

Osmanlı Hukuku ve Oryantalist Yaklaşım: Bir Eleştiri
Reem Meshal, *Straddling the Sacred and the Secular: The Autonomy of Ottoman Egyptian Courts during the 16th and 17th Centuries*,

Yüksek Lisans Tezi, Montreal: McGill University, Institute of Islamic Studies, 1998, IV+90 sayfa.

Nurullah ARDIÇ*

Genelde İslam, özelde de Osmanlı hukuk tarihi çalışmalarında hakim olan yaklaşıma göre hukuk teorisi ve pratiğini incelerken başlangıç noktası olarak “şeriat” [dinî] ve “kanun” [seküler] arasında temel bir ayrım yapmak gerekmektedir. Buna göre yöneticiler [sultanlar], genelde -İslam fihhının dışında bir alana tekabül ettiği varsayılan-örf’e dayanarak pratik hayatın gerekliliklerinden kaynaklanan sorunlara çözüm bulmak amacıyla birtakım yeni kanun ve kurallar koyarak şeriatın alanını sınırlamaktadırlar. Bu şekilde devletin, şeriatın alanına müdahale ettiği de ileri sürülmektedir. Bu yaklaşıma göre söz konusu müdahale ve sınırlamaların ortaya çıkardığı sonuçlardan biri de “mahkemelerin özerkliği” meselesidir.

İslam hukuk tarihi alanının tanınmış isimlerinden Wail B. Hallaq ile A. Ünner Turgay yönetiminde hazırladığı yüksek lisans tezinde Meshal de, sözünü ettiğimiz “dinî-seküler hukuk” ayrımı varsayımından yola çıkarak, XVI. ve XVII. yüzyıllarda Osmanlı Mısır’ındaki şer’î mahkemelerin özerkliği meselesini inceliyor. 1517’de Mısır’ın Osmanlı topraklarına katılmasından sonra hukukî kurumların ve bu arada kadı ve müftülerin de devletin birer parçası haline getirildiğini belirten yazar, ancak bu durumun mahkemelerin özerkliğine hanel getirmedeğini savunuyor. Tezin ikinci temel argümanı ise bu dönemde yaşanan iki yeni gelişmenin [“siyaset”in “şeriat”ın alanına sokulması ve “kanun”un hukuka girmesi] de mahkemelerin bağımsızlığını sınırlamaktan ziyade artırdığı yönündedir. Bu argümanlarını desteklemek ve tartışmak üzere, uygulamayı da içeren usul hukuku [*procedural law*] ile teorik/doktriner hukuk [*contemplative law*] arasındaki ayrımı yaslanan yazar, ilk olarak Osmanlı devlet “etos”unu ele alıyor.

Osmanlı Devleti’ndeki hukuk-siyaset ilişkisini değerlendirdiği birinci bölümde yazar, Gibb ve Bowen’in *Islamic Society and the West*’ine (1950) atıfta bulunarak, bu ilişkinin İslam tarihinin birbiriyle rakip iki siyasî düşünce akımı arasındaki mücadelede

* University of California - Los Angeles, Sosyoloji Bölümü, Doktora Öğrencisi

çerçevesinde anlam kazandığını ileri sürüyor: Maverdi-Gazali-İbn Teymiye çizgisi ve Nizamülmülk çizgisi. Yazara göre, Abbasi halifesi Me'mun dönemindeki "mihne olayı" [*halk'ul-Kur'an* tartışması] ile başlayan bu farklılaşma aynı zamanda İslam'da dinî-seküler otorite ayrımının da başlangıcıdır. Buna göre Nizamülmülk'ün *Siyasetname*'sinin temsil ettiği anlayış siyasi otoritenin kaynağını ilahî olana atfederek [siyasi otoritenin Tanrı tarafından verildiğini savunarak] Sultan'ı devletin ve hukukun tepesine yerleştirmekte, daha doğrusu hukuku [şeriatı] siyasetin [seküler devletin] hakimiyeti altına almaktadır. Ancak yazara göre, siyasi otoritenin bu şekilde meşruiyet kazanması, İslam'ın ilk siyaset teorisyenleri olan mezhep kurucularının mirasını red anlamına geliyordu (s. 16). Diğer taraftan bir Selçuklu veziri olan Nizamülmülk'ün bu yaklaşımının temel motivasyon kaynağı, yazara göre, -her ne kadar tümüyle faydacı bir açıdan anlaşılabilirse de- meşruiyet arayışında olan bir hanedanın içinde bulunduğu iktidar ilişkileriydi (s.17). Buna karşın İbn Teymiye tarafından temsil edilen ve Mısır'da "gerek ulema gerekse halk nezdinde büyük bir itibar gören" anlayış ise, siyasi ve dinî otoritenin "birbirine karıştırılmasını" eleştirip bu iki kurumun birbirinden bağımsız olmasını savunuyordu. Şeriatı temsil ve koruma görevini yüklenen ulema ise "sınıfsal imtiyazlarını kaybetmemek için" genelde bu çizgiyi destekliyordu.

Yazara göre, Osmanlı devlet eliti ise Nizamülmülk çizgisini model alıp, İbn Teymiye'nin temsil ettiği yaklaşımın temel bir çerçeve olarak hayatiyet kazanmasına imkan vermemişler, belki onu hukukî alanın ve hukuk-siyaset ilişkisinin düzenlenmesinde ikincil bir unsur olarak kabul etmişlerdir. Buna göre Osmanlılar, Sultan'ı hem dinî, hem de dünyevî bir otorite olarak konumlandırmak suretiyle seküler kanunları kolayca çıkarma ve uygulama imkanı bulmuşlardır. Dolayısıyla bu çerçevede üretilen bir çok *kanunname* de özellikle Mısır gibi eyaletlerde devlet elitiyle bölgesel ulema arasında birtakım gerilimlerin ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır. Ancak yazara göre bu durum dinî otoriteyi de kuşanmış olan devletin, yine de hukuka müdahale ettiği, özellikle Mısır'da mahkemelerin bağımsızlığını kısıtladığı anlamına gelmemektedir.

Mısır'daki mahkemelerin özerkliği konusunu usul hukuku yönünden ele aldığı ikinci bölümde yazar, Osmanlı Devleti'nin "ideolojik ve stratejik hedefleri" doğrultusunda bu bölgede gerçekleştirdiği ve meşhur *Kanunname-i Mısır* ile başlayan birtakım hukukî reformlara değiniyor ve bu reformların hukukî otoriteyi temsil eden genelde ulema, özeldede ise kazasker ve müftilerin iktidarını ne şekilde etkilediğini irdeliyor. Yazarın ulaştığı netice, hukukî süreçlerde birtakım yenilikler yaparak, devletin Mısır'da siyasi-askeri otoriteyi temsil eden Paşa karşısında bir denge unsuru olarak kadı ve müftilerin gücünü artırdığı ve bunun sonucunda mahkemelerin ve "çift-kanatlı" bir yapıya kavuşan hukuk sisteminin özerkliğinin daha da arttığı şeklinde. Mısır'ın askeri ve malî önemine binaen 1524 yılından başlayarak uygulanan bu reformlar, Kahire'de sabit bir mahkemenin kurulması, siyaset mahkemelerinin ilga edilerek "dinî-seküler hukuk ayrımının" ortadan kaldırılması, bunun yerine "bölge mahkemeleri" [*kısme arabîyye*] ve "özel mahkemeler" [*kısme askerîyye*] olarak ikili bir yapının ihdas edilmesi, davalar için ücret [*rüşum*] uygulamasına geçilmesi ve Memlükler zamanında her mezhep için birer temsilci olarak bulunan *kadı'l-kudat*'ların otoritesinin -Hanefi olan- kazasker'e devredilmesini içermektedir.

Abouseif (1994), Winter (1992) ve Makdisi (1991) ile Gibb ve Bowen (1950) gibi araştırmacılara atıfla yazar, bu reformların Mısır'daki hukuki özerkliği sağlayan en önemli faktör olduğunu belirtiyor. Buna göre mahkemeler, örneğin rüsum uygulaması ile malî açıdan devlete bağımlı olmaktan kurtulmuşlar, kazasker'in güçlendirilmesi ile de Mısır valisinin siyasî ve askerî gücü karşısında koruma kazanmışlardır. Diğer taraftan rütbe olarak kazasker'den hemen sonra gelen ve dört mezhebi temsil eden baş müftülerin atanmasını öngören bu reformlar sayesinde -genelde yerli halktan olan- diğer müftülerin de güçleri artmıştır; zira bu uygulama müftülerin mahkemede görev yapan naiblerden daha yüksek otoriteye sahip olmaları anlamına geliyordu. (Hatta Osmanlı devletinin vilayetlerdeki gücünün nisbi olarak azalmasıyla, XVII. yüzyıldan başlayarak bu denge yerel müftüler lehine daha da bozulacak ve kazasker ve kadıların marjinalleşmesine yol açacaktı.) Dahası, verdikleri fetvalarla kadıyı yönlendirebilen bu müftüler İstanbul'daki Şeyhülislam tarafından atanmıyordu, ona karşı sorumlu da değillerdi. Dolayısıyla bu durum da Mısır'daki mahkemelerin merkezden bağımsızlaşmalarına imkan veren bir başka faktördü.

Mısır şer'î mahkemelerinin özerkliği meselesini hukuk teorisi ve doktrini açılarından ele aldığı üçüncü bölümde yazar, yine Osmanlı siyasî merkezince getirilen hukuki değişikliklerin hukukçuların bağımsızlığını azaltmadığını, aksine artırdığını ileri sürüyor. Bu değişikliklerden özellikle ikisinin ['kanun' müessesesinin ihdası ve 'siyaset' mahkemelerinin lağvedilerek şer'î mahkemelerin ilgilendiği alanın genişletilmesi] altını çizen yazar konuyu bu iki açıdan ele alıyor. İlk olarak, XVI. ve XVII. yüzyıllarda Mısır'da yerel Arap hukukçularıyla Osmanlı devlet görevlileri arasında bir sürtüşmenin var olduğu şeklindeki genel görüşe değinen yazar, bu çekişmenin sebebinin 'şeriat' ve 'kanun' arasındaki gerilimlere bağlayan geleneksel yaklaşımı eleştirerek bu olgunun asıl sebebinin 'kanun' ile 'örf' arasındaki gerilim olduğunu öne süren görüşü tercih ediyor. Heyd (1967), Fleischer (1986) ve Repp (1988) tarafından temsil edilen birinci yaklaşımı eleştirerek kanun müessesesinin Osmanlı sistemi tarafından "İslamlaştırıldığı" savunan Jennings (1979) ve Gerber'in (1994) görüşünü benimseyen yazar, Gibb ve Bowen (1950) ile Hanna'nın (1995) Mısır üzerine incelemelerine dayanarak 'kanun'-'örf' ayrımı ve bunlar arasındaki zıtlışmayı ortaya koymaya çalışıyor. Buna göre Mısır -ve Suriye- uleması İstanbul'un gerçekleştirdiği reformlara direnç göstermiştir, zira bu düzenlemeler devletin [kanun] -önceki görüşün öne sürdüğü gibi şeriatın alanına değil- gelenekselleşmiş yerel pratiklerin [örf] alanına müdahalesine yol açmıştır. Bunun sonucunda yerel hukukçular örf'ü bir hüküm kaynağı olarak daha sık kullanmaya başlamışlardır. Dolayısıyla merkezden kanunların gönderilerek gündelik hayatın düzenlenmek istenmesi dolaylı olarak örf kurumunun alanının genişlemesine sebebiyet vermiştir.

İkinci olarak, "seküler" siyaset mahkemelerinin lağvedilmesiyle şer'î mahkemelerin hemen her türlü davaya bakar hale getirildiğini belirten yazar, yine Gibb ve Bowen (1950) ile Hanna'ya (1995) atıfla, bu durumun dolaylı olarak örf kurumunun yaygınlık kazanmasına yol açtığını ileri sürüyor. Buna göre gündelik hayatın çok çeşitli sorunları ulema ve şer'î mahkemelerin gündemine geldiğinde yerel müfti ve kadıların özellikle 'maslahat' müessesesine müracat etmişlerdir. Usul-i fikh'in -ve şer'î hukukun- temel ilkelerinden biri olan "zararı defetmek" prensibine dayanarak sık sık maslahat doktri-

nini kullanan hukukçular, sonuç olarak örf müessesesinin de alanını genişletmişler; bir başka ifadeyle yerel adet ve gelenekleri şeriat dairesine gittikçe artan bir şekilde dahil etmişlerdir. Bu sebeple devlet merkezi tarafından uygulamaya konulan her iki yenilik de Mısır'da mahkeme ve hukukçuların merkeze olan bağımlılıklarını -Memlûkler dönemine nispetle- artırıcı değil, azaltıcı bir rol oynamıştır.

Sonuç bölümünde ise yazar kısa bir özet yaparak ulaştığı genel sonuçları ortaya koyuyor. Bu argümanları kısaca ifade etmek gerekirse şunlar söylenebilir: İlk olarak, yazara göre, Arap ulemanın Osmanlı devlet uygulamalarına yönelttiği eleştiriler devletin gayr-ı İslami karakterde olduğu anlamına gelmez, zira ulema ile devlet arasındaki bu tür gerilimler, Abbasilerden başlayarak bütün İslam devletlerinde gözlemlenebilir. İkinci olarak, ulemanın devlete karşı geliştirdiği eleştirileri yalnızca ve her zaman şeriata atıfla, şer'î bir dil ile ifade etmeleri, düzenlemelerin şeriata göre meşruiyetini sorgulamaları Osmanlı sisteminde şeriatın merkezi konumunun bir göstergesidir. Bu sebeple hem ulema, hem de devlet için siyaset talepleri ifade aracı da yalnızca şeriatdır. Dolayısıyla şeriat-devlet ilişkisinde Osmanlıları bir istisna değil, genel kuralın bir parçası olarak görmek gerekir.

Son olarak, yazara göre Osmanlı Mısır'ında gerçekleştirilen hukukî düzenlemeler genel olarak yerel hukukçuların ve mahkemelerin özerkliğini genişletici bir etki yapmıştır. Bu çerçevede usul hukuku alanında yapılan dört ana reformdan biri [kazasker atanmak suretiyle Hanefi mezhebinin diğerlerine tercih edilmesi] bu özerkliği zedelememiş -zira mahkemeler yine dört mezhebe göre hüküm vermeye devam ettiler-, diğer üçü ise tam tersine bunu olumlu yönde etkilemiştir. Buna göre yapılan malî düzenleme mahkemelerin malî özerkliğini artırmış, 'siyaset-şeriat' ikiliğinin ortadan kaldırılması kadının yetki ve nüfuz alanını genişletmiş ve nihayet yerel adli sistemin bürokratikleştirilmesi suretiyle müftinin geleneksel rolünün dönüştürülmesi de merkezden atanan kazaskerin yetki ve gücünü kısıtlayarak müftinin yerel gelenekleri koruma fonksiyon ve gücünü artırmıştır, ki XVI. yüzyıl ortalarında yerel mahkemelerinin sayısının hızla artması bunun bir göstergesidir. Diğer taraftan merkezden kanunların gönderilmesi ve siyaset mahkemelerinin lağvedilmesi de özellikle örf ve maslahat kurumlarının alanlarını genişletmek suretiyle hukuk doktrini açısından da yerel ulema ve kadıların özerkliğinin artmasına olumlu katkıda bulunmuşlardır. Yazara göre hukukun içeriğine fazla müdahale etmeyen -ya da edemeyen- İstanbul, hukukî alanda birtakım yapısal reformlar gerçekleştirmek suretiyle bu kurumun hayatiyetini sürdürmesini devletin varlığına bağımlı kılmıştır. Ancak her iki durumda da Mısır'daki mahkemelerin bağımsızlığı bu sürecin önemli bir unsuru olmuştur.

Eseri böylece özetledikten sonra artık bir değerlendirmesini yapabiliriz. Mahiyeti ve sınırları belli olan bir konusu ve açık-seçik ifade edilmiş argümanları ile bu çalışmanın genel olarak faydalı olduğu söylenebilir. Ancak birincil kaynakların incelenmesine dayanan bir çalışma olmadığı için fazla orijinal olduğu söylenemez. Yazar daha ziyade genel olarak İslam ve Osmanlı hukuku, özelde de XVI. ve XVII. yüzyıl Mısır'ı üzerine yapılmış çalışmaları kullanarak ele aldığı konuyu inceliyor. Özellikle Gibb ve Bowen (1950) ile Abouseif (1994) ve Hanna'nın (1995) eserlerine dayanarak yapılmış olan çalışma, orijinal bir inceleme olmaktan ziyade XVI. ve XVII. yüzyıllarda Mısır'daki şer'î mahkemelerin özerkliği konusunda yapılmış bir literatür taraması niteliği taşı-

yor. Baş tarafında herhangi bir metod tartışması bulunmayan çalışmada, birincil kaynak olarak yalnızca -İbn Teymiye ve Maverdi'nin eserleri gibi- bir kaç İslam klasığı ile Muhammed Halili'ye ait bir fetva kitabı zikrediliyor. Bunlar dışında birtakım ikincil kaynaklarda yer alan bazı mahkeme sicillerine atıflar da mevcut.

Burada dikkat çekilmesi gereken bir başka nokta da çalışmadaki mukayese eksikliği. Sık sık Osmanlı Mısır ile Memlûk dönemi arasında farklılıklar bulunduğunu belirten ve zaten temel argümanlarını da bu farklılıklar üzerine kurmuş olan yazar, nendense Memlûk dönemiyle ilgili hemen hiçbir bilgi vermiyor. Örneğin XVI. yüzyıl ortalarında yerel mahkemelerinin sayısının hızla arttığından söz eden yazar, bu konuda herhangi bir istatistik vermiyor ve önceki dönemle bir mukayesede bulunmuyor. Oysa sosyal değişimi, üstelik iki farklı dönem -Memlûk ve Osmanlı dönemleri- arasındaki farklılaşmayı analiz eden bir çalışmanın -hiç değilse bazı açılardan- mukayeseli bir çalışma olması beklenir. Nitekim yazarın en temel argümanı olan Memlûkler devrine göre Osmanlı döneminde mahkemelerin özerkliğinin arttığı iddiası da, kanaatimizce böyle bir karşılaştırmalı yaklaşımı gerektirmektedir.

Yine bu çalışmada -ve bu çalışma örneğinde oryantalistlerce ortaya konan bir çok eserde- eleştirilmesi gereken bir başka önemli nokta, konunun teorik zeminiyle ilgilidir. Başta da belirttiğimiz gibi, İslam tarihi boyunca var olan bir dinî-seküler otorite ayrımı konuyla ilgilenen bir çok oryantalistin temel varsayımlarından biridir [mesela bkz.: Schacht (1950), Watt (1973), Lapidus (1975)]. Bu çalışmada da yazar söz konusu varsayımı sorgulamadan kabul edip bundan yola çıkarak konuyu ele alıyor. Yine çalışmanın dayandığı temel -ikincil- kaynaklar da aralarındaki birtakım ihtilaflara rağmen din-sekülerizm ikiliğini ifade edilmemiş merkezî bir önkabul olarak ihtiva ediyorlar. Nitekim yazar da henüz ilk bölümde "İslam hukukunun siyasî otoriteyi Yüce Varlığa [Tanrı'ya] dayandırdığını" (s. 8) belirtmesine rağmen söz konusu ayrımı bir 'gerçek' olarak ileri sürüyor ve "ilahî hukuk" ile "seküler otorite" arasındaki ilişkilerden bahsediyor. Hatta "seküler otoriteler" sadedinde -sultan ve emir'le beraber- halife'yi de zikreden yazar böylece hilafet müessesesini de seküler bir kurum olarak tasnif ediyor. Ancak bilindiği gibi bu, XIX. yüzyılın sonlarında ortaya çıkmış, son derece modern bir anlayıştır ve belli bir tarihi sürecin ürünüdür. Zira [Osmanlı] hilafetin(in) dinî boyuttan arındırılarak yalnızca siyasî-dünyevî bir otoriteye indirgenişi XIX. yüzyıl sonu ve XX. yüzyıl başlarındaki siyasî mücadelelerle yakından ilgilidir (bkz. Kara, 2003). Bir başka ifadeyle halife-sultanın 'seküler' bir siyasî otorite olarak konumlanması suretiyle hilafet kurumunun dönüştürülmesi, bu kurumun ilga edilmesi sürecinde önemli bir aşama olarak siyasî yönü açık olan bir girişimdir. Dolayısıyla akademik çalışmalarda hazır önkabulleri sorgulamaksızın alıp kullanmanın sakıncalarından biri, esasen siyasi içerikli olan bir yaklaşımı bilimsel kılığa büründürerek 'gerçek bilgi' olarak ortaya koymaktır.

Bunun bir örneği olarak, ilk bölümde yazar, yaklaşımına temel aldığı kaynakları takip ederek, İslam tarihinde dinî-seküler ayrımının ortaya çıkışını Abbasiler dönemindeki "mihne" olayına dayandırıyor. Buna göre Osmanlı sistemine de temel teşkil eden Nizamülmülk modeli halife Me'mun, Maverdi-Gazali-İbn Teymiye çizgisi ise ulema tarafını temsil etmektedir. Dolayısıyla bir çok müsteşrik gibi yazar da "halku'l-Kur'an" tartışmasından hukuk-siyaset, ulema-devlet, dinî-seküler vs. gibi ayrımlara

ulaşılıyor. Kanaatimizce bu görüş de hatalıdır. Zira hukuk-siyaset arasında hulefa-i raşidin döneminden beri -modern zamanlara kadar- önemli bir ayırım olmamış, ulema-devlet arasındaki gerilimler ise daha önce, Emevi halifesi Muaviye döneminde başlamıştır. Ancak bu seküler–dinî otorite farklılaşmasının [sekülerleşme] mevcut olduğu anlamına gelmez, zira *mihne* olayında halife Me'mun ve taraftarlarının söylemleri vs. açısından "ulema tarafı"ndan daha 'dindar' oldukları bile söylenebilir. Kaldı ki sekülerliğin vatani olan Avrupa'da bile o dönemde böyle bir gelişme söz konusu değildir –bunun için XV. yüzyılı beklemek gerekecektir.

Haddizatında İslam tarihi boyunca kurulan devletlerin seküler karakterde olduğunu iddia etmek, tarihi gerçeklere uymadığı gibi metodolojik olarak da bir tür anakronizmdir. Zira Asad'ın (1993) da işaret ettiği gibi 'din'i 'siyaset' ve 'ekonomi'den ayrı ve kendi içinde bir bütün olarak kategorize etmek zaten modern-seküler bir yaklaşımdır. Dolayısıyla bu konuda oryantalistlerin çoğunluğunun yaptığı şey, belli bir tarihi bağlam içerisinde şekillenmiş olan bugünün kalıp ve kategorilerini geçmişe empoze etmektir. Dahası, İslam tarihinde, hatta XVI.–XVII. yüzyıl Osmanlı dönemi gibi bu tarihin nispeten geç bir aşamasında bile sekülerizmin varlığından söz etmek bizce isabetli değildir. Zira yukarıda da belirttiğimiz gibi o dönem Avrupa'da bile sekülerleşmenin başlangıç evrelerine şahitlik etmektedir; Osmanlı coğrafyasında ise sekülerleşme süreci XIX. yüzyılda başlamıştır.

Diğer taraftan, İslam'da seküler devlet geleneğinden söz etmek teorik olarak da mümkün değildir. Zira bilindiği gibi İslam siyaset teorisinde 'din' ve 'siyaset' iki ayrı alan değildir. Zira Smith'in (1970) "kilise modeli" adını verdiği, siyasi ve dinî fonksiyonların ayrı kurumlarca ifa edildiği Hıristiyanlığın aksine "organik modeli" temsil eden İslam'da bu fonksiyonlar tek bir kurumda [hilafet] birleşmiş vaziyettedir. Nitekim hilafet teorisinin ait olduğu İslam siyaset felsefesinin kelam ve fıkın bir alt alanı olması da bunun bir göstergesidir. Farabi, İbn Rüşd, Tusi vd. gibi klasik alimlerce temsil edilen bu yaklaşıma göre 'din' ve siyasetin iç içe geçmişliği hem teolojik [kelamî] ve kozmolojik, hem de 'sosyolojik' argümanlarla desteklenmektedir (bkz. Davutoğlu 1994: 98-105).

Bu çerçevede, yazarın dinî-seküler otorite ayrımına kaynak olarak gösterdiği İbn Teymiye'nin meşhur görüşü, aslında tam tersi bir anlamı ima etmektedir. "Ulema"nın şeriatı yorumlamakla, "umera"nın ise onu uygulamakla yükümlü olduğunu savunan İbn Teymiye'nin yaklaşımını 'şeriatı temsil eden ulema karşısında seküler devlet anlayışı' şeklinde yorumlamak bizce isabetli değildir. Haddizatında bu görüş oryantalistlerin öteden beri başvurdukları bir yorumdur, ki yukarıda da belirttiğimiz gibi yazar da zaten kendisi özgün bir yorum getirmemekte, yalnızca bu anlayışı yeniden üretmektedir. Kanaatimizce hem ulemanın hem de umeranın "şeriatın hizmetinde" olmasını öngören İbn Teymiye'nin bu yaklaşımı olsa olsa devlet işlerini de "şeriat dairesine" dahil ettiği şeklinde yorumlanmalıdır.

Gerek teorik, gerekse tarihî gerçekliğin genelde ihmal edildiği eserlerde doğal olarak bir çok çelişkiler de ortaya çıkmaktadır. Nitekim bu çalışmada da yazar Osmanlı İmparatorluğu'nun bir "İslam devleti" olduğunu iddia etmesine (s. 76 ve 80) rağmen çalışma boyunca sık sık "seküler devlet otoritesi" ve "seküler devlet kanunları"ndan bahsetmektedir. Yine yazar hilafet teorisinde halifenin icra ettiği fonksiyonları saydık-

tan hemen sonra şöyle demektedir: “(H)alifenin yalnızca şeriat kurallarının dışına tekabül eden alanda, sınırlı kanunî gücü vardır” (s. 14). Halifeyi seküler, ulemayı dinî otorite olarak konumlandıran bu tanımlama, halifenin dokuz görevinden ilk altısı [dinî prensipleri koruma, şer’î adaleti gerçekleştirme, kanun ve düzeni sağlama, Kur’an’ın hükümlerini uygulama, cihad organize etme ve şer’an gerekli olan vergileri toplama] ile doğrudan çelişki içerisindedir. Benzer şekilde yazar, Osmanlı siyâsî sisteminde sultanın aynı zamanda dinî otorite olduğunu belirtirken, bir sonraki cümlede “sultanın bu dinî otoritesine binaen [çıkartılan] seküler devlet kanunları”ndan söz etmektedir (s. 24).

Literatürdeki problem ve çelişkilerin önemli bir kısmı tanımlamaya ilişkin sorunlardan, özellikle “şeriat” -ya da İslam hukuku- kavramının içeriğinin nasıl doldurulduğundan kaynaklanmaktadır. Bu bağlamda genel olarak kavram, Batılı modern hukuk sistemlerinden hareketle, dar anlamda ve statik bir biçimde tanımlanmaktadır. Usul [kaynaklar] açısından şeriat Kur’an, Sünnet, İcma ve Kıyas’la sınırlandırılırken, içerik açısından da yalnızca belli alanları kapsamaktadır. Nitekim bu çalışmada da yazar, yalnızca özel hukuk, mülkiyet muameleleri, miras ve vakıf konularını şeriat dairesinde zikretmektedir (s. 36). Şeriatın çerçevesi bu şekilde çizilince örf ve kanun gibi kavramlar İslam hukukunun dışında, ‘seküler’ bir alana tekabül etmektedir, ki bu kavramlar çalışmanın ana eksenlerinden birini oluşturmaktadır. Zira, yazar, Mısır’daki mahkemelerin bağımsızlığından söz ederken bu durumu Osmanlı sistemindeki şeriat-kanun ayırımına dayandıranları eleştirerek, bu olgunun gerçek sebebinin örf-kanun ayırımı [gerilimi] olduğunu ifade ediyor (s. 49 vd.). Ancak görüldüğü gibi -Türk tarih yazımında sırasıyla İnalçık ve Barkan tarafından temsil edilen-her iki yaklaşım da kanun ve örf’ü şeriatın haricinde alanlar olarak alıyorlar. Nitekim yazar, kanunu “yazıya geçirilmiş, seküler devlet yasaları” (s. 53), örf’ü de “şeriat dışı bir hukuk kaynağı” (s. 56) olarak tanımlıyor. Ancak yazarın aynı yerde atıf yaptığı Gazali ve Serahsi gibi klasik kaynaklarda yer alan tanımlar ise bunun tam tersine örfü şeriatın alanına dahil etmektedir. Örneğin XI. yüzyıl Hanefi hukukçusu Serahsi’nin -daha sonra Mecelle’ye de girecek olan- “örf ile tayin nass ile tayin gibidir” (Md. 45) şeklindeki tarifi örf kavramını şeriat dairesinin içinde telakki etmektedir.

Aynı şekilde Osmanlı hukuk sisteminde olgunlaştırılan ‘kanun’ kurumu da şeriatın dışında bir alanda görüldüğünden kolayca şeriat-kanun karşıtlığına ulaşılmaktadır. Halbuki, bizde İnalçık ve diğerlerince savunulan bu görüşün aksine, İslam fihhine göre kanun [*ulu’l-emr*]’in ürettiği fikhî bilgi] sosyal değişmeden doğan ihtiyaçları karşılamak üzere maslahat prensibine dayanılarak nassların boş bıraktığı alanın doldurulması fikrine dayanmaktadır. Dolayısıyla şeriatın değil, nassların [Kur’an ve Sünnet] ‘dışında’ bir alana tekabül eder. Örneğin, İslam hukukuna göre tazir cezalarının niteliğini tayin etme işi nasslarla belirlenmemiş, idareciye [siyasî ve bürokrat] bırakılmıştır; bu şekilde ortaya konan bir hüküm fihhın alanına dahildir. Sancaklara gönderilen Kanunnameler de bu çerçevede değerlendirilmelidir. Ayrıca kanun üretilirken de sosyal gerçekliğin ortaya çıkardığı yeni durumlar karşısında idarecilerce kaza ve fetva mercilerinden görüş istenir ve bu görüş ışığında karar verilir. Dolayısıyla kanun kurumu kaynakları kullanma ve akıl yürütme açısından tıpkı kıyas gibi fikhî bilgi üretme metodlarından biridir ve fikhî bilginin diğer formları gibi toplumu açıklama ve düzen-

leme fonksiyonunu icra eder. Kanun ve örf arasında bir çatışmanın ortaya çıkması hali ise icihadlar arasında beliren ihtilaflardan ibarettir. Bu durumu görmezden gelerek varılan yargıların temelinde İslam hukukunun dar ve statik bir sistem olduğu varsayımı yatmaktadır. Halbuki bilindiği gibi fıkah külliyatında yer alan hükümlerin kahir ekseriyeti kıyas, istihsan, örf ve maslahat gibi ilkeler ışığında üretilmiş ve değişebilir nitelikte olanlardır. Dolayısıyla daha isabetli olan tanımlama, hem örf hem de kanunu şer'î hukukun birer unsuru olarak kavramlaştıran daha geniş ve dinamik yaklaşımdır. Bu sebeple Batı'daki İslam ve Osmanlı hukuk literatürüne hakim olan oryantalist yaklaşım daha rafine hale getirilip geliştirilmeye ihtiyaç duymaktadır.

Bibliyografya

- Abouseif, D. B.; *Egypt's Adjustment to Ottoman Rule: Institutions, Waqfs and Architecture in Cairo - 16th and 17th Centuries*, Leiden: E. J. Brill, 1994.
- Asad, T.; *Genealogies of Religion*, Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1993.
- Davutoğlu, A.; *Alternative Paradigms: The Impact of Islamic and Western Weltanschauungs on Political Theory*, Lanham, New York, London: University Press of America, 1994.
- Fleischer, C.; *Bureaucrat and Intellectual in the Ottoman Empire*, Princeton: Princeton Univ. Press, 1986.
- Gerber, H.; *State, Society and Law in Islam: Ottoman Law in Comparative Perspective*, Albany: SUNY Press, 1994.
- Gibb, H. A. R. ve H. Bowen.; *Islamic Society and the West*, II c. Londra: Oxford Univ. Press, 1950.
- Hanna, N.; "The Administration of Courts in Ottoman Cairo" *The State and its Servants: Administration in Egypt from Ottoman Times to the Present*, N. Hanna (der.) Kahire: American University in Cairo Press, 1995.
- Heyd, U.; "Qanun and Sharia in Old Ottoman Criminal Justice" *Proceedings of the Israel Academy of Sciences and Humanities*, V. Menage (der.) Oxford: Oxford Univ. Press, 1967.
- Jennings, R. C.; "Limitations on the Judicial Powers of the Kadi in Seventeenth Century Ottoman Kayseri" *Studia Islamica*, 1979, sy. 50, s. 151-84.
- Kara, İ.; *Din ile Modernleşme Arasında: Çağdaş Türk Düşüncesinin Meseleleri*, İstanbul: Der-gah, 2003.
- Lapidus, I.; "The Separation of State and Religion in the Development of Early Islamic Society" *IJMES*, sy. 6, 1975.
- Makdisi, G.; *Religion, Law and Learning in Classical Islam*, Hampshire: Variorium, 1991.
- Repp, R.; "Ottoman Developments of the Qanun and Sharia" *International Journal of Turkish Studies*, 1988, sy. 24, s. 33-56.
- Schacht, J.; *The Origins of Muhammedan Jurisprudence*, Oxford: Oxford Univ. Press, 1950.
- Smith, D.; *Religion and Political Development: An Analytic Study*, Boston: Little, Brown, 1970.
- Watt, M.; *The Formative Period of Islamic Thought*, Edinburgh, 1973.
- Winter, M.; *Egyptian Society under Ottoman Rule*, New York: Routledge, 1992.