

Klasik Osmanlı Hukukundaki Şer' -Örf Ayrımına Dair Modern Tartışmalar

Muharrem MİDİLLİ*

5 Şubat 1937 tarihinde laiklik ilkesinin anayasaya girmesinden kısa bir süre sonra 1938'de Fuat Köprülü'nün "Ortazaman Türk Müesseseleri: İslam Amme Hukukundan Ayrı Bir Türk Amme Hukuku Yok Mudur?" başlıklı makalesi neşredildi. Birkaç sene sonra 1943'te Ömer Lütfi Barkan'ın *XV ve XVI. Asırlarda Osmanlı İmparatorluğunda Zirai Ekonominin Hukuki ve Mali Esasları: Kanunlar* isimli kitabı yayınlandı. Bu çalışmaların her birinde İslam hukukunun kamu alanında yetersizliği ve kısıtlayıcılığı sebebiyle mazide devlet işlerinden uzak tutulduğu iddiası üzerinden halde ve istikbalde de bu tavrın sürdürülmesi gerektiğini ihsas ettiren; şer' ile örfü kategorik olarak birbirinden ayıran yaklaşımlar bulunmaktaydı. Ağırlıklı olarak mezkur tarihlerden bu yana Osmanlı Devleti'nde hukuk sözkonusu olduğunda öncelikle akla gelen, ele alınan ve tartışılan meselelerden biri şer' -örf ayrımı olmaya devam etmektedir.

Şer'î hukuk-örfî hukuk, şeriat-kanun vb. şekillerde de ifade edilen ayrıma dair tartışmalara şimdiye kadar yerli ve yabancı tarihçilerden ilahiyatçılara, sosyologlardan antropologlara uzanan geniş bir kesim dahil oldu. Makalelerden ansiklopedi maddelerine, müstakil kitaplardan tezlere kadar çeşitli türlerde çalışmalar ortaya çıktı. Böylece bu ihtilafli konu üzerinde hatırı sayılır zenginlikte bir literatür oluşmuş oldu. Bu literatür bazı araştırmacılarca değişik açılardan ve muhtelif kapsamlarda ele alınmıştır.¹ Bu çalışmanın amacı söz

* Arş. Gör., İstanbul Üniversitesi İlahiyat Fakültesi İslam Hukuku Ana Bilim Dalı.

1 Mesela bkz. Ümit Hassan, *Osmanlı: Örgüt İnanç-Davranış'tan Hukuk-Ideoloji'ye*, İstanbul: İletişim Yayınları, 2001, s. 43-47; Mehmet Akif Aydın, "Türk Hukuk Tarihçiliği", *Türkiye Araştırmaları Literatür Dergisi (TALİD)*, 2005, c. 3, sy. 5, s. 19-23; Kaşif Hamdi Okur, "Para Vakıfları Bağlamında Osmanlı Hukuk Düzeni ve Ebussuud Efendi'nin Hukuk Anlayışı Üzerine Bazı Değerlendirmeler", *GÜ Çorum İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2005/1-2, c. 4, sy. 7-8, s. 35; Bülent ➤

konusu literatürde İslam hukuku tasavvurunun örf/kanun anlayışına nasıl tesir ettiğini göstermeye çalışmaktadır.

Bilindiği üzere Klasik Osmanlı'da hukukun niteliği üzerinde yapılan tartışmalar en temelde şeriat ve örfün/kanunun mahiyetleri, bunların birbiri ile ilişkisi ve kamu alanında hangisinin hakim olduğu sorunsalı etrafında şekillenmiş ve gelişmiştir. Literatürde bu çekirdek sorunsalın bir takım meselelerle sarmalandığı ve bunlardan bazılarının ön plana çıktığı görülmektedir. Bu kabilinden üzere örfün/kanunun kaynağı ve sınırları,² şer'î hukuk-örfî hukuk ayrımının mahiyeti ve bunun din-devlet ilişkileri açısından anlamı,³ klasik vergi kanunnamelerindeki örfî hükümlerin şer'e muvafık olup olmadıkları,⁴

Arı, "Halil İnalçık ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları", *TALİD*, 2005, c. 3, sy. 5, s. 793-800; M. Macit Kenanoğlu, "Osmanlı Kanunnameleri Neşriyatı Üzerine Bir Tahlil", *TALİD*, 2005, c. 3, sy. 5, s. 144-147; Yunus Koç - Murat Tuzluca, "Klasik Dönem Osmanlı Ceza Hukukunda Yargılama ve Toplumsal Yapı", *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, Güz 2006, sy. 2, s. 11-14.

2 Halil İnalçık, "Osmanlı Hukukuna Giriş: Örfî-Sultanî Hukuk ve Fatih'in Kanunları", *AÜ Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 1958, c. 13, s. 102-126; Halil İnalçık, *Osmanlı'da Devlet, Hukuk, Adalet*, İstanbul: Eren Yayıncılık, 2000, bu eserde özellikle şu makalelere bkz. a.mlf., "Kutadgu Bilig'de Türk ve İran Siyaset Nazariye ve Geleneği", s. 11-23; a.mlf., "Türk Devletlerinde Sivil Kanun Geleneği", s. 27-36. Adnan Koşum, "Osmanlı Örfî Hukukunun İslam Hukukundaki Temelleri", *SÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi*, Bahar 2004, sy. 17, s. 145-160; Serdar Uğurlu - Kaan Yılmaz, "Türk Devlet Yönetme Geleneğinde Töre'den Örf'e Değişim", *Turkish Studies-International Periodical for the Languages, Literatures and History of Turkish or Turkic*, c. 6, s. 2, Bahar 2011, s. 949-971.

3 Ömer Lütfi Barkan, "Türkiye'de Din ve Devlet İlişkilerinin Tarihsel Gelişimi", *Cumhuriyetin 50. Yıldönümü Semineri*, 49-97, Ankara: TTK, 1975, s. 49-97; Halil İnalçık, "Islam in the Ottoman Empire", *Türk Kültürü*, 1968-70, 5-7, s. 19-29; Halil İnalçık, "Şeriat ve Kanun, Din ve Devlet", *İslamiyat*, 1998, c. 1, sy. 4, s. 135-142; Uriel Heyd, "Eski Osmanlı Ceza Hukukunda Kanun ve Şeriat", çev. Selahaddin Eroğlu, *AÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 1983, sy. 633-652; Richard C. Repp, "Osmanlı Bağlamında Kanun ve Şeriat", *Sosyal ve Tarihi Bağlamı İçinde İslam Hukuku*, Aziz el-Azme (ed.), çev. Fethi Gedikli, İstanbul: İz Yayıncılık, 1992; Haim Gerber, "Osmanlı Hukukunda Şeriat, Kanun ve Örf: 17. Yüzyıl Bursa'sı Mahkeme Kayıtları", çev. Mehmet Akman, *Hukuk Araştırmaları*, 1994, c. 8, sy. 1-3, s. 265-29; Murat Şen, "Osmanlı Hukukunun Yapısı", *Osmanlı*, Ankara: Yeni Türkiye Yayınları, 1999, s. 327-339; İbrahim Durhan, "Osmanlı Hukunun Yapısı Üzerine Bir Etüt", *AÜ Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1999, c. 3, sy. 1, s. 215-232; Ziya Kazıcı, "İslam'da Örfî Hukuk (Osmanlı Uygulaması)", *Din ve Geleneğin Tartışmalı İlmî Toplantı Bildirileri*, (22-24 Ekim 2010, Erzurum), İstanbul 2011; Boğaç Ergene, "Qanun and Sharia", *The Ashgate Research Companion to Islamic Law* içinde, Rudolph Peters ve Peri Bearman (eds.), Farnham (İngiltere): Ashgate, 2014, s. 109-120.

4 Coşkun Üçok, "Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler III", *AÜ Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1946, c. 3, sy. 1, s. 48-73; Ziya Kazıcı, "Osmanlılarda Örfî Vergiler ve Bu Vergilerin Kaynağı Olan Örfî Hukuk", *MÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi*, İstanbul 1986, sy. 4, s. 285-310; Neşet Çağatay, "İslam Hukukunun Ana Hatları ve Osmanlıların Bunun Bazı Kurallarını Değişik Uygulamaları", *Belleten*, 1987, c. 51, sy. 200, s. 625-636; Mehmet Akif Aydın, "Ceza (Osmanlı Ceza Hukuku)", *DİA*, 1993, c. 7, s. 478-482; Colin Imber, "Zina in Islamic Law", *Studies in Ottoman History and Law*, İstanbul: The Isis Press, 1996, s. 175-206; Ömer Menekşe, "VXII ve XVIII. Yüzyılda Osmanlı Devletinde Hırsızlık Suçu", Doktora tezi, MÜ Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1998; a.mlf., "Osmanlı'da Zina Cezası Olarak Recm", *Marife*, Güz 2003, yıl: 3, ➤

kardeş katli,⁵ genel olarak hukukun şer‘liği,⁶ hükümdarların yasama yetkisinin meşruiyeti ve sınırları,⁷ fetva makamının ve bilhassa Ebussuud Efendi’nin kanun karşısındaki konumu⁸ vb. hatırlanabilir. Burada önce İslam hukukunun anlaşılma biçiminin müelliflerin örfi hukuk anlayışına nasıl tesir ettiği genel olarak tartışılacak, daha sonra tartışma şeriat-kanun ayırımının mahiyeti ve klasik vergi kanunnamelerindeki örfi hükümlerin şer‘e muvafık olup olmadığı meseleleri üzerinden derinleştirilecektir.

I.

Osmanlı Devleti’nde hukuk düzenini inceleme konusu yapan araştırmacıların İslam hukuku hakkında yazması kaçınılmazdır. Nitekim konu hakkında yapılan hemen her çalışmada bu hususa şu veya bu şekilde değinildiği görülmektedir.

sy. 2, s. 7-18; Ahmet Akgündüz, “Kanunnamelerdeki Ceza Hukuku Hükümleri ve Şer‘i Tahlili”, *İslami Araştırmalar Dergisi*, 1999, c. 12, sy. 1, s. 1-16; I. Kahramanmaraş Sempozyumu, (6-8 Mayıs 2004, Kahramanmaraş), İstanbul: 2005, c. 1, s. 472-482; Saffet Köse, “Osmanlıda Şer‘i Cezalar”, *İslamiyat*, 1999, c. 2, sy. 4, s. 23-32; Nasi Aslan, “Klasik Dönem Ceza Kanunnameleri Bağlamında Osmanlı Hukukunun Şer‘liği Üzerine”, *ÇÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2003, c. 3, sy. 2, s. 17-44.

- 5 Ahmet Mumcu, “Osmanlı Devletinde Siyaseten Katli”, Doktora tezi, AÜ Hukuk Fakültesi, 1963; Mehmet Akman, *Osmanlı Devleti’nde Kardeş Katli*, İstanbul: Eren Yayınları, 1997; Abdülkadir Özcan, “Fatih’in Teşkilat Kanunnamesi ve Nizam-ı Alem için Kardeş Katli Meselesi”, *Tarih Dergisi*, 1982, sy. 33, s. 7-56; Ekrem Buğra Ekinci, “Osmanlı Hukukunda Kardeş Katli Meselesi”, *Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan*, Ankara: Yetkin Yayınları, 2006, s. 1105-1117.
- 6 Ömer Lütfi Barkan, “Osmanlı İmparatorluğu Teşkilat ve Müesseselerinin Şer‘liği Meselesi”, *İÜ Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1945, c. 11, sy. 3-4, s. 203-224; Ali Bardakoğlu, “Osmanlı Hukukunun Şer‘liği Üzerine”, *Osmanlı*, Ankara: Yeni Türkiye Yayınları, 1999, c. 6, s. 412-416; Ahmet Akgündüz, “İslam Hukukunun Osmanlı Devletinde Tatbiki: Şer‘iyye Mahkemeleri ve Şer‘iyye Sicilleri”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, 2009, sy. 14, s. 13-48; Ahmet Yaman, “Osmanlı Pozitif Hukukunun Şer‘liği Tartışmalarına Eleştirel Bir Katkı”, *İslamiyat*, 2005, c. 8, sy. 1, s. 113-125; Asım Cüneyd Köksal, *Fıkıh ve Siyaset: Osmanlılarda Siyaset-i Şer‘iyye*, İstanbul: Klasik Yayınları, 2016.
- 7 Ömer Lütfi Barkan, “Türkiye’de Sultanların Teşrii Sıfat ve Salahiyetleri”, *İÜ Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1946, c. 12, sy. 2-3, s. 713-733; Halil İnalçık, “Comments on ‘Sultanizm’: Max Weber’s Typification of the Ottoman Polity”, *Princeton Papers in Near Eastern Studies*, 1992, sy. 1, 49-72; a.mlf., “State, Sovereignty and Law During the Reign of Suleyman”, *Süleymân the Second and His Time*, Halil İnalçık ve Cemal Kafadar (eds.), İstanbul: Isis Press, 1993, s. 69-102; Ahmet Akgündüz, “Osmanlı Hukukunda Şer‘i Hukuk-Örfi Hukuk İkilemi ve Yasama Organının Yetkileri”, *İslami Araştırmalar Dergisi*, 1999, c. 12, sy. 2, s. 117-121; Kenan İnan, “The Making of Kanun Law in the Ottoman Empire, 1300-1600”, *Making, Using and Resisting the Law in European History*, G. Lottes, E. Medijainen ve J. V. Sigurdsson (eds.), Pisa: Plus-Pisa University Press, 2008, s. 65-75; Engin Deniz Akarlı, “The Ruler and Law Making in the Ottoman Empire”, *Law and Empire: Ideas, Practices, Actors*, J. Duindam, ... (eds.), Portland, Brill, 2013, s. 87-109.
- 8 Halil İnalçık, “Islamization of Ottoman Laws on Land and Land Tax”, *Essays in Ottoman History*, İstanbul: Eren 1998, s. 155-169; Colin Imber, *Şeriatın Kanununa: Ebussuud ve Osmanlı’da İslami Hukuk*, çev. Murteza Bedir, İstanbul: Tarih Vakfı Yurt Yayınları, 2004; Snjazana Buzov, “The Lawgiver and his Lawmakers: The Role of Legal Discourse in the change of Ottoman Imperial Culture”, Doktora tezi, Chicago University, 2005.

İslam hukukunun ele alınış tarzı ve amacı tarafların yaklaşım biçimlerine göre farklılaşmaktadır. Örfi hukuk anlayışını bilhassa İslam hukukuna dair bir takım negatif önkabuller üzerine inşa etme tavrı bazı müelliflerde açıkça kendini izhar etmektedir. Herbert Adams Gibbon (v. 1934) ve Fuat Köprülü (v. 1966) bu tavrın öncü örnekleri arasındadır. Gibbon'un erken dönem Osmanlıların Bizans kanun hukukunu uygulamış oldukları tezinin dayanaklarından biri İslam'da bir siyaset hukukunun bulunmadığı iddiasıdır.⁹ Müellif bu iddiayı erken dönem Osmanlıların müslüman bir devlet kuracak teknik bilgiye sahip olmadıkları, aslında böyle bir devlet kurmayı pek fazla istemedikleri¹⁰ varsayımlarıyla birleştirerek zikredilen tezini ileri sürmüştür. Köprülü ise fıkıhı konusu ideal hukuk olan, spekülatif ve bu özelliği sebebiyle hususi-kamu ayrımı içermeyen bir ilim olarak tarif etmiş,¹¹ samimi Müslümanlar olarak nitelediği devlet kurucularının devlet otoritesi ve amme menfaati söz konusu olduğunda İslam hukukçularının dar, geri ve muhayyel sistemlerine değer vermediklerini öne sürmüştür. Ona göre İslam ülkelerinde bir zamanlar var olmuş hayret uyandıran kamusal organizasyonlar yöneticilerin devlet menfaatini herşeyin üstünde tutan bu tavrının ürünüdür.¹²

Yukarıdaki tavrı şer'î-örf/kanun ilişkileri üzerinde ilk detaylı araştırmaları yapan ve bütün bir literatürü domine etmiş gibi görünen Ömer Lütfi Barkan (v. 1979) ve Halil İnalçık (v. 2016) gibi müelliflerce muhtelif tonlarda sürdürülmüştür. Bunlardan Barkan'ın ilgili yazıları onu şer'î hukuku işlemez hale getirip devletin vesayetine sokan ve bütün bir örf/kanun teorisini bu yaklaşımın üzerine bina eden bir araştırmacı gibi gösterir. Onun şer'î hukuk anlayışı şu özellikleri taşımaktadır: İlk iki asırda gelişmesini tamamlayıp kitaba geçmiş ve sonraki Müslümanlar için her alanda uygulanması vacip ve değişmez dinî bir kanun;¹³ kamu alanı ile ilgili içerdiği nazari sistemlerin fethedilen ülkelerin önceki sistemlerine dayanması sebebiyle¹⁴

9 Herbert Adams Gibbon, *The Foundation of the Ottoman Empire: A History of the Osmanlis up to the Death of Bayezid I 1300-1403*, Frank Cass & Co. Ltd., 1968, s. 72-73.

10 Gibbon, *The Foundation of the Ottoman Empire*, s. 73.

11 Bkz. Fuat Köprülü, "Fıkıh", *İA*, 1993, c. 4, s. 608.

12 Fuat Köprülü, "Ortaçağ Türk Hukukî Müesseseleri: İslam Amme Hukukundan Ayrı Bir Türk Amme Hukuk Yok Mudur?", *Belleten*, Nisan 1938, c. 2, sy. 6, s. 71-72. Köprülü'nün yaşadığı dönemin din-devlet ilişkileri ve müellifin bu ilişkiler karşısındaki duruşu göz önünde bulundurulduğunda onun İslam hukuku ve yöneticilerin tavrı ile ilgili bu ifadelerinin maziye göre kurgulayıp sonra oradan hale meşruiyet ve menfaat devşirmeye yönelik bir tavır olduğu görülmektedir. Köprülü'ye göre "tarihî hakikat Türk milletinin hakiki menfaatine asla mugayir olmazdı". Nakleden: Halil Bertay, *Fuat Köprülü ve Cumhuriyet İdeolojisi*, İstanbul: Kaynak Yayınları, 1983, s. 94. Köprülü'nün hukuk tarihçiliği için bkz. Mehmet Akman, "Fuat Köprülü'nün Hukuk Tarihçiliği", *Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları*, Güz 2007, sy. 4, s. 7-14.

13 Ömer Lütfi Barkan, *XV ve XVI. Asırlarda Osmanlı İmparatorluğunda Zirai Ekonominin Hukuki ve Mali Esasları: Kanunlar*, İstanbul: İÜ Yayınları, 1946, s. XI; a.mlf., "Osmanlı İmparatorluğu Teşkilat ve Müesseselerinin Şer'îliği Meselesi", s. 203.

14 Barkan, *Kanunlar*, s. XII; a.mlf., "Osmanlı İmparatorluğu Teşkilat ve Müesseselerinin Şer'îliği Meselesi", s. 204-205.

oluştugu andan itibaren ölü doğmuş;¹⁵ İslam ülkelerinin idaresinde gerekli olacak her türlü düzenlemeyi bütün ayrıntısı ile bir daha değişmeye gerek kalmayacak şekilde içeren, kutsal ve noksansız; gökten tamamlanmış bir halde indirilmiş, daima kendinin aynı kalacak tek ve tam bir hukuk sistemi.¹⁶ Bu tanımlamalardan sonra artık müellif için geriye kamu hukuku alanında İslam ülkelerinde tesadüf edilen sistemlerin daima açık ve yabancı tesirlerle durmadan dolup boşalan ayrı bir örfi hukuk sahasının¹⁷ tezahürü olduğunu söylemek kalacaktır.

Barkan’ın sert tutumu İnalıcık’ta yumuşamasına rağmen temel yaklaşım kendini muhafaza etmeye devam etmiştir. O Fatih’e kadar hayatın bütün alanlarında dinî hukuka büyük önem verildiğini, devlet hukukunun da İslami prensiplere dayanmasına ve dinî hukuk ile uyumlu olmasına dikkat edildiğini¹⁸ söylerken açıkça Barkan’a muhalefet etmekle birlikte Fatih’ten sonra yönetime ait alanların kanun yapma faaliyeti bakımından sultana özgü sayıldığını, bu alanlarda şer‘î hukukun kamu kurumlarını açıklamakta yeterli görülmediğini¹⁹ iddia ederek onun çizgisine yaklaşır. Müellif şer‘in kamu kurumlarını açıklamakta yeterli görülmediği yönündeki iddiasını görünüşe göre Fatih’in şer‘e hiç atf yapmadan kanunname çıkarmış²⁰ ve şeriat karşısında oldukça bağımsız hareket etmiş²¹ olması varsayımlarına dayandırmaktadır. Bu onun Fatih’i merkezî ve mutlak imparatorluğun kurucusu²² olarak kabul etmesi ile de doğrudan bağlantılı olmalıdır.

Hıfzı Veldet Velidedeoğlu (v. 1992), Uriel Heyd (v. 1968), Coşkun Üçok (v. 1988), Ahmet Mumcu, Neşet Çağatay (v. 2000) ve Haim Gerber gibi müellifler de Osmanlı hukuk sistemindeki örfî düzenlemelerin varlığını fıkım/şeriatın kamu alanında yetersizliği ya da bu alanda yetkililerce yetersiz görüldüğü iddiasına dayandırmışlardır.²³

Örfî hukukun varlığını şer‘î hukukun noksanlıklarına dayandıran yaklaşım karşısında diğer bir kısım araştırmacılar İslam hukukunun anlaşılma biçimine

15 Barkan, *Kanunlar*, s. XIV; a.m.f., “Osmanlı İmparatorluğu Teşkilat ve Müesseselerinin Şer‘îliği Meselesi”, s. 207.

16 Barkan, “Türkiye’de Din ve Devlet İlişkilerinin Tarihsel Gelişimi”, s. 49.

17 Barkan, *Kanunlar*, s. XIV; a.m.f., “Osmanlı İmparatorluğu Teşkilatı”, s. 207.

18 İnalıcık, “Islam in the Ottoman Empire”, s. 25.

19 İnalıcık, “Şeriat ve Kanun, Din ve Devlet”, s. 135-136.

20 Halil İnalıcık, “Suleiman the Lawgiver and the Ottoman Law”, *Archivum Ottomanicum*, 1969, sy. 1, s. 109.

21 Halil İnalıcık, “Osmanlılar’da Raiyyet Rüsümü”, *Belleten*, 1959, sy. 23, s. 575.

22 İnalıcık, “Osmanlı Hukukuna Giriş”, s. 110.

23 Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, “İslam Ülkelerinde Kanunlaştırma Hareketleri ve Bunun Batı Hukuk Sistemleri ile İlişkisi”, *Prof. Dr. K. Fikret Arık’a Armağan*, Ankara 1973, s. 569; Heyd, “Kanun ve Şeriat”, s. 633; Coşkun Üçok-Ahmet Mumcu, *Türk Hukuk Tarihi*, Ankara: AÜ Hukuk Fakültesi Yayınları, 1976, s. 214; Çağatay, “İslam Hukukunun Ana Hatları”, s. 630; Gerber, “Osmanlı Hukukunda Şeriat, Kanun ve Örf”, s. 274-275.

ve örfî hukukun varlığı üzerindeki tesirine dikkat çekmişlerdir. Bu bağlamda Ali Bardakoğlu, İslam hukukundan Kur'an ve Sünnet'te yer alan dini hükümleri değil, bu iki kaynak ışığında gelişen ve şekillenen Müslüman toplumların hukukunu anlamak gerektiğini,²⁴ dolayısıyla Barkan'ın İslam hukukunu sabit, donuk, değişime kapalı ve tamamlanmış görme eğiliminin isabetli görülemeyeceğini²⁵ söylerken, Mehmet Akif Aydın Barkan'ın örfî hukukun oluşumunda İslam hukukunda hükümdarlara verilen role yeterince dikkat etmediğini²⁶ ifade eder. Bazı yazarlar örfî hukukun teşekkülünde ve geniş çaplı işlerlik kazanmasında şer'î hukukun pozitif etkisine işaret etmektedirler.²⁷ Başta Ahmet Akgündüz olmak üzere Ziya Kazıcı, Saffet Köse, Nasi Aslan, Ömer Menekşe, Adnan Koşum ve Ekrem Buğra Ekinci gibi araştırmacılar İslam hukukunda belli alanlarda bırakılmış bilinçli boşluklara ve bu alanlarda devlet otoritesine tanınan yasama yetkisine vurgu yapmaktadırlar.²⁸ Bu vurguya göre Osmanlı Devleti'nde kamu hukuku sahasında görülen organizasyonlar fıkha/şer'e rağmen değil, onun müsaadesi ile ve ileri sürdüğü teoriler çerçevesinde tesis edilmiştir. Bu durum ise onun kamu alanında eksik, donuk, muhayyel vb. olarak anlaşılmasına manidir.

Akademik tespitlere açıkça aykırı olması sebebiyle fıkhnın/şeriatın ilk iki asırda bütünüyle tamamlandığı ve bu nedenle gelişime tamamen kapalı olduğuna ilişkin iddialar üzerinde biraz durmakta fayda vardır. Bilindiği üzere Osmanlılarda tedris, ifta ve kaza alanlarında hakim olan mezhep Hanefiliktir. Bu nedenle Osmanlı hukuk belgelerinde örfün/kanunun yanında şeriat, şer' vb. terimler zikredildiğinde genellikle Hanefî mezhebi kastedilir. Bu durumda Osmanlı bağlamında örf/kanun

24 Bardakoğlu, "Osmanlı Hukukunun Şer'îliği Üzerine", s. 412, 413.

25 Bardakoğlu, "Osmanlı Hukukunun Şer'îliği Üzerine", s. 413.

26 Aydın, "Türk Hukuk Tarihçiliği", s. 20.

27 Mumcu, "Osmanlı Devleti'nde Siyaseten Katl", s. 34; Engin Ankarlı, "Ottoman Empire: Islamic Law in Asia Minor (Turkey) and the Ottoman Empire", *The Oxford International Encyclopedia of Legal History*, Katz, Stanley Nider (ed.), Oxford (UK): New York: Oxford University Press, 2009, c. 6, s. 266; Ahmet Yaşar Ocak, "XV ve XVI. Yüzyıllarda Osmanlı Resmi Dini İdeolojisi ve Buna Muhalefet Problemi", *İslami Araştırmalar*, 1990, c. 4, sy. 3, s. 193. Bu çalışmada Ocak, (örfün devlet güdümündeki İslam'ın bir görüntüsü olduğu iddiası bir yana) fıkhnın tali bir kaynağı olan örfle örf-i sultani arasında doğrudan irtibat kurmaktadır. Ne var ki, iki kavram arasında belki ancak her ikisinin de belli bir bölgede yaşayan insanların eskiden beri bilip tanıdığı sözler, davranışlar ve (idari) sorumluluklar anlamına gelmesi açısından ilişki kurulabilir. Bu söz, davranış ve sorumlulukların hukuka dahil edilmesi birbirinden tamamen farklı mahiyetteki süreçlerin sonunda gerçekleşmektedir.

28 Ahmet Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, İstanbul: Fey Vakfı Yayınları, 1990, c. 1, s. 74-44; a.mlf., "Osmanlı Hukukunda Şer'î hukuk-Örfî Hukuk İkilemi ve Yasama Organının Yetkileri", s. 118-122; Kazıcı, "Osmanlılarda Örfî Vergiler ve Bu Vergilerin Kaynağı Olan Örfî Hukuk", s. 287; a.mlf., "İslam'da Örfî Hukuk (Osmanlı Uygulaması)", s. 275; Köse, "Osmanlıda Şer'î Cezalar", s. 27; Aslan, "Klasik Dönem Ceza Kanunnameleri Bağlamında Osmanlı Hukukunun Şer'îliği Üzerine", s. 27, 38; Menekşe, "Osmanlı'da Zina Cezası Olarak Recm", s. 11; Koşum, "Osmanlı Örfî Hukukunun İslam Hukukundaki Temelleri", s. 159; Ekinci, "Osmanlı Hukukunda Kardeş Katli Meselesi", s. 1110.

karşısında yetersiz, donuk, gelişime kapalı, olup bitmiş olarak nitelenen şeriat da temelde onun Hanefi yorumu olacaktır. Hanefi mezhebi külliyatı büyük ölçüde İmam Muhammed b. Hasen eş-Şeybânî'nin (v. 189/805) zahirü'r-rivaye denilen altı eserine dayanmaktadır. Bu kitaplarda bulunan hukuk mesailinin değinmediği konular bu mesailin usulü takip edilerek sonraki fakihler tarafından vakıat/nevazil türü eserlerde ele alınmıştır. Böylece ortaya kurucu imamlar tarafından ele alınmamış mesaili içeren çok sayıda fıkıh/fetva kitabı çıkmıştır.²⁹ Bu kitapların Osmanlı alimlerinin hukuk kültürüne önemli katkılar sağladığı bilinmektedir. Birçok Osmanlı aliminin kendisine ait fetva kitabı da bulunmaktaydı.³⁰ Bu kitaplarda bulunan her bir fetvanın teorik olarak şer‘î hukuka dahil olduğu unutulmamalıdır. Bu durum fıkıhın/şer‘in ilk iki asra sıklıkla sıklıkla, aksine devam eden bir süreç olduğunu göstermektedir.

Fıkıhın/şer‘in kamu alanında eksik olduğu ya da yetkililerce eksik görüldüğü iddialarına da birkaç cümle ile değinmek gerekir. Fıkıh literatüründe özel hukuk alanlarının kamu hukuku ile ilgili alanlara nispetle daha ayrıntılı olarak düzenlenmiş olduğu açıktır. Bununla birlikte fıkıhın belli hukukî meselelerde şar‘î in iradesini anlama çabası olduğu ve bu çabanın daima var olacağı dikkate alındığında teorik olarak kamu alanında –mutlaka gerekliyse- spesifik hükümler açısından bir eksikliğin söz konusu edilmemesi gerekir. Osmanlılarda kamu alanında merkezî otorite tarafından teşkilat, ceza ve toprak hukuku ile ilgili yapılan düzenlemelerin -tek tek her birinin şer‘ açısından durumu bir yana- en azından bu düzenlemeleri meşru kılan teori –Müslüman idarecilerin belli alanlarda maslahata mebni düzenlemeler yapabilmeleri- açısından şer‘î hukukla yakın bir ilgisi bulunmaktadır. Mesela 1525 tarihli Mısır kanunnamesinin mukaddimesinde zikredildiği üzere “üğ-i zebân-ı evliyâ-i şer‘at” ile karmaşanın önüne geçilemediği için “zebân-ı üğ-i vâliyân-ı siyaset”in³¹ gerekli görülmesi aslında şer‘in öne sürdüğü bir tedbir türüdür. Zira Hanefi fakihler gerekli durumlarda imam/meşru siyasal iktidar tarafından siyaset cezalarının devreye sokulabileceğini belirtmektedirler.³² Bu konuda Molla Hüsrev'in

29 Vakıat/nevazil literatürü ve bu literatürün gelişimi için bkz. Murteza Bedir, *Buhara Hukuk Okulu: Vakıf Hukuku Bağlamında X-XIII. Yüzyıl Orta Asya Hanefî Hukuku Üzerine Bir İnceleme*, İstanbul: İSAM Yayınları, 2014; Eyyüp Said Kaya, “Hanefî Mezhebinde Nevazil Literatürünün Doğuşu ve Ebu'l-Leys es-Semerkindî'nin Kitabı'n-Nevezil'i”, Yüksek Lisans tezi, Marmara Ünivesitesi, 1996.

30 Osmanlı alimlerinin fetva mecmuaları hakkında bkz. Şükrü Özen, “Osmanlı Dönemi Fetva Literatürü”, *TALİD*, 2005, c. 3, sy. 5, s. 249-378.

31 Bkz. Uriel Heyd, *Studies in Old Ottoman Criminal Law*, Oxford: Clarendon Press, 1973, s. 176; Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukukî Tahlilleri*, c.4, s. 88.

32 Bkz. Ebu'l Hasan Burhaneddin Ali b. Ebî Bekr Merğinanî (593/1197), *el-Hidâye Şerhü Bidâyeti'l-Mübtedî*, thk. Muhammed Muhammed Tamir, Hafız Aşur Hafız, Kahire: Darü's-selam, 2000, c. 2, s. 746, 747, 751-52, 794-95; c. 4, s. 1611-13; Hüsrev Mehmed Efendi (Molla Hüsrev) (885/1481), *Dürrü'l-hükkâm ft Şerh-i Gureri'l-Ahkam*, İstanbul: Matbaa-i ve Kitabhâne-i Mehmed Esad, 1300, c. 2, s. 81, 104.

(v. 1481) imamın, yeryüzünde fesad için çalışması sebebiyle hırsız siyaseten öldürüleceğine ve Pir Mehmed Efendi'nin (v. 1611) hırsızın siyaseten salb edilmesinin meşru olduğuna dair zikrettikleri fetvalar örnek olarak gösterilebilir.³³ Siyasal iktidar görünüşe göre bu gibi fetvalardan hareketle şöyle bir düzenleme yapmıştır: "... ve birkaç kez hırsızlığı zahir olmuş kimesneyi asalar."³⁴ "... ve birkaç def'a hırsızlığı zahir olanı salb ideler."³⁵ Bu durum şeriatın yanında kanunnamelerin yürürlüğe konulmuş olmasının şeriatın kamu hukuku açısından eksik görülmüş olması ile açıklanamayacağını göstermektedir.

II.

Bu açıklamalardan sonra tartışma şer'-örf/kanun ayrımının mahiyeti ve bunun din-devlet ilişkileri açısından anlamı etrafında biraz daha derinleştirilebilir. İslam hukukunun anlaşılma biçimi bu meselede de hükmünü icra edecek, tartışma nihai olarak örfün/kanunun meşruiyetini hangi otoriteden aldığı noktasında düğümlenecektir: Şer'den mi yoksa sadece hükümdarın iradesinden mi? İkinci durumda şer' ile örf kategorik olarak birbirinden ayrılmış olacaktır. Konu hakkında ilk defa yazan müelliflerden biri olan Fuat Köprülü, Osmanlı Devleti'nde şeriat hükümlerinin dışında devletin sırf kendi hakimiyet hakkına dayanarak koyduğu bir takım örfi hükümlerin de bulunduğunu,³⁶ İslam devletlerinde her zaman şeriatı bağımsız bir yasama faaliyetinin var olduğunu belirtmiştir.³⁷ Müellifin çağdaşı Zeki Velidi Togan aynı doğrultuda Osmanlı'daki "şeriat ile muvazi kanun (yasak) yaşatma"nın İlhanlılardan alındığını; bu ayrımın eski Türk geleneklerine doğru sırasıyla hoca-türe ve kam-kağan şeklinde uzandığını ve devlet teşkilatı nüvesi olarak bütün asırlarda daima var olduğunu iddia etmiştir.³⁸

Köprülü ve Togan'ın bu vurgularının nasıl yer yer daha sert bir biçimde Ömer Lütfi Barkan'da ve bazen derece farkıyla Halil İnalcık'ta devam ettiği aşağıda görülecektir. Fakat daha önce örfi hukukun beslendiği kaynak meselesine kısaca temas etmek gerekir. Köprülü³⁹ ve hemen şimdi görüldüğü üzere Togan'ın örfi hukukun beslendiği kaynak olarak Türklerin eski hukuki geleneklerini işaret

33 Molla Hüseyin, *Dürrü'l-hükkâm*, c. 2, s. 104; Pir Mehmed Efendi, *Fetâvây-ı Üskübî*, Süleymaniye Kütüphanesi, Fatih, no: 2319.

34 Nicoara Beldiceanu, *Code de Lois Coutumieres de Mehmed II: Kitab-ı Kavânin-i Örfiyye-i Osmani*, Wiesbaden: 1967, vr. 6v; Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, c. 2, s. 43.

35 Anna Tveritina, *Knika Zakonov Sultana Selima I*, Akademiya Nauk SSSR, Moskova: 1968, vr. 4a; Hüseyin Özdeğer, "I. Sultan Selim Han Kanunnamesi ve Tahlili", *İÜ Türk İktisat Tarihi Yıllığı*, 1987, sy. 1, s. 145.

36 Köprülü, *Bizans Müesseselerinin Osmanlı Müesseselerine Tesiri*, İstanbul: Ötüken, 1981, s. 90.

37 Bkz. Köprülü, "Fıkıh", s. 614-615.

38 Zeki Velidi Togan, *Umumi Türk Tarihi'ne Giriş*, İstanbul: Enderun, 1981, s. 112, 340.

39 Köprülü, "Ortazaman Türk Hukuki Müesseseleri", s. 71-72.

etmesi Barkan⁴⁰ ve İnalçık gibi takipçilerin de dikkatini çekmişti. Bilhassa İnalçık'ın mesele üzerinde epeyce kafa yorduğu bilinmektedir.⁴¹ Bununla birlikte şer‘îlik açısından örfün/kanunun kaynağının ne olduğu ancak ikincil bir öneme sahiptir. Zira kanunun meşruiyeti şer‘e, yani belli alanlarda ulu‘l-emrin maslahata dayalı olarak düzenleme yapabilmesi fikrine dayandırıldığında beslendiği kaynak ne olursa olsun şer‘den bütünüyle bağımsız olmayacaktır.

Barkan'ın şer‘î hukuk-örfî hukuk ayırımına dair temel iddiası Osmanlı Devleti'nde şer‘î hukuk hükümlerinden tamamen bağımsız olarak sultanın ferman ve iradesinden kaynaklanan ve gelişen bir örfî hukukun var olduğudur.⁴² Bununla birlikte o sultanların kamu hukuku alanında devlet reisi sıfatıyla –her biri fıkha/şer‘e ait- tazir yetkisi kapsamında takdir hakkı ve amme menfaati gibi prensiplerden hareketle yeni sistemler kurduklarını⁴³ adeta itiraf etmektedir. Fakat bunu şeriatın dışında laik⁴⁴ karakterli bir kanun koyma yolu⁴⁵ olarak yorumlayarak tercihini yapar. Aslında bu bir tercih olmanın ötesinde onun şer‘î hukuku tanımlama ve laikliğe tarihî bir köken devşirme çabasının zorunlu bir sonucudur.

Halil İnalçık'ın Osmanlı'da hukukun yapısı ile ilgili hemen her çalışmasında tekrarladığı temel iddia (Fatih'ten itibaren) örfî hukukun şeriatın bütünüyle bağımsız bir şekilde sultanın sırf kendi otoritesine dayanarak yaptığı düzenlemelerden oluştuğudur.⁴⁶ Bununla birlikte müellife göre Osmanlı devletinde temel ve değişmez hukuk şeriatıdır; kanun ise her seferinde tahta çıkan yeni hükümdar tarafından onaylanmak zorundaydı.⁴⁷ Bu ifadeleri ile birlikte kanunun prensipte İslam hukukuna riayet etmek ve şeriat tarafından ele alınmayan bir mesele ile ilgili olmak zorunda olduğunu söylemesi⁴⁸ İnalçık'ı kendi tezini tadil etmeye çalışır gibi göstermektedir.⁴⁹ Zira İslam hukukuna riayet etmek ve şer‘î hukuk tarafından ele alınmayan bir mesele ile ilgili olmak örfü/kanunu münhasıran şer‘in işaret ettiği

40 Barkan, *Kanunlar*, s. XVI; a.mlf., “Osmanlı İmparatorluğu Teşkilatı”, s. 209.

41 Müellif çalışmalarında bu hususa sürekli yer vermiş ve “Kutadgu Bilig’de Türk ve İran Siyaset Nazariye ve Gelenekleri” isimli makalesini münhasıran bu meseleye ayırmıştır.

42 Barkan, *Kanunlar*, s. XLVIII; a.mlf., “Türkiye’de Sultanların Teşrii Sıfat ve Salahiyetleri”, s. 718.

43 Barkan, *Kanunlar*, s. XIII; a.mlf., “Osmanlı İmparatorluğu Teşkilat ve Müesseselerinin Şer‘îliği Meselesi”, s. 205.

44 Barkan, *Kanunlar*, s. XX; a.mlf., “Türkiye’de Din ve Devlet İlişkilerinin Tarihsel Gelişimi”, s. 53.

45 Barkan, *Kanunlar*, s. XIII; a.mlf., “Osmanlı İmparatorluğu Teşkilat ve Müesseselerinin Şer‘îliği Meselesi”, s. 206.

46 İnalçık, “Osmanlı Hukukuna Giriş”, s. 102-103; a.mlf., “Kutadgu Bilig’de Türk ve İran Siyaset Nazariye ve Gelenekleri”, s. 21-22; “State, Sovereignty and Law During the Reign of Suleyman”, s. 77; “Türk Devletlerinde Sivil Kanun Geleneği”, s. 5, 7; *The Ottoman Empire: Classical Age 1300-1600*, New York 1989, s. 70; “Islam in the Ottoman Empire”, s. 21.

47 İnalçık, *The Ottoman Empire*, s. 70.

48 İnalçık, “State, Sovereignty and Law During the Reign of Suleyman”, s. 77.

49 Bu konuda benzer bir değerlendirme için bkz. Hassan, *Osmanlı: Örgüt İnanç-Davranış’tan Hukuk-İdeoloji’ye*, s. 49.

alandanda ve kesinlikle belli şer'î sınırlar içinde faaliyette bulunmaya mecbur bırakır. Dolayısıyla bu alanda söz konusu olacak tasarruflar ulemanın haram-olmayan, mekruh-olmayan vb. nitelendirmeleriyle tersinden bir şer'îlik barındıracaktır. Bu şartlar altında şer'îden tamamen bağımsız bir örf/kanun faaliyeti imkansızlaşır. Buna rağmen İnalçık örfi hukuku "seküler"⁵⁰ olarak nitelendirmeyi caiz görmeye kalmaz, Türkiye'nin seküler siyasi sistemini de Osmanlı geçmişinin deneyimleri ile ilişkilendirir.⁵¹

Köprülü ve Togan'da fikri temellerini bulan, Barkan, İnalçık, Heyd⁵² ve Imber⁵³ gibi araştırmacılar tarafından açıkça ifade edilen Osmanlı örfi hukukunun "seküler"liğine bir kısım müellifler itirazda bulunmuşlardır. Bunlardan Mehmet Akif Aydın şer'î hukukun "teokratik", örfi hukukun "laik" olarak nitelenemeyeceğini söyler ve bu kavramların bütününe Osmanlı siyaset kültürü ve siyaset tecrübesinin dışında oluştuğuna işaret eder.⁵⁴ Ahmet Akgündüz para cezaları vb. unsurlardan hareketle Osmanlı ceza kanunlarının laik bir karakter taşıdığını iddia edenleri İslam ceza hukukunu yeterince bilmemekle ve hukuk mantığından mahrum olmakla itham eder.⁵⁵ Akgündüz'e göre hukuk mevzuatının sadece yüzde onbeşlik kısmına bakılarak (müellif hukuk nizamının yüzde seksenbeşinin şer'î hükümlere dayandığını iddia etmektedir) ve bunların mahiyeti incelenmeyerek hukuk sisteminin laik olduğu söylenemez.⁵⁶ Engin Deniz Akarlı bu bağlamda Osmanlı hukuk sistemini kendi kavramları ile anlamının önemini vurgulamakta ve bunun güçlüklerine dikkat çekip bu güçlüğün "seküler" örf ile şeriatı yarıştırma gibi sonuçlarına işaret etmektedir.⁵⁷

Osmanlı örfi hukukunu seküler olarak niteleyenler bunu -Köprülü, Barkan ve bilhassa İnalçık'ta açıkça görüldüğü üzere- örfi hukukun şer'e değil ondan bütünüyle bağımsız olarak sırf hükümdarın iradesine istinat ettiği varsayımına dayandırmışlardır. Örfi hukukun şer'î hukuktan iktibasta bulunmuş olması onun seküler olarak nitelenmesine mani görülmemiştir. Mesela örfün/kanunun şer'î hukuktan esinlenebileceğini ya da bazı alanlarda şeriat ile açıkça iç içe girdiğini⁵⁸ iddia eden Barkan, Heyd, Imber ve Gerber gibi araştırmacılar kanunu seküler olarak nitelenebilir.

50 Mesela Bkz. İnalçık, "Kanun", *DİA*, 2001, c. 24, s. 325.

51 İnalçık, "Şeriat ve Kanun, Din ve Devlet", s. 141. Benzer şekilde Heyd de Tanzimat devrinin kanunlaştırma faaliyetlerinin uzun zamandır süregelen seküler devlet kanunu çıkarma geleneğinin bir devamı olduğunu ifade etmektedir. Heyd, "Kanun ve Şeriat", s. 652.

52 Bkz. Heyd, "Kanun ve Şeriat", s. 634, 638, 639, 640, 646, 649.

53 Bkz. Colin Imber, *Ottoman Empire, 1300-1650: The Structure of Power*, New York: Palgrave Macmillan, 2002, s. 244; a.mlf., "Zina in Islamic Law", s. 189.

54 Aydın, "Türk Hukuk Tarihçiliği", s. 21.

55 Akgündüz, "Kanunnamelerdeki Ceza Hukuku Hükümleri ve Şer'î Tahlili", s. 1.

56 Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, c. 1, s. 45.

57 Bkz. Akarlı, "The Ruler and Law Making in the Ottoman Empire", s. 87-109.

58 Barkan, *Kanunlar*, s. XV; a.mlf., "Osmanlı İmparatorluğu Teşkilatı", s. 207; Heyd, "Kanun ve Şeriat", s. 647; Imber, "Zina in Islamic Law", s. 189; Haim Gerber, *State, Society and Law in Islam: Ottoman Law in Comparative Perspective*, Albany: State University of New York Press, 1994, s. 61-62.

devam etmiştir. Bu yaklaşıma göre kanun şer‘î hukuktan iktibasta bulunsa bile bunu hükümlerin şer‘î vasıflarını şer‘de bırakarak yapmıştır. Diğer yandan konu hakkında yazan birçok müellifin, Osmanlı hükümdarlarının belli alanlarda kanun yapma inisiyatifini İslam hukukunun kendilerine tanımış olduğu bir yetki olarak telakki ettiğine daha önce değinilmişti. Bu örfî hukukun meşruiyetini padişahın değil Ali Fuat Başgil’in deyimiyle şer‘-i şeriften aldığı⁵⁹ anlamına gelir. Bundan sonra artık örfî hukuku Bardakoğlu, Aydın, Köse ve Akman’ın belirttiği üzere İslam hukukunun yeni bir açılımı ya da bir yorumu⁶⁰ olarak görmek başka bir ifadeyle Karaman, Akgündüz, Aslan, Koşum ve Ekinci’nin dediği gibi İslam hukuk sistemine dahil veya ondan bağımsız olmayan bir hukuk sistemi⁶¹ olarak anlamak mümkün olacaktır. Meseleye bu cihetten bakıldığında örfî hukukun sekülerliği iddiasında sanki kavramsal anakronizme düşülmekte⁶² ve sekülerleşme sürecinden/tarihinden bahsetmek anlamsız hale gelmektedir.

III.

Bu kısımda değerlendirme klasik vergi kanunnamelerindeki örf/kanun hükümlerinin fıkha/şer‘e muvafık olup olmadığı meselesi üzerinden sürdürülecektir. Bu meselede tartışmalar büyük ölçüde ceza hukuku alanında toplanmış olduğu için bu alana yoğunlaşmak çalışmanın hacmi açısından daha pratiktir. Tartışmaların ceza hukuku alanında toplanmış olmasının başlıca sebebi kanunun yanında şer‘in de bu alanda açık ve detaylı hükümler öne sürmüş olmasıdır. Zira fıkıh kitaplarının hudûd, serika, cinayât, tazir vb. başlıklar altında detaylı suç ve ceza hükümleri içerdikleri bilinmektedir.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, şer‘ ve örf/kanun terimleri karşıt anlamlı değildir. Klasik Osmanlı hukuk sisteminde şer‘ ya da şeriat naslarda açıkça bulunan ya da fakihler tarafından üretilen hükümleri ifade etmektedir. Örf/kanun ise doğrudan sultanın emri ile vazedilen kamusal nitelikli kurallar hakkında kullanılır. Daha önce fukahanın yöneticilere bu tür kurallar vazetme yetkisi tanıdığı söylenmişti. Bu nedenle genel olarak örf/kanun vazetme yetkisinin kendisi olmasa da bazı örfî pratiklerin şer‘e aykırı olduğu/muvafık olmadığı iddia edilebilir. Bu noktada ne tür bir aykırılıktan/muvafakatsızlıktan

59 Ali Fuat Başgil, *Din ve Laiklik*, İstanbul: Kubbealtı, 2007, s. 194.

60 Bardakoğlu, “Osmanlı Hukukunun Şer‘îliği Üzerine”, s. 416; Aydın, “Ceza”, *DİA*, c. 7, 478; Köse, “Osmanlıda Şer‘î Cezalar”, s. 27; Mehmet Akman, *Osmanlı Devletinde Ceza Yargılaması*, İstanbul: Eren Yayınları, 2004, s. 17.

61 Hayrettin Karaman, “Adet”, *DİA*, 1988, c. 1, s. 372; Akgündüz, “Zül-Kadriye Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri”, s. 475; Aslan, “Klasik Dönem Ceza Kanunnameleri Bağlamında Osmanlı Hukukunun Şer‘îliği Üzerine”, s. 38-39; Koşum, “Osmanlı Örfî Hukukunun İslam Hukukundaki Temelleri”, s. 159; Ekinci, “Osmanlı Hukukunda Kardeş Katli Meselesi”, s. 1110; Ekrem Buğra Ekinci, *Osmanlı Hukuku, Adalet ve Mülk*, İstanbul: Arı Sanat Yayınevi, 2008, s. 166-167, 168.

62 Nuray Mert, “Osmanlı Laiktir, Laik Kalacak!”, *Türkiye Günlüğü*, Kasım-Aralık Gündemi, 1999, sy. 58, s. 38.

bahsedildiği önemlidir. Örfi bir hüküm açık bir nassa ya da içtihadî bir hükme aykırı olduğu için mi şer'e aykırı kabul edilmektedir yoksa sadece fıkhîta/şer'de bulunmadığı için mi? Şüphesiz ki buradaki kabullerin İslam hukukunun anlaşılma biçimi ile yakından ilgisi vardır.

Bazı müellifler bir kısım örfî ceza hükümlerinin şer'e aykırılığını ilgili hükümlerin şer'de bulunmamasına ya da oradaki içtihadî hükümlere aykırı olmasına bağlamışlardır. Mesela para cezası Barkan'a göre şer'î hukukta bulunmamaktadır,⁶³ Heyd'e göre bu konuda şeriatın açıkça sapılmıştır.⁶⁴ Benzer şekilde Gerber para cezalarının "şeriat dışı" olduğunu iddia etmiştir.⁶⁵ Üçok'a göre ise İslam hukukunda böyle bir tazir cezası yoktur. Ayrıca suçların mali durumlarına göre sınıflandırılması İslam hukukunda tazirde yapılan ayırımın tam tersidir.⁶⁶ Bu yaklaşım Aydın tarafından Heyd örneğinde eleştirilmiştir. Ona göre Heyd İslam hukukçularının hicri III ve IV. asırlarda yaptıkları yorumların bütün dönemler için bağlayıcı olduğunu zannediyordu.⁶⁷ Bu eleştirinin haklılık payı bulunmakla birlikte mesele biraz daha karmaşık gibidir. Zira hicri III ve IV. asır yorumlarının karşısına konulan XV ve XVI. asır yorumları mahiyet olarak birbirinden farklıdır. Birinciler fakihler tarafından fıkîh meseleleri olarak, ikinciler "devlet" tarafından örf/kanun olarak ileri sürülmüştür. Dolayısıyla Osmanlı uygulamasında şer'î hukukun yanında örfün/kanunun varlığının, bilhassa şer'in bazı hükümlerine müdahale ettiği izlenimi veren kaidelerinin teşkil ettiği görünümün, siyasi erk tarafından yaratılmış bir tür fiilî durum gibi okunmaya elverişli olduğunu kabul etmek gerekir. Böylece devletin örf/kanun olarak vazettiği hükümlerin şeriatte bulunmadığı ya da oradaki içtihadî hükümlere aykırı olduğu iddiasının İslam hukukunun anlaşılma biçimi ile ilgili olduğu kadar söz konusu hükümlerin doğrudan siyasi erk tarafından üretilmiş olması ile de bağlantılı olabileceği düşünülebilir.

Örfî ceza hükümlerinin bizzat Kur'an'ın açık hükümlerine aykırı olduğu da iddia edilmiştir. Üçok, Özbilgen, Yaman gibi araştırmacılar kanunname-lerde zina ve hırsızlık suçları için para cezası vazedilmiş olmasını şer'in ilgili hükümlerine aykırı bulmuşlardır.⁶⁸ Bu yaklaşımın zayıf noktası büyük ölçüde soyut kanun hükümleri üzerinden yürümesidir. Gerber'in de ifade ettiği gibi şer'î ya da örfî olsun bütün bir Osmanlı hukuku kadı mahkemelerinin

63 Barkan, "Türkiye'de Din ve Devlet İlişkilerinin Tarihsel Gelişimi", s. 66-68.

64 Heyd, "Kanun ve Şeriat", s. 646.

65 Gerber, *State, Society and Law in Islam*, s. 62.

66 Üçok, "Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler III", s. 60-61.

67 Aydın, "Türk Hukuk Tarihçiliği", s. 21-22.

68 Üçok, "Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler III", s. 61, 65; Erol Özbilgen, *Osmanlı Hukukunun Yapısı*, İstanbul: Nihal Kitabevi, 1985, s. 101; Yaman, "Osmanlı Pozitif Hukukunun Şer'îliği Tartışmalarına Eleştirel Bir Katkı", s. 117-118.

işleyişinde gizlidir.⁶⁹ Sahih bir biçimde yorumlanabilmeleri için soyut kanun hükümlerinin hakimler/kadılar tarafından somut olaylara uygulandığı çok miktarda tekil örneğin incelenmesi gerekmektedir. Akgündüz, Köse, Menekşe ve Aslan gibi müellifler ilgili kanun hükümlerinin suçların teşekkül ve/veya sübutuna yönelik şartların oluşmadığı durumlarda söz konusu edilmiş olduğunu belirtmektedir.⁷⁰ Merkezi hükümetin taşradaki yetkilileri şer‘î cezaları mutlaka yerine getirmeleri hususunda sıklıkla uyarılmış olması bu son görüşte olanların daha haklı olduğunu göstermektedir.

Bazı müellifler ceza kanunnamelerinde siyaset ismiyle zikredilen bedene yönelik bazı ağır cezaları şer‘e aykırı kabul etmiştir. Bu bağlamda Üçok alna dağ vurma cezasını mahiyet açısından, işkence ile ikrar almayı usul bakımından, bazı kanun hükümlerinde görülen ölüm ve el kesme gibi cezaları uygulandıkları suç bakımından İslam ceza hukukunun temel prensiplerine ve maddi kısmına aykırı bulmuştur.⁷¹ Aydın, Köse ve Akman gibi araştırmacılar bir kısım suçlar için vazedilen cinsel organ kesme veya dağlama, kazığa vurma, beytülmalden mal çalmaya teşebbüs edeni öldürme gibi cezai hükümlerin şer‘î hukuka aykırı⁷² olup ondan bir sapma⁷³ olduğunu, onun ruhuna ve lafzına uygun olmadığını ifade etmişlerdir.⁷⁴

Aydın, beytülmalden mal çalma teşebbüsüne Hanefilerce mülk şüphesi sebebiyle el kesme haddinin bile düşmesi gerekirken verilen ölüm cezasının suçun tamamlanması halinde verilecek cezadan daha ağır olduğunu belirterek İslam hukuku açısından savunulamayacağını ifade etmektedir.⁷⁵ Gerçekten de bu cezanın ve benzerlerinin İslam hukuku/fıkıh açısından savunulamayacağı ileri sürülebilir. Şu vecihle ki, siyaset cezaları hem muhakeme ve hem de maddi ceza açısından fıkıhın sıkı paradigmasını aşan bir niteliğe sahiptir. Hanefi fıkıh/fetva kitaplarında cezaların haddi aşan kısımlarının fıkıh/şer‘e aykırı olup olmadığı değerlendirmesinden bağımsız olarak siyaset ismiyle zikredilmesi ve

69 Gerber, “Osmanlı Hukukunda Şeriat, Kanun ve Örf”, s. 268.

70 Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, c. 1, s. 126; Köse, “Osmanlı’da Şer‘î Cezalar”, 27; Menekşe, “Osmanlı’da Zina Cezası Olarak Recm”, s. 12; Aslan, “Klasik Dönem Ceza Kanunnameleri Bağlamında Osmanlı Hukukunun Şer‘îliği Üzerine”, s. 31. Şer‘î cezaların bazen başka bir ceza türüne tahvil edildiğini kabul eden Bardakoğlu, yukarıdaki yaklaşımı İslam hukukunu literal ve geleneksel yoruma mahkum ettiği gerekçesiyle eleştirmektedir. Bkz. Bardakoğlu, “Osmanlı Hukukunun Şer‘îliği Üzerine”, s. 416, 417.

71 Bkz. Üçok, “Osmanlı Kanunnamelerinde İslam Ceza Hukukuna Aykırı Hükümler III”, s. 60-8.

72 M. Akif Aydın; “Osmanlı’da Hukuk”, *Osmanlı Devleti ve Medeniyeti Tarihi*, ed. Ekmeleddin İhsanoğlu, c. 1, s. 388-389.

73 Köse, “Osmanlı’da Şer‘î Cezalar”, s. 32.

74 Akman, “Osmanlı Devleti’nde Kardeş Katli”, s. 149.

75 Aydın, “Osmanlı’da Hukuk”, s. 389.

doğrudan imama/meşru siyasi otoriteye nispet edilmesi⁷⁶ bunun bir göstergesi olarak okunabilir. Öyle anlaşılıyor ki fıkıhın bittiği yerde siyaset başlamaktadır ve sanki bir tür hukuk dışılık/fıkıh üstü durum söz konusudur. Bu noktada artık şer‘in genel maksatları dikkate alınacaktır. Nitekim Bardakoğlu bu bağlamda suçluların toplumun cezalandırma konusundaki genel kabullerine ve kamu vicdanının adalet beklentisine uygun olarak cezalandırılmasının dinin genel amaçlarına aykırı düşmediğini söylemektedir.⁷⁷

Bazı müellifler tazir, sedd-i zerâi‘, siyaset-i şer‘iyye, devlet başkanına kamu düzenini koruma amacıyla gereken zecrî tedbirleri alma hakkı gibi İslam hukukunun genel prensipleri ile bağlantılı bir kısım teorilerden hareketle söz konusu siyaset cezalarına meşruiyet temin etmeye çalışmışlardır.⁷⁸ Belirtmek gerekir ki, bu tür teoriler mahiyeti tartışmalı siyaset cezalarının meşruiyeti için bir yandan hukuki bir zemin sağlamış gibi görünürken diğer yandan söz konusu cezaların keyfiyetinin şer‘î yönden gereği üzere tahlil edilmesini perdelemiş izlenimi uyandırmaktadır.

Heyd Osmanlı ulemasının toprak hukukuna nispetle ceza kanunları ile çok daha az meşgul olduğunu belirtmektedir.⁷⁹ Gerçekten de bu alanda Osmanlı uleması arasında nispi bir sükut havası var gibidir. Bazı müellifler bu sükutun ceza kanunlarını zımnen onaylayıcı bir niteliğe sahip olduğunu ileri sürmüştür. Bardakoğlu bu anlamda doktrin ile uygulama arasındaki “sessiz mutabakat” a dikkat çekmektedir.⁸⁰ Osmanlı ulemasının klasik ceza kanunları karşısındaki tipik tavrı bir yandan genellikle kanuni-cezai tasarruflara örf, tazir ya da siyaset terimleriyle göndermede bulunmak, sebab-i nizam-ı âlem, intizam-ı

76 Bu kabilden olmak üzere üçüncü ve dördüncü kez hırsızlık yapan bir suçluya uzuv kesme cezası verilmesini emreden rivayetleri İmam Şafiî (204/820) üçüncüde sol elin, dördüncüde sağ ayağın kesileceği şeklinde anlayarak had cezası içinde düşünürken Hanefiler rivayetlerin sahih olması halinde sol el ve sağ ayak kesme cezalarını siyaset ya da mensuh kabul etmektedirler. Bkz. Merğînânî, *el-Hidâye*, c. 2, s. 794-5; Molla Hüsrev, *Dürerü'l-hükkâm*, c. 2, s. 104. Diğer bazı örnekler için bkz. Merğînânî, *el-Hidâye*, c. 2, s. 746; c. 4, s. 1611-3; Molla Hüsrev, *Dürerü'l-hükkâm*, c. 2, s. 81. Benzer örnekler ve konu ile ilgili birçok hüküm/fetva Dede Halife'nin *es-Siyasetü's-şer'iyye* isimli eserinde bulunabilir. Bkz. İbrahim b. Yahya Halife Dede Efendi (965/1567), *es-Siyasetü's-şer'iyye*, dirase ve tahkik: Fuad Abdülmünim, İskenderiyye: Müessesetü Şebabi'l-Camia, ts., s. 77-81, 92-102.

77 Bardakoğlu, “Osmanlı Hukukunun Şer‘iliği Üzerine”, s. 417.

78 Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri*, c. 1, s. 122-128; a.mlf., “Kanunnamelerdeki Ceza Hukuku Hükümleri ve Şer‘î Tahlili”, s. 10-12; Ekinci, “Osmanlı Hukukunda Kardeş Katli Meselesi”, s. 1110; a.mlf., *Osmanlı Hukuku*, s. 170; Aslan, “Klasik Dönem Ceza Kanunnameleri Bağlamında Osmanlı Hukukunun Şer‘iliği Üzerine”, 40; Koşum, “Osmanlı Örfî Hukukunun İslam Hukukundaki Temelleri”, s. 156; Menekşe, “Osmanlı’da Zina Cezası Olarak Recm”, s. 11-12.

79 Bkz. Heyd, *Ottoman Criminal law*, s. 190-191.

80 Bardakoğlu, “Osmanlı Hukukunun Şer‘iliği Üzerine”, s. 416.

âlem ya da nizâm-ı memlekete ilişkin olmaları hasebiyle sultanın yetki alanını işaret etmek ya da belli konularda sultanın takdir hakkının bulunduğunu veya veliyyü'l-emr olduğunu hatırlatmak biçiminde tezahür etmiştir. Kadılarından kazaskerlere, müftü ve müderrislerden şeyhülislamlara kadar pek çok hukuk adamı tarafından genellikle doğrudan ve açıkça ceza kanunlarına göndermede bulunmadan metin-şerh-haşiye tipi fıkıh kitaplarının ilgili fasıllarında, tazir/ siyaset risalelerinde ve fetvalarda ortaya konulan bu tavır “sessiz mutabakat”ın ifade ettiğinden çok daha güçlü bir onaya işaret etmekte olup yukarıda görüşleri zikredilen birçok araştırmacıyı örfi ceza hükümlerinin şer'e muvafık olduğu hususunda ikna etmiş görünmektedir.

Klasik Osmanlı Hukukundaki Şer'-Örf Ayrımına Dair Modern Tartışmalar

Muharrem MİDİLLİ

Özet

Osmanlı hukuk sistemindeki şer'î hukuk-örfî hukuk ayrımına dair tartışmalarda İslam hukukunun anlaşılma biçimi tayin edici bir rol oynamıştır. Bazı araştırmacılar örfî hukukun varlığını İslam hukukunun kamu alanında yetersiz olduğu iddiasına dayandırmıştır. Söz konusu yetersizlik şer'î hukukun çoğunlukla özel hukuk alanında olmak üzere bütün cüzi hükümleriyle ilk birkaç asırda dokunulmaz bir surette teşekkül etmiş olduğu varsayımı ile ilişkilendirilmiştir. Örfî hukukun meşruiyetini sadece devlet otoritesinden alan, şer'î hukuktan bütünüyle bağımsız seküler düzenlemeler şeklinde anlaşılması bu iddianın bir uzantısıdır. Aynı iddia bir kısım örfî hükümlerin şer'î hukuka aykırı olarak vazedilmiş olduğuna dair yaklaşımda da etkisini göstermiştir. İslam hukukunu özü baki kalmak şartıyla muhtelif zaman ve mekanlarda farklı görüngülerle her daim yeniden var olabilecek bir sistem olarak anlayan müelliflerin şer'î hukuk-örfî hukuk ayrımına bakışları farklı olmuştur. Onlar örfî hukuku İslam hukukunda bilhassa kamu alanında şâri tarafından bırakılmış olduğunu öne sürdükleri boşluklarda idarecilerin düzenleme yapma yetkisi kapsamında düşünmüşler; bu bağlamda tazir, maslahat, örf, sedd-i zerâi' ve siyaset-i şer'iyye gibi şer'in genel prensipleri ile ilgili teorilere işaret etmişlerdir. Bu yaklaşıma göre örfî hukuk şer'î hukuktan tamamen bağımsız olmayıp onun temin ettiği teoriler çerçevesinde varlık ve meşruiyet kazanan düzenlemelerdir. Bu açıdan bakıldığında örfî hukukun sekülerliği iddialarının altındaki zemin kaymış gibi görünmekte; şer'î hukuka aykırı vaz edildiği öne sürülen örfî hükümlerin zikredilen teoriler kapsamında meşruiyet kazanması mümkün hale gelmektedir.

Anahtar Kelimeler: İslam Hukuku, Osmanlı Devleti, şeriat, örf, kanun.

Modern Debates on the Shar' - 'Urf Distinction in Old Ottoman Law

Muharrem MİDİLLİ

Abstract

The different approaches to the Islamic law have played a crucial role in the formation of literature regarding the *sharia/kanun* (sacred law/sultanic law) distinction in the Ottoman legal system. According to some scholars, the Ottoman rulers made legal regulations in public law, because they considered the *sharia* insufficient in this field. In their opinion, the Islamic law could not be sufficient in the sphere of public law as it was mainly developed during the first two centuries of Hegira, and primarily consisted of detailed rulings related to the sphere of private law. Therefore, they claimed, the statutes in the Ottoman *kanunnames* (law books) were secular regulations entirely independent of the *sharia* as they were exclusively based on state authority. Thus, it was normal for state to produce some laws contrary to the sacred law. According to another group of scholars, the *kanun* was not the outcome of the so-called insufficiency of Islamic law. They asserted that the Islamic law was a legal system that could exist in different times and places with different appearances while maintaining its essence. These scholars regarded the *kanun* as the legitimate source of authority for the Muslim rulers to make law situations where lacunae in Islamic law existed. In order to support their argument, they drew attention to certain theories in Islamic law such as *tazir* (administrative punishment), *maslahat* (public interest), *örf* (custom), *sedd-i zerai* (closing off the means that can lead to evil) and *siyaset-i şer'iyye* (Islamic administrative policy) which are related to the general principles of law. Rather, the *kanun* was legitimized by *sharia* through the above-mentioned theories. When viewed from this aspect it is no longer possible to describe *kanun* as secular. Moreover, some provisions which were allegedly contrary to the *sharia* would be seen as legitimate under this perspective.

Keywords: Islamic Law, Ottoman Empire, sharia, örfi law, *kanun*.