



Yayın Değerlendirme / Book Reviews

Joseph Franz Schacht, *An Introduction to Islamic Law**

Londra: Oxford University Press, 1965, 304 s.

Abdüs Samet Koçak**

Giriş

İslam Hukuku hiç şüphesiz son üç yüzyılda çeşitli siyasi, sosyolojik ve askeri saiklerin de etkisiyle önceki asırlarda olmadığı şekilde yeniden ele alınmış, eleştirilmiş, aslına bağlı kalınarak veya kalınmayarak değiştirilmesi fikirleri tartışılmıştır. Bütün bunlarda Müslümanların kendi iç problemleri kadar bu asırlarda Batı'dan etkilenmiş olmaları da etkilidir. İslam devletlerinin zayıflaması, parçalanması ve işgale maruz kalması bu süreci hızlandırmıştır. Bu hadiseler İslam Hukukunun mahiyeti, bağlayıcılığı ve tarihi üzerine birçok çalışmanın yapılmasını teşvik edici unsurlar olmuştur.

Modern dönemde İslam Hukuku üzerine İslam dünyasında bir yandan akademik tarzda ilmi çalışmalar yapılmış bir yandan da kanunnameler ve muhakeme usulleri hazırlanmıştır. Bu çalışmalar her bölgede ve ülkede, hedefleri ve sonuçları açısından, farklı şekillerde ve farklı yoğunluklarda devam etmiştir. Bununla birlikte Oryantalistler de İslam Hukukunun tarihine ve gelişimine ilgi duymuş ve bu alanda farklı çalışmalar yapmışlardır. Hiç şüphesiz bunlar arasında en önemlilerinden birisi Joseph Schacht'tır (ö. 1969). Zira o diğer birçok oryantalistten farklı olarak İslam Hukukunu ve erken dönem metinlerini yakından incelemiş ve mezheplerin kaynaklarını İslam dünyasının çeşitli yerlerinde uzun süre bulunması sebebiyle yakından tanımıştır.

* Bu çalışmada eserin 1965 yılında İngiltere'de yapılan baskısı esas alınmış olup Prof. Dr. Abdulkadir Şener ve Mehmet Dağ tarafından yapılan çevirisinden (Ankara, 1986) istifade edilmiştir.

** Arş. Gör, Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi, İstanbul/Türkiye, akocak@fsm.edu.tr, orcid.org/0000-0001-9104-7784

Joseph Schacht İslam Hukuku ve Hadis alanlarında birçok çalışma yapmıştır. Bunların en önemlisi ise *Origins of Muhammadan Jurisprudence* (İlk baskısı 1950 yılında yapılmıştır.) adlı kitabıdır. Bu kitapta İslam Hukukunun ortaya çıkışı ve gelişimi ile ilgili teorisini oluşturmuş ve erken dönem metinleri üzerinden ispatlamaya çalışmıştır. Daha sonra 1964 ve 1965 yıllarında yayınlanan *An Introduction to Islamic Law* adlı elimizdeki çalışmada ise alanla ilgili hadis ve fıkıh külliyatını inceleyerek oluşturduğu eski teorisini ayrıntıya girmeden özetlemiş ve giriş kısmında ifade ettiği üzere geliştirmiştir. Bu çalışmada ayrıca İslam Hukukunun asırlar içinde gösterdiği gelişme modern dönemi de içine alacak şekilde anlatılmıştır.

Bu eser 1964 ve 1965 yıllarında Londra’da Oxford University Press tarafından iki kez basılmış, daha sonraki yıllarda Prof. Dr. Abdulkadir Şener ve Mehmet Dağ tarafından Türkçeye çevrilmiştir.¹

A. Eserin Ana Başlıkları

Toplam 304 sayfa olan *An Introduction to Islamic Law* adlı eser, Önsöz, İçindekiler, Giriş, Tarihi Kısım, Sistemik Kısım, Kronolojik Tablo, Bibliyografya, Kısaltmalar, Genel Dizin ve Dizinli Terimler Sözlüğünden müteşekkildir.

B. Eserin Muhtevası

Önsöz kısmında, eseri kaleme alırken Tarih, Sosyal Bilimler ve Karşılaştırmalı Hukukla uğraşanlar ile İslam araştırmaları dalında çalışmak arzusunda bulunan Arabiyatçıların istifadesi için yazdığını belirtmiştir. Kitabın İslam’ı ve İslam Hukukunu tamamen tarihi perspektiften incelediğini ve İslam Hukuku alanında çalışmanın İslam’ın ruhunu anlamada bir anahtar mesabesinde olduğunu ifade etmiştir. İslam hukukunu ilerlemeci bir tarih anlayışıyla ele aldığını ve İslam toplumunun gelişmesine paralel bir şekilde geliştiği perspektifinden baktığını belirtmiştir. Daha sonra çalışmanın sınırlarıyla ilgili kısa bir bilgi vermiş ve eserin sonuna koyduğu bibliyografyanın nasıl kullanılması gerektiğine işaret etmiştir.

Giriş Bölümünde ise İslam hukukunun mahiyeti, kapsamı ve diğer hukuk sistemleri arasında durduğu yere kısaca değinilmiş, İslam hukuku, Kilise Hukuku (Canon Law) ve Yahudi hukukunun kısa bir kıyaslamasını yapmış ve İslam hukukunun “gelişim tarihi”ni kendi yaşadığı XX. yy ortalarına kadar betimleyici bir anlatımla ortaya koymaya çalışmıştır.

1 Ankara Üniversitesi, İlahiyat Fakültesi Yayınları, 1986; Otto Yayın, 2018.

a. Birinci Kısım

Altında toplam on dört alt başlık bulunan Birinci Kısımın “İslam Öncesi Dönem” adlı başlığında yazar, Arap yarımadasındaki eski siyasi ve hukuki durumu özetlemiş, Arapların diğer medeniyetlerle olan ilişkileri ve bu ilişkinin onlar üzerine bıraktığı hukuk yapısını ilgilendiren etkileri, İslam hukukunun cahiliye dönemi Arap adalet anlayışı, müesseseleri ve kavramlarından etkilenip etkilenmediğini ortaya koymaya çalışmıştır. Bu kısa bölümde özellikle hukuk terminolojisinin medeniyetler arası geçişine birçok misal verilmiştir. Bunda hiç şüphesiz yazarın birçok dili, kültürü ve coğrafyayı tanıması ve onların epistemolojik miraslarına hakim olmasının etkisi görülmektedir.

“Muhammed ve Kuran” adlı bölümde Rasulullah (s.a.v)’in din müceddidi olarak ortaya çıktığı, Araplar tarafından kendi yaşayan geleneklerinde olduğu üzere “hakem” olarak kabul edilen kişiler arasında bulunduğu, Medineli bir grubun kendisini kabile ihtilaflarını çözmek için davet ettiğini ve bu şekilde onun Arap toplumunda farklı bir adalet sistemi ve anlayışının ilk nüvelerini attığını belirtmektedir. Bu başlıkta Rasulullah (s.a.v)’i kendi perspektifinden hukuk sistemi üzerine yaptığı etki açısından değerlendirmekte ve onu toplum içerisinde çıkan ve o toplum üzerinde derin etkisi olan tarihi bir şahsiyet olarak incelemektedir. Daha sonra ise Kuran-ı Kerim’in hukuki muhtevsından söz etmiş, bu muhtevanın daha çok ahlaki prensipler vazettiğini ve bu prensiplerin de Hz. Peygamber tarafından örfi hukukla birleştirildiğini ifade etmiştir.

“İslam’ın İlk Yüzyılı” adlı başlıkta özetle, ilk halifelerin kadı tayin etmediği, bu yöndeki rivayetlerin güvenilir olmadığı ve onların döneminde örfi hukukun hakemlik müessesesi eşliğinde uygulanmaya devam ettiği, bu devirde hukuk üzerine yapılanın Hz. Peygamber döneminde olduğu gibi örfi hukukun tadilinden ileri gitmediği ve diğer yerel hukuki hükümlerin bu örfi hukuka sızmaya devam ettiği ifade edilmiştir. Bu bölümde yazar tezini daha çok “sünnet” kavramının cahiliyeden geçme örf manasına kullanıldığı yargısına dayandırmaktadır. Ancak bu şekilde ilgili devirde İslam Hukukunun örfi hukuktan öte bir yapıyı temsil ettiği şeklindeki yaygın görüşü reddedebilmektedir. Aynı bakış açısının bir uzantısı olarak bazı hükümlerin İslam hukukuna girişleri hususunda hadislerde yaptığı gibi bir tarihlendirmeye başvurmuş ve henüz hukukun Peygamber döneminde olduğu gibi din dışında sayıldığını belirtmiştir. Diğer din ve medeniyetlerden İslam’a bu devirde sızan kavram, metot ve hükümlerin İslam hukukunun sistemleştiği ikinci asırda yerleştiğini belirtmiştir.

“Emeviler İdaresi ve İlk Hukukçular” başlığında Schacht, Emevilerin din ve dini hukuktan çok siyasi işlerle uğraştıkları ve düzensiz yaşamaya alışmış

toplumu düzene sokmaya çalıştıklarını belirtmiş, içinde buldukları durumdan dolayı savaş ve maliye alanlarında bir nizam edindiklerini ve ilk defa kadı atadıklarını belirtmiştir. Ona göre bu kadılar eski hakemlerden bir nebze daha ileri bir sistemi temsil etmekle beraber bağımsız değillerdi ve kazai hükümleri sadece Müslümanlara şamildi ve bu görev için mecburen ihtisaslaşma gerekmesi sebebiyle, Emevilerin bu adımıyla mevcut örfi hukukun sistematik bir hukuka dönüşmesi için ilk temeller atılmış oldu.

“Eski Hukuk Ekolleri, Karşı Hareketler ve Hadisçiler” başlığında yazar ikinci asrın başından itibaren çeşitli bölgelerde dindar hukuk uzmanlarının ortaya çıktığını, bunların öncelikle Kuran’da belirtilen prensipler ve mevcut yaşayan geleneğe (sünnete) dayalı bir hukuk sistemi oluşturmaya çalıştıklarını ifade etmiş, icma kavramının İslam hukukunda bir delil olarak bu dönemde formüle edildiği görüşünü ortaya koymuştur. Farklı bölgelerdeki ekollerin etkileşimlerine yer vermiş, son olarak da yeni ortaya çıkan hadisçi akımın Fıkıh ekolleri üzerindeki etkilerinden bahsetmiştir.

“İlk Sistematik İctihat ve İkinci Yüzyıl Hukukçuları” adlı başlıkta Schacht, sahip olduğu İslam hukuk tarihi tasavvuruna uygun bir şekilde, dini kaidelerin mevcut hukuka peyderpey yedirildiğini, bunun da hicri ikinci asrın ilk yarısında başladığını ifade etmektedir. Schacht’a göre daha önce bu derece olmayan hayatın her alanının İslamlaştırılması düşüncesi bu dönemde yaygınlık kazanmış, bunun sonucu olarak belli dini hükümler ve çok az hukuki hükmün dine dayandırıldığı eski yapı değişmeye başlamış ve yavaş yavaş hukukun her alanına müdahale eden sistematik içtihat başlamıştır. Bu bölüm boyunca o, rey’in delilsiz şahsi görüş ileri sürme olduğu varsayımından yola çıkarak, rey’in baskılanıp nasların öne çıkarıldığı ve daha sonra bütün ferî hükümlerin (hatta aslen rey ile ortaya konanlar dahil) yavaş yavaş hadislerle dayandırıldığı fikrini işlemeye çalışmıştır. Ona göre bu halkayı İmam Şafii taçlandırmış ve artık merfu hadis İslam hukuk delilleri hiyerarşisinin en tepesine oturmuştur. Bununla birlikte Schacht rey ekolünün gerçekten bir dönüşüm geçirmediğini, sadece hadisleri yorumlayarak kendi reylerine uygun hale getirdiklerini ve bu ekollerin asıl değişimi usul/epistemoloji alanında nazari olarak hadisleri delil saymakla yaptıklarını düşünmektedir. Ona göre nazariyattaki bu değişim nadir durumlar dışında fûru ahkamı etkilememiştir.

“Abbasilerin ilk dönemlerinde İslam Hukuku, Yasama ve İdare” adlı bölümde yazar, İslam hukukunun Emeviler dönemine göre daha ileri bir sistem kazandığını, ilk defa kadıların valiler tarafından değil de merkezi yönetim tarafından atandığını ve bunun için kâdî’l-kudâtlık makamının ihdas edildiği görüşünü savunmuştur. Schacht’a göre Abbasiler kadıları daha yetkili ve prestijli

kılmakla birlikte onların alanına girmeyen hukuki dallarda devlet eliyle beşeri nizamlar koymuşlar bu da zamanla siyaset olarak isimlendirilmiştir. Yazar her konuda Müslümanların temelde hayatın bütün alanlarını kuşatan bir şeriat inancına sahip olmadıkları ve bunun zamanla ortaya çıktığı tezini ileri sürmesine paralel olarak burada da devletin yaptığı bazı düzenlemeleri sanki şeriatın alanından çalınmış bir pay gibi sunmaktadır. Bir diğer deyişle yasama, yürütme ve yargının alanlarının farklı olduğunu, devletin günlük işleri yürütürken her bir meselede kadıya başvurmayıp şeriata uygun olarak belirlenmiş belli kurullarla hareket etmesini anormal karşılamaktadır.

“Sonraki Hukuk Ekolleri ve Klasik Teorileri” adlı başlıkta ana fıkıh mezheplerinin oluşumu, gelişmesi, farklı bölgelere yayılması ve erken dönemlerde ortaya çıkan diğer fıkıh mezhepleri ele alınmıştır. Bu bölümde mezheplerin tarihi süreç içerisinde geçirdiği merhalelere değinilmiş, bu mezheplerin geç dönem İslam medeniyeti içerisindeki etkileri ve uzantıları kısmen değerlendirilmiştir.

“Mutlak İctihat Kapısının Kapanması ve Doktrinin Gelişmesi” adlı başlıkta Schacht, klasik İslam mezheplerinin sistemleşme sürecini anlatmakta ve zaman içerisinde bu mezheplerin tartışmasız otorite haline geldiği, yeni bir içtihat mümkün iken yeni bir mezhep oluşturmanın özellikle müteahhir dönemde imkansızlaştığı hatta zamanla içtihat kapısının kapatıldığı fikrilerini işlemektedir. Müftülük ve başmüftülük müesseselerinin oluşumundan bahsetmekte, onların İslam hukukunun uygulanmasında üstlendikleri rolleri çeşitli bölgelere göre kıyaslamaktadır. Bununla birlikte yazar içtihat kapısının kapanması fikrinin pratiğe tamamen yansımadağı gerçeğini göz ardı etmemektedir² Ayrıca yazar tarihi süreç içerisinde taklit fikrinin tam kabul görmediği ve bazı ekollerce teoride de bu fikre itiraz edildiğini örneklerle açıklamaktadır.

Yazar “Nazariye ve Tatbikat” adlı başlıkta İslam hukuk düşüncesinde her ne kadar teoride İslam dininin hukukun her alanına hakimiyeti kabul edilmişse de tarih boyunca bu fikir hiçbir zaman tam anlamıyla uygulanmamıştır şeklinde bir tez ileri sürmekte ve bu tezi ispat için XX. Asra kadar çeşitli bölgeler ve devletlerdeki uygulamaları örnek göstermiş ve daha önceki bölümlerde olduğu üzere hukukun bir kısmının daima siyasetin elinde olduğunu iddia etmiştir.

“Öze Dönüşçü Akımlar” başlığı altında Schacht daha önce tasvir ettiği, teorinin pratiğe tam yansımadağı hukuk sistemlerinin zaman zaman öze dönüşçü akımlar tarafından istisnalarının oluşturulduğunu ifade etmiştir. Ona göre hicri V. Asırdaki Murabıtlar grubundan günümüz selefilğine kadar birçok akım öze

2 Bkz. s. 73.

dönüşü ve hukukun her alanına İslami nasların veya onlardan kıyas ve istinbat yoluyla elde edilen hükümlerin uygulanmasını savunmuşlardır.

“Osmanlı İmparatorluğunda İslam Hukuku” adlı başlıkta Schacht, Osmanlı Devletinde ulemanın ve şeriatın diğer devletlere nispeten daha güçlü olduğunu belirtmekle birlikte kendi teorisine göre İslam hukukunun yetersiz kaldığı alanlarda devlet bazı nizamnameler ve şer’î hilelerle sistemi devam ettirmiştir. Yazar burada İslam hukukunda bir tarafın elindeki aynı bir mal sayesinde peşin para elde etmesini sağlayan akit çeşitlerini örnek göstermiş, bunların aslında piyasa şartlarında mutlaka kabul edilmesi gereken faizi paradigma açısından kabul edememenin verdiği zorluğu aşmanın bir yolu olarak kullanıldığını iddia etmiştir. Daha sonra Osmanlı devletinin sonlarına doğru yapılan değişikliklerden, Batı etkisiyle yapılan kanunlaştırma çalışmalarından ve bu kanun ve kararnamelerin devletin parçalanmasından sonra diğer ülkelerde geçirdiği merhalelerden bahsetmektedir.

“Hindistan’da İngiliz, Cezayir’de Fransız Tesiri Altında İslam Hukuku” adlı başlıkta Schacht, Batılı hukuk sistemleriyle İslam’ın çeşitli bölgelerdeki hukuk sisteminin etkileşimini orijinal bir şekilde sunmuştur. Kanaatimizce Cezayir’de ve İslam dünyasının birçok yerinde bulunmuş olması ona bütün bu sistemleri birbirleriyle kıyaslama imkanı vermiştir. O sadece başlıkta belirtilen ülkeleri değil diğer İslam ülkelerindeki yeni sistemleri de onlarla mukayese etmiş, bu bakımdan modern dönem İslam hukuku araştırmacıları için çok değerli bilgiler toplamıştır. Bu bölümde sömürge yönetimlerinin Müslüman ülkelerde çıkardıkları memzuç kanun ve uygulamaları o ülkelerin geçmiş fıkıh anlayışlarıyla ve diğer modern Müslüman devletlerin tecrübeleriyle kıyaslamıştır. Schacht bu bölümde sömürgelelerin etkisi altında yeni bir formda devam ettirilen İslam hukuku uygulamaları hakkında çok değerli somut bilgiler vermektedir.

“Modernist Yasama Faaliyetleri” adlı bölümde yazar daha çok merkez İslam toprakları olan Osmanlı coğrafyasında ve Tunus ile Fas gibi kuzey Afrika ülkelerinde gelişen yenilikçi hukuk fikirlerini ve bunların pratiğe yansıyan uygulamalarını anlatmaktadır. Zaman zaman Hindistan ve Cezayir tecrübelerine işaret etmekte ve oralardaki gelişmelerle kıyaslamaktadır. Temelde ele aldığı gelişmeler İslam hukukunun ortadan kaldırılması şeklindeki cereyanlar olmayıp İslam’ın hukukun referans kaynağı olması şeklindeki temel felsefe korunarak “çağa göre yeniden yorumlanması” şeklindeki akımlardır. Schacht bu bölümde XIX ve XX. asırları ele almakta ve İslam hukuku üzerine Mecelle gibi sadece formel manada yapılan yeniliklerden onun muhtevası ve bağlayıcılığının mahiyeti ve sınırları üzerine gelişen yeni fikirlere kadar geniş bir çerçeveyi ele almaktadır. Bu bölümde en dikkat çeken hususlardan birisi yazarın orta doğudaki çeşitli devletler arasındaki hukuki etkileşimi çarpıcı bir şekilde ortaya koymasıdır.

b. İkinci Kısım

Birinci kısımda İslam hukukunu tarihi açısından inceleyen Joseph Schacht, on bir başlık içeren ikinci kısımda ise sistemsal açıdan incelemekte ve İslam hukukunu ana hatlarıyla tanıtmayı ve değerlendirmeyi amaçlamaktadır.

“Ana Kaynaklar” Hanefi fıkıh ilminin temel kaynaklarına kategorik olarak işaret edilmiş ve özetle muhteva ve tertip şekillerinden bahsedilmiştir. Kısaca bu kaynakların günümüz hukuk sisteminde yerleştiği şekliyle borçlar hukuku, ceza hukuku gibi isimlendirmeler altında tasnif edilmediği anlatılmıştır.

“Genel Kavramlar” kısmında fıkıhın kazâ ve dini bazı temel kavramları fûru hükümlerle irtibatlandırılarak tanıtılmıştır. Niyet, ecel ve şart, risalet, sıhhat, butlan ve şer’î hükümler (Ahkam-ı hamse, ef’âl-i mükellefin) ele alınmıştır.

“Şahıslar” kısmında Ehliyet, Teklif, kadınların hukuki durumu, kölelerin hukuki durumu ve gayr-i Müslimlerin hukuki durumu ele alınmıştır.

İncelediğimiz “İkinci Kısım”ın “İslam Hukukunun Mahiyeti” başlığına kadar olan bölümlerinde diğer başlıklarında da hemen hemen tavsifi bir anlatım benimsenmiş olup İslam hukuku kavram ve konuları ana hatlarıyla modern hukukun tasnif sistemine göre özetlenmeye çalışılmıştır. Genel olarak tartışmalı konulara girilmemiş ve öznel yorumlardan uzak durulmuştur.

“İslam Hukukunun Mahiyeti” başlığında Schacht, İslam hukuk tarihini verdiği birinci kısımdaki bilgilere paralel olarak ve bir nevi onların özeti şeklinde İslam hukuku hakkındaki düşüncelerinin örgüsünü hızlı bir anlatımla vermektedir. Diğer hukuk sistemlerinde olmayan dini-kazai ayırımından teori ile tatbikat arasındaki çelişkiye, kıyas metodolojisinin kullanımı ve sistem dışı nakli unsurların hukuk üzerindeki etkilerine kadar birçok noktayı ele almaktadır. Yazar bütün bu değerlendirmelerini İslam hukukunun ilk dönemlerine hasretmez. Bilakis “ihtiyar” gibi sonrakilerin çokça kullandığı kavramların da sistem içerisinde neden icat edildiğini ve nasıl bir fonksiyon üstlendiğini de kendi teorisi içerisinde açıklamaya çalışır. Hatta icma/amel kavramlarını dahi hicri beşinci asırda başlayan mezhepler arası uzlaşma döneminde uzlaşma hedefinin gerçekleştirilmesi için kullanılan/icat edilen kavramlar olarak sunmaktadır.

Değerlendirme

Joseph Schacht İslam hukukunun menşei ile ilgili daha önce yazdığı *Origins of Muhammadan Jurisprudence* adlı meşhur eserindeki ana fikirlerini değiştirmeden bu eserde özet ve delillerini zikretmeksizin ve daha çok tarihi perspektifi ön plana çıkararak vermektedir. Bir diğer nokta ise mezkur eserinde hadis/sünnet üzerine daha çok yoğunlaşırken bu eserde hadis/sünnet ile ilgili görüşlerini ko-

rumakla birlikte anlatımı ağırlıklı olarak fıkıh sistemi ve kavramları üzerinden yapmaktadır.

Yazarın İslam hukuku üzerine oluşturduğu teorinin temeli aslında onun hadislerin elimizdeki şekliyle tamamının sonradan ortaya çıktığı şeklindeki hadis tarihi tasavvuruna ve buna bağlı olarak geliştirdiği sünnet³ teorisine ve bunların bir sonucu olarak ortaya attığı “sonradan icat edilmiş” Peygamber sünneti kavramına dayanmaktadır. O, sünneti cahiliyeden beri devam eden örf ve teamülleri devam ettirme alışkanlığının bir parçası olarak İslam ümmetinin yaşayan geleneği (living tradition) olarak açıklar. Peygamber sünneti ise ona göre dindarlaşmanın artıp hukuk sahasına dinin tatbik edilmesi fikrinin ortaya çıkmasından sonra bu amacı kutsal bir dayanakla gerçekleştirmek üzere icat edilmiş bir kavramdır. Dolayısıyla yazara göre Peygamber sünnetinin bağlayıcılığı fikri de hukuk alanında Hz. Peygamber (s.a.v)’e nispet edilen hadisler de sonradan ortaya çıkmıştır.

Schacht yukarıda zikrettiğimiz örgüyü tamamlamak üzere rey ve amel kavramlarına çok sık müracaat eder. Ona göre rey fakihlerin –henüz hukuk sahasının dine dayanması zorunluluğu icat olunmadığı için- serbestçe yaptıkları fikir yürütmelerden ibaretti. Amel ise –Peygamber sünnetine bağlı olmaksızın- her ekolün kendi bölgesinin örfü, teamülleri ve siyasi otoritenin uygulamalarıydı. Daha sonra kutsal hukuk (şeriat) fikrinin yerleşmesiyle ve İmam Şafii’nin (v. 204/820) merfu sünnetin hukuk sahasında bağlayıcı olması anlayışının kabul görmesiyle rey yerini kıyasa bıraktı. Kıyas ise naslarla sınırlı sistematik bir içtihat anlayışını temsil ediyordu. Amel ise Schacht’a göre icma formatına girerek varlığını sürdürdü.

Bu teorinin dayandığı temel misalleri merhum Mustafa Azami (v. 2017) *On Schacht’s Origins of Muhammadan Juri sprudence* (1985, Riyad) adlı değerli eserinde münakaşa etmekte ve hem metodolojik açıdan hem de tekil örnekler üzerinden eleştirmektedir. Bu çalışmanın sınırları kapsamında elimizdeki kitapta Schacht’ın yaptığı bazı hatalı çıkarımlara örnek vereceğiz. Bundan önce şunu belirtmek gerekir ki Schacht’ın İslam hukuku ile ilgili bütün teorisi hadislerin tamamının sonradan ortaya çıktığı şeklindeki ilmi bir ispatı yapılamamış ve Müslümanlar tarafından hiçbir zaman kabul edilmeyen bir teze dayanmaktadır. Bu tezin ispatı yapılamadıktan sonra üzerine bina edilen diğer tezlerin de doğruluğu kabul edilemez. Bundan dolayı bu kısa çalışmada Schacht’ın bu teorisine kapsamlı bir eleştiri yapmayıp sadece bu kitaptaki teorisi hakkında bir fikir vermesi için onun bazı çıkarımlarını değerlendireceğiz.

3 Sünnet kavramının ortaya çıkışı ve İslam toplumunda ne şekilde anlaşılıp kullanıldığı ile ilgili İslam ümmetinin genel kabulleri ve bilgileriyle tamamen çelişik bir teorisi vardır.

Schacht İslam alimlerinca bilinen ve kabul edilen bir husus olan ilk halifelerin kadı atadıkları bilgisini kabul etmemektedir. Bunların sonradan ortaya çıkmış III. Asra ait bilgiler olduğunu ileri sürmektedir.⁴ Bu sonuca hadisler için kullandığı *argumentum e silentio* (sükut delili)'ne dayalı tarihlendirme metoduyla⁵ varmaktadır. Bu yöntem birçok çalışmada eleştirilmiş ve tutarsız olduğu ortaya konulmuştur. Schacht bu şekilde İslam kaynaklarının eskiden beri müselleme kabul ettiği meşhur bir hususu bile kolayca reddederek İslam hukuk tarihinde kadı atanması meselesini daha ileri bir tarihe ertelemek ister.

Schacht birçok konuda İslam hukukunun çelişik olmayıp baştan beri aynı esaslara tabi olan iki farklı uygulamasını zamanla olan değişme/gelişme olarak yorumlamıştır. Kanaatimizce burada onun gelişmeci ve ilerlemeci bir tarih anlayışıyla İslam hukukunu okuma isteği objektif/maddi bilgileri yanlış anlamasına yol açmıştır. Mesela yazar hırsızın elinin kesilmeyip kırbaç cezası aldığı durumları el kesme cezasının Arap geleneğine aykırı olduğu için uygulanmasında zorluk yaşandığı şeklinde yorumlar.⁶ Halbuki İslam kaynakları bu cezanın en baştan beri uygulandığını haber veren rivayetlerle doludur. Belki hırsızın çaldığı mal el kesme cezası için gereken nisaba ulaşmamışsa kadıların kendi takdirlerine göre "ta'zir" cezası verme yetkileri yazarın kastettiği durum olabilir. Bu durumda da İslam hukukuna göre zaten el kesme cezası bulunmamaktadır. Konuyu başka bir fer'î meseleyle kıyaslayacak olursak; Müslümanların mallarından zekat vermeleri Kuran'da emredildiği halde, belli bir nisabı geçmeyen ve üzerinden bir yıl geçmemiş mallar zekata tabi görülmez. Bu durumda zekat emrinin İslam toplumunda uygulanmadığı veya icma nazariyesi sayesinde Arapların örfüne uygun hale getirildiğini söylememiz gerekir ki bunun tarihi gerçeklere aykırı olduğu izahtan varestedir.

Schacht İslam hukukunun yabancı unsurları zamanla içine katarak oluşumunu sürdürdüğü faraziyesine Ebu Yusuf'un bir fetvasını misal olarak zikreder:

"Ebû Yûsuf'a göre eğer bir memlekette İslamın ne değiştirdiği ne de kaldırdığı eski ve Araplara ait olmayan bir adet mevcutsa ve halk da halifeye başvurup bu adet güçlüğe sebep oluyor diye şikayet etse, halife onu değiştirmeye yetkili değildir. Fakat, İmam Malik ve Şafî'ye göre eski bile olsa halife onu değiştirebilir; çünkü o, (aynı şartlar içerisinde) gayr-ı müslimler tarafından konulmuş olanlar şöyle dursun, Müslümanlar tarafından

4 s. 16.

5 Oryantalistlerin bir hadisin belli karinelerle hangi dönemde ortaya çıktığını bulmak için kullandıkları yöntem.

6 s. 19.

konulmuş olan muteber bir adeti bile yasaklamak zorundadır. Bu iki görüş de İslam öncesi hukuki tatbikatın alıkonulmasının normal olduğu açısından hareket eder.”⁷

İslam hukukunun mübah bıraktığı daire en baştan beri vardır ve fukaha bu mübah alanı dolduran örfü Arapların veya başka milletlerin olsun kabul etmiştir. Bir hukuk sistemi kendisine tabi olan insanları belli formalitelerin farklı şekillerde yapılması hususunda serbest bırakmışsa bazı bölge halklarının örfüne binaen vazettikleri uygulamaların o hukuk sistemine sızdığına veya o hukuk sistemi tarafından entegre edildiğine ulaşamayız. Nitekim örfüne göre kabul edilen bazı uygulamalar başka bölgenin veya başka zamanın örfüne göre değişmektedir. O zaman bu unsur İslam hukukunun mübahlar alanına giren bir başka deyişle onun bir şekil vazetmediği uygulamalardır.

Schacht, İslam hukuku alanında II. Asrın ortalarına kadar Peygamber sünnetinin bağlayıcı görülmediği iddiasına ters bir hususu hadisçilerle ehl-i reyin münakaşalarına işaret ettiği şu metinde benimsemiş gözükmektedir:

“Hadisçilerin eski hukuk ekollerine karşı olan asıl tezleri şu idi: Peygamberden rivâyet edilen hadisler, ekolün yaşayan geleneğinin yerini almıştır. Eski hukuk ekolleri için bir bütün halinde doktrinlerinin Hz. Peygamberin maksatlarını muhtemelen iyice bilen sahabilerin öğretilerine dayandığı veya yaşayan geleneklerin Peygamberin sünneti’ni temsil ettiği iddiasında bulunmak kafi gelmiyordu.”⁸

Bu metinden anlaşıldığına göre fıkıhçılar hadisçilere karşı kendilerini savunurken, “Peygamber sünnetinin bağlayıcı olmadığı” veya “mücerret amelin de bağlayıcı olduğu” kazıyyelerini öne sürmemişler, kendilerinin takip ettiği sahabi görüşlerinden ibaret olan amelin Hz. Peygamberin sünnetine delalet ettiğini söylemişlerdir. Yazarın amel konusundaki tezine yapılacak birçok eleştiri olmakla birlikte bu kısa çalışmanın kapsamını aştığı için daha fazla ayrıntıya girmeyeceğiz.

Sonsöz olarak Schacht’ın bu eserini verdiği zengin bibliyografya ve özellikle son iki asırla ilgili ihtiva ettiği tarihi bilgiler açısından istifade edilebilir bulmaktayız. Özellikle İslam dünyasının birçok noktasında hukuki manada değişimlerin yaşandığı XX. asrın ilk yarısında bizzat bulunması bu bilgileri daha da önemli kılmaktadır. Ancak İslam hukukunun kökenine yönelik tezlerini ciddi manada ispata muhtaç görmekteyiz.

7 s. 20.

8 s. 34.