekke ve Medine şehirlerini almak suretiyle *hâdimü’l-haremeyni’ş-şerîfeyn* (Mekke ve Medine’nin hâdimi)<sup>1</sup> unvanını alması neticesinde Osmanlı hükümdarına aynı zamanda halifelik sıfatı da eklenmiş olmuştur. Böylelikle Osmanlı hükümdarı Müslümanlar nezdinde üstün bir konuma ulaşmıştı. İlerleyen dönemde Ebussuud Efendi de Osmanlı hükümdarının dinî meşruiyetini tanımlama ve dinî bakımdan konumlandığı yeri berraklaştırmada önemli katkılar sunacaktı. “Tanrı’nın yeryüzündeki gölgesi” olma, “açık şeriatın kuralları için yolu düzleme”, “Allah’ın Yüce Kelamını açık etme” bunlardan bazılarıydı. Hükümdar yalnızca güce dayalı bir zorbalıkla hükmediyor değildi, bunun ilâhî düzeyde bir anlamı vardı (Imber, 2022: 122-128).<sup>2</sup> Bir başka açıdan, *din* ve *devlet*, Osmanlı düzeninde hükümdarın şahsında buluşmaktaydı. Hükümdar hem *imam* hem de *padişah* sıfatına sahipti ve böylelikle askerî-siyasî otorite (seyfiye) ile dinî otoriteyi (ilmiye) şahsında toplamaktaydı (İnalçık, 2012a: 124). Öte yandan, *halife-i müslimîn* ve *halife-i rûy-i zemin* gibi unvanların Kanunî Sultan Süleyman tarafından kullanıldığı da söylenmelidir (İnalçık, 2020: 108).

Aslında hükümdarın İslâm hukukundaki yeri konusunda Osmanlı’nın kuruluşundan çok uzun zaman önce başlayan tartışmaların yapıldığı söylenmelidir. Osmanlı düşüncesinde de bu tartışmalardan izler bulmak mümkündür. Mesela, El-Mâverdî, *şeriatın* uygulanmasını teminat altına alacak, Müslümanların iyilik ve bekasına odaklanmış dinden kaynaklanmayan bir

1 Yavuz’un aksine Memlûk sultanları *hâmi’l-haremeyni’ş-şerîfeyn* unvanını kullanmaktaydı. Bkz. İnalçık, 2020: 107.

2 Öte yandan, Osmanlı sultanının halifelığının meşru kabul edilebilmesi için hilafetin Kureyşlilik şartını gerektirip gerektirmediği hususunun açıklığa kavuşturulması da önem arz etmekteydi. Bunu sağlama noktasında Lutfi Paşa’nın 1554 yılında kaleme aldığı ve *Halâsü’l-ümme fi ma’rifeti’l-e’imme* başlığını taşıyan risale ziyadesiyle önemli bir yerde durmaktadır. Bu metinde söz konusu şart, tartışma konusu yapılmış ve nihayetinde dönemin hükümdarı Kanunî Sultan Süleyman’ın meşru halife olduğu ilân edilmiştir. Paşaya göre kendi çağında Osmanlılara denk sayılabilecek başka bir siyasî otorite mevcut değildi ve Osmanlı sultanı da tüm insanların kendisine itaat etmesi farz olan “*imâmü’z-zaman/çağın halifesi*” idi. Hilafet için Kureyşliliğin şart olduğunu söyleyenler ise Sünnî çizgiden saparak Rafizilerin iddialarına tutunmuş olmaktadır. Bkz. Kavak, 2022: 29.

kuvvetin (*kuvvetu's-saltana* yahut *emâra*) ne kadar gerekli olduğundan bahsetmiştir (İnalcık, 2020: 7). Burada hükümdara verilen paye son derece dikkate değerdir. Hükümdar, El-Mâverdü'nin düşüncesinde *şeriatın* uygulanmasının bir ön-şartı olarak konumlandırılmaktadır. Benzer bir yaklaşımı Fatih döneminin tarihçi ve idare adamlarından Tursun Bey'de de görmekteyiz. Farâbî ve Nasireddin Tûsî'nin devlet ve hukukun kökenine dair görüşlerinden de etkilenen Tursun Bey, Allah'ın her devirde bir büyük padişah yetiştirdiğini, nizam-ı âlem için onu müeyyed kıldığını, insanlar başıboş bırakılırsa düzenin bozulacağını, çatışma ve düşmanlığın hâkim olacağını, bu tip bir kargaşa hâlinin ancak padişahın *tedbiriyle* sonlanacağını, dolayısıyla toplumun en başta bir padişaha ihtiyaç duyduğunu ileri sürmüştür. Bu *tedbir*, herkesin kendi yeteneğine göre yerleştirildiği mevkiinde tutulmasını sağlayan, insanları başkasının hakkını ihlal etmekten alıkoyan bir işleve sahiptir. Burada bahsedilen *tedbir*, esasında *siyaset*dir. Siyaseti “ilahî siyaset”/*şeriat* ve “sultanî siyaset”/*örf* olarak ikiye ayırmaktadır. Her ikisi de esasında bir padişaha ihtiyaç duymaktadır. Padişahın bu öneminden ötürüdür ki, Allah, ona itaati herkese farz kılmıştır. Toplumsal düzenin korunması için padişahın varlığını zorunlu gören Tursun Bey'in bununla bağlantılı olarak padişahın tam ve mutlak bir otorite sahibi olması gerektiğine dair görüşleri de dikkate değerdir (İnalcık, 2020: 81-82). Görüldüğü üzere, padişah, *şeriatın* uygulanması ve amaçlarının gerçekleştirilmesinde son derece önemli bir yerde konumlandırılmaktadır. Bu sayede padişahın varlığı ve yetki alanının genişletilmesinin meşruiyeti de dinî bakımdan sağlanmış olmaktadır. Bunlarla ilintili olarak -aşağıda bahsedileceği üzere- *örfî hukuk* alanının *şeriat* ile olan bağı da ortaya çıkmaktadır. Ancak bu meseleye geçmeden evvel, devlet-din ilişkilerinin mezhepsel bağlamı irdelenmelidir.

### ***Devlet ve Resmî Mezhep***

Osmanlı Devleti, daha kuruluş dönemlerinden itibaren Hanefîliği resmî mezhep olarak benimsemiş görünmektedir. Hanefî mezhebinin bu statüsü hem mahkemelerde uygulanması hem de medreselerde müfredatı belirlemesi bağlamlarında ortaya çıkmaktaydı. Osmanlı öncesi dönemde Anadolu coğrafyasında görev yapan hukukçuların büyük oranda Hanefî olması bu mezhepsel bağın uygulamaya geçirilmesinde ihtiyaç duyulacak insan kaynağı bakımından büyük bir imkân sağlamıştı (Imber, 2022: 52-53). Örneğin, önceki dönemlerde Türk devletlerinde de genellikle Hanefî mezhebinden olan kadıların tayin edildiği söylenmektedir. Bu bağlamda Büyük Selçuklu Devleti'nde Tuğrul Bey zamanından sonra kadıların ekseriyetle bu mezhepten seçilmesi söz konusuydu (Aydın, 2014: 87-88).

Hanefî mezhebinin Osmanlı hukukuna tezahürleri ele alınmadan evvel mezhebin genel yapısı hakkında bazı açıklamalar yapmak gerekmektedir. Özellikle Osmanlı Devleti'nin *örfi hukuk* uygulamasında da görüldüğü üzere, devlet yönetiminde toplumsal, siyasî, iktisadî şartlara göre hareket edilmesine imkân tanıyan bir teorik zeminin önemi açıktır. İşte Hanefî mezhebinin bünyesindeki *esneklik*, devlete bu bağlamda belirli bir hareket alanı sağlayabilmiştir. Hanefî mezhebi içerisinde bir içtihadın gücü büyük oranda nispet ettiği Ebu Hanife, Ebu Yusuf, Şeybanî gibi mezhep büyükleriyle ilişkiliydi.<sup>3</sup> Yani meşruiyet, gelenekten devşiriliyordu. Hanefî mezhebinde bir fıkıh eserinin eskimesi yahut bir görüşün başka bir görüşü ortadan kaldırması söz konusu değildi. Hâkim görüş dışındakilere dayanmak da imkân dahilindeydi. Uğraşılan soruna çözüm veya iddiayı destekleyecek emsal arayan hukukçular oldukça zengin bir kaynakla muhataptı. Gelenekte emsali bulunmayan bir görüş ise geçersiz addediliyordu (Imber, 2022: 67). Nitekim Ebussuud Efendi'nin para vakıfları meselesinde görüşünü Şeybanî ve Züfer gibi isimlere referansla kurgulaması da Hanefî mezhebinin içsel dinamiklerine dair bir bilinçten neşet ediyor olsa gerektir. Öte yandan, *ehl-i şer* bazı durumlarda Hanefî mezhebinin sınırlarının dışına çıkma tavrı dahi gösterebilmekteydi. Ebussuud'un mirî arazi ve tımar sisteminin şer'î hukukla bağını kurmaya dönük formülasyonu buna örnek olarak gösterilebilir.<sup>4</sup> Görüldüğü üzere, gelenekle kurulan bağ, kavramsal çerçeve ve hukukun ana çizgileri bakımından Hanefî mezhebi belirli sınırlara/*katlıklara* sahip olsa da mezhep içindeki hâkim görüşün diğer görüşleri ortadan kaldırmaması, hâkim görüş statüsünde olmayan görüşlere referansla yorum oluşturabilme imkânı gibi özellikleri belirli bir *esneklik*/hareket alanı sağlamaktadır.

Medreselerde verilen eğitimin Hanefî fikhını esas alması, adlî ve idarî hiyerarşinin mertebelerinde yükselebilmek için Hanefî olma şartının aranması gibi durumların gösterdiği şekilde resmî olarak Hanefî mezhebinin benimsenmiş olması *yeknesaklık* sağlanmasına büyük bir katkı sunmaktaydı. Bu, bir taraftan adlî ve idarî kadroların kurgulanma biçimiyle sağlanıyordu, bir taraftan da imparatorluk coğrafyasının tamamında kapsayıcı bir birlikteliği

3 Mezhep içerisindeki hâkim görüş (*esahh-ı akval*) mezhep kuralları dahilinde belirlenmekteydi. Örneğin, Ebu Hanife ile iki meşhur öğrencisinden birisi aynı görüşte bulunmuş ve diğer öğrencisi farklı görüşteyse hâkim görüş birincisi oluyordu. Bkz. Aydın, 2014: 91.

4 Osmanlı'da mirî arazi ve tımar sisteminin temeli, Hanefiler dışındaki İslâm hukukçularının görüşlerinden teşkil olunmuştur. Buna göre savaş yoluyla fethedilen araziler hakkında "*Müslümanlara vakıf*", yani rakabesi devlete ve tasarruf hakkı da reayaya bırakılan arazi görüşü söz konusuydu. Öte yandan, ülül-emr, seçimler hakkını kullanarak mirî arazi ilan ettiği yerlerin tasarruf şeklini amme maslahatına göre dilediği şekilde tanzim edebiliyordu. Bkz. Akgündüz, 1990: 77.

sağlamaya dönük çıkarılan “genel” kanunlar marifetiyle sağlanıyordu. İmparatorluğun pek çok alt kültürü bünyesinde barındıran kozmopolit yapısı düşünüldüğünde, böyle bir *yeknesaklığın* sağlanması oldukça önemliydi. Ancak bu *yeknesaklık*, haddini aşan bir *katılık* anlamına gelmemektedir. Devlet gerek *şer’î hukuk* gerekse *kanunu* uygulama safhasına geçirirken farklı coğrafyaların hususiyetlerini dikkate alıyordu. Yine mesela *esnek yaklaşım* bağlamında, bahsedilen “genel” kanunlar dışında farklı yerlerin hususî durumlarını dikkate alan kanunlar da ihdas edilmekteydi. Hakeza Osmanlı Devleti, resmî olarak Hanefî mezhebini benimsemekle beraber, yerleşim birimlerinin hususî durumlarına göre Şafîî, Hanbelî veya Malikî mezhebine bağlı naipler görevlendirebilmekteydi. Yani *yeknesaklığı* sağlamaya çalışan uygulama ve düzenlemeler, bölgesel mahallî kanunlar ve yerel halktan naiplerin göreve getirilmesinde görüldüğü üzere kültürel farklılıkları dikkate alan bir yaklaşımla dengelenmeye çalışılıyordu. Benzer şekilde, “eyalet kanunları” da yerel şartlar ve imparatorluğun şartlarını dengeleme çabasının bir yansımasıydı (Hallaq: 2021: 135-139). Burada, Osmanlı’nın *esnek yaklaşımının* bir tezahürü söz konusudur. Ancak bununla hiçbir sabitesi olmayan bir esneklik kastedilmemektedir. Örneğin, naiplik düzeyinde sağlanan esnekliğin, yargı hiyerarşisinin daha yüksek mertebelerinde görüldüğünü söylemek mümkün değildir. Yine mesela naiplik düzeyindeki esnekliğin Sünnî fıkıh mezhepleriyle sınırlı olduğu da bu meyanda söylenebilir.

Aydın, 16. yüzyıl ortalarıyla beraber devletin mezhepsel konularda daha katı bir tutum takındığını, bir diğer ifadeyle resmî mezhep anlayışının katı bir uygulamaya dönüştüğünü tespit etmektedir. Buna göre, bahsedilen kırılmadan evvel diğer mezheplere belli ölçüde müsamaha gösterilmekte, resmî mezhep anlayışı ziyadesiyle esnek bir biçimde uygulanmaktaydı. Ve fakat padişah koltuğunda Kanunî Sultan Süleyman’ın, şeyhülislâmlık makamında ise Ebussuud Efendi’nin oturduğu yeni dönemde Anadolu ve Rumeli’de Hanefî mezhebi dışındaki görüşler yasaklanmış, kadı ve müftülere yalnızca bu mezhebin görüşlerini dikkate alma mecburiyeti getirilmiştir. Yine aynı dönemde “*ıctihat hukukundan kanun hukukuna doğru bir geçiş*” ortaya çıkmıştır. Bu doğrultuda, İslâm hukukunda farklı bir hukukî görüş, padişahın emriyle mecburen uygulanan bir hukuk kuralı hâline gelmektedir (Aydın, 2014: 90-93).<sup>5</sup> Ebussuud Efendi, bahsi geçen uygulama ile *şer’î hukuku kanunî bir kalıba dökmenin yolunu açmış* oluyordu. Zira bu fetvalara padişah iradesinin eklenmesiyle belli bir yorum uygulanması gereken bir kanun maddesi statüsüne erişiyordu (Aydın, 2014: 139-140).

5 Akgündüz (1990: 68-73), *ıctihat* tercihi suretiyle yapılan yasama faaliyetinin hukukî istikrar sağlama amacına matuf olduğunu ifade etmektedir. Zira *ıctihadî hükümler kat’î değil zannî ilim ifade ettiklerinden* ötürü Kur’an ve Sünnet’in nasları gibi bağlayıcılıkları yoktur.

Sonuç olarak, Osmanlı'da Hanefiliğin resmî mezhep statüsünde olduğunu; medreselerde ve mahkemelerde bu statünün tezahürlerinin açık bir biçimde görüldüğünü; böylelikle hukukî düzeyde belirli düzeyde bir yeknesaklaşma sağlandığını; bu yeknesaklığın içeriğini belirleme konusunda mezhebin devlete belirli bir hareket alanı tanıdığını; devletin yeknesaklaşmayı her koşul ve şartta uygulanması gereken mutlak bir ideal olarak benimsemeyip, farklı bağlamlarda genel yaklaşımından ayrılabildiğini; devletin belirli bir tarihsel eşikte farklı/heterodoks dinî hareketlerin, toplumsal, siyasî, iktisadî şartların etkisiyle daha katı bir mezhepsel tavır takınabildiğini söylemek mümkündür.

### *Devletin Ulema Üzerindeki Nüfuzu*

Osmanlı Devleti'nin gerek önceki İslâm devletleri, gerekse çağdaşı olan devletlerle kıyaslandığında daha merkezîyetçi bir karaktere sahip olduğu sıklıkla zikredilir. Merkezîyetçiliğin en önemli tezahürlerinden birisi din-devlet ilişkilerinde görülmektedir. Bu bağlamda devletin dinî kurumlar ve sınıflar üzerinde dikkate değer bir kontrol tesis etmiş olduğu ilk bakışta söylenebilir. Devlet ve din ilişkilerinin kurumsal düzeydeki yansımalarına işaret eden bu konu örfî-şer'î hukuk ilişkisi, padişahın iktidarının sınırlandırılması, Tanzimat reformlarının uygulanması gibi pek çok meselenin seyrini etkileyen bir niteliğe sahiptir.

*Din ve devlet*, Osmanlı düzeninde en başta hükümdarın şahsında bir araya geliyordu. *İmam* ve *padişah* sıfatına sahip olarak hükümdar askerî-siyasî otorite (seyfiye) ile dinî otoriteyi (ilmiye), yani *din* ve *devleti* şahsında toplamaktaydı. Aynı birlikteliği sadrazamlık makamında da görmek mümkündü. Hükümdarın tek ve mutlak vekili olan sadrazam hem seyfiye hem de ilmiyeye nezaret etmekteydi. İlmiyenin kendi özerk teşkilatı vardı ancak bu teşkilat son kertede hükümdarın otoritesine tâbiydi (İnalçık, 2012a: 124). Aslında ilmiye sınıfının devlet içerisinde konumlanması bir yönüyle kendileri açısından çok önemli kazanımlar elde etmelerini sağlıyordu. Seyfiye ve kalemiye mensupları gibi onlar da vergiden muaf tutulmuştu (İnalçık, 2012a: 127).

Hallaq'ın tespitiyle mesela hukuk eğitiminin/mesleğinin devletin bürokratik ve siyasî yapısı içerisine alınması, başka hiçbir yerde Osmanlı'da inşa edilen hukuk hiyerarşisindeki kadar belirgin olmamıştır. Hiyerarşinin tepesindeki şeyhülislâm, taşradaki kadıları atama ve görevden alma yetkilerine sahipti. Devlet, hukuk mesleği üzerinde kurduğu bu tahakküm yoluyla meşruiyetle ilgili sorunları da çözmeyi tasarlıyordu. Aslında hukuk mesleğini İstanbul merkezli bir hiyerarşinin içerisine almanın bir sonucu da istenildiği



takdirde bunun ortadan kaldırılabilme imkânını sunmasıydı. Nitekim, 19. yüzyılda bu imkân doğrultusunda yargı alanında radikal sayılabilecek kararlar alınacaktır (2021: 100-101).

### **Osmanlı'da Şer'i ve Örfi Hukuk İlişkisi**

Dinin Osmanlı Devleti üzerindeki kuşatıcı ve belirleyici etkisi pek tabii ki hukukî alanda da görülmektedir. Osmanlı hukuku, tıpkı diğer İslâm ve Türk devletleri gibi esas olarak İslâm hukukundan oluşmaktadır. Bununla beraber *şeriatın* kamu hukuku ve özel hukukun her veçhesi hakkında açık ve net hükümlere sahip olmadığı görülmektedir. İşte burada karşımıza *örfî hukuk* kavramı çıkmaktadır. Bu bağlamda siyasî otoriteye *şer'î hukukun* çizdiği sınırlar dahilinde bir yasama yetkisi tanınmıştır.

Şer'î hukuk, Osmanlı Devleti'nin kuruluşundan uzun zaman önce, İslâmiyet'in zuhuruyla beraber oluşmaya başlamıştır. Dört halife dönemini kenarda bırakırsak, bu hukukun oluşumunda devlet müdahalesi olmamıştır. Şer'î hukukun içeriği klasik fıkıh kitapları içerisinde kendisine yer bulmaktadır. Aydın'ın ifadeleriyle şer'î hukuk "*müçtehit hukukçuların İslâm hukukunun kaynaklarına dayanarak fıkıh usulü ilmindeki esaslar çerçevesinde yapmış oldukları içtihatlarla dayanmaktadır*". Bununla beraber İslâm hukuku, her alanı kesin kurallar çerçevesinde tümüyle düzenlememiş olup, devlet başkanına geniş bir takdir ve düzenleme yetkisi tanımıştır. İşte örfî hukuk da bu alana dairedir. Örfî hukuk, şer'î hukukun aksine, hukukçuların ilmî içtihatlarıyla değil, padişahların koydukları kanunlarla oluşmuştur. Terime tarihsel kaynaklarda ilk kez Fatih döneminde Tursun Bey'in metinlerinde rastlanmakla beraber, örfî hukukun örnekleri devletin kurucusu Osman Bey zamanındaki uygulamalarda dahi görülmektedir. Örneğin, ilk örfî vergi olarak bilinen pazar vergisi (*bâc*) böyledir. Öte yandan örfî hukuk uygulaması daha önceki devletlerde de bulunmakla beraber, hükümdarların koyduğu hukukî esasların genel kanunnameleler formunda bir araya getirilmesi ilk kez Osmanlı Devleti döneminde ortaya çıkmıştır. Sonuç olarak, Osmanlı hukukunun kabaca şer'î ve örfî hukuktan müteşekkil olduğu söylenebilir (2014: 16-19). Bu girizgahtan sonra aşağıda *örfî hukukun* nasıl temellendirildiği/meşrulaştırıldığı, *şer'î* ve *örfî hukukun* kaynakları ve aralarındaki ilişkinin muhtevası, bu konulara dair Osmanlı'da ve Cumhuriyet döneminde görülen tartışmalar gibi başlıklara odaklanılacaktır.

### **Osmanlı'nın Örfî Hukuku Nasıl Temellendirdiği**

Osmanlı'da örfî ve şer'î hukuk ilişkisinin içeriği, Osmanlı hukukunun şer'î ve örfî karakteri gibi hususlardaki tartışmalara geçmeden evvel Osman-

lı'da örfî hukukun nasıl temellendirildiği hakkında bazı değerlendirmeler yapmak gerekmektedir. Devletin ve padişahın varlığının meşruiyeti kurulurken dinî alana yapılan referansların yoğunluğu düşünüldüğünde, Osmanlı hukukunun örfî tarafının geniş plandaki bağlama oturtularak temellendirilmesinin önemi daha iyi anlaşılacaktır.

Öncelikle -Tursun Bey'in görüşlerinde de görüldüğü üzere-, *şeriatın* uygulanması için hükümdara gerek olduğu düşüncesinden bahsedilebilir. Toplumsal düzenin sağlanması ve korunması için gerekli olan *siyasetin* bir türünü hikmete dayanan siyaset-i ilahi/*şeriat* oluştururken, diğer türünü ise nizâm-ı âlem için hükümdarın akla dayanarak koyduğu siyaset-i sultani/*örf* oluşturmaktaydı (İnalçık, 2020: 58, 81-82). Allah yeryüzünde kargaşa değil, nizamın sağlanmasını murad etmekteydi, bu nizamın sağlanması için bir padişaha ihtiyaç vardı, padişah da bu nizamın sağlanması için siyaset-i sultani kurumunu işletmek durumundaydı. Bir başka ifadeyle, eğer padişah ve onun düzeni sağlamak için kullandığı *örf* olmazsa toplumsal düzenin temin ve muhafazası için gerekli olan *tedbirler* hayata geçirilmemiş, böylelikle *şeriatın* uygulanma imkânı da ortadan kalkmış olacaktı. Dolayısıyla Tursun Bey'in de Osmanlı'daki temsilciliğini yaptığı düşüncede *örfün şeriatı* rağmen gelişen bir alan değil, *şeriatın* somut gerçeklik düzleminde/maddî alemde sağlıklı bir biçimde hayata geçirilmesini sağlayan bir zemin olduğu söylenebilir.

Örfî hukukun dinî nasların pratiğe dökülmesini temin etmek ve İslâm hukukunun ilke ve kurallarının zaman-mekân bağlamlarına uyacak şekilde uygulanmasını sağladığı da söylenmektedir. Örneğin, İslâm hukukunda askerî alana veya devlet teşkilatına dair değişmez/detaylı hükümler bulunmamaktadır. Örfî hukuk ise “şûra”, “adalet” gibi temel ilkelerin somut düzleme aktarılmasını sağlayan bir hukukî form olmaktadır. Ek olarak, örfî hukuk alanındaki düzenlemeler Kur'an ve Sünnet'e *aykırı olmadığı* müddetçe İslâm hukukunun kapsamı dahilinde görülmektedir (Koşum, 2003: 352-354).

Daha önce birtakım şartların dayattığı düzenleme ihtiyacının yanında İslâm hukukunun hükümdara bıraktığı alanın varlığından da bahsedilmişti. Belirli alanlar Kur'an ve Sünnet tarafından detaylıca düzenlenmiş ve fakat bazı alanlarda da düzenleme yapması konusunda hükümdara belirli bir takdir hakkı tanınmıştır. Nitekim bu imkân çerçevesinde Osmanlı padişahları daha ziyade malî hukuk ve ceza hukuku alanlarında çeşitli düzenlemeler yapmıştır. Mesela ceza hukuku alanında had ve kısas suçları şer'î hukuk tarafından düzenlenmiş olup, bu suçlar bakımından padişahın bir düzenleme yetkisi mevcut değildir. Bununla beraber, tazir suçları olarak adlandırılan

çok geniş bir suç kategorisi vardır ki, burada düzenleme yetkisi hükümdara bırakılmıştır. Yine şer'î vergilerin haricinde örfi vergilerin konulması da hükümdara bırakılan alan içerisinde gerçekleşmektedir (Aydın, 2014: 23-24).<sup>6</sup>

Osmanlı'da hükümdara bırakılan düzenleme yetkisinin hem varlığını hem de bu yetkinin içeriğinin genişletilmesini temellendirmede *istihsân* ve *istislâh* gibi bazı ilkelere başvuruluyordu. Bu hususta Hanefî mezhebinin genel yaklaşımının da söz konusu temellendirme çabasında ulemaya bir alan açtığı da söylenmelidir. Örneğin, Molla Fenârî, *istislâh* ilkesini genişleten bir isim olarak kabul edilmektedir. Yine mesela Ebussuud Efendi'nin para vakıfları konusundaki görüşünü inşa ederken *istihsân* ilkesine başvurması söz konusuydu. O, toplumun faydasının sağlanmasını para vakıflarının *şeriatla* bağını kurmakta kullanmaktaydı. Zira binlerce fakir insan, ulema, öğrenci ve imaret para vakıflarından faydalanmaktaydı (İnalçık, 2020: 4-5).<sup>7</sup>

### **Osmanlı'da Yapılan Tartışmalar**

Osmanlı'da örfî hukuk etrafında dönen tartışmalarda ulemanın daha ziyade *siyâset-i şer'iyye* kavramını kullanmayı tercih ettiği söylenebilir. İkisnin anlamı arasında büyük ölçüde örtüşme söz konusu olsa da Osmanlı'yı da kuşatan İslâm düşünce geleneğinde konunun *siyâset-i şer'iyye* başlığı altında

6 Şer'î hukukun *daha ziyade* özel hukuk alanını, örfî hukukun ise *daha ziyade* kamu hukuku alanını düzenlediği konusunda genel bir kanaat vardır. Ancak ilk bakışta yapılan bu genel değerlendirmenin, kurgulanan bu şablonun somut gerçekliği tümüyle kuşatmaktan uzak olduğu da eklenmelidir. Şer'î hukukun *daha ziyade* şahıs, aile, miras, eşya, borçlar, ticaret hukuku gibi alanları düzenlemekle beraber, söz konusu alanlarda kimi örfî düzenlemeler de ihdas edilmiştir. Örneğin, üzerinde tanım yapılan devlete ait mirî araziye dair miras hukuku feraiz esaslarından farklı şekilde düzenlenmiştir. Yine eşya ve toprak hukukunu ilgilendiren mirî arazinin tasarruf ve devrine dair esaslar örfî düzenlemelere tâbi tutulmuştur. Öte yandan esas teşkilat, idare, ceza ve vergi hukuku gibi alanlar *daha ziyade* örfî hukuk tarafından düzenlenmekle beraber, kamu hukukuna dair bu alanlarda şer'î hukukun da payı mevcuttur. Mesela ceza hukuku bağlamında örfî hukuk tazir yetkisi bağlamında düzenleme yapmakta ve fakat had ve kısas cezaları şer'î hukuk tarafından düzenlenmektedir. Yine vergi hukuku bağlamında örfî vergiler ve şer'î vergiler söz konusudur. Bkz. Aydın, 2014: 30-31.

7 *İstihsân* ile *siyaset* arasında özel bir ilişki söz konusudur. Hanefî mezhebinde hususî bir konumu olan ve içtihadın bir türü olan *istihsanda* "hakkaniyet" ve "adalet" gibi üst ilkelere gözetilebilmesi için genel kuraldan sapılmakta iken, *siyasette* de bazı durumlarda standart normun dışına çıkılmaktadır. Fark şudur ki, *istihsân* fakih, *siyaset* ise kamu yetkilisince yapılmaktadır. Bkz. Köksal, 2016: 37-38. Tanımı "*hakkında aslı kaynaklarda açıklanan şer'î bir hüküm bulunmayan hukukî ve idarî meselelerde, amme maslahatı esas alınarak hukukî hükümlerin vaz'edilmesi*" (s. 59) olarak yapan Akgündüz'e göre de *istislâh* (*amme maslahatı/kamu yaran*) İslâm ve Osmanlı hukukunda yasama faaliyetinin temelini teşkil etmektedir. Öyle ki, Osmanlı idarî ve askerî kanunlarının ekseriyeti bu prensibe dayandırılmıştır. *Amme maslahatı*, bir yönüyle örfî hukukun şer'î sınırlar dahilinde kalmasını denetleyen ve bizzat *şârî tarafından konulan bir kriter rolüne de sahiptir*. *Amme maslahatı gereği yasama faaliyeti yapmak istihsân ve istislâh* gibi İslâm hukuku kaynaklarına dayanmakta olup, önem arz eden nokta Kur'an ve Sünnet hükümlerine ayrıntık teşkil etmemeleridir. Ek olarak, yazar da *istihsân* bu prensibin kapsamı içerisinde görmektedir. Bkz. Akgündüz, 1990: 59-61. Söz konusu kavramlar için ayrıca bkz. Koşum, 2003: 353-355.

ele alınmış olması, bu tercihin ana sebeplerinden birisi olabilir.<sup>8</sup> Öncelikle kavramın yerli yerine oturtulması, tartışmalara nüfuz etmek için elzemdir. Genel hatlarıyla *siyâset-i şer'îyye* kavramı, *şeriat*ı aykırı olmayacak şekilde ilave yasalar yapma yetkisine, *şer'î hukuka* uygun yönetim ve hükümet etme biçimine, hatta yönetimin bizzat onun vasıtasıyla gerçekleştirilmesine işaret etmektedir. Ancak İbn Teymiyye sonrasında kavramın ceza hukuku alanına münhasır kılınacak şekilde kullanıldığı görülmektedir (Köksal, 2016: 32-33).<sup>9</sup> Söz konusu anlam daralmasını bir kenara bırakacak olursak, görülmektedir ki, kavram devletin yasama fonksiyonuyla sınırlı olarak kullanılmamaktadır.<sup>10</sup> Bununla beraber teorik tartışmaların daha ziyade yasama süreçlerine odaklandığı söylenebilir. Burada *siyasetin* İslâm hukuku içerisinde nasıl konumlandırılacağı, bu teorik konumlandırmanın pratiğe nasıl dökülebileceği gibi başlıklar meselenin ana hatlarını teşkil etmektedir. Örneğin, Köksal bu hususta şöyle bir değerlendirme yapmaktadır: “*Kamu otoritesinin, naslarla düzenlenmemiş ve ümmetin maslahatına bırakılmış icthadî alanlarda, özel bir şer'î delile dayanmaksızın, şeriatın temel ilkelerine aykırı düşmeyecek, İslam hukukunun ruhuna ve genel amaçlarına uygun bir şekilde gerçekleştirdiği yasa koyma faaliyeti, siyâset-i şer'îyye çerçevesinde yer almaktadır. Bu yasa koyma ameliyesinde yeni değer yargıları ve üst ilkeler vaz' edilememekte olup, gerçekleştirilen yasama şer'î hukukun ana bünyesini teşkil eden yapıyı tamamlayan formel kurallar şeklinde olabilmektedir.*” (2016: 47). Burada son olarak, *siyâset-i şer'îyye* kavramının ikili doğası hakkında bazı değerlendirmeler yapılabilir. Kavram bir yanıyla yasa koyma, hükmetme gibi ameliyelerde görüldüğü üzere *yetki* alanına referansta bulunmakta iken; bir yanıyla da şer'î ilkeleri ölçü alması bakımından *sınırlara* referansta bulunmaktadır. Bir taraftan “siyaset”i dışlayan bir “şeriat” anlayışına göre daha *esnek* bir tavra; diğer taraftan ise “şeriat”ı dışlayan bir “siyaset” anlayışına göre daha *katı* bir tavra karşılık gelmektedir. Bir diğer ifadeyle, *siyâset-i şer'îyye* (şer'î siyaset) “şeriatsız siyaset” ve “siysetsiz şeriat” arasında bir yerde konumlanmaktadır. Dolayısıyla bu tamlama şeriat ve siyasetin bir araya getirilmesi/uzlaştırılmasıyla ilgilidir. Bir başka açıdan da örfî hukukun

8 Literatürde bunların birbiriyle eş anlamlı olacak şekilde kullanıldığı yahut örfî hukukun *siyâset-i şer'îyye* kapsamında değerlendirildiği örnekler için bkz. Akgündüz, 1990: 45, 51, 78; Apaydın, 2009: 302; Köksal, 2016: 37; Koşum, 2003: 353.

9 A. Cüneyd Köksal, s. 32-33. Akgündüz, kavramı “*şeriatın genel esaslarına aykırı olmamak şartıyla, İslâm milleti ve devletinin haricte ve dahilde, her çeşit siyasi ve idari meselelerini tanzim eden hükümler*” olarak tarif etmektedir. Bkz. Akgündüz, 1990: 78. *Siyâset-i şer'îyye* kavramı için ayrıca bkz. Koşum, 2003. Öte yandan, bazen kısaltma olarak kavramın yalnızca *siyaset* kelimesiyle karşılandığı da görülebilmektedir.

10 Kavramın yalnızca *düzenleme* boyutuyla sınırlandırılmayıp, *uygulama* boyutuna vurgu yapılması için ayrıca bkz. Apaydın, s. 299.

şer'î hukukun dışına taşmasına ket vuracak bir yaklaşıma tekabül etmektedir. Böylelikle örfî hukukun şer'î hukuk karşısındaki *tâli* konumu, yahut aralarındaki *tamamlayıcılık* ilişkisi de korunmuş olacaktır. Pek tabii ki, bu bir araya getirme/uzlaştırma/ket vurmanın nasıl olacağı, neleri kapsayıp neleri dışlayacağı gibi pek çok mesele konuyu ziyadesiyle çetrefilli bir hâle getirmektedir.

Osmanlı'da *siyâset-i şer'iyye* tartışmaları bahis konusu olunca akla gelen isimlerin başında Dede Cöngî gelmektedir. Köksal, Dede Cöngî'nin *es-Siyâsetü's-Şer'iyye*'sini Osmanlı şer'î siyaset tasavvurunun temsil gücü en yüksek ve en önemli kaynağı olarak tarif etmektedir. Öyle ki, eserin Osmanlı şer'î siyaset tasavvuru üzerindeki etkisi 16. yüzyıldan 20. yüzyıla dek sürecektir. Dede Cöngî'nin yaklaşımı büyük oranda İbn Kayyim'in düşüncelerine dayanmakta olup, İbn Kayyim'in perspektifi İbn Ferhun ve sonrasında Trablusî üzerinden Dede Cöngî'ye ulaşmıştır.<sup>11</sup> Dede Cöngî, şer'î siyaseti -Bâberti'den mülhem- "*hakkında şer'î hüküm bulunan bir suçun cezasının fesadın kökünü kurutmak amacıyla ağırlaştırılması*" olarak tarif etmektedir. Ancak bu tanım zaman içerisinde hakkında ceza bulunmayan suçları da dahil etmek suretiyle genişlemiş ve Hanefî siyaset anlayışını ortaya koymuştur. Dede Cöngî Trablusî'nin âdil-zâlim siyaset ayrımını benimsemekte ve âdil siyasetin şer'îliğini savunmaktadır. Zira âdil siyaset sayesinde zalimden hak geri alınmakta, pek çok zulüm def edilmekte ve fesatçılara gözdağı verilmektedir. Ona göre siyâset-i şer'iyye naslara ve ilk dört halife (*hulefâ-yi râşidîn*) uygulamalarına dayanmaktadır. Nitekim beşinci kez hırsızlık suçunu işleyenlerin öldürülmesine dair hadis, Hz. Ebubekir'in kısas cezası uygulaması gerekirken şahitlikten dönenleri öldürmesi yahut Hz. Ali'nin zındıkları yakarak öldürmesi gibi durumlar da bunu ortaya koymaktadır (Köksal, 2016: 193-222).<sup>12</sup> Aslında dar anlamda Dede Cöngî'nin metni ve geniş anlamda da bu

11 İbn Kayyim el-Cevziyye (ö. 751/1350), *siyaseti* şer'î sınırlar içerisinde gören bir yaklaşıma sahip olup, İbn Akil'e (ö. 513/1119) yaptığı referansla, şer'î siyasetin anlamını şeriatın açık bildirimlerine *aykırı olmama* anlamında görmektedir. Bu bağlamda Kur'an ve Sünnet'te açık bir hüküm bulunmamakla beraber, insanları salâha erdiren fesattan uzaklaştıran *siyaset* şeriatı uygun kabul edilmelidir. Şeriatın siyaseti kategorik olarak reddetmediğini düşünen İbn Kayyim'e göre iki tür siyaset vardır: Zâlim siyaset ve âdil siyaset. Zâlimden hakkı çekip çıkarmaya hizmet eden âdil siyaset, tam aksine şeriatın bilgisi kapsamında olup, bunu bilmeyenlerin esasında şeriat konusunda bilgisiz olduğu kabul edilmelidir. İbn Kayyim, siyaset-şeriat ilişkisinde ifrat ve tefrit olarak nitelendirdiği iki yanlış yoldan bahsetmektedir. İfrat erbabı şer'î siyasetin halkın idaresi ve ümmetin maslahatı konusunda yetersiz kalacağını düşünmekte, böylelikle siyaseti gereğinden fazla işleterek Allah'ın koyduğu sınırları aşmakta ve korkunç zulümlere sebep olmaktadır. Tefrit erbabı ise şeriat ve siyasetin hiçbir surette uzlaşamayacağı iddiasıyla siyasete tamamiyle ilgisiz kalmaktadır. Halbuki doğru yol, bu ikisinin ortasındadır. Buna göre şeriat ile siyaset adalet ekseninde birleştirilmeli, şeriatın siyasete dair ilkeleri geliştirilip işletilmelidir. Bkz. Köksal, 2016: 79-84.

12 Dede Cöngî'nin siyâset-i şer'iyye ile alakalı izahları için ayrıca bkz. Akgündüz, 1990: 103-105.

metindeki yaklaşımın gerekçesi olarak gösterilen sebepler Osmanlı'nın örfi hukuk kavramı altında ortaya koyduğu tecrübenin bir anlamda meşruluk zemininin yapı taşlarını oluşturmakta gibidir.<sup>13</sup>

Osmanlı'da 16. yüzyıla beraber, sistemi şer'îlik bakımından sorgulayan metinler görülmeye başlanmıştır. Şehzade Korkud, Taşkoprîzâde, Kınalızâde ve Birgîvî gibi isimlerin bu eleştirilerindeki genel espri, siyasetin kendisine daha fazla alan açmaya çalışırken şer'î ilke ve değerlere aykırı davranabiliyor oluşudur. Korkud'un Osmanlı hanedanına mensup oluşu, düşüncelerini özellikle dikkate değer kılmaktadır. Ona göre emirlik mevkiindeki kişinin şer'iata hakkıyla riayet etmesi mümkün değildir. Bunun birinci sebebi, şeriat ve örf arasındaki uyumsuzluktur. Oysa siyaset mesleği, örfi kuralları dikkate almayı zorunlu kılmaktadır. Bu bağlamda özellikle *siyaseten katl* müessesesi hedefe oturtulmaktadır. İkinci sebep, emirin halktan haksız olarak mal toplamak zorunda olmasıdır. Ona göre toplanan malların bir kısmı tamamıyla şeriatın izninin dışında iken, bir kısmı ise şeriatın izin verdikleriyle karışıktır. Yine *müsadere* uygulaması da eleştirilerinin kapsamına dahildir (Köksal, 2016: 256-261, 301). Korkud'un siyaseten katl müessesesinin kardeş katli bağlamında hedefinde olan kişilerden biri olması gibi biyografik hususiyetlerinin ve Hanefilik yerine Şâfiîlik mezhebini seçmiş olmasının söz konusu görüşlerine ne derece etki ettiği de ayrı bir tartışma konusu olsa gerektir. Taşkoprîzâde ise şeriatın yeterliliği düşüncesinden hareketle *aklî siyaseti* kategorik olarak reddetmektedir. Taşkoprîzâde siyasetin şeriatın söylediklerine *uygun olması* gerektiğini düşünmekte ve bu görüşüyle siyasetin şer'iata *aykırı olmamasını* yeterli gören yaklaşımdan ayrılmaktadır. Buna göre siyasetin geçerliliği şeriatın gelişine kadar olup, Allah'ın hükmü aklın hükmünü iptal etmektedir. Dolayısıyla şeriatın siyasî konularda yeterli seviyede düzenleme yapmadığı, aklî siyasetin şeriatın boşluklarını tamamlaması gerektiği düşüncesi de kesin bir biçimde reddedilmektedir. Böyle bir düşünceyle hareket edenler işi şer'î bakımdan katli helal olmayanların katline, caiz olmayan fiilleri işlemeye kadar vardırılmaktadır (Köksal, 2016: 267-273). Siyasetin şeriatın söylediklerine *uygun olması* yaklaşımını benimseyen isimlerden biri olan Kınalızâde de döneminin ceza hukuku pratiğini şer'î cezaların sınırlarını zorlaması ve hatta aşması örneklikleri bağlamında eleştirmektedir. *Örfî siyaset* eleştirisi ve siyaset başlığı altında gerçekleştirilen uygulamaları tasvip etmemesi gibi özellikleri bakımından dönemin dikkate değer müelliflerinden birisidir (Köksal, 2016: 285-287).

13 Benzer şekilde Akgündüz de Dede Cöngî'nin eserinin Osmanlı kanunnamelerinin asıl meşruiyet dayanağı olduğunu, bu metne Osmanlı'da çok önem verildiğini ve kanun mecmualarının ekseriyetine dercolunduğunu ifade etmektedir. Bkz. Akgündüz, 1990: 102.

### **Osmanlı'da Şer'î ve Örfî Hukuk İlişkisine Dair Literatürdeki Görüşler**

Osmanlı hukukunun şer'îliği meselesi yahut örfî ve şer'î hukukun bir-biriyle ilişkisi literatürde Cumhuriyet'in başlarından beridir pek çok isim tarafından tartışma konusu yapılmıştır. Skalanın bir ucunda Osmanlı hukukunun İslâm hukukunun bir uzantısı olduğu, örfî hukukun şer'î hukuka tümüyle uygun olduğu, iki hukuk arasında bir tamamlayıcılık ilişkisi bulunduğu gibi iddialara dayanan bir yaklaşım yer alırken; diğer ucunda ise Osmanlı hukukunun büyük oranda orijinal bir içeriğe sahip olduğunu, şer'î ve örfî hukukun birbirinden kesin sınırlarla ayrıldığını ve bu sebeple Osmanlı hukukunun ikili bir karakterde olduğunu, örfî hukuk bağlamında yapılan düzenlemelerin şer'î hukuk tarafından sınırlandırılmadığını, kamu hukuk bağlamında görünüşteki *şer'iata* bağlılığın arkasında esasında laik bir hukukun işlediğini savunan bir yaklaşım bulunmaktadır. Aşağıda literatürdeki görüşler, mümkün olduğunca dayanakları da sunulmak suretiyle aktarılmaya çalışılacaktır.

Fendoğlu'na göre Osmanlı hukuku İslâm hukukunun dışında değildir. Yazar, örfî hukukun uzantısı olan kanunnamelerin İslâm hukukunun dışında görülmesini kabul etmemekte, bunların meşruluğu ve muteberliğinin devrin egemenlik anlayışı ile dinin yöneticilere verdiği yetkiden doğduğunu söylemektedir. Nitekim kanunnameler yürürlüğe girmeden önce padişah ulemanın da üyeleri arasında bulunduğu Dîvân-ı Hümâyün üyeleriyle istişare etmektedir. Bu gibi durumlarda zaman zaman fetvalara başvurulmuş olduğu da bilinmektedir. Örfî ve şer'î hukuk arasındaki uyumu sağlayan hususlardan birisi de kanunnamelere göre hüküm verenin kadı olmasıdır. Öte yandan, padişahın yürürlüğe koymak istediği kanunnamenin şer'î hükümlere aykırı olduğunun tespit edildiği durumlarda bunlar "*Emr-i Sultani ile na meşru olan nesne meşru olmaz*" denilmek suretiyle şeyhülislam tarafından geri çevrilmiştir. Dolayısıyla padişahın yasama gücü, şer'iata aykırı olamayacağından ötürü mutlak bir yetki değil, sınırlı bir yetkidir (2021: 146-149). Fendoğlu'nun Osmanlı hukukunun geneline dair yaptığı bu değerlendirme, uygulamanın istisnasız bir biçimde İslâm hukukuna uygun bir şekilde cereyan ettiği iddiasını bünyesinde barındırmamaktadır. Nitekim konuya dair tartışmalı başlıkların başında gelen *siyaseten katl* kurumunu bu bağlamda uzun uzadıya tartışmıştır. Buna göre söz konusu kurum dönem dönem haksız bir biçimde uygulanmış olup, ulema da fetva vermek suretiyle bu süreçlerde rol alabilmiştir. Fendoğlu, *siyaseten katl*'in bu şekilde keyfî bir biçimde uygulanmasının kuşkusuz İslâm hukukuna aykırı olduğunu söylemektedir. Muhakemesiz ceza olmayacağı ilkesinin uygulamada zaman zaman gözetilmemiş olması



da bu değerlendirmeyi desteklemektedir. Konunun çetrefilli bağlamlarından birisi de *kardeş katli* hususudur. Fatih Kanunnamesi'nde yer alan “*ve her kim mesneve evlâdımdan saltanat müyesser ola, karındaşların nizam-ı alem için katl etmek münasiptir; ekser ulema dahi tecviz etmiştir; anınla amel olalar.*” şeklindeki hüküm söz konusu uygulamanın yasal dayanağını oluşturmaktadır. Potansiyel suçlu anlayışına dayanması ve ihtimal karşısında katl'in öngörülmesi dolayısıyla bu hüküm şer'î hukuka aykırı olarak telakki edilmiştir. Şer'î hukukun öngördüğü idam cezasının şartları gerçekleşmediği takdirde böyle bir uygulama gerçekleştirilmemelidir. Şer'î hukukta cezalandırma yapılabilmesi için suçun vuku bulmuş ve yargılamanın gerçekleştirilmiş olması, bir diğer ifadeyle suçun maddi unsurunun oluşmuş olması gerekmektedir (2021: 605-608).

Aydın, şer'î ve örfî hukukun birbiriyle çatışma veya rekabet içinde değil, belli bir uyum içinde olduğunu düşünmektedir. Örfî hukukun şer'î hukukla çatışmamasına *itina gösterilmesi* söz konusudur. Bu genel değerlendirmeye dair çeşitli sebep ve kanıtlar ileri sürülmektedir. Bunlardan birisi, örfî hukukun ortaya çıkış süreci bağlamındadır. Örfî hukuk, şer'î hukukun hükümlerini ortadan kaldırmak yahut değiştirme amacıyla ortaya çıkmamış, aksine şer'î hukukun tanıdığı yetki çerçevesinde ve bu hukukun düzenlediği alanlarda hüküm koymuştur. İslâm hukukunun devlet başkanına tazir suç ve cezaları hususunda tanıdığı geniş takdir yetkisi bu doğrultuda öne çıkarılmaktadır. Nitekim Osmanlı padişahları da bir taraftan şer'î hukukun düzenlediği alanlarda kanun koymamaya, diğer taraftan da kanun koyabildiği alanlarda bu yetkisini kullanırken şer'î hukukun genel prensiplerine *ters düşmemeye* “belli bir itina” göstermişlerdir. Mesela kanunnamelerin şer'î hukuka uygunluğunun şeyhülislamca kontrol edildiğine dair birtakım tarihî rivayetlerden bahsetmesi bu yöndedir. Ve fakat bu yönde müstakar bir uygulama mevcut bulunmadığını kabul etmesi dikkate değerdir. Öte yandan, örfî düzenlemelerin yapımında medrese kökenli ve İslâm hukuku öğrenimi görmüş ulemaya mensup nişancıların, yine -Divân-ı Hümayun'da bulunmaları bakımından- şer'î hukukun önde gelen temsilcilerinden Rumeli ve Anadolu kazaskerlerinin rol alması da bu düzenlemelerin daha hazırlık aşamasında şer'î hukukla uyumuna özen gösterildiğinin bir başka kanıtı olarak sunulmaktadır. Yine iki ayrı mahkeme kurulmayıp, örfî hukukun da şer'îye mahkemelerince uygulanıyor olması örfî ve şer'î hukukun belli bir bütünlük içerisinde yürütülmesine katkı sağlamıştır (2014: 24-27).

Aydın, iki hukuk arasında tam bir uyumun sağlanmış olmadığını da kabul etmektedir. Yani örfî hukuk esasları her koşul ve şartta şer'î hukuka uygun olmamış, aksine bunların şer'î hukuka aykırılık teşkil ettiği durumlar ortaya



çıkabilmiştir. Ancak bu durumlarda dahi gerçekten olmasa bile, *sureta* İslâm hukukuna riayet edilmiştir. Bu, bazen fetva alınarak bazen de İslâm hukukunun tanıdığı bir yetki kullanılıyormuş gibi gösterilerek gerçekleştirilmeye çalışılmıştır. Mesela bazı dönemlerde örfî cezalar İslâm hukukunun tasvip etmeyeceği şekilde artırılabilmiştir. Irza geçen kişinin tenasül uzvunun kesilmesi, zina yapan kadının kadınlık organının dağlanması, bazı suçluların kazığa vurulması, beytûlmalden hırsızlık yapmaya teşebbüs ederken yakalanan kişinin katli kararları bu meyandadır. Normalde zinanın cezası recm ve dayak iken, irza geçme sebebiyle ceza tazir yetkisi bağlamında ağırlaştırılmıştır. Kazığa vurma cezası, çok sık olmamakla beraber zaman zaman uygulanmış olup, burada da İslâm hukukunun öngördüğü suç-ceza dengesinden uzaklaşıldığı söylenmektedir. Bir başka açıdan, 16. yüzyıl sonrası dönemde ehl-i şer'ın etkinliğinin artmasıyla beraber bazı kanunname hükümlerinin şer'î hukuka uygun olmadığı gerekçesiyle değiştirilmiş olması da iki hukuk arasında uyumun tam anlamıyla gerçekleşmiş olmadığını bir diğer göstergesidir (2014: 28-29). Yazar, dönemin şartları bağlamında hukuk prensiplerinin zorlanması ve hatta ihlal edilmesi yahut İslâm hukukunun sınırlarının aşılması gibi durumlar ortaya çıksa bile Osmanlı ceza hukukunun İslâm hukukunu bertaraf ettiği, ondan bağımsız bir hukuk oluşturduğu yönünde bir sonuca varılmayacağını düşünmektedir. Zira konusu düzenlemeler, İslâm hukukunun devlet başkanına tanıdığı tazir yetkileri çerçevesinde yapılmaktaydı. Nitekim bazı nişancıların “Emr-i şer' muteberdir; kanunu yoktur” tespitiyle tazir sınırlarının aşılmasını gerekçe göstererek birtakım düzenlemeleri geri alması da bunu doğrulamaktadır. Nihayetinde ceza hukukunu da kapsayacak şekilde Osmanlı hukuku İslâm hukukuna dayanmaktaydı ve ona göre şekillenmişti. Yapılan yorumların isabetli olmaması yahut İslâm hukukunun bütünlüğüne uymaması gibi durumlar bu gerçeği değiştirmiyordu (2014: 149-150).

Heyd, *kanunun* hazırlanma safhası, teorik arka planı ve özellikle ceza hukuku bağlamında da içeriği hakkında birtakım değerlendirmeler yapmaktadır. Buna göre *kanunun* geçerliliği için şeyhülislâmın onaylaması gerekmektedir. Hukukî dayanağı, fermanlara yansıdığı üzere padişahın iradesidir. Şeyhülislâmın süreçteki rolü ise *kanun* yürürlüğe girdikten sonra meşruiyetini fetva marifetiyle teyit etmek olmaktadır (1983: 641-642). Teorik olarak *kanunun* *şeriatla* ilişkisi bir tamamlayıcılık ilişkisidir. Nitekim Ebussuud Efendi'nin bir fetvasında geçen “na-meşru olan nesneye emr-i sultani olmaz” ibaresi de bu hususiyete işaret etmektedir. Ve fakat pratikte bu ibareye uymayan pek çok hüküm, ceza hukukunun daha etkili icra edilmesi amacıyla çıkarılmıştır. *Kanun* ve *şeriat* arasındaki uyumsuzluk, en çok ceza hukuku

alanında ortaya çıkmıştır. Heyd, *kanunun* ilk bakışta *şeriat*a göre daha yumuşak görünebileceğini söylemektedir. Zina cezası olarak recm yahut bazı hallerde hırsızlık cezası olarak el kesmenin yerine para cezası gibi daha hafif cezalara hükmedilmesi de bu görünüşü desteklemektedir. Oysa gerçeklik görünüşünün aksi yönündedir. *Kanun*, ceza vermeye daha eğilimlidir ve başka pek çok suç için ve müteaddid durumlarda bunları *şeriat*tan daha şiddetli biçimde infaz etmektedir. Bu farklılık ikisinin suç ve cezaya karşı takındığı aslî tavırlardan kaynaklanmaktadır. *Şeriat*, zor karar verme eğilimi gösterirken, *kanun*, genel olarak zanlı hakkında hükme varıp, onu cezalandırmak için her şeyi yapmaktadır. Bundan ötürüdür ki, *kanun*, *şeriat*ın kabul etmediği yahut yetersiz bulduğu delilleri de kabul etmektedir. Örneğin, suçluluk alametleri olduğu takdirde işkence altında suçun ikrarı yeterli delil kabul edilmiştir. Yine mesela bir eve suç işleme niyetiyle giren ve fakat eylemi teşebbüs aşamasında kalan kimsenin suçu işlemiş gibi cezalandırılacağı öngörülmüştür. Bir mahpusu kaçıran, bir köleyi efendisinden kaçmaya teşvik eden yahut bir dükkâna zorla giren kimsenin idama mahkûm edileceği düzenlenmiştir. Hırsızlık gibi bazı suçlar, tekrar işlendiğinde idam cezası verilecektir. Bazen ise dinî hukukta bilinmeyen ceza biçimlerinin öngörüldüğü görülmektedir. Hadım etme, alnın dağlanması ve özellikle de para cezaları böyledir. Fukahânın “zâlimâne bid’atler” olarak gördüğü para cezaları, *kanun*da en çok görülen ceza biçimlerinden biri olmuştur. Aslında para cezaları Osmanlı’dan önceki İslâm devletlerinde de belli bağlamlarda görülebiliyordu ve fakat bu cezalara dair iki özellik ilk kez Osmanlı’da ortaya çıkmıştır. İlki, cezaların suçlunun malî durumuna göre sınıflandırılmasıydı. İkincisi ise bu cezaların adedi kadının tayin ettiği sopa gibi *tazir* cezasına bağlanmasıydı. Bu özellik bir yönüyle *kanunun* *şeriat*ın tamamlayıcısı olma işlevine delalet etmekteydi. Öte yandan para cezası gibi pek çok *kanun* hükmü *şer’î hukuktan* açıkça saptasına karşın, Osmanlı uleması bu duruma itiraz etmemiştir (1983: 642-646). Ek olarak yazar, pek çok ceza kanunnâmesinde 16. yüzyıl sonunda ve 17. yüzyılda yazılan haşiyelerin bazı *kanun* hükümlerinin *şeriat*a aykırı olması sebebiyle yürürlükten kaldırıldığına işaret ettiğini, tashihlerin çoğunun nişancı tarafından yapıldığını söylemektedir (1983: 648).

Üçok, Osmanlı kanunnamelerini İslâm ceza hukukuna aykırı hükümler ihtiva edip etmediği sorusu üzerinden ele almakta, kanunnamelerin bazı hükümlerinde İslâm ceza hukukuna birtakım aykırılıklar tespit etmektedir. Örneğin, İslâm ceza hukukunda ve Osmanlı kanunnamelerinde suçluların malî durumlarına göre yapılan ayırımın gayesi birbirine zıtlık teşkil etmektedir. Osmanlı kanunnamelerinde suçlunun malî durumunun gücü ile verilen

ceza arasında bir doğru orantı söz konusudur. Malî cezalar bağlamında yazar daha temel bir aykırılık da tespit etmektedir. Buna göre İslâm ceza hukuku esasında zarar gören için bir tazminat mesabesindeki *diyyet* cezasından başka malî ceza öngörmemekte ve *tazir* cezaları arasında da malî cezalara yer vermek istememektedir. Hâl böyleyken, kanunnamelerin pek çok hükmünde yer alan malî cezalar, İslâm ceza hukukunun esas prensiplerine aykırılık teşkil etmektedir. Osmanlı kanunnamelerinde yer alan “alna dağ vurma” cezasına İslâm ceza hukuku kaynaklarında rastlanılmamaktadır. Kanuni Sultan Süleyman Kanunnamesi’nde *siyaseten katl* hakkı bağlamında, birkaç kere hırsızlık yapanlar için idam cezasının öngörülmüş olması da tartışmalıdır. Zira *siyaseten katl*, yalnızca İslâm hukukunun boş bıraktığı bir alanda uygulanabilirken, burada *Hadd* cezası ile cezalandırılmış olan hırsızlık suçunun bazı neveleri için tespit edilmiş olmaktadır. Birkaç kere hırsızlık yapanlar için el kesme, ayak kesme, tövbe edene kadar hapsedme gibi cezalar öngörülmüşken *siyaseten katl* kurumunun işletilmesi hem İslâm hukukuna hem de *siyaseten katl* prensibinin kabul sebeplerine aykırı görülmüştür. Yine aynı kanunnameye hırsızlık zanlısı kimsenin işkence ile ikrara mecbur edilmesi yönündeki hüküm de İslâm ceza hukuku usulüne aykırıdır. Öte yandan Üçok, Osmanlı kanunnamelerindeki İslâm ceza hukukuna aykırı hükümlerin Türklerin örf ve âdet hukukundan doğmuş bulunduğunu, bunların Selçuklular zamanında da yürürlükte olduğunu ifade etmektedir (1947: 60-68).

Akgündüz, literatürde Osmanlı hukukunun şer’î bir karakter arz ettiğini söyleyen isimlerin başında gelmektedir. Başta Barkan olmak üzere, Heyd, Köprülü gibi aksi yönde görüş serdeden yazarların metinlerini yoğun bir eleştiriye tâbi tutmaktadır. Osmanlı örfî hukukunun tezahür ettiği kanunnamlere dair detaylı çalışmaları, onun görüşlerine ayrı bir parantez açmayı gerektirmektedir. (I) Akgündüz, Barkan’ın aksine örfî hukuk alanında padişahın sınırsız bir düzenleme yetkisi olduğu kanaatinde değildir. Zira İslâm hukuku bu alanlarda belki ayrıntılı hükümler vaz etmemiştir ancak “*genel prensipler, çerçeve hükümler, her zemin ve zamana uygun gelecek alternatifli esaslar*” koyulmuştur (1990: 5-6). (II) Yazar, örfî hukuk alanında şer’î hükümlerin tanıdığı sınırlı yasama yetkisinin kullanıldığını; bu alanda düzenleme yapılırken İslâm hukukunun tali kaynaklarının (istislah/amme maslahatı, istihsan) kullanıldığını ve örf-adet kaidelerinin esas alındığını; şer’î esasların dışına çıkılamayacağı için Osmanlı hukukunun İslâm hukukunun dışında telakki edilemeyeceğini söylemektedir (Akgündüz, 1990: 45-46). (III) Örfî hukukun düzenlenme safhasında İslâm hukuku ile çatışmamasına azamî gayret gösterilmesi söz konusudur (Akgündüz, 1990: 65). Ancak İslâm hukuku ile bağ kurulmasının

yalnızca düzenlemeyi yapan hukukî öznenin takdirine bırakıldığı söylene-  
mez. *Ehl-i şer* denetim yapmaktadır. Yazara göre padişahlar “*şer’atın kendile-  
rine tanıdığı hukukî düzenleme yetkisini kullanırken umumiyetle karar ve kanunla-  
rını müftülerin ve şeyhülislâmın tasdikinden geçirmişlerdir*” (1990: 56); “*Osmanlı  
Devletinde şeyhülislâm tarafından yahut hakim ve müftülerden biri tarafından tasdik  
olunmamış hiçbir kanun, ferman ve irade yoktur*” (1990: 85). Yani hem kullanılan  
yetki meşrudur hem de yetkinin kullanım pratikleri denetime tâbidir. (IV)  
Yazar, iki hukuk alanı arasında bir çatışma değil, *tamamlayıcılık* ilişkisi görmek-  
tedir. Çoğu ferman ve hükümlerde yer alan “*şer’ ve kanun*” üzere görülmesi  
emrini de bunun bir göstergesi olarak almaktadır (1990: 65-66). (V) Yazar,  
içerik bakımından da bir değerlendirme yapmakta ve kanunnamelerin şer’î  
hukuka aykırılık teşkil etmediği sonucuna varmaktadır.<sup>14</sup> Aşağıda -örneklik  
teşkil etmesi adına- Osmanlı kanunnamelerinin ceza hukukuna taalluk eden  
kısımları hakkında yaptığı bazı değerlendirmelerden bahsedilecektir.

Akgündüz, Osmanlı kanunnamelerinde İslâm ceza hukukuna aykırılık-  
lar bulunduğunu iddia eden araştırmacıların İslâm ceza hukukunun genel  
esasları, tazir kurumunun şartları ve unsurları gibi hususlarda yeterli bilgi  
düzeyine sahip olmadıklarından ötürü büyük bir yanılğı içerisine düştük-  
lerini söylemektedir. Ona göre Osmanlı ceza hukukundaki esas hükümler,  
şer’î hükümlerdir. Kanunnamelerde ceza hukuku bağlamında yer alan hü-  
kümler ise tazir cezaları alanında ülül-emre tanınan yetki çerçevesinde ko-  
nulmuştur (1999a: 1). Mesela yazar, Üçok’un da üzerinde durduğu tekerrür  
eden hırsızlık suçu konusunda farklı düşünmektedir. Akgündüz, çoğu İslâm  
hukukçusunun tazir cezası olarak idam cezasının verilebileceğini kabul et-  
mekte olduğunu, Hanefilerin buna *siyaseten katl* dediklerini ve tekerrür eden  
hırsızlık suçu gibi bazı suçlarda idam cezası verilebileceğini kabul ettiklerini  
söylemektedir. Yani bu yaklaşım, iddia edildiği gibi İslâm hukukuna aykırı  
olmayıp, Hanefilikte de kabul görmektedir. Burada ayrıca, tazir cezalarının  
uygulanması hususunda alt ve üst sınırların belirlenmesi suretiyle uygu-  
layıcılara bir takdir marjı bırakıldığıının da eklenmesi gerekmektedir. Yine  
Üçok’tan farklı olarak Akgündüz, tazir kapsamında para cezasının öngörü-  
lebileceğini söylemektedir. Buna göre fıkıh kitaplarında *garâme* olarak ge-  
çen para cezaları, Türk hukukunda özellikle Fatih Sultan Mehmed’in ceza  
kanunu ile ilk defa ciddi olarak uygulanmıştır. Öte yandan, Osmanlı ka-  
nunnamelerinde had ve kısas cezalarının kaldırıldığı ve yerine para cezasının  
öngörüldüğü iddiaları da doğru değildir. Zira para cezaları, had veya kısas

<sup>14</sup> Osmanlı kanunnamelerinin şer’î tahlilinin geniş kapsamlı bir değerlendirmesi için bkz. Akgündüz,  
1990: 105 vd.

cezalarının uygulanmaması halinde uygulanabilmekteydi. Sonuç olarak, Akgündüz, kanunnamelerde yer alan tazire dair bütün hükümlerin şer'î sınırlar dahilinde olduğunu ve bu kanunnamelerin İslâm ceza hukuku hükümlerinin yerine geçmek için değil, onların eksikliğini zaman ve zeminin şartlarına göre doldurmak için hazırlandığını söylemektedir (1999a: 10-14).

Köksal'a göre Osmanlı Devleti şer'î esaslara uygunluğu gözetmiştir. Dolayısıyla Osmanlı hukuku da “*esas itibariyle*” İslâm hukukudur. Osmanlılar kendilerinden önceki dönemde şekillenmiş geleneği tevarüs etmiş, bununla beraber bu geleneği bazı durumlarda kendine has bir yorumlamaya tâbi tutmuştur. Yazara göre Osmanlı hukukunun şer'îliği hakkında olumsuz yargıya ulaşanların temel hatalarından birisi, “şeriatta her mesele için belirli bir hükümün mevcut olduğu”na dönük bir varsayım ile hareket etmeleridir. Bu tasavvur, “fıkıhı dondurup belirli bir zamana hapsedme temayülünü” bünyesinde barındırmaktadır. Ancak Osmanlı'nın şer'î hukuka uygunluğu yönündeki genel değerlendirme, Osmanlı'nın fıkha tümüyle uygun hareket ettiği iddiasını içermemektedir. Bu bağlamda “toplumun selametini ve nizam-ı âlemi temsil eden *siyaset*” zaman zaman “şeriatin çerçevesini zorlayan, bu çerçeveyi ihlal eden” uygulamalarda bulunabilmiştir. Hatta söz konusu uygulamaların bir kısmı, teoriye de yansımıştır. Nitekim kanunnamelerdeki ve Dede Cöngü'nin *es-Siyâsetü's-Şer'iyye*'sindeki hükümdara tanınan “suistimale açık kayıtsız yetkiler” bu meyandadır. Yine mesela henüz suç işlememiş olmakla beraber, suç işleyeceğinden şüphelenilen bir kişinin ölüme dek ulaşabilen cezalarla muhatap kılınabilmesi gibi fıkıhın ruhuyla bağdaştırılmayacak hükümler söz konusudur. Bununla beraber, bahsi geçen fıkıhın/şeriatin ruhuyla bağdaşmayacak durumlarda en azından şekline uygunluk sağlanmaya çalışılmakta, benimsenen hükümlerin şâz olduğu durumlarda bile bunların bir fakihçe kabul edilmiş olmasına dikkat edilmektedir. Bir diğer ifadeyle, hukuku zorlayan yahut aşan siyasî pratiklerin görülebiliyor olması, bunların “teorik olarak genel kabul görmüş bir meşruiyet çerçevesi”ne sahip olduğu anlamına gelmemektedir (2016: 295-301).

İnalcık da kaleme aldığı çeşitli metinlerde konuya dair yaklaşımını ortaya koymuştur. Yazarın görüşleri ana hatlarıyla maddeler halinde özetlenmeye çalışılacaktır. (I) İnalcık, öncelikle Osmanlı Devleti'nin, tıpkı kendisinden önce gelen diğer İslâm devletleri gibi prensip itibarıyla *şeriatin* üstünlüğünü benimsediğini söylemektedir. Daha kuruluş dönemlerinden itibaren bu durumun yansımalarını gözlemlemek mümkündür. İlk padişahlar hem hukukî kural koyma süreçlerinde hem de bazı önemli siyasî karar süreçlerinde fakihlere danışmışlar; yine aynı amaçla ilerleyen zamanda şeyhülislâmlık

makamını kurmuşlardır (2020: 4). **(II)** *Şeriatın üstünlüğü benimsenmekle beraber, yine daha kuruluş dönemlerinden itibaren çeşitli şartların etkisiyle örf kaynaklı düzenlemeler yapma ihtiyacı hasıl olmuştur. Mesela Osman Gazi döneminde şeriat ve örf arasındaki çatışmanın izleri sürülebilmektedir. Pazar bacı alınmasına dair tartışma buna örnektir (2020: 63-65). **(III)** Yazara göre Osmanlı hukukunun gelişim sürecinde imparatorluğun gerçek kurucusu Fatih Sultan Mehmed dönemi bir dönüm noktasıdır. Zira İstanbul'un fethiyle beraber padişah sınırsız bir otorite kazanmış ve merkezî mutlak imparatorluğu kesin olarak kurmuştur. Mutlak otoritesini devlet teşkilatı ve kanunlarda tam olarak tesis etmek amacıyla örfî hukuku hâkim mevkiye çıkarmıştır (2020: 65-66). Bu dönemle beraber yönetimle ilgili alanlar kanun yapma bakımından padişaha özgü kabul edilmiştir (2020: 11). Örfün sağladığı imkânla Osmanlı şeriatı aşan bir hukuk nizamı geliştirmiştir. *Şeriatın yanında konumlanan örf, "sıf hükümdarın iradesinden doğan ayrı bir hukuk düzeni"* anlamına geliyordu (2020: 57-58). **(IV)** Ancak İnalçık'ın tabiriyle "*sıf hükümdarın iradesinden doğan ayrı bir hukuk düzeni*"nin ortaya çıkması, şeriatı aşan bir hukuk nizamı oluşması, şer'î hukuktan ayrı bir örfî hukuk alanının gelişiyor olması bu iki alan arasında bir ilişkinin mevcut bulunmadığı anlamına gelmemektedir. Burada kastedilen, örfî hukukla şer'î hukukun tamamıyla birbirinden kopmuş yahut padişahın otoritesinin keyfliğe ulaştığı olmasa gerektir. Nitekim örneğin 16. yüzyılda şeyhülislâm Ebussuud Efendi'nin para vakıfları meselesine dair yaklaşımında görüldüğü üzere, ulemanın örfî hukukla şer'î hukuku birbirine bağlamaya çalışması söz konusudur. Ulema bu işlevi ifa ederken, padişahın otoritesinin bağımsız niteliği ve bağımsız kanun yapma yetkisi devam etmektedir (2020: 6-7). Yine mesela, bağımsız kanun koyma faaliyetinin dinî bakımdan meşrulaştırılması için *istislâh* ve *istihsân* ilkeleri kullanılmıştır. Bu süreçte ulemanın katkısı çok önemlidir. Ulema, hükümdarın çıkardığı kanunları şeriatın uygulanması bakımından zarurî görmüştür. Burada kabaca şöyle bir mantık işlemektedir: Şeriatın uygulanması için siyasî otorite olmalıdır, siyasî otoritenin sağlanması için ise bu kanunlar çıkarılabilirdir (2020: 11-12).*

İnalçık'la Köprülü'nün görüşleri arasında özellikle kamu hukuku alanında serbest yasama faaliyeti görüşü bağlamında dikkate değer yakınlıklar olduğu da eklenmelidir. Köprülü, Osmanlı'nın 15. asır itibarıyla Avrupa'daki ilk *mutlakiyetçi devlet* tipini teşkil ettiğini, bunun Türklerde amme hukuku ve siyasî kültürün gelişimiyle yakından irtibatlı olduğunu, devleti kuranlar samimî birer Müslüman olmakla beraber devlet otoritesi yahut amme menfaati söz konusu olduğunda İslâm hukukunun devlet otoritesine serbest bir

alan tanımayan yaklaşımını değil kendi eski hukukî ananelerini merkeze aldıklarını ve bu şekilde serbest bir yasama faaliyeti göstererek bu güçlü imparatorluğu kurduklarını söylemektedir (1938-71-72).

Barkan, örfî hukukun bilhassa idare ve teşkilat hukuku amme müesseseleri alanını düzenlediğini, kanunlarla düzenlenen bu alanın hukukî kaynağını şer'î hukuk kaidelerinin oluşturmadığını söylemektedir. Bu alandaki düzenlemeler daha ziyade fethedilen topraklarda müşahede edilen sistemler, eski Türk devletlerindeki birtakım gelenekler üzerinden inşa edilmiştir. Bir anlamda kanunlar yapılırken o konuda İslâm hukukunun nasıl bir hükme sahip olduğuna bakmaktan ziyade, realist bir yaklaşımla hareket etmişlerdir (1945: 209-211). Yazar, ulemanın örfî hukuk bağlamındaki rolünün daha ziyade düzenleme yapıldıktan sonra ortaya çıktığını söylemektedir. Esasında burada yapılan bir “meşrulaştırma” faaliyeti olmaktadır. Barkan, bu durumun somut ve bilinen bir örneği olarak Ebussuud Efendi'nin mir'î arazi rejimine dair kurduğu hukukî yaklaşıma özel bir parantez açmaktadır. Ebussuud Efendi'nin yaptığı, Kur'an'da yerini bulduğu birtakım şer'î esas ve hakikatleri fetvalarıyla uygulamaya sokmak değildir. Bu rejim zaten uzun yıllardır uygulanmaktadır. Onun yaptığı, bu rejimin hükümlerini izah etmek yahut meşru göstermektir. İnşa ettiği hukukî kurguyla beraber rejimin temel kurumlarını İslâm hukukunun mülkiyet ve miras telakkileriyle uyumlu hâle getirmiştir. Özetle, Ebussuud'un yaptığı “...âdetler veya idarî tedbirlerle öteden beri zaten mevcut olan bir nizamı şer'î formül ve tariflerle meşru göstermek için sonradan yapılmış bir tefsir ve izahtan başka bir şey değildir” (1945: 222-223). Barkan, şer'î ve örfî hukuku birbirinden kesin çizgilerle ayrılmış iki ayrı alan olarak telakki etmektedir. Bunun bir sonucu, örfî hukuk alanında padişahın kendisini şer'î hukuk kaideleriyle sınırlı addetmemesidir. Yani Osmanlı padişahları, “şeriat kaidelerinden ayrı bir takım kanun ve nizamları istedikleri gibi vazetme” yetkisine sahiplerdir (1946: 713). Bu sonucu destekleyen kanıtlardan birisi de kanunlar yürürlüğe girmeden önce şeyhülislâmlık makamının onay vermesine dair bir teamülün söz konusu olmamasıdır. Daha sonra verilen fetvalar da bu gerçeği değiştirmemektedir (1946: 714). Örfî ve şer'î hukukun kesin çizgilerle birbirinden ayrılmış iki alan olarak görülmesinin diğer bir sonucu ise padişahın şer'î hukuk alanına müdahale etme yetkisinin olmamasıdır. Bununla beraber, şer'î hukuk alanına dahil olan bazı konularda padişahın -yine şer'î hukukun tanıdığı imkânlar çerçevesinde- dahlinin olduğu da hatırlatılmaktadır. Örneğin, miras hukuku, mülkiyet hakkı şer'î hukukun düzenleme alanına girmektedirken, mir'î arazi rejimini düzenleyen kanunnâmeler bu konulara dair de hükümler ihtiva etmektedir. Ancak bu-



rada yer alan hükümler İslâm hukukunun dışına taşmamakta olup, bir içtihadın tercih edilmesi suretiyle oluşturulmaktadır. Ve padişahın şer'î hukuk alanına bu düzeyle sınırlı şekildeki dahli, ekseriyetle meşru kabul edilmektedir (1946: 715-717).

Imber, *kanunun şeriat*tan tamamen bağımsız bir biçimde geliştiğini; *şeriatın* üstünlüğünün kabul edildiğini; özgül Osmanlı feodal uygulamasının sistemleştirilmesi olarak *kanunun* toprak rejimi ve vergisiyle alakalı pek çok temel alanda Hanefî hukuk teorisiyle çeliştiğini; *kanun* ve *şeriat* arasında nadiren görülen benzerliklerin tamamen yüzeysel olduğunu söyledikten sonra Ebussuud Efendi'nin Osmanlı hukukunda *şeriat* ve *kanun* arasındaki ilişkiye dair aldığı role vurgu yapmaktadır. Bir anlamda Ebussuud Efendi, kendisinden öncekilerin teşebbüs etmediği yahut yapamadığı bir işe kalkışmıştır: “*Toprak rejimi ve vergisiyle ilgili temel kuralları Hanefî geleneğinden aldığı terimlerle yeniden tanımlamak*”. Bu işin altından başarıyla kalkmasından ötürüdür ki, kendisine “*kanunla şeriatı uyumlu hale getiren alim*” payesi verilecektir (2022: 92-94). Ebussuud Efendi vergi ödeyen reaya, timar sahibi ve padişah arasındaki hukukî ilişkiyi Hanefî mezhebindeki kira akdi üzerinden; yine çift vergisi ile öşrü de sabit ve oransal haraç terimleriyle yeniden tanımlamıştır. Yazara göre Ebussuud öylesine incelikli bir dil kullanmaktadır ki, sanki çok eski zamanlardan beri mevcut bulunan bir hukuku yalnızca açıklamakla iktifa ettiği yönünde bir izlenim uyandırmaktadır. Oysa gerçekte olan, Ebussuud'un yeni bir hukukî kurgu inşa ettiği'dir. Nihayetinde onun yaptığı *kanunu şeriat* ile uyumlu hale getirmenin haricinde, aynı zamanda padişahın toprak üzerindeki kontrolünü de güçlendirmek olmuştur (2022: 210).<sup>15</sup> Ebussuud Efendi'nin *şeriat* ve *kanun* uyumunu sağlamada gösterdiği başarı para vakıfları meselesinde de görülebilir.<sup>16</sup> Imber, Ebussuud'un yaptıklarını *şeriat* ile seküler hukuk ve pratik arasında uyum tesis etme olarak gören Osmanlı geleneğinin iddiasına katılmamaktadır. Ona göre Ebussuud'un dinî kaygılarla sağlama-ya çalıştığı uyum, esasında Osmanlı düzenini meşrulaştırma ve ayakta tutma işlevi görmekteydi. Ebussuud, en başta hanedanın hizmetinde çalışan pratik bir hukukçuydu ve onun çabaları özellikle seküler amaçlara hizmet etmekteydi. Ancak bu çabaları sırasında oldukça muhafazakar nitelikli İslâmî hukuk geleneğinin sınırlarına da riayet ediyordu. Mesela para vakıfları ya da toprak

15 Ebussuud'un yaklaşımıyla selefi İbn Kemal'inki (Kemalpaşazâde) arasındaki benzerlikler için ayrıca bkz. Imber, 2022: 186-192.

16 Para vakıfları, Osmanlı'da özellikle 16. yüzyılda yoğun tartışmalara sahne olmuş bir konudur. İbn Kemal, Ebussuud gibi isimler para vakıflarının meşruiyetini savunurken, Çivizade ve Birgivi gibi isimler aksi yönde konumlanmışlardır. Bkz. Imber, 2022: 218-220, 394.



hukuku meselelerinde görüşlerini kurarken bütünüyle yeni ilkeler oluşturma gibi bir yöne savrulmuyordu. Yaptığı, daha önce mevcut bulunan kavramları amacına ulaşabilmek adına “manipüle etmek”ti. Hukukçunun mahareti hukukî gelenekte mevcut bulunan kural ve kavramları kullanmasında ve bunları kendi döneminin şartlarına göre uygulamasında ortaya çıkabilirdi, ki Ebussuud’un başarısı da burada ortaya çıkmaktaydı (2022: 393-396).

Hallaq, *şeriat* ve *kanunun* ayrıştığı birtakım hususlar olduğunu, *kanunların* şer’î bakımdan bazı ihlaller ortaya koyduğunu, hatta Osmanlı’nın “devletin yasamaya müdahalesi” bağlamında İslâm tarihinin diğer tüm dönemlerinin ötesine geçtiğini söylemektedir. Ancak son kertede ikisinin birleştikleri hususların çok daha fazla olduğunu, bahsedilen ihlallerin çok dar alanlarla sınırlı olduğunu, dolayısıyla İslâm tarihindeki diğer devletler gibi Osmanlı’nın da tamamen şeriat temelli bir tarih olduğunu söylemektedir. Hatta müftü ve kadılar imkân bulduğu takdirde ihlale konu kanunları görmezden gelme yolunu da tercih edebilmekteydiler. Yine *kanun* hükümlerini uyuzmazlıklara tatbik etme hususunda tek yetkili merciin kadı olması da ikisi arasındaki uyumu arttıran unsurların başında görülmektedir. Her ne kadar cezaların uygulanması safhasında icra makamı yetkili olsa da, ceza hükmü verme yetkisi kadıya aitti. Daha da önemlisi, *şeriatın* egemenliğine müdahale edecek bir *kanun* çıkarılması mümkün değildi. Nihâî olarak yazar, *şeriat* ve *kanun* arasında bir tamamlayıcılık ilişkisi görmektedir. *Kanunun şeriate* katkısı, *şeriatın* düzenlemediği alanları düzenlemesi noktasında ortaya çıkmaktadır. Ayrıca *şeriat*, sultanî adalete ihtiyaç duymaktaydı. *Şeriat* ve *kanunun* çeşitli düzenlemelerde birlikte anılıyor olması da bu tamamlayıcılık ilişkisini ortaya koymaktadır (2021: 135-137; 2023: 101).

Gencer’e göre, Osmanlı hukukunun *muâmelât* alanında -tıpkı önceki devletlerde olduğu gibi- tam olarak *fıkıh* geçerliydi. Bu alanda şeriatın beçiliğini yapan kadılar yetkiliydi. Osmanlı düzeninin farklılığı, *ukûbât* alanında yetkili padişah ile işbirliği yapacak olan *şeyhülislâmlık* makamı bağlamında ortaya çıkıyordu. Baş müftü olarak şeyhülislâm, padişahın kamu hukuku alanında yasa-yapıcı rolü ile düzenlemiş olduğu *de facto* geçerli seküler kanunu, *de jure* geçerli şeriate uydurmak, yani *meşrulaştırmakla* görevliydi. Burada kanunların hazırlanma sürecinde padişah ve *kalemiye* sınıfının şeyhülislâm yahut geniş açıdan *ulema* ile gerçekleştirdiği işbirliğinin içeriğinin çözümlenmesi gerekmektedir. Görüldüğü kadarıyla, bir konuda kanun çıkarılması düşünüldüğü zaman, bu tasarlanan düzenlemenin şer’î hukuk açısından uygun olup olmadığı hakkında *önceden* ulemaya danışılması şeklinde bir usul

alışkanlık edinilmiş değildir. Aksine, *hikmet-i hükümet* çerçevesinde alınan kararlar, sonraki aşamada ulema tarafından *a posteriorik* bir biçimde “kitabına uydurularak” meşrulaştırılıyordu. Osmanlı uleması bir bakıma Gramsci’nin geleneksel aydınlar için söylediği “meşrulaştırmada uzmanlar” olma işlevi görmekteydi (2017: 223-224).

Sultan/kalemiye ve ulema arasında kurgulanan bu işbirliği modelinin fiilî düzlemde ne derece tatbik edilebildiği de önemlidir. Yazar, klasik dönemde her iki tarafın da liyakatli olduğunu, bu sebeple de ideal bir işbirliği sağlanabildiğini söylemektedir. Açmak gerekirse, sultan/kalemiye *hikmet-i hükümet* ile *meşruiyet* arasında denge kurabilecek bir liyakat düzeyine sahipken, ulema da güçlü fıkıh bilgisini *hikmet-i hükümet* bilinciyle tamamlayabiliyordu. Örneğin, Kanuni Sultan Süleyman ve Ebussuud Efendi arasında burada bahsedildiği şekliyle ideal bir işbirliği ilişkisi yakalanabilmişti. Nitekim, Osmanlı düzeninin temel dayanaklarından birisi olan tımar sistemi, Ebussuud’un toprak üzerinde soyut devlet mülkiyetini (bkz. *rakabe*) öngören içtihadı sayesinde oluşturabilmişti. Zira böyle bir içtihat geliştirilmiş olmasaydı, geleneksel İslâmî miras fikhî gereği topraklar parçalanma sürecine girecekti -ki bu da tımar sisteminin uygulanma imkânı bulamaması anlamına gelecekti (2017: 224).

Gencer, İslâm’da genel mânâda özel hukuka karşılık gelen *muamelât* alanının Osmanlı’da *fıkıh*, kamu hukukuna karşılık gelen *ukûbât* alanının ise padişahın yetki alanına bırakılmış olan *kanun (örf-i sultanî)* tarafından düzenlendiğini söylemektedir. Söz konusu *şeriat/kanun* düalizmi, iyice rafine edilmek suretiyle sakıncaları asgarî seviyeye indirilmişti. Buna göre, *şeriat*, *de jure* geçerliyken, *kanun*, *de facto* geçerliydi. Kanun *de facto* önceliğe sahipti belki ama bunlar her hâlükârda şeriata uydurulmaktaydı. Hükmen egemen *fıkıh* ile fiilen geçerli *kanunun* geçerlilik alanları incelikli bir biçimde birbirinden ayrılmıştı. *Şeriat aslî* iken, *kanun arızî* idi. Nitekim bazı padişahlarca *şeriat* ve *kanun* kavramlarının resmî metinlerde bir arada kullanılmasının yasaklanmış olması, padişahların ferdî olarak şer’î hukuka tâbi olarak kadı önünde diz çökmek zorunda olması da bu gerçeği göstermekteydi. Seküler kanunlar, emperyal siyasetin gereği olarak kerhen benimsenmişti, mülkün maslahatı için kararların pragmatik olarak alınma zorunluluğu hissediliyordu ama Osmanlı için asıl ve ideal olan şeriatı, *megali ideası* ise *i’lâ-yı kelimetillâhtı* (2017: 221-224). Bütün bu anlatılanlardan, Gencer her ne kadar seküler kanunlardan, kanunun *de facto* önceliğinden, ulemanın *a posteriorik* bir biçimde meşrulaştırma işlevinden bahsediyor olsa da, nihaî aşamada şeriatın *aslî* ve kanunun *arızîliği*, Osmanlı *megali ideasının i’lâ-yı kelimetillâh* oluşu gibi değerlendirmeleriyle Osmanlı’nın bu başlık altında yürütülen tartışma bağlamında konumunu tespit ettiğini söyleyebiliriz.

## Sonuç Yerine

Osmanlı'da din-devlet ilişkileri konusunun en dikkate değer alt başlıklarından birisini Osmanlı hukukunun *şer'iliği* tartışması oluşturmaktadır. Bu tartışma konusunun geçmişten günümüze uzanan uzunca bir tarihsel hattı vardır. Devletin kendisini İslâm dini üzerinden meşrulaştırdığı, belli bir dönemden sonra halifeliği de bünyesine dahil ettiği düşünüldüğünde söz konusu yoğun tartışmaların yapılmasının son derece doğal olduğu kabul edilmelidir.

Konuya dair farklı görüşlerin ileri sürülebiliyor olmasının çeşitli sebepleri bulunmaktadır. İlk olarak, *şeriat* kavramının tanımlanması konusunda sahip olunan görüş farklılıklarından bahsedilebilir. Kavramın içeriğine dair sahip olunan görüş farklılıkları *şeriatın kanun* için ayrı bir alan tanıyıp tanımadığı, tanıdığı kabul ediliyorsa bu alanın sınırlarının nerede başlayıp nerede bittiği gibi sorulara verilecek cevapları da doğal olarak belirlemektedir. Bu bağlamda mesela bir görüş şeriata uygunluğu ararken, başka bir görüş şeriata aykırı olmamayı yeterli görmektedir. Şeriatı daha katı bir biçimde yorumlayan daha farklı bir görüş ise her meselenin şeriat sınırları içerisinde çözülebileceğini, dolayısıyla *örfi hukuk* gibi bir düzenleme alanına ihtiyaç olmadığını ileri sürebilmektedir. Bahsedilmesi gereken diğer sebep ise bu kez *kavramsal* düzeydeki farklılıklar değil, *olgusal* düzeydeki farklılıklarla, somut verilerin anlamlandırılmasıyla alakalıdır. Diğer bir ifadeyle, aynı olguya bakıp farklı şeyler görülmesi, konuya dair görüş farklılıklarına da zemin hazırlamaktadır. Çok çeşitli fiilî durumların bir araya gelmesiyle oluşan ve bundan ötürü son derece kompleks bir yapıya sahip somut olgu, kendisini ele alan özneye farklı yerlere çekmeye müsait veriler sağlayabilmektedir. Bir anlamda, hangi durumun öne çıkarıldığı/vurgulandığı ve hangilerinin geri planda tutulduğu/önemsenmediğine dair tercih farklılıkları, konuya dair verilen genel hükümlerde çok ayrı yerlere düşülmesine sebebiyet verebilmektedir. Son olarak, meselenin kavranış biçimindeki farklılıkların da birtakım ayrışmalara sebebiyet verdiği söylenebilir. Burada üç ayrı tavidan bahsetmek mümkündür: Düzenlemelerin *kaynak* boyutuna, *denetim* boyutuna ve *içerik* boyutuna odaklanmak. Buraya kadarki kısımda konunun genel çerçevesi çizilmeye, konuya dair farklı görüşler aktarılmaya ve bu görüş farklılıklarının sebepleri irdelenmeye çalışılmıştır. Kalan kısımda ise genel bir değerlendirme yapılacaktır.

Öncelikle, örfî hukukun oluşturulma aşamasında şeyhülislâm başta olmak üzere ulemanın kayda değer bir etkisinin olmadığı kabul edilmelidir. Örneğin, bir kanun yürürlüğe girmeden evvel, şeyhülislâmın buna onay vermesi şeklinde bir kural/teamül söz konusu değildir. Burada *kanunu* düzenleyenlerin ilgili konu hakkında *şeriatın* ne söylediğini, daha doğrusu *şeria-*

tın *cüz'î delillerinin* ne söylediğini merkeze alan, başlangıç noktası bu olan bir yaklaşımla hareket etmediği söylenmelidir. Dolayısıyla *kanunun* esas hukukî kaynağını fıkıh metinleri değil, aklın merkeze alındığı somut durumun yahut kamu yararının gereklilikleri gibi hususlar oluşturmaktadır. Daha teknik bir dille, *şeriatın aslî kaynaklarına* değil, *tali kaynaklarına* başvurulmaktadır. Öte yandan, Osmanlı siyasal düşüncesinde *örfi* düzenleme yetkisinin *şeriatın* dışına çıkmak olarak telakki edilmediğini, tam aksine *şeriatın* bu alanı tanıdığı, hatta bu tavrın bizzat *şeriatın* uygulamaya geçirilmesinin bir ön-şartı olduğu düşüncesinin hâkim olduğu belirtilmelidir. Nitekim Tursun Bey, Dede Cöngü gibi isimlerin yaklaşımı da bu düşüncenin sarıh bir tezahürü mesabesinde.

Yukarıda meselenin *örfi* hukukun “kaynak” boyutu ve düzenlenme süreci üzerine bir değerlendirme yapılmaya çalışılmış olup, şimdi de “içerik” boyutuna değinilecektir. *Örfi* hukuk düzenlemelerinin içerik bakımından *şer'î* hukuka aykırılık teşkil edip etmediği sorusu bu doğrultuda odak noktası olacaktır. Zira yukarıdaki paragrafta yapılan değerlendirmeler, *örfi* hukuku tümüyle *şer'î* hukukun dışında telakki etmeye kâfi gelmemektedir. Böyle bir sonuca ulaşmak için *örfi* hukuk düzenlemelerinin *içerik düzleminde* *şer'î* hukukla ilişkisinin sağlanmasının yapılması gerekmektedir. Bu noktada genel hatlarıyla bir uyumun sağlanmış olduğu söylenebilir. *Şeriatın* sınırlarının zorlandığı ve hatta bazen de aşıldığı kimi durumlar, genel tabloyu değiştirmeye yetecek düzeyde değildir. Öte yandan, genel olarak İslâm hukukunun ve özelde de Hanefî mezhebinin meseleler hakkında farklı sonuçlara ulaşmaya imkân tanıyan bir içtihat çeşitliliğine sahip olması, kamu hukuku alanında tanınan geniş bir düzenleme alanının bulunması ve *cüz'î delillerden* hareket edilmemesi, *şeriat*a uygunluk değil aykırılık şartının aranması gibi bazı hususlar *şer'î* ve *örfi* hukuk alanları arasında içerik düzeyinde ilişki kurulmasını kolaylaştıran unsurların başında gelmektedir. Bu bağlamda -kimi yazarların yaptığı gibi- herhangi bir konu hakkındaki bir yorumu esas kabul ederek, bu yorumun dışına çıkan her düzenlemeyi otomatik olarak *şeriatın* dışına çıkmak olarak kabul etmenin İslâm hukukunun özüne dair yanlış bir varsayımdan hareket etmek anlamına geldiği hususen hatırlatılmalıdır. *Örfi* ve *şer'î* hukuk arasındaki bağı *tespit etmek*, bir başka ifadeyle *örfi* hukukun *şer'î* bir kalıba dökülmesini sağlamak ise Osmanlı düzeninde ulemaya ait bir görevdir. Bu da bizi meselenin “denetim” boyutuna götürmektedir.

Ulemanın *örfi* hukuk üzerinde bir “denetim” işlevinin olup olmadığı, varsa bu işlevin niteliği, zamanlaması (*a priori* mi *a posteriori* mi olduğu) sorusunun cevaplanması son derece önemlidir. Burada bir denetimden yer

yer bahsetmek mümkün olsa da ulemanın asıl işlevinin bir “denetim”den ziyade “meşrulaştırma” amacına matuf olduğu ve yasama sürecine *sonradan* dahil edildiği söylenmelidir. Aslında özellikle farklı mezhepleri de içine alacak şekilde geniş içtihat havuzunun varlığı,<sup>17</sup> içtihatların birbirini nakzetmemesi sebebiyle bu havuzdan yararlanma imkânının kapasitesi, denetimde esas alınacak amme maslahatı gibi şer’î ilkelerin geniş anlam alanı, şeriata aykırılığın incelenmesi gibi hususlar düşünüldüğünde, bu durum ulemanın söz konusu ameliyesini ister istemez modern hukukun tasavvur ettiği bir denetimden ziyade meşrulaştırma işlevine yaklaşıyor gibidir. Nitekim bu hareket alanından faydalanmak suretiyle, Osmanlı ulemasının iki hukuk arasındaki bağı kurduğunu söylemek mümkündür. Öte yandan örfî hukukun düzenlenmesinde kamu yetkililerine tanınan geniş hareket alanı ve alanın gerektirdiği özel uzmanlık alanı düşünüldüğüne ulemanın böyle bir denetimi nasıl yapacağı da meselenin bir başka zorlu kısmıdır. Gerçekten de örfî hukukun hangi durumda şer’î hukuka aykırılık teşkil edeceğini, şer’î sınırların ne olursa aşılmış olacağını tespit etmek zor görünmektedir.<sup>18</sup> Yine tarihsel vesikalarda da gerçek anlamda bir denetim yapıldığına dair geniş çaplı kanıtlar bulunduğu söylenemeyecektir. Ek olarak, *meşrulaştırma* işlevi ifa eden ulemanın bu tip çetrefilli meselelerde fetva verirken, yaklaşım biçiminin *soyut/ideal/olması gereken* düzlemde *somut/pratik/olan* düzleme doğru bir seyir izlemediğini de kabul etmek gerekmektedir. Yani ilgili konuda söz gelimi mezhep içerisindeki hâkim görüşün hangisi olduğu fikhî usuller çerçevesinde saptandıktan sonra, norm incelenmeye geçilmekte değildir. Daha ziyade yapılan, ilgili normun şer’î hukukla bağını kuracak olan görüş/içtihadı oldukça geniş bir skalaya sahip havuzdan bulup çıkarma faaliyetidir. Ölçeği diğer mezhepleri de içine alacak şekilde genişletince oldukça

17 Gerçekten de başka mezheplerdeki görüşlerden faydalanma da “meşrulaştırma” işlevinin daha baskın olduğunun göstergelerinden biri olsa gerektir. Burada başka mezheplerin görüşlerine dayanılmasının sebep-i hikmetinin tespiti gerekmektedir. Görünen o ki, Hanefî mezhebi sınırları dahilinde ilgili düzenlemenin/uygulamanın meşruiyeti kurulamamakta ve hal böyle olunca diğer mezheplerde bir “çıkış noktası” aranmaktadır. Yani *olması gerekenden olana* değil, *olandan olması gerekene* doğru yol alan, bir başka ifadeyle *olması gerekeni* değil, *olanı* merkeze alan bir yorumlama süreci söz konusudur. Bunu yalnızca örfî hukukunun tanzim edilmesi boyutunda değil, hukukî birliği sağlama adına içtihat tercihi suretiyle kanunlaştırma faaliyetlerinde de görmek mümkündür.

18 Esasında bu alandaki düzenleme yetkisinin İslâm hukukunda ulemeden ziyade *ehl-i örf*e tanınmış olması da bu alanın ayrı bir uzmanlık talep eden kendine has karakteri ve denetiminin zorluğunu ortaya koymakta gibidir. Ayrıca meseleye bir başka açıdan bakılacak olursa, örfî hukukun bizatihi varlık sebebinin onun denetimini zorlaştıran temel unsur olduğu söylenebilir. Şöyle ki, örfî hukuk, zaten hakkında açık şer’î hüküm bulunmayan alanlara dair bir düzenleme yetkisine karşılık gelmektedir. Bu da denetiminin ancak genel ilkeler üzerinden yapılabilmesi sonucuna götürmektedir. Bunun da kolay olmadığı zaten ifade edilmeye çalışılmıştı.

büyük bir içtihat havuzu ile karşı karşıya kalınmaktadır. Yani örfî hukukun döküldüğü şer'î kalıp, çok katı/standart bir malzemeye sahip değildir. Kalıp, dökülmeye çalışılan içeriğe göre belli seviyede esneme payını bünyesinde barındırmaktadır. Ancak ilgili ulemanın yaklaşım biçimine dair yapılan bu tespitler de örfî ve şer'î hukuk arasındaki bağın zayıflığı/kopukluğuna delalet etmemektedir. Bir diğer ifadeyle, *ehl-i şerin, ideali pratik* alana yaklaştırmaya çalışırken, “şer'î hukuka aykırı olmama” anlamında bir sınır bilincini taşıdığı da unutulmamalıdır. Müstemenlerin şahitlikleriyle alakalı Ebussuud'un *na meşru nesneye örf-i sultani olmayacağını* vurgulayan karşı çıkışı da bunun örneklerindedir. Mirî arazi rejimi bağlamında farklı mezheplerin yaklaşımlarına başvuran da Ebussuud'dur, buradaki karşı çıkışı yapan da Ebussuud'dur.

Sonuç olarak, Osmanlı hukuku bir şer'î hukuktur. Örfî hukuk için seküler/laik nitelmesi yapılamaz. Örfî hukukun “kaynağının” akıl olması, ulema için bir “denetimden” ziyade meşrulaştırma işlevinin öne çıkması ve “içeriğinde” yer yer tevil edilmesi zor kısımların bulunması nihaî tahlilde varılan sonucu değiştirme kapasitesine sahip değildir. Osmanlı, kendi varlığını dinî meşruiyet üzerinden kuran, bununla ilintili olarak hukuk düzenini de İslâm dininin hukuk yaklaşımı üzerinden geliştirmiş; yine İslâm dininin ve resmî olarak benimsenmiş Hanefî mezhebinin sağladığı imkânlarla dayanarak ve Türk yönetim geleneğinden tevarüs edilen birikimi de dikkate alarak -bilhassa kamu hukuku alanına taalluk edecek şekilde- örfî hukuk alanını geliştirmiş; örfî hukuk bağlamındaki yasama ve yürütme faaliyetlerini ulema üzerinden şeriatla her daim irtibatlandırmaya çalışmış; bununla beraber zaman zaman şer'î hukukun sınırlarını zorlamış ve hatta aşmış bir devlettir. Ancak sınır hattında gezinen pratiklerin dahi birtakım üst ilkeler üzerinden meşrulaştırılmaya çalışıldığı da vakidir. Bu anlatılanlar doğrultusunda Osmanlı hukukunun şer'î nitelikte olmadığını, örfî hukuk ve şerî hukuk diye iki apayrı hukuk sisteminden müteşekkil olduğu gibi yorumlara ulaşmak ne kadar abartılıysa, bu hukukun şer'î hukukla istisnası olmayan, eksiksiz bir mutabakat içerisinde olduğunu söylemek de aynı şekilde makuliyetten uzak olacaktır.

## Kaynakça

- Akgündüz, A. (1990). *Osmanlı Kanunnâmeleri*, C: I, İstanbul: Fey Vakfı Yayınları.
- Akgündüz, A. (1999a) "Kanunnâmelerdeki Ceza Hukuku Hükümleri ve Şer'î Tahlili". *İslâmî Araştırmalar Dergisi*, 12 (1), 1-16.
- Akgündüz, A. (1999b). "Osmanlı Hukuk Sisteminin Şer'iliği Meselesi ve Kanunnamelerin Şer'î Tahlili". Abdülkadir Özcan (Ed.), *XV ve XVI. Asırları Türk Asrı Yapan Değerler* içinde (s. 153-175). İstanbul: Ensar Neşriyat.
- Apaydın, Y. (2009). "Siyâset-i Şer'îyye", *Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi (DİA)*, c. XXXVII içinde (s. 299-304). Ankara: Türkiye Diyanet Vakfı.
- Aydın, M. Â. (2014). *Osmanlı Devleti'nde Hukuk ve Adalet*. İstanbul: Klasik Yayınları.
- Barkan, Ö. L. (1945). "Osmanlı İmparatorluğu Teşkilat ve Müesseselerinin Şer'iliği Meselesi". *Journal of Istanbul University Law Faculty*, 11(3-4), 203-224.
- Barkan, Ö. L. (1946). "Türkiye'de Sultanların Teşrii Sıfat ve Salahiyetleri ve Kanunnameler". *Journal of Istanbul University Law Faculty*, 12(2-3), 713-733.
- Fendoğlu, H. T. (2021). *Türk Anayasa Hukuku Tarihi*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Gencer, B. (2017). *İslâm'da Modernleşme (1839-1939)*. Ankara: Doğu Batı Yayınları.
- Hallaq, W. B. (2021). *İslam Hukukuna Giriş* (Necmettin Kızılkaya, Çev.). İstanbul: Pınar Yayınları.
- Hallaq, W. B. (2023). *Ahlâkî Yönetimsellik* (Abdullah Enes Mollaoğlu, Tuğrul Kütükcü, Çev.). İstanbul: Pınar Yayınları.
- Heyd, U. (1983). "Eski Osmanlı Ceza Hukukunda Kanun ve Şeriat", (Selâhaddin Eroğlu, Çev.) Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, C. XXVI, 633-652.
- Imber, C. (2022). *Şeriat ile Kanun Arasında Ebussuûd Efendi* (Mürteza Bedir, Çev.). İstanbul: Ketebe Yayınları.
- İnalçık, H. (2012a). "Kazasker Ruznamçe Defterine Göre Kadılık". Halil İnalçık, Bülent An, Selim Aslantaş (Ed.), *Adâlet Kitabı* içinde (s. 121-142). Ankara: Kadim Yayınları.
- İnalçık, H. (2012b). "Osmanlı Hukuk Sisteminde Adaletin Üstünlüğü". Halil İnalçık, Bülent An, Selim Aslantaş (Ed.), *Adâlet Kitabı* içinde (s. 143-206). Ankara: Kadim Yayınları.
- İnalçık, H. (2020). *Osmanlı Tarihinde İslâmiyet ve Devlet*. İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları.
- Kavak, Ö. (2022). "Halâsü'l-ümme'den Necâtü'l-ümme'ye -Osmanlı Siyaset Düşüncesinin Süreklilik Arz Eden Meselelerine Dair Birkaç Not-". *Divan: Disiplinlerarası Çalışmalar Dergisi*, 27 (52), 27-70.
- Koşum, A. (2003). "İslam Hukukunda "Siyaset-i Şer'îyye" Kavramı". *İslâmî Araştırmalar Dergisi*, 16 (3), 350-358.
- Köksal, A. C. (2016). *Fıkıh ve Siyaset*. İstanbul: Klasik Yayınları.
- Köprülü, F. (1938). "Ortazaman Türk Hukukî Müesseseleri". *Belleten*, 2 (5-6), 39-72.
- Üçok, C. (1947). "Osmanlı Kanunnamelerinde İslâm Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler-III". *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4 (1-4), 47-73.