

# OSMANLI ÖRFİ HUKUKUNUN İSLAM HUKUKUNDAKİ TEMELLERİ

## Giriş

Türk hukuk tarihinde en fazla tartışılan konuların başında Osmanlı devletinde uygulanan hukukun genel yapısı ve şer'i-örfi karakteri gelir. Osmanlı hukuku ile ilgili kaleme alınan günümüzdeki eserlerde ve yapılan araştırmalarda bazı oryantalistler ve Türk bilim adamları Osmanlı hukukunun tam anlamıyla

İslâm hukukunun bir uygulaması olduğundan tutun da İslam hukukunun dışında, laik bir anlayış ve yaklaşımla ortaya konmuş bir hukuk teşkil ettiğine kadar<sup>1</sup> birbirinden çok farklı iddialar ileri sürmüşlerdir. Esas itibarıyla Osmanlı devleti ile ilgili olarak ileri sürülen bu iddialar, Osmanlı devletinin izini takip ettiği önceki İslam devletleri için de söylenmektedir. Araştırmacılar tarafından bu kadar farklı sonuçlara varılmış olması mevcut tarihi ve hukukî belgelerin farklı bilgiler vermesinden ziyade bunların bilgi eksikliği, yaklaşım farklılığı ve yöntemle dayalı olarak farklı yorumlanmasından kaynaklanmaktadır.

Osmanlı hukukunun laik karakterli hukuk olduğunu ileri sürenlerin en önemli argümanı, şer'i hukuk şeklinde adlandırılan hukukun yanısıra örfi hukuk adı altında bir hukuk malzemesinin mevcut oluşudur. Anılan bu yaklaşımların temelinde genel itibarıyla İslâm hukukunun yapısının ve teşekkülünün yeterince bilinmemesinin yattığı söylenebilir. Gerçekte, bir devletin hukuk sistemini, hukuki yapısını ortaya koyabilmek için öncelikle, o hukuk sisteminin esasını oluşturan hukuki yapıyı iyi bilmek gerekir. Bu nedenle biz bu çalışmamızda İslâm hukukunun yapısını ve Osmanlı örfi hukukunun İslâm hukukundaki temellerini ele alacağız.

## Örfi Hukuk Kavramı

Osmanlı'daki örfi hukukun İslam hukukundaki temellerini ele almadan önce, Osmanlı'da örfi hukuk kavramının ne anlam ifade ettiğini açıklamalı ve bu anlamda kullanılan diğer kavramlardan söz etmeliyiz.

<sup>1</sup> Köprülü, M. Fuad, Fıkıh md. *MEB İA*, IV, İstanbul, 1970, s. 614-615; Barkan, Ömer Lütfü, "Osmanlı İmparatorluğu Teşkilat ve Müesseselerinin Şer'iliği Meselesi", *İÜHF*, c. XI, S. 3-4, İstanbul, 1945, s. 203; Kânunnâme, *MEB İA*, VI, İstanbul, 1967, s. 186; Goldziher, Ignaz, Fıkıh, İA, c. IV, İstanbul, 1993, s. 601; Uriel Heyd, "Eski Osmanlı Ceza Hukukunda Kanun ve Şeriat" çev. Selahaddin Eroğlu, *Ankara Ün. İlahiyat Fak. Dergisi*, sayı: 26, Ankara 1983, s. 634; Akgündüz, Ahmed-Öztürk, Said, *Bilinmeyen Osmanlı*, s. 361, 362, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul, 1999.

Örfi hukuk denince ilk bakışta adının akla getirdiği gibi mutlak bir örf adet hukuku anlaşılmalıdır. Gerçi örfi hukuk normları konulurken en azından hukukun belli alanları bakımından yerleşik örf ve adetler, hukukî teamüller göz önünde bulundurulmakla birlikte<sup>2</sup>, örfi hukuk denildiğinde terminolojide, İslam hukukunun devlet başkanına tanıdığı geniş takdir ve düzenleme yetkisiyle ortaya konan normlar kastedilmektedir. Osmanlı padişahlarının münferit ferman ve kanunlarıyla yapılan bu düzenlemeler zaman içinde önemli bir yeküne ulaşınca oluş biçimine bakılarak kendi içinde bir bütün olarak değerlendirilmiş ve ayrı bir isimle anılmaya başlanmıştır. Klasik fıkıh kitapları içinde yer alan ve geçmiş dönemlerde devletin müdahalesinden bağımsız olarak oluşan hukuka şer'i hukuk, padişahların emir ve fermanlarıyla oluşan hukuka da örfi hukuk adı verilmiştir. Tarihi kaynaklarda örfi hukuk terimine ilk defa Fatih döneminde rastlanmaktadır. Bu dönemin tarihçisi Tursun Bey şer'i hukukun yanı sıra örfi hukukun varlığından söz etmektedir. Örfi hukukun sadece Osmanlı Devletine has olmayıp diğer İslam devletlerinde de var olduğu ve ortaya çıkışının çok daha öncelere gittiği anlaşılmaktadır.<sup>3</sup> Örfi hukuk şeklindeki isimlendirmenin yanı sıra "siyaset-i sultani", "siyaset-i şer'iyye", "yasa", "yasag", "yasağ-ı padişahi", "yasakname", "örf-i padişahi", "örf-i münif-i sultani", "kanun-ı münif", "kanunname" isimleri de kullanılmıştır.<sup>4</sup>

### Örfi Hukuk ve Siyaset-i Şer'iyye İlişkisi

İslam hukukunda gerçek anlamıyla kanun (hüküm) koyucu Allah yani O'nun iradesidir. Bunun dışındaki yasama kaynaklarına gerçek anlamda kanun koyucu nazarıyla bakılmamakta, belki bunlar ilahi iradeye uygun hukukî hükümleri tespit etme kaynağı olarak görülmektedir. Bu bağlamda İslam hukukunda yasama kavramı günümüz hukuklarından farklı biçim ve muhtevaya sahip olmaktadır. Bu nazarla bakıldığında İslam hukukunda yegane kanun (hüküm, değer yargıları) koyucu Allah ve onun hükümlerini tebliğ eden Hz. Peygamber olmaktadır. Hukukçulara düşen görev, ilahi ahkâmın bulunduğu kaynaklardan yine ilahi iradeye uygun olarak yeni meselelere ve gelişmelere uygun hükümler ortaya koymaktır. Ne var ki söz konusu iki kaynak bütün hukuki meselelerin çözümlerini ayrı ayrı tespit etmemiş, bazı konuların sadece genel ilke ve esaslarını ortaya koyarak ayrıntılarını değişen şartlara ve ihtiyaçlara göre zamanın kamu otoritesine bırak-

SÜİFD / 17

146

<sup>2</sup> İnalçık, Halil, *Türk-İslâm Devletlerinde Devlet Kanunu Geleneği*, (Osmanlı'da Devlet, Hukuk, Adalet içinde), s. 27, İstanbul, 2000.

<sup>3</sup> Aydın, M. Akif, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 67-68, Beta yy., İstanbul, 1999; "Osmanlıda Hukuk" Osmanlı Devleti ve Medeniyeti Tarihi, editör: Ekmeleddin İhsanoğlu, İstanbul, 1994, s. 378.

<sup>4</sup> Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 68; Barkan, "Kanun", *MEB İA*, VI, 185- 195; Heyd, Uriel, *Studies in Old Ottoman Criminal Law*, s. 5, Oxford, 1973; Akgündüz-Öztürk, *Bilinmeyen Osmanlı*, s. 364; Akgündüz, Ahmed-Cin, Halil, *Türk Hukuk Tarihi*, I, 140, 157, Konya, 1989; İnalçık, Halil, "Örf", *MEB İA*, IX, 480, İstanbul, 1970; ağımf, "Kanun", *TDV İslam Ansiklopedisi*, XXIV, 325, İstanbul, 2001; ağımf, *Türk-İslam Devletlerinde Devlet Kanunu Geleneği*, "Osmanlı'da Devlet, Hukuk, Adalet" içinde, s. 27, Eren yy., İstanbul, 2000.

miştir. Kamu otoritesinin kendi takdir ve yetkisi dahilinde ortaya konan hükümler, mevcut fıkıh literatüründe "siyaset-i şer'iyye, kavânîni siyaset veya kânun" isimleriyle yerini almıştır. İslam hukukunda bu tür kanun koyma yetkisine "ra'yi veliyyü'l-emr", "hakku"s-saltana" yahut "ülü'l-emre tefviz edilen umûr" isimleri de verilmiştir.<sup>5</sup>

Klasik literatürde siyaset-i şer'iyye'ye, kullanıldığı yere göre farklı anlamlar yüklenmiştir. Geniş anlam olarak siyaset, "hakkında nass mevcut olmasa da hukukun tüm alanlarında kamu yararı ve çıkarı (ümmetin maslahatı) için kamu otoritesinin yaptığı tasarruflar"<sup>6</sup> şeklinde tanımlanır. Çağdaş hukukçularımızdan Bilmen, "veliyyü'l-emr'in raiyye üzerindeki emr-i nehyi ya da adaba, mesaliha, intizamı emvale riayet için mevzu kanun" diyerek İbn Nüceym'in tanımını almış daha sonra kendisi, "beşeriyetin salah ve intizamı için şer'i şerifin kabul ve iltizamı ettiği bir kısım âlf ahkâmıdan ibarettir" şeklinde yeni bir tanım ortaya koymuştur.<sup>7</sup>

Yukarıdaki tanımlarda da görüldüğü üzere siyaset-i şer'iyye kavramının kullanım alanlarından biri toplumun ihtiyacı olan ve toplum maslahatının gerektirdiği değişime açık konularda özel bir şer'i delile dayanmaksızın uygulama (tenfiz) ve düzenleme (tanzim) yasalarının tespitidir. Söz konusu yasalar, İslâm hukukunun temel ilkelerine ve genel amacına dayanarak biçimsel detay ve incelikleri açıklayan, yasamanın iskeletini tamamlayan<sup>8</sup> değer yargısı ortaya koymayan, formal kurallardır.

Siyaset-i şer'iyye kapsamındaki hükümler şer'iliklerini kamu otoritelerine kural koyma yetkisi veren "Allah'a, O'nun peygamber'ine ve sizden olan ülü'l-emrin emir ve yasaklarına itaat ediniz."<sup>9</sup> ayetinden, bir diğer yönüyle dinin açık

<sup>5</sup> İbn Kayyim el-Cevziyye, Şemsüddîn Ebî Abdullah b. Ebî Bekr, *İlamu'l-Muvakkîn an Rabbi'l-Âlemîn*, Beyrut 1977, IV, 373; İbn Abidin, IV, 76; Köprülü, M. Fuad, Fıkıh md. *MEB IA*, IV, İstanbul, 1970, s. 614-615.

<sup>6</sup> İbn Kayyim, *İlamu'l-Muvakkîn*, IV, 372; et-Turuku'l-Hükmiyye *fî's-Siyâseti's-Şer'iyye*, s. 15, 16, Kahire, 1961; İbn Nüceym, Zeynüddîn b. İbrahim el-Mısırî, *Bahrü'r-Râik Şerhu Kenzi'd-Dekâik*, Dâru'l-Ma'rife, Beyrut ty., V, 118; el-Büceyremî, Süleyman b. Muhammed b. Ömer, *Hâşiye ale menheci't-tullâb*, el-Mektebetü'l-İslâmiyye, Diyarbakır, ty., II, 178; el-Âlûsi, Ebu'l-Fadl Şihabuddîn es-Seyyid Mahmûd el-Bağdâdî, *Rûhu'l-Meânî fî Tefsîri Kur'ânî'l-azîm ve's-Seb'î'l-Mesânî*, XXVIII, 28-29, Dâru'l-Fikr, Beyrut, 1997; Dede Efendi, İbrahim b. Yahya Halife, -es-Siyâsetü's-Şer'iyye, *thk. Fuâd Abdu'l-mun'im, Müessesetü Şebâb el-Câmiyye, İskenderiye, 1991*, s. 68; İbn Âbidin, Muhammed Emin, *Reddü'l-Muhtâr ale'Dürm'l-Muhtâr*, Mısır, 1966, IV, 15; Kamali, Mohammad Hashim, *Siyasah Al-Shar'iyah (The Policies Of Islamic Government)*, IIU Law Journal, Vol. I, No. I, 1989, s. 141. Tanımlann Arapça metinleri: السياسة ما كان من الأفعال بحيث يكون الناس معه أقرب الي الصلاح و أبعد عن الفساد و إن بأنها القنون الموضوع لرعاية الآداب " İbn Nüceym'in tanımı " فعل شيء من الحاكم " لمصلحة يراها و إن لم يرد بذلك الفعل دليل جزئي

<sup>7</sup> Bilmen, Ömer Nasuhi, *Hukuki İslâmiyye ve İstilahâtı Fikhiyye Kamusu*, Bilmen Yayınevi, İstanbul, 1986, III, 22.

<sup>8</sup> ez-Zerkâ, Mustafa Ahmed, *el-Fikhü'l-İslâmî fî Sevbihî'l-Cedîd*, I, 234, Dâru'l-Fikr, Dimaşk, 1967; Karadâvî, Yusuf, *İslâm Hukuku-Evrensellik -Süreklilik*, (trc. Yusuf Işıcık-Ahmet Yaman), s. 62, İstanbul, 1997.

<sup>9</sup> Nisa 4/59... امنوا اطيعوا الله و اطيعوا الرسول واولي الأمر منكم

hükümlerine aykırı olmamalarından alırlar. Bu da Kur'an veya Sünnet'te yer alan ifadelerin onu emretmesi, uygunluğunu açıkça telaffuz etmesi şeklinde olabileceği gibi ona ilişkin bir açıklamaya yer vermemesi, yani yasaklığından söz etmemesi ya da makâsıd-ı şerî'a uygunluk şeklinde de olabilir.<sup>10</sup>

Osmanlı uygulamasında bu çeşit hukuki düzenlemelerin şer'i hükümlere aykırı olup olmadıklarının tespiti için kadı ve müftülerin denetiminden geçmesi şart koşulmuştur.<sup>11</sup>

Hz. Ömer'in (ra.) müslüman kadınların uğrayacağı zarardan dolayı Ehli-i kitap kadınlarıyla evlenmesini yasaklaması, ilk olarak divan teşkilatını kurması, bir kerede üç talakla boşamayı baîn talak sayması (üç talak/beynûnet-i kübrâ),<sup>12</sup> kocasından boşandıktan sonra iddeti dolmadan ikinci bir kocaya varan kadının ikinci kocaya ebediyen haram olduğuna hükmetmesi<sup>13</sup> vb hüküm ve tasarrufları klasik kaynaklarımızda yasama işlevi anlamında siyasetin kullanımına örnek olarak verilmiştir.

Osmanlı Devletinde, fethedilen arazilerin hukuki rejim ve tasarruf şekli ile ilgili düzenlemeler (miri arazi ve tımar gibi), devlete ait madenler, tuzlar, gümrükler, sabun, hububat, susam ve zaruri ihtiyaç maddeleriyle ilgili nizamlar ve hazineye ait gelirlerin tahsili, para basımı gibi düzenlemeleri ihtiva eden yasaknameler bu çerçevede mütalaa edilebilir. Ebussuud Efendi'nin (d. 1490-v. 1574) fetvalarıyla başlayan Kanun-ı Cedid'in çoğunluk hükümlerinin; tımar ve intikal kanunlarının ve ister umumi kanunnamelerde ve ister hususi kanunnamelerde yer alan arazi ve tımar nizamı ile ilgili tüm hükümleri ve özellikle Fatih, II. Bayezid ve Yavuz Selim devrindeki yasakname mahiyetinde bulunan kanunnamelerin meşruiyet dayanağı da bu yetkidir.<sup>14</sup>

Kamu otoritesine siyaset şeklinde hükümler koyma yetkisi vermenin amacı, nassların pratiğe, somut gerçeklere dökülmesini garanti altına almak ve İslâm

<sup>10</sup> Fâsî, Allâl, Makâsıd-ı Şerîati'l-İslâmiyye ve Mekârimuha, Dârü'l-Ğarbi'l-İslâmî, 1993, s. 58; Abdü'l-Mün'im, Hamdî, Dîvânü'l-Mezâlim Neş'etühü ve Tetavvuruhü ve İhtisâsatuhü Mukârinen bi'n-Nuzumu'l-Kadâiyye, Dârü's-Şurûk, Beyrut-Kâhire, 1983, s. 156.

<sup>11</sup> Akgündüz, Ahmed, *Osmanlı Kanunnamelerinin Şer'i Sınırları*, Osmanlı, (ed. Kemal Çiçek-Cemal Oğuz), VI, 408, İstanbul, 1999.

<sup>12</sup> İbn Ferhûn, Bûrhânüddîn Ebü'l-Vefâ İbrâhîm İbnü'l-İmâm Şemsüddîn Ebî Abdillâh Muhammed b. Ferhûn, *Tabsîratu'l-Hukkâm fî Usûli'l-Akdiyeti ve Mendhici'l-Ahkâm*, (thk. Cemâl Mar'aşî), Dârü'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut, 1995, II, 120-121; İbn Kayyım, *et-Turuk*, s. 20-23, 26; Şelebî, Muhammed Mustafâ, *Ta'îlû'l-Ahkâm*, s. 56-63, Dârü'n-Nahdati'l-Arabiyye, Beyrut, 1981.

<sup>13</sup> Şafak, Ali, *Mezheplerarası Mukayeseli İslâm Ceza Hukuku*, Erzurum, 1988, s. 61. Bereketzâde, yakışıklılığı nedeniyle sürgüne gönderilen gencin olayında "Fesadın kable'l-vukû defî, ba'de'l-vukû ref'in'den esheldir" ilkesine göre sürüldüğünü ifade eder. s. 48. Yine buna benzer Mecelle'de ifade edilen "Zarar bi kaderi'l-İmkân izâle olunur." (md. 31), "Zarar-ı âmî def için zarar-ı hâs ihtiyar olunur." (md. 26) vs. kuralları da siyasete mebnî (maslahata yönelik) kurallar olduğunu belirtir. es-Seyyid Abdullâh Cemâlüddîn (Bereketzâde), *es-Siyâsetü's-Şer'iyye fî Siyâdeti'r-Râî ve Seâdeti'r-Raiyye*, Mısır, 1319, s. 48-49.

<sup>14</sup> Cin, -Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, I, 160; Akgündüz-Öztürk, *Bilinmeyen Osmanlı*, s. 376.

hukukunun ilke ve kurallarının çevre ve zaman şartlarıyla uyumlu olarak doğru bir şekilde tatbikini sağlamaktır. Bunun yanında nasslarda bilinçli olarak bırakılan "hüküm boşlukları"nı, toplumun ihtiyaçlarını giderecek, menfaatlerini sağlayacak, kötülükleri giderecek ya da imkân nispetinde en aza indirecek şekilde doldurmaktır. Sözelimi "şûra" ve "adalet" ilkelerinin işleyişini düzenleyen yasalar çıkarmak ve her iki ilkeye ilişkin uygulama örnekleri ve biçimsel hukuk kuralları tespit etmek bu nevidendir. Benzer şekilde askerî kanunlar, devlet teşkilatı ile ilgili idarî kanunlar, yargı erkinin görev ve yetkisini düzenleyen kanunlar, mahkemelerin derecelerini tayin, davaların belirli zamanaşımı sürelerinin geçmesinden sonra dinlenmeyeceği, gayri menkul mülkiyetinin tapuya tescili ve benzeri hususlarla ilgili düzenlemeler hep bu amaca yöneliktir. Böylece İslâm hukukunun maksatlarının gerçekleşmesi ve hukukun değişen sosyal şartlara uyumu sağlanmış olur. Bilinmelidir ki şer'î hükümler her zaman ve mekanda bütün olayları ayrıntılarıyla içermez. Bu nedenle değişime açık hususlarda vazedilen hükümler icmalîdir (toplu tarzdadır).<sup>15</sup> Bu konularda temel kaynaklarda değişmez hükümlerin bulunması, mümkün olmadığı gibi gerekli de değildir. Zira bunlar zamana göre değişen ve değişime açık konulardır.<sup>16</sup> Değişime kapalı konularda ise böyle bir yetki verilmemiştir. Nitekim Osmanlı'da bazı kanunnamelerde yer alan "Şeriatin emri muteberdir; bu (meselede) kanuna mesağ yoktur"<sup>17</sup> ifadesinin temelinde de bu anlayış yatmaktadır.

Osmanlı devlet yapısı ile ilgili idari düzenlemeler, eğitim hizmetleri, ordunun teçhizi, mahkemelerin derecelendirilmesi gibi düzenlemeler; işpençe, öşür gibi bazı vergilerin tanzimi türünden olan mali düzenlemeler; kapıkulu ve eyalet askerleri gibi askeri düzenlemeler hep bu kapsam dahilinde sayılmıştır.<sup>18</sup>

Öte taraftan kamu otoritesinin toplumun yararına gördüğü bir maslahata binaen bir hukukî düzenlemede İslâm hukukundaki mevcut görüşlerinden birisini tercih etmesi de siyâset-i şer'iyye'nin yasama işlevi anlamında bir tezahürdür. İctihadî konularda, fikhî görüş ve kanaatlerden birini tercih etmek de aynı şekildedir. Bilindiği gibi, icthadî görüşler zannî ilim ifade ettiklerinden Kur'an ve Sünnet normları gibi bağlayıcılıkları yoktur. Bir içtihat, diğer içtihadı nakzedemediğın-

<sup>15</sup> Abdü'l-Mün'im, Hamdî, *Divânü'l-Mezâlim Neş'etühû ve Tetavvuruhû ve İhtisâsatuhû Mukârinen bi'n-Nuzumu'l-Kadâiyye*, s. 157, Dârü's-Şurûk, Beyrut-Kâhire, 1983; Doi, Abdur Rahman I., *Shari'ah The Islamic Law*, s. 468.

<sup>16</sup> Doi, Abdur Rahman I., *Shari'ah The Islamic Law*, s. 468, Ta-ha Publishers, London, 1984; Hallâf, Abdülvehhâb, *Masâdiru't-Teşri'i'l-İslâmî fi mâ Lâ Nassa Fihî*, s. 157, Dârü'l-Kalem, Kuveyt, 1972. Ahkâmın değişmesi ile ilgili olarak bkz. Erdoğan, Mehmet, *İslâm Hukukunda Ahkâmın Değişmesi*, Marmara Ün. İlahiyat Fakültesi Yayınları, İstanbul 1990.

<sup>17</sup> Heyd, *Criminal Law*, s. 67/106 (dipnot 44), 72/110 (dipnot 60); Repp, Richard C., *Osmanlı Bağlamında Kanun ve Şeriat*, "Sosyal ve Tarihi Bağlamı içinde İslam Hukuku" içinde, Aziz el-Azme, çev. Fethi Gedikli, İz yy., İstanbul 1992, s. 167. Şer'î hükümlerde değişmezlik ile ilgili olarak bkz. Kahraman, Abdullah, *İslâm'da İbadetlerin Değişmezliği (İslâm Hukukunda Ahkâmın Değişmesi Açısından İbadet ve İbadet Nitelikli-Taabbudî Hükümler)*, İstanbul 2002.

<sup>18</sup> Akgündüz, *Osmanlı Kanunnameleri, ve Hukuki Tahlilleri, I-VIII*, İstanbul 1990, I, 76.

den biri diğerinden daha kuvvetli değildir.<sup>19</sup> Bu durum hukukî hayatta istikrarı zedeleyeceğinden dolayı, yargıda birliği ve ittıradı sağlamaya yönelik olarak kamu otoritesine mevcut görüşler arasından dayanağını kuvvetli bulduğu, İslâm hukukunun gayelerini gerçekleştirci gördüğü görüşlerden birini tercih yetkisi verilmiştir.<sup>20</sup> Yeterli ise kendisi, değilse ilmüne güvenilen hukukçular bu tercihi yaptığında, artık tercih edilen ictihadî görüşler de bağlayıcı hale gelir. Esasen hukukçuların ictihadlarındaki farklılıklar şer'iatın ana hükümleri üzerinde olmaktan ziyade, zamanın gereklerine ve kamu yararına göre değiştirilmeleri mümkün olan dünya işlerine (muamelata) ilişkin olduklarından, kamu otoritesinin bu hususlardaki tasarrufları kamu yararı gereği caizdir. Bu nedenle bu gibi hususlarda kamu otoritesi hangi müctehidin görüşü "maslahat-ı nâsa evfak" ise onu emredebilir.<sup>21</sup> Bilindiği gibi Osmanlı'da kadılar mahkemelerde Hanefi mezhebini uygulamak zorundaydılar.<sup>22</sup> Bununla birlikte kimi durumlarda Hanefi ictihadları terk edilerek diğer mezheplerdeki fıkıhçıların ictihadları benimsenmiştir. Sözelimi Hanefi mezhebine göre bir kızın evlenmesi için velisinin izni şart değildir. Ancak bu ictihadlara uyularak verilen mahkeme kararlarının zamanın ahlak bozukluğu dolayısıyla, büyük kötülükler meydana geldiği görülerek 951 (1544) tarihli bir fermanla kadılar, Şafii mezhebine uyularak kızı velisinin izni olmadan nikahlamaktan men edilmişlerdir. Şeyhülislam Ebussuud Efendi'nin "Ma'rûzât" isimli risalesi bazı müctehidlerin görüşleri/ictihadları üzere amel edilmesi için hazırlanıp muhtelif tarihlerde Sultan Süleyman'a (1520-1566) arz edilmiş ve bu suretle ferman çıkmıştır.<sup>23</sup> Kamu yararına uygun ictihadın tercihi ve padişaha arz yetkisi Şeyhülislamlara aittir.<sup>24</sup>

Genel bir maslahatın söz konusu olduğu durumlarda veya serbest bırakıldığı takdirde ciddî bir mefsetetin zuhurundan korkulduğunda bazı mübahlara kısıtlama getirilmesi de bir yasama faaliyeti olarak siyaset-i şer'iyeye adıyla nitelendirilir ve burada yöntem olarak sedd-i zer'â kullanılmıştır.<sup>25</sup> Bu yetki, Osmanlı'da "nizam-ı alem için umur-ı caizeyi men'e veliyyü'l-emr'in selahiyeti" formülüyle ifade edilmiştir. Klasik kaynaklarımıza bu kabilden tasarruflara Hz. Peygamber'in Medine'ye ihtiyaç içinde olan bir kafilenin gelmesi nedeniyle kurban etlerinin üç

<sup>19</sup> Mecelle, md. 16; Ali Haydar, a.g.e., I, 68-70.

<sup>20</sup> Dede Efendi, s. 66; Mahmasânî, Subhî, *Felsefetü't-Teşrî fî'l-İslâm*, s. 176-77, Dârü'l-Keşşâf, Beyrut, 1952; Karadâvî, *İslâm Hukuku-Evrensellik -Süreklilik*, s. 62-64, 65-66; el-Fâsî, Allâl, *Makâsıdu's-Şer'ati'l-İslâmiyye ve Mekârimuha*, s. 58, Dârü'l-Ğarbi'l-İslâmî, 1993. Mecelle'nin 1801. maddesi de bu hedefe yönelik olarak vazedilmiştir.

<sup>21</sup> İbn Abidin, Muhammed Emin, *Reddü'l-Muhtâr ale'Dümi'l-Muhtâr*, I, 76, Mısır, 1966; Mecelle, md. 1801; Ali Haydar, *Dünerü'l-Hukkâm*, IV, 696-700.

<sup>22</sup> İnalçık Halil, 'Kanun and Kanunname' *El*, V, 559b.

<sup>23</sup> Barkan, "Türkiye'de Din ve Devlet İlişkilerinin Tarihsel Gelişimi", s. 62.

<sup>24</sup> Akgündüz-Öztürk, *Bilinmeyen Osmanlı*, s. 372.

<sup>25</sup> Doğan Şeyh el-Muhammedî el-Eşrafî, *el-Mukaddimetü's-Sultâniyye fi's-Siyâseti's-Şer'iyeye*, s. 25, thk. Abdullah Muhammed Abdullah, Mektebetü'z-Zehrâ, Kahire ty.

günden fazla saklanmasını yasaklaması<sup>26</sup>, Hz. Ömer'in haftanın bütün günlerinde Medine halkına yeterli gelmemesi nedeniyle haftada peşpeşe iki gün et yenmesini yasaklaması örnek olarak verilir.<sup>27</sup> Osmanlı'da ise birden fazla evlenmenin şarta bağlanması, küçüklerin velileri tarafından evlendirilmelerinin yasaklanması bu neviden yetkiye dayanan örneklerdir.<sup>28</sup>

İslâm hukukunda kamu otoritelerine yasama niteliğinde bir hak tanınması İslâm hukukunun önemli bir özelliğidir. Hızla değişen sosyal şartlara uyum sağlama, devlet işlerinin süratli bir şekilde yürütmesini temin etme bakımından siyaset-i şer'iyye şeklinde kamu otoritelerine yasama yetkisi verilmiştir. Kamu otoritelerine verilen söz konusu yetki, tarih boyunca İslâm devletlerinde değişik adlarla anılmıştır. Siyaset-i şer'iyye çerçevesinde yasama yetkisinin kullanılması sadece Osmanlı Devletine has değildir. Bu tür hükümler Tunus'ta "el-Mersûm el-Âli", Fas'ta "ez-Zâhirû's-Şerîf" veya "el-Karârû'l-Vizârî" adıyla uygulamada yerini almıştır.<sup>29</sup> İşte bunlar siyaset-i şer'iyye kapsamında otoriteye verilen yasama yetkisi çerçevesinde ortaya konan hukukî düzenlemelerden ibarettir.

Kamu otoritelerinin (yürütmenin) kendilerine tanınan yasama yetkisini kötüye kullanmaları mümkündür. Ancak bu durum, doktrinde ileri sürülen bir takım şartlarla en aza indirgenmeye çalışılmıştır. İslâm hukukçuları tarafından en önemli şart olarak, kamu otoritesi tarafından sevk edilecek hukuk normlarının şer'î kurların çerçevesinden çıkmaması, teknik bir deyimle hukuka uygunluk taşınması ve İslâm hukukunun maksat ve hedeflerini gerçekleştirici tarzda olması gerektiği ileri sürülmüştür. Zira siyâset-i şer'iyye'nin tevhide/vahye dayanan, metodik açıdan tevhid tarafından kontrol edilir bir özelliği vardır. Bu açıdan tevhid/vahiy, siyâsetin eksenini, nihâî hedefini oluşturur. Siyâsetin olumlu veya olumsuz olması neticesine bağlıdır. Bu nedenle İslâm hukukçuları siyâseti, eğer hakkın gerçekleşmesine hizmet ediyor, Şeriatın hedeflerine ulaşıyorsa âdil siyâset (es-siyâsetü'l-âdile), mefsedete ve amacının dışında bir şeye hizmet ediyorsa zalim siyâset (es-siyâsetü'l-zâlîme) diye isimlendirmişlerdir.<sup>30</sup> Yine yöntem açısından siyâset, daima kamu yararını gözetmek zorundadır. Kamu otoritesinin bu tür tasarrufları maslahat şartına bağlıdır. Kamu yararı=maslahat düşüncesi siyâsetin varlık sebebi ve mihveridir. Nitekim Mecelle md. 58, bu hususu "Raiyye yani teb'a üzerine tasarruf, maslahata menuttur" şeklinde formüle etmiştir. Söz konusu menfaat=kamu yararı, Şeriatın gerçekleştirilmeyi hedeflediği gayelerden biri olacak, diğer bir ifade ile İslâm hukuku kurallarının çerçevesi dışına taşmayacak, İslâm hukukuna muhalif

<sup>26</sup> Hadisin farklı lafızlarla rivayeti için bkz. Müslim, Edâhî, 37; Tirmizî, Edâhî, 14; İbn Mâce, Edâhî, 16; Dârimî, Edâhî, 6.

<sup>27</sup> Karadâvî, İslâm Hukuku-Evrensellik -Süreklilik, s. 60.

<sup>28</sup> CİN, -Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, I, 160; HAK mazbatası, Akgündüz, *Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı*, s. 314, Diyarbakır 1986.

<sup>29</sup> el-Fâsî, a.g.e., s. 59.

<sup>30</sup> İbn Kayyım, *et-Turuk*, s. 11; İbn Ferhûn, II, 115; Dede Efendi, s. 74; İbn Abidin, IV, 15, Bilmen, III, 331. Siyâsetin geçerliliği yöneticinin velayetinin sıhatine ve adil olmasına da bağlıdır.

olanlar (mülgâ) düzenlemede dikkate alınmayacaktır. Aksi takdirde böyle bir siyaset geçersizdir, kabul edilmez. Bu bağlamda şunları söyleyebiliriz: Siyâsetin temelini teşkil eden kamu yararının üç temel niteliği olmalıdır. Genellik, maslahatın muteber olması/mülga olmaması, bütün araçlarla aktifliğinin hedeflenmesi.<sup>31</sup> Siyâset-i şer'iyyenin maslahatla bağlantılı olması, bu kavram üzerine inşâ edilmiş olması, maslahat prensibinin bazı karakteristiklerine sahip olmasını gerektirmiştir. Bunların başında izafilik gelir. Maslahat sonucu elde edilen hükümler kişi, yer, zaman, şart vb. unsurlara göre değişir. Siyâsetle hüküm vermek de, gerçekleştireceği maslahata tâbidir. Siyasete dayanan hukuk normu maslahatı gerçekleştirdiği sürece kaynak olma özelliğini korur. Fakat bu sonucu sağlamaz hale gelince ona muhalefet edilebilir ve maslahatı gerçekleştiren yeni bir hüküm konabilir.<sup>32</sup> Sözgelimi fakihler bir şahıs hakkında, "siyâseten katli caizdir" dediklerinde, bunun anlamı, bu hükmün devamlılık arzeden, her zaman geçerli bir kural olmadığıdır.<sup>33</sup> Bu niteliği ile siyâset, değişen sosyal hayatın ihtiyaçlarını İslâm hukuku çerçevesi içinde karşılama önemli bir araç olma özelliği gösterir.<sup>34</sup> Ancak siyasetin zamana ve şartlara göre değişkenlik göstermesinin bir dezavantajı siyaset-i şer'iyye'nin uygulanmasındaki bir hatanın yanlış sonuçlara ya da ifrata veya tefrite yol açabilmesidir. Nitekim İbn Kayyim bu noktaya dikkat çekmiş ve uygulayıcı konumda olanlara uyarıda bulunmuştur. Bu nedenle siyaset, İslâm ilimlerine gerçek anlamda nüfuz edebilmiş ve İslâm hukukunun usûlünü basîretle tatbik edebilme gücüne sahip kişiler tarafından kullanılması halinde önemli sonuçlar doğurabilir.<sup>35</sup>

Osmanlı Devletinde de yasama yetkisi kullanılırken siyaset-i şer'iyyeye ilişkin klasik eserlerde de vurgulandığı gibi İslam hukuku ile çatışmamasına azamî gayret gösterilmiştir. Hatta bazı kanunnamelerin başlarında "kanunname-i sultanîdir ki, şer'i şerife muvafakati mukarrer olup hâlâ muteber olan kavânîn ve mesâildir"<sup>36</sup> gibi ifadeler yer almıştır.

Ne var ki İslam hukukundaki bazı düzenlemelerin muhteva aynı olmakla birlikte, Osmanlı'daki uygulamasında Türkçeleştirilerek, orjinal isminden farklı olarak isimlendirilmesi kimi hukukçuları bu tür düzenlemelerin seküler nitelikli düzenlemeler olduğu düşüncesine sevk etmiştir.<sup>37</sup> Söz gelimi, Osmanlı'daki *miri*

<sup>31</sup> Kâsım, Muhyiddîn Muhammed, es-Siyâsetü's-Şer'iyye ve Mefhûmü's-Siyâseti'l-Hadîs, s. 76.

<sup>32</sup> Dede Efendi, s. 59, 85-86.

<sup>33</sup> İbn Kayyim, et-Turuk, s. 25-26; İbn Âbidin, IV, 15.

<sup>34</sup> Kamali, s. 158.

<sup>35</sup> İbn Kayyim, et-Turuk, s. 19, 116; İbn Ferhûn, II, 126.

<sup>36</sup> Karakoç, Sarkiz, *Kanun-ı Cedid*, Külliyyât-ı Kavanin, Dosya no: I, Belge no: 6092, s. 1; Akgündüz, Ahmed, *Osmanlı Kanunnâmelerinin Şer'î Sınırları*, Osmanlı, ed. Kemal Çiçek-Cemal Oğuz, İstanbul, 1999, VI, 402.

<sup>37</sup> Barkan, "Türkiye'de Din ve Devlet İlişkilerinin Tarihsel Gelişimi", Cumhuriyetin 50. Yıldönümü Semineri, Ankara 1975, s. 59-60; Aslan, Nası, *Klasik Dönem Ceza Kanunnâmeleri Bağlamında Osmanlı Hukûkunun Şer'îliği Üzerine*, Ç.Ü. İlahiyat Fakültesi Dergisi, Cilt 3, Sayı 2, Temmuz-Aralık 2003, s. 29, 38.



*arazi* aslında İslam hukukundaki *haraci arazidir*. Bu çeşit arazilerin tasarruf şekli, kamu yararına göre ülü'l emr tarafından tanzim edilmiş ise de, bu arazilerden alınan ve Osmanlı'da *rüsüm-i şer'iyye* denilen bütün vergiler, sadece isim değişikliği ile fıkıh kitaplarındaki esaslara uyularak tanzim olunmuşlardır. *Öşür* diye düzenlenen vergi aslında *harâc-ı mukâsemedir* ve *çift akçesi* ise *harâc-ı muvazzaftır*.<sup>38</sup>

Siyaset üzerine kaleme aldığı araştırmasında Emile Tyan'ın da isabetle belirttiği gibi siyasetle elde edilen hükümler teorik olarak hukuk külliyyâtının alt birimidir. Genel olarak yöneticilerin kullandığı bir tasarruftur. Ancak aynı temel ilkeleri gerçekleştirmeyi hedefledikleri için mahiyet itibarıyla fıkıhtan farkı yoktur.<sup>39</sup> Tyan'ın görüşlerinin çoğu, yukarıda görüldüğü üzere araştırmamızla aynı doğrultuda olmakla birlikte, fıkıh kurallarından doğmadığı şeklindeki görüş kanaatimizce isabetli görülmemektedir. Zira bu hükümlerin elde edilmesinde İslâm hukukunun genel ilke ve kurallarının daima gözönünde bulundurulması gerektiği hususunda yukarıda da zikrettiğimiz gibi İslâm hukukçularının vurgusu vardır. Tyan'a göre fıkıh külliyyâtından bağımsız, otonom bir yapı oluşturan siyaset, ictihat kapısının kapanmasıyla istihsan ve istislahın yerini tutmak üzere ortaya çıkan yeni olayları çözüme kavuşturmak için ortaya çıkmış, yeni şartlara ayak uydurma görevini yerine getirmiştir. Ancak siyasetle ilgili kazanımlar belli bir dönemde donuklaşmıştır. Siyasetin dine üstün olacağı korkusu hukukçuları siyasete karşı tavır almaya yöneltmiş, siyaseti doğuran mekanizmalar etkinliğini kaybetmiştir. O bu donuklaşmada entellektüel durgunluğun (ictihad kapısının kapandığı düşüncesinin) ve siyaseti uygulayacak ehliyetli kişilerin bulunmayışının da etkili olduğunu belirtir.<sup>40</sup>

Tyan'ın siyasetin ortaya çıkışı ile ilgili tespitlerini isabetli bulmuyoruz. Zira "ictihad kapısının kapandığı" iddiasını makalelerine konu edinen Wael b. Hallaq'ın tespitlerine göre İslam tarihinde ictihad kapısı hiçbir zaman kapanmamıştır.<sup>41</sup> Bu nedenle siyaset-i şer'iyyenin ilk dönemlerden sonra donuklaştığı iddiası da gerçeği yansıtmamaktadır. Aksine bu konuda gerek uygulama, gerekse teori olarak epey yekün teşkil eden literatür oluşmuştur.<sup>42</sup> Ayrıca siyaset-i şer'iyye'ye ilişkin uygulamalar, yukarıda da belirttiğimiz gibi Osmanlılarda ve onlardan önceki Türk devletlerinde siyaset-i sultanî, örfî hukuk, kanunname veya zavâbit adlarıyla geniş ölçüde yer tutmuştur.

SÜİFD / 17

153

<sup>38</sup> Akgündüz, Ahmed, *Osmanlı Kanunnâmelerinin Şer'î Sınırları*, Osmanlı, ed. Kemal Çiçek-Cemal Oğuz, İstanbul, 1999, VI, 403. Harâc-ı mukâseme, harâcî araziden elde edilen ziraî ürün ve meyvelerden arazinin verimliliğine göre, 1/10, 1/2'ye kadar alınabilen vergiye denir. Harâc-ı muvazzaftır ise, haracî arazinin alanı esas alınarak ve maktû bir şekilde dönüm başına senede belli bir miktar alınan vergiye denir. Harâc-ı mukâta'a olarak da isimlendirilir.

<sup>39</sup> Tyan, Emile, "Methodologie et Sources Du Droit en Islâm (Istihsan, İstislah, siyâsâ şar'iyya)", *Studia Islamica* X, Paris 1959, s. 103-4.

<sup>40</sup> Tyan, 107.

<sup>41</sup> Hallaq, Wael B., *On the Origins of the Controversy about the Existence of Mujtahids and the Gate of Ijtihad (Law and Legal Theory in Classical and Medieval İslam içinde)*, 129- 141; Ayrıca *Was The Gate of Ijtihad Closed? Law and Legal Theory in Classical and Medieval İslam içinde*, 3-41.

<sup>42</sup> Bkz. Akyüz, *Makdât*, Konya, 1999, s. 109-130.

### Siyâset-i Şer'iyye ve Ceza

Siyâset-i şer'iyye kavramı İslâm hukukçuları tarafından ceza hukukunda farklı anlamlarda kullanılmıştır. Kimi zaman cezalandırma, kimi zaman cezayı ağırlaştırma veya hafifletme, kimi zaman ise münhasıran ta'zir cezası anlamında kullanılmıştır.<sup>43</sup>

Bir kısım İslâm hukukçuları siyaset-i şer'iyyeyi yalnızca cezalar, tedbir ve yasaklar alanına inhisar ettirmişlerdir ki, bunun sınırı çoğu zaman idam cezasına kadar varır.<sup>44</sup> Yine bir kısım İslâm hukukçularının siyaseti şer'iyyeyi ceza alanında kullanımı yalnızca ağırlaştırma ve şiddetlendirme üzerinde yoğunlaşmaktadır. Suç, ağırlaştırıcı sebeplere bitiştiğinde buna bağlı olarak ceza da ağırlaştırılır. Bu ağırlaştırma için "siyaseten" ifadesi kullanılır. Nitekim suçları itiyad haline getiren homoseksüel, hırsız ve bid'atçı hakkında, "*bunların siyaseten öldürülmeleri helaldir*" denilmesi bu anlamdadır. Bu sebepledir ki bazıları siyaseti, *şer'i hükmü belli olan bir suçun cezasını, fesadın kökünü kazımak maksadıyla ağırlaştırmak* şeklinde tarif etmişlerdir.<sup>45</sup> Özellikle tehlike hali yoğun itiyadi suçlular için süresi belirsiz hapis veya idam şeklinde beliren bir ağırlaştırmadır.<sup>46</sup>

Diğer taraftan bazı alimler siyaseti hem hadler ve kısas gibi miktarı belirli cezalar, hem de ta'zir gibi miktarı belirli olmayan cezalara şamil kılarken, bazıları yalnızca ta'zir cezalarına inhisar ettirmişlerdir. İkinci durumda ta'zir ile siyaset eşanlamli olmaktadır.<sup>47</sup> Buna göre, hakkında had ve kısas olmayan her suçun cezası siyaset babındandır. Siyaset-i şer'iyye ve ta'zir, netice itibariyle kamu otoritesinin takdirine bırakıldıkları için aralarında bir bağ kurulmuş ve kimi zaman birbirinin yerine kullanıldıkları olmuştur.<sup>48</sup> Yine bazı İslâm hukukçularına göre ta'zire siyaset arasında umum-husus ilişkisi vardır. Siyaset, ta'zirden daha umumi bir kavramdır.<sup>49</sup> Sözelimi ta'zir, mutlaka suç karşılığında uygulanır. Siyaset ise bazen

<sup>43</sup> Kâsım, Muhyiddin Muhammed, es-Siyâsetü's-Şer'iyye ve Mefhûmü's-Siyâseti'l-Hadîs, s. 98.

<sup>44</sup> Tarablusî, Alâuddîn Ebû'l-Hasen Ali b. Halîl, *Muînu'l-Hukkâm fîmâ Yeteradedü Beyne'l-Hasmeyni mine'l-Ahkâm*, Kahire, 1973, s. 169; İbn Âbidin, IV, 16, 82; Bilmen, III, 331.

<sup>45</sup> Dede Efendi, s. 73-74; İbn Âbidin, IV, 15-16; Doğan Şeyh el-Muhammedî el-Eşrafî, a.g.e., s. 5; Behnesî, *Mevsûatü'l-Cinâiyye* III, 254. Yine başta ifade edildiği gibi siyâsetin, "Kamu otoritesinin kamu yarannı sağlamak için aldığı tedbir ve düzenlemelerdir" şeklindeki tanımından hareketle, cezayı hafifletici veya tamamen düşürmeyi gerektirici sebepler bulunduğu zaman, siyâset, siyâset ağırlaştırma şeklinde değil de, hafifletme veya te'cil etme veyahut tamamen kaldırma şeklinde de uygulanabilir. El-Kardâvî, Yusuf, *Siyâset-i Şer'iyye*, (trc. Yusuf Işıcık), İslâmî Araştırmalar, Sayı: 4 Nisan-1987, sf. 99.

<sup>46</sup> Behnesî, *Mevsûatü'l-Cinâiyye* III, 254-5; eş-Şerîf, Abdusselâm Muhammed, el-Mebâdiü's-Şer'iyye fî Ahkâmî'l-ukûbât fî'l-fihî'l-İslâmî, bahs fikhî mukâren, Beyrut, 1986, s. 286.

<sup>47</sup> Nevevî, Ebu Zekeriya, Muhyiddin b. Şeref, *Ravdatü't-Tâlibîn ve Umdetü'l-Müftîn*, el-Mektebül-İslâmî, Beyrut, 1405, VIII, 333; İbn Âbidin, IV, 15. *ان السياسة و التعزيرة مترادفان و لذا عطفوا احدهما علي الآخر لبيان التفسير*

<sup>48</sup> el-Âlûsî, Rûhu'l-Meânî, XXVIII, 30; Karadâvî, İslâm Hukuku-Evrensellik -Süreklilik, s. 51.

<sup>49</sup> Kamali, s. 140.

bir suç karşılığında olmaksızın da uygulanabilir. Suçlu olmayan bir kimsenin yalnızca kamu yararı sebebiyle sürgüne gönderilmesi bu kabildendir.<sup>50</sup>

Cezayı artırma ve ağırlaştırma siyasetine dair birçok örnekler vardır. Ancak, hafifletici veya tamamen düşürmeyi gerektirici sebepler bulunduğu zaman siyaset, istisnaî olarak cezayı ağırlaştırma şeklinde değil de, hafifletme veya tecil etme veya tamamen kaldırma şeklinde de uygulanabilir.

Osmanlı'da ta'zir cezalarına "cürm-ü cinayet cezaları" denmiştir. Osmanlı döneminde Fatih, II. Bayezid, I. Selim ve I. Süleyman'a ait Umumi Osmanlı kanunnamelerinin birinci babını oluşturan cezai hükümler, hususi kanunnamelerdeki münferit ve istisnai ceza hükümleri bu yetki kullanarak tespit olunmuştur.<sup>51</sup> Osmanlı'da kalp (sahte) para basanların; altın, gümüş veya tuz yasalarına uymayanların, teşekkül etmemiş veya teşebbüs halindeki zina suçlarında, zina suçunda aracılık (pezevenklik) yapan kadınların, tehlikeli addedilen dini fikirleri yayanların cezalandırılmasında ülü'l-emr'in ta'zir yetkisine dayanılmıştır. Bu cezaların bazılarında ayrıca para cezası ile ceza ağırlaştırılmıştır. Hırsızlığın tekerrürü halinde de idam (siyaset) cezası verilmiştir.<sup>52</sup>

Cezâyı ağırlaştırma anlamı taşıyan siyasete verilen örnekler arasında yitik malı sahibinden saklayan kimseye, sakladığının iki katının ödettirilmesi, zekatı vermeyenlerden (vergi kaçakçılığı) zekatın yanında malının yarısının alınması, bazı hukukçulara göre homoseksüelliği itiyad haline getirenlerin yakılması, Hz. Peygamber'e sövmeyi itiyad haline getiren zimmînin, irtidadına hükmedilmemiş bile olsa bozuk ve kötü fikirlerinin yayılmasından korkulan bid'atçının ölüm cezasına çarptırılması, üçüncü ve dördüncü kez alkollü içki kullandıktan sonra aynı suçtu tekrar eden kimselerin öldürülmelerini<sup>53</sup>, yalancı şahitlikte ısrar edenlerin yüzünün siyaha boyanmasını<sup>54</sup>, içinde alkollü içki satışı yapılan işyerlerinin yakılmasını<sup>55</sup> saymak mümkündür.

Osmanlı dönemi fetva kitaplarında halkın malını çalarak etrafta zulüm yapma, (casuslar gibi) kamu selameti aleyhine çalışma gibi suçları itiyat edenlerin, zorla ırza tecavüz edenler, memurluk nüfuzunu kötüye kullananların siyaseten katl veya siyaset cezası ile cezalandırılacağı ifade edilmiştir.<sup>56</sup>

<sup>50</sup>Bilmen, III, 330.

<sup>51</sup>Cin-Akgündüz, *Türk İslam Hukuk Tarihi*, I-II, İstanbul 1990, I, 195.

<sup>52</sup>Barkan, *Türkiye'de Din ve Devlet İlişkileri*, s. 65-68.

<sup>53</sup>İbn Kayyım, *et-Turuk*, s. 13-32; İbn Âbidin, IV, 68.

<sup>54</sup>Âmir, *et-Ta'zir* s. 462-3. Rivayete göre Hz. Ömer, yalancı şahitliği itiyat edenleri teşhir ettikten sonra siyaseten yüzlerini siyaha boyuyordu. Serahsî, *Mevsûat*, XVI, 145; Meydânî, III, 138. Ancak çoğunluk hukukçular tarafından yüzün boyanması kabul görmemiştir. Ramlî, VIII, 21; Bilmen, III, 307.

<sup>55</sup>Behnesî, *Mevsûatü'l-Cindîyye* III, 258. Burada şunu da ifade etmeliyiz ki, belirttiğimiz bütün bu fikhî hükümler, fakihler tarafından üzerinde görüş birliğine varılmış hükümler değildir. Ayrıca İslam hukukuna uygun olup olmadıkları da tartışmalıdır.

<sup>56</sup>Ali Efendi, *Şeyhülislam Fetvaları*, (sadeleştiren: İbrahim Ural), Fey Vakfı, 1995, s. 134.

Görüldüğü üzere Osmanlı'da siyaset ile cezalandırılan suçlar, itiyadi ve tekerrür eden suçlardır. Suçun ilk kez işlenilmesi halinde suçlu şiddetli ta'zire cezalandırılır. Ancak suçun tekerrürü halinde suçlular siyaseten katli cezasına çarptırılır.

Ancak kardeş katli uygulamaları da siyaset adıyla isimlendirilmiştir. Ne var ki bu tür bir uygulamayı İslam hukukuyla bağdaştırmak mümkün değildir. Zira suçu işleme potansiyelinin olması bir suç değildir ve İslam hukukuna göre cezalandırılmaz. Ölüm cezasının verilebilmesi için failin suçu gerçekten işlemesi gerekir.

Fakihlerin siyaseten verilecek cezaları, özellikle ölüm cezalarını belirleme çalışmaları bu yolda keyfiligi önleme gayretlerinin bir sonucudur. Yine bazı hukukçuların yargıçta müctehit ve ehli takva olma şartını<sup>57</sup> aramalarını, bu konuda kötüye kullanımı önlemeye yönelik çabalar olarak görmek gerekir.

Siyaset kelimesi Osmanlılarda *siyâseten katlin* kısaltılmışı olarak yaygın bir şekilde kullanılmış, hirabe, özellikle bâğlık gibi siyasî suçlulara uygulanan cezalara siyaset cezaları denmiştir.<sup>58</sup>

Siyaset-i şer'iyyenin dar anlamı olan cezâî anlamı üzerinde biraz daha düşünülürken, esas itibarıyla bunların da yasama anlamındaki ilk anlama rac' olduğunu, başka bir ifadeyle geniş anlamının dar anlamı da kapsadığı, aralarında umum-husus ilişkisi olduğunu görmek mümkündür.

### Siyaset-i Şer'iyye Ahkâmının Doğuş Sebepleri

İslâm hukukunda siyaset-i şer'iyye çerçevesinde hükümlerin ortaya çıkmasının mezkur hukukun teşekkül biçimiyle, dönemin siyasî, idarî şartlarla yakından ilişkisi vardır. Bu durum Osmanlı hukukuna da yansımıştır. Hulefâyı Râşidîn döneminden sonra Emevîler'in hilafet idaresini saltanata çevirmeleri ve böylece kamu hukuku ve özellikle anayasa hukuku alanında fiili durum yaratmaları İslâm hukukçularının bu alandaki ilmi ictihatlarının uygulanma imkan ve şansını büyük ölçüde ortadan kaldırmıştır. Emevîler'den sonra da devam eden bu fiili durum karşısında onlar da fikhî mesailerini uygulama şansı bulunan diğer alanlara çevirmişlerdir. Bunun sonucu olarak İslâm hukuku daha çok özel hukuk ile kamu hu-

<sup>57</sup>Sehnûn, IV, 17; Şâfiî, VII, 97; İbn Ferhûn, I, 65; Mâverdî, Ebu'l-Hasan Ali b. Muhammed b. Habîb el-Mâverdî, *el-Ahkâmü's-Sultâniyye ve'l-Velâyetü'd-Diniyye*, Kahire, 1966, s. 66; Semnânî, Ebû'l-Kâsım Ali b. Muhammed Ahmed er-Rahbî, *Ravdü'l-Kudât ve Tarîku'n-Necât*, (neşr. Selahaddin en-Nâhî), Beyrut 1970, 1984, I, 58-60; Behûtî, VI, 295; Âmir, s. 69.

<sup>58</sup>Cin-Akgündüz, I, 303, 323. Siyaset-i şer'iyyenin cezaî boyutu çağdaş yazarlar arasında tartışma konusu olmuştur. Bernard Lewis siyâsetle ilgili makalesinde ve Ahmed Mumcu "Osmanlıda Siyâseten Katli" adlı eserinde Osmanlılarda sıkça görülen *siyâseten katli* tabiri veya kısaca siyâsetin, Şer'î bir suça tekabül eden bir *haddin* infazı olmadığını, Sultan'ın veya hatta diğer otoritelerin buyruğu ile memurların veya sivilin işkence görmesi veya giderilmesi anlamında kullanıldığını iddia etmektedirler. Mumcu'nun ileri sürdüğü bir diğer iddia da siyâseten katlin İslâm hukukunca muteber bir ceza olmadığı şeklindedir. Bkz. Mumcu, s. 51; Lewis, s. 9. Konunun tartışılması ile ilgili olarak bkz. Koşum, Adnan, *İslâm Hukukunda Ölüm Cezası*, s. 135-136, SDÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi, sayı: 5, 1998; Akman, Mehmet, *Osmanlı Devletinde Kardeş Katli*, Eren Yayıncılık, İstanbul, 1997.

kukunun bazı alanlarında gelişmiş, devletin esas teşkilatı ve idari yapısı gibi alanlarda aynı seviyede gelişmemiştir. Bu durum kamu hukuku alanında yeni hukukî düzenlemelere ihtiyaç duyurmuştur. Nitekim bunu klasik fıkıh kitaplarında da müşahade etmek mümkündür. Evlenme, boşanma, her türlü hukukî işlemler, zekat, öşür, şer'î vergiler, had ve kısas suçları konusunda çok geniş bölümler ihtiva eden bu eserler devletin siyasî ve idarî yapısı ve işleyişi konusunda çok sınırlı bilgiler vermektedir. Bunda belirtilen alanlarda Kitap ve Sünnette bağlayıcı ve ayrıntıya inen esaslardan ziyade, adalet, şûrâ, eşitlik gibi genel ilkelerin ve tavsiye niteliğindeki emirlerin mevcut oluşunun da etkisinin olduğu söylenebilir.<sup>59</sup> Özellikle bu alanın değişen sosyal hayatın şartlarına ve toplumlara göre değişebilir nitelikte oluşu nedeniyle bu alanda bilinçli bir boşluk bırakılmış, değişim olgusu gözetilerek bu alanda diğer alanlarda olduğu gibi detaylı hükümler getirilmemiş, ilkesel düzenlemelerle yetinilmiştir. Zikredilen bu amiller, özellikle kamu hukuku alanında hissedilen boşlukların egemen iradenin doğrudan söz sahibi olduğu ve İslâm hukukunun kendilerine tanıdığı siyaset-i şer'iyye hükümleriyle düzenlenmesi sonucunu doğurmuştur.<sup>60</sup>

Siyaset Ahkâmının (Örfi Hukuk) Özellikleri ve Furû ile İlişkisi

Siyaset-i şer'iyye ahkâmının oluşumu furû fıkihtan farklıdır. Furû fıkıh, İslâm hukukunun ana kaynaklarına ve bu arada müctehit hukukçuların bu kaynaklara dayanarak fıkıh usulü ilmindeki esaslar çerçevesinde yapmış oldukları icthatlara dayanır. Oluşum süreci içerisinde dört halife dönemi dışında bırakılırsa kamu otoritesinin bir müdahalesi ve katkısı söz konusu değildir. Osmanlı'nın şer'i hukuk mevzuatını furu fıkıh ve fetva kitapları oluşturur.<sup>61</sup> Siyâset-i şer'iyye, Osmanlı'daki adıyla örfi hukuk ahkâmı ise, devletin müdahale ve katkısıyla oluşmakta, ancak şer'î hükümlere ayrırlık taşımamaktadır. Oluşumunda hukukçuların ilmi icthatları etkili değildir. Burada vurgulamamız gereken önemli bir nokta, siyâset ahkâmı, furû' ahkâmının bir takım hükümlerini ortadan kaldırmak veya değiştirmek iddiasıyla ortaya çıkmış değildir. Bilakis İslâm hukukunun tanıdığı yetki çerçevesinde veya bu hukukun düzenlememiş bulunduğu alanlarda hüküm konulması söz konusudur. Bu nedenle her iki ahkâm belli bir uyum içindedirler.<sup>62</sup>

Furû fıkıh hükümleri (icthadî olanlar hariç) bağlayıcılığı için, hiç bir kişi veya kurumun tasdikine gerek olmayan, kaynağı Kur'an, Sünnet, icma ve kıyas olan ve fıkıh kitaplarında yazılı halde bulunan normlar manzumesidir. Yaptırım güçlerini

SÜİFD / 17

157

<sup>59</sup> Hallâf, *Masâdiru't-Teşrîf*, s. 158; el-Aktaş, Abdülmecid Muhammed, *Ebû Zerr el Gıfârî ve Arâühü fi's-Siyâseti ve'l-İktisâd* s. 123-4, *Mâcistâr fi's-Siyâseti's-Şer'iyye*, y.y., 1981; Aydın, M. Âkif, *Osmanlıda Hukuk*, II, 382, Editör, Ekmeleddin İhsanoğlu, İstanbul, 1999; Weiss, Bernard G., *The Spirit of Islamic Law*, s. 171-3, 178.

<sup>60</sup> Tyan, 102-3, 107.

<sup>61</sup> Cin-Akgündüz, *Türk Hukuk Tarihi*, I, İstanbul, 1990, s. 142-143.

<sup>62</sup> Heyd, Uriel, *Osmanlı Ceza Hukukunda Kanun ve Şeriat*, (çev. Selahaddin Eroğlu), Türk Kültür ve Hukuk Tarihi Üzerine -Makaleler- içinde, (Tercüme ve Derleme: Ferhat Koca), Ankara Okulu, Ankara 2002, s. 55; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, İstanbul, 1999, s. 73; Repp, Richard C., *Osmanlı Bağlamında Kanun ve Şeriat*, s. 164-167.

müslümanların uhrevî sorumluluk şuurundan alırlar.<sup>63</sup> Siyasete ilişkin ahkâm ise, kamu otoritesinin sınırlı yasama yetkisini kullanma sonucu ortaya çıkan ve iradesine iktiran ettiğinde bağlayıcı hale gelen hükümlerdir. Meşruiyet ve geçerlilikleri, devrin egemenlik anlayışı ile İslâm hukukunun yöneticilere verdiği yetkiden doğmaktadır.<sup>64</sup> Yaptırım güçlerini kendilerini vaz'eden egemen iradeden alırlar. Bir başka ifadeyle uygulanmaları ilzam edici maddî bir yaptırımla desteklenmiştir. Her iki ahkâm türünün yasama faaliyeti yönünden bakıldığında ilahi kaynaklı yasama faaliyeti ile günümüzdeki yasama gücü arasında önemli bir fark ortaya çıkmaktadır. İslâm hukukunda yasama organı Kur'an ve Sünnette yer alan hükümlere aykırı yasama faaliyetlerinde bulunamaz. Halbuki günümüz Beşerî yasama gücü, kendi iradesi olan en yüksek yasayı, Anayasayı bile kendi iradesiyle değiştirebilir.<sup>65</sup>

Osmanlı şer'i hukukunun temelini oluşturan furû fıkıh, kavâid literatürü istisna, meseleci (olaysal, kazuistik)dir. Modern anlamdaki soyut kanun maddelerinden daha çok meselelere göre çözüm üretilmiştir. Bu nedenle de şer'i hukuku "kanun hukuku" olmaktan ziyade "mesele hukuku" niteliğinde görenler vardır.<sup>66</sup> Örfi hukukun dayandığı siyasî ahkâm ise, genellemelere giden, biçimsel, kategorik ve normatif bir yapıya sahiptir.<sup>67</sup>

Furû fıkıh ve siyaset kapsamındaki ahkam kesin çizgilerle birbirinden ayrı değildirler. Ancak her iki ahkam belirli alanlarda yoğunluk kazanmışlardır. Bunun sonucu olarak furû fıkıh, şahıs, aile, miras, eşya, borçlar ve ticaret hukuku gibi daha çok özel hukuk alanında ayrıntılı düzenlemeler yapmış, kamu hukuk alanında esaslı ve detaylı kurallar getirmemiştir. Siyaset-i şer'iyeye kapsamındaki hükümler genel olarak idare hukuku, malî hukuk, ceza hukuku (ta'zîr cezaları), yargılama hukuku, devletler genel hukuku gibi kamu hukuku konularını ihtiva eder. Özel hukuk konuları da ele alınmakla birlikte bu alandaki hükümler oldukça dar çerçevede olup, sayılı meselelerdedir.<sup>68</sup>

Siyaset-i şer'iyeye kapsamındaki ahkâmın en önemli özelliği elastiki oluşu ve şer'î ahkâmın temel kaynaklarından ve genel ilke ve kurallarından beslenmesidir. Sözelimi adalet, kolaylık, zorluğun giderilmesi, şûrâ gibi kamu yararını gerçekleştirme hedefleyen genel kurallara dayanır.<sup>69</sup>

Siyaset-i şer'iyenin en yaygın kullanımı Hanefilerde görülür. Buna gerekçe olarak da Hanefi mezhebini daha ziyade devletin resmen tanıdığı mezhep olmasını göstermek mümkün görülebilir. Hanefiler kadar yaygın olmamakla birlikte

<sup>63</sup> Maddî bir yaptırımla desteklenmemiş olması, Kur'an ve Sünnet'in nasslarına aykırı olmama şartı hasebiyle İslâm hukukunda yasamayı, Beşerî hukuktan farklı olarak, ilahî ahkâmın öngördüğü biçimde hukuk kuralı koyma işlevi olarak tanımlamak isabetli görülmektedir.

<sup>64</sup> Nisa 59'da ulu'l-emre(kamu otoritelerine) itaati emretmektedir. Karaman, Hayrettin, *İslâm Hukuk Tarihi*, s. 276-277, İstanbul, 1989.

<sup>65</sup> Nebhan, Faruk, *İslâm Anayasa Hukukunun Esasları*, s. 353 vd, 374-375.

<sup>66</sup> Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, *Kanunlaşım Hareketleri ve Tanzimat, Tanzimat I*, İstanbul, 1940, s. 17.

<sup>67</sup> Tyan, s. 103.

<sup>68</sup> Doğan Şeyh el-Muhammedî el-Eşrafî, *el-Mukaddime*, s. 18-20, thk. Abdullah Muhammed Abdullah, Mektebetü'z-Zehrâ, Kahire; Heyd, Uriel, *Osmanlı Ceza Hukukunda Kanun ve Şeriat*, s. 56; Karaman, a.g.e., s. 276.

<sup>69</sup> Doğan Şeyh el-Muhammedî el-Eşrafî, s. 21; Karadâvî, s. 42, 63.

yukarıda zikrettiğimiz bütün anlamlarıyla bu kavramın Şaffiler tarafından da kullanılmış olduğunu söyleyebiliriz.<sup>70</sup> Ancak fıkıh külliyatı içinde siyâsetle ortaya konan hükümleri ayrı bir başlık altında ele alanlar Mâlikî hukukçuları olmuştur. Diğer mezheplerde siyâsete dayanarak elde edilen hükümler fıkıh külliyatından ayrı olarak bağımsız eserlerde ele alınmış veya furu' kitaplarının değişik yerlerinde yer geldikçe değinmekle yetinilmiştir.<sup>71</sup>

### Sonuç:

Osmanlı devleti, İslam hukukunu uygulama konusunda diğer müslüman devletlerden farklı bir yol izlememiştir. İslam hukukunun açıkça hüküm vaz ettiği alanlarda fıkıh kitaplarındaki Hanefi görüşleri esas alınarak uygulamaya gidilmiştir. İslam hukukuna aykırı bir görüşü uygulamak bir yana, Hanefi mezhebine aykırı görüşleri uygulamayı bile çok ciddi şekil şartlarına bağlamıştır. Ancak İslam hukukunun kamu otoritelerine tanıdığı, kendisinin düzenlemediği, değışime açık konularda özellikle kamu hukuku sahasında, belli bir yasama formalitesini takip ederek Osmanlı hukukunda örfi hukuk diye bilinen, İslam hukukunda ise "siyaset-i şer'iyye" adı verilen normları düzenlemişlerdir. Bu bağlamda Osmanlı Devletindeki uygulamada şer'i mevzuattan çok, dünyevi otorite tarafından konan kuralların (örfi sultani) hakim olduğu görüşü doğrudur. Ancak bunlar incelememizde de görüldüğü üzere şer'i mevzuata aykırı değildir. Ondan bağımsız da değildir. Aksine şer'î hükümlerden beslenmektedir.

İslam hukukunun özellikle Kitap ve Sünnet tarafından ayrıntılı olarak düzenlenmemiş alanlarda devlet başkanına belirli bir takdir hakkını tanımış olması Osmanlı padişahlarının uzun asırlar boyunca özellikle idare hukuku, ceza hukuku, ve mali hukuk alanında yaptıkları düzenlemelere müsait bir zemin hazırlamış, hükümlerine sahip bulunan padişaha, ülke şartlarını dikkate alarak, İslâm hukukuna aykırı olmayan kurallar koyma yetkisi tanımıştır.

Öte yandan İslam medeniyeti batı medeniyeti gibi içinde ruhban sınıfının olmaması, devletin inanç ve ibadetlere karışmaması hasebiyle sekülerizme ihtiyaç duyulmamıştır. Osmanlı hukukunda sekülerlik veya dinle devletin bağımsızlıklarını söylemek yerine yasama konusunda İslam hukukunun devlet başkanına tanıdığı yetkilerden geniş ölçüde yararlandıklarını söylemek daha doğru olur. İslam hukukuna aykırılık taşımadıkları sürece bu tür ahkam ve düzenlemelerin de İslam hukukunun kapsamında mütalaa edilmeleri gerekir.

<sup>70</sup> Bkz. Büceyremî, IV, 363; Şirvânî, *Hâşiyetü alâ Tuhfeti'l-Muhtâc bi şerhi'l-Minhâc*, Dârü'l-Fıkr, Beyrut, ty., III, 68, V, 359; Ebû Yahyâ, II, 294; Şirbînî, Muhammed b. Ahmed el-Hatîb, *Muğni'l-Muhtâc ilâ Ma'rifeti Meânî Elfâzi'l-Minhâc*, Kahire, 1958, IV, 12, 130, 202, 220; Gazzâlî, İmam Ebî Hâmid Muhammed bin Muhammed, *el-Vâsît fi'l-Mezheb*, (thk. Mahmûd İbrâhim-Mâhmûd Tâmur), Kâhire, 1417, VI, 274; Nevevî *Ravda*, VIII, 333; Dimyâtî, es-Seyyid Ebû Bekr b. Seyyid Muhammed Şata, *Hâşiyetü lâne'ti't-Tâlibin alâ elfâzi Fethi'l-Muîn*, Dârü'l-Fıkr, Beyrut, ty., IV, 214. Tyan, s. 105. Ayrıca makalemizde de görüleceği gibi Hanefilerin furu' eserlerinde dağınık olarak siyâsetin zikri geçmektedir.

<sup>71</sup> Doğan Şeyh el-Muhammedî el-Eşrafî, s. I, 9; Tyan, s. 105.

Kanunların laik karakterli olduğuna dair delil olarak ileri sürülen "Şer'i maslahat değildir. Nasıl hüküm verilmişse öyle hareket etmek gerekir"<sup>72</sup> ifadesi de İslam hukukunun hükümleri düzenlediği alanlar göz önüne alındığında şeriatın kapsamı dışında kalan, hakkında hüküm verilmemiş veya serbestlik bildirilmiş aslı durumu ifade eder ve aksine olarak kanunların şer'iliğine dair bir delildir. Zira şeriatın serbest bıraktığı alanlar da şer'î ölçülere riayet edilmek kaydıyla şeriatın içinde mütalaa edilirler.

Ancak belirtilen bu hususlardan örfi hukukun tam anlamıyla İslâm hukukuyla uyum içinde tatbik edildiği anlaşılmamalıdır. Zaman zaman İslâm hukukuna aykırı kurallar bazen fetva almak bazen de İslâm hukukunun tanıdığı bir yetki kullanıyormuş gibi gösterilmek suretiyle İslâm hukukuna şeklen uydurulmuştur.<sup>73</sup>

#### OSMANLI ÖRFİ HUKUKUNUN İSLAM HUKUKUNDAKİ TEMELLERİ (THE ORIGINS OF "OTTOMAN ÖRFİ HUKUK" IN ISLAMIC LAW)

Adnan KOŞUM

*In this article we deal with the origins of ottoman orfi law in Islamic legal system. The existence orfi law beside Shar'i law (Muslim religious law) in Ottoman state inclined some scholars to the idea that orfi law had a secular character. However when we study the structure of Islamic law it will became clear that this view is not exactly right. Because this law originated from the authority that Islamic law gave to the ruler in the area that was not regulated by the law. This kind of provisions and regulations must be observed within the framework of Islamic law since it does not contradict the explicit rules and principles of Islamic Law.*

*Key Words: Siyasa al-Shar'iyya, orfi law, maslaha, public authority, punishment, ta'zir.*

#### المخلص

قد بحث في هذه المقالة آثار الفقه الإسلامي علي القوانين العرفية العثمانية قد يحضرببالنا أن تكون حقوق العرفية لدي العثمانيين بجانب الفقه الإسلامي بشرية اي علمانية كما إدعاه بعض المؤلفين لكن إذا أمعن النظر بنية الفقه الإسلامي نري أن هذه الإدعاء غير مصيب لأن الحقوق العرفية قد وضعها الأمراء الذين جعلهم الفقه الإسلامي صاحب السلطة في المجالات التي لم ينظمها وجعلها مفتوحة علي التغيرات فتجب مراعات النصوص الشرعية في إصدار أحكام العرفية ولذلك أن الآراء التي تعتبر الحقوق العرفية العثمانية خارج الفقه الإسلامي غير مصيبة

<sup>72</sup> Barkan, Kânunnâme, MEB İA, VI, İstanbul, 1967, s. 192; İnalçık, Halil, *Türk-İslâm Devletlerinde Devlet Kanunu Geleneği*, (Osmanlı'da Devlet, Hukuk, Adalet içinde), s. 28, İstanbul, 2000.

<sup>73</sup> Barkan, Kânunnâme, MEB İA, VI, İstanbul, 1967, s. 190-191; Aydın, *Türk Hukuk Tarihi*, s. 75.